

ASPECTOS SOBRE LA TUTELA PROCESAL DEL COMODATARIO Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA

JAVIER BELDA MERCADO

Universidad de Granada

El enorme interés que suscita la problemática de la responsabilidad contractual para el estudioso del derecho romano está fuera de toda duda. Dentro de esta compleja y relevante cuestión ha ocupado un lugar preferente el estudio de la responsabilidad del comodatario¹,

1 ARANGIO RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli 1987 pp. 62 ss.; ARIAS BONET, “La responsabilidad del comodatario en Partidas 5,2,2-4”, *AHDE* 31 (1961) pp.473 ss.; BETTI, *La struttura della obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano 1955; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. II. Struttura dei rapporti di obbligazione*, Milano 1953; CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano I*, Milano 1966, pp.23 ss.; CARDILLI, *L’obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II.a.C-II d.C)*, Milano 1995; CARRESI, *Il comodato. Il mutuo. Trattado di dir. civ. it. (diretto da F. Vassalli)*, Torino 1857, pp. 10 ss.; CASTRO SÁENZ, “Responsabilidad y duplicidad formularia: los casos del depósito y del comodato en época clásica”, *Actas del Congreso Iberoamericano de Derecho Romano* (Burgos 2001) pp.183-201; CERAMI, “Il comodato”, *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al prof. Murga Gener* (Madrid 1994) pp. 301 ss.; CICOGLA, “Ancora sull’ uso nel comodato” *BIDR* 19 (1907) pp. 235 ss.; DE ROBERTIS, *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della Compilazione giustiniana II*, Bari 1966, pp. 321 ss.; DE RUGGIERO, “Contributo alla teoria delle interpolazioni”, *BIDR* 19 (1907) pp. 5 ss.; ID., “*Depositum vel commodatum*”, *BIDR* 19 (1907) pp. 245 ss.; DOMÍNGUEZ LÓPEZ, *La gratuidad y la utilidad como factores determinantes de la responsabilidad del comodatario*, Granada 2001; ID., “La responsabilidad del comodatario en las Partidas”, *Actas del II Congreso Iberoamericano de Derecho romano* (Murcia 1997) pp.281-295 D’ORS, “Observaciones sobre el *Edictum de rebus creditis*”, *SHDI* 19 (1953) pp. 131 ss.; ID., “*Creditum*” y “*Contractus*”, *AHDE* 26 (1956) pp. 183 ss. (=ZSS 74 (1957) pp.73 ss.); ID., “A propósito dell’ *actio commodati*”, *IURA* 34 (1983) pp. 90 ss.; FERRINI, “Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano”, *AG* 52 (1894) pp.469 ss.; (=AG 53 (1894) pp.41 ss., 257 ss.; *Opera* 3 (Milano 1929) pp. 81 ss.; FUSCO, “*Pecuniam commodare*”, *Aspetti economici e sociali della disciplina giuridica dei rapporti di credito nel V secolo d.C*, Perugia 1980; GARCÍA GARRIDO, “El *furtum usus* del depositario y del comodatario”, *Atti Accademia Romanistica Costantiniana* (1981) pp. 853 ss.; ID., “Realidad y abstracción en los casos jurisprudenciales romanos”. Extractos casuísticos en los supuestos de comodato de caballerías”, *Estudios Iglesias I* (Madrid 1988) pp.249-262; KASER, *Das Römische Privatrecht I*, 2ªed., München 1971, pp. 525 ss., pp. 523 ss.; II, 1975, pp. 371 ss., pp. 406 ss.; LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale. I. La responsabilità per custodia*, Milano 1938, pp. 72 ss.; ID., “*Commodati vel contra*”, *Labeo* 2 (1956) pp. 337 ss.; MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l’édit du prêteur*, Paris 1958, pp. 93 ss.; MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, Milano 1973, pp. 148 ss.; METRO, *L’obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano 1966, pp. 150 ss.; ID., “*Custodiam praestare*”, *Labeo* 13 (1967) pp. 60 ss.; MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles 1962, pp. 95 ss.; PARICIO, “La responsabilidad en el comodato romano a través de la casuística jurisprudencial”, *Estudios en homenaje al profesor Iglesias I* (1988) pp. 459-504; ID., “La primitiva protección procesal del *commodatum*” (A propósito de una reciente monografía de Zannini), *AHDE* 54 (1984) pp. 587

y se explica tan notable interés atendiendo a las noticias que al respecto nos ofrecen las fuentes, muchas veces contradictorias entre sí, y en cualquier caso de difícil interpretación.

Así pues, la responsabilidad contractual del comodatario presenta una riquísima problemática en el estado actual de la investigación romanística. En este sentido, discutidos han sido por la doctrina los criterios establecidos para determinar la responsabilidad del comodatario en las distintas épocas.

Una de las teorías más aceptadas al respecto es la defendida por ARANGIO RUIZ², según la cual el comodatario, en la época clásica, en virtud de lo que nos dice Gayo en sus Instituciones 3,106, respondía por custodia –en sentido técnico–.

Posteriormente, los compiladores postclásicos sustituyeron la original expresión gayana *praestare custodiam* del libro 2^a de las *Res cottidianae* por *exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur*, con lo que el antiguo criterio de responsabilidad viene sustituido por un criterio subjetivo³.

Por tanto, la primitiva figura de responsabilidad del comodatario, en el ámbito de la fórmula *in factum*, es la responsabilidad objetiva, la responsabilidad por custodia. Pero con la aparición de la fórmula *in ius*, en la que se valora, en el ámbito de la *bona fides*, el comportamiento del deudor, se abre camino la valoración de la *diligentia* como responsabilidad de naturaleza subjetiva.

Así pues, la responsabilidad contractual del comodatario debe ser puesta en relación con la estructura jurídica del comodato. Al respecto, el concepto de responsabilidad contractual en Derecho Romano no responde a una figura dogmática preestablecida, sino que se ha ido formando en el ámbito de varios negocios, en relación a las atribuciones concretas del deudor y a los medios procesales que los sancionaban, especialmente si se consideraba la duplicidad formularia, la cual importaría una doble valoración del negocio: por un lado, en la fórmula *in factum*, se imponía una valoración *stricti iuris*; por otro, en la fórmula *in ius*,

ss.; ID., “Una nota complementaria sobre la pretendida fórmula de buena fe del comodato (Contraposición entre D.13,6,13 pr. y D.12,6,17,5), *Studi Biscardi* 6 (1987) pp. 355 ss.; ID., “La pretendida fórmula “*in ius*” del comodato en el Edicto pretorio”, *RIDA* 29 (1982) pp. 235 ss.; PASTORI, *Il comodato nel diritto romano. Contributo allo studio della responsabilità contrattuale*, Milano 1954; ID., “Comodato” (dir. romano), *NNDI* 3 (1959) pp. 688 ss.; ID., “Sulla duplicità formulare dell’*actio commodati*”, *Labeo* 2 (1956) pp. 89 ss.; ID., *Comodato, contratto, responsabilità*, Milano 1981 (reimp. 1986); ID., “Comodato e furto: spunti d’interpretazione dialettica”, *Labeo* 19 (1973) pp. 161 ss.; SCHERILLO, “Comodato” (dir. romano), *ED* 7 (1960) pp. 981 ss.; SCHMIDT, *Das commodatum und precarium. Eine Revision der Grundlehren beider*, Leipzig 1841 (reimp.1852); SEGRÈ, “Sull’età dei giudizi di buona fede di commodato e pegno” *Studi Fadda* 6 (Napoli 1906) pp.331 ss.; (= *Scritti Torino* (1952) pp. 61 ss.); SOLAZZI, “La responsabilità del commodatario nelle Istituzioni di Gaio”, *IURA* 6 (1955) pp.139 ss.; STOCK, *Zum Begriff der donatio insbesondere im Verhältnis zum commodatum*, Leipzig 1932; VOCI, “*Diligentia*”, “*Custodia*”, “*culpa*”: i dati fondamentali”, *SHDI* 56 (1990) pp. 65 ss., 104 ss.; ID., *La dottrina romana del contratto*, Milano 1946; ID., *The Law of Obligations in the later Roman Republic*, Oxford 1965, pp.167 ss.; WUBBE, “I contratti reali alla fine della repubblica”, *Contractus e Pactum. Tipicità e libertà negoziale nell’esperienza tardo-repubblicana*, Atti Convent. Copanello 1987 (Napoli 1990) pp. 109 ss.; ZANNINI, *Spunti critici per una storia del commodatum*, Milano 1983; VARELA, “La sistematización de la responsabilidad del comodatario en las leyes de Partidas”, *Actas del IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho romano* (Burgos 2001) pp.895-907.

2 ARANGIO RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli 1987, pp. 62 ss.; CASTRO SAENZ, “Responsabilidad y duplicidad formularia: los casos del depósito y del comodato en época clásica”, *Actas del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano* (Burgos 2001) pp.183-201.

3 PASTORI, “Comodato”, *NNDI* 3 (1959) pp. 688 ss..

Aspectos sobre la tutela procesal del comodatario y su evolución histórica

una valoración al amparo de la *bona fides*; al dar lugar a un *iudicium bonae fidei... quidquid dare facere oportet ex fide bona*, permitía al juez valorar más ampliamente la relación⁴, valorando todas las circunstancias que rodearon el incumplimiento en el caso concreto, y fijar, atendiendo al criterio de la buena fe contractual, el importe exacto de la condena.

Ello es evidente particularmente en el comodato, en donde la primera valoración hecha por el ordenamiento fue de naturaleza procesal, o sea, la tutela acordaba a la figura del pretor mediante la fórmula *in factum*. Tal fórmula, de origen procesal, referidos a casos concretos de préstamo de uso gratuito, no presuponía un concepto abstracto de responsabilidad, sino que ello derivaba de la estructura de dicha fórmula. La responsabilidad objetiva del comodatario respecto a la restitución de la cosa se explica relacionándolo con la fórmula *in factum* del comodato, ya que planteaba como presupuesto de la *condemnatio* la circunstancia de la falta de restitución del comodatario, y prescindía de considerar el elemento intencional del deudor.

Así, vemos que en la fórmula *commodati in factum conceptae*, al contemplarse la hipótesis de *non redere rem*⁵, sólo se sancionaba la no restitución de la cosa, quedando fuera otras obligaciones del comodatario, como las de no deteriorar la cosa o no abusar de la misma, las cuales habrían quedado comprendidas en el ámbito de la fórmula *commodati in ius conceptae*.

Se aprecia una conexión entre fórmula *in factum* -obligación de restitución- responsabilidad objetiva por custodia, de un lado, y fórmula *in ius* -obligación de no usar y de no deteriorar la cosa-, responsabilidad subjetiva por culpa, de otro⁶.

Tales fórmulas habrían determinado diversos criterios en la valoración de responsabilidad contractual del comodatario. A la responsabilidad objetiva sancionada por la fórmula *in factum* se contraponen una responsabilidad más acorde con los criterios de la *bona fides* en la fórmula *in ius*, abriéndose paso a través de aquella el concepto de responsabilidad culposa.

En cuanto al encuadramiento dogmático del comodato, la jurisprudencia clásica llega sólo a fijar el concepto de *credere*: el concepto de contrato real, que aparece en G.2,90, donde, a propósito del mutuo, se habla de *re contrahere obligationem*, y la formación de la categoría de los contratos reales, se afirma sólo en época postclásica, una vez desarrollados los conceptos clásicos.

En la relación jurídica del comodato⁷, sustentada en la entrega de la cosa, es el comodatario el deudor de la relación obligatoria, aquél que asume la obligación prioritaria de devolverla transcurrido el plazo convenido, y la obligación derivada de custodia, así como el que responde por el incumplimiento, derivado de la no devolución, en sentido estricto, de la devolución con retraso o de la devolución de la cosa en mal estado.

4 MASCHI, La categoria dei contratti reali cit., p.231; TARDIVO, "Studi sul commodatum" cit., p.247; CERAMI, Il comodato cit., p.311.

5 Vid. Gai 4,47.

6 ARANGIO RUIZ, Responsabilità contrattuale in diritto romano cit., pp. 62 ss.; LUZZATTO, Caso fortuito e forza maggiore cit., pp. 62 ss..

7 Antes de ser reconocido el comodato como una figura propiamente contractual, constituía una relación de hecho, básicamente, como prueba del consentimiento.

La *actio commodati in factum*, que tutela en época clásica el comodato, se estructura en función del modelo de la *condictio*, y tiene como ésta una función recuperatoria.

Es la jurisprudencia la que limitará tal responsabilidad exceptuando el caso de fuerza mayor, obedeciendo ello a la aplicación del principio de la buena fe, generalizado en el ordenamiento romano a partir del s.III a.C. de modo progresivo, y que domina toda la actuación del pretor.

No apreciamos una neta distinción entre el derecho clásico y postclásico y justiniano en tema de responsabilidad contractual en el comodato, sino sólo un desarrollo lógico u gradual. Por tanto, la responsabilidad en el comodato sigue desde el derecho clásico al justiniano una línea lógica de evolución: junto a la primitiva custodia, se da entrada en el derecho clásico a la responsabilidad culposa.

Así pues, presenta un interés relevante la evolución histórica de la responsabilidad del comodatario en las distintas épocas: en el derecho clásico, en el postclásico y en el justiniano.

La valoración de la responsabilidad en el ámbito de la *bona fides* supondría una conexión entre la responsabilidad objetiva por custodia, reflejo de la fórmula *in factum*, y las figuras de responsabilidad típicas del derecho postclásico o justiniano. La responsabilidad por culpa o por diligencia podrían representar la definición formal de criterios de valoración implícitos en la *bona fides*.

Esta se afirma a través de una interpretación del *factum debitoris* en el ámbito de la *bona fides*, la cual recoge el criterio empírico de la *diligentia*. Así, el derecho postclásico fija las figuras de la responsabilidad por *diligentia* y por *culpa*, los cuales en el derecho clásico habían cristalizado en la realidad jurídica, sin todavía obtener una explícita enunciación dogmática.

Justiniano construye después una teoría, en la cual la responsabilidad *per diligentia*, que se plantea como fundamento de la responsabilidad contractual, se distingue en varias figuras correspondientes a diversos grados de intensidad.

La responsabilidad del comodatario en el derecho justiniano se reduce a la culpa⁸: habría que advertir que el parámetro de la culpa no es la *diligentia* del *bonus paterfamilias*, sino una *exacta (exactissima) diligentia custodiendae rei* –I.3,14,2, D.44.7,1,4 (Gaius, lib. II *Aureorum*)–, o bien una *diligentia diligentissimi patris familias* –D.13,6,18 pr. (Gaius, lib. IX *ad Edictum provinciale*)–, la cual encontraría sólo el límite del caso fortuito y de la fuerza mayor.

Su responsabilidad llega generalmente no sólo hasta la *culpa leve*, sino a aquella modalidad esencial de *custodiam praestare*, que le hace responsable del hurto de la cosa por un tercero. El verdadero caso fortuito se excluye, salvo que no haya destinado la cosa a usos no pactados. En casos excepcionales, en los que hay en el contrato un interés evidente para el comodante, la responsabilidad del comodatario queda limitada excepcionalmente al dolo.

⁸ La compilación justiniana presenta varios criterios mediante los cuales se considera la responsabilidad del comodatario; en el sistema del derecho justiniano, deben ser interpretados presuponiendo el concepto de *diligentia exactissima in custodiendo*, criterio general introducido por los compiladores.

Aspectos sobre la tutela procesal del comodatario y su evolución histórica

En época clásica⁹ responde por custodia¹⁰, que comprende el hurto de la cosa dada en comodato¹¹. En época justiniana desaparece el concepto originario de custodia, reconduciéndolo al ámbito de la culpa, pero se busca someter al comodatario a una responsabilidad mayor que la de la *culpa levis*, o de la *culpa in concreto*: se afirma que está obligado a la observancia de una *exacta diligentia custodiendae rei*-, precisando en un pasaje interpolado (D.13,6,18 pr.) que *talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet*, lo que supone la exigencia de un cuidado tan extremo que no todos los obligados observarían. Del mismo modo, son interpolados varios pasajes clásicos; en las Instituciones justinianas (4,1,16) al citar el pasaje de Gayo, se advierte: *sed nostra providentia etiam hoc in decisionibus nostris emendavit*, añadiendo que en caso de robo de la cosa prestada, su propietario puede actuar directamente contra el ladrón con la *actio furti*, o bien contra el comodatario con la *actio commodati*; de esto se deduce que los bizantinos no seguían ya la idea de que el comodatario estaba obligado a realizar una actividad positiva para preservar la cosa prestada de actuaciones de terceros.

Los compiladores, al fijar la responsabilidad del comodatario en el ámbito de la culpa, no se limitan al grado de la *culpa levis* o *culpa in concreto*, sino que al exigirle una *exacta diligentia custodiendae rei*, a veces se obliga el comodatario –en la conservación de la cosa prestada– a un cuidado superior al que observa en sus propias cosas, de tal manera que se hace responsable siempre que otro más diligente hubiera podido conservarla –I.3,1,4,2– –*si modo alius diligentior poterit aem rem custodire*–.

No obstante, si la cosa ha sido dada en interés exclusivo del comodante, la responsabilidad queda limitada al dolo, -D.13,6,5,2 (*Ulpianus*, lib. XXVIII *ad Edictum*) y si es en interés común, a la *culpa in concreto* -D.13,6,18 (*Gaius*, lib. XVIII *ad Edictum provinciale*)

En el derecho clásico es responsable por dolo y culpa; las fuentes afirman que debe también *praestare custodiam*¹². Este debe entenderse en el sentido de que está obligado a

9 Se trata de examinar la posición del derecho postclásico respecto al derecho clásico: no existen históricamente soluciones de continuidad entre la responsabilidad por *diligentia* típica de la primera, y la responsabilidad por custodia, típica de la segunda.

A tal propósito se debe considerar el alcance de la responsabilidad por custodia en el derecho clásico y su ámbito de aplicación, para ver si en ella o junto a ella se habrían podido desarrollar concepciones que justificasen su evolución postclásica.

10 La responsabilidad por custodia encontró su típica aplicación en el ámbito de la fórmula *in factum*, en orden a la obligación de restitución, mientras la fórmula *in ius*, con la mención de la *bona fides*, no es idónea en principio para sancionar una responsabilidad objetiva, pero en su ámbito, a través del comportamiento del comodatario en el cumplimiento de sus obligaciones, se crean las premisas de aquella responsabilidad subjetiva, la cual encontrará en el derecho justiniano su definición formal.

11 La responsabilidad por custodia es una responsabilidad típica del comodatario, que abarca el hurto de la cosa. Esto quiere decir que el comodatario responderá por el hurto de la cosa, aun cuando haya puesto la diligencia máxima en el cuidado de la misma, precisamente porque se trata de una responsabilidad objetiva, absolutamente independiente de la voluntad del comodatario.

12 La jurisprudencia va elaborando paulatinamente el concepto de custodia, y perfilándolo en el sentido de entender que consiste en una responsabilidad no sólo por hurto, sino también por pérdida de la cosa, que no se deba a un acontecimiento imprevisible, lo que se llama *vis maior*: un terremoto, un incendio, un naufragio etc... Responde también igualmente ante el comodante si la cosa perece por un caso fortuito, como un incendio, un naufragio, cuando teniendo la posibilidad de realizar actos convenientes para salvarla, los haya omitido; Paul. Sententiae 2, 4,2-3: *Si facto incendio ruina naufragio aut quo alio simili casu res commodata amissa sit, non tenebitur eo*

observar aquellas normas de prudencia y de conducta que son propias de un hombre normal, y además, a realizar la actividad necesaria para que se cumpla el objeto de las obligaciones que ha asumido, es decir, que la cosa sea preservada de la destrucción y del deterioro, y sea restituida al comodante al término del contrato.

La obligación de *praestare custodiam* que incumbe al comodatario aparece clara por la afirmación explícita de Gayo 3,206, confirmada por *Pauli Sent.* 2,4,2-3, que sostiene que varios textos del Digesto, entre ellos algunos tomados de los *Libri Rerum Cottidianarum* de Gayo, que no mencionan el *custodiam praestare*, estarían interpolados.

Precisamente, el punto de partida para la reconstrucción de la responsabilidad del comodatario lo constituye la regla enunciada en Gayo 3,206:

Quae de fullone aut sarcinatore diximus eadem transferemus et ad eum cui rem commodavimus; nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare.

El pasaje contendría la norma según la cual el comodatario estaría legitimado activamente a la *actio furti*, ya que debe *custodiam praestare*: es responsable frente al comodante de la falta de restitución de la cosa objeto de comodato.

La cuestión que ocupa al jurista en estos fragmentos es la legitimación para ejercer la *actio furti*¹³, más que al problema de la responsabilidad contractual en sí. Por la misma razón que el comodatario responde por custodia, la acción de hurto le corresponde a él, es decir, estará activamente legitimado para entablar dicha acción penal y no el dueño, ya que la víctima del hurto ha sido el comodatario, que se verá obligado a pagar su valor si no devuelve la misma cosa que le han prestado. El dueño, por su parte, ya tiene la acción de comodato -*actio commodati*- para exigir que le restituyan el valor de la cosa que ha sido hurtada, y que él había prestado para que el comodatario usara de ella.

El comodatario es considerado responsable, independientemente de las circunstancias en las que el hurto sea cometido. No existe duda, por tanto, que el derecho clásico habría reconocido en el comodatario una responsabilidad de naturaleza objetiva denominada custodia.

Así, si la cosa es robada, responde ante el comodante, y puede él mismo actuar contra el ladrón con la *actio furti*, precisamente porque él estaba obligado a llevar a cabo las actividades necesarias para que la cosa no fuese robada.

En el fragmento en examen, el jurista precisa también el nombre y fundamento de la responsabilidad que grava a los citados deudores, haciéndoles responder por el robo de la cosa: igual que el *fullo* y el *sarcinator*, al recibir una retribución, deben responder por custodia (...*nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant*..., el comodatario, en cuanto recibe

nomine is cui commodata est, nisi forte, cum posset rem commodatum salvam facere, suam praetulit. Servus vel equus a latronibus vel in bello occisi, si in aliam causam commodati sunt, actio commodati datur; custodia enim et diligentia rei commodatae praestanda est. El término *diligentia* al lado de *custodia* es interpretado por los autores de diferentes maneras. Por eso, responder por custodia significa responder por la pérdida de una cosa específica que no se deba a fuerza mayor.

13 A la legitimación para ejercer la *actio furti* del comodatario se refiere también otro fragmento de los comentarios de Ulpiano *ad Sabinum*: D.47,2,14,10 (*Ulpianus, lib. XXIX ad Sabinum*).

Aspectos sobre la tutela procesal del comodatario y su evolución histórica

el uso gratuito de una cosa, debe responder también por custodia (...*ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet habet custodiam praestare*). En suma, el recurso a la *utilitas contrahentium* se impone de manera lógica en el discurso de Gayo.

El comodatario, al igual que el *fullo* y el *sancinator*, responden por custodia porque el negocio les beneficia a ellos, deduciéndose tal ventaja o provecho, respectivamente, de la *merces* o contraprestación recibida, y del uso gratuito que se hace del uso de la cosa ajena.

Por su parte, D.13,6,5 (*Ulpianus*, lib. XXVIII *ad Edictum*) constituye un texto fundamental en el tratamiento de la responsabilidad contractual del comodato. Examina, caso por caso, si el comodatario respondería o no de custodia. Ulpiano, acerca de la responsabilidad del comodatario, no podría pensar sólo en la responsabilidad por custodia, de donde se obtienen los distintos supuestos de comodato, extraídos del título del Digesto XIII, 6, *Commodati vel contra*, estableciendo la responsabilidad en época de Justiniano.

En un conocidísimo y al mismo tiempo controvertido pasaje ulpiano, extraído del libro 28 *ad Edictum*, el problema de responsabilidad del comodatario se plantea en el contexto de un *excursus* de carácter general sobre los criterios y los límites de responsabilidad contractual¹⁴:

D.13,6,5,2-3 (*Ulpianus*, lib. XXVIII *ad Edictum*):

Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus an et culpa an vero et omne periculum. Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito: nam quia utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus.. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignorem, ut in societate, et dolus et culpa praestatur. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententiae existimantis et culpam praestandam et diligentiam et, si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit.

Las figuras de responsabilidad introducidas por Ulpiano eran sobre todo la custodia, sustituidas en el texto de la Compilación por la culpa y la *diligentia*, y también en casos excepcionales, *omne periculum*.

Los compiladores tienden después a sostener la custodia con el fin de superar la regla clásica, la cual contrasta con el nuevo régimen, según el cual, la responsabilidad del comodatario estaría encuadrada en los límites de la *diligentia*. Atendiendo a D.13,6,5, el texto debía constituir con toda seguridad la parte introductoria del comentario ulpiano a la fórmula de la *actio commodati in ius concepta*.

Ulpiano atiende a un encuadramiento sistemático del fundamento, de los criterios y de los límites de responsabilidad en los diversos contratos, y concretamente, en el *commodatum*. En el párrafo segundo, el jurista individualiza dos criterios de imputación de la responsabilidad, sobre la base de la específica articulación de la *utilitas contrahentium*.

¹⁴ Cf. D.13,6,5,6 (*Ulpianus*, lib. XXVIII *ad Edictum*), como supuesto de responsabilidad por custodia en el caso de comodato de esclavos.

En el párrafo tercero, Ulpiano analizaba la responsabilidad contractual con especial referencia a la *actio commodati*. El pasaje es significativo bajo distintos aspectos:

- a) atestigua el papel fundamental desarrollado por la *actio commodati* en la reflexión jurisprudencial sobre la responsabilidad contractual;
- b) porque al mencionar a *Quintus Mucius Scaevola*, prueba que las líneas esenciales de la responsabilidad del comodatario habían sido trazadas ya antes de la concesión de la *actio in ius*;
- c) que la responsabilidad del comodatario había sido siempre relacionada con criterios subjetivos de imputación: dolo, culpa, asunción del riesgo..

Al fundamento de la responsabilidad del comodatario se refiere la expresión *commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur*¹⁵.

La frase *et culpam praestandam et diligentiam et*, si *forte res aestimata data sit*, *omne periculum praestandum ab eo*, denota los criterios de imputación de la responsabilidad del comodatario.

Específicamente, la expresión *et culpam praestandam et diligentiam* significa que el comodatario, en la mayoría de las ocasiones, no responde tan sólo de dolo, como sucede en los pocos casos en los que el comodato se constituya *causa commodantis*, (D.13,6,10) sino también por culpa, que, lejos de circunscribirse al dolo, se extiende, en sentido propio, a la omisión de diligencia. En ausencia de culpa, el comodatario no responde, a menos que no haya asumido convencionalmente *omne periculum*, como en la hipótesis de *res aestimata*.

Los datos aportados por Ulpiano en D.13,6,5,3 en orden al pensamiento de *Q. Mucius Scaevola* pueden ser integrados y confrontados con algunos pasajes de las *lectionum libri ad Quintum Mucium* de Pomponio:

D.13,6,23 (Pomp. lib. XXI ad Quintum Mucium): Si commodavero tibi equum, quo uteris usque ad certum locum, si nulla culpa tua interveniente in ipso itinere deterior equus factus sit, non teneri commodati; nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodavi, qui eum laborem sustinere non potuit, donde se hace alusión a la culpa del comodante (nam ego in culpa ero.... non potuit), confirmando el papel fundamental que aún en su época jugaba el criterio a la hora de atribuir al comodatario responsabilidad por daños a la cosa prestada.

D.13,1,16 (Pomponius, lib. XXXVIII ad Quintum Mucium):

Qui furtum admittit vel re commodata, vel deposita utendo, condictione quoque ex furtiva causa obstringitur. Quae differt ab actione commodati hoc, quod, etiamsi sine

¹⁵ Se consideraría interpolado el *plerumque*, sobre el hecho que en el derecho clásico el préstamo de uso habría sido constituido siempre en ventaja exclusiva del comodatario, y tendía a subrayar que el préstamo de uso era constituido en ventaja del comodatario tan sólo en la mayoría de los casos, pero no siempre necesariamente (precisamente, Ulpiano, en el párrafo 10 del mismo D.13,6,5, nos trae hipótesis de comodato realizado *causa commodantis*).

Aspectos sobre la tutela procesal del comodatario y su evolución histórica

dolo malo et culpa eius interierit res, condictione tamen tenetur, quum in commodati actione non facile ultra culpam, et in depositi non ultra dolum malum teneatur is, cum quo depositi agetur.

D.47,2,76 (*Pomponius*, lib. XXXVIII *ad Quintum Mucium*).

Qui re sibi commodata vel apud se deposita usus est 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.

Pomponio contempló aquí concretamente como hecho suficiente para que pudiera ejercitarse la *actio commodati contraria* frente al comodante, en caso de *usus contrarius*, el hecho de haber obrado este con culpa.

En estos fragmentos extraídos del lib. XXXVIII, es de observar que la configuración del *usus contrarius* como hipótesis de *furtum* era un tema expresamente afrontado por *Quintus Mucius* en sus *Libri iuris civilis*, como atestigua *Gellio* en sus *Nottes Atticae*, 6,15,2:

Itaque Q.Scaevola in librorum, quos de iure civili composuit, XVI verba haec posuit: Quod cui servandum datum est, si id usus est, sive, quod utendum accipit, ad aliam rem, atque accipit, usus est, furti se obligavit.

La diferencia entre la citación gelliana y la *actio pomponiana* es del todo evidente: en el primer caso, el discurso muciano se ciñe a la *actio furti*; en el segundo se extiende a la *actio commodati*. De ahí se ha podido deducir que la extensión de la *actio commodati* sea obra de Pomponio.

Las precedentes lecciones pomponianas vienen a aportarnos fielmente la esencia del pensamiento muciano, que resulta del todo coherente con los datos aportados por Ulpiano en D.13,6,5,3. En particular, los dos pasajes prueban que:

- a) el comodatario, en caso diverso de aquél pactado, era obligado con la *actio commodati*, sólo si el uso diverso de la cosa le fuese imputable a título de culpa;
- b) a continuación del hurto, si pereciese la cosa sin culpa del comodatario, éste último sería llamado a responder con la *condictio furtiva*, pero no con la *actio commodati*.

Con Quinto Mucio, las directrices fundamentales de la responsabilidad contractual del comodatario resultan definitivamente trazadas, e incluso el posterior desarrollo jurisprudencial tiene en cuenta las bases mucianas.

En torno a D.13,6,5,5, el comentario ulpiano prueba que la locución *custodiam praestare* no alude de hecho a una forma de responsabilidad objetiva, sino a una responsabilidad subjetiva (culpa) derivada de la falta de observancia de la obligación de *diligentia*.

Por último, el comentario ulpiano muestra claramente que en la perspectiva de los juristas romanos venían valorados en términos de culpa también la hipótesis de *casus* o

vis maior (D.13,6,5,4 (*Ulpianus*, lib. XXVIII *ad Edictum*); D.13,6,18 pr. (*Gaius*, lib. IX *ad Edictum provinciale*); *Pauli Sententiae* 2,4,1-2), en el sentido que se considera responsable el comodatario que *cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit*¹⁶.

Resulta confirmado que Ulpiano, partiendo precisamente de la *formula in ius concepta*, desarrolla el tema de la responsabilidad contractual del comodatario sobre la base de las líneas ya trazadas antes por *Quintus Mucius* en relación a la *actio in factum*. De ello deriva que a la duplicidad formularia de la *actio commodati* no correspondía de hecho una naturaleza diferente de la responsabilidad del comodatario: objetiva (*per custodia*) en la fórmula *in factum*; subjetiva, en la fórmula *in ius*.

La diferencia de las dos fórmulas atendían esencialmente a la diversidad de los poderes atribuidos al juez, pero no se reflejaba sobre criterios de imputación de la responsabilidad, sino de modo indirecto, con referencia a la validez o no de la cláusula *minuendae vel augendae obligationis causa*.

Coherentemente con los principios de la buena fe, la jurisprudencia excluye, *in comodato*, la validez del pacto *ne dolus praestetur* (D.13,6,17 pr.) sobre la base de una línea interpretativa trazada por Celso (D.50,17,23), jurista al cual pertenece, probablemente, la propuesta de la fórmula *commodati in ius concepta bonae fidei*.

Precisamente, la jurisprudencia clásica, desde tiempos de Gayo, otorga al criterio de la utilidad un papel decisivo para delimitar la responsabilidad de los deudores de contratos que benefician a una sólo de las partes, como es el caso del comodato o del depósito¹⁷.

Así, mientras el depósito ve limitada su responsabilidad al dolo, por no obtener ventaja de alguna relación, al comodatario se le atribuye un grado muy elevado de responsabilidad, como es la custodia, y se justifica *expressis verbis* por la ventaja que en exclusiva obtiene del contrato.

Se trata en ambos casos de contratos gratuitos cuyos deudores detentan una cosa ajena, y sin embargo, mientras al comodatario se le impone un grado de responsabilidad muy elevado, como es la custodia, el depositario responde única y exclusivamente por dolo, justificándose tal diversidad de tratamiento por la ausencia de ventaja o beneficio del depositario frente al comodatario, único beneficiado con tal relación.

Gayo se cuestiona la posible atenuación de la responsabilidad del comodatario en caso de mediar también provecho del comodante, constituyendo una novedad en el planteamiento de dichos criterios, aunque deja sin resolver el problema de la responsabilidad del comodatario en caso de beneficiarse junto con el comodante de la relación.

La primera referencia directa a la *utilitas* como factor determinante de la responsabilidad del comodatario la encontramos en un texto de la Instituciones de Gayo 3,206.

¹⁶ D.13,6,5,4 (*Ulpianus*, lib. XXVIII *ad Edictum*).

¹⁷ La *utilitas* es un criterio que se utiliza que se recurre con frecuencia en las fuentes romanas para justificar el grado de responsabilidad exigido a los deudores en algunas relaciones. Parece indudable que la *utilitas contractuum* encontró una aplicación preferente en los contratos gratuitos, en particular en el comodato y en el depósito, constituyendo un criterio prevalente para atribuir la responsabilidad a los respectivos deudores.

Aspectos sobre la tutela procesal del comodatario y su evolución histórica

También lo podemos ver en algunos textos de Africano¹⁸, donde se aprecia el papel fundamental que tendrá la regla de la *utilitas* en las decisiones jurisprudenciales relativas a la responsabilidad, como aquel extraído del lib. VIII *Quaestionum* de Africano¹⁹.

Circa commodatum autem merito aliud existimandum, videlicet eius solius commodum, qui utendum rogaverit, versetur; itaque eum, qui commodaverit, sicut in locatione, si dolo quid fecerit, non ultra pretium servi quid amissurum, quin etiam paulo remissius circa interpretationem doli mali debere non versari, quoniam, ut dictum sit, nulla utilitas commodantis interveniat, en cuanto a la responsabilidad del comodante por el daño causado al comodatario, donde debe procederse con más indulgencia de la normal a la hora de apreciar el eventual lucro del acreedor. Ello es así porque el comodatario se beneficia de manera exclusiva del contrato, siendo por ello justo que se limite la responsabilidad del acreedor, permitiéndole siempre la entrega del esclavo al comodatario, salvo que ni al valorar su comportamiento sea posible excluir el dolo²⁰.

Así como en diversos textos de Ulpianus, como D.19,5,17,2 (Ulpianus, lib. 28 ad Edictum):... si cui inspiciendum dedi sive ipsius causa, sive utriusque, et dolum, et culpam mihi praestandam esse dico propter utilitatem, periculum non...²¹, donde la responsabilidad de estos deudores viene determinada por el criterio de la utilidad²², de forma que sufre variaciones según cuál de las dos partes contratantes, deudor o acreedor, obtenga beneficio de la relación.

La aplicación del criterio de la *utilitas contrahentium* es un claro indicio de que a la jurisprudencia de aquel tiempo no escapaba la importancia y alcance del criterio, y comenzaba ya a plantearse su efectividad en el ámbito de la responsabilidad.

En cuanto al esquema de los distintos grados de responsabilidad fundados sobre el criterio de la *utilitas contrahentium*, es generalmente afirmado que este criterio se refiera a los *bonae fidei iudicia*, ya que entre estas relaciones encontramos mencionadas tanto el comodato como la prenda. Como *iudicia bonae fidei*, se habría puesto en relación la responsabilidad del comodatario según hubiese recibido la cosa en su propio interés, o también en interés del comodante.

Así, si el comodato reporta sólo beneficio para el deudor -comodatario-, responde por custodia; si beneficia sólo al acreedor -comodante-, responderá sólo por dolo²³; y finalmente, en caso de mediar utilidad para ambas partes del negocio, la responsabilidad del comodatario es por culpa²⁴.

18 Cf. D.47,2,62,5 (Africanus, lib. VIII *Quaestionum*).

19 D.47,2,62,6 (Africanus, lib. VIII *Quaestionum*):

20 MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles 1962, pp. 336 ss.; NÖRR, "Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht", *ZSS* 73 (1965) pp. 68-119.

21 Vid. también D.13,6,10,1 (Ulpianus, lib. XXIX *ad Sabinum*).

22 La *utilitas contrahentium*, más que un criterio a tener en cuenta, según los casos, era una regla o principio de aplicación general en el ámbito de la responsabilidad contractual.

23 La responsabilidad del comodatario era limitada al dolo, cuando el contrato no se celebrase en su exclusivo interés: principio comprensible de cara a G.3,206, en el cual la custodia se justifica por el *utendum commodum percipiendo*; Gayo 3,206 justifica la responsabilidad por custodia del comodatario con el hecho de que él obtiene exclusiva ventaja del negocio.

24 Por tanto, se establece una clasificación tripartición de los contratos en función de la regla de la utilidad, distinguiéndose entre contratos celebrados en interés del acreedor (como el depósito), de ambas partes (así, la com-

Correlativamente, se atribuye a los deudores de estas categorías contractuales un diverso grado de responsabilidad:

- a) mínimo para los del primer grupo, como es el dolo;
- b) un grado de responsabilidad algo superior para los del segundo, como es la culpa.
- c) por fin, un grado muy elevado de responsabilidad para los deudores del tercer grupo (*culpa y diligentia*). La jurisprudencia en época de Gayo no se muestra unánime al respecto, y parece que ya en época de Ulpiano, la cuestión ha quedado resuelta, en el sentido de atribuir al comodatario un idéntico grado de responsabilidad en caso de obtener ventaja de la relación, ya sea de manera exclusiva, ya sea junto al comodante.

No puede descartarse que Gayo, en D.13,6,18 (*Gaius*, lib. IX *ad Edictum provinciale*), hubiera avanzado la solución que ahora Ulpiano reconoce como definitiva –D.19,5,17,2 (*Ulpianus*, lib. XXVIII *ad Edictum*), pero es posible que aquel jurista se hubiera inclinado hacia un criterio menos elevado de responsabilidad, como es la culpa. En todo caso, la jurisprudencia posterior, ya posiblemente en tiempos de Ulpiano, va a tener en cuenta más que nada el provecho que el comodatario obtiene de la relación, considerando en este sentido un motivo insuficiente para disminuir su responsabilidad el hecho de que también el comodante pueda verse beneficiado de la misma.

D.13,6,10,1 (*Ulpianus*, lib. XIX *ad Sabinum*):

Si rem inspectori dedi, an similis sit ei, cui commodata res est, quaeritur. Et, si quidem mea causa dedi, dum volo pretio exquirere, dolum mihi tantum praestabit; si sui, et custodiam, et ideo furti habebit actionem. Sed et si, dum refertur, periit, si quidem ego mandaveram, per quem remitteret, periculum meum erit; si vero ipse, cui volui EL commisit, aequo culpam mihi praestabit, si sui causa accepit.

Por su parte, D.13,6,5,10 (*Ulpianus*, lib. XXVIII *ad Edictum*) aborda un caso de responsabilidad del comodatario en caso de interés común, y que se engloba en aquel tratamiento general que acomete Ulpiano en el libro 28 de sus comentarios *ad Edictum*, y que aparece recogido en D.13,6,5 (paragr. 2-10). Concretamente, en D.13,6,5,10²⁵ alude a dos supuestos en que se exceptúa la norma general, limitándose tal responsabilidad del comodatario al dolo: a) el primero, cuando tal disminución ha sido libremente acordada por las partes (*..si quis ita convenit*), b) y el segundo, cuando el contrato se celebra en interés exclusivo del comodante (*...si sua dumtaxat causa commodavit*). Todo ello constituye una causa de limitación de la responsabilidad del comodatario.

pra, arrendamiento, prenda y sociedad) y contratos celebrados en interés exclusivo del deudor (como el comodato).

En aquellos contratos que reportan beneficios para ambas partes contratantes, la utilidad jugaba un papel menos importante que en aquellos otros en que el beneficio surge para una de las partes implicadas en el mismo, en los cuales constituía un factor determinante para establecer el grado de responsabilidad por el incumplimiento de la obligación -caso del comodato y depósito-. Vid. D.13,6,5,2,3 (*Ulpianus*, lib. XXVIII *ad Edictum*).

25 D.13,6,5,10 (*Ulpianus*, lib. XXVIII *ad Edictum*): Interdum plane dolum solum in re commodata praestanda est, ut etiam in ea, quae sequitur rem commodatam, praestari debeat; ut puta equam tibi commodavi, quam pullus comitabatur, etiam pulli te custodiam praestare debere, veteres responderunt.

Aspectos sobre la tutela procesal del comodatario y su evolución histórica

La responsabilidad del comodatario se justifica por la ventaja que recibe de manera exclusiva de la relación²⁶. Faltando tal requisito, se requiere el recurso a un criterio menos elevado de responsabilidad, como pueda ser efectivamente el dolo.

Los textos de Ulpiano dan muestra de la importancia de la utilidad como criterio prevalente para atribuir la responsabilidad, y su aplicación preferente al comodato y al depósito. Al final del periodo clásico se produce un notable giro en el ámbito de la responsabilidad contractual, que tendrá una repercusión clara y directa sobre la regla de la *utilitas*. Y al ofrecerse como única alternativa el dolo y la culpa, se produce una asimilación entre el comodatario y los deudores de otras relaciones bilaterales a los que antes se les exigía un grado de responsabilidad inferior. Y esto conduce efectivamente a una quiebra del principio de utilidad, pues no encuentra justificación que el comodatario responda por culpa en los supuestos que sólo él obtiene ventaja de la relación, y aplicar un idéntico grado de responsabilidad para los deudores de otras relaciones de las que surge interés o utilidad para ambas partes, como la compraventa o el arrendamiento.

Una vez superada esta disyuntiva, mediante la introducción de la *diligentia*, criterio flexible de responsabilidad que puede resultar superior a la simple culpa, los compiladores proponen una clasificación tripartita de las diversas relaciones contractuales sobre la base de una triple *utilitas*:

- a) así, se distingue entre contratos celebrados en interés del acreedor, en los que la responsabilidad del deudor se ve limitada al dolo;
- b) contratos celebrados en interés del acreedor y deudor, cuyos deudores responden también por culpa.
- c) contratos celebrados en interés exclusivo del deudor, en los que éste responde tanto de la culpa como de la *diligentia*²⁷.

Atendiendo a los términos que se conjugan en la expresión *custodiam praestare*, se desprende que la misma hace referencia a la obligación que se impone al deudor de algunas relaciones (en particular al comodatario) de garantizar al acreedor el cumplimiento de la obligación principal de *reddere rem*²⁸, asumiendo el riesgo de incumplimiento debido a eventos evitables con la custodia –*custodiam praestare*–.

²⁶ Cf. Gai 3,206; D.13,6,5,3 (Ulpianus, lib. XXVIII ad Edictum). En D.13,6,5,2, el jurista expone tanto los criterios que conforman por norma el contenido del *praestare* del comodatario como el fundamento de tal responsabilidad, esto es, la utilidad que el mismo obtiene del contrato de manera exclusiva (*Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui, praestandum et diligentiam*).

²⁷ Pero esta tendencia a erigir el criterio de la *utilitas contrahentium* no llega a cristalizar en este periodo; los maestros bizantinos tampoco logran establecer una conexión efectiva entre triple *utilitas* y diversos grados de responsabilidad, aplicando preferentemente el criterio a los contratos de comodato y depósito.

²⁸ Exceptuando D.13,6,5,2-3. en ningún otro se sigue este enunciado genérico de la teoría de la utilidad. Por ello, no creemos que deba atribuirse a los compiladores justinianos la regla de la *utilitas* hasta convertirse en criterio de aplicación general. En las Instituciones justinianas no sólo se alude a este criterio en una ocasión, en relación a la responsabilidad del acreedor pignoraticio, omitiéndose por los demás toda mención al mismo, incluso en aquellos textos que se refieran al comodato y al depósito, por lo que muestra el desinterés de los compiladores bizantinos hacia tal criterio; cf. 3,14,2,3.

El comodatario responde automáticamente verificado el incumplimiento, y en este sentido es indiferente lo que pudo o no pudo hacer, hizo o dejó de hacer realmente, es decir, las circunstancias que rodean en el caso concreto el incumplimiento son irrelevantes.

Esta particular forma de responsabilidad, conocida y aplicada ya en tiempos de jurisprudencia republicana, va ampliando paulatinamente su ámbito de aplicación. Prácticamente limitada en tiempo de los *veteres* a las hipótesis de fuga y robo²⁹, se convierte en una responsabilidad objetiva por la pérdida o deterioro de la cosa³⁰, cualquiera sea la causa que la origine, con tal que se considere evitable con una adecuada actividad de custodia o vigilancia sobre la misma. Un momento destacado de esta evolución corresponde a aquel en el que Marcelo resuelve incluir en el ámbito de la custodia la hipótesis de *damnum ab alio iniuria datum*.

Cuando el incumplimiento de la obligación no deriva de factores externos, sino que está conectado directamente al propio comportamiento del comodatario, entra en juego la culpa, criterio al que recurren ya los juristas republicanos. Y se considera que el comodatario *in culpa esse*, y en consecuencia, responde siempre que no observe en el cuidado de la cosa la diligencia presumible en una persona con dotes normales de cautela y prudencia.

Así, el comodatario responde si hace un uso de la cosa diverso al acordado, provocando así su desaparición o menoscabo, aunque tal resultado esté conectado directamente a una circunstancia constitutiva de fuerza mayor; e igualmente responde si ante un caso de naufragio, incendio o similar, decidió salvar sus cosas antes que las del comodante, que tenía en préstamo.

A partir de Juliano se aprecia ya una clara tendencia a valorar la responsabilidad por custodia; tal concepción de la custodia se refleja nítidamente en la definición que nos ofrece Ulpiano: *Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare* (D.13,6,5,5,) que fija la diligencia como criterio interpretativo de la misma. Ciertamente, debe responder de la custodia, aún de la diligencia, de la cosa dada en comodato.

La definitiva transformación de la custodia en una responsabilidad subjetiva por *negligentia in custodiendo* no se lleva a cabo, en cambio, hasta la época justinianeas. El desprecio hacia las formas objetivas de responsabilidad³¹ se advierte de manera especialmente intensa en el periodo postclásico-antejustiniano, en que se ofrecen como únicos criterios posibles el dolo y la culpa, como podemos apreciar en la obra de un jurista clásico, como es Modestino, *Collatio*, 10,2,1³²: “Mientras el comodatario responde por culpa, el depositario sólo debe

29 Vid. D.13,6,5,6 (Ulpianus, lib. XXVIII ad Edictum).

30 En algunos casos, el comodatario responde por la pérdida debida a fuerza mayor; los textos coinciden en afirmar que el comodatario responde por el perecimiento debido a fuerza mayor, *ove culpam praecessit casum*.

La responsabilidad por custodia encuentra el límite de la *vis maior*; es evidente que en los casos en los cuales el comodatario responde por pérdida debido a *vis maior*, el fundamento de tal responsabilidad debe buscarse al margen de la custodia.

31 Con el afianzamiento progresivo de la culpa como eje del sistema de la responsabilidad contractual, habría conducido al siguiente resultado: a los contratos en que se responde sólo por dolo, como el depósito y el mandato, ahora se contraponen aquellos en que se responde sólo por culpa, produciéndose una asimilación entre comodato y otras relaciones respecto de las que se afirmaba antes un grado inferior de responsabilidad, precisamente la culpa.

32 *Collatio* 10,2,1: *Commodati iudicio conventus et culpam praestare cogitur: qui vero depositi convenitur; de dolo, non etiam de culpa, condemnatus est. Commodati et ibi dolus tantum praestatur*. Vid. también *Collatio* 10,2,2,3 y D.50,1,7,23 (Ulpianus, lib. XXIX ad Edictum).

Aspectos sobre la tutela procesal del comodatario y su evolución histórica

responder por dolo, y ello es así porque en el comodato media utilidad de ambas partes, en tanto que el depósito sólo beneficia a aquél que deposita”. Aquí se observa en primer lugar que el autor parte de un sistema de responsabilidad contractual centrado exclusivamente en el binomio dolo-culpa). Todo el discurso se construye en torno a estos dos criterios como únicas posibilidades en materia de responsabilidad, y en esta función de dualidad se articula precisamente una bipartición de las diversas figuras o relaciones contractuales, según que se responda en las mismas sólo por dolo, bien por dolo y culpa.

La segunda idea, conectada estrechamente a la anterior, es el enunciado de la *utilitas contrahentium*. Frente a la distinción que en los textos anteriores se realizaba entre contratos realizados en interés del deudor, y contratos celebrados en interés del acreedor, se ofrece ahora una nueva alternativa: negocios concluidos en interés del acreedor (como el depósito) y negocios concluidos en interés de ambas partes (comodato), y se afirma que mientras en los primeros el deudor responde sólo por dolo, en estos últimos su responsabilidad abarca también la culpa.

Por su parte, Modestino habría afirmado simplemente que el comodatario respondería por custodia debido a la ventaja que en exclusiva recaba de la relación, mientras que el depositario, que no obtiene ventaja alguna del negocio, sólo responde por dolo, debiéndose a posteriores interpolaciones la sustitución de la custodia por la culpa, y la mención a la utilidad común como presupuesto de la misma.

A aquellos se suma por obra de los compiladores la *diligentia*, entendida también como criterio propio de responsabilidad articulado en géneros y grados, que van desde la *magna neglegentia* a la *diligentia exactissima*, pasando por la *diligentia diligentis* y la *diligentia quam suis*. Esto es, se admite un tercer grado de responsabilidad más elevado que la culpa, como es la *diligentia*. Ahora ya pueden distinguirse entre tres grupos de contratos, haciendo corresponder a cada uno de ellos un criterio diverso de responsabilidad: dolo, culpa y *diligentia*.

En este contexto, se establece como criterio general interpretativo de la responsabilidad del comodatario el de la *exactissima diligentia* o *diligentia diligentissimi patresfamilias*, que no encuentra más límites que la *vis maior o casus cui humana infirmitas resistere non potest*, con el cual se alcanzan idénticos resultados prácticos que con la custodia clásica.

En cuanto a los problemas de duplicidad formularia, las razones del comodante encuentran tutela en una *actio commodati*, la cual presenta el fenómeno de la duplicidad formularia. Gayo 4,47 afirma que el pretor, para la tutela de algunas relaciones –*veluti depositi et commodati*–, propone en el edicto dos fórmulas, un *in factum*, y otra *in ius*. Gayo se refiere las dos fórmulas de la *actio depositi*, advirtiendo que *similes etiam commodati formulae sunt*.

La fórmula *in factum* de la *actio commodati*, al igual que aquélla de la *actio depositi*, sin duda recoge en la *intentio* la circunstancia de la falta de restitución de la cosa, y en la *condemnatio* la referencia a su valor de mercado al momento de la sentencia (*quanti ea res erit*): (D.13,6,3,2)

La diferencia estriba precisamente en la medida de la responsabilidad, ya que mientras la *actio depositi* recoge la mención del dolo como premisa de la condena, estando la figura de la responsabilidad apegada al depositario, la *actio commodati* no mencionaba el dolo, en cuanto el comodatario respondía por custodia.

La fórmula *in ius* de la *actio commodati*, como aquélla de la *actio depositi*, era *ex fide bona*, y como todas las fórmulas de buena fe, reflejaban en la *intentio* la relación contractual, y otorgaba al juez el poder de juzgar, con referencia a la *bona fides*, *quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet*.

Los medios por los que encuentra tutela el comodatario son diversos: a) las fuentes afirman que el comodatario tiene un *ius retentionis* de la cosa comodada para los gastos necesarios derivados de la conservación de la cosa; b) una *compensatio*, dirigida a disminuir la condena cuando el comodatario tenga derecho a una indemnización (D.13,6,18,4 (*Gaius*, lib. IX *ad Edictum provinciale*) c) y sobre todo, una *actio* denominada *contraria* en cuanto se oponga a la pretensión del comodante (D.13,6,7,5; D.13,6,17,3; D.13,6,18,2-3-4; D.13,6,21 pr.; D.13,6,22).

De las dos fórmulas de la *actio commodati*, la fórmula *in factum* debe considerarse la más importante, como fundamento de la obligación de restitución del comodatario³³. La *actio commodati* no es colocada en la rúbrica edictal de *bonae fidei iudicia*, como habría requerido la fórmula *in ius civile*, sino en la rúbrica *de rebus creditis*, obviamente sobre la base de la fórmula *in factum*.

El motivo por el que se introduce la fórmula *in ius* debe verse en los límites de la tutela pretoria; sancionando la fórmula *in factum* exclusivamente, la obligación del comodatario de restituir la cosa —el *non reddere* es el supuesto de la *condemnatio*—, se hace necesaria la creación de un medio procesal dirigido a sancionar las obligaciones del comodatario, de no abusar de la cosa comodada, y de no deteriorala, y tal medio es precisamente la fórmula de buena fe del *ius civile*.

Habíamos visto que en el derecho clásico, las relaciones en las que el deudor estaría obligado por custodia tendrían una tutela *in factum*³⁴. La fórmula *in factum* del comodato, además de constituir el más antiguo medio de tutela del comodato, se presenta en consonancia con la valoración de la responsabilidad mediante criterios objetivos, ya que hace depender la condena de la falta de restitución, sin recurrir a otros criterios, siendo precisamente ésta (la obligación de restitución) el primer aspecto apreciado por la conciencia social en el ámbito del negocio: como supuesto de la misma aparece la circunstancia de la falta de restitución de cosas confiadas al deudor, de aquí que la jurisprudencia elabore la figura de la responsabilidad por custodia.

La fórmula *in factum* sancionaría una responsabilidad por custodia, mientras en el ámbito de los juicios de buena fe, se habría afirmado una responsabilidad subjetiva. Sólo mediante la tutela de tal obligación, el comodato dejó de ser un mero negocio de la praxis social, y fue encuadrado en la órbita jurídica: sólo a este punto la jurisprudencia tuvo la posibilidad de considerar tal figura, elaborando la modalidad relativa a los límites del uso concedido al comodatario, a la actividad que éste debía emplear en la conservación de la cosa y la responsabilidad del comodatario.

³³ Existe una fórmula *in factum*, por la que él responde por custodia. Es evidente que también en el comodato la responsabilidad por custodia debe ser puesta en relación con la fórmula *in factum*. No se puede negar que la responsabilidad por custodia habría encontrado su origen y su típica aplicación en el ámbito de la fórmula *in factum*.

³⁴ Para sancionar las obligaciones del comodatario de no abusar de la cosa y de preservar la misma de los daños, viene introducida un medio de tutela por el *ius civile*, una fórmula de buena fe.

Aspectos sobre la tutela procesal del comodatario y su evolución histórica

En el derecho clásico, el comodatario, en razón a la restitución de la cosa dada en comodato, responde *per custodia*, figura de responsabilidad objetiva, la cual prescinde de la valoración del elemento intencional, afirma la existencia del nexo de causalidad entre el comportamiento del comodatario y la falta de restitución, con el límite que ésta haya sido determinada por *vis maior*, como los casos en los que el comodatario haya perdido la cosa como consecuencia de un naufragio, incendio, terremoto o robo.

La justificación de tal responsabilidad debe verse en la *utilitas contrahentium*, la cual va dirigida exclusivamente al comodatario, que puede usar la cosa gratuitamente. El comodatario está legitimado con la *actio furti* respecto al ladrón, y con preferencia respecto al *dominus* de la cosa, al cual corresponde sobre el ladrón la *condictio ex causa furtiva*.

Estando el comodatario obligado por custodia, en el caso en el que la *res commodata* haya sido perdida como consecuencia del furto, el *dominus* puede dirigirse contra el comodatario con la *actio commodati* y obtener la indemnización: de aquí que el sujeto interesado en la conservación de la cosa no sea el *dominus*, sino el comodatario, sobre el cual gravan las consecuencias dañosas del hurto. Tal régimen jurídico se relaciona con la norma enunciada por Gayo 3,203, por el cual la *actio furti* no pertenece en general al *dominus* de la cosa robada, sino a aquél *cuius interest rem salvam esse*, norma aplicable, además de al comodatario, también al *fullo* y al *sarcinator*, igualmente responsables *per custodia*, y al acreedor pignoraticio, interesado en la conservación de la cosa, constituyendo ésta la garantía de su crédito.

Por ello, la responsabilidad por custodia, denominada también en la doctrina custodia técnica, debe distinguirse de la denominada “custodia atécnica”, que denota la mera actividad de custodiar la cosa y la relativa obligación: el depositario, por ejemplo, tiene la obligación de custodiar la cosa depositada, si bien no soporta una responsabilidad por custodia, sino que responde sólo por dolo.

Naturalmente, la responsabilidad *per custodia* deriva de la cristalización de la actividad de vigilancia del sujeto, con referencia a los casos típicos en los que la cosa podía perderse, como en los supuestos de hurto, la *amissio rei* y la fuga de la cosa animada.

La responsabilidad *per custodia* es la primitiva y típica figura de responsabilidad del comodatario, y como se ha dicho, se aplica en el ámbito de la fórmula *in factum*, la cual no otorga al juez el poder de examinar el comportamiento del comodatario, condicionando la *condemnatio* al *non reddere*, refiriéndose a la obligación principal del comodatario, esto es, la obligación de restituir la cosa.

Con la aparición de la fórmula *in ius*, encaminada a sancionar la obligación del comodatario de no abusar de la cosa comodada (el abuso, cuando fuese acompañado del dolo del comodatario era perseguible con la *actio furti*, concretando tal supuesto los extremos del *furtum usus* (Gai 3,197)- y de no deteriorarla, tiende a afirmarse una responsabilidad en consonancia con la buena fe: importando la *bona fides* una consideración por parte del juez del comportamiento personal, con referencia al comportamiento de la persona concreta, se pone en antítesis con la afirmación de una responsabilidad objetiva. El comodatario, en el uso de la cosa dada en comodato, debe atenerse a la modalidad establecida en el contrato. El comodatario encuentra a tal propósito una obligación particular, y en orden a ella no responde por custodia, y ni siquiera su responsabilidad tiene un contenido objetivo.

La responsabilidad del comodatario tiene un contenido estrictamente subjetivo, tanto que se debe pensar que se haya elaborado en un terreno diverso de aquél en el que se formó la responsabilidad por custodia: veremos cómo aquélla se ha elaborado en el ámbito de la *bona fides*, siendo *ex fide bona* el juicio que sancionaba tal obligación. Tal juicio derivaba de la fórmula *in ius* del comodato, la cual habría sido introducida para sancionar la obligación del comodatario, de modo diverso a la obligación de restitución, la cual habría encontrado tutela en la antigua fórmula *in factum*. En el ámbito de la *bona fides* encuentra una oportuna valoración el *factum debitoris*, el cual entendido inicialmente como mero nexo de causalidad, viene interpretado en sentido más técnico, con referencia a la calificación del comportamiento de aquella persona correcta, o sea del *bonus paterfamilias*, no considerado como una figura teórica, sino empírica.

De esta manera se da entrada a la valoración de la *diligentia*, la cual viene a ser el criterio interpretativo del *factum debitoris*, y de la culpa, originariamente sinónimo de *factum debitoris*, y tiende a acercarse al concepto de *diligentia*. Al final de época clásica, la *diligentia* tiende a cristalizarse en una figura bien definida, y viene a ser una responsabilidad técnica *per diligentia*, de la cual es paralela la responsabilidad *per culpa*, entendida como *neglegentia*³⁵.

En el derecho clásico se tiende a ver una línea de continuidad entre la fórmula *in factum* del comodato, la obligación de restituir y la responsabilidad *per custodia*, de un lado, y por otro, entre la fórmula de buena fe, las obligaciones del comodatario de no restituir la cosa íntegra y una responsabilidad de naturaleza subjetiva, en consonancia con una valoración empírica de la *diligentia*.

Y una situación similar se aprecia también en el ámbito de la *actio commodati contraria*, en cuya fórmula *in factum* sanciona la obligación incondicionada de restituir al comodatario los gastos necesarios, mientras la fórmula *in ius*, sobre el fundamento de la *bona fides*, sanciona el resarcimiento del daño a favor del comodatario cuando se verifique por dolo del comodante. Se puede explicar, también en vía de hipótesis, el motivo por el que, después de que el comodato estuviera provisto de tutela por obra del *ius civile* mediante la fórmula de buena fe, la más antigua fórmula *in factum* no se suprime, sino que continuó teniendo aplicación –como demuestran los comentarios jurisprudenciales–, al determinar la posición edictal del comodato en la rúbrica *de rebus creditis*: la fórmula *in factum* continúa teniendo una importante función, ya que consiente, al contrario que la fórmula de la buena fe, en caso de falta de restitución de la cosa, el atribuir al comodatario la más grave responsabilidad *per custodia*.

De aquí que una peculiar diferencia entre el comodato y el depósito sería la fórmula *in factum*, la cual limita al dolo la responsabilidad del depositario, y deja de cumplir una práctica función frente a la posterior fórmula de buena fe, y junto a ésta se mantiene por mera inercia histórica, ya que la tutela del depósito es sistematizada en el edicto en la rúbrica *bonae fidei iudiciis*.

Basándonos en el fundamento de la fórmula *in factum*, fue en cambio acorde al régimen positivo del *commodatum* en todo el periodo clásico el concepto de *credere*: de aquí se

35 *Pauli Sententiae* 2,4,3; *Collatio*, 10,2,1.

Aspectos sobre la tutela procesal del comodatario y su evolución histórica

explica la no de mención, en Gayo 4,62, del *iudicium commodati* en el elenco clásico de los juicios de buena fe, sin que se deba pensar en una imperfección del manuscrito veronés.

Al final de época clásica, unificándose el *iudicium commodati* en el ámbito de la *cognitio extra ordinem*, se unifica también el régimen de responsabilidad: a la aproximación de la custodia a la *diligentia*, que recogen las fuentes postclásicas (*Pauli Sententiae* 2,4,3; *Collatio*, 10,2,1-4), sigue la fusión de las dos figuras por obra de Justiniano, con la concepción de la *diligentia exactissima in custodiendo* o *diligencia diligentissimi patris familias*³⁶. Con la *diligentia exactissima in custodiendo*, Justiniano encuadra la responsabilidad del comodatario en el ámbito de la *diligentia*, pero habiendo atribuido a aquél un *diligentia* escrupulosísima, la cual venía a ser muy dificultosa, termina por imputar al comodatario una responsabilidad no distinta de la responsabilidad *per custodia*; en definitiva, Justiniano, conserva de hecho la responsabilidad del comodatario, simplemente cambiando el presupuesto teórico.

Como conclusión, la figura de la *diligentia diligentissima patris familias* se afirma particularmente en los autores bizantinos, para los cuales era menos intenso el vínculo a la tradición clásica, y en consecuencia, no tenían interés en recordar, aunque sólo fuese formalmente, la custodia³⁷.

36 D.44,7,1,4; D.13,6,18 pr.

37 Ej. *Paraphr.* 4,1,16; *Basilic.* II, 3 23; *Basilic.* XIII, I 5,2.).

