

ex culpa dumtaxat proveniens: Mas sostienen que en dicho texto las palabras *omne periculum* pueden únicamente entenderse del peligro de los casos fortuitos; porque al tratar Ulpiano despues del párrafo 2, de la extension de la obligacion del comodatario, no refiere en el párrafo 3º. el caso de un comodato hecho previa estimacion, sino para hacer observar que esta estimacion añade algo á la extension comun de la obligacion del comodatario. Y si no se entendiese con estas palabras *omne periculum* la responsabilidad de los casos fortuitos, nada añadiría la estimacion á la obligacion del comodatario, quien sin ella y por solo la naturaleza del contrato, es ya responsable de *levissima culpa, adeoque præstat omne periculum, solis fortuitis casibus exceptis*. Asi arguye la glosa sobre dicho párrafo.

Añádese ademas á favor de esa opinion, que generalmente en los contratos cuando se dá una cosa con previa estimacion, el efecto de esta es *ut faciat venditionem, et periculum transferat incipientem*.

La opinion contraria tiene por sostenedor á Panormo sobre el capítulo único de las decretales *de empt. vend.*, á Connano, Zoetio, Bruneman y á Guillelmo Pronsteau, antiguo catedrático de la Universidad de Orleans en su escelente tratado *ad l. contractus*, ff. *de reg. jur.* etc. Esta última opinion me parece mas razonable. En efecto no siendo el comodatario responsable por la naturaleza del contrato de los casos fortuitos y accidentes de fuerza mayor que pueden causar la pérdida de la cosa prestada, para que se pueda con justicia imponerle esta responsabilidad, es necesario que conste que quiso sujetarse á ella. La estimacion de una cosa hecha al tiempo de concederla en comodato, no prueba por si sola dicho consentimiento, no habiendo dicho las partes, que dicha estimacion se hacia para que el comodatario estuviese obligado á pagar al comodante el precio siempre que llegase á perecer la cosa prestada, de qualquier manera que esto sucediese. Porque en los contratos no siempre que se da una cosa con previa estimacion, se hace esto *venditionis causa, et animo transferendi periculi in accipientem*, sino que á veces se hace *intertrimenti dumtaxat causa* para fijar lo que deberá satisfacer el que recibe la cosa estimada, caso que la cosa hubiese sido deteriorada ó hubiese perecido por su culpa, como en la especie de la ley 2, *cod. de jur. dot.* Tambien debe presumirse que en los contratos que no transfieren por

naturaleza la propiedad, como el arrendamiento y el comodato, no se hace la estimacion *venditionis causa*, sino mas bien con el segundo objeto, *intertrimenti causa*: y aun cuando no se admitiese esta presuncion, no podrá por lo menos negarse que es de todo punto incierto cual de estos dos fines se propusieron los contraentes al hacer la estimacion de la cosa prestada: y hasta esta incertidumbre para que la estimacion no pueda probar que las partes convinieron en que el comodatario cargaria con los casos fortuitos, y no constando que así se haya convenido, no puede imponerse tal responsabilidad. Ese racionio me parece suficiente para destruir la primera opinion, cualquiera que sea el sentido que tenga, ó pueda darse al precitado párrafo 3 de la ley 5 en que ella se funda; mayormente entre nosotros, ya que las leyes romanas no tienen fuerza de ley en las provincias en que rige el derecho consuetudinario, sino en cuanto se hallan conformes con el derecho natural. Ni se crea que con esto convenimos en que el párrafo de Ulpiano es favorable á los de la contraria opinion. Muchas son las interpretaciones que pueden dársele en sentido contrario. La primera es que en dicho párrafo no se trata del comodato sino de otro contrato innominado, de que trata el título de los digestos, *de æstimatoria*. La segunda es la de aquellos que concediendo que en el párrafo se trata del comodato, y que las palabras *omne periculum* se entienden del de casos fortuitos, pretenden que su decision no es general y extensiva á todos los casos en que se prestó una cosa con previa estimacion, sino solo á aquel caso en que las partes se hubiesen explicado, ó dado suficientemente á entender que el objeto de la estimacion era que el comodatario cargase con los casos fortuitos. Asi lo entiende Bacovio *ad Treutler. disput. 24, Th. 3.*

La tercera interpretacion que me parece la mas plausible, y que es la mas generalmente seguida, es la de aquellos que dicen que en este párrafo debe entenderse que se habla *de periculo ex quovis culpæ genere proveniente*, y no del peligro de casos fortuitos, lo cual parecen confirmar demostrativamente las palabras que siguen: *Quod vero senectute contigit, vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est nihil eorum esse imputandum ei qui commodatum recepit*. Las palabras, *quod vero*, que enlazan el párrafo 4º. con el 3º., demuestran con toda evidencia que el párrafo 3º. no debe entenderse

de los casos fortuitos. Ulpiano despues de haber dicho en general en el párrafo segundo que el comodatario debe responder de toda culpa, aun la mas ligera, añade, que esto debe particularmente tener lugar cuando se prestó la cosa previa estimacion.

Algunos autores que cita Brunne man dieron á este párrafo otra cuarta interpretacion, á saber, que en el caso de este párrafo el comodatario es responsable de la culpa levisima indistintamente, tanto si el comodato se celebró por el solo interes del comodatario, como si se celebró por interes comun de las dos partes, por mas que no mediando estimacion no sea responsable de dicha culpa, sino cuando el comodato se hizo por su sola utilidad. La estimacion no me parece que deba añadir nada al grado de culpa de que el comodatario es responsable, cuando las partes no se explicaron sobre esto; debiéndose entender en tal caso que la estimacion se verificó para determinar lo que el comodatario deberia satisfacer en caso de hallarse la cosa deteriorada, ó de haber perecido por una falta de aquellas de que es responsable.

63. Solo tiene lugar esta cuestion cuando en el contrato se expresa simplemente la estimacion de la cosa prestada, como si uno dijese que reconocia que el caballo que se le prestaba, era de valor de cien duros. Solo respeto de este caso hemos decidido siguiendo la segunda de las dos opiniones antes referidas, que la estimacion que se expresa en el contrato, no hace que el comodatario sea responsable de la perdida de la cosa comodada, acaecida por algun caso fortuito.

De otra suerte seria, si hubiese dicho, por ejemplo, que yo reconocia que se me prestaba un caballo que prometia devolver dentro cierto tiempo, ó tal cantidad en que habia sido estimado: con tales palabras contraigo una obligacion formal de pagar la cantidad siempre que no devuelva el caballo. Mi obligacion es alternativa, ó de restituir el caballo ó de pagar la cantidad convenida. La pérdida del caballo aunque fuese causada por una fuerza mayor, no me libra de esta obligacion que subsiste en cuanto al pago de la cantidad, segun los principios que sobre las obligaciones alternativas sentamos en el *Trat. de las oblig. n. 250.*

ARTICULO IV.

DE LA ACCION COMMODATI DIRECTA QUE NACE DE LAS OBLIGACIONES DEL COMODATARIO.

64. De las obligaciones que el comodatario contrae á favor del comodante, nace la accion *commodati directa*, que tiene este contra aquel.

Sobre ella veremos, 1º. contra quien procede; 2º. cuales son los objetos de la misma.

§. I.

Contra quien proceda esta accion.

65. El comodante tiene la accion *commodati directa* contra el comodatario y sus herederos.

Si hubiese prestado la cosa á dos ó mas personas, ¿puede entablar esta accion contra cada una de ellas? Ulpiano, *l. 4, §. fin.* en la especie del comodato de un coche hecho á dos personas que debian servirse de él para hacer juntos un viage, decide que el comodante puede dirigirse solidariamente contra cada una de ellas; porque si bien cada una de las mismas ocupó solo su lugar en el coche, y solo se sirvió del mismo en parte, no por esto es menos cierto que el comodante entendió prestar á cada una de ellas su coche por entero, y obligarlas por lo mismo solidariamente á cada una á la restitucion.

Africano en la especie de la ley 21, §. 1 *ff. d. tit.* parece decidir por el contrario que cuando el comodato se hizo á muchos, ninguno de los comodatarios está obligado mas que por su parte: *In exercitu contubernaliibus vasa utenda communi periculo dedi::: habiturum me commodati actionem cum contubernaliibus pro cuiusque parte, &*

Otomano, *Illust. quest. 19, Cuyacio ad Afric. Duareno ad tit. commód. cap. 8; Pacio cent. 4, n. 14,* y todos los intérpretes concilian esta ley 21 con la 5, §. *fin.* antes citada, suponiendo en la especie de la primera una cláusula particular, por la cual los comodatarios se hubiesen solo encargado de la cosa prestada en comun, cada cual por su parte, y no solidariamente como en la te-

sis general; y hacen resultar esta cláusula de las palabras de la ley 21. *communi periculo*.

66. Como esta accion es divisible, siendo susceptible de partes por lo menos intelectuales la cosa prestada objeto de la misma; cuando el comodatario deja muchos herederos cada uno de ellos es responsable de esta accion por la parte en que fuere heredero. Esto se halla conforme con los principios que sobre la naturaleza de las acciones divisibles llevamos explicados en el *Tratado de las obligaciones*.

Hay sin embargo casos en que es responsable de esta accion por entero un heredero que no lo sea mas que en parte. El primer caso es aquel en que la cosa que fué prestada al difunto, pereció ó fué deteriorada por hecho particular de uno de los herederos. Este heredero debe cargar entonces con el pago de todos los daños y perjuicios sufridos por el comodante á consecuencia de la pérdida ó deterioracion de la cosa: porque si bien un heredero no debe responder de las obligaciones y hechos del difunto sino por la parte en que fuere heredero, es responsable en un todo de sus hechos propios; *Trat. de las oblig. n. 30*.

El segundo caso es, cuando la cosa prestada se encuentra en poder de uno de los herederos; pues entonces puede el comodante convenirle para la restitucion en su totalidad de la cosa prestada; porque pudiendo verificar la restitucion en su totalidad de la cosa prestada; que tiene en su poder, no puede haber razon para que se le dispense de ello; *Trat. de las oblig. n. 304*.

67. Siendo esta accion verdaderamente personal, puede únicamente tener lugar contra el comodatario que contrajo la obligacion de donde ella nace, y contra sus herederos. Así es que si el comodatario ó sus herederos hubiesen distraído la cosa y vendídola á un tercero, no podria el comodante dirigirse contra este en virtud de dicha accion. Empero como conserva la propiedad de la cosa prestada, le competeria la accion de reivindicacion contra el que tuviese la cosa.

§. II.

Cuales son los objetos de esta accion.

68. El objeto principal de la accion *COMMODATI DIRECTA* es la restitucion de la cosa prestada.

Si el comodatario condenado en virtud de esta accion á devolver la cosa prestada, la tiene en su poder, y se niega á entregarla, el juez debe obligarle á ello *manu militari*, permitiendo al comandante que se apodere de ella por medio de los dependientes del tribunal, y se la lleve.

Cuando el comodatario no puede restituir la cosa por haberla perdido ó por haber ella perecido por su culpa; debe ser condenado á pagar el precio respecto de lo que valdria al tiempo de la sentencia, segun la justipreciacion hecha por peritos: *In hac actione::: rei judicandæ tempus quanti res sit, observatur; l. 3, §. 2, ff. commod.*

El comodatario que hubiese pagado al comodante el precio de la cosa prestada por haberla perdido, queda subrogado en las acciones que á este competian para reivindicarla contra cualesquiera poseedores, y haciéndola dimitir adquiere el dominio de la misma. En este sentido debe entenderse lo que se dice en la ley 5, §. 1: *Si quis hac actione egerit, et oblatam litis æstimationem suscepit, rem offerentis facit*. No debe entenderse en el sentido *ut continuo rem ejus faciat, neque enim potest dominium citra traditionem transferri*, sino en el sentido que antes dijimos.

El comodatario que hubiese pagado al comodante el precio de la cosa prestada que habia perdido, si despues la hubiese recobrado, ¿podrá repetir el precio ofreciendo devolver la cosa? No: El comodatario debe quedarse con ella y disponer de la misma como mejor le parezca. No debe admitirsele el ofrecimiento de devolver la cosa al comodante, quien puede no tener ya necesidad de ella por haberse procurado otra.

69. Los objetos accesorios de la accion *commodati directa* son, 1º. la condena al pago de los daños y perjuicios sufridos por el comodante, al cual debe ser condenado el comodatario siempre que se encuentre deteriorada por su culpa la cosa prestada. Esos daños y perjuicios vienen comprendidos en la obligacion que contrae el comodatario de restituir la cosa prestada; puesto que no es cumplir plenamente con esta obligacion devolverla deteriorada, *nisi quod interest præstetur; l. 3, §. 1, ff. commod.*

Esto debe entenderse cuando el menoscabo sucedió por culpa del comodatario, porque si no pudiese achacarse á este, no puede ser condenado á que pague los daños y perjuicios, segun lo vimos antes, nº. 55.

70 Tratan los autores la cuestion sobre si el comodante puede pedir en tal caso , que por razon de los daños y perjuicios que se le deben, ser el comodatario condenado á pagarle el precio entero de la cosa, ofreciendo cedérsela, ó bien si puede solo pedir aquella cantidad que se estimará valer menos su cosa. Para decidir esta cuestion es necesario hacer la distincion siguiente; Que si el deterioro fuese tan considerable en términos que el comodante no habia de poderse servir mas de la cosa, como si por culpa de Juan hubiese perdido un ojo el caballo que le presté; podrá el comodante exigir el precio entero de la cosa, cediéndola y dejándola al comodatario: mas si el deterioro fuese de poca consideracion, y no impidiese el uso de la cosa prestada, como si un libro prestado hubiese sido ensuciado con tinta; el comodante podrá en este caso exigir solamente ademas de la cosa la cantidad que por razon del deterioro vale ella menos.

71. Otra cuestion se presenta relativa al objeto principal de su accion *commodati*, en cuanto á los deterioros de la cosa prestada acaecidos por culpa del comodatario. Despues que este la ha devuelto, y el comodante la ha recibido sin hacer protesta alguna, ¿ podrá todavía intentar dicha accion por tales deterioros? Acostúmbrase hacer la siguiente distincion: Si el deterioro era visible, demanera que el comodante hubiese debido observarlo al recibir la cosa, no podrá intentar tal accion; mas si fuese posible que no hubiese reparado en él, entonces podrá emplazar al comodatario por razon de este perjuicio, con tal que lo haga dentro pocos dias, porque despues de algun tiempo, deberia presumirse que se dió por satisfecho del estado en que recibió la cosa.

72. 2º. Otro de los objetos accesorios de la accion *commodati* son los daños y perjuicios sufridos por el comodante por razon del retardo en que se le volvió la cosa comodada. Cuando el comodante incurrió en demora de restituir á causa de habersele emplazado para verificarlo despues de cumplido el plazo del comodato, tiene el comodante derecho á estos daños y perjuicios, y puede exigirlos judicialmente en virtud de la accion *commodati*.

Aun cuando no hubiese espirado el plazo del comodato al presentar el comodante su demanda de restitucion, como esto sea en los casos referidos, *supra* nº. 25 y 26, en los cuales no está obligado á esperar dicho plazo; podrá no obstante reclamar judicial-

mente los daños y perjuicios que sufre por razon del retardo en la restitucion de la cosa.

Para computar estos daños y perjuicios acostumbra el juez mandar á las partes que nombren personas de su confianza, y á veces las nombra él mismo de oficio.

Por lo que hace á los daños y perjuicios que hubiese sufrido el comodante por verse privado de su cosa antes de haber presentado la demanda judicial de restitucion, no tiene accion para exigirlos. En el fuero interno bastaria la peticion extrajudicial para obligar al comodatario á la indemnizacion.

73. 3º. Otro objeto accesorio de la accion que nos ocupa, es la restitucion de los frutos nacidos mientras la cosa estuvo en poder del comodatario, si ella es fructífera, como si de la yegua prestada hubiese nacido un potro; en cuyo caso puede el comodante exigirlo judicialmente. *In deposito et commodato fructus quoque præstandi sunt; l. 38, §. 10, ff. de usur.*

De la propia suerte si aquel á quien yo hubiese prestado una cosa para su uso, la alquilase á otro, ese alquiler que el comodatario cobrase, como que es un fruto civil, me pertenece, y puedo exigirlo judicialmente, puesto que no se la presté para que recibiese de ella alquileres.

74. 4º. Finalmente deben considerarse en la clase de objetos de la accion *commodati* cualesquiera otras cosas accesorias de la comodada; como si hubiese prestado una yegua á la cual siguiese su cria; en cuyo caso al mismo tiempo de aquella deberá restituirseme esta.

Si las cosas accesorias hubiesen recibido menoscabo por culpa del comodatario; como debe cuidar de las mismas con el propio esmero que de la principal, claro está que en cuanto á ellas tendrá asimismo lugar la accion de daños y perjuicios.

CAPITULO VIII.

DE LAS OBLIGACIONES DEL COMODANTE.



75. Tambien el comodante por razon del comodato contrae ciertas obligaciones que se llaman *obligationes commodati contrariae*