



MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

MAX-PLANCK-INSTITUT
FÜR EUROPÄISCHE RECHTSGESCHICHTE
MAX PLANCK INSTITUTE
FOR EUROPEAN LEGAL HISTORY

www.rg.mpg.de



Max Planck Institute for European Legal History

research paper series

ISSN 2699-0903 • Frankfurt am Main

No. 2020-19 • <http://ssrn.com/abstract=3688964>

Eva Elizabeth Martínez Chávez

Comodato (DCH)

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License



Comodato (DCH)*

Eva Elizabeth Martínez Chávez**

1. Introducción

Se consideraba al comodato en Indias, como un contrato por medio del cual el poseedor de una cosa la concedía a otra persona, de manera gratuita, para cierto uso y durante un tiempo determinado, con la condición de que, cumplidos los objetivos pactados, se restituyera lo prestado,¹ ya que no se transfería el señorío de la cosa al que la recibía.² Es decir, se trataba de una especie de préstamo³ de cosas que no se consumían con su uso,⁴ que se hacían los hombres unos a otros; por ejemplo, se podía prestar un caballo para hacer un viaje, un vestido para usarse, o un libro para transcribirse, lo que debía aprovechar quien lo recibió por un cierto periodo de tiempo y para el uso acordado.⁵

* Este artículo forma parte del Diccionario Histórico de Derecho Canónico en Hispanoamérica y Filipinas (S. XVI-XVIII) que prepara el Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, cuyos adelantos pueden verse en la página Web: <https://dch.hypotheses.org>.

** UNAM, Becaria del Programa de Becas Posdoctorales en la UNAM. Adscrita al Instituto de Investigaciones Jurídicas. Asesorada por el Dr. José Luis Soberanes Fernández.

¹ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. III, Tít. 15 De Commodato, No. 131. Sobre esto abunda MERCADO (1569), *Opusculo de arrendamientos, prestamos, y vsuras*, Cap. V De las especies de prestamo, y sus diuersas condiciones, Fol. 137v.

² Azpilcueta menciona “que los contratos se parten en dos generos: por los vnos se passa el señorío de la cosa en el que la recibe, y por los otros no. Delos que no traspasan el señorío es el [...] emprestido, que en latin llaman commodatum (que consiste en cosas, que no se consumen con su uso: qual es vn libro, vna mula, vn vestido, que se presta para cierto uso de balde sin alquiler alguno, y comunmente se haze en fauor del que lo recibe)”. AZPILCUETA, *Manual de Confessores*, Cap. 17 Del septimo mandamiento, No hurtaras, ¶ 180, Pág. 257.

³ El Fuero Real establece que existían dos maneras de realizarse los préstamos, la primera se refería al préstamo de cosas fungibles, como pan, vino u olio. La segunda “es quando ome recibe enprestido de paños fechos, o de bestias, o de siervos, o de otra cosa qualquier; e qui en esta guisa alguna cosa dotro tomare en prestada, es tenido de dar aquella cosa misma que tomare, ca aquel que la enprestada tomó non ha en ella mas del uso o del servicio por que gela emprestaron, e siempre finca por suya de aquel que gela emprestó”. Fuero Real, Libro 3, Tít. 16 De las cosas emprestadas, Ley I, Pág. 103.

⁴ AZPILCUETA, *Manual de Confessores*, Cap. 17 Del séptimo mandamiento. No hurtaras, ¶ 180, Pág. 257.

⁵ Las Siete Partidas, Partida V, Tít. 2 Del préstamo, a que dizen en latin commodatum, Ley 1 Que Cosa es prestamo, a que dizen en latin Commodatum, e por que ha assi nome, e quien lo puede fazer, e a quien, e de que cosas. Thomas de Mercado menciona como ejemplo de cosas susceptibles de dar en comodato a las joyas y tapicería. En MERCADO (1569), *Opusculo de arrendamientos, prestamos, y vsuras*, Cap. V De las especies de prestamo, y sus diuersas condiciones, Fol. 137r.

En esta figura contractual, al que *acomodaba* o daba la cosa se le llamaba *comodador* o *comodante*, el que recibía la cosa era llamado *comodatario*. Algunas veces también se podía entender por comodato la cosa que se daba en comodato y no sólo el contrato.⁶ Se catalogaba dentro de los contratos de buena fe;⁷ también, se podía considerar entre los contratos lucrativos, ya que, aunque se prestaba la cosa de forma gratuita, solo uno de los participantes resultaba gravado (el que prestaba la cosa). Por esta razón, el contrato era estimado como unilateral y se perfeccionaba con la entrega real de la cosa, ya que antes de ese acto no producía obligación civil.⁸

El comodato, o *commodatum* en latín, tenía ese nombre porque se daba para la comodidad del que lo usaba⁹ y se podía hacer de tres maneras. La primera se presentaba cuando el que prestaba la cosa lo hacía con la finalidad de hacer un favor al que la recibía, sin intención de obtener el comodante ningún beneficio. Por ejemplo, cuando un hombre prestaba a otro un caballo, arma o cosa semejante que necesitara.¹⁰ La segunda manera se daba cuando la cosa prestada se aprovechaba por el que la daba y por el que la recibía. Se estaba ante este tipo de comodato, cuando dos hombres invitaban a comer a un amigo de ambos y uno de ellos tenía vasos de plata y el otro no, y el que no tenía pedía al que tenía que los prestara para que bebiera y hacer honra y placer al amigo invitado. La tercera manera se efectuaba cuando el que prestaba la cosa lo hacía con la intención de hacer honra o placer a sí mismo, más que a quien recibía la cosa. Se daba, por ejemplo, en el caso de un esposo que prestaba a su esposa o mujer algunos paños preciado para que luciera mejor para él.¹¹

Las fuentes indianas nos describen los siguientes temas al explicar el comodato: el tipo de cosas que se podían dar en comodato (2); las personas que podían dar y recibir en comodato (3); las obligaciones que recaían en el comodante y el comodatario (4); en caso de perecer la cosa, quién sufría esta pérdida (5); las acciones que se podían interponer en este contrato (6). Estos temas se abordan en el presente trabajo, a los que se adiciona un breve balance historiográfico (7).

⁶ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. III, Tít. 15 De Commodato, No. 131.

⁷ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 1 De Judiciis, No. 20.

⁸ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. I, Tít. 35 De Pactis, No. 366-367.

⁹ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. III, Tít. 15 De Commodato, No. 131.

¹⁰ En este caso, el que recibía el préstamo debía cuidar la cosa como si fuera suya, o mejor si esto fuera posible. Si no lo hacía y lo prestado se perdía, moría o se empeoraba, por su culpa o descuido, tenía la obligación de asumir la responsabilidad y entregar otra cosa, tan buena como aquella que se le había prestado. Sin embargo, si lo anterior no se había realizado por su culpa sino por una cuestión fortuita, no estaba obligado a la restitución antes dicha. Cfr. Las Siete Partidas, Partida V, Tít. 2 Del préstamo, a que dizen en latin *commodatum*, Ley 2 En que manera se faze el prestamo, a que dizen en latin *Commodatum*: e cuyo peligro es, si se pierde, o se muere, o se empeora la cosa emprestada.

¹¹ Las Siete Partidas, Partida V, Tít. 2 Del préstamo, a que dizen en latin *commodatum*, Ley 2 En que manera se faze el prestamo, a que dizen en latin *Commodatum*: e cuyo peligro es, si se pierde, o se muere, o se empeora la cosa emprestada.

2. Cosas que podían darse en comodato

Se podían dar en comodato bienes muebles e inmuebles, derechos, servidumbres y rentas anuales.¹² Por regla general, no se podían dar en comodato cosas fungibles que tuvieran peso, número o medida, por ejemplo, vino, trigo, aceite o dinero, porque para las cosas de este tipo existía el mutuo; sin embargo, podía darse el caso que estas cosas fungibles fueran motivo del comodato, como el caso del dinero, cuando no se daba para uso ni dominio, sino para pompa y ostentación.¹³

Por lo que toca a las cosas sagradas, éstas podían darse en comodato sólo para usos sagrados y eclesiásticos.¹⁴ Juan de Paz, en una consulta dejó constancia de un préstamo sobre cosas sagradas. En una oportunidad en Filipinas, para la fiesta de la iglesia de Lipa, se había pedido prestado al pueblo y convento de Taal, que estaba al otro lado de una laguna, “unas colgaduras, candeleros de plata, Custodia, frontal, y Casulla”. El prior del convento de Taal accedió a prestar lo solicitado y lo entregaría en persona porque debía asistir a la fiesta, pero necesitaba cruzar la laguna en una barca. Sin embargo, el mal tiempo y el descuido al colocar las cosas solicitadas ocasionó que todo se perdiera en la laguna. Después de este acontecimiento el prior del convento de Taal solicitaba al padre prior de Lipa el pago de lo perdido porque lo llevaba para prestarlo en la fiesta. La consulta concluía con el parecer que las cosas se debían considerar pérdidas para su dueño.¹⁵

3. Quién podía dar y recibir en comodato

Podían dar en comodato aquellos que tenían la libre administración de sus cosas o bienes.¹⁶ En las Siete Partidas se menciona que podía dar en comodato el dueño de la cosa y se amplia-

¹² Mercado ofrece varios ejemplos de cosas que se podían dar en comodato al mencionar que “quien rescibio prestado, caualllos, casas, heredades, deue boluer las mesmas numero que le dieron, el mesmo cauallo, el mesmo anillo, la mesma ropa, las mesmas casas. Ansi lo vemos puesto en practica, y vso, y sin que nadie lo diga (como ley natural) que se sabe sin enseñarse, tienen los hombres para si por aueriguado, que han de boluer lo mesmo que les prestaron”. En MERCADO (1569), *Opvscvlo de arrendamientos, prestamos, y vsuras*, Cap. V De las especies de prestamo, y sus diuersas condiciones, Fol. 137v.

¹³ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. III, Tít. 15 De Commodato, No. 132. También se trata este asunto en las Siete Partidas, Partida V, Tít. 2 Del préstamo, a que dizen en latin commodatum, Ley 1 Que Cosa es prestamo, a que dizen en latin Commodatum, e por que ha assi mame, e quien lo puede fazer, e a quien, e de que cosas; AZPILCUETA, *Manual de Confessores*, Cap. 17 Del séptimo mandamiento. No hurtaras, ¶ 182-186, Págs. 259-261; Thomas de Mercado habla de diferentes especies de préstamos, entre ellos el comodato. MERCADO (1569), *Opvscvlo de arrendamientos, prestamos, y vsuras*, Cap. V De las especies de prestamo, y sus diuersas condiciones, Fols. 137r-140v.

¹⁴ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. III, Tít. 15 De Commodato, No. 132.

¹⁵ PAZ (1745), *Commodato*, Consulta XIX Sobre si la persona á quien se presta una cosa esté obligada á pagarla en caso que se pierda sin culpa suya?, Parecer XX, Págs. 25-26.

¹⁶ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. III, Tít. 15 De Commodato, No. 132.

ba esta facultad para permitir a otra persona realizar esta acción, siempre y cuando hubiera recibido mandato del dueño de la cosa para hacerlo.¹⁷ Por el contrario, no podía dar en comodato el infante, el loco, el pupilo sin la autoridad del tutor y el religioso sin la voluntad del superior. La mujer no podía dar en comodato las cosas de su marido sin tener, por lo menos, su presunta voluntad. En caso de que la cosa comodatada pereciera, la mujer debía compensarla en la dote.¹⁸

Podían recibir cosas en comodato todos los que podían obligarse, al menos naturalmente. Se permitía recibir cosas en comodato también al pupilo y al menor sin la autoridad del tutor o procurador, si con ello lograban mejorar su condición. Al pupilo se le daba la acción del comodato, no contra sí mismo. Sin embargo, se daba la vindicta de la cosa como contra un loco, por razón de la cosa que poseía.¹⁹

4. Obligaciones del comodante y el comodatario

En las Siete Partidas se plasmó un formato de carta que se debía elaborar cuando se estaba ante el contrato de comodato. En este documento se establecían las obligaciones de los participantes. En la escritura, elaborada ante escribano público, se debían establecer: los nombres del comodante y comodatario; los nombres de los testigos; la cosa que se daba en comodato y el valor que ésta tenía, que se determinaba mediante pacto de común acuerdo entre el comodante y el comodatario, con la finalidad de que quedara constancia del valor de la cosa por si llegaba a suceder que se perdiera o deteriorara. También tenían que expresarse la finalidad del comodato y los límites del uso que se debía dar a la cosa; la duración temporal del préstamo y las condiciones en que se resolverían las controversias en caso de que el bien sufriera algún daño, como que se perdiese o muriese.²⁰

Establecidas las condiciones que respaldaban el préstamo, el comodante no podía solicitar la cosa dada antes del tiempo y el uso acordado,²¹ porque el comodatario no debía ser defraudado por el beneficio, sino ayudado. Por el contrario, si quien había dado la cosa temía algún daño, que no hubiera previsto antes de dar la cosa, y que fuera igual o mayor que el que se

¹⁷ Las Siete Partidas, Partida V, Tít. 1 Fabla de los empréstitos, Ley 2 Quien puede emprestar, e a quien, e que cosas.

¹⁸ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. III, Tít. 15 De Commodato, No. 132.

¹⁹ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. III, Tít. 15 De Commodato, No. 132.

²⁰ Las Siete Partidas, Partida III, Tít. 18 De las escrituras, porque se pruevan los pleitos, Ley 71 Como se deue fazer la Carta de cosas que se emprestan, assi como cauallo, o otra cosa mueble.

²¹ Esto también se estableció en el Fuero Real, Libro 3, Tít. 16 De las cosas empréstitas, Ley 4. “Ningun ome non pueda demandar el empréstito que ficiere a otro ante del plazo que puso con él, o ante que sea cumplido aquello porque gelo en prestó: mas pasado el plazo que es puesto, o cumplido el servicio a que es empréstito, es tenido de darlo a su dueño, en guisa que non gelo dé enpeorado en ninguna cosa”, Pág. 104. Martín de Azpilcueta dedica un espacio en su obra para tratar este asunto, véase AZPILCUETA, *Manual de Confessores*, Cap. 17 Del séptimo mandamiento. No hurtaras, ¶ 182, Pág. 259.

le causaría al comodatario, podía revocar este contrato. Pero, si el comodante había previsto el posible daño y su propia necesidad y aun así había dado la cosa en comodato no podía revocarlo, ya que se presumía que había querido sufrir ese daño en favor del comodatario.²²

Al finalizar el término pactado concluía el comodato, aunque el comodatario no hubiera podido utilizar la cosa por su culpa. El comodante estaba obligado a resarcir al comodatario los daños producidos por dolo o culpa lata. Por ejemplo, si diera en comodato un siervo ladrón y éste robara al comodatario. El comodante también estaba obligado a pagar los gastos extraordinarios hechos por el comodatario. Esto podía suceder cuando al siervo dado en comodato “le sobreviniere alguna enfermedad en cuya curación hiciere algunos gastos, el comodante está obligado a pagarlos si hubieren sido cuantiosos”.²³ Los gastos ordinarios sí debían ser cubiertos por el comodatario, por ejemplo, los alimentos del siervo o del caballo prestado.²⁴

Cuando la cosa se daba en comodato sólo en beneficio del comodatario éste estaba obligado a la *diligentia exactissima in custodiendo* (cuidar de la cosa con *exactísima* diligencia),²⁵ y en caso de no hacerlo prestar culpa lata, leve y levísima.²⁶ Esta culpa la debía asumir el comodatario en ambos fueros, contencioso e interno, aun antes de la sentencia del juez, ya que se había obligado implícitamente a esta diligencia. En contrario, si se daba el comodato en beneficio sólo del comodante, por ejemplo, si se entregaban libros en préstamo al abogado que patrocinaba gratuitamente al comodante, o si alguien a su prometida o esposa le daba en comodato adornos para llevarla más hermosamente vestida,²⁷ entonces el comodatario prestaba sólo dolo o culpa lata.²⁸ Azpilcueta sostiene que si la cosa se había prestado en beneficio del comodante y el comodatario, “como se prestan vasos de plata, y cosas semejantes, para hazer fiesta a algun señor, o amigo común”, el comodatario estaba obligado al daño, “que se dio por malicia, o lata, y leue culpa, pero no, al que por leuissima”.²⁹

El comodatario no podía exigir al dueño de la cosa guardada ninguna recompensa por los daños que pudiera sufrir en sus propias cosas al salvar la cosa recibida en comodato cuando ésta era más preciosa. Ya que si las cosas depositadas eran más preciosas el comodatario debía

²² MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. III, Tít. 15 De Commodato, No. 133.

²³ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. III, Tít. 15 De Commodato, No. 133. La traducción está tomada de MURILLO VELARDE (2005), Vol. 3, Pág. 126.

²⁴ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. III, Tít. 15 De Commodato, No. 133. Este asunto también se aborda en Las Siete Partidas, Partida V, Tít. 2 Del préstamo, a que dizen en latin commodatum, Ley 7 Que el que toma siervo, o cavallo emprestado que le deve dar a comer, mientra que lo toviere.

²⁵ Sobre esto véase GAROFALO, (2018), Pág. 186; BARREIRO GONZÁLEZ (2015), Págs. 25-43; y SAMPAIO (2009), Pág. 800.

²⁶ Sobre la restitución por culpa del comodatario también véase AZPILCUETA, *Manual de Confessores*, Cap. 17 Del séptimo mandamiento. No hurtaras, ¶ 184, Pág. 260.

²⁷ Azpilcueta menciona que si una persona recibía una cosa “por causa, o prouecho del prestador (como recibe la muger las joyas, y vestidos, que le presta su marido, o amigo, para que vaya a el mas compuesta) no es obligado, sino al daño, que se haze por su malicia, o culpa lata”. En AZPILCUETA, *Manual de Confessores*, Cap. 17 Del séptimo mandamiento. No hurtaras, ¶ 184, Pág. 260.

²⁸ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. III, Tít. 15 De Commodato, No. 133.

²⁹ AZPILCUETA, *Manual de Confessores*, Cap. 17 Del séptimo mandamiento. No hurtaras, ¶ 184, Pág. 260.

salvarlas como si fueran sus cosas. Esto era la norma general, pero se podía dar la excepción cuando el depositario sufriera una notable pérdida y no estuviese seguro de que pudiera recuperar lo perdido por parte del depositante cuyo interés había protegido, porque a nadie podía obligarse a salvar lo ajeno con notable daño a lo suyo, o su probable peligro.³⁰

El comodante estaba obligado a dar la cosa sin vicio o defecto y en caso de que lo tuviera y él lo supiera debía expresarlo al comodatario, pues en caso de no hacerlo y causarle un daño debía pagarle el menoscabo sufrido en sus bienes. Esto llegaba a suceder, por ejemplo, en los casos en que se prestaba una cuba, tinaja u otra cosa que sirviera para guardar vino o aceite y estuviera rota o tuviera una condición tal que lo que se guardara en ella se contaminara o tuviera mal sabor.³¹

Podía suceder que la cosa prestada se perdiera y el comodatario pagara al comodante su precio; si después éste la encontraba tenía la elección de conservar la cosa y devolver el dinero o de conservar el dinero y regresar la cosa. También existía la posibilidad de que un tercero la encontrara, en este caso el comodatario podía reclamar la cosa como si fuera suya, porque ya había pagado su precio al comodante.³²

5. Para quién perecía la cosa dada en comodato

La cosa naturalmente perecía o se deterioraba para su dueño.³³ Si la cosa dada en comodato perecía por algún caso fortuito,³⁴ es decir, si se perdía sin culpa del comodatario,³⁵ como en

³⁰ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. III, Tít. 16 De Depósito, No. 142.

³¹ Las Siete Partidas, Partida V, Tít. 2 Del préstamo, a que dicen en latin *commodatum*, Ley 6 Como aquel que presta la cosa, que ha alguna maldad en ella, deve apercébir al otro que la toma prestada.

³² Las Siete Partidas, Partida V, Tít. 2 Del préstamo, a que dicen en latin *commodatum*, Ley 8 Como aquel que perdio la cosa emprestada, e la pecho a su dueño, la deve aver, si la fallare después.

³³ MERCADO (1569), *Opusculo de arrendamientos, prestamos, y vsuras*, Cap. V De las especies de prestamo, y sus diuersas condiciones, Fol. 138r. Un ejemplo de esto puede verse en Paz (1745), *Commodato*, Consulta XIX Sobre si la persona á quien se presta una cosa esté obligada á pagarla en caso que se pierda sin culpa suya?, Parecer XX, Págs. 25-26.

³⁴ El Fuero Juzgo establecía algunas situaciones en que esto podía ser aplicado. Menciona que en el caso que un hombre recibiera en préstamo o comienda un caballo, un buey, u otro animal, y el animal muriera después que lo recibió, pero no por la culpa, ni por la negligencia del que lo recibió, no tenía por qué pagar el animal. Fuero juzgo, Libro V De las avenencias é de las compras, Tít. V De las cosas encomendadas y emprestadas, I De las cosas que son dadas por precio a guardar, Pág. 90. También en MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. III, Tít. 15 De Commodato, No. 134.

³⁵ Las Siete Partidas, Partida V, Tít. 2 Del préstamo, a que dicen en latin *commodatum*, Ley 3 A quien pertenece el peligro de la cosa emprestada, guando se pierde por ocasion. Sobre esto también véase Fuero Real, Libro 3, Tít. 16 De las cosas emprestadas, Ley II, Págs. 103-104.

el caso que pereciera en un incendio,³⁶ ruina, naufragio³⁷ o por la incursión de enemigos, piratas o ladrones, que no se hubiera podido prever o precaver por nadie, no se consideraba que fuera culpa del comodatario, así en el caso referido por Juan de Paz, antes mencionado. Existían, sin embargo, excepciones en tres casos³⁸ en que el comodatario estaba obligado por la pérdida en la cosa por caso fortuito: 1. Si precedía culpa. Por ejemplo, si el caballo que había recibido en comodato lo llevaba a la guerra y allí perecía,³⁹ o, “si pidio vn caualllo emprestado para yr a Santaren, y fue a Lisboa, y desque passo Santaren, cayo en poder de ladrones”;⁴⁰ 2. Si el comodatario, mediante pacto, había tomado a su cargo el caso fortuito, con excepción de los casos raros, insólitos e inopinados que los contrayentes no pudieron presentar. 3. Si el comodatario tuvo una demora culpable, porque se consideraba que cualquier demora era nociva para el comodante. Pero, si la tardanza no había sido culpable, porque el comodatario tuvo justa causa para diferir por un impedimento legítimo o por litigio que hubiera intentado de buena fe, no estaba obligado por el caso fortuito. En caso de que se hubiera dado una cosa en comodato a dos personas, éstas estaban obligadas a prorrata, a no ser que se hubieran obligado *in solidum*.⁴¹

6. De las acciones de comodato

Las acciones que nacían del contrato de comodato eran de dos tipos: directas e indirectas, y como era un contrato nominado⁴² “se llaman de comodato”. Como el comodatario se obliga-

³⁶ Sobre las cosas prestadas que se pierden por fuego habla el Fuero Juzgo, Libro V De las avenencias é de las compras, Tít. V De las cosas encomendadas y emprestadas, III Ley antigua. De las cosas emprestadas que se pierden por fuego ó furto, Pág. 91.

³⁷ El agua como causa de la pérdida de las cosas prestadas se puede consultar en el Fuero juzgo, Libro V De las avenencias é de las compras, Tít. V De las cosas encomendadas y emprestadas, V De las cosas emprestadas, que se pierden por agua, Pág. 91.

³⁸ También Azpilcueta trata de esos tres casos en AZPILCUETA, Manual de Confessores, Cap. 17 Del séptimo mandamiento. No hurtaras, § 179, Pág. 257.

³⁹ Se consideraba culpa del comodatario la muerte del animal prestado para labor cuando moría por el exceso de trabajo al que se había sometido o por el exceso de carga que se le impuso. En este caso debía entregar otro animal al que se lo había prestado. Por otra parte, si el animal prestado causaba algún daño a algún hombre mientras se encontraba en poder del comodatario, éste debía pagar los daños hechos por el animal. Fuero juzgo, Libro V De las avenencias é de las compras, Tít. V De las cosas encomendadas y emprestadas, II De las animalias que son emprestadas para labor, Pág. 90. También se trata sobre la culpa del comodatario en la pérdida de la cosa comodada en el Fuero Real, Libro 3, Tít. 16 De las cosas emprestadas, Leyes III y V, Pág. 104; y en MERCADO (1569), Opvscvlo de arrendamientos, prestamos, y vsuras, Cap. V De las especies de prestamo, y sus diuersas condiciones, Fol. 138v.

⁴⁰ AZPILCUETA, Manual de Confessores, Cap. 17 Del séptimo mandamiento. No hurtaras, § 179, Pág. 257.

⁴¹ MURILLO VELARDE, Cursus Iuris Canonici, Lib. III, Tít. 15 De Commodato, No. 134.

⁴² Los contratos nominados e innominados difieren para el derecho porque los primeros tienen un nombre especial y los innominados carecen de él. En AZPILCUETA (1556), Comentario resolutorio de usuras, XVIII, § 41, Pág. 79.

ba desde el principio y el comodante hasta después, resultaba que al comodante le competía la acción directa y al comodatario la indirecta. La directa para que se restituyera la cosa al comodante, con prestación de la culpa que se hubiera cometido; y la indirecta para indemnizar al comodatario.⁴³ Así, al comodante y a sus herederos les correspondía la acción directa del comodato para pedir la cosa al comodatario y sus herederos, terminado el uso pactado.⁴⁴ A la muerte del comodatario, los herederos debían regresar al dueño lo que se tenía en comodato.⁴⁵ La cosa se podía pedir en especie, si existía, pues en este supuesto no había lugar para la compensación. Por otro lado, si la cosa estuviera perdida o deteriorada, podía el comodante actuar conforme a estimación o interés y entonces se daba lugar a la compensación. En caso de que fueran muchos los herederos del comodatario, el que tenía la cosa estaba obligado a restituirla; pero, si la cosa se perdía, todos estaban obligados a la restituirla, según las partes hereditarias. Si un ladrón o salteador daba en comodato una cosa ajena, tenía la acción del comodato contra el comodatario para que se le restituyera la cosa comodada, aunque fuera ajena, porque la buena fe exigía que la cosa se restituyera al que la había dado. Sin embargo, en el foro de la conciencia, el poseedor de mala fe no podía dar en comodato, ya que por derecho natural estaba obligado a restituir la cosa a su dueño.⁴⁶

Al comodatario, “*tamen competit actio commodati contraria, ut res commodata ei relinquatur ad tempus definitum, & permittatur ea uti ad usum destinatum*”.⁴⁷ Esta misma acción la podía interponer el comodatario para que se le pagaran los gastos extraordinarios hechos en la cosa, lo mismo que si lo prestado tenía vicios ocultos y el dolo y la culpa del comodante. Las acciones que competían al comodante y al comodatario eran civiles, perpetuas, de buena fe, personales y persecutorias de la cosa.⁴⁸

En el caso de que el comodatario hubiera usado la cosa de un modo distinto al que le fue concedido competía al comodante la acción de hurto. Si había deteriorado la cosa, la acción de la ley Aquilia. En caso de que la cosa prestada cayera en manos de un tercer poseedor, podía el comodante solicitar la vindicación de la cosa en contra de éste. Es importante señalar que si se ejercitaba cualquiera de estas acciones las demás se excluían.⁴⁹ En las Siete Partidas se estableció que aquellos que no regresaran la cosa prestada en el tiempo fijado debían dar

⁴³ ÁLVAREZ (1841), Tít. XV De qué modos se contrae obligación por tradicion de la cosa ó de los contratos reales, Pág. 75.

⁴⁴ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. III, Tít. 15 De Commodato, No. 135.

⁴⁵ Las Siete Partidas, Partida V, Tít. 2 Del préstamo, a que dizen en latin commodatum, Ley 5 Como los herederos del finado deuen tornar la cosa que rescibio emprestada, aquel a quien ellos heredan.

⁴⁶ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. III, Tít. 15 De Commodato, No. 135.

⁴⁷ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. III, Tít. 15 De Commodato, No. 135. “Al comodatario, sin embargo, le compete la acción contra el comodato para que la cosa comodata se le deje durante el tiempo definido y se le permita usarla en el uso convenido”. La traducción está tomada de MURILLO VELARDE (2005), Vol. 3, Pág. 128.

⁴⁸ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. III, Tít. 15 De Commodato, No. 135.

⁴⁹ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. III, Tít. 15 De Commodato, No. 135.

las costas y las *missiones* que tuvo que realizar el comodante o sus herederos para demandar su restitución.⁵⁰

7. Balance historiográfico

El contrato de comodato en Indias ha suscitado ínfimo interés de los historiadores del derecho. Escuetas noticias se pueden encontrar en obras que tratan sobre el derecho en Indias.⁵¹ Se han realizado mayores acercamientos desde el derecho y las facultades de derecho. Al respecto contamos con la monografía de Carmen Pérez de Ontiveros Baquero titulada *El contrato de comodato*; en esta obra se realiza un estudio de este contrato en el derecho español, francés y en el italiano. Se aborda, también, su desarrollo histórico y los supuestos en los que en la actualidad se presenta el comodato. Cabe destacar que además se analiza la figura del precario.⁵² Un trabajo más reciente es el de Inmaculada Vivas Tesón, también nombrado *El contrato de comodato*, al que la autora incluye entre los contratos reales. Vivas Tesón divide su obra en tres partes, en la primera desarrolla lo que llama la disciplina general del comodato; la segunda la dedica a los contratos reales; en la tercera aborda la configuración legal del comodato como un contrato real. Estas tres partes se complementan con un índice cronológico de sentencias y resoluciones sobre el contrato real de comodato.⁵³

Jésica Delgado Sáez, en su tesis de maestría titulada *Estudio sobre la figura del contrato de comodato y del precario. (Aplicación a la cesión gratuita de vivienda familiar)*, se centra en cuestiones actuales, sin embargo, interesa aquí la primera parte, dedicada a analizar brevemente los orígenes y el concepto del contrato de comodato.⁵⁴ También es posible localizar información en obras generales de derecho y manuales que suelen incorporar al comodato en el apartado dedicado al préstamo, en el cual también incluyen figuras como el mutuo o el precario.⁵⁵

La utilización del contrato de comodato en Indias es una línea de investigación en espera de estudiosos que pongan en claro sus alcances y características, tanto en el ámbito civil como en el eclesiástico. Se tienen noticias de su uso respecto a las cosas sagradas,⁵⁶ y es muy posible que fuera utilizado de forma cotidiana en el ámbito civil, ya fuera entre cónyuges, familia o amigos. Todo lo anterior se queda en el terreno de la especulación hasta que las indagaciones

⁵⁰ Las Siete Partidas, Partida V, Tít. 2 Del préstamo, a que dizen en latin commodatum, Ley 9 Quando deve tornar el prestamo, aquel que lo rescibio; e que pena deve aver, si lo non fiziere.

⁵¹ HERNÁNDEZ PEÑALOSA (1969).

⁵² PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO (1998).

⁵³ VIVAS TESÓN (2002).

⁵⁴ DELGADO SÁEZ (2015).

⁵⁵ SÁNCHEZ CALERO (coord.) (2018); GAROFFALO (2018), Págs. 147-239; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.) (2013); VERDA Y BEAMONTE (2013); DÍEZ-PICAZO (2010); IGLESIAS (2010); VALPUESTA FERNÁNDEZ/VERDE-RA SERVER (coords.) (2001); BONFANTE (1979); CASTÁN TOBEÑAS (1971).

⁵⁶ PAZ (1745), Págs. 25-26.

nos muestren las particularidades de la utilización del comodato, un contrato *antiguo* para reglamentar un Nuevo Mundo.

Bibliografía

Fuentes primarias del corpus DCH

GREGORIO LÓPEZ DE TOVAR, Las Siete Partidas del sabio Rey don Alonso el Nono nuevamente glosadas. Salamanca, 1555.

MARTÍN DE AZPILCUETA, Manual de Confessores y penitentes, en Casa de Andrea de Portonariis, Impresor de S. C. Magestad, Salamanca, 1556.

PEDRO MURILLO VELARDE, Cursus juris canonici, hispani, et indici in quo, juxta ordinem titularum decretalium non solum canonicae decisiones ..., 3. Ed., Matriti, Typographia Ulloae a Romane Ruíz, 1791.

Fuentes primarias adicionales

ÁLVAREZ, JOSÉ MARÍA (1841), Instituciones de Derecho Real de Castilla e Indias, 2ª reimp., Habana: Imprenta del Gobierno, Capitanía General y real Hacienda por S. M.

AZPILCUETA, MARTÍN (1556), Comentario resolutorio de usuras, Salamanca: en casa de Andrea de Portonaris, Impresor de la S.C.C. Magestad.

Fuero juzgo o el libro de los jueces (1815), Madrid: por Ibarra, impresor de Cámara de S.M.

Fuero Real de Alfonso X El Sabio (2015), edición de Antonio Pérez Martín, Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

MERCADO, THOMAS DE (1569), Tratos y contratos de mercaderes y tratantes discidos y determinados, Salamanca: Mathías Gast.

MURILLO VELARDE, PEDRO (2005), Curso de Derecho Canónico Hispano e Indiano, Trad. Alberto Carrillo Cázares [et al.], Vol. 3, 4 Vols., Zamora: El Colegio de Michoacán-UNAM, Facultad de Derecho.

PAZ, JUAN DE (1745), Consultas y resoluciones varias, theologicas, jurídicas, regulares y morales, Amberes: A costa de los hermanos de Tournes.

Bibliografía secundaria

BARREIRO GONZÁLEZ, GERMÁN (2015), Diligencia y negligencia en el cumplimiento: estudio sobre la prestación de trabajo debida por el trabajador, tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (dir.) (2013), Tratado de Contratos, 2ª. ed., Valencia: Tirant lo Blanch.

BONFANTE, PEDRO (1979), Instituciones de Derecho Romano, Madrid: Reus.

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ (1971), Derecho civil español, común y foral, Tomo II, 10ª ed., Madrid: Reus.

- DELGADO SÁEZ, JÉSICA, Estudio sobre la figura del contrato de comodato y del precario. (Aplicación a la cesión gratuita de vivienda familiar), Máster de Derecho Privado Patrimonial, Universidad de Salamanca, Universidad Pública de Navarra, 2015.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS (2010), Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. IV Las particulares relaciones obligatorias, Pamplona: Civitas Thomson Reuters.
- GAROFALO, LUIGI (2018), Humanitas, en: CASTRESANA, AMELIA (coord.), 80 años de historia a través del Derecho Romano, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, Págs. 147-239.
- HERNÁNDEZ PEÑALOSA, GUILLERMO (1969), El derecho en Indias y en su metrópoli, Bogotá: Editorial Temis.
- IGLESIAS, JUAN (2010), Derecho romano, 18ª ed., Barcelona: Sello Editorial.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, CARMEN (1998), El contrato de comodato, Pamplona: Aranzadi.
- SAMPAIO, R. DE L. V. (2009), Da responsabilidade objetiva do comodatário no direito romano, en: Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, Vol. 104, 769-838.
- SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO JAVIER (coord.) (2018), Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos, 9ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, MA. ROSARIO, VERDERA SERVER, RAFAEL (coords). (2001), Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos, 4ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.
- VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN DE (coord.) (2013), Derecho civil II, 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.
- VIVAS TESÓN, INMACULADA (2002), El contrato de comodato, Valencia: Tirant lo Blanch.