

6. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

LA RESPONSABILIDAD DEL COMODATARIO EN LAS PARTIDAS

ESTHER DOMÍNGUEZ LÓPEZ
Universidad de Málaga

El Título II de la Partida V, dedicado por entero al contrato de comodato, se divide en nueve leyes, de las cuales, tres van dirigidas a regular la responsabilidad del comodatario en caso de pérdida, perecimiento o deterioro de la cosa comodatada, concretamente, las leyes segunda, tercera y cuarta. Ofrecen estas leyes un tratamiento completo y sistemático de la materia, abundante en definiciones y clasificaciones que acusan la marcada influencia de la Glosa aunque, quizás, la nota más característica del texto castellano sea la ausencia total de tecnicismos, que ceden su puesto a las construcciones sencillas y fáciles de comprender.

En cuanto al régimen de responsabilidad preceptuado en las mismas, se parte de idénticos principios que rigen la responsabilidad en derecho justineano; es difícil descubrir en ellas referencias a alguna doctrina que no pueda ser deducida del *Corpus Iuris Civilis* y, en ocasiones, como tendremos ocasión de comprobar a lo largo del presente trabajo, se puede observar el paralelismo no sólo esencial, sino también formal, existente entre algunos textos jurisprudenciales romanos y los relativos de las Partidas.

Por todo, si de un lado es evidente que la obra de sistematización y reorganización de la materia, debida a los maestros boloñeses, es claramente aprovechada por el legislador castellano que se apoya, fundamentalmente, como veremos enseguida, en la *Summa Codicis* de Azón⁽¹⁾, no por ello debe negarse a

(1) *Vid.* en tal sentido ARIAS BONET, “La responsabilidad del comodatario en Partidas 5, 2, 2-4”, *Anuario de Historia del Derecho Español* 31 (1961), p. 473-486, que mantiene que estas leyes “reflejan

las fuentes romanas procedentes del *Corpus Iuris*, el valor que indudablemente tienen también como fuentes directas inspiradoras de las citadas leyes de las Partidas⁽²⁾. Y para corroborar ambos extremos procedemos ahora al análisis detenido de cada una de estas leyes:

PARTIDAS 5, 2, 2: “*en que manera se faze el preftamo, a que dizen en latin commodatum, e cuyo peligro es fi se pierde, o se muere, o se empeora la cofa empreftada,*

Departieron los fabios antiguos, que el preftamo de comodato, se faze en tres maneras. La primera es, quando el que emprefta la cofa, la emprefta con entencion de fazer gracia al que lo rescibe, tan folamente, e non por por de fi mismo. E esto feria, como fi empreftasse un ome a otro cauallo, o arma, o otra cofa femejante, que ouiesse menester. E detal preftamo como este: dezimos que aquel que lo rescibe, que es tenuto delo guardar ta bie como fi fueffe fuyo propio, e aun mejor fi pudiere. E fi lo non fizieffe afsi, fi se perdieffe, o se empeorasse por fu culpa o por fu descuydamiento, tenuto es de pecar otra tal cofa, e tan buena, a aquel que gela prefto. Empero fi esto auinieffe por ocafion, e non or fu culpa: estonce non feria tenuto de lo pechar. La segunda manera de preftamo es: quando de la cofa empreftada, se aprouecha, tan bie el que la da, como el que la recibe e esto feria como fi dos omes cobidassen a comer de fo uno aun fu amigo, e el uno dellos ouieffe vafos de plata: e el otro non, e aquel que los auia, rogasse al otro, que le preftasse, aquellos vafos, con que beuieffe para fazer honrra, a plazer a aquel fu amigo. E de tal preftamo como este, o otro femejante del, dezimos que aquel que lo rescibe, no es tenuto de guardarle, mas que

una clara recepción de la doctrina de la Glosa y, en especial, un evidente aprovechamiento de lo expuesto por Azón” para probar lo cual lleva a cabo un estudio comparativo entre estos preceptos y lo expuesto por Azón.

(2) La influencia de las leyes romanas y especialmente del Digesto y del Código justineano en el Código alonsino, fue puesta ya de relieve por MARTINEZ MARINA, *Ensayo crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las 7 Partidas* (Madrid, 1808; reeditado por José Martínez Cerdós, Obras escogidas de M. Marina, 1966), p. 372 ss. Concretamente, en relación a Partidas V y VI afirma este autor que los compiladores de estas leyes no hicieron sino extractar algunos textos de las citadas fuentes del *Corpus Iuris*.

En la misma línea se sitúa, más recientemente, GARCÍA GARRIDO, *El comodato en las Partidas*, Homenaje al profesor Alfonso Otero (Universidad de Santiago de Compostela, 1981), p. 85-101, que aun admitiendo que en estas leyes se sigue la doctrina de la Glosa, pone de relieve también, la “original versión” que de los textos jurisprudenciales romanos se da en las mismas y que ha tenido, “una gran influencia en la evolución del derecho español y americano”.

Por su parte, PÉREZ MARTÍN, *Fuentes Romanas en las Partidas*, Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo 4 (1992), p. 215-246, recoge abundante bibliografía en tal sentido, haciendo mención en la p. 235 s., de una tesis doctoral relativa a las fuentes de la V Partida aún sin publicar de ZURITA CUENCA, *Las fuentes romanas de la quinta Partida* (Universidad de Granada, 1963) que no hemos podido consultar. En ella, según PÉREZ MARTÍN, ZURITA afirma que casi dos terceras partes de los capítulos de las Partidas proceden del *Corpus Iuris*, siendo el cuerpo legal más utilizado el Digesto y mantiene, asimismo, que aunque la *Summa* de Azón se asemeja bastante a esta obra, no se identifica con ella.

faria las fus cofas propias. E por ende, guardandolo el, afsi como lo fuyo, maguer fe perdieffe por fer el de mal recabdo, non feria tenuto delo pechar. La tercera maneraes, quando el que emprefta la cofa, lo faze con entencion de fazer honra e plazer a fi mefmo, mas que por aquel que lo rescibe. E efto feria: como fi alguno empreftaffe a fu esposa, o a fu muger, algunos paos, preciados, por que vinieffe ante el: mas apuestamete, e mejor. E poredede dezimos, que pues que el faze el preftamo, por fu horra, e por fu plazer, fi ella pierda aquello que le emprefto, non es tenuta delo pechar, fueras en de, fi lo dexaffe perder engaofamente. E lo que diximos en efa ley, ha logar, non tan folamente, en eftas cofas fobredichas, mas en todas las otras cofas femejantes dellas.

Siguiendo una doctrina atribuida expresamente a los juristas antiguos, se distinguen en la ley tres maneras de realizar el contrato de comodato, según a quién beneficie el mismo: al comodatario, a ambas partes o sólo al comodante y, consiguientemente, se distinguen tres grados diversos de responsabilidad a cargo del primero en caso de pérdida, perecimiento o deterioro de la cosa comodada.

Para establecer este diáfano sistema de responsabilidad el legislador castellano se apoya, muy probablemente, en la *Summa Codicis* de Azón donde aparece ya formulada, con total nitidez y precisión, la conexión entre triple *utilitas* y grados de responsabilidad que aquél toma como base del sistema⁽³⁾. Dice así el texto de Azón⁽⁴⁾:

“Item venit dolus et lata culpa, et levis et etiam levissima, si commodavi tibi gratia tantum.

Si autem commodaverim gratia mea tantum...veniet dolus tantum, et lata culpa.

Si autem commodaverim tibi gratia tua et mea...veniet dolus tantum et lata culpa et levis ...”.

Para estructurar de este modo la responsabilidad del comodatario Azón se sirve, a su vez, de dos textos de Digesto expresamente mencionados por él como fuentes de inspiración y en los que se alude al criterio de la utilidad como base para determinar la responsabilidad dle comodatario⁽⁵⁾:

(3) Sobre la aportación de Azón en este sentido y su trascendental importancia para la *interpretatio* medieval vid. ampliamente, SANTERELLI, *Commodo utentis datum. Ricerche sul contratto di comodato nella dottrina del diritto comune* (Milano, 1972), p. 215 ss.

(4) Azo, *Summa codicis*, ed. Lugduni 1576.

(5) Cfr. KÜBLER, *Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im Klassischen römischen Recht*, Festgabe f. Gierke, II (Breslau, 1910), p. 235 ss; *ibid.*, *Die Konträrklagen und das Utilitätsprinzip*, ZSS 38 (1917), p. 73 ss.; NÖRR, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungrecht*, ZSS 73 (1956), p. 68 ss.

D. 13, 6, 18 *Gaio libro IX ad Edictum Provinciale*, pr.: *In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit...Haec ita, si duntaxat accipientis gratia commodata sit res; at si utriusque, veluti si commonem amicum ad coenam invitaverimus, tuque eius rei curam suscepisses, et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas, sed videndum est, ne et culpa praestanda sit, ut ita culpa fiat aestimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus aestimari solet.*

Y:

D. 13, 6, 5 *Ulpianus libro XXVIII. ad Edictum*, 10: *Interdum plane dolum solum in re commodata, qui rogavit, praestabit; ut puta si quis ita convenit, vel si sua duntaxat causa commodavit, sponsae forte suae, vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, vel si quis ludos edens Praetor scenicis commodavit, vel si ipsi Praetori quis ultro commodavit*".

En el primero de los textos citados, después de afirmar Gayo que el comodatario debe prestar respecto a la cosa comodada, la diligencia propia de un diligentísimo padre de familia, el jurista especifica que ello es así sólo en el caso de que reciba la cosa exclusivamente en su interés, ya que tratándose del de ambos, recuerda cómo los juristas anteriores a él (los *quidam* referidos en el texto), reducían al dolo la responsabilidad del comodatario, solución que no parece compartir Gayo quién se pregunta si en tal caso, no habría de responder también por culpa.⁽⁶⁾

La cuestión es resuelta indirectamente por Ulpiano quién enumera, en el segundo de los textos citados, los casos en que la responsabilidad del comodatario se reduce al dolo y entre ellos, el de comodato en interés del comodante, pero sin aludir al supuesto de interés común, de lo que se deduce que adopta la misma opinión de Gayo de no reducir la responsabilidad del comodatario en tal supuesto.

(6) En D. 13, 6, 18, *pr. cit.*, se hace mención, por un lado, a la *diligentia diligentissimus paterfamilias* cuya observancia es exigida al comodatario en caso de que el contrato le beneficie exclusivamente a él y, por otro lado y para el caso en que se beneficien ambas partes, se alude a la culpa. *Aspectu primo*, podría pensarse que en este segundo caso, la responsabilidad del comodatario es menor que en el primero y ello porque la culpa, sin más, parece indicar ciertamente un grado inferior de responsabilidad en relación a la diligencia diligentísima del primer supuesto.

Sin embargo, es de observar, que a la culpa, *sic et simpliciter*, aluden también otros textos como D. 13, 6, 5, 2 y 4; D. 19, 5, 20, 2; D. 47, 2, 14, 10... y que van referidos, todos ellos, al supuesto típico de comodato. Por consiguiente, no parece existir razón alguna para otorgar a la culpa mencionada en el texto de Gayo un contenido o alcance diverso, respecto a la referida en los demás textos; antes bien, sea cual sea ese contenido o alcance, creemos más acertado considerar que el mismo es idéntico en todos los casos.

Siguiendo una interpretación literal de ambos pasos, Azón encuentra en ellos una referencia a tres supuestos de comodato y a tres grados diversos de responsabilidad: *diligentia diligentissimus paterfamilias* en caso de comodato realizado *gratia commodatarii*; culpa, si *utriusque gratia*; y, dolo, en caso de *gratia commodantis* (*vid.* n. 6) y ésto es lo que traslada a su *Summa Codicis* sólo que en ésta incorpora Azón la correspondiente graduación de la culpa, *lata*, *levis* y *levissima* propia de su tiempo⁽⁷⁾.

Haciendo suya esta interpretación que de las fuentes romanas lleva a cabo Azón, el legislador castellano habla también de una triple *utilitas* y de tres grados de responsabilidad. No obstante, a la hora de fijar el contenido o alcance concreto de la responsabilidad del comodatario en cada uno de los tres supuestos de comodato, el legislador prescinde formalmente de esa graduación técnica de la culpa para seguir más de cerca lo dispuesto en los relativos textos romanos. Analicemos detenidamente lo que dice la ley para cada uno de estos casos:

a) Préstamo en interés del comodatario, éste “*es tenuto delo guardar tan bien como fi fueffe fuyo propio, e aun mejor fi pudiere. E fi lo non fizieffe afsi, fi fe perdieffe, o fe murieffe, o fi lo empeoraffe por fu culpa o por descuydamiento, tenuto es de pechar...Empero fi esto auinieffe por ocafion, e non por fu culpa: e ftonce non feria tenuto delo pechar*”:

Tratándose de interés exclusivo del comodatario, dice la ley que debe cuidar la cosa comodada igual que si fuese suya y aun mejor si pudiera y que si no lo hace así y la cosa se pierde o deteriora por su culpa o descuido, queda obligado a responder por ello. Se pretende, en suma, que el comodatario observe toda la diligencia de la que el mismo sea capaz y en este sentido, se alude en primer lugar al criterio de la *diligentia quam suis*, suficiente si se trata de una persona habitualmente muy diligente, pero se añade el inciso “*y aun mejor si pudiere*” para evitar que una persona por costumbre descuidada pueda alegar la *negligentia rebus suis consueta* para liberarse de responsabilidad.

Además, con objeto de precisar mejor el contenido de esa diligencia exigida al comodatario se alude expresamente a la ocasion, como único límite a su responsabilidad, especificándose en la ley tercera cuando ha de entenderse perdida una cosa por ocasión:

PARTIDAS 5, 2, 3: “*...por ocafio fe pierdendo, e non por fu culpa...como fi, gela quemaffe fuego, con otras cofas, o fi fe cayeffe la casa de fufo, e la mataffe: o fi gela*

(7) Cfr. MICHEL, *Gratuité en droit romain* (Bruxelles, 1962), p. 355; SANTARRELLI, *op. et loc. cit. supra*.

leuaffen auenidas de aguas, o gela robaffen los enemigos, o gela furtaffen ladrones, o fi la perdieffe fobre mar por alguna tempestad, o por quebrantamiento de algund nauio, en que la leuaffe ome, o en otra manera femejante deftas...”.

En este punto, el legislador sigue la tendencia predominante en la Glosa de identificar *casus fortuitus* y *vis maior*⁽⁸⁾ y así se deduce de los ejemplos dados al respecto en el texto citado (incendio, ruina, naufragio...) constitutivos, todos ellos, de fuerza mayor.

Volviendo a la ley en examen, vemos cómo la diligencia que se le exige al comodatario es muy elevada, ya que sólo puede liberarse de responsabilidad en caso de fuerza mayor, habiéndose de recurrir, en los demás supuestos, a una presunción de culpa o falta de diligencia en aquél. En definitiva, se trata de esa diligencia *diligentissimus paterfamilias* o *diligentia exactissima* de la que hablan los textos romanos y, concretamente, uno extraído de las *Res cottidianae* de Gayo que por su enorme parecido con el relativo de las Partidas, parece constituir su fuente más directa:

D. 44. 7, 1 *Gaius libro II. Aureorum*, 4 : “...*Is vero, qui utendum accepit, si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio, ruina, naufragio, rem, quam accepit, amiserit, securus est; alias tamen exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur; nec sufficit ei, eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit...*”.

El que recibe una cosa para usarla queda exento de responsabilidad si ésta se pierde por fuerza mayor (*casus cui humana infirmitas resistere non potest*) pero, por lo demás, añade el texto, queda obligado a prestar una exacta diligencia en el cuidado de la cosa; de manera que no le basta con la que acostumbra a prestar en las suyas propias si otro pudiera custodiarla más diligentemente⁽⁹⁾.

La confrontación entre este texto y el relativo de las Partidas, habida cuenta de la identidad tanto formal como sustancial apreciable entre los mismos, nos permite avanzar una conclusión bastante segura acerca de la utilización directa por parte del legislador castellano de las fuentes romanas procedentes del *Corpus Iuris*.

b) Préstamo en interés de ambas partes, el comodatario “*no es tenuto de*

(8) *Vid.*, en este sentido, LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale* (Milano, 1938), p. 2 ss. y sobre todo, MAFFEI, *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei Glossatori* (Milano, 1957), p. 10 ss.

(9) Sobre el sentido que halla de darse al “*alius diligentior*” del texto cfr. DE ROBERTIS, “*Exactissima diligenta*”. *Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustineanea*, SDHI 1957, p. 134 s.

guardarle, mas que faria las fus cofas propias. E por ende guardandolo el, afsi como lo fuyo, maguer fe perdieffe por fer el de mal recabdo, no feria tenuto delo pechar”:

En este caso, sólo se exige del comodatario la diligencia que le es propia o *diligentia quam suis*, siendo indiferente, por lo demás, el grado de intensidad de la misma. En efecto, precisa la ley que poniendo en la cosa comodada el mismo cuidado que acostumbra a poner en sus cosas propias, el comodatario queda liberado de responsabilidad y ello, aunque aquélla se pierda “*por ser el de mal recabdo*”.

Dado que el criterio que sirve en este caso para valorar la responsabilidad del comodatario es subjetivo, no puede afirmarse, en términos absolutos, que la responsabilidad del comodatario sea menor en este caso que en el anteriormente examinado⁽¹⁰⁾. En efecto, tratándose de un deudor en sí diligentísimo, estaría obligado también aquí a observar esa diligencia exactísima que le es propia, por lo que sólo respecto de deudores no tan diligentes, cabría hablar de una disminución de la responsabilidad. Sin embargo, es claro que el legislador quiere en este caso aligerar la responsabilidad del comodatario: al advertir, en efecto, que no responde “*maguer fe perdieffe* (la cosa) *por fer el de mal recabdo*”, el legislador está partiendo de que la diligencia propia no es, por lo general, tan exacta como aquélla que se le exigía en el caso anterior y que por ello, pese a poner ese cuidado habitual, la cosa puede perderse por culpa o falta de diligencia del deudor.

En cualquier caso, al fijar así el contenido de la responsabilidad del comodatario, se aleja el legislador castellano de lo dispuesto al respecto en los textos romanos y en la *Summa* de Azón. Ciertamente, en D. 13, 6, 18 pr. se alude para este supuesto a la culpa sin más, lo cual, en todo caso, debe interpretarse como una referencia a la *culpa levis* y no a la *culpa in concreto* (vid. n. 6). Así lo entiende Azón que, en tal supuesto, hace mención expresa a la *culpa levis*.

No creemos, sin embargo, que legislador quisiera introducir un cambio sustancial en relación, al menos, a lo dispuesto en las fuentes romanas. Antes bien, parece ser el deseo de seguir con total fidelidad el régimen deducido de las mismas el que justifica, paradójicamente, tal alejamiento. En este sentido, puesto que a la diligencia más exacta que se exige al comodatario en el supuesto típico de contrato los textos romanos contraponen la *diligentia quam suis* (D. 44, 7,

(10) Vid. DE ROBERTIS, *op. et loc. supra cit.*

1, 4 *cit.*), el legislador interpreta realizada tal contraposición entre dos grados diversos de diligencia y lógicamente, cuando se trata de disminuir la responsabilidad, opta por el grado aparentemente inferior, esto es, por la *diligentia quam suis*.

c) Préstamo en interés exclusivo del comodante, aquél “*non es tenuta delo pechar, fueras ende, fi lo dexaffe perder engañosamente*”.

Este tercer supuesto de comodato realizado en interés del comodante es quizás el que menos problemas de interpretación plantea. En tal caso, el comodatario sólo responde, dice la ley, si deja perder la cosa engañosamente, es decir, su responsabilidad se limita al dolo. Se sigue, por tanto, lo dispuesto al respecto en los textos romanos (D. 13, 6, 5, 10 *cit.*) y que coincide también, por tanto, con la *Summa* de Azón, sólo que, en ésta, se alude también a la culpa lata⁽¹¹⁾.

PARTIDAS 5, 2, 3: “*a quien pertenesce el peligro dela cosa emprestada, quando fe pierde por ocañon.*

Por ocañon perdiendo algund ome la cosa que ouieffe rescibido emprestada, que fueffe de aquellas que fe non pueden pefar, nin contar, nin medir, afsi como caualllo: o armas, o paos o otra cosa femejante, non es tenuto de la pechar: el que la rescibe, fi fe pierde fin fu culpa. E por ocañon fe pierdendo, e non por fu culpa, feria como fi, gela quemaffe fuego, con otras cosas, o fi fe cayeffe la casa de fufo, e la mataffe: o fi gela leuaffen auenidas de aguas, o gela robaffen los enemigos, o gela furtaffen ladrones, o fi la perdieffe fobre mar por alguna tempestad, o por quebrantamiento de algund nauio, en que la leuaffe ome, o en otra manera femejante destas. Pero razones y ha; que maguer fe perdieffe la cosa, por alguna delas ocañones fobre dichas, que feria tenuto dela pechar, aquel que la ouieffe rescibido emprestada. E esto feria, afsi como fi demandaffe vafos de plata emprestados, con que beuieffe en fu casa, e los leuaffe fobre mar, o en algund camino, e los perdieffe alla, o fi pidieffe alguna beftia emprestada: para vna jornada, e la leuaffe mas luee, e fe murieffe, o fe perdieffe alla. Ca en tales cafos como estos, o en otros femejantes dellos, tenuto feria de pechar, lo que rescibieffe prestado, maguer la cosa fe perdieffe, por ocañon, por que el dio carrera por do acaescio aquella ocañon, vsando della en otra manera que non deuia. Otrofi dezimos que rescibiendo vn ome de otri, alguna cosa prestada: fasta tiempo cierto, que non fueffe de aquellas, que fe fuelen contar, ni medir, fi pufieffe dia o ora cierta, a que la tornaffe a fu feor, fi de aquel dia, ode aquella ora en adelante, vfasse de aquella cosa, teniendola contra voluntad de fu feor, e fe perdieffe, o fe murieffe, tenuto feria dela pechar. Effen mifmo feria, fi aquel que rescibieffe la cosa prestada, fe obligaffe en tomandola, que fi fe perdieffe, o fe murieffe, o fe empeorasse, por alguna destas cosas que diximos, que fueffe el peligro del”.

(11) Acerca de la referencia a la culpa lata en la obra de los glosadores, *vid.* ARIAS BONET, *op. cit.*, p. 478 n. 6.

Partiendo del principio general, sentado ya en el precepto anterior, de ausencia de responsabilidad del comodatario en caso de pérdida fortuita de la cosa u *ocafion*, se señalan aquí tres supuestos en los que se excepciona la aplicación de tal principio general: *usus contrarius* de la cosa por parte del comodatario; asunción convencional de todo riesgo; y, mora en la devolución de la cosa.

La presentación sistemática de estos tres supuestos es ofrecida en el canon de Gregorio IX, *C. Quum Gratia X. De commodato*: “*Quum gratia sui tantum quis commodatum accepit, de levissima etiam culpa tenetur, licet casus fortuitus, nisi acciderit culpa sua vel intervenerit pactum seu in mora fuisset, sibi non debeat imputari...*”, siendo éste el modelo del que se sirve Azón⁽¹²⁾ y que encuentra, en general, un gran seguimiento en los intérpretes del derecho común⁽¹³⁾. Es así, que debemos reconocer en la Decretal gregoriana la fuente directa o indirecta de inspiración del legislador castellano, aunque tampoco aquí deba negarse, en términos absolutos, una utilización paralela del *Corpus Iuris Civilis*, menos aún después de que tal extremo pueda considerarse probado con el análisis de la ley anterior.

Analicemos ahora, separadamente, cada uno de los supuestos contemplados en Partidas:

a) *Usus contrarius*: en este caso, dice la ley, que el comodatario responde aunque la cosa se pierda por ocasion (ya vimos qué entiende el legislador por tal) y ello porque “*el dio carrera por do acaefcio aquella ocafion, vfando della en otra manera que non deuia*” Lo que parece indicarse con esta última frase es que el comportamiento incorrecto del deudor es causa directa del daño sufrido en la cosa y por tanto, debe responder por ello; de lo que se deduce, por tanto, que la responsabilidad del comodatario en este caso es contemplada como una responsabilidad subjetiva.

En derecho romano el *usus contrarius* por parte del comodatario desenna-

(12) En la Summa de Azn se contemplan igualmente estos tres supuestos como causas de agravación de la responsabilidad del comodatario la responsabilidad: “*Casus vero fortuitus non venit. Et haec ita, nisi pactum, vel culpa, et mora aliud inducant. ut extra eodem, cap. unico in princ. (=X. III, 15. 1).*

Si enim commodavi tibi equum ad villam tu ad bellum duxisti: teneberis de casu. Secus si commodasem tibi ad bellum: tunc enim meum esse periculum, licet aliud milites observent. Nam et si tibi servum tectorem commodavero, ut in machina operetur: meum erit periculum, nisi machinae minus diligenter non ab ipso servo ligatae, culpa perticarum, vel funium vetustate casus contigerit: secus si commodasem tibi ut opus de plano faceret. ut ff. eo. l. si ut certo & sed interdum (= D. 13, 6, 5, 7, Paul. lib. 28 ad ed.)”.

(13) En este sentido, ARIAS BONET, *op. cit.*, p. 480 s. y SANTARELLI, *op. cit.*, p. 240 ss.

dena también su responsabilidad contractual y, además, si hubo dolo en el mismo, queda sujeto también a la *actio furti*. A ello se refieren expresamente los siguientes textos:

Gaio 3, 197: *Placuit tamen eos qui rebus commodatis aliter uterentur quam utendas accepissent, ita furtum committere, si intellegant id se invito domino facere, eumque, si intellexisset, non permisurum credant, extra furti crimen uideri; optima sane distinctione, quod furtum sine dolo malo non committitur.*

Dice Gayo que si el comodatario usó la cosa en modo distinto del acordado, sabiendo que lo hacía contra la voluntad del dueño, queda sujeto a la acción de hurto. Por el contrario, si no obró con dolo malo no comete *furtum usus*, ya que “...*furtum sine dolo malo non committitur*”.

El discurso de Gayo, centrado esencialmente en la *actio furti*, no permite saber si la ausencia de dolo en el comodatario origina, no obstante, su responsabilidad contractual. La cuestión es resuelta por Pomponio en:

D. 47, 2, 77 Pomponius libro XXXVIII ad Quintum Mucium, pr.: *Qui re sibi commodata vel apud se deposita usus est aliter, atque accepit, si existimavit, se non invito domino id facere, furti non tenetur; sed nec depositi ullo modo tenebitur. Commodati an teneatur, in culpa aestimatio erit, id est, an non debuerit existimare, id dominum permissurum.*

El jurista reproduce básicamente lo dispuesto por Gayo pero añade que el comodatario queda sujeto a la *actio commodati* si incurre en culpa, esto es, si no debió pensar que aquel uso de la cosa no lo habría permitido el dueño.

Resumiendo lo dispuesto en ambos textos, resulta que la extralimitación del comodatario en el uso de la cosa prestada, le hace responsable en derecho romano por *furtum usus* siempre que haya dolo y, en cualquier caso, por incumplimiento contractual, ya se deba éste a dolo o culpa.

Pero además, el comodatario no puede liberarse de responsabilidad alegando que la pérdida de la cosa tuvo lugar por fuerza mayor, ya que se especifica claramente, en otros textos, que en caso de *usus contrarius* su responsabilidad es ilimitada. Así :

D. 13, 6, 18 Gaius libro II. Aureorum, pr.: *“In rebus commodatis talis diligentia praestanda est,...ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non potest,...quae sine dolo aut culpa eius accidunt...Quod autem de latronibus, et piratis, et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferat; alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad coenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum, et latronum, et naufragii casum praestare debet...”*

Y:

D. 44, 7, 1, *Gaius libro II. Aureorum*, 4:

“...sed in maioribus casibus, si culpa eius interveniat tenetur, veluti si quasi amicos ad cenam invitaturus argentum, quod in eam rem utendum acceperit, peregre profisciscens secum portare voluerit et id aut naufragio aut praedonum hostiumve incursu amiserit”.

En ambos pasos se pone como límite a la responsabilidad del comodatario el *casus cui resisti non potest*. Pero, se dice también, que si éste hace un uso indebido de la cosa, entonces queda obligado a responder incluso por fuerza mayor. Para ilustrar este supuesto el jurista recurre, en ambos textos, al ejemplo de aquél que queriendo invitar a cenar a unos amigos pide prestado un servicio de plata y después, llevándola consigo en un viaje por mar, la pierde por naufragio o acometida de ladrones.

Se trata, en estos casos, de una agravación de la responsabilidad del comodatario, en la que quedan comprendidos también los resultados dañosos derivados de fuerza mayor; ya que debido a su comportamiento incorrecto, se ha visto inmerso en aquél evento fortuito que ha dado lugar al perecimiento de la cosa prestada.

El legislador de las Partidas sigue, por tanto, la doctrina del *casus culpa determinatus* o *culpa praecessit casum*⁽¹⁴⁾ que se deriva de los textos romanos, tomando además, de los citados de Gayo, el ejemplo de la vajilla que se pierde transportándola el comodatario más allá de lo permitido.

b) Mora en la devolución: en relación a esta supuesto dice la ley que si se fijó un plazo determinado en que hubiera de devolverse al cosa, si el comodatario lo sobrepasa será responsable por la pérdida o perecimiento de la cosa, aun cuando acaezcan de manera fortuita. A diferencia del caso anterior, la responsabilidad del comodatario en caso de mora es una responsabilidad objetiva.

En los textos romanos no hay una referencia expresa a la *mora debitoris* para el comodato, pero si se alude a ella de modo general en un texto de Paulo en el que se establece, como efecto fundamental de la *mora debitoris* la *perpetuatio obligationis* y el cual sirve de apoyo a la doctrina relativa posterior:

D. 45, 1, 91 *Paulus libro XVII ad Plautium*, 3: “...veteres constituerunt, quoties culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem...”.

c) Asunción convencional de riesgo: dice la ley, por último, que también

(14) Cfr. DE MEDIO, *Caso fortuito e forza maggiore in diritto romano*, BIDR (1908), p. 157 ss.

responde el comodatario en caso de pérdida fortuita de la cosa si él mismo se obligó en tal sentido al tomar la cosa en préstamo. Igual que en el supuesto anterior, también aquí la responsabilidad del comodatario es objetiva.

En derecho romano también se contempla la asunción convencional de riesgo en una constitución de los Emperadores Diocleciano y Maximiano, contenida en:

C. 4, 23, 1: “*Ea quidem, qua vi maiore auferuntur, detrimento eorum, quibus res commodantur, imputari non solent. Sed quum is, qui a te commodari sibi bovem postulabat, hostilis incursionis contemplatione periculum amissionis ac fortunam futuri damni in se suscepisse proponatur, praeses provinciae, si probaveris, eum indemnitate tibi promississe, placitum conventiois implere eum compellet*”.

PARTIDAS 5, 2, 4. *Si aquel que toma empreftada, la embia por menfajero cuyo deue fer el peligro fi fe pierde en al carrera.*

“*Empreftada tomando algund ome cofa de otri, que fea de aquellas, que fe non fueren contar, nin pefar, nin medir fi aquel a quien fueffe preftada, la embiafse al feor cuya era, con algund fu ome de recabdo, que fueffe atal, que ouiefse acoftumbrado de fiar enel tales cofas, o mayores, fi en leuandola este tal, la perdieffe por ocafion, como fi gela tolliefsen por fuerca, o gela furtafsen o en otra manera femejante deftas, o fi le fiziefsen algund engao, porque la perdieffe, en cualquier deftas maneras, o en otras femejantes dellas, dezimos que fe pierde, a aquel que la prefto, e non al que la tomo preftada. Ca pues el pufo aquella guarda, en embiarla, que fiziera fi fuya propia fueffe, non es tenuto dela pechar. Mas fi la embiafse con ome que non fueffe de buen recabdo, e en quien non ouiefse acoftumbrado de fiar tales cofas, fi fe perdieffe por culpa defte atal, o por fu negligencia: tenuto feria dela pechar aquel que la ouiefse tomado preftada. Mas fi aquel que ouiefse empreftado tal cofa, embiafse por ella algund ome fuyo, e aquel que la tenia gela dieffe, fi aquel fu ome que embio por ella la perdieffe, o la mal metiefse, o fe fueffe con ella, perderfe ya a aquel cuya fueffe, e non aquel que la tomo empreftada. Pero fi este que la auia preftado, e cuya era, embiaffe dezir a aquel a quien la auia preftado, que gela embiafse por algund fu ome de recabdo, en quien fe fiafse, e este atal, por quien gelo embio dezir, cambiaffe la rason, e dixesse que le embiaua dezir, que gela embiaffe por fi mifmo, fi este que la tiene lo creyeffe, e gela dieffe, fi la perdieffe, o fe fuere con ella, es el peligro de aquel que la tiene preftada’.*

La ley cuarta se ocupa de la pérdida de la cosa cuando es transportada por un mensajero. A efectos de determinar quién haya de soportar el riesgo de dicha pérdida, se distingue si el mensajero ha sido elegido por el comodatario o por el comodante:

En el primer caso, si el comodatario encargó la devolución de la cosa comodada a persona idónea y aquélla se pierde como consecuencia de algún

evento fortuito, prescribe la ley que corresponde al que prestó la cosa y no al que la tomó prestada, soportar el riesgo de dicha pérdida.

Por el contrario, si el mensajero elegido no era idóneo y la pérdida tiene lugar por culpa o negligencia del mismo, responde el comodatario.

En el segundo caso, cuando se trata de persona designada por el comodante, es éste el que debe soportar en cualquier caso el riesgo, si la cosa se pierde. Sin embargo, si el mensajero no tenía otra misión que la de recordar al comodatario la devolución de la cosa, si mediante engaño la obtiene de éste y después se pierde, entonces también queda obligado a responder en este caso el comodatario.

En los textos jurisprudenciales romanos, la responsabilidad del comodatario cuando interviene un mensajero depende también de quién lo haya designado y en caso de haber sido el comodatario, de la idoneidad o no de la persona elegida. A ello se refieren los siguientes textos::

D. 13, 6, 20 *Iulianus libro III. ad Urseium Ferocem: Argentum commodatum si tam idoneo servo meo tradidissem ad te perferendum, ut non debuerit quis aestimare futurum, ut a quibusdam malis hominibus deciperetur, tuum, non meum detrimentum erit, si id malis homines interceptissent.*

D. 13, 6, 10 *Ulpianus libro XXIX. ad Sabinum, 1: Si rem inspectorum dedi, an similis sit ei, cui commodatam res est, quaeritur. Et, si quidem mea causa dedi, dum volo pretium exquirere, dolum mihi tantum praestabit; si sui, et custodiam, et ideo furti habebit actionem. Sed et si, dum refertur, perit, si quidem ego mandaveram, per quem remitteret, periculum meum erit; si vero ipse, cui voluit, commisit, aequae culpam mihi praestabit, si sui causa accepit,*

D. 13, 6, 11 *Paulus libro V. ad Sabinum: qui non tam idoneum hominem elegerit, ut recte id perferri possit;*

D. 13, 6, 12 *Ulpianus libro XXIX ad Sabinum, pr.: si mei causa, dolum tantum.*

El régimen que se deriva de estas fuentes es el mismo que se sigue en el Código alfonso: en ambos casos, la responsabilidad del comodatario es por *culpa in eligendo*. Esta se da si el comodatario no toma, al designar al mensajero, las debidas precauciones. De este modo, habiendo puesto en tal elección la diligencia que le es exigida o cuando la elección la realiza el comodante, al no existir culpa ninguna en aquél, no responde si la cosa se pierde⁽¹⁵⁾.

Concluimos de este modo el presente trabajo, no sin antes incidir en la idea

(15) En relación al paralelismo entre el texto de las Partidas y la *Summa Codicis* de Azón en este punto, vid. ARIAS-BONET, op. cit., p. 481 ss.

que se ha venido poniendo de relieve desde el comienzo del mismo: los preceptos de las Partidas relativos a la responsabilidad del comodatario se han visto formal y sustancialmente influidos por los textos jurisprudenciales romanos, cuya normativa aparece condensada en aquellas leyes y de las cuales no hace el legislador castellano, muchas veces, sino transcripciones casi literales, sin que ésto suponga negar en modo alguno, como hemos tenido ocasión de comprobar a lo largo de esta exposición, la enorme influencia que sobre el texto castellano ejerce también la doctrina de la Glosa y, muy, especialmente, la *Summa Codicis* de Azón.