

## IMPOSIBILIDAD DE SUSPENDER LA DEVOLUCIÓN DEL BIEN

Mario Castillo Freyre \*

Artículo 1745.- «El comodatario no puede suspender la restitución alegando que el comodante no tiene derecho sobre el bien, salvo que haya sido perdido, hurtado o robado o que el comodatario sea designado depositario por mandato judicial.»

### COMENTARIO

Tal como señalan Arias-Schreiber y Cárdenas,<sup>1</sup> de acuerdo con el artículo 1745, el comodante no tiene necesariamente que ser propietario del bien dado en comodato. Al respecto el Código Civil de 1852 se manifestaba, señalando que sólo los que tenían la libre disposición de sus bienes podían celebrar este contrato.

Esta norma es extremadamente importante, en virtud de que se establece como regla general la imposibilidad del comodatario de suspender la devolución del bien, alegando que el comodante no tiene derecho sobre el mismo.

Esta disposición evita que el comodatario cometa la arbitrariedad de negarse a restituir el bien sin fundamento jurídico.

Sin embargo, sí podría negarse a devolverlo al comodante si éste hubiese transferido la propiedad del mismo a un tercero. En este caso, es evidente que por excepción si el comodante indebidamente requiriese al comodatario la devolución del bien, este último tendrá la obligación de negarse a darlo, ya que existe un nuevo propietario con derecho a recibirlo.

No obstante, la regla general es muy clara en virtud de que el contrato de comodato está basado fundamentalmente en la confianza. Incluso cabría recordar que en virtud de lo dispuesto por el artículo 1290, inciso 2 del Código Civil se prohíbe la compensación en la restitución de bienes depositados o entregados en comodato.

Debemos establecer algunas precisiones acerca de la delicada particularidad que envuelve a los contratos de depósito y de comodato.<sup>2</sup>

---

\* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima. [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)

<sup>1</sup> ARIAS-SCHREIBER, Max y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: San Jerónimo Ediciones, 1989, tomo III, p. 58.

<sup>2</sup> Ver OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las Obligaciones*. Biblioteca Para Leer el Código Civil. Volumen XVI, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, Tercera Parte, Tomo IX, pp. 175 a 179.

La obligación del depositario es de honor, por la extrema confianza que origina la obligación de custodia. En efecto, quien depositó el bien en sus manos reveló confianza absoluta. Lo mismo ocurre en el caso del comodatario, a quien el comodante benefició entregándole un bien en calidad de préstamo a título gratuito. Aquí se da inclusive un elemento adicional, cual es la gratitud que se espera por parte del comodatario. Por último, en ambos casos están de por medio principios éticos de cautela al depositante o comodante, por tratarse de obligaciones de honor. Por ello, tanto las obligaciones del depositario como del comodatario no sólo tienen contenido jurídico, sino ético y moral.

Podría argüirse en contra de estas ideas, aduciéndose que la confianza es un elemento subjetivo que se presenta en las obligaciones generadas por toda clase de contratos, y no sólo en los de depósito y comodato. Por ejemplo, la compraventa a crédito. En este caso, el vendedor entrega al comprador el bien objeto del contrato sin recibir el íntegro de su contraprestación, contando con recibirla más adelante – fraccionadamente– en el tiempo, según lo convenido. Hay un elemento de confianza, que supuestamente siempre debería honrarse. Lo mismo puede ocurrir en un contrato de permuta, en uno de suministro, etc.

La confianza entraña riesgo, y la sociedad lo asume, ya que de lo contrario nadie contrataría en ninguna otra forma que no fuera entregando y recibiendo los bienes objeto de la prestación y la contraprestación en el mismo momento y acto. Si la aversión al riesgo fuera absoluta, entonces las transacciones se reducirían en forma tal que el progreso sería algo muy lejano y hasta utópico.

Ahora bien, por todo esto es que el Derecho ha creado formas legales de prevención en caso que alguna de las partes actúe o pretenda actuar de mala fe, tales como los títulos-valores (de mérito ejecutivo), los diversos tipos de garantías (prendarias, hipotecarias, el contrato de fianza, etc.), y los demás recursos legales a los que se puede acudir (medidas cautelares como el embargo, el secuestro, etc., o dación de figuras delictivas con las consiguientes sanciones penales, etc.) cuando el daño está hecho, además del efecto disuasivo de estas últimas. Inclusive el que existan tantas y tan variadas normas de dicha naturaleza podría invitar a suponer que lo que mayormente se presume es la mala fe, antes que la buena fe, lo que –desde luego– no es exacto.

Nuestro Código Civil, si bien procura ser funcionalista (como puede observarse, por ejemplo, en el artículo 1970 que consagra la responsabilidad extracontractual objetiva), en el fondo es sumamente subjetivista y humanista. Su objetivismo es más bien tímido (por ejemplo, en el caso de la responsabilidad extracontractual, pues no obstante la norma citada, también existe otra –el artículo 1969– que de alguna forma consagra la responsabilidad subjetiva, además de los restantes artículos sobre la materia, en los que prevalece el subjetivismo), ya que a lo largo de todo el cuerpo legal encontramos normas basadas en presunciones de buena fe.

Un caso palpable de este tinte subjetivista es el inciso 2 del artículo 1290 del

Código Civil Peruano, cuyo fundamento tiene sus cimientos –como lo hemos dicho– en el honor.

Luego de estas consideraciones preliminares, analizamos suscintamente las prohibiciones a que se refiere el precepto.

Es el caso de una persona que deba a otra determinada prestación, y que a su vez dicho deudor haya entregado a su mismo acreedor, en virtud de un contrato de depósito o de comodato, un bien (o bienes) fungible (fungibles) con lo adeudado. Como la obligación del deudor ha vencido, entonces el acreedor decide compensar los bienes propiedad del deudor que tiene en custodia, con los que éste le adeuda.

Supongamos, para utilizar un ejemplo, que Juan le debe a Pablo 5,000.00 nuevos soles. Asimismo, el primero entrega al segundo, en calidad de depósito, la cantidad de 4,000.00 nuevos soles. Entonces, Pablo tiene un crédito exigible a su favor de 5,000.00 nuevos soles (que Juan se demora en pagarle), y a la vez tiene como depositario la suma de 4,000.00 nuevos soles, de propiedad de Juan, la cual debe devolver. Se trata de dos obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y con prestaciones cuyos objetos son fungibles entre sí. Supuestamente, podría oponer la compensación (sería una compensación parcial), basándose en el artículo 1288 del Código, pero, por la naturaleza de su obligación, está impedido de hacerlo. La índole de esta obligación supone un criterio de confianza, de honor, mayor al de otras figuras contractuales.

Creemos que si bien puede parecer poco funcional basar un precepto imperativo en un criterio tan puramente subjetivo, y aun siendo proclives a que las normas sean más honestas y eficientes y menos líricas, sí consideramos necesario proveer de cierta mística de valores y principios de orden subjetivo a nuestro cuerpo legal, procurando que los mismos no caigan en meras declaraciones sin contenido realista o práctico. Los principios subjetivos, bien empleados, pueden coadyuvar a lograr un sistema eficiente.

Por ello, concluyendo esta parte del análisis, creemos que conservar como elemento fundamental de la naturaleza de estos contratos al honor, no resulta retrógrado ni obsoleto, aunque admitimos que tales criterios deben ser dosificados en forma muy restringida. En nuestro caso, por ejemplo, la obligación de entrega del deudor (Juan) no se encuentra tan *santificada* por el honor como la obligación de entrega de su acreedor (Pablo), existiendo disparidad de condiciones para ambos. Podría verse hasta injusto, por lo que cabría cuestionar la falta de reciprocidad en cuanto al *honor* en ambas obligaciones. Sin embargo, para no desvirtuar el carácter especialmente ético y de compromiso absoluto que se desea imprimir a las obligaciones de los depositarios y comodatarios, se le confiere la carga adicional del elemento subjetivo.

Por estas razones, en opinión nuestra, resulta adecuada la norma que prohíbe expresamente la compensación en la restitución de bienes depositados o entregados en comodato, pero nos parecería equitativo facultar al depositario o comodatario a

retener (sin disponer ni compensar) tales bienes, a efectos de estimular a su deudor a realizar el pago que le adeuda.<sup>3</sup>

Por otro lado, en cuanto a la clase de bienes depositados o entregados en comodato sujetos a la prohibición de compensar, ésta se aplica a bienes de todo tipo, fungibles e infungibles, si se trata de la compensación convencional. Para el caso de la compensación unilateral, evidentemente la prohibición se refiere a los objetos de las prestaciones fungibles entre sí, pues en ningún caso se podría oponer la compensación del artículo 1288 si se tratase de objetos no fungibles entre ellos. Lo mismo sucedería, desde luego, en el caso de la compensación legal.

Recordamos que en el supuesto del contrato de comodato o préstamo de uso, los bienes que el comodatario está obligado a devolver son los mismos que se le entregaron, sean consumibles o no. Como el contrato de mutuo es muy similar al de comodato, con la diferencia de que los bienes consumibles que el mutuuario está obligado a devolver sean exactamente iguales a los recibidos, consideramos que se debería incluir en la referida prohibición a este último contrato, siempre y cuando sea a título gratuito, por las mismas razones por las que se otorga tal *status* al contrato de comodato.

Por último, es nuestro parecer que, al igual que en el primer inciso del artículo 1289, la exclusión de la compensación no debe restringirse a la restitución del bien, sino que debe comprender también al monto de los daños y perjuicios correspondientes en caso de pérdida del bien en poder del comodatario o del depositario.

Pero retornando al contenido del artículo 1745 del Código Civil Peruano, diremos que existen contempladas en la norma algunas excepciones a la regla, es decir diversos casos en los cuales la ley permite al comodatario suspender la restitución del bien.

En primer lugar se indica el caso en que el bien se haya perdido.

Dado el contexto del artículo 1745, entendemos que la pérdida a la que se hace referencia no es aquélla que el Derecho contempla en el sentido amplio del artículo 1137. Estimamos que se está aludiendo a la pérdida como sinónimo de extravío.

Decimos esto, por cuanto si se entendiera la pérdida en su sentido estrictamente jurídico (el del artículo 1137), ella generaría la extinción de la obligación y, como tal, no estaríamos hablando de un supuesto en que se suspenda la restitución del bien, sino uno en el cual dicho bien ya no pueda ni tampoco deba ser entregado.

---

<sup>3</sup> El derecho de retención, como sabemos, sólo faculta al acreedor a retener el o los bienes de su deudor cuando exista conexión entre el crédito y el o los bienes que se retienen, supuesto que no corresponde al caso bajo análisis.

Se entiende que el extravío al que se hace referencia en el artículo 1745, plantea la posibilidad de guardar esperanzas acerca de la recuperación del bien, situación que va de la mano con la suspensión a que alude la norma.

El citado artículo también incluye como casos en que el comodatario puede suspender la restitución del bien al comodante, cuando el mismo haya sido hurtado o robado, casos en los cuales –dentro de la lógica del artículo 1745– podría esperarse una futura recuperación del bien cuya posesión se ha arrebatado de manera ilícita.

Sin embargo, podría formularse una crítica de fondo al artículo 1745, cuando hace alusión a los bienes perdidos, hurtados o robados; y ella consistiría en que en cualquiera de estos casos no es facultad del comodatario suspender la restitución del bien al comodante. Lo que ocurre es que el comodatario se encontrará absolutamente imposibilitado de restituir el bien al comodante.

Dicho en otras palabras, no es que no quiera devolverle el bien, sino que no puede devolvérselo.

Finalmente la norma hace referencia a la suspensión de la restitución del bien al comodante, en caso el comodatario sea designado depositario por mandato judicial. Entendemos que este último supuesto tampoco nos presenta a un comodatario que pueda hacer uso de su libertad para devolver o no el bien, ya que en este supuesto simplemente no podrá devolver el bien, precisamente por haber sido designado depositario del mismo por mandato judicial.

## **DOCTRINA**

ARIAS-SCHREIBER, Max y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Tomo III, Lima: San Jerónimo Ediciones, 1989. CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de los Contratos Típicos*. Tomo III. *El contrato de Hospedaje – El contrato de Comodato*. Biblioteca Para leer el Código Civil, Volumen XIX. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002. OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las Obligaciones*. Tercera Parte, Tomo IX. Biblioteca Para leer el Código Civil. Volumen XVI, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994.