

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*

Llámanse así, porque la obligación de restituir la cosa que contrae el comodatario, es la principal del contrato, siendo las del comodante implícitas, ó incidentales.

De estas obligaciones deriva la acción *commodati contraria* que compete al comodatario para exigir del comodante su cumplimiento.

Vamos á explicar las diferentes especies que hay de estas obligaciones.

#### PRIMERA ESPECIE.

76. El comodante no contrae en realidad una obligación formal y positiva de hacer gozar al comodatario de la cosa comodada, como la que contrae el locador para con el conductor respecto de la cosa arrendada, pero cuando menos contrae una obligación negativa de no poner por su parte ni de los suyos obstáculo ni impedimento alguno al uso que compete al comodatario en la cosa comodada durante el tiempo señalado para el comodato.

Esta obligación nace del consentimiento dado por el comodante al prestar su cosa para que el comodatario se valga de ella para los usos y por todo el tiempo que le señala, y de la buena fe que no le permite retractarse de lo que buenamente prometió.

77. De esta obligación nace una excepción contra la demanda de restitución de la cosa, que presentare el comodante antes de cumplir el tiempo señalado para el comodato, á no ser en el caso de ofrecérsele una necesidad argente é imprevista de su cosa; porque entonces acaba la obligación del comodante de permitir al comodatario el uso de esta cosa durante el tiempo señalado, según dijimos antes, nº. 25.

78. Nace de esta obligación la acción *commodati contraria*, la cual compete al comodatario contra el comodante ó sus herederos, cuando por las vías de hecho le perturban en el uso de la cosa comodada.

*Ejemplo:* Ulpiano en la ley 5, §. 8, ff. *commod.* trae el caso siguiente: Estando alguno para prestar dinero á una persona, y no teniendo papel en que hacerle escribir su promesa de devolverlo, facilítéle yo un registro para dicha escritura en defecto de otro papel. Si en seguida borrarse yo del registro esta promesa antes de hallarse cumplida, esto es un impedimento que pongo al uso para

el que habia prestado mi registro, el cual da lugar á la acción *commodati contraria*.

El comodatario pide por medio de esta acción que se mande al comodante que no le turbe en el uso que le corresponde en la cosa comodada, y que sea condenado al pago de los daños y perjuicios que le hubiese acarreado.

79. Resulta de estos principios que solo tiene lugar la acción *commodati contraria* cuando los impedimentos al libre uso proviniesen de parte del comodante y sus herederos, y no cuando se verifican por parte de un tercero.

*Ejemplo:* si yo hubiese prestado a Juan por cierto tiempo un almacén que creia de buena fe pertenecerme, y poco despues de haber colocado allí sus mercaderías, y mucho antes de cumplir el término del comodato, se viese Juan expelido de dicho almacén por el verdadero dueño con títulos hábiles, no tendria Juan derecho alguno para dirigirse contra mí, sean cuales fueren los perjuicios que experimente.

En esto se diferencia el comodato de la locación-conducción; como que en el caso anterior en virtud de este último contrato hubiera podido Juan entablar contra mí la acción de evicción.

La razón de esta diferencia se halla en la diversa naturaleza de estos contratos. La locación-conducción es un contrato comutativo en que versan intereses de una parte y de otra; y la naturaleza de estos mismos contratos exige, que haya evicción siendo muy justo que el que recibe ó deba recibir de mí un precio ó un equivalente de lo que me dá ó se obliga á darme, sea responsable para conmigo de lo que me dá ó promete darme. La igualdad que es el alma de estos contratos, lo exige así.

Por el contrario el comodato no es un contrato comutativo, sino enteramente lucrativo respecto del comodatario. Ahora bien es un principio establecido en todos los títulos lucrativos, que respecto de ellos no tenga lugar la evicción, porque aquel que por tales títulos da alguna cosa sin recibir nada por ella, debe presumirse que la dá tal cual la tiene.

80. Esto tiene lugar si el comodato se hubiese hecho de buena fe. Mas si alguno sabiendo que la cosa que me presta, no le pertenece, y que su dueño se podría presentar de un momento á otro á reclamarla, me hubiese disimulado estas circunstancias, entonces si el dueño me obligase á devolverle su cosa, me competeria

la accion de daños y perjuicios contra el comodatario, como que el tiene la culpa de que los sufra.

Esto debe tener lugar no solo cuando el comodatario se portó asi por malicia ó segunda intencion, sino tambien cuando fuese por culpa grave; como si en el acto de prestar la cosa supiese el comodante la existencia del dicho dueño, y que este iba a hacer valer su derecho.

### SEGUNDA ESPECIE.

81. La segunda especie de las obligaciones que el comodante contrae á favor del comodatario, es la de indemnizar á este los gastos extraordinarios que hubiese tenido que hacer para conservar la cosa comodada.

Los gastos ordinarios que son una carga natural del servicio que el comodatario saca de la cosa, vienen á cuenta de este; en cuanto á los extraordinarios es diferente. Como la cosa comodada sigue siendo del comodante y de su cuenta y riesgo, él es quien debe costear estos gastos; y el comodatario que los hubiese hecho podrá recobrarlos del comodante á no ser que fuesen módicos.

*Ejemplo*: Si yo hubiese prestado á Diego mi caballo para hacer un viage; será obligacion de Diego mantenerle y conservarle en buen estado de herraduras, como que estos gastos ordinarios son una carga del goce que tiene de la cosa. Mas si le hubiese sobrevenido una enfermedad de algunos dias durante el viage, los gastos que por esta razon tuvo Diego que hacer pertenecen á la clase de extraordinarios, y podrá exigirme una indemnizacion. Lo mismo seria, si habiéndole robado á Diego mi caballo, hubiese hecho algunos gastos para ir en persecucion de los ladrones y recobrar el caballo: tambien estos gastos son extraordinarios y sujetos á repiticion. Sin embargo si el caballo no hubiese estado enfermo mas que uno ó dos dias, y los remedios aplicados hubiesen costado poco, ó bien si los ladrones lo hubiesen abandonado desde luego sin costar mas que una friolera el recobrarlo; en estos casos no podria Diego reclamarme nada. Asi nos lo enseña el jurisconsulto Gayo en la l. 18, §. 2, ff. *commod.* en una especie muy parecida al ejemplo que acabamos de referir.

Asi mismo si hubiese prestado á otro un aposento para ocu-

parlo, será de cuenta del comodatario las reparaciones locativas las demas tendré yo que costearlas.

82. El comodatario para recobrar los gastos extraordinarios hechos en la conservacion de la cosa comodada, tiene sobre ella un derecho privilegiado por manera que puede retenerla, *veluti quodam pignoris jure*, hasta que el comodante que pide la restitucion de la cosa, le haya indemnizado, segun vimos *supra* n. 43.

83. Para reclamar estos gastos tiene el comodatario la accion *contraria commodati*.

El comodante no puede desentenderse de esta demanda abandonando la cosa: y ni aun cuando esta hubiese perecido por algun accidente en que ninguna culpa pueda achacarse al comodatario.

Si este hubiese restituido buenamente la cosa sin exigir antes el reembolso de los gastos extraordinarios, no se entiende que haya renunciado á exigirlos, y el comodante no tendrá por esto excepcion alguna.

Tampoco producirá semejante excepcion la sentencia dada contra el comodatario mandándole restituir la cosa sin hacer mencion del reembolso de gastos extraordinarios.

Asi lo dice Gayo, quien sienta que no habiendo podido el comodatario obtener ese reembolso por medio de la retencion que le compete, podrá recurrir á la accion *commodati contraria*; l. 18, ff. *commod.*

### TERCERA ESPECIE.

84. La tercera especie de las obligaciones del comodante á favor del comodatario es la de darle conocimiento de los defectos de la cosa comodada, que él sepa, siempre que tales defectos puedan acarrear algun perjuicio al comodatario. El comodante que no hubiese cumplido con esta obligacion, será responsable *actione contraria commodati* de todo cuanto hubiese sufrido el comodatario á causa del vicio de la cosa, de que no fué advertido. Un ejemplo de esto tenemos en la ley 18, §. 3, donde se dice: *Qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est.*

Por regla general el comodante debe advertir al comodatario todo cuanto á este le interesa saber respecto de la cosa comodada

y si por dolo ó culpa grave no se lo advierte, será responsable de los daños y perjuicios que por esta razon sufra el comodatario. Véase un egeplo de esta regla *supra* n, 80.

#### QUARTA ESPECIE.

85. Cuando el comodatario á causa de haber perdido la cosa comodada por su culpa, hubiese pagado su precio al comodante, este si despues la hubiese recobrado, deberá devolverle ó bien esta cosa misma ó bien el precio que recibió por ella. *l. 17, §. 5, ff. commod.*

### CAPITULO IV.

#### DEL PRECARIO Y DE OTROS CONTRATOS PARECIDOS AL COMODATO.



#### ARTICULO I.

##### DEL PRECARIO.

86. Hay dos especies de precario: primera aquella por la que se concede precariamente á alguno la posesion de alguna cosa; Segunda aquella en que solo se concede el uso. Solo trataremos de esta segunda especie por la relacion íntima que tiene con el comodato.

87. Esta especie de precario puede definirse asi: Es un convenio en virtud del cual á ruegos de alguno se le concede el uso pues de alguna cosa mientras quiera el que la presta, y con obligacion de devolvérsela asi que se la pida. *l. 1, ff. de precar.*

Este convenio tiene mucho de comun con el comodato.

Encierra como este un beneficio, beneficio que tiene mas bien por objeto el uso de la cosa que la cosa misma. *Est genus liberalitatis; d. l, §. 1; et est simile commodato; nam et qui commodat, sic commodat rem ut non faciat recipientis, sed ut ei ut ire permittat, d. l, §. 2.*

Este contrato no es sin embargo un verdadero comodato: la diferencia esencial que les distingue, es que en este se presta la

cosa para un cierto uso y un tiempo determinado; y la restitucion no puede pedirse hasta despues de espirado el tiempo convenido ó necesario para que el comodatario haya podido hacer de la cosa el uso para el cual le fué concedida; cuando en el precario el que recibe una cosa precariamente, puede servirse indistintamente de ella, y es su obligacion devolverla inmediatamente al que se la prestó, siempre y cuando se la pida.

88. Segun los principios del derecho romano habia otras diferencias ademas. El comodato era uno de los contratos que se llamaban *nominados*, y por consiguiente producía obligaciones civiles. Por el contrario el precario no era un contrato nominado, y hasta hay doctores que defienden que en rigor no era contrato ni cuasi-contrato. El que habia otorgado precariamente el uso de una cosa, solo podia hacérsela volver por remedios pretorios, como el que se llamaba *interdictum de precario*. Asi lo enseña Paulo en la ley 14, *ff. de precar.*

Ademas de este interdicto, le competia una accion *praescriptis verbis*; *l. 2, §. 2, y l. 19, §. 2, ff. d. tit.* Empero esta accion era solamente *util*, es decir que no tenia mas fundamento que la equidad y la jurisdiccion del Pretor.

Por razon de estas diferencias asi como en el comodato el comodatario es responsable de *levissima culpa*, porque contrae una obligacion civil de restituir la cosa y de cuidarla con el esmero posible; en el precario segun el derecho romano el que tiene otorgado precariamente el uso de una cosa, como que no contrae ninguna obligacion civil, y el que se lo otorgó no tenia contra él mas que remedios pretorios cuyo solo objeto es impedir su mala fé, únicamente era responsable de *dolo et de lata culpa quae dolo comparatur*.

89. Estos principios de derecho romano no son admitidos entre nosotros; porque segun la sencillez de nuestra jurisprudencia, todo convenio en que las partes ó una de ellas promete á la otra dar ó hacer ó dejar de hacer alguna cosa, es un verdadero contrato; y por consiguiente lo es tambien el precario, y produce obligaciones semejantes á las del comodato, solo que en el precario el que concedió precariamente el uso de una cosa, no está obligado como en el comodato á dejársela por un tiempo determinado, sino que puede reclamarla al dia siguiente y siempre y cuando quiera.

Sin embargo si el que tiene la cosa precariamente á causa del