

ALGO SOBRE CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS

Miguel Moreno Jaramillo

CAPITULO IX

Del comodato o préstamo de uso

Por el comodato o préstamo de uso una de las partes entrega a la otra una cosa, mueble no fungible o inmueble, y le concede gratuitamente el uso de ella con cargo de conservarla y de restituirla terminado el contrato. Este no se perfecciona sino por la entrega de la cosa, y la entrega transfiere su mera tenencia.

Nuestro código civil lo define diciendo que "es un contrato en que la una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso. — Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa" (art. 2200 del C. C.).

Como lo gratuito no es la entrega de la cosa sino la concesión del uso de ella, creo que no se desvirtuaría el comodato estipulando que tocan al comodatario los costos de entrega de la cosa y los de su restitución terminado el contrato.

Es técnico el empleo de **especie** (art. 1003 del C. C.), pero habiendo "especies indeterminadas de cierto género" (cuarenta hectolitros de trigo se dan en mutuo pero no en comodato), prefiero decir **cosa**. En la compraventa, en el arrendamiento, en el depósito y en la prenda se lee **cosa** (arts. 1849, 1973, 2236 y 2409 del C. C.).

Como en la locución "para que haga uso de ella" pudiera verse un **modo** de cumplimiento obligatorio, lo cual no siempre es así porque hay cosas que se conservan con el mayor cuidado sin necesidad de usarlas, me parece conveniente adoptar una forma en que la obligación de usar

la cosa no vaya a entenderse colocada al igual con la obligación de restituirla. Creo que debe usarse la cosa cuando no usándola se daña.

Prescribe nuestro código civil, en su artículo 2200, que el comodatario debe restituir la cosa "después de terminado el uso". Y el código francés, en su artículo 1875, dispone que es de cargo del comodatario devolver la cosa "después de haberse servido de ella". Me parece preferible decir "terminado el contrato".

No se perfecciona este contrato por la **tradicción**, como dice el artículo 2200, sino por la **entrega sin ánimo de transferir el dominio**. El comodato es traslativo de la mera tenencia (art. 775 del C.C.).

Puede ser bilateral el comodato?

Observa Jossierand que "el carácter real del comodato tiene por consecuencia su naturaleza **unilateral**; no se ve a qué podría estar obligado el comodante desde el momento en que la tradición (*) ha sido efectuada por él..." (**).

Pregunto:

Cuando el comodato está sometido a un plazo — por convenio de las partes o por la duración del uso para que la cosa fue prestada — tiene el carácter de bilateral a causa de que el comodante no podría, salvo excepciones, exigir la restitución antes del tiempo estipulado o antes de haber terminado el servicio para el cual hizo el préstamo?

Si no se acepta que todo contrato real es unilateral, según la sentencia de Jossierand (Capítulo I), y si no basta hacer la observación de que en el comodato sometido a un término el comodante entrega de una vez la cosa por todo el tiempo expreso o tácito, sin que reste ninguna obligación a su cargo, pueden reforzarse tales argumentos con los aducidos por Planiol y Ripert, Baudry — Lacantinerie y F. Laurent.

Planiol y Ripert dicen: "En principio, el comodante no está obligado a nada: antes de la entrega, ningún contrato liga a las partes; después de la entrega, el comodatario no tiene nada que reclamarle. El préstamo de uso es pues un contrato unilateral".

(*) En Colombia léase *entrega*.

(**) "Cours de Droit Civil Positif Français". Tomo II, número 1344.

"En fin", continúan Planiol y Ripert, "no se puede citar como una obligación a cargo del comodante la necesidad en que está de esperar la expiración del préstamo; esto se explica simplemente porque su crédito o acción de restitución es a término, y el término, estipulado aquí en interés del deudor (el comodatario), no está vencido todavía" (*).

Baudry-Lacantinerie dice: "... En cuanto a la obligación de no retirar la cosa antes del término convenido, ella no es otra que la obligación, que se impone a cada uno, de respetar el contrato que ha hecho" (**).

F. Laurent dice: "... Es cierto que el comodante no puede retirar la cosa sino después del término convenido, o, a falta de convención, después que la cosa ha prestado el uso para el cual fue prestada (art. 1888); pero ésta no es una obligación que nazca del préstamo sino más bien una condición de existencia del contrato. Para que haya préstamo es necesario que la cosa sea entregada al comodatario, y que éste tenga el derecho de usarla; si se le entregara una cosa para recobrarla inmediatamente, no habría préstamo, puesto que la cosa no habría sido puesta a disposición del comodatario..." (***)

Las palabras de Planiol y Ripert, "su crédito o acción de restitución es a término", me conducen a decir esto, que es obvio: un derecho no se trueca en obligación a causa de que su titular no pueda hacerlo efectivo inmediatamente.

Si el préstamo de uso es siempre unilateral, por qué dice el artículo 2211 del código civil que pasan a los herederos de "ambos contrayentes" las obligaciones y derechos que "nacen del comodato"?

Antiguamente se dividían los contratos bilaterales en perfectos e imperfectos. Se les decía **perfectos** cuando las obligaciones recíprocas nacían al perfeccionarse, como en la compraventa, e **imperfectos** cuando al perfeccionarse no nacían obligaciones sino para una de las partes pero la otra podía resultar más tarde accidentalmente obligada, como en el depósito. Entre nosotros, son bilaterales los bilaterales perfectos y son unilaterales los bilaterales imperfectos. De este último tipo es el comodato. Al perfec.

(*) "Traité Élémentaire de Droit Civil". Tomo II, número 2057.

(**) "Précis de Droit Civil". Tomo II, número 1112.

(***) "Cours Élémentaire de Droit Civil". Tomo IV, número 51.

cionarse no nacen obligaciones sino para el comodatario. Posteriormente pueden resultar o no resultar para el comodante. Son contingentes. El artículo 2211 hubiera sido más preciso disponiendo que las obligaciones y derechos de comodante y comodatario pasan a los herederos de ambos. El empleo del vocablo "contrayentes" y de la locución "nacen del comodato" pueden dejar la idea de que este contrato es bilateral, y ya sabemos que es siempre unilateral.

Repasemos las posibles obligaciones del comodante, siguiendo el orden en que las enumera el código:

a) — Si el comodante entrega en comodato una cosa ajena a sabiendas de que lo es y no lo advierte así al comodatario, debe a éste perjuicios si el dueño la reclamare antes de terminar el contrato (art. 2213 del C. C.).

b) — El comodante debe indemnizar al comodatario de las expensas que hizo sin su previa noticia, para la conservación de la cosa, siempre que tales expensas, no ordinarias de conservación, fueran necesarias y urgentes, de manera que haya sido imposible consultar al comodante y se presume fundadamente que teniendo éste la cosa en su poder no hubiera dejado de hacerlas (art. 2216 del C. C.).

c) — El comodante debe indemnizar al comodatario de los perjuicios que le haya ocasionado la mala calidad o condición del objeto prestado, con tal que esa calidad o condición reúna estas tres circunstancias: **primera**, que haya sido de tal naturaleza que probablemente hubiese de ocasionar los perjuicios; **segunda**, que haya sido conocida, y no declarada por el comodante, y **tercera**, que el comodatario no haya podido, con mediano cuidado, conocerla o precaver los perjuicios (art. 2217 del C. C.).

Las tres obligaciones — a), b) y c) — son contingentes. El comodato es siempre unilateral. Al perfeccionarse no nacen obligaciones sino para el comodatario.

No creo, pues, que el comodato pueda ser bilateral.

Será alguna vez oneroso?

Tampoco lo creo. La gratuidad es de su esencia. No consiente gravámenes recíprocos. Su gratuidad, apuntó Jossierand, "es más esencial que la de la donación misma, la cual puede estar adornada de cargas más o menos importantes y no por ello queda menos una donación..." (*).

(*) Obra citada. Tomo II, número 1346.

Entonces, qué significa el artículo 2204 del código civil?

Leámoslo:

"2204. — Sin embargo de lo dispuesto en el artículo precedente, si el comodato fuere en pro de ambas partes, no se extenderá la responsabilidad del comodatario sino hasta la culpa leve, y si en pro del comodante, sólo hasta la culpa lata".

A mi ver, no tiene esta norma más alcance que cambiar por leve la culpa levísima cuando el comodato favorece a ambas partes y cambiarla por grave cuando sólo favorece al comodante. Cambio, naturalmente, en provecho del comodatario, que es el único deudor. Nada más.

Para que un contrato sea oneroso no basta que tenga por objeto la utilidad de ambos contratantes. No. Es además necesario que cada uno se grave a beneficio del otro (art. 1497 del C. C.).

Si Pedro, concede gratuitamente a un buen mecánico el uso de su máquina desarmada, con o sin intención de que se la restituya armada, el contrato va en pro de ambas partes pero no es oneroso porque si bien hay utilidad de las dos no se grava cada una a beneficio de la otra. Mas si el dueño de la máquina concede su uso a trueco de que el mecánico se la restituya armada, el contrato es oneroso pero no es comodato.

Si el contrato resulta en beneficio únicamente del dueño de la máquina, hay comodato. Mas si sólo tiene por objeto la utilidad de ese dueño a costa del trabajo obligatorio del mecánico, el contrato es gratuito pero no es comodato.

He hecho uso del magnífico ejemplo del préstamo de la máquina desarmada, puesto por Fernando Vélez, y lo he analizado y comentado agregando que el comodante pudo contratar con o sin intención de que el mecánico se la restituyera armada. Dice Vélez: "No creemos que el caso del artículo 2204, sea propiamente una excepción a la gratuidad del comodato, porque el provecho que de éste puede resultarle al comodante es indirecto y no elemento del contrato..." (*).

Qué puede darse en comodato?

No exige el código civil, como para el depósito, que la cosa sea **corporal** (art. 2236). Un derecho (arts. 653 y

(*) "Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano". Tomo VIII, números 297 y 323.

664) puede venderse, permutarse, aportarse, y, en fin, servir de cosa en innumerables contratos innominados. Un crédito puede darse en prenda. Pero esto no podría trasladarse al comodato porque no es lo mismo pignorar un crédito para la seguridad de una deuda, que entregarlo para que quien lo recibe haga uso de él gratuitamente con cargo de restituirlo a la expiración del contrato (arts. 2200, 2409 y 2414). Las cosas incorporales son susceptibles de arrendamiento (art. 1974). Per tanto, un crédito que devengue intereses, o sea, que proporcione goce, puede arrendarse. Pero no veo claro cómo pudiera darse en comodato. Tal vez poniendo como ejemplo el préstamo gratuito de una patente o de una marca se prueba que el comodato puede versar sobre cosas incorporales. Nuestro código guarda silencio. Las Siete Partidas, que tuvo en cuenta el señor Bello para elaborar el título sobre este contrato, dicen que "commodatum es vna manera de préstamo, que fazen los omes vnos a otros, assi como de cauallos, o de otra cosa semejante..." (subrayo). (*)

Según el código francés (art. 1878) puede ser objeto del comodato todo lo que está en el comercio y que no se consume por el uso, en lo cual se funda Josserand para decir que puede versar "sobre los bienes incorporales" (**).

Dice el artículo 2200 de nuestro código civil que en este contrato una de las partes entrega a la otra una especie mueble o raíz. Vamos a estudiar qué cualidades ha de tener la cosa mueble.

Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales. Corporales son las que tienen un ser real y pueden percibirse por los sentidos. Incorporales son las que consisten en meros derechos.

La anterior división, contenida en el artículo 653 del código civil, no es técnica porque jurídicamente el activo de un patrimonio está formado por derechos y no por cosas *quae tangi possunt*.

Dice el código civil, en su artículo 663, que las cosas muebles se dividen en **fungibles** y **no fungibles**, y que a las primeras pertenecen aquellas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan.

En lo fungible se atiende al género en tanto que en lo no fungible se atiende al individuo.

Si Pedro presta a Juan un cigarro, Juan se hace due-

(*) Quinta Partida, Título II, Ley I.

(**) "Cours de Droit Civil Positif Français". Tomo II, número 1343.

ño del cigarro con cargo de restituir otro del mismo género y calidad. Han celebrado un mutuo o préstamo de consumo. Aquí el cigarro es una cosa consumible porque desaparece con el primer uso, y fungible porque admite otro cigarro equivalente para el efecto de la restitución.

Pero si Pedro presta a Juan, para que lo exhiba en la vitrina de su almacén, un cigarro que le donó Winston Churchill, Juan no se hace dueño del cigarro ni cumple su obligación de restituir dando otro del mismo género y calidad, sino que debe devolver el mismo cigarro. No han celebrado un préstamo de consumo sino un préstamo de uso **ad pompam et ostentationem**, como decían los romanos. Aquí el cigarro es una cosa consumible, porque desaparece con el primer uso, y no fungible porque no admite otra de igual valor liberatorio.

La cosa que se presta a título de comodato debe ser siempre cuerpo cierto, cosa inmueble o mueble no fungible, lo cual, según lo explicado, no obsta para que pueda versar sobre el uso de cosas naturalmente consumibles siempre que sean intencionalmente no fungibles.

Cómo se entrega y cómo se restituye la cosa?

Ser el comodato título de mera tenencia y ser el comodatario tenedor de la cosa prestada no significan que la entrega de ella deba ser precisamente **material**.

El código civil no dice en el comodato cómo se hacen la entrega y la restitución de la cosa. Apelemos, entonces, a los de sus parientes, el arrendamiento y el depósito, y pidámosles en comodato algunas de sus normas.

El **arrendamiento** nos presta dos normas: la de que la entrega de la cosa puede hacerse bajo cualquiera de las formas de tradición, y la de que la restitución de la cosa raíz se efectúa desocupándola enteramente, poniéndola a disposición del arrendador y entregándole sus llaves, si las tuviere (arts. 1978 y 2006).

El **depósito** nos presta otras dos normas: la de que se puede hacer la entrega de cualquier modo que transfiera la tenencia de lo que se deposite, y la de que pueden también convenir las partes en que una de ellas retenga como depósito lo que estaba en su poder por otra causa (art. 2238).

Moviéndonos dentro de la analogía, **mutatis mutandis**, acomodemos al comodato las normas que emprestamos al arrendamiento y al depósito:

Dándonos en comodato un bien raíz, es imposible adap-

tar a su entrega el precepto sobre tradición porque sería absurdo que el comodante pretendiera conferirle al comodatario la mera tenencia de la cosa celebrando el comodato por escritura pública e inscribiendo ésta en la oficina de registro de instrumentos públicos (arts. 756 y 2637). Pero como el arrendatario restituye la cosa raíz desocupándola del todo, poniéndola a disposición del arrendador y entregándole sus llaves, me parece que así, en esa forma, entrega el comodante el inmueble al comodatario y lo restituye éste a aquél.

Dándose en comodato un bien mueble, es posible adaptar a su entrega algunas normas legales sobre tradición de las cosas corporales muebles: permisión, mostración, cambio de título... Demorémonos en este último medio para decir que en el préstamo de uso puede operar cambiando un título por otro de igual categoría, como cuando convienen las partes en que una de ellas retenga como comodataria la cosa que estaba en su poder como arrendataria, y que puede operar también por un cambio que desmejore el título, como cuando el dueño se constituye comodatario de la cosa que vende; pero que nunca puede operar mejorando de título porque el de comodato es de mera tenencia.

En qué extensión tiene el comodatario derecho al uso de la cosa y cuál es su responsabilidad?

El comodatario tiene derecho al "uso legítimo" de la cosa y por tal se entiende el "uso convenido", o, a falta de convención, "el uso ordinario", de las cosas de su clase (arts. 2202 y 2203).

El comodatario es obligado a emplear el mayor cuidado en la conservación de la cosa. Responde hasta de la culpa levisísima porque el deudor es el único que reporta beneficio. Si el comodato fuere en pro de ambas partes, no se extenderá la responsabilidad del comodatario sino hasta la culpa leve, porque en ese caso hay en el contrato beneficio recíproco de las partes. Si fuere en pro de sólo la parte comodante, responde de la culpa grave porque el contrato solamente es útil al acreedor (arts. 1604, 2203 y 2204).

La gradación de la culpa (levisísima, leve, grave) a compás del beneficio que se deriva del contrato, no hace que éste llegue a ser oneroso. Continúa siendo gratuito.

De la gratitud se deducen para el comodatario ciertas obligaciones, entre las cuales enumero: la de responder de

caso fortuito cuando en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o la suya, ha preferido deliberadamente la suya (art. 2203); la de restituir la cosa aun antes del tiempo estipulado, si sobreviene al comodante una necesidad imprevista y urgente de ella (art. 2205); y la de ser deudor solidario si la cosa ha sido prestada a muchos (art. 2214). Aquí gratuidad y gratitud se dan la mano.

El comodato es siempre unilateral, gratuito, principal y real.

CAPITULO X