recobrar la cosa que hubiere prestado, como lo dispone el artículo 1,794, esto es, con sus frutos, ó el valor de ellos, y el que aquélla tenía cuando se perdió, con los intereses, si no fuere posible la restitución en especie.[1]

La inteligencia y la extensión de esta regla ha sido explicada ya en el tomo III de esta obra, al ocuparnos de los efectos de la rescisión y nulidad de las obligaciones.[2]

Finalmente: reproduciendo el artículo 2,789 el precepto contenido en el 516, declara innecesariamente, que si el contrato de préstamo se rescinde ó anula por ser incapaz uno de los contratantes, la excepción de nulidad no aprovecha al fiador que haya intervenido en el contrato, si no prueba que al otorgar la fianza ignoraba la incapacidad que fundó la rescisión.[3]

En otros términos más claros y precisos, el precepto citado dice, que la nulidad del contrato de préstamo, proveniente de la incapacidad de uno de los contratantes no puede ser alegada por el fiador que haya garantizado el cumplimiento de las obligaciones que hubiere contraído éste, salvo el caso en que pruebe que al otorgar la fianza ignoraba la incapacidad que dió origen á la nulidad.

Repetimos que este precepto es la reproducción innecesaria del contenido en el artículo 516 del Código, y adolece del defecto de usar de la palabra rescisión como sinónima de *nulidad*, siendo así que una y otra tienen distinto origen y diversa significación en derecho, por más que sus efectos jurídicos sean casi los mismos.

Sin embargo, hay que convenir en que el precepto á que nos referimos es perfectamente justo; pues como dice la Exposición de motivos, el contrato de préstamo es uno de los más expuestos al abuso; y así como es justo que cuando uno

1 Artículo 2,664, Cód. Civ. de 1884.
2 Pág. 400 y 401.
3 Artículo 2,665, Cód. Civ. de 1884.

de los contratantes sea incapaz, se anule el contrato, lo es también que la nulidad no aproveche al fiador que conocía la incapacidad, porque la ley en este caso no serviría de amparo al débil, sino á un tercero, que de mala fe garantizó una obligación con pleno conocimiento de que no podía subsistir legalmente.

II

DEL COMODATO.

El comodato es, como dijimos al principio de esta lección, toda concesión gratuita, por tiempo y para objetos determinados, del uso de una cosa no fungible, con obligación de restituir ésta en especie (art. 2,785, Cód. Civ.).[1]

2497

También dijimos, que de esta definición se infiere la consecuencia de que este contrato es real, y no se consuma sino por la tradición de la cosa que es objeto de él.

Este contrato es, además, unilateral y de beneficencia, porque sólo produce obligaciones para el que recibe la cosa en préstamo, y ninguna para el que la entrega, y porque si no fuera gratuito, degeneraría, convirtiéndose en el de arrendamiento ó en alguno otro innominado, según que la recompensa consista en dinero ó en alguna otra cosa.

Esta última circunstancia es de tal manera esencial del comodato, que si no existe, tampoco puede existir este contrato; y así lo declara el artículo 2,792 del Código, que dice: si el comodatario paga alguna cantidad por el uso de la cosa prestada, el contrato deja de ser comodato.[2]

La primera de las circunstancias indicadas, ha sido con-

1 Artículo 2,661, Cód. Civ. de 1884.
2 Artículo 2,668, Cód. Civ. de 1884.

tradicha por algunos autores, que sostienen que el comodato pertenece á la clase de los contratos que llaman sinalagmáticos imperfectos, por cuanto á que el deudor tiene derecho para exigir del acreedor el reembolso de los gastos extraordinarios que demande la conservación de la cosa prestada.

Pero al principio de este tratado rechazamos la teoría que distingue los contratos bilaterales en perfectos é imperfectos, fundados en que, aunque es cierto que alguno de los unilaterales pueden producir una obligación á cargo del contratante que no quedó obligado al principio, también lo es que tales contratos no tienen por objeto producir esa obligación, la cual no es una condición esencial de su existencia, sino eventual y secundaria; y ni aun cuando se produce tiene el carácter de la principal, sino que es una consecuencia de ésta, único objeto del contrato.[1]

En el contrato de comodato intervienen dos personas, la que presta la cosa, objeto de él, que se designa con el nombre de *comodante*, y la que recibe esa cosa, á quien se le llama *comodatario*.

También dijimos al principio de esta lección, que existe una diferencia esencial entre el comodato y el mutuo, que se deriva de la naturaleza de las cosas sobre las cuales recaen ambos contratos, y que consiste en que, en el primero, no adquiere el comodatario el dominio de la cosa prestada, sino que lo conserva el comodante, como lo declara el artículo 2,790 del Código Civil.[2]

La razón es, porque el comodatario tiene obligación de conservar la cosa prestada y de restituirla tan luego como haya hecho de ella el uso para que se le entregó; y esa obligación pugna con las nociones que tenemos del derecho de propiedad, que faculta al propietario para usar y disfrutar

1 Tomo III, pág. 9.
2 Artículo 2,666, Cód. Civ. de 1884.

y aun abusar de su cosa, con exclusión de cualquiera otra persona.

De este principio se infiere, como una consecuencia lógica y necesaria, el que establece el artículo 2,791 del Código, según el cual, el comodatario adquiere el uso, pero no los frutos y accesiones de la cosa prestada, de la que no es poseedor conforme á derecho; pues si es una verdad indiscutible que las cosas fructifican para su dueño, y que todos los aumentos y accesiones que tienen pertenecen á éste, es indudable que, conservando el comodante el dominio de la cosa prestada, deben pertenecerle necesariamente los frutos que produzca, los aumentos y accesiones que tenga.[1]

Por la misma razón conserva el comodante la posesión de la cosa prestada, pues si retiene el dominio de ella y el comodatario sólo la recibe por un tiempo y para un uso determinado, es evidente que sólo es detentador de ella y no poseedor, porque la posesión supone necesariamente la voluntad de retener la cosa para sí, con exclusión de cualquiera otra persona, circunstancia que no concurre en el comodatario.

Algunos autores creen, que los principios que hemos establecido son demasiado absolutos, porque de ellos se infiere que sólo el propietario de una cosa puede darla en comodato, lo cual es inexacto, porque el usufructuario puede prestar las cosas que recibe en usufructo.

Pero á esta objeción se ha contestado diciendo, que los principios indicados no significan otra cosa, sino que el contrato de comodato no produce ningún cambio en el derecho de propiedad de la cosa prestada, y por tanto, que si el comodante es propietario de ésta, conserva su dominio, y si tiene la posesión legal de ella, como el usufructuario, conserva esa posesión y sólo trasmite al comodatario la deten-

1 Artículo 2,667, Cód. Civ. de 1884.

ción de la cosa con el derecho de emplearla en el uso á que está destinada.[1]

En el capítulo I de este estudio, manifestamos que los derechos y obligaciones que nacen del préstamo, son trasmisibles, como los que, en general, provienen de todos los contratos, á los herederos del que prestó y del que recibió la cosa prestada; pero aun cuando este principio es perfectamente legal, no es absoluto, de tal manera que no admita excepción en ningún caso.

Por el contrario, el artículo 2,793 del Código Civil, establece una excepción, declarando que, si el préstamo se hace en contemplación á sola la persona del comodatario, los herederos de éste no tienen derecho de continuar en el uso de la cosa prestada, porque la voluntad del comodante ha sido beneficiar tan sólo al comodatario y no á sus herederos.[2]

De la definición que del artículo 2,785 del Código da del comodato, diciendo que es la concesión gratuita, por tiempo y para objetos determinados, del uso de una cosa no fungible, con obligación de restituir ésta en especie, se infiere que es de esencia de ese contrato que el comodatario la emplee en el uso para la cual se le prestó, y por tanto, que si no se le entrega con ese objeto, no existe ese contrato, sino el de depósito ó uno innominado.

El comodato tiene alguna semejanza con el usufructo, el arrendamiento, el depósito y la donación, por cuyo motivo todos los autores procuran marcar con toda claridad y precisión las diferencias que los distinguen de ellos, las cuales vamos á exponer.

El comodato se asemeja al usufructo en que el comodatario, como el usufructuario, tiene derecho de gozar de la cosa prestada: pero se diferencia en que el derecho del co-

1 Troplong, Du Pret, núm. 16 y 38: Aubry y Rau, tomo IV, § 391, texto y nota 3ª; Pont, Des Petits contrats, tomo I, núm. 22; Guillouard, núm. 12.

2 Artículo 2,669, Cód. Civ. de 1884.

modatario es esencialmente personal, y por consiguiente, intrasmisible á tercera persona, en tanto que el usufructo es un derecho real, porque es un desmembramiento de la propiedad, y puede ser arrendado y aun enajenarse y gravarse el ejercicio de ese derecho (art. 982, Cód. Civ.).[1]

Mayor semejanza tiene con el uso, porque éste tampoco es trasmisible á tercera persona, y sin embargo, existe una diferencia capital que lo distingue de éste, y que consiste en que el uso es un derecho real constituído sobre la cosa dada en uso, mientras que el comodato, no nos cansaremos de repetirlo, sólo engendra un derecho personal contra el comodante, que nace de la obligación que éste contrae de permitir que el comodatario se sirva de la cosa prestada por el tiempo y para el objeto convenidos.

El comodato tiene también atingencia con el arrendamiento, porque, en uno y en otro contrato, el comodatario y el arrendatario, sólo adquieren el derecho de gozar de las cosas sobre las cuales recaen aquéllos, que es puramente personal.

Sin embargo, existe la siguiente diferencia capital entre uno y otro contrato, y que consiste en que el comodato es esencialmente gratuito, de manera que, si se pacta una retribución, pierde su naturaleza y se convierte en un contrato innominado ó en un arrendamiento. Por el contrario, éste exige, por su naturaleza, el pago de una merced por el goce de la cosa arrendada, y su falta hace degenerar el contrato.

Tiene también semejanza el comodato con el depósito, porque, como éste, es unilateral, gratuito, real y no trasmite la propiedad al comodatario; pero se diferencian esencialmente en que el comodatario recibe la cosa prestada para usarla en provecho propio, hasta la conclusión del tiempo estipulado, mientras que el depositario no puede usar de la

1 Artículo 882, Cód. Civ. de 1884.

cosa depositada en provecho propio, ni conservarla en su poder contra la voluntad del deponente, aunque se haya señalado un plazo para la duración del depósito; y este contrato no tiene por objeto el beneficio del depositario, sino el del dueño de la cosa depositada.

Finalmente: el comodato tiene semejanza con la donación, porque, como este contrato, tiene por objeto beneficiar á la persona que recibe la cosa prestada; pero se distingue de él, en que el beneficio que otorga al comodatario es temporal y recae solamente sobre el uso de la cosa prestada, mientras que el beneficio que recibe el donatario es perpetuo y tiene por objeto la propiedad, ó alguno de los desmembramientos de ella.

Hechas las explicaciones que preceden, que determinan la naturaleza y los caracteres que constituyen la índole especial del comodato, veamos cuáles son las obligaciones que impone y los derechos que otorga al comodatario.

Este debe emplear en el uso de la cosa prestada la misma diligencia que en el de las suyas propias, y no puede destinarla á un uso distinto del convenido, y en caso de infracción de estos deberes responde de los daños y perjuicios (arts. 2,794 y 2,795, Cód. Civ.).[1]

La principal obligación del comodatario, que se deriva de la naturaleza del contrato, es la restitución de la cosa prestada después de haberse servido de ella, la cual no podría cumplir si no tuviera el cuidado y diligencia que demanda su conservación y si la empleara en usos distintos de aquellos para los cuales está destinada.

De manera que el deber á que nos referimos no es en realidad otra cosa que la reproducción del principio que ordena que los contratos legalmente celebrados sean puntualmente cumplidos, y del que declara, que el contratante que

1 Artículos 2,670 y 2,671, Cód. Civ. de 1884.

falta al cumplimiento del contrato, sea en la sustancia, sea en el modo, es responsable de los daños y perjuicios que cause al otro contratante (arts. 1,535 y 1,575, Cód. Civ.).[1]

Es de notarse que nuestro Código se separa de las reglas que generalmente establecen las legislaciones modernas, que exigen que el comodatario emplee en el uso y conservación de la cosa prestada la diligencia que prestaría un buen padre de familia, por cuanto á que todo el provecho resultante del contrato redunda en beneficio suyo, sin que obtenga alguno el comodante.

Nuestro Código sólo exige del comodatario la misma diligencia que emplea en el uso de sus cosas, imponiéndole por consiguiente una responsabilidad menor; pero no sin justicia, porque el comodante puede con toda libertad conceder ó no el uso de su cosa teniendo en cuenta la diligencia de aquél, y si no obstante el conocimiento de ella y del peligro que corre se la presta, debe imputarse las consecuencias.

Por tanto, el comodatario queda quito de toda responsabilidad, si prueba que en el uso de la cosa prestada ha empleado la misma diligencia que en el de las suyas propias, aunque no iguale á la que comunmente pone un buen padre de familia.

Siguiendo el Código Civil el sistema adoptado por el Francés, considera en el derecho que tiene el comodatario de usar de la cosa prestada, los límites dentro de los cuales puede ejercerlo, los que no le permiten emplearla en otro uso distinto de aquel á que está destinada por la naturaleza ó por el contrato; de manera que la regla que sobre el particular establece, impone una obligación en realidad al comodatario, más bien que le otorga un derecho.

De aquí proviene la obligación de que antes hemos hecho

1 Artículos 1,419 y 1,459, Cód. Civ. de 1884.

mérito, la sanción que la acompaña, de pagar los daños y perjuicios que resulten en el caso de inobservancia de ella, y la regla que, como consecuencia, establece el art. 2,796 del Código, declarando que el comodatario responde de la pérdida de la cosa si la emplea en un uso diverso ó por más tiempo del convenido, aun cuando aquélla sobrevenga por caso fortuito.[1]

En general, nadie está obligado al caso fortuito, si no es en virtud de convenio expreso ó cuando el deudor ha dado ocasión á él; pero la regla contenida en el artículo 2,796 establece un principio, á nuestro juicio, excepcional, por cuanto á que el comodatario viola sus compromisos é incurre en una falta, que hace presumir que no habría acontecido el caso fortuito si no se le hubiera dado otro uso ó no se hubiera retenido indebidamente la cosa prestada.

Grande controversia se ha suscitado entre los comentaristas del Código Francés, cuyo artículo 1,881 establece la misma regla, acerca de si es preciso constituir en mora al comodatario, por medio de la interpelación para que responda del caso fortuito, y si puede librarse probando que la cosa prestada habría perecido igualmente en poder del comodante.

Como el carácter de estas lecciones no nos permite seguir á los polemistas en sus diversas argumentaciones, nos limitamos á manifestar, que ha predominado la opinión de los jurisconsultos que sostienen que no es necesaria la interpelación al comodatario para constituirlo en mora, porque en el caso previsto por el artículo 1,881 no se trata de retardo sino de la violación de las obligaciones contraídas por aquél, lo que constituye una falta que produce de pleno derecho la demora.[2]

1 Artículo 2,672, Cód. Civ. de 1884.

2 Laurent, tomo XXVI, núm. 469; Troplong, núm. 105; Duvergier, tomo VII, núm. 82; Pont, tomo I, núm. 82; Baudry Lacantinerie, tomo III, núm. 801; Guillouard, núm. 31, etc., etc.

En cuanto á la segunda cuestión ha prevalecido también la teoría según la cual, se libra el comodatario de la responsabilidad proveniente de la pérdida de la cosa por caso fortuito, si se prueba que ésta habría perecido igualmente hallándose en poder del acreedor; porque responde del caso fortuito en tanto que se presume que éste aconteció por su culpa. De donde se infiere que, existiendo la prueba contraria, debe cesar su responsabilidad, pues de otra manera se le impondría realmente una pena injusta, que tendría por objeto enriquecer al propietario á sus expensas.[1]

Además del caso indicado, existen otros dos en los cuales el comodatario no es responsable del caso fortuito, á cuyo estudio nos vamos á consagrar.

Si la cosa perece por caso fortuito, dice el artículo 2,797 del Código Civil, de que el comodatario haya podido garantirla, empleando la suya propia, y no pudiendo conservar más que una de las dos, ha preferido la suya, responde de la pérdida de la otra.[2]

La Exposición de motivos estima este precepto severo, pero justo; porque el comodato en general se constituye en beneficio del comodatario, quien disfruta de la cosa, privando de ella al dueño, que tal vez sufre con esa privación, y que en todo caso presta un servicio. Por lo mismo, es justo que el comodatario salve la cosa ajena á costa de la suya, á fin de retribuir de algún modo el beneficio recibido.

El precepto á que nos referimos supone realmente dos casos distintos en los cuales se verifica la pérdida de la cosa prestada:

1º Cuando ésta perece por caso fortuito de que el comodatario pudo garantizarla, empleando la suya propia:

1 Laurent, tomo XXVI, núm. 470; Guillouard, núm. 30; Colmet de Santerre, tomo VIII, núm. 81 *bis* III; Troplong, núm. 101; Duvergier, tomo VI, núm. 64: Duranton, tomo XVII, núm 580; Baudry Lacantinerie, tomo III núm. 800.

2 Artículo 2,673, Cód. Civ. de 1884.

2º Cuando en la alternativa de conservar la cosa prestada ó la suya, prefiere á ésta.

En el primer caso, ha podido salvar la cosa prestada, empleando la suya, y como la ha dejado perecer, es justo y equitativo que sufra la pérdida causada por su culpa.

Laurent sostiene que para que haya lugar á la responsabilidad en este caso, es preciso que el comodatario posea una cosa de que pueda servirse y otra que haya pedido prestada; y que si emplea las dos á la vez, dos caballos, por ejemplo, no es responsable cuando emplea el que se le prestó; pero que si empleó solamente éste en lugar del suyo, es culpable de una falta grave, porque el préstamo supone que carece de cosa propia de que servirse; y de ahí se infiere que el comodatario abusa de la cosa prestada, la expone sin derecho al peligro que la hace perecer, y por tanto que es responsable de la pérdida.[1]

En el segundo caso, el comodatario responde de la pérdida de la cosa prestada, porque no es justo ni equitativo que por egoísmo perjudique los intereses del comodante que, ejerciendo un acto de generosidad, se desprendió de ella para prestarle un servicio del todo desinteresado, que la moral no permite que reciba por recompensa un daño en su patrimonio.

El último caso en que el comodatario es responsable de la pérdida de la cosa por caso fortuito es aquel en que se estima ésta al prestarla, pues entonces debe entregar su precio, si no hay convenio en contrario (art. 2,798, Cód. Civ.).[2]

Es un principio de derecho explorado, aquel según el cual ningún contratante responde del caso fortuito, si no da causa á él; y hemos dicho también que este principio sufre excepción cuando los interesados toman sobre sí la

1 Tomo XXVI, núm. 474.
2 Artículo 2,674, Cód. Civ. de 1884.

responsabilidad proveniente de ese caso, porque la voluntad de ellos es la suprema ley de los contratos.

Pues bien, la ley presume que en el caso á que nos referimos, el comodatario se ha obligado á responder de la pérdida de la cosa por caso fortuito, y deduce tal presunción del hecho de haberla recibido estimada, ó mejor dicho, fijado su valor.

De manera que, según la regla establecida por la ley para este caso, el comodatario está estrictamente obligado á devolver la cosa prestada ó su valor.

Pero es preciso comprender esa regla dentro de los justos límites que le señala la ley y no darle alcances que no tiene, interpretándola en el sentido de que es lícito al comodatario devolver á su arbitrio la cosa prestada ó su valor.

Tal interpretación sería arbitraria y extraña á la naturaleza del comodato, que impone al comodatario la indiscutible obligación de restituir en especie la cosa prestada, después de haberse servido de ella. La mente de la regla á que aludimos, no es otra que la de obligar al comodatario á la restitución de la cosa, si existe, y la de facilitar la indemnización si ha perecido, aun por caso fortuito, mediante el señalamiento anticipado del precio de la cosa.

Pero la regla á que aludimos no es absoluta, y la presunción que crea deja de existir, cuando por convenio de los interesados se hace constar que el señalamiento de precio á la cosa prestada no importa para el comodatario la obligación de responder por los casos fortuitos. En otros términos: en tanto existe esta obligación en cuanto á que los contrayentes no hacen salvedad alguna que dé á conocer su intención de destruir la presunción creada por la ley.

Si la cosa se deteriora por el solo efecto del uso para el cual fué prestada y sin culpa del comodatario, no es éste responsable del deterioro; porque permitiendo el comodante el uso, ha consentido ese deterioro, supuesto que sabía que tal