

los tribunales relevar del cumplimiento de la promesa, cuando sobrevenga alguna justa causa á su prudente arbitrio, puesto que pueden hacerlo aun despues de consumado el contrato segun los artículos 1640 y 1682: el 1626 tiene los mismos motivos y objetos

Nuestro artículo salva la diferencia indicada de no reputarse puramente *reales* estos contratos en el sentido del Derecho Romano, está conforme con el texto y párrafo 2, título 15, libro 5, Instituciones, que hablan separadamente del *mutuo* y *comodato*, sin comprenderlos en una denominacion comun y distinguirlos despues *en préstamo de uso y préstamo de consumo*.

Por el contrario, la ley 1, título 1, Partida 5, precedió á los Códigos modernos en esta distincion: "E son dos maneras de emprestamo. La una es mas natural que la otra: como cuando emprestan unos á otros alguna de las cosas que son acostumbradas á contar, pesar ó medir: é tal préstamo es llamado en latin *Mutuum*: La otra es de cualquier de las otras cosas que no son de tal manera como estas: assi como cavallo, libro é otras cosas semejantes: é á tal préstamo dizen en latin *Commodatum*."

Se obliga: porque todos los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entónces obligan, artículo 978; vé lo arriba expuesto.

De las no fungibles: son las definidas en el artículo 383. Esta es la diferencia capital entre uno y otro préstamo, ó entre el mútuo y el comodato. En las cosas fungibles es imposible separar el uso del consumo: no pueden, pues, ser materia del comodato, por el que tan solo se concede el uso, con la obligacion de restituir la misma cosa específica.

De aquí es que en el *mútuo* ó *simple préstamo*, pasa al mutuario el dominio de la cosa, y esta perece ó se pierde para aquel, aunque sea por caso fortuito, lo que por la razon contraria no sucede en el comodato.

Sin embargo, en la ley 3, párrafo 6, título 6, libro 13 del Digesto, se dice: "Non po-

test commodari id quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat;" y en la siguiente ley 4 se pone un ejemplo en el dinero que se da "ut dicis gratia, ut numerationis loco intercedat, para que aparezca verdadera numeracion ó entrega sin serlo, de lo que he visto ya mas de un ejemplo.

Segun la ley 1 del mismo título, padian ser materia del comodato las cosas ó bienes inmuebles, las incorporales, la habitacion, aunque algun juriconsulto solo admitia las muebles. La diferencia no era de gran momento, pues venia á reducirse á la fórmula de la accion de que debia usarse.

La citada ley 2 de Partida parecia limitarlo á cosas muebles: "Cavallos, bestias, libros é otras cosas semejantes:" lo mismo se lee en las 1 y 2, título 2.

Gratuitamente: están conformes todos los artículos extranjeros arriba citados.

Gratuitum debet esse commodatum, párrafo 2 al fin, título 15, libro 3, Instituciones: "Lo faze por gracia ó por amor, non tomando aquel que lo da por ende precio de loguero, nin de otra cosa ninguna;" ley 1, título 2, Partida 5.

El comodato es un contrato de beneficencia: "E tanto quiere dezir como cosa que es dada á pro de aquel que la rescibió;" dicha ley 1: lo mismo se observa en el *mandato*, artículo 1602, y en el *depósito*, artículo 1660.

CAPITULO II.

Del comodato.

SECCION PRIMERA.

DE LA NATURALEZA DEL COMODATO.

ARTICULO 1631.

El comodante conserva la propiedad de la cosa prestada: el comodatario adquiere el uso, pero no los frutos; si interviene algun emolumento pagable por el que adquiere el uso, la convencion deja de ser comodato (1).

El 1877 Frances solo dice: "El prestamista queda propietario de la cosa presta-

1. El comodante conserva la propiedad de la

da:" le copian los 1749 Napolitano, 2866 de la Luisiana, 1900 Sardo, 1361 de Vaud y 1777 Holandes. El 5 Bávaro, capítulo 2, libro 4, dice: "El comodatario no tiene el derecho de posesion, sino el de detencion; y no tiene derecho alguno á los frutos."

El 238 Prusiano, seccion 1, título 21, parte 1: "El comodatario no puede apropiarse los frutos ni aumentos sobrevenidos á la cosa prestada."

"Rei comodatae et possessionem et proprietatem retinemus," ley 8, título 6, libro 3 del Digesto. "Nemo enim commodando, rem facit ejus cui commodat," ley 9 del mismo título. El que tiene la cosa en encomienda no posee propia y civilmente, ley recopilada 1, título 8, libro 11: vé el artículo 1948.

Conserva la propiedad: ó el derecho, en cuya virtud hace el comodato, por ejemplo, si lo hace un usufructuario.

Si interviene algun emolumento: vé lo expuesto en el artículo anterior á la palabra gratuitamente.

ARTICULO 1632.

Las obligaciones y derechos que nacen del comodato, pasan á los herederos de ambos contratantes, á no ser que el préstamo se haya hecho en contemplacion á solo la persona del comodatario, en cuyo caso los herederos de este no tienen derecho á continuar en el uso de la cosa prestada (1).

cosa prestada.—El comodatario adquiere el uso, pero no los frutos y acciones de la cosa prestada; de la que no es poseedor conforme á derecho.—Si el comodatario paga alguna cantidad por el uso de la cosa prestada el contrato deja de ser comodato.—Arts. 2790 á 2792, tit. 16, cap. 2, lib. 3, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

1 Este artículo concuerda con nuestra actual legislacion, pues por el 2787 que consignamos en la nota de fojas 51 se previene que los derechos y obligaciones que resultan del préstamo, son transmisibles tanto á los herederos como á los representantes del que prestó y del que recibió el préstamo; y por el 2793, cap. 2º, tit. 16, lib. 3º, se dispone que si el préstamo se hace en contemplacion á sola la persona del comodatario, los herederos de este no tienen derecho de continuar en uso de la cosa prestada.—N. de los EE.

Es el 1879 Frances, 1751 Napolitano, 2868 de la Luisiana, 1902 Sardo, 1363 de Vaud y 1780 Holandes.

Su disposicion es general y comun á todos los contratos: véase lo expuesto en el artículo 1026.

SECCION II.

DE LAS OBLIGACIONES DEL COMODATARIO.

ARTICULO 1633.

El comodatario debe costear de su cuenta los gastos ordinarios que sean de necesidad para el uso y conservacion de la cosa prestada (1).

El 1886 Frances dice: "Si el comodatario ha hecho algun gasto para usar de la cosa, no puede repetirlo;" y el 1890 solo exceptúa los gastos extraordinarios, necesarios y urgentes para la conservacion de la cosa de lo que se infiere que son de su cuenta los ordinarios: estos dos artículos han sido copiados en los extranjeros citados en el anterior.

El 5 Bávaro, capítulo 2, libro 4, dice sencillamente: "Los gastos ordinarios para la conservacion de la cosa son de cargo del comodatario."

El 981 Austriaco: "El comodatario soporta los gastos ordinarios inherentes á la cosa prestada. En cuanto á los extraordinarios para la conservacion de la cosa puede anticiparlos; pero en este caso, el propietario debe reembolsárselos."

"Cibariorum impensæ naturali scilicet ratione ad eum pertinent qui utendum accepisset."

"Sed et id quod de impensis valetudinis aut fugæ diximus, ad majores impensas pertinere debet: modica enim impendia verius est, ut sicuti cibariorum, ad eundem pertineant," ley 18, párrafo 2, título 6, libro 13 del Digesto, que habla expresamente del comodatario, y ha sido copiada en la 7, título 2, Partida 5.

1 El comodatario no tiene derecho para repetir el importe de los gastos ordinarios que se necesiten para el uso y la conservacion de la cosa prestada.—Art. 2800, tit. 16, cap. 2, lib. 3, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

Puesto que el comodario se aprovecha de la cosa usándola, justo es que costee los gastos necesarios para este mismo uso.

ARTICULO 1634.

El comodatario está obligado á cuidar de la cosa prestada y no puede servirse de ella sino para el uso á que segun la convencion, y en defecto de esta, segun costumbre de la tierra, debe ser destinada: en otro caso responde de los daños y perjuicios (1).

Es el artículo 1880 Frances, que dice: "Como buen padre de familia;" expresion que venia en la primitiva redaccion del artículo, y cuadraria mejor con el núm. 2 del artículo 449, y el 1013 en los que se usa de ella: en el 1013 se pone como regla y obligacion general de todos los contratos, y se repite en el 1610, pues como tengo observado en el artículo 1005, ni se exige en nuestro Código, ni puede racionalmente exigirse mayor ni menor diligencia que la que un buen padre de familia pone en sus propias cosas: siguen al Frances el 1752 Napolitano, 2869 de la Luisiana, 1903 Sardo, 1364 de Vaud y 1781 Holandes.

El 972 Austriaco dice: "El comodatario puede hacer de la cosa el uso ordinario;" en los 978 y 979 se añade: "Si el comodatario hace de la cosa otro uso que el estipulado, ó si lo ha prestado á un tercero, puede reclamarla el comodante."

El 5 Bávaro, capítulo 2, libro 4, hace responsable al comodatario de la mas ligera negligencia, y en el mismo sentido abundan los 248 y 249 Prusianos, seccion 1, título 21, parte 1.

"In rebus commodatis talis diligentia præstanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus. adhibet," ley 18 al principio, título 6, libro 13 del Digesto. "Exactissimam diligentiam cus-

1 El comodatario debe emplear en el uso de la cosa la misma diligencia que en el de las suyas propias: en caso contrario responde de los daños y perjuicios.—El comodatario no puede destinar la cosa á uso distinto del convenido; de lo contrario es responsable de los daños y perjuicios.—Arts. 2794 y 2795, tit. 16, cap. 2, lib. 3, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

todiendæ rei præstare compellitur. Nec sufficit ei, eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire potuerit," ley 1, párrafo 4, título 7, libro 44 del Digesto.

ARTICULO 1635.

El comodatario responde de la pérdida de la cosa prestada, acaecida por caso fortuito, si este acontece por haberla destinado para uso, ó haber usado de ella por un tiempo que no debia.

Aun fuera de este caso si el comodatario salvó todas las cosas de su propiedad, y se perdió solo la prestada, pagará esta por entero: si únicamente salvó parte de sus cosas, se reducirá á prorata el daño, y esto mismo se observará si salvó la cosa prestada y perecieron las suyas propias en todo ó en parte (1).

El primer párrafo es el artículo 1881 Frances, 1753 Napolitano, 2870 de la Luisiana, 1904 Sardo, 1365 de Vaud, y 1782 Holandes: el 251 Prusiano, seccion 1, título 21, libro 1, añade: "Pero solamente en cuanto el caso fortuito no se habria verificado sin estas causas."

Yo tengo por muy justa esta adición que nosotros hemos adoptado para el caso de mora en el párrafo 4 del artículo 1160; y creo que por él podrian decidirse los casos de este artículo, aunque se suprimiera, porque en ellos hay culpa por parte del como-

1. El comodatario responde de la pérdida de la cosa si la emplea en uso diverso ó por mas tiempo del convenido, aun cuando aquella sobrevenga por caso fortuito.—Si la cosa perece por caso fortuito de que el comodatario haya podido garantirla, empleando la suya propia, y si no pudiendo conservar mas que una de las dos, ha preferido la suya, responde de la pérdida de la otra.—Arts. 2796 y 2797, tit. 16, cap. 2, lib. 3, cód. civ. vigente.

La comision dice: que el artículo 2797 contiene una disposicion severa pero justa, porque constituyéndose en general el comodato en beneficio del comodatario, quien disfruta de la cosa privando de ella al dueño, que tal vez sufre con esa privacion, y que en todo caso presta un servicio; nada mas justo es, por lo mismo, que el comodatario salve la cosa ajena á costa de la suya, á fin de retribuir de algun modo el beneficio recibido.—N. de los EE.

datario, segun la califican justamente las leyes Romanas y Patrias.

Si modo non ipsius culpa is casus intervenirit, párrafo 2, título 15, libro 3, Instituciones; y se pone el ejemplo de haber sido robada en el camino ó perecido en naufragio la cosa que se dió para usarla en casa.

La ley 5, párrafos 4 y 7, título 6, libro 13 del Digesto, exceptúa el caso fortuito "nisi aliqua culpa interveniat," y pone por ejemplo el preferir sus cosas á la dada en comodato, el llevar á la guerra el caballo prestado para ir á la casa de campo, y el usar de la cosa de otro modo que debia.

La ley 3, título 2, Partida 5, dispone lo mismo con ejemplos parecidos. "Porque el (comodatario) dió carrera por do acaesció aquella ocasion, usando della de otra manera que non devia;" y luego añade el caso de mora.

El segundo párrafo en su primitiva redaccion era una copia literal del artículo 1882 Frances, que dice: "Si la cosa prestada perece por un caso fortuito del que habria podido libertarla el comodatario empleando la suya propia, ó si, no pudiendo conservar mas que una de las dos, ha preferido la suya, es responsable de la pérdida de la otra."

El artículo Frances ha sido seguido por los 1754 Napolitano, 2871 de la Luisiana, 1905 Sardo, 1366 de Vaud, 1783 Holandes y 254 Prusiano, seccion 1, título 21, parte 1.

El artículo Frances fué tomado de la ley 5, párrafo 4, título 6, libro 13 del Digesto; "Proinde, et si incendio vel ruina aliquid contingit, vel aliquid damnum fatale, non tenebitur; nisi forte cum possit res commo datas salvas facere, suas prætulit."

Adviértase que esta bella disposicion Romana se halla en seguida de las palabras, "nisi aliqua culpa interveniat," y como un ejemplo y consecuencia de tal excepcion; "nec enim salva fide minorem rebus alienis suæ fidei commissis, quam suis diligentiam quis præstabit," ley 32, título 3, libro 16

del Digesto, que habla de las cosas depositadas, y con mas razon debe entenderse de las dadas en comodato.

Se ha dicho en apoyo de esta disposicion Romana y Francesa, que el comodatario debe este sacrificio al hombre generoso que le ha hecho un favor; pero es preciso convenir en que la tal disposicion absoluta é inflexible encierra algo de heróico y novelesco.

Yo tuve siempre por mas justa y filosófica la ley 5, título 5, libro 5 del Fuero Juzgo, que forma el segundo párrafo de nuestro artículo á propuesta mia.

La citada ley 5 concluye apoyando sus diversas disposiciones con una razon sin réplica por su manifiesta equidad: "Justum est enim in simili casu, ut ille non damnum solus excipiat qui se gravibus objecit periculis; et dum aliena minora conatur liberare, sua majora perdidisse cognoscitur."

Poco delicado se muestra en verdad el comodatario que en la alternativa del artículo preferir salvar su cosa; ¿pero habrá delicadeza ni justicia por parte del comodante en pretender que el que para salvarle su cosa se expuso á peligros personales y perdió las suyas propias, haya de sufrir solo todo el daño?

ARTICULO 1636.

Si la cosa prestada se entregó con tasacion y se pierde por caso fortuito, responde el comodatario del precio, á no haber pacto que expresamente le exima de responsabilidad (1).

Es el 1853 Frances, 1745 Napolitano, 2872 de la Luisiana, 1367 de Vaud, y 1784 Holandes: el 1906 Sardo añade: "Aunque haya pacto en contrario."

Concuerta tambien con la ley 5, párrafo 6, libro 13 del Digesto: "Si forte res æstimata data sit, omne periculum præstandum ab eo qui æstimationem se præstaturum re-

1. Si la cosa ha sido estimada al prestarla, su pérdida, aun cuando sobrevenga por caso fortuito, es de cuenta del comodatario; quien deberá entregar el precio, si no hay convenio expreso en contrario.—Art. 2798, tit. 16, cap. 2, lib. 3, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

cepit." La única, párrafo 1, título 3, libro 19, dice: "æstimatio periculum facit ejus qui suscepit. Aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere, aut æstimationem de qua convenit."

Seguramente la estimacion no causa aquí venta; pero debe presumirse que el comodante ha tomado esta precaucion para asegurarse de la restitution de la cosa ó de su precio; y en caso de duda es tan natural como justo decidir á favor del comodante: en el último periodo del artículo 1581 se encuentra una disposicion igual y por la misma razon.

ARTICULO 1637.

El comodatario no responde de los deterioros sobrevenidos á la cosa prestada por efecto solo del uso y sin culpa suya (1).

1884 Frances, 1746 Napolitano, 2873 de la Luisiana, 1907 Sardo, 1366 de Vaud y 1785 Holandes.

"Eum qui rem commodatam accepit, si in eam rem usus est, in quam accepit, nihil præstare, si eam in nulla parte culpa sua deteriore fecit, verum est: nam si culpa (ejus) fecit deteriore, tenebitur," ley 10, título 6, libro 13 del Digesto: la 23 del mismo título repite lo mismo y pone varios ejemplos.

La ley 10 Romana ha sido copiada en la 3, título 2, Partida 5; y la ley 4, copia de la 23 Romana, decide, segun ella, varios casos que pueden ser frecuentes en esta materia, como si la persona, por la que se devuelve la cosa, fué elegida por el comodante ó comodatario, si huye con la cosa, si la daña ó se la roban: convendrá consultarlas para mayor instruccion, cuando ocurran tales casos.

Si el comodante prestó su cosa para un uso ó servicio que no podia soportar, y á virtud de él se perdió ó deterioró la cosa, *ipse in culpa erit*, como lo dice la citada ley 10

1. Si la cosa se deteriora por solo efecto del uso para el que fué prestada, y sin culpa del comodatario, no es este responsable del deterioro.—Art. 2799, tit. 16, cap. 2, lib. 3, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

Romana, y no el comodatario que se mantuvo en los límites del contrato. En cuanto á la prueba en el caso de pérdida ó deterioro, véase el artículo 1161.

ARTICULO 1638.

El comodatario no puede retener la cosa prestada á pretexto de lo que el comodante le debe, aunque sea por razon de expensas (1).

El 1885 Frances solo dice que no puede retener la cosa por compensacion de lo que el comodante le deba: le siguen el 1747 Napolitano, 2874 de la Luisiana, 1786 Holandes: el Código Sardo calla sobre esto.

La ley 4, título 25, libro 4 del Código, dice: "Proctestu debiti, restitutio commodati non probabiliter recusatur."

Los jurisconsultos Romanos antiguos la concedian por los gastos, sobre todo por los necesarios que el comodatario hubiese hecho en la cosa: y Vinio, *select. quaest.*, libro 1, capítulo 51, sostiene todavía la retencion por las expensas necesarias: segun la citada ley 4, debe entenderse de créditos extraños que no traen su origen del comodato: Sala, en su Digesto Romano-Hispano, sigue á Vinio, y lo mismo opina Heinecio en el suyo.

La ley 9, título 2, Partida 5, concede al comodatario la retencion de la cosa por las expensas que hizo en ella durante el comodato, siendo tales que con derecho las pueda demandar, es decir, siendo necesarias, segun la ley 7.

El artículo sanciona la doctrina corriente en Derecho Romano, pues seria en extremo duro que el comodante, despues de

1. Tampoco tiene derecho el comodatario para retener la cosa á pretexto de lo que por expensas ó por cualquiera otra causa le deba el dueño.—Art. 2801 tit. 16, cap. 2, lib. 3, cód. civ. vigente.

La comision dice: que el artículo 2801 pone término á las cuestiones que pueden suscitarse en el momento de la entrega de la cosa, porque si el comodatario tiene algun derecho que deducir contra el comodante, nada mas justo que ocurrir al juez, quien con conocimiento de causa podrá quizá mandar retener la cosa; pero nunca podrá hacerlo por sí solo el comodatario.—N. de los EE.

beneficiar al comodatario y concluido el uso de la cosa, se viese privado de gozarla so color de expensas, mas ó menos ciertas y justas.

En el *Depósito* (artículo 1685) se concede la retencion, porque en aquel contrato el favorecido es el deponente; y en el comodato sucede precisamente lo contrario: vé además los artículos 432 y 1620; y sobre la compensacion, el 1126.

ARTICULO 1639.

Todos los comodatarios á quienes se presta conjuntamente una cosa, responden mancomunadamente de ella, al tenor de lo dispuesto en esta seccion (1).

Es el 1887 Frances, 1749 Napolitano 2876 de la Luisiana, 1909 Sardo, 1371 de Vaud y 1788 Holandes.

La disposicion de este artículo no está clara en Derecho Romano. Voet, por ejemplo, número 3, título 6, libro 13, establece la mancomunidad, citando la ley 5, párrafo 15 del mismo título, *Nisi aliud ab initio placuerit*, como supone ser el caso de la ley 21, por las palabras *communi periculo*.

Heinecio, por el contrario, la rechaza, apoyándose en la ley 21, y añade: "Nisi commodans singulorum fidem in solidum sequutus sit, idque ex conventione pateat;" y tambien alega la citada ley 5: la Glosa rechaza igualmente la mancomunidad: allá se las avengan.

La ley 5, título 2, Partida 5, no admite la mancomunidad en el caso de este artículo, sino cuando se pactó expresamente al hacerse el comodato; pero cuando uno solo de los comodatarios tenga facultad de restituir la cosa, no permite la equidad demandar á los otros, segun el artículo 1077.

La mancomunidad puede establecerse por la ley (artículo 1058); y perece justo establecerla en provecho del comodante, que hace el favor, contra los comodatarios, que son los favorecidos, por la misma razon que en

1. Siendo dos ó mas los comodatarios, están sujetos solidariamente á las mismas obligaciones.—Art. 2802, tit. 16, cap. 2, lib. 3, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

el artículo 1621 se establece en provecho del mandatario contra los mandantes.

Suele ponerse como ejemplo de este artículo el siguiente: He prestado ó dado en comodato mi carruage á dos personas; podré demandar al mismo tiempo á cada una de ellas la restitution de mi carruage; pues aunque no se hayan servido de él sino por su parte, ó separadamente, mi intencion ha sido prestarlo por entero á cada una de ellas y hacerlas á las dos responsables de su restitution.

Haya, ó no, exacta propiedad en este ejemplo, repito lo dicho por referencia al artículo 1077, y se observará además en él lo dispuesto en los 1063 y 1065.

SECCION III.

DE LAS OBLIGACIONES DEL COMODANTE.

ARTICULO 1640.

El comodante no puede repetir la cosa prestada sino despues de concluido el uso para que la prestó. Sin embargo, si antes de estos plazos sobreviene al comodante alguna necesidad urgente, podrán los tribunales ordenar la restitution (1).

El primer párrafo es el artículo 1888 Frances que dice: "Despues del término convenido" (tal vez sea tiempo); 1760 Napolitano, 2877 de la Luisiana, 1910 Sardo, 1372 de Vaud, 1789 Holandes, 234 Prusiano, seccion 1, título 21, parte 1, 976 y 977 Austriaco.

"Sicut voluntatis et officii magis quam necessitatis est, commodare, ita modum commodati, finemque prescribere, ejus est, qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit (id est postquam commodavit) tunc finem proescribere, et retroagere, atque intempesive usum commodatos rei auferre, non officium tantum impedit: sed et suscepta obligatio interdandum accipiendumque Geritur enim negotium invicem, et ideo invicem propositae sunt actiones ut appareat

1. El comodatario tiene obligacion de restituir la cosa prestada, terminado que sea el plazo convenido ó satisfecho el objeto del préstamo.—Art. 2803 tit. 16, cap. 2, lib. 3, cód. civ. vigente.—N. de los