

rio, segun aquella regla. *Non potest ipse sibi mutare causam possessionis suae*. El comodatario que empezó detentando la cosa por título de comodato, continua á tenerla siempre con el mismo título, y lo mismo sus herederos; y la detencion por tal título está perpetuamente sujeta á restitution.

Empero si la cosa prestada no se encontrase ya en poder del comodatario ni de sus herederos; la accion del comodante estaria sujeta á la prescripcion.

## ARTICULO II.

### DE LA OBLIGACION DE CONSERVAR LA COSA.

48. Otra de las obligaciones que contrae el comodatario es la de poner en la conservacion de la cosa todo el cuidado posible. No basta que ponga en ello un cuidado ordinario, como el que ponen comunmente en sus cosas los padres de familia, sino que debe poner todo el esmero posible, aquel, á saber, con que cuidan sus negocios las personas mas diligentes, por lo cual es responsable no solo de toda culpa leve sino tambien de la levísima. Asi lo enseña Gayo *l. 1, §. 4, ff. de oblig. et act.*, lo cuales una consecuencia del principio establecido en la *l. 5, §. 2 ff. commod.*, explanado por nosotros en el *Trat. de las oblig. n. 142*; es decir, que en los contratos que se hacen por solo interes de aquel que recibe la cosa objeto del contrato, debe el que la recibe poner en su conservacion no solo un cuidado ordinario sino todo el esmero posible, siendo responsable de toda culpa aun la mas leve; de donde se sigue que verificándose el comodato por solo el interés de aquel á quien se presta la cosa, debe poner en su conservacion exactísima diligencia.

49. Si aquel á quien se prestó la cosa no fuese capaz de tener ese cuidado exactísimo, ¿deberia exigírsele? Por la negativa se dirá que nadie está tenido á lo imposible: *impossibilium nulla obligatio*; *l. 85, ff. de reg. jur.* Esto no obstante debe decidirse lo contrario, y que será responsable de toda pérdida ó menoscabo acaecidos en la cosa prestada por no haber puesto ese cuidado exactísimo. Porque segun observamos en el *Trat. de las oblig. n. 136*, la regla de que nadie está tenido á lo imposible, es solo verdadera en cuanto la cosa fuese absolutamente imposible, mas

no en lo que siendo posible en si mismo solo es imposible respecto de la persona que se obligó temerariamente á ello: esta persona debe culparse á sí misma por haber contraido obligaciones superiores á sus fuerzas. Segun este principio, por inepto que sea aquel á quien se presta una cosa, deberá poner en su conservacion ese cuidado exactísimo, porque culpa suya es el haberse hecho comodatario sin poder cumplir con las obligaciones de tal, y ademas el comodante podria no conocer su caracter.

Sin embargo para algo debe entrar la consideracion de las calidades de la persona para regular la extension del cuidado que debe poner en la conservacion de la cosa. Por esto decide muy bien Dumoulin que nunca deberá exigirse el mismo cuidado á un estudiante á quien se hubiese prestado un caballo, que á un albeitar ó picador; porque como el comodante no podia dejar de ver que el estudiante no entendia en caballos tanto como los que por su oficio se dedican á cuidarlos, no podrá reputarse que haya de exigirle otro cuidado que aquel de que son capaces las personas que no tratan con caballos.

50. Dos excepciones sufre el principio por el cual hemos sentado que el comodatario está obligado á poner exactísimo cuidado en la cosa. La primera es cuando hay pacto expreso en contrario, porque si se hubiese convenido que el comodatario solo estaria obligado á poner un cuidado ordinario, no podria exigírsele mas; y aun si se hubiese convenido que á nada estaria obligado para la conservacion de la cosa prestada, solo podria exigírsele la buena fe. Es doctrina de Ulpiano en *d. l. 5, §. 10*.

51. La segunda excepcion tiene lugar cuando contra lo que es regular, el uso para el cual se prestó la cosa no mira solo al comodatario; porque si en este uso tuviese igual interes el comodante que el comodatario, este solo deberá poner un cuidado ordinario, y no será responsable de la culpa levísima sino solo de la leve, como en los demas contratos en cuya celebracion tienen las partes recíproca utilidad. Así lo enseña Gayo en la *l. 18, ff. commod.*, y se halla conforme con el principio sentado por nosotros en el *Trat. de las oblig. n. 142*, segun el cual debe tambien decidirse que si el comodato se hubiese verificado para un uso en que tenia interes el comodante mas bien que el comodatario, ni aun deberia exigirse á este el cuidado ordinario, segun lo enseña Ulpiano en *d. l. 5, §. 10*.

52. Algunos ponen otra tercera excepcion en el caso en que uno hubiese prestado la cosa sin pedirsele, en cuyo caso, dicen, no deberia hacerse al comodatario responsable mas que de la culpa lata, ó dolo; empero yo no soy de ese dictámen. El favor que me hace el comodante prestándome una cosa que sabe me es necesaria, es todavia mayor cuando no espera para ello que se la pida; y no es razonable que lo que aumenta los quilates del beneficio, disminuya las obligaciones del que lo recibe. El argumento que quiere sacarse de las últimas palabras de la ley que llevamos citada, en que se dice que el que hubiese prestado *ultró* alguna cosa á un magistrado para que un espectáculo público fuese mas brillante, no es justo, puesto que allí parece que el comodante prestó la cosa para su satisfaccion, para disfrutar de un hermoso espectáculo á que espera asistir, mas bien que en obsequio del mismo magistrado, que hubiera podido pasarse muy bien sin las cosas prestadas.

53. Fuera de dichos casos de excepcion siempre debe el comodatario poner en la conservacion y guarda de la cosa el mayor esmero. Por esto como el simple robo de una cosa apenas puede verificarse sin algun descuido ó falta de precaucion por parte de aquel á quien se ha robado, si la cosa prestada hubiese sido robada al comodatario, será este responsable de ello; *l. 21. §. 1. ff. eod.* Poco importa quien sea el que la robó, pues la responsabilidad del comodatario tendria lugar aun cuando los ladrones fuesen los mismos hijos ó criados del comodante; *d. §. 1.*

Puede sin embargo acontecer que el robo se haya verificado sin culpa alguna por parte del comodatario; y en este caso queda este libre de toda responsabilidad. Juliano en la *l. 20. eod.* nos da de esto un ejemplo: *Argentum commodatum si tam idoneo servo meo tradidisset ad perferendam, ut non debuerit quis aestimare futurum ut à quibusdam malis hominibus deciperetur; tamen non meum detrimentum erit, si id mali homines interceptissent.* En esta especie no hay culpa alguna por parte del comodatario, quien debiendo enviar al comodante su vajilla de plata, lo mejor que podia hacer, era valerse para ello de un criado de confianza y de probada fidelidad: ni podia prever que ese criado habia de encontrar en el camino algunos fulleros que le quitasen la vajilla. Con mayoria de razon no tendria lugar la responsabilidad del comodatario, cuando se le hubiese quitado la cosa con violencia,

con fractura de puertas de la casa, ó del cofre en que la tenia guardada: este es un caso de fuerza mayor.

54. El comodatario debe poner todo el cuidado posible no solo en la conservacion y guarda de la cosa misma prestada, sino tambien en la de aquellas que van con ella, y recibió al mismo tiempo, como si se le hubiese prestado una yegua con su cria; *l. 5. §. 9. eod.*

### ARTICULO III.

SI AQUEL Á QUIEN SE PRESTÓ LA COSA DEBE INDEMNIZAR AL COMODANTE POR LA PÉRDIDA Ó DETERIORACION DE LA MISMA, ACAECIDA POR CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR.

55. Cuando la cosa prestada perece ó sufre algun menoscabo por algun accidente que el comodatario no pudo prever ni evitar, y que habria causado así mismo la pérdida ó deterioro de la cosa, aun cuando no hubiese sido prestada, y hubiese continuado en poder del comodante; como si el caballo prestado hubiese muerto de enfermedad sin dar lugar siquiera á que se le medicinase; nadie duda que el comodatario no es responsable de semejante pérdida, ya que no fué el comodato lo que dió lugar á ella.

Solo es esto cuestionable, cuando fué el comodato lo que dió lugar al accidente al cual no hubiese estado expuesta la cosa á no haber sido prestada. Pregúntase si en tal caso debe el comodatario indemnizar al comodante por esta pérdida en que no tuvo la menor culpa: pongamos un

*Ejemplo:* Si Diego me hubiese prestado su caballo para hacer un viage, y eu lo espeso de un bosque me hubiese visto acometido de ladrones que hubiesen muerto el caballo, ó se le hubiesen llevado consigo, ¿deberia pagar á Diego el precio de su caballo, que no habria perecido sin duda á no habérmelo prestado? Los jurisconsultos romanos están por la negativa; *l. 1. §. 14. ff. de oblig. et act. et passim.* Fúndase esto en que las cosas perecen para aquellos cuyas son. El servicio que hace el comodante al comodatario, obliga sí, á este á tener todo el cuidado de que es capaz un hombre, en la conservacion y guarda de la cosa prestada, empero no puede obligarle á responder de los casos fortuitos y de fuerza mayor que no estuvo en su mano prever ni evitar; *casus enim fortuiti à nemine prastantur.* Fúndase ademas en que al

consentir el comodante en que la cosa se emplease en el uso para el cual la prestó, se sujetó voluntariamente á los riesgos que ella debia correr con ese uso; y así no puede decir que el comodato le haya acarreado algun injusto perjuicio que la buena fé obligue al comodatario á repararle; *volenti enim non fit injuria*.

Algunos autores, entre otros Puffendorf y su anotador Barbeyrac, han creído deberse desentender de las leyes romanas, y sentando por principio que *iniquum est officium suum cuique esse damnosum*, deducen por consecuencia, que todos los peligros que corre la cosa por razon del comodato, y que no habria corrido sin este, debe sufrirlo mas bien el comodatario que recibe el favor, que el comodante que lo hace. Añaden que debe presumirse como condicion tácita en todo comodato, que el comodante será indemnizado, si la cosa pereciese por un accidente á que diese lugar el contrato; puesto que no debe creerse que el que hace un favor, quiera exponerse á que le sea perjudicial, debiéndose ademas presumir tambien que el comodatario se sujeta á esta condicion incierta por la ventaja que del contrato saca. Puffendorf pone solo una modificacion, á saber, que si la cosa prestada pereciese en un incendio ú por otro accidente que hubiese arrebatado al comodatario todo cuanto tenia: fuera demasiado duro exigirle entonces el precio de la cosa prestada. Ticio y Wolfio rechazan la opinion de Puffendorf, y se atienen á la decision de las leyes romanas.

Me parece fácil responder á los argumentos de Puffendorf. La regla aquella, *iniquum est suum cuique officium esse damnosum*, obliga en verdad al que recibe el servicio á indemnizar al que se lo hace, todo lo que le hubiese costado el hacerlo, cuando el servicio es causa productiva de la pérdida que sufre el que lo hace; y aun entonces es necesario que este no se haya sujetado voluntariamente á este perjuicio. Segun este principio hemos visto ya que el comodatario debe indemnizar al comodante el perjuicio que hubiese sentido por verse privado de la cosa por alguna necesidad urgente é imprevista, ocurrida mientras el comodatario se servia de dicha cosa; porque el comodato es la verdadera causa de que el comodante se vea privado de servirse de ella, y por lo mismo del perjuicio que esta privacion le ocasiona, por la necesidad en que le ha puesto de valerse de una cosa ajena. Mas cuando el servicio prestado ha sido mas bien la ocasion,

que la causa de la pérdida que sufrió el que lo hizo, no debe ser indemnizado por aquel á quien lo prestó.

Como en la especie propuesta el caballo que me prestó Diego para un viage, fué robado ó muerto en un hospue por el cual era preciso pasar, el comodato no fué mas que ocasion de la pérdida: la causa eficiente y verdadera fué la violencia empleada por los ladrones; luego no debe Diego ser indemnizado, y debe sufrir esa pérdida, porque no dejando de pertenecer al comodante la cosa prestada, no deja ella de correr de su cuenta y riesgo.

Si bien es verdad que á no haber prestado el caballo no habria corrido el riesgo de que le fuese robado, empero hubiera podido correr otros, menores tal vez, pero al fin se sujetó voluntariamente á correr dicho riesgo, prestando el caballo para un viage.

En cuanto á lo que dicen que debe suponerse en todo comodato como condicion tácita impuesta por el comodante al comodatario, la indemnizacion de la pérdida de la cosa, á que el comodato diere tal vez lugar, por deberse presumir ser esta la voluntad del comodante; se responde que aun cuando el comodante hubiese tenido, como quiere presumirse, la intencion de prescribir esa condicion al comodatario (lo que sin embargo nadie puede asegurar), no seria esto suficiente para suponer que el comodato se hizo con esta condicion, puesto que seria ademas preciso que el comodatario hubiese tenido voluntad de sujetarse á esta intencion, siendo las obligaciones el resultado del concurso de las voluntades de los dos contraentes. Ahora bien, ¿con que fundamento se asegura que el comodatario tuvo tal voluntad? Muchas personas preferirian no recibir prestada una cosa á sujetarse á las contingencias de tener que sufrir una pérdida en que no tuviesen la menor parte ni culpa; que por cierto fuera comprar caro á ese precio el favor que se les dispensa. Luego ese pacto tácito entre el comodante y el comodatario, es una mera suposicion destituida de todo fundamento. Si el comodante tenia efectivamente intencion de que el comodatario le indemnizase la pérdida de la cosa á que el comodato tal vez diere ocasion, debia haberse explicado con él al tiempo del contrato: sino lo hizo, cúlpese á sí mismo *in cujus potestate fuit legem apertius dicere*.

Creo pues que es necesario atenerse en esta cuestion al princi-

pio establecido por las leyes romanas de que quiso separarse des-  
acertadamente Puffendorf.

56. Es de advertir sin embargo que este principio solo libra al comodatario de los accidentes de fuerza mayor, cuando no pudo salvarse de tales accidentes la cosa prestada, ni por otra parte dió ocasion á ellos por su culpa; *l. 5, §. 4, ff. commod.* Aun cuando solo hubiese estado en su mano salvar del incendio de su casa, producido por un rayo, una parte de los efectos que en ella habia, seria responsable para con el comodante de la pérdida de las cosas prestadas que en dicha su casa tenia, si pudiéndolas salvar, puesto que salvó las suyas, prefirió salvar estas: porque habiéndose obligado á poner en la conservacion y guarda de las cosas prestadas el cuidado mas exacto, faltó á su obligacion cuando puso en ellas menos cuidado que en las suyas, puesto que prefirió la salvacion de estas á la de aquellas.

Esta decision debe tener lugar sobre todo, si las cosas prestadas eran mas preciosas que las suyas que salvó; porque el esmero con que debe tratar las cosas prestadas, le obliga cuando menos á tener por ellas el mismo cuidado que por las suyas. Ahora bien si le hubiesen pertenecido no habria dejado de salvarlas con preferencia á las otras que salvó, ya que eran estas menos preciosas; luego no tuvo el cuidado que debia dejándolas perecer por salvar las otras.

¿Qué diremos si por el contrario las cosas propias del comodatario que salvó, eran mas preciosas que las prestadas que dejó perecer, siéndole de todo punto imposible salvar las unas y las otras? ¿seria entonces responsable de la pérdida de los efectos que se le prestaron? Tiene esto mas dificultad, sin embargo puede sostenerse que aun en este caso será responsable. Es verdad que no puede entonces echársele en cara el no haber tenido por las cosas prestadas el mismo cuidado que por las suyas, puesto que aun cuando aquellas le hubiesen pertenecido las habria dejado tambien perecer, prefiriendo salvar las otras que eran de mayor estima.

Tampoco puede decirse que el comodatario haya cometido una infidelidad contra el comodante, salvando en tales circunstancias sus efectos con preferencia á las cosas que se le habian prestado. A esto se responde que la obligacion del comodatario no se limita á portarse con fidelidad respecto de las cosas que se le prestaron,

ni tampoco á poner en la conservacion de dichas cosas el mismo cuidado que si hubiesen sido propias, sino que debe poner el mayor cuidado posible. *Tenetur adhibere exactissimam diligentiam.* El comodatario se hace responsable en virtud del comodato de toda pérdida de las cosas prestadas, á excepcion del solo caso en que esa pérdida fuese causada por una fuerza mayor. Ahora bien siendo la fuerza mayor aquella, *cui resisti non potest*, aunque el comodatario solo hubiese podido salvar las cosas prestadas perdiendo las suyas, basta que de cualquier manera que pudiesen hubiese podido salvarlas del incendio, para que no pueda decirse que la pérdida acaeció por fuerza mayor. Mas si el tumulto y confusion hubiesen sido tales que no hubiesen tenido lugar de escoger de entre los efectos que se hallaban en la casa incendiada, y solo se hubiesen ido á salvar con mucha precipitacion los primeros efectos que se presentaron por casualidad, no seria en tal caso responsable el comodatario de la pérdida de las cosas prestadas, aun cuando ninguna hubiese salvado; porque entonces puede muy bien decirse que todo lo que pereció, no pudo salvarse, no habiendo sido aquellas que se presentaron á mano.

57. El segundo caso en que el comodatario es responsable de la pérdida ó deterioro de la cosa prestada, aunque acaecida por una fuerza mayor, es aquel en que hubiese dado lugar al accidente por su culpa, *l. 1, §. 4, ff. de oblig. et act.*

*Ejemplo:* Si Juan me hubiese prestado su caballo para ir á un pueblo, y en lugar de dirigirme por el camino ordinario que es seguro y concurrido, hubiese tomado un atajo para llegar mas pronto, y me hubiese acometido una cuadrilla de bandoleros, que despues de haberme robado me hubiesen arrebatado ó herido el caballo de Juan, seré responsable de esa pérdida, aunque acaecida por una fuerza mayor; porque la he ocasionado yo por mi culpa dejando el camino regular.

Lo mismo fuera, si sin abandonar el camino ordinario hubiese hecho mi viage en horas peligrosas de la noche.

58. Se reputa principalmente haber ocasionado por mi culpa el accidente, cuando este sobrevino, mientras me servía de la cosa para un uso para el cual no se me habia prestado, porque tengo culpa en servirme de ella para semejante uso.

*Ejemplo:* Si se me hubiese prestado una cosa para servirme de ella aqui dentro la ciudad, y contra la voluntad del comodante ó

sin él saberlo la hubiese trasladado al campo, seré responsable de todos los accidentes de fuerza mayor, que acaecieren tal vez por el camino: puesto que soy culpable por haberla expuesto á tales accidentes trasladándola al campo sin conocimiento del comodante. Así lo enseña Gayo en la *l. 18, ff. commod.*

59. Hay otro tercer caso en que sería de dictámen de que también debe el comodatario indemnizar al comodante de la pérdida de la cosa, aunque acaecida por un accidente de fuerza mayor á que le exponía el uso para el cual se le prestó; y es cuando el comodatario tomó prestada la cosa de un amigo para no exponer la suya, ocultándole que tenía una que podía servirle.

*Ejemplo*: Si hubiese tomado prestado á mi amigo un caballo de batalla para ir al combate, ocultándole que tenía yo uno que podía servirme para dicho objeto, lo mismo que el suyo; en tal caso seré responsable de la pérdida de dicho caballo, si hubiese muerto en la pelea; porque es un dolo por mi parte el haber disimulado á mi amigo que tenía un caballo, de que podía servirme muy bien para el objeto para el cual le pedía el suyo, obligándole de esta manera á prestarme su caballo que tal vez no me habría prestado, á haber sabido que tenía ya uno. Además de que, si yo no estuviese obligado á indemnizar á mi amigo, me enriquecería á costa suya, salvando mi caballo á expensas del suyo: *Hactenus enim sum locupletior, quatenus propie rei perperi*, lo que no permite la equidad: *Neminem equum est cum alterius jactura locupletari*.

Empero si hubiese de buena fé confesado á mi amigo, que le pedía prestado su caballo para salvar el mio de los peligros del combate, á causa de no tener medios para comprar otro en caso de que me lo matasen: como entonces habría habido por parte de él una entera voluntad de exponer su caballo á los riesgos del combate sin la menor mala fé por parte mía, si fuese muerto, no estaré obligado á indemnizarle: es una generosidad que ha querido usar consigo.

60. El cuarto caso en que es responsable el comodatario de la pérdida de la cosa comodada, que un accidente de fuerza mayor hubiese acarreado, es cuando este accidente solo tiene lugar despues que el comodatario ha incurrido en demora de devolver la cosa, la cual no habría corrido tal riesgo á haber sido devuelta en el tiempo señalado. Este es un efecto de la tardanza y

el comodatario se parece en ello á todos los deudores de cuerpos ciertos, segun los principios establecidos en nuestro *trat. de las oblig. n. 663 y 664*.

61. Finalmente debe el comodatario responder de los casos fortuitos que hubiesen causado la pérdida ó menoscabo de la cosa prestada, si el comodato se hubiese expresamente hecho con tal condicion. Así lo enseñan los emperadores Diocleciano y Maximiano en la *l. 1ª, cod. commod.* Un pacto de esta naturaleza nada tiene de contrario á la equidad. El comodante que no tiene obligacion alguna de prestar su cosa, puede muy bien no querer exponerla á los riesgos á que con dicha concesion la expone, sin que el comodatario prometa indemnizarle. Por otra parte si este carga con tales riesgos, recibe en cambio el uso de la cosa que se le concede.

62. Hay una cuestion que trae divididos á los autores, sobre si cuando se presta una cosa estimándola en determinada cantidad, debe entenderse que el comodatario se sugetó á los casos fortuitos que pudiesen causar la pérdida ó menoscabo de la cosa. Acucio en su glosa sobre la *l. 5, §. 3, de commod.* está por la afirmativa menos en el caso en que el comodato no se hubiese otorgado por sola utilidad del comodatario. Bartolo en su sumario sobre los párrafos 2 y siguientes de dicha ley defiende también la afirmativa indistintamente, y le han seguido Davezan en su tratado de *contractibus*, *Domat lib. 1, tit. 5, §. 2, n. 9.* y otros. Estos autores piensan que la estimacion no puede entenderse hecha con otro objeto que para el caso en que el comodatario estuviese obligado á devolver á todo evento la cosa prestada ó su precio; y que en el caso en que no pudiese volver la cosa por haber perecido, ó perdidose por algun caso fortuito, debería devolver la cantidad en que al efecto se estimó. Estos autores se fundan principalmente en la ley 5, §. 3, *ff. Commod.*, donde Ulpiano despues de haber sentado en el párrafo 2, que en el comodato hecho por el solo interes del comodatario es responsable de *levissima culpa*, añade: *Et si forte res aestimata data sit, tunc periculum præstandum ab eo qui aestimationem se præstaturam recepit.*

Estos autores convienen en que la palabra *periculum* es en sí ambigua, y que si se toma á veces por el peligro *ex casibus fortuitis proveniens*, también otras la toman las leyes por el peligro