
ARRENDAMIENTO Y COMODATO: ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE SU REGULACIÓN NORMATIVA

Marco Antonio Ortega Piana

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objeto realizar un breve estudio sobre determinados aspectos de los contratos de arrendamiento y comodato, en el cual exponemos algunas de las tesis cuya reflexión proponemos en clase.

Si bien es cierto que bajo la denominación genérica de contratos de préstamo, en doctrina¹ se suele asociar al comodato (préstamo de uso) con el mutuo (préstamo de consumo), no tenemos duda de que, sin perjuicio de ello, el comodato presenta mayores coincidencias con el arrendamiento que respecto al mutuo, de allí la necesidad de analizar ciertas disposiciones del Código Civil para proponer alguna relectura que corresponda mejor a la naturaleza de las cosas antes que a la inercia de la costumbre.

1 Nos remitimos, por ejemplo, a Guillermo Borda, quien manifiesta que no existe entre el mutuo y el comodato una diferencia radical, ya que desde una óptica económica el significado de lo celebrado es el mismo, siendo que la diferencia no radica en la intención de las partes sino en la naturaleza de lo prestado. No obstante, desde una óptica jurídica, se magnifica la diferencia entre el préstamo de una cosa cierta (no consumible) y una consumible. Lo cual justifica una distinta regulación legal.

En efecto, al compararse la regulación normativa de los contratos de arrendamiento y comodato suele expresarse que, en razón del título bajo el cual se celebra este último, gratuito, se justifica un régimen de responsabilidad más riguroso o severo que el previsto tratándose del arrendamiento.² Sobre dicho particular, debemos indicar que hemos leído y releído las disposiciones de nuestro Código Civil sobre arrendamiento y comodato y no hemos podido concluir, ni concluimos, que esa aseveración sobre el comodato sea exacta, porque más allá de los términos empleados por el Código Civil, nuestra conclusión ha sido y sigue siendo que no advertimos diferencias sustantivas entre ambas modalidades de cesión temporal en uso, más allá del título bajo el cual se celebran, oneroso y gratuito, según estemos ante el arrendamiento y el comodato, respectivamente, de allí que el régimen de responsabilidad establecido para el comodato puede aplicarse, en líneas generales, inclusive para el arrendamiento.

2. TEMPORALIDAD

Tanto el arrendamiento como el comodato son contratos por los cuales se cede el uso de determinado bien, aunque en el

arrendamiento estamos ante un contrato necesariamente oneroso, en el cual se aprecia incontestablemente lo que se denomina un sinalagma no solo genético sino funcional, mientras que el comodato está tipificado como un contrato gratuito. Sin embargo, no se trata en ambos casos de una simple cesión en uso, sino que se trata estructuralmente de una cesión temporal, no definitiva ni permanente, en que el arrendador o el comodante se desprenden del uso del respectivo bien por un plazo en el cual dicho atributo será ejercido por el arrendatario o el comodatario, según corresponda. Por último, íntimamente vinculado a lo anterior, al ser una cesión en uso de carácter temporal, en atención a la naturaleza del bien (no consumible),³ se genera la obligación de restitución a cargo del arrendatario o comodatario, según corresponda.

En ese sentido, estrechamente unido, identificándose con los mismos conceptos de arrendamiento y de comodato tenemos el elemento temporal, de allí que podamos sostener que la noción de plazo resolutorio es intrínseca a las modalidades contractuales bajo comentario, sea plazo determinado, determinable o indeterminado, ya que se trata de contratos de duración.⁴

Bajo esa premisa, resulta interesante contrastar las disposiciones sobre la indicada temporalidad previstas en materia de

2 Esa es la posición que en nuestro medio, por ejemplo, sustenta Max Arias Schreiber, quien expresa que al haber un solo beneficiario en el comodato le corresponde asumir una obligación mayor que la normal, la cual se hace extensiva inclusive a situaciones no imputables. (*Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo III, en coautoría con Carlos Cárdenas Quirós y con la colaboración de Angela Arias Schreiber M. y Elvira Martínez Coco. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1997, pp. 41 y 42).

3 El bien podrá ser excepcionalmente de naturaleza consumible, siempre y cuando las partes hubiesen acordado que no deberá ser consumido, por lo que en ese orden de ideas, siempre cabe la posibilidad de devolución del mismo bien, el cual además no debe ser de naturaleza fungible.

4 Esta clasificación de los denominados contratos de duración o de tracto sucesivo se contrapone a los contratos de ejecución instantánea, al margen de que esta última sea automática o diferida. El arrendamiento y el comodato significan plazo porque tanto el arrendador o el comodante no solo se obligan a entregar un bien, sino además (y aquí radica la temporalidad) a garantizar dicho uso en el tiempo, bajo determinadas reglas, algunas de las cuales están asociadas o se pretenden explicar en función de la gratuidad del comodato.

arrendamiento y comodato, dado que estas deberían ser esencialmente similares, salvo que el título bajo el cual se celebran los respectivos contratos, oneroso en el caso del arrendamiento y gratuito en el caso del comodato, justifique un tratamiento normativo diferenciado.

De acuerdo con el tipo legal contenido en el artículo 1666 del Código Civil,⁵ el arrendamiento es un contrato de duración, ya que el arrendador se obliga a ceder de manera temporal al arrendatario el uso de un bien. Dicha cesión puede ser, conforme al artículo 1687⁶ del mismo cuerpo normativo, por duración determinada o indeterminada, siendo que el artículo 1689⁷ permite incluso celebrar, bajo una presunción relativa, arrendamientos sujetos a plazo determinable y que este último se asimila finalmente a un plazo determinado.

Tratándose del arrendamiento a plazo determinado, el artículo 1688 del Código Civil⁸ establece que el plazo contractual no debe sobrepasar los 10 años (en algunos casos, ese plazo es de seis años y en otros, y de manera excepcional, de tres años), reduciéndose a dichos límites el exceso que hubiese podido pactarse. En cambio, en el arrendamiento a plazo indeterminado, la temporalidad contractual no está sujeta a limitación alguna, ya que cualquiera de las partes puede poner término a la

vinculación con un simple preaviso de 30 días, en aplicación del artículo 1365 del Código Civil.⁹

Ahora bien, en el contexto de contratos paritarios, nos resulta definitivamente cuestionable instituir un plazo máximo legal de los arrendamientos de duración determinada, ya que ello corresponde a un tema que –en nuestro entender– se asocia al interés privado antes que al público, por lo que deberían ser las propias partes las que fijen libremente la duración temporal del contrato y que ello no se derive de una imposición legal, de allí que establecer normativamente que determinado contrato de duración no debe exceder de cierta cantidad de años nos parece francamente un exceso legislativo, ya que nadie mejor que las propias partes, como agentes económicos razonables y con efectiva libertad económica y jurídica, para fijar la duración del vínculo que establecen. Para formular dicha opinión –sustentada en el comportamiento ordinario– razonable de los operadores económicos, no estamos considerando definitivamente la posibilidad de que, de manera extraña, inusual o abusiva, pudiera pactarse un arrendamiento por 500 años y por una renta mensual ridícula o ínfima, porque frente a dicha situación existen otros mecanismos legales para contradecir, en sede jurisdiccional, la

5 "Por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder *temporalmente* al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida" (lo destacado en cursiva es nuestro).

6 "El arrendamiento puede ser de duración determinada o indeterminada".

7 "A falta de acuerdo expreso, se presume que el arrendamiento es de duración determinada en los siguientes casos y por los períodos que se indican: 1. Cuando el arrendamiento tenga una finalidad específica, se entiende pactado por el tiempo necesario para llevarla a cabo. 2. Si se trata de predios ubicados en lugares de temporada, el plazo de arrendamiento será el de una temporada".

8 "El plazo del arrendamiento de duración determinada no puede exceder de diez años. Cuando el bien arrendado pertenece a entidades públicas o a incapaces el plazo no puede ser mayor de seis años. Todo plazo o prórroga que exceda de los términos señalados se entiende reducido a dichos plazos".

9 "En los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días. Transcurrido el plazo correspondiente el contrato queda resuelto de pleno derecho".

eficacia de dicho contrato o su validez misma. En ese sentido, nuestro juicio se refiere a la existencia o inexistencia de fundamento para que el legislador fije o no plazos máximos en el contexto de contratos paritarios. Nadie discute que siempre deban evitarse arbitrariedades, teniendo en cuenta que, en ese sentido, en materia de contratos no paritarios sea probablemente aceptable o justificable que se regule el tema de un plazo máximo. Además, el plazo en cuestión resulta más cuestionable si comparamos¹⁰ la regulación del arrendamiento con la proporcionada, por ejemplo, al usufructo en materia de derechos reales, ya que el artículo 1001 del Código Civil permite el usufructo a favor de personas jurídicas hasta por 30 años, y tratándose de personas naturales tolera que pueda ser inclusive vitalicio. ¿Estaremos, respecto a ese plazo de 30 años, ante un rezago del Código Civil de 1936?

¿Por qué el legislador optó por un plazo de 10 años? Debemos considerar, como punto de partida, que la fijación de todo plazo siempre es o puede resultar cuestionable; sin embargo, si nos remitimos a la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil,¹¹ en ella se ha dejado constancia del debate generado en el seno de la Comisión Revisora respecto a la extensión del arrendamiento a plazo determinado y sobre la

conveniencia de que el derecho de superficie no tuviese una duración superior a 30 años (probablemente por asociación temporal con la norma referida al usufructo), aceptándose finalmente el plazo máximo de 10 años para el arrendamiento, bajo la premisa vaga de que de establecerse plazo mayor ello significaría constituir un auténtico gravamen a la propiedad, "contrario a la mejor circulación económica de ella".

En nuestra opinión, el plazo de 10 años, como período máximo del arrendamiento de duración determinada obedecería a que dicho plazo es el mayor considerado en nuestro Código Civil (a diferencia del derogado Código Civil de 1936, que era precisamente de 30 años) respecto a las acciones personales. Pero al margen de lo anterior, la situación en la que el uso de un bien, bajo las reglas del derecho contractual, no debe exceder de 10 años si es que se ha acordado un plazo determinado, mientras que bajo las reglas de derechos reales, no debe exceder de 30 años (o puede ser vitalicio), ha llevado definitivamente a situaciones de fraude en la ley, en la que se declara la celebración de determinado acto (para acogerse a su regulación específica) pese a que la voluntad real sea celebrar uno distinto. No entendemos por qué el propio Código Civil incentiva el denominado fraude a la ley.¹² Si es que debe mediar un plazo máxi-

10 No nos parece pertinente hacer comparación alguna con el derecho de superficie (el cual puede acordarse hasta por 99 años, conforme al artículo 1030 del Código Civil), ya que entre esta figura y el arrendamiento (y el comodato) existen graves y evidentes diferencias, lo cual se asocia esencialmente al tema de la propiedad; en ese sentido, la comparación que resulta procedente es respecto al usufructo, más aún cuando esta figura no solo tiene un origen legal sino también voluntario, en particular convencional.

11 BIGIO, Jack. *El contrato de arrendamiento. Exposición de Motivos Oficial*. Lima: Gaceta Jurídica, s/fecha, pp. 112-114.

12 Sobre este particular nos remitimos a Luis Díez Picazo y Ponce de León, quien destaca que: "... el fraus es una determinada manera de comportarse frente a los deberes jurídicos que se imponen a las personas. Frente a las reglas de derecho y a los deberes jurídicos puede la persona infringirlos de una manera frontal y paladina. Se produce entonces una evidente contravención de la norma y un acto contra legem. El acto fraudulento es una manera de eludir las reglas de derecho, de hacerlas vanas y de sustraerse a ellas no infringiéndolas frontalmente, sino buscando un medio artificioso o un subterfugio" ("El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español y el problema de sus recíprocas relaciones". *Ius et Veritas*, revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año III, núm. 5. Lima, 1992, pp. 5-14).

mo respecto al uso de bienes, ya que se trataría de evitar la generación de gravámenes que afecten la libre circulación de los bienes (conforme fue considerado en la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil), consideramos que dicho plazo debería ser al menos uniforme en materia de derecho contractual y de derechos reales, sea por 5, 10, 30 o 50 años (cualquier plazo siempre será arbitrario), aunque reiteramos que, en nuestra opinión, ello no es una materia que corresponda fijar a la ley, más aún si estamos ante contratos que han sido efectivamente negociados y celebrados por agentes económicos razonables.

Consideramos que el legislador no solo debería preocuparse por establecer reglas que no afecten la libre circulación de los bienes para fines de promover el intercambio económico, sino que también debería preocuparse por reducir o eliminar la posibilidad de pactar solapadamente contra las normas imperativas de la ley, evitando que se configure el fraude.

En el caso del contrato de comodato, en el cual media una cesión temporal de uso al igual que en el arrendamiento, el Código Civil no establece restricción temporal alguna cuando se celebra a plazo determinado. Al respecto, reiteramos nuestra posición en el sentido de que no advertimos legitimidad para una restricción legal en cuanto al plazo resolutorio de los contratos de uso, esencialmente en lo referente a los contratos paritarios; sin embargo, más allá de nuestra objeción, que ciertamente representa una materia opinable, nos resulta extraño, por no decir contradictorio, que ante el uso temporal oneroso sí se haya previsto legalmente un plazo determinado máximo, mientras que ante el uso temporal gratuito, no medie restricción temporal, de manera que en el caso del comodato podría entenderse que el legislador sí estaría dispuesto a tolerar la gene-

ración de verdaderos gravámenes. ¿No era que se trataba de evitar limitaciones a la libre circulación de la propiedad?, ¿no debería ser dicha premisa cautelada en mayor medida cuando la cesión en uso es gratuita, ya que el legislador pareciera haber adoptado una posición en la que busca cuidar el interés de quien generosa o altruistamente cede el uso de un bien? En ese sentido, no encontramos justificación para que, tratándose de la temporalidad a plazo determinado, se hayan establecido reglas distintas entre el arrendamiento y el comodato, más aun cuando el fundamento de la limitación temporal no radicaría en la onerosidad o gratuidad del contrato sino en cuanto al aspecto de la traslación posesoria, ya que de acuerdo a lo que se infiere de la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil no resultaría conveniente que la posesión de un bien arrendado esté disociada de la propiedad por tanto tiempo, ya que de lo contrario se formaría una traba o gravamen para su libre transferencia. A la misma razón, el mismo derecho, ¿o es que en materia de comodato sí conviene que la posesión del bien esté disociada de la propiedad por tanto tiempo que pudiera llevar a la formación de verdaderas trabas o gravámenes? Creemos que no, definitivamente.

Así, de aceptarse la necesidad o conveniencia, para prevenir situaciones injustas o abusivas, de establecer un plazo legal resolutorio máximo para los contratos de uso, sea el arrendamiento o el comodato, ese plazo debería ser el mismo, para lo cual se requiere realizar la correspondiente modificación normativa. Ahora bien, no podemos negar que así como lo dispuesto en el artículo 1729 del Código Civil —sobre la posibilidad de celebrar contratos de comodato respecto a bienes consumibles bajo la condición de que no se consuman— puede aplicarse análogamente en materia

de arrendamiento,¹³ también podría hacerse el mismo ejercicio tratándose del artículo 1688 del Código Civil, para fines que sea aplicable en materia de comodato (e incluso podría aplicarse de manera análoga el artículo 1689 del señalado cuerpo normativo, tratándose del comodato a plazo determinable). Sin embargo, estimamos que existe una razón que no solo dificulta sino que impide dicha aplicación por analogía, dado que el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil dispone que la ley que establece excepciones o limita derechos no se debe aplicar por analogía, ya que en materia de excepciones o limitación de derechos el criterio que se debe emplear es esencialmente restrictivo, considerando que las excepciones o restricciones a los derechos deben establecerse por norma expresa, más aún cuando una persona puede hacer todo aquello que no esté impedido por ley.

De otro lado, siempre asociado al tema del plazo determinado, la regulación sobre el contrato de comodato presenta una disposición que no ha sido prevista en materia de arrendamiento. El artículo 1736 del Código Civil¹⁴ establece que el comodante puede en cualquier momento requerir la restitución del bien si necesita de él, o se acredita peligro de deterioro o pérdida del bien si permanece en posesión del comodatario, aunque se hubiese pactado la cesión temporal y gratuita de uso por determinado plazo o para determinada finalidad. Es más, el inciso 3 del artículo 1735

del Código Civil,¹⁵ de manera correlativa a lo precedentemente señalado, establece que es obligación del comodante garantizar el uso del bien (de allí la naturaleza de un contrato de duración), por lo que no debe solicitar su devolución antes del vencimiento del plazo (determinado) pactado o, en su defecto, del uso estipulado (plazo determinable).

A propósito de los alcances del artículo 1736 del Código Civil, surgen los siguientes comentarios:

- La disposición en cuestión se refiere de manera textual a una devolución, esto es, a la restitución del bien y no a la situación de poner término al contrato. Entendemos que la norma del Código Civil debe ser interpretada en el sentido de que se pone fin, de modo implícito, a la duración del contrato, y es que debemos admitir que, lamentablemente, la redacción del Código Civil no es uniforme, hay términos que se emplean bajo diversos significados, lo cual obliga muchas veces a interpretaciones contextuales. Resultaría absurdo que se exija la devolución (restitución) del bien y se pretenda asumir que el contrato se mantiene vigente. Por lo tanto, entendemos que por el mérito del artículo 1736 del Código Civil se autoriza al comodante a poner término al contrato cuando exige la restitución anticipada del bien; en principio, debería respetarse el plazo convenido o la finalidad de la cesión tem-

13 Lo cual además reconoce expresamente el propio legislador en la respectiva Exposición de Motivos Oficial del Código Civil (véase BIGIO, Jack. Op. cit., pp. 32 y 33).

14 "Si el comodante necesita con urgencia imprevista el bien o acredita que existe peligro de deterioro o pérdida si continúa en poder del comodatario, puede solicitarle su devolución antes de cumplido el plazo o de haber servido para el uso".

15 "Son obligaciones del comodante: (...) 3.- No solicitar la devolución del bien antes del plazo estipulado y, en defecto de pacto, antes de haber servido el uso para el que fue dado en comodato, salvo el caso previsto en el artículo 1736..."

poral en uso, empero, de mediar necesidad o un peligro cierto, y sobre la base de que no hay contraprestación alguna, el comodante está en la posibilidad de poder recuperar lo que entregó gratuitamente sin estar afectado por el tema del plazo o de la finalidad.

- Nos encontramos no solo ante un caso de resolución contractual, sino que, además, se trata de un caso que no genera responsabilidad para el comodante, por cuanto la ley lo autoriza a recuperar la posesión del bien pese a que el plazo pactado no se hubiese vencido o la finalidad acordada no se hubiese cumplido. No se trata, en ese orden de ideas, de que el comodatario adquiera legitimidad para reclamar una indemnización por su frustración contractual, ya que se entiende, o debería entenderse, que al encontrarnos ante un contrato gratuito hay un riesgo asumido en forma voluntaria por el comodatario: la circunstancia de que el comodante puede reclamar la restitución de manera anticipada, privilegiándose su derecho (posesorio mediato, no necesariamente de propiedad) respecto al derecho (posesorio inmediato) adquirido por el comodatario por cuanto no recibe contraprestación alguna por el uso entregado, lo cual implica que al ser un contrato gratuito, podría decirse que altruista, dicha situación no debe ocasionar perjuicio adicional a quien de modo generoso se ha desprendido del uso del bien. Queda entendido que lo expuesto es en el escenario de necesidad del comodante; tratándose de una exigencia de restitución por peligro de deterioro o pérdida del bien si es que permanece en posesión del comodatario, este no solo carecerá del derecho a reclamar una indemnización sino que además

podría hacerse pasible de ser demandado por dicho concepto. En efecto, si revisamos con atención la redacción del artículo 1736 del Código Civil advertiremos que la legitimidad para reclamar la devolución anticipada se sustenta en causas ajenas al comodante, por lo que en ese orden de ideas no se le puede exigir responsabilidad civil contractual alguna: urgencia imprevista (ajena a su control, conforme analizaremos más adelante) o, de ser el caso, peligro de deterioro o pérdida si es que el bien permanece en poder del comodatario, siendo que este último significa que el causante del peligro (riesgo cierto respecto a un daño futuro) es el comodatario.

En ese orden de ideas, ¿podría aplicarse la disposición del artículo 1736 en materia de arrendamiento? Creemos que en lo referente a la necesidad apremiante del comodante (arrendador, en este caso), no es posible, por cuanto el arrendamiento es oneroso, ya que la renta representa una “compensación” (por decirlo de alguna manera) por la entrega en uso del bien, restableciéndose el equilibrio patrimonial afectado por la cesión en uso. Sin embargo, tratándose de una situación de peligro respecto al bien, y atendiendo a que hay que probar que no se trata de una simple sospecha o temor (daño eventual o hipotético, bajo la óptica de la responsabilidad civil) sino que razonablemente se configura un potencial daño cierto, lo cual implica que el comodatario (arrendatario, en este caso) no cumple de manera adecuada con las responsabilidades asumidas de preservación del bien (para fines de devolverlo sin mayor deterioro que el proveniente de su uso normal), sí estaría justificada la posibilidad de poder apli-

car la disposición bajo comentario al arrendamiento, ya que finalmente estaríamos ante un caso particular de incumplimiento de obligaciones del arrendatario que justifica la resolución del contrato y la recuperación inmediata del bien (ante un daño cierto, que si bien no es actual es definitivamente futuro).

- Tratándose del señalado requerimiento de restitución por necesidad o peligro, lo cual implica legitimidad para desvincularse del plazo (determinado) pactado o la finalidad convenida, ¿se requiere observar de algún preaviso para fines de recuperar la posesión del bien? La respuesta es negativa. No nos olvidemos de que la necesidad de un preaviso solo se condice cuando estamos frente a un contrato pactado a plazo indeterminado, al cual no corresponde ponerle término de manera imprevista, de la noche a la mañana, ya que con ello podría estar amparándose conductas de mala fe, abusivas, de allí la necesidad de que para poner término temporal al contrato de duración indeterminada, sea oneroso o gratuito, deba observarse un preaviso, más allá de que este, por una razón de opción legislativa, sea de 10, 30 o 60 días de antelación. Pero en el caso que estamos comentando no estamos ante un contrato celebrado a plazo indeterminado, sino a plazo fijo o por finalidad específica (lo cual supone indirectamente temporalidad determinable), de manera que resultaría inconsistente exigir un preaviso, más aún cuando se configura de por medio una necesidad del comodante que demanda ser atendida de manera inmediata o una situación en que está en peligro cierto el propio bien (inminente deterioro o pérdida).

Somos de la opinión de que, en vía de interpretación, esa necesidad del comodante puede ser identificada hasta como una situación fortuita o de fuerza mayor, ya que debería ser extraordinaria, irresistible e imprevista (el Código Civil menciona acertadamente: urgencia imprevista), porque de lo contrario no se justificaría que se afecte el carácter vinculante del contrato celebrado, por más que sea gratuito, ya que si el comodante puede paliar la situación apremiante o de necesidad, no debería afectar la esfera jurídica de su contraparte; de esta manera, la necesidad debe derivar en que no hay otra posibilidad para superarla que recuperar la posesión del bien que en su oportunidad fue entregado en forma gratuita, por lo que si dicha situación pudo estimarse en su momento, con anterioridad, la falta de previsión del comodante no debería ser invocada por él mismo para su propio beneficio, estaríamos ante una situación que prácticamente colindaría con la inmoralidad. Siguiendo ese mismo orden de ideas, tratándose de la situación de peligro de deterioro o pérdida del bien, resultaría absurdo asumir que debe mediar un preaviso para fines de implementar la restitución del bien (un plazo que debe observar para resolver el contrato y, sobre dicha base, recuperar el bien), por cuanto ello implicaría admitir que no hay urgencia apremiante del comodante (requisito consignado en el artículo 1736 del Código Civil), y de otro lado, también implicaría aceptar que el daño inminente se concrete, que pudiese dejar de ser un daño cierto futuro para convertirse en uno actual. La sola situación de peligro justifica acciones inmediatas, sin preaviso, por parte de quien posee un interés que final-

mente es preferido (el poseedor mediató respecto al inmediato).¹⁶

Bajo el razonamiento anterior, no compartimos la tesis según la cual, para fines de recuperar la posesión del bien en las circunstancias de necesidad o peligro que anteriormente hemos comentado, el respectivo requerimiento debería cumplir con el plazo mínimo de 30 días para ponerle término al contrato, ya que ello supondría la aplicación del artículo 1365 del Código Civil, el cual a su vez se refiere a contratos celebrados a plazo indeterminado, en los que las partes podían estimar al momento de contratar que cualquiera de ellas podía ponerle término al contrato con determinada antelación. Por último, debe considerarse que ante situaciones excepcionales, la respuesta legal es también excepcional, por lo que el plazo determinado o determinable vinculante queda sin efecto de manera inmediata.

- El cuarto y último comentario está estrechamente vinculado con el anterior. Requerida la restitución del bien por parte del comodante, ello implica constituir en mora al comodatario, quien asume un régimen de responsabilidad más riguroso que el que se habría derivado por una simple demora en la restitución, conforme a lo sancionado en el artículo 1336 del Código Civil.¹⁷ Conforme a nuestra legislación civil, la mora demanda de constitución

por parte del acreedor, operando de manera automática solo cuando la ley así lo sanciona o el pacto así lo ha previsto. En ese sentido, atendiendo a la redacción de la norma comentada, es el comodante quien no solo resuelve (efecto implícito, conforme hemos analizado) sino que además exige la restitución, por lo que el comodatario debe proceder a ello sin dilación, de manera que en su oportunidad se podrá invocar un cumplimiento tardío porque medió constitución en mora, sea expresa o implícita por el solo hecho de requerirse la restitución del bien. Es más, en el supuesto regulado por la norma bajo comentario, no hay la posibilidad de una situación de demora; considerando, además, que la mora no se constituye automáticamente, ya que la norma exige que se haya formulado, expresado o reclamado, conforme quiera expresarse, la devolución del bien.

Por último, ¿se justifica el artículo 1736 del Código Civil? Estamos ante un tema esencialmente valorativo.

Si el comodante, como sujeto capaz, consciente de los términos y condiciones de la operación, celebró un contrato de comodato por el cual se desprendió de la posesión del bien por un plazo o por una finalidad determinada, ¿por qué una situación sobreviviente a la celebración del contrato, asociada a su situación personal

16 Sobre este particular, la razonabilidad de lo que corresponde contractualmente exigir, Guillermo Borda destaca que la necesidad urgente e imprevista justifica que el comodante ya no esté vinculado al plazo inicialmente pactado, siendo justo que así sea, ya que estamos ante un contrato celebrado en forma gratuita, en el cual no resulta razonable exigir demasiados sacrificios al comodante (Op. cit., p. 808).

17 "El deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irroge por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable. Puede sustraerse a esta responsabilidad probando que ha incurrido en retraso sin culpa, o que la causa no imputable habría afectado la prestación; aunque se hubiese cumplido oportunamente".

(en el caso específico de la urgencia imprevista), podría terminar afectando a su contraparte, quien es ajeno a dicha situación? Si uno lo analiza desde una óptica estrictamente contractual, atendiendo a la libre asunción de derechos y obligaciones, debería honrarse la palabra empeñada al momento de contratar, por lo que el plazo pactado debe ser escrupulosamente respetado, al igual que la finalidad declarada. Sin embargo, no podemos dejar de reconocer que la regulación contractual corresponde finalmente a lo que son los usos y costumbres, a determinadas reglas sociales; en nuestra conciencia colectiva nos merece rechazo que quien ha actuado generosamente, de manera desprendida, entregando el uso de un bien sin reclamar renta o pago alguno, se pueda ver perjudicado por dicha generosidad si es que, luego de celebrado el contrato, incurre en una situación tal que requiera recuperar la posesión del bien para superar un estado de necesidad. Hay un tema de moralidad de por medio, ya que uno podría preguntarse si, en ese contexto, resultaría lícito que el comodatario se desatienda del problema urgente que atraviesa el comodante. Estamos, en consecuencia, ante la misma situación que la prevista en el artículo 1633 del Código Civil,¹⁸ tratándose de las donaciones no ejecutadas cuando sobreviene un estado de necesidad del donante que justifica que deba replantearse legalmente lo pactado; resultaría "heroico" que, en un contexto de necesidad, se exija que el donante cumpla con la transferencia gratuita de propiedad pactada. Los comporta-

mientos de buena fe se miden en función de razonabilidad antes que de parámetros de heroicidad o santidad. En ese mismo sentido, si el comodante incurre en necesidad, no pretendamos exigirle que cumpla con un contrato que, en ese contexto, le genera perjuicios y puede poner en peligro su subsistencia, al menos se requiere darle el beneficio de la duda y conceder al comodante la discrecionalidad para que decida sobre si el contrato debe proseguir o no. Es más, hasta podemos aplicar por analogía el artículo 1633 del Código Civil al contrato de comodato, si es que se configura un estado de necesidad apremiante del comodante entre la fecha de celebración del contrato y la fecha prevista para la entrega en uso del bien. Repetimos, a igual razón, igual derecho.

Pero tratándose del caso específico de la situación de peligro de deterioro o pérdida del bien si permanece en poder del comodatario, tenemos nuestras reservas sobre si se justifica la norma. Nos explicamos. Sobre la base de que estaría mediando una situación de incumplimiento contractual por parte del comodatario respecto a sus obligaciones de custodia y conservación que se extienden por el tiempo en que mantiene la posesión (artículo 1738, incisos 1 y 2 del Código Civil)¹⁹ que justifica la resolución contractual (concepto implícitamente incorporado en el artículo 1736 del Código Civil, según hemos analizado), consideramos que en rigor la norma en cuestión, al menos en ese extremo, es redundante.

18 "El donante que ha desmejorado de fortuna sólo puede eximirse de entregar el bien donado en la parte necesaria para sus alimentos".

19 "Son obligaciones del comodatario: 1.- Custodiar y conservar el bien con la mayor diligencia y cuidado, siendo responsable de la pérdida o deterioro que no provenga de su naturaleza o del uso ordinario. 2.- Emplear el bien para el uso determinado en el contrato o, en su defecto, según la naturaleza del mismo y la costumbre, siendo responsable del deterioro o pérdida provenientes del abuso...".

Conforme hemos señalado, la temporalidad de los contratos de cesión en uso puede ser también a plazo indeterminado, es así que de la misma manera en que las partes pueden pactar un arrendamiento a plazo indeterminado, también pueden convenir un comodato bajo plazo resolutorio indefinido. Ahora bien, a falta de pacto, ¿se aplica la regla contenida en el artículo 1365 del Código Civil, para fines de poner término al respectivo contrato?

Dado que en materia de arrendamiento no hay regla particular supletoria, no tenemos duda de que se aplica la disposición general contenida en el referido artículo 1365 del Código Civil.

Sin embargo, en materia de comodato, tenemos una figura especial, contenida en el artículo 1737 del Código Civil²⁰ (sobre el denominado "comodato precario"), conforme a la cual, de haberse celebrado un comodato a plazo indeterminado, el comodatario está obligado a restituir el bien cuando el comodante así lo solicite. En ese sentido, de acuerdo con lo que está expresado literalmente en el Código Civil, no obstante que la relación pudiese estar durando, por ejemplo, cinco años, si el día de mañana el comodante solicita la devolución del bien, el comodatario estaría obligado a cumplir con dicha restitución con ocasión de dicho requerimiento.

Respecto a esta norma podemos tener hasta dos lecturas distintas.

La primera implica que se puede poner término al contrato y solicitar la restitución inmediata en cualquier momento, sin necesidad de preaviso alguno, no siendo

aplicable el artículo 1365 del Código Civil. Es la lectura que se suele realizar atendiendo a la gratuidad del comodato y a la necesidad de resguardar, en la mayor medida posible, los derechos de quien generosamente se desprendió de la posesión de un bien. Es más, se llega a sostener²¹ que para aplicar el artículo 1737 del Código Civil, no se requiere invocar las circunstancias a las que se refiere el artículo 1736 del mismo cuerpo legal, ya que sin necesidad de expresar causa puede solicitarse la devolución inmediata del bien, configurándose lo que podría considerarse como una especie de condición resolutoria potestativa para el comodante. Esa lectura no nos merece convicción; sus argumentos no nos resultan finalmente aceptables porque se estaría concluyendo que los artículos 1736 y 1737 operan de la misma manera, por lo que cabría entonces interrogarse ¿por qué se reguló una misma situación en dos artículos separados pero inmediatos, ya que en ambos casos se puede poner fin inmediato al comodato, al margen de que se haya pactado o no plazo determinado?

Una segunda lectura nos lleva a afirmar que de todas maneras debe cumplirse con el requerimiento previo establecido en el artículo 1365 del Código Civil, evitándose así situaciones abusivas, dañosas y que hasta podrían configurarse dolosamente, con mala fe, ya que si bien ningún contrato puede ser perpetuo, ello no significa que se le pueda poner fin de manera intempestiva. Aunque se reconoce el derecho de cualquiera de las partes para desligarse del comodato celebrado bajo plazo

20 "Cuando no se ha determinado la duración del contrato, el comodatario está obligado a restituir el bien cuando el comodante lo solicite".

21 Para dicho efecto nos referimos a lo expuesto por Max Arias Schreiber al comentar sobre los alcances del artículo 1737 del Código Civil (Op. cit., pp. 56 y 57).

indeterminado, ello no se debe hacer de manera abrupta, dado que ha habido una relación que se ha sostenido en el tiempo (tracto sucesivo) y en la cual, además, podría haber habido entrega posesoria, de manera que el comodante debe cuidar el preaviso. Además, el preaviso correspondiente implica constituir en mora al comodatario, ya que, conforme a la propia redacción del artículo 1737 del Código Civil, se trata de requerir la restitución. Es más, en rigor, la norma no se refiere al tema del preaviso resolutorio, sino solo se enfoca en el tema de la mora, siendo que en ese sentido hasta nos parece innecesaria, ya que la constitución en mora ya está regulada en el régimen general de obligaciones, aplicables a todos los contratos.

Con el fin de esclarecer los alcances del artículo 1737 del Código Civil, podemos también hacer uso del artículo 1736 del mismo cuerpo normativo. De acuerdo con lo que hemos analizado, el contrato concluye automáticamente cuando el comodante, bajo ciertas circunstancias (necesidad o peligro), exige la inmediata devolución del bien; ergo, sin que medien dichas circunstancias, no es posible solicitar de manera inmediata la restitución del bien ni poner término al contrato, por lo que debería observarse un preaviso para no afectar de manera imprevista al comodatario. En ese sentido, de no mediar la situación que sustente la necesidad de una restitución inmediata y, atendiendo que cada artículo debe regular un determinado supuesto de hecho que justifique y explique su existencia (ya que de lo contrario el artículo 1736 estaría incorporado en los

alcances del artículo 1737 del Código Civil, si es que admitimos que este opera sin preaviso), deberíamos asumir que para fines de la restitución establecida en el artículo 1737 del Código Civil, y la consiguiente resolución que presupone, el comodante comunicará su decisión con una antelación no inferior a 30 días. En lo que concierne a la obligación de restitución, entendemos que al igual que en el caso del artículo 1736 del Código Civil, el requerimiento de restitución (con la implícita resolución contractual) significa la constitución en mora, la cual operará de manera automática al cumplirse el plazo del preaviso correspondiente.

Consideramos, por último, que el objeto del artículo comentado es solo destacar que el comodatario incurre en mora desde que opera el vencimiento del preaviso correspondiente, por el cual se le solicitó la restitución del bien. Es muy probable que la norma no se justifique, aunque complementa formalmente lo expresado en el inciso 5 del artículo 1738 del Código Civil,²² en el cual no se menciona la situación de los comodatos a plazo indeterminado y sin finalidad declarada. Es más, para fundamentar nuestra posición podemos recurrir incluso a las normas de arrendamiento, que al aplicarlas por analogía nos permite destacar de nuevo nuestra tesis, en el sentido de que la regulación de los contratos de arrendamiento y de comodato debe ser esencialmente la misma, habiendo muchos más puntos en común de lo que se suele afirmar. Nos explicamos. De acuerdo con el inciso 10 del artículo 1681 del Código Civil,²³ concluido el arrendamiento, sea a

22 "Son obligaciones del comodatario: (...) 5.- Devolver el bien en el plazo estipulado o, en su defecto, después del uso para el que fue dado en comodato".

23 "El arrendatario está obligado: (...) 10.- A devolver el bien al arrendador al vencerse el plazo del contrato en el estado en que lo recibió, sin más deterioro que el de su uso ordinario..."

plazo determinado o indeterminado, el arrendatario debe devolver el bien; está obligado a hacerlo, pero ello no significa que cumpla en forma efectiva con dicha restitución (la diferencia entre lo que *debe ser* y lo que finalmente *es*), por lo que puede generarse una situación de tolerancia por parte del arrendador, a la cual se le pone término cuando el arrendador compele, exige o requiere el cumplimiento de la obligación antes señalada, lo que en el aspecto jurídico equivale a la constitución en mora, dado que de acuerdo con nuestro Código Civil la regla general y supletoria es que la mora no se identifica con la demora. La mora solo se configura cuando, terminado el contrato, se solicita la restitución del bien, aunque nada impide que la constitución en mora se haya previsto al momento de contratar, haciéndola coincidir con la terminación contractual.

Es esto último lo que en buena cuenta ocurre con el artículo 1737 del Código Civil, el hecho de poner término al contrato supone, al mismo tiempo, una constitución en mora para efectos de la restitución del bien. Atendiendo a la gratuidad del contrato, el legislador probablemente ha considerado necesario evitar un divorcio entre terminación contractual y requerimiento de devolución, aunque ello solo lo habría considerado para los comodatos sin plazo determinado.

En síntesis, el artículo 1737 del Código Civil no contiene régimen alguno que permita resolver un comodato a plazo indeterminado sin necesidad de preaviso, solo reitera que el comodatario queda constituido en mora cuando el comodante le exija la restitución (con ello se pone implícitamente término al contrato); en ese sentido, se aplica el mismo régimen normativo que el previsto en materia de arrendamiento, pese a que una primera lectura de las nor-

mas pudiese sugerir cosa distinta. Asimismo, cabe preguntarse sobre la pertinencia de introducir modificaciones normativas que en el futuro den uniformidad en esta materia (como en otras), la regulación de los contratos de cesión en uso, evitándose redacciones confusas.

3. TERMINACIÓN DEL CONTRATO Y RESTITUCIÓN DEL BIEN

En materia de arrendamiento, el Código Civil establece que tratándose de contratos a plazo determinado, el contrato fenece objetivamente a la terminación del respectivo plazo, no siendo necesario realizar comunicación alguna; en cambio, tratándose de los contratos a plazo indeterminado se requiere el preaviso no inferior a 30 días. Dichas disposiciones regulan lo concerniente a la vigencia contractual, lo cual es un tema distinto al aspecto posesorio, ya que una cosa es que el contrato haya fenecido temporalmente y otra, distinta, es que se haya solicitado de manera adicional que el arrendatario restituya la posesión del bien que en su oportunidad recibió. En ese sentido, sobre la base de que nuestro sistema legal no reposa en el concepto de mora automática sino en la necesidad de constituir en mora, la obligación del arrendatario de restituir el bien solo será efectivamente exigible en la medida en que el arrendador lo exija, ya que de lo contrario habrá una situación tolerada de demora en el cumplimiento de dicha obligación, en la que el acreedor implícitamente otorga un plazo de gracia, permitiendo que el arrendatario permanezca en posesión del bien a pesar de que el contrato hubiese fenecido. Por ello es que el artículo 1700

del Código Civil²⁴ dispone que en ese interregno entre terminación y requerimiento (mora) de devolución, se configura una continuación del arrendamiento, pero sin que ello pueda interpretarse como una implícita renovación contractual por cuanto el contrato ya se extinguió. Ahora bien, requerida la restitución del bien, resultan de aplicación las normas sobre inejecución de obligaciones, de manera particular tratándose de la mora.

En lo que se refiere al comodato, el Código Civil guarda silencio respecto a los temas de la terminación temporal del contrato (plazo resolutorio) celebrado a plazo determinado y consiguiente restitución del bien; lo que, de otro lado, es impreciso tratándose de los contratos a plazo indeterminado, conforme hemos analizado precedentemente.

Aunque no exista una norma de remisión, entendemos que se debe aplicar finalmente el mismo régimen que el previsto para el arrendamiento, ya que no se justifica que una misma situación de hecho sea regulada de maneras distintas, más aún cuando no se trata de un tema de onerosidad o gratuidad. En ese orden de ideas, las disposiciones contenidas en los artículos 1699,²⁵ 1700 y 1704²⁶ del Código Civil son aplicables, en lo pertinente, al contrato de comodato. Por lo tanto, si nos encontra-

mos ante un comodato celebrado a plazo determinado, el contrato se entenderá para todo efecto legal terminado a la fecha de vencimiento del plazo pactado, sin necesidad de aviso alguno, encontrándose el comodatario obligado a restituir el bien, aunque su falta de devolución oportuna solo entrañará una situación de demora mas no de mora, salvo que el título obligacional hubiese dispuesto cosa distinta; de encontrarnos ante un comodato celebrado para finalidad específica, satisfecha esta última el comodato fenecerá de manera automática y será también aplicable lo expuesto precedentemente; y de hallarnos, por último, ante un comodato a plazo indeterminado, el contrato fenecerá como mínimo a los 30 días siguientes del preaviso resolutorio comunicado por cualquiera de las partes sin necesidad de expresar causa justificativa, con lo que el comodatario quedará automáticamente constituido en mora, lo cual significa que en este caso particular no se genera la posibilidad de una continuación del comodato.²⁷

En síntesis, así como ha sido prevista normativamente una situación de continuación del arrendamiento, también resulta posible sostener en algunos casos una situación de continuación del comodato, aunque esto último no tendrá las mismas consecuencias jurídicas que en el caso del arrendamiento, ya que por tratarse, el co-

24 "Vencido el plazo del contrato, si el arrendatario permanece en el uso del bien arrendado, no se entiende que hay renovación tácita, sino la continuación del arrendamiento, bajo sus mismas estipulaciones, hasta que el arrendador solicite su devolución, la cual puede pedir en cualquier momento".

25 "El arrendamiento de duración determinada concluye al vencimiento del plazo establecido por las partes, sin que sea necesario aviso previo de ninguna de ellas".

26 "Vencido el plazo del contrato o cursado el aviso de conclusión del arrendamiento, si el arrendatario no restituye el bien, el arrendador tiene derecho a exigir su devolución y a cobrar la penalidad convenida o, en su defecto, una prestación igual a la renta del período precedente, hasta su devolución efectiva. El cobro de cualquiera de ellas no importará la continuación del arrendamiento".

27 Nos remitimos sobre este particular a los alcances comentados del artículo 1737 del Código Civil, el cual regula una situación radicalmente distinta a la que es objeto del artículo 1736 del mismo cuerpo legal, no en cuanto a la mora incurrida por el comodatario, que en ambos casos se produce, sino a la necesidad de un plazo para poner término al contrato.

modato, de un contrato gratuito, durante el período que medie entre terminación y requerimiento de restitución, no habrá suma alguna que cobrar al comodatario, aunque se mantendrán las obligaciones que en su oportunidad fueron pactadas, esto último tratándose de la responsabilidad posesoria.

De acuerdo con lo anterior, podemos concluir que la figura de continuación contractual no es privativa del contrato de arrendamiento, sino que se aplica en general a los contratos de duración en los que al final sea exigible una obligación de restitución, teniendo en cuenta que dicha figura radica conceptualmente en la dicotomía demora/mora, de manera que la continuación del arrendamiento o del comodato solo se presenta en la hipótesis de que el arrendatario o el comodatario no hayan sido requeridos para que procedan a la restitución del bien. En ese sentido, dejamos constancia de que, tratándose de los casos de los artículos 1736 y 1737 del Código Civil, ya comentados, no se genera la posibilidad de una continuación del comodato, ya que al solicitarse la devolución del bien no solo se pone término (implícitamente) al contrato, sino que además el comodatario queda constituido en mora (por el hecho de solicitarse la devolución del bien).

4. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Si bien el arrendamiento y el comodato presentan diversas semejanzas, también cabe destacar varias diferencias, siendo

obvio que la fundamental de estas es que el arrendamiento es oneroso mientras que el comodato es gratuito; sin embargo, se destaca como una grave diferencia lo concerniente al régimen de responsabilidad posesoria. Para dicho efecto se afirma que en razón de que el comodatario recibe gratuitamente el uso temporal de un bien, corresponde que asuma un régimen de responsabilidad que resulta más estricto, agudo u oneroso que el previsto legalmente tratándose del arrendamiento,²⁸ se trataría de realizar una suerte de compensación: de un lado, el comodatario recibe el uso del bien sin obligación de realizar contraprestación alguna y, de otro lado, para no perjudicar a quien se desprende gratuita y generosamente del señalado uso, le corresponde asumir una responsabilidad en términos más gravosos de los que corresponderían a un arrendatario, ya que este último paga una renta. Para dicho efecto, se destacan los alcances de los artículos 1741, 1742 y 1743 del Código Civil.

Estamos en desacuerdo con esa posición. Consideramos que el régimen de responsabilidad regulado en esos artículos no es tipificante del comodato. Es más, en nuestra opinión tampoco se trata de una regulación especial aplicable por lo menos al ámbito de los contratos de cesión en uso. Se trata simplemente de normas que reiteran nociones generales sobre responsabilidad previstas en el régimen general de obligaciones y que por una cuestión de tradición jurídica malentendida, o de inercia legislativa, se mantienen en el articulado del Código Civil vigente. Nos explicamos.

Conforme al artículo 1741 del Código Civil,²⁹ el comodatario asume responsabili-

28 ARIAS SCHREIBER, Max. Op. cit., p. 44.

29 "El comodatario que emplea el bien para un uso distinto por un plazo mayor del convenido, es responsable de la pérdida o deterioro ocurridos por causa que no le sea imputable, salvo que estos hechos se habrían producido aun cuando no lo hubiese usado diversamente o lo hubiere restituido en su oportunidad".

dad incluso por causas no imputables cuando destina el bien a una finalidad distinta a la pactada o no restituye el bien al vencimiento del respectivo plazo de vigencia contractual.

Si bien el Código Civil no contiene norma semejante en materia de arrendamiento, somos de la opinión de que dicha responsabilidad posesoria se aplica en iguales términos al arrendamiento como al comodato. Para dicho efecto, con relación a los alcances del artículo 1741 del Código Civil, hacemos los siguientes comentarios puntuales:

- a) Estamos ante una regla especial de responsabilidad civil. Debe tenerse presente que, conforme a las disposiciones generales sobre inejecución de obligaciones voluntariamente asumidas (responsabilidad civil contractual) solo se responde por causas imputables, que son el dolo, la culpa grave y la culpa leve, presumiéndose esta última; en ese sentido, el deudor no asume responsabilidad en el caso de que se demuestre que el incumplimiento proviene de causa no imputable, esto es, por ausencia de culpa, ya sea acreditando la debida diligencia o la fractura causal representada por el caso fortuito o la fuerza mayor. En ese sentido, el artículo 1741 del Código Civil amplía el régimen de responsabilidad del comodatario, ya que determina que se asume responsabilidad inclusive por causas no imputables (bajo ciertas circunstancias), por lo que se pasa de un régimen subjetivo (estructurado sobre la noción de la culpa en sentido amplio) a uno objetivo (en el cual se asume responsabilidad prescindiéndose de la noción de culpa, hasta por caso fortuito y fuerza mayor que, en rigor, corresponden a fracturas causales).
- b) El régimen establecido es coincidente con el legalmente previsto ante situaciones de mora. En efecto, conforme ya hemos hecho mención, la mora del deudor genera dos consecuencias jurídicas clarísimas: de un lado, la exigibilidad de una reparación, la cual se refleja (salvo acuerdo distinto) en el pago de intereses moratorios o por causa de mora y, de otro lado, la transferencia del riesgo de la prestación pendiente de pago inclusive por causas no imputables (salvo que se demuestre que la causa no imputable hubiese afectado la prestación, aun cuando hubiese sido oportunamente ejecutada).
- c) De admitirse que estamos ante una situación de mora, ¿los alcances del artículo 1741 del Código Civil operan automáticamente o demandan que se compela al pago, esto es, a la restitución del bien entregado en su oportunidad? Al respecto, consideramos que el artículo 1741 del Código Civil, como norma de carácter supletorio al igual que la mayor parte de su articulado en materia de contratación, exige de la constitución en mora para fines de su aplicación, ya que si el comodante no reclama cuando el bien es destinado a uso distinto al convenido, o no exige su restitución a la conclusión temporal del respectivo contrato, debe asumirse para todo efecto legal que su tolerancia o inercia implica su consentimiento a que el bien sea empleado de modo diferente al autorizado o por mayor plazo que el convenido, de manera que ante dichas situaciones se aplica el régimen ordinario de responsabilidad contractual, sea por encontrarse vigente el plazo contractual (en el escenario del uso diferente) o por asumirse una continuación del comodato (en el escenario de uso por mayor plazo al pacta-

do). Por lo tanto, estimamos que debe mediar una expresión de agravio frente a dichas situaciones, un reclamo, una exigencia de devolución, para que se ceda paso a un régimen extraordinario de responsabilidad contractual.³⁰

En ese sentido, si conforme a lo manifestado, la demora implica tolerancia, la concesión de un plazo de gracia, resultaría extraño que, sin que el comodante hubiese reclamado, el comodatario quede constituido por sí mismo bajo un régimen de responsabilidad más gravoso; ello solo debería ser posible en la medida en que el comodante hubiese objetado el uso distinto al pactado o, terminado el contrato, hubiese reclamado la restitución del bien, salvo que nos encontremos además ante situaciones como las reguladas en los artículos 1736 y 1737 del Código Civil, de acuerdo con el análisis realizado anteriormente.

Como hemos manifestado, somos de la opinión de que el régimen previsto en el artículo 1741 del Código Civil no es propio o tipificante del comodato, ya que puede aplicarse en igual medida tratándose del arrendamiento (una vez que se le reclama la restitución del bien al arrendatario, este no solo debe indemnizar por los daños y perjuicios que genere al arrendador, sino que inclusive asume responsabilidad por causas no imputables, salvo que pruebe que el deterioro o pérdida del bien que debe restituir igual se hubiese producido si es que hubiese cumplido con la oportuna devolución); desde ese punto de vista podría sostenerse que el artículo 1741 se

aplica por analogía al arrendamiento, aunque en rigor, más que una aplicación por analogía se trata de aplicar simple y llanamente la normatividad sobre mora establecida en materia de pago de obligaciones,³¹ de manera que el artículo 1741 del Código Civil es reiterativo y, finalmente, y esta es nuestra conclusión más severa, no se justifica si es que pretendemos eliminar duplicidades legislativas.

Nos explicamos. Conforme hemos destacado, el artículo 1741 del Código Civil no hace sino regular los efectos de la mora en que pudiese incurrir el comodatario; en ese sentido, dicho régimen legal ya está previsto en el artículo 1336 del señalado cuerpo normativo. En ese orden de ideas, si la norma es reiterativa de una disposición legal general aplicable a todos los contratos, no puede sostenerse que la norma bajo comentario establece un régimen especialmente aplicable al comodato en razón de su gratuidad, ya que ese régimen especial no existe, pues las normas sobre mora se aplican al margen de que el contrato haya sido celebrado a título oneroso o gratuito. Abundando en el tema, si uno revisa con atención las normas sobre arrendamiento, lo establecido en el artículo 1700 del Código Civil presupone una prórroga de plazo, un término de gracia o una situación de demora; en ese sentido, el artículo 1704 del Código Civil representa lo contrario: implica el agotamiento de la tolerancia del arrendador (acreedor de la restitución del bien), mediante un requerimiento para que se proceda a la devolución del bien, lo cual significa jurídica-

30 Sobre este particular, coincidimos con lo expresado por Max Arias Schreiber (op. cit., p. 60), así como lo señalado en el estudio pomenorizado que realiza Mario Castillo ("Tratado de los contratos típicos: Hospedaje y comodato". *Biblioteca para leer el Código Civil*. Volumen XIX, tomo III. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, pp. 219 y 220).

31 Artículo 1336 del Código Civil.

mente una constitución en mora con la consiguiente aplicación del régimen legal que la regula, en el cual tenemos la asunción de causas no imputables (en líneas generales, si se revisa con atención los artículos 1336 y 1741 del Código Civil).

En ese sentido, concluimos que el régimen establecido en el artículo 1741 del Código Civil no es privativo ni tipificante del comodato, sino que más bien corresponde a conceptos generales sobre los efectos de la constitución en mora, y por ello se aplica de igual manera tratándose del arrendamiento. Por lo tanto, si el arrendatario emplea el bien para finalidad distinta a la pactada (y ello le es reclamado) o no devuelve el bien oportunamente (una vez que le es requerido, porque antes ha habido extensión graciosa del plazo contractual bajo la denominación de "continuación del arrendamiento") será responsable de su pérdida o deterioro, incluso por causas no imputables, salvo que demuestre que la pérdida o deterioro se hubieran producido de todas maneras, aun cuando el bien hubiese sido destinado al uso pactado o lo hubiese devuelto oportunamente, a la terminación del contrato, sin necesidad de intimación alguna.

De otro lado, el artículo 1742 establece que "El comodante debe pagar el valor del bien dado en comodato si perece por causa que no le es imputable, cuando hubiese podido evitarla sustituyéndolo con uno de su propiedad". En materia de arrendamiento no hay, ciertamente, norma semejante, pero ¿es privativa del comodato? Creemos que no.

En nuestra opinión, el supuesto de hecho de la norma se refiere a la causa no imputable (asumamos que sea coincidente con el caso fortuito o la fuerza mayor) como causa inicial de la ocurrencia dañosa mas no como causa final, determinante o concluyente. El daño se produce porque,

pudiéndose haber realizado la sustitución del bien (y aquí hay todo un tema de previsibilidad fáctica) entregado en comodato, este perece. Al respecto, entendemos que el comodatario actúa negligentemente, por decir lo menos, ya que prefiere, por no tomar las provisiones mínimas, que se sacrifique el bien ajeno antes que afectar un bien propio; y es que la idea de la sustitución o posibilidad de evitar la afectación del bien entregado en comodato implica que, siendo la situación dañosa evitable, por inactividad del comodatario, o indiferencia egoísta de este, no se evitó, lo que contrasta con la generosidad del comodante al entregarle gratuitamente un bien.

Desde ese punto de vista, habiendo causa imputable (al menos negligencia, aunque podría invocarse hasta la configuración del dolo) como determinante en la ocurrencia dañosa, ¿no deben aplicarse las disposiciones generales sobre responsabilidad civil contractual? Es más, a nuestro entender, el artículo 1742 del Código Civil solo se refiere al tema de la reparación por daño emergente, por lo que queda abierta la posibilidad de que el comodante puede reclamar una indemnización por los demás daños y perjuicios, en aplicación de las disposiciones generales sobre inexecución de obligaciones, ya que el artículo bajo comentario no restringe sus derechos.

Sobre la base de que estamos ante una norma que desarrolla un supuesto especial de relación de causalidad, y presumiéndose que el causante del daño es responsable culposamente, sus alcances también se hacen extensivos al arrendamiento, dado que lo que al final se establece es que de perderse el bien, por causa imputable al comodatario o al arrendatario, deberá reponerse su valor (daño emergente, al haber detrimento patrimonial), sin perjuicio de reclamarse la indemnización por los demás daños que corresponda.

Por último, de conformidad con el artículo 1743 del Código Civil, "Si el bien fue tasado al tiempo de celebrarse el contrato, su pérdida o deterioro es de cuenta del comodatario, aun cuando hubiera ocurrido por causa que no le sea imputable". No nos explicamos esta norma. Es cierto que, en este caso, la ley establece un régimen oneroso de responsabilidad contractual, extendiéndola a causas no imputables y que justificaría el argumento de que las reglas del comodato entrañan una mayor severidad que las del arrendamiento; empero, cabe preguntarse sobre el sustento de la disposición contenida en el artículo en cuestión, así como sobre la posibilidad de extender su aplicación al arrendamiento, salvo que se concluya (como suele presentarse) que la norma es inherente a un contrato gratuito como el comodato.

Conocemos los alcances de la ley, pero creemos que la presunción contenida en el artículo 1743 no es conceptualmente propia del comodato, ya que la misma regla podría aplicarse al arrendamiento. Si el bien arrendado ha sido tasado o valorizado y luego se pierde o deteriora por causas no imputables al arrendatario, ¿por qué no podría asumirse que dicha pérdida o deterioro es de cargo del arrendatario, ya que la tasación corresponde a la voluntad de asumir causas no imputables? Si se trata de presumir voluntades, no nos engañemos, el legislador tiene un margen de acción amplísimo, así como presume determinada voluntad en materia de comodato, también podría hacerse lo mismo en un suministro (en uso y gratuito, para evidenciar la situación fáctica extraordinariamente semejante a un comodato) o tratándose de un arrendamiento.

En ese orden de ideas, no discutimos el sentido de la opción legislativa contenida en el artículo 1743 del Código Civil, sino más bien queremos destacar que se trata de una situación que conceptualmente podría hacerse extensiva a cualquier contrato asociado al uso de bienes, ya que se parte de presumir que pactar una tasación del bien significa asumir una responsabilidad más gravosa, lo cual es, para decirlo claramente, una arbitrariedad.

En cuanto a la posibilidad de limitar los alcances del artículo 1743 del Código Civil a los casos de pérdida o deterioro por causas imputables, ya que no se justificaría la extensión a las causas no imputables,³² consideramos que en ese supuesto no se justificaría la disposición, ya que si las partes convinieron un valor y luego, por causa imputable al comodatario el bien se pierde o deteriora, es manifiesto que el valor por reconocer es el identificado por las propias partes, aunque allí tendría que plantearse el tema de la necesidad de una valorización actualizada, en términos constantes.

5. PERFECCIONAMIENTO CONSTITUTIVO

Como bien sabemos, los contratos se perfeccionan, conforme a nuestro Código Civil, a través de un acuerdo de voluntades simple o calificado; en el primer caso, estamos ante los denominados contratos consensuales, en que existe "libertad de forma", por lo que el acuerdo puede acreditarse de cualquier manera; en el segundo caso, estamos ante los contratos formales, que corresponden a los negocios jurídicos

32 Posición que asume Mario Castillo (Op. cit., p. 222).

solemnes, en que la ley establece la necesidad de observarse determinada forma documental para que, a través de ella, se entienda exteriorizada la voluntad, de manera que en caso contrario, ante la inexistencia de la forma necesaria, no hay manifestación de voluntad y, por consiguiente, el acto es inválido. La forma es consustancial al negocio y representa la exteriorización de la voluntad.³³

Se señala con frecuencia que los contratos formales suelen asegurar la autenticidad de la manifestación de voluntad y permiten su preservación temporal; probablemente por estas razones dicha categoría está esencialmente reservada en nuestro Código Civil para los contratos celebrados a título gratuito, entre ellos la donación (en líneas generales) y el suministro (bajo su modalidad de acuerdo gratuito), mas no se considera para fines del comodato. Nos llama la atención que el comodato no esté tipificado como un contrato formal, así como lo está la donación o el suministro gratuito. Si nos referimos a los antecedentes normativos, y en determinada legislación comparada, el comodato está considerado como un contrato real, en el cual la entrega del bien hace a la celebración del contrato, lo que en buena cuenta significa que se asume que el simple acuerdo de voluntades resulta insuficiente para generar la existencia del contrato. El legislador peruano de 1984, por una cuestión conceptual (dado que la entrega es un tema de ejecución contractual antes que de cele-

bración o de la etapa formativa del consentimiento) decidió acertadamente restringir la clasificación de los contratos en cuanto su perfeccionamiento constitutivo solo a los contratos consensuales y formales, negando reconocimiento a los reales. Y, en ese sentido, estableció que para los contratos que habían sido tipificados como reales se considerase su perfeccionamiento por el simple acuerdo de voluntades,³⁴ no siendo necesaria la entrega del bien. Aquí consideramos que hubo un exceso del legislador, era la oportunidad para realizar ciertas precisiones: si el contrato (antes real, ahora consensual) es celebrado a título gratuito, debía ser tipificado como formal (la solemnidad que se deba considerar ya es otra tema, podrían utilizarse los criterios legalmente previstos para la donación: solo por escrito, mediante documento de fecha cierta y, en algunos casos, escritura pública, o instituirse la simple forma escrita), y es que debería procurarse uniformar las reglas del Código Civil en materia contractual de la mayor forma posible. No nos resulta comprensible que, de un lado, el suministro gratuito en uso sea un contrato formal y, de otro lado, que el comodato no lo sea, pese a tratarse de contratos que presentan tantos aspectos comunes y que más bien nos llevan a preguntarnos sobre la conveniencia de mantener ambas tipificaciones³⁵.

Cierto es que los contratos formales buscan asegurar (al menos en algunos casos) la autenticidad de la manifestación de

33 FERRI, Luigi. *Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil*. Lima: Grijley, 2004, pp. 118 y 119.

34 Sobre este particular, Max Arias Schreiber expresa que: "Uno de los caracteres jurídicos del comodato es su consensualidad, la que es consecuencia de la posición asumida por el Código Civil respecto de los contratos reales" (op. cit., p. 51) (las cursivas son nuestras), respecto de lo cual no entendemos la razón que lleva a asumir que si un contrato deja de ser real entonces debe ser categorizado como consensual, pues también resultaría válido plantearnos la conveniencia de que pueda ser formal, ya que, en uno u otro caso, lo cierto es que la entrega no hará al contrato.

35 BENAVIDES, Eduardo. "Contrato de suministro en el Código Civil peruano". *Advocatus* 1. Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Lima, 1998, pp. 95-108.

voluntad y la preservación probatoria del negocio celebrado, pero esto último se justifica ante cierta clase de contratos, en el que el común denominador es el que está ante contratos gratuitos; en ese orden de ideas, debería revisarse la posibilidad de tipificar el comodato como un contrato formal, estableciéndose que debe constar sustancialmente por escrito, bajo sanción de nulidad, pudiéndose utilizar algunos de los criterios considerados por el legislador tratándose de la donación: en función de la naturaleza del bien y de su valor. En ese orden de ideas, tratándose del comodato inmobiliario y mobiliario por un valor que no exceda la cuarta parte de una Unidad Impositiva Tributaria, la forma esencial sería escrita con fecha cierta; en el caso de muebles, por ejemplo, por un valor mínimo, sería suficiente la forma escrita.

6. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El presente trabajo no ha tenido otro objetivo que compartir algunas reflexiones acerca de la regulación de los contratos de arrendamiento y comodato, con el fin de evaluar si las normas legales vigentes son las más adecuadas o no. No se pretende agotar el tema, ya que quedan muchos aspectos por analizar; empero, estimamos que lo importante es proponer una lectura de las cosas para fomentar el análisis y la discusión académica con la necesaria conciencia de que el fruto de ese análisis y debate debe asociarse a la realidad comercial y no quedar solo en abstracciones o en el mantenimiento de reglas que, en la actualidad, exijan probablemente de una severa revisión.