

## OBLIGACIONES DEL COMODATARIO

Mario Castillo Freyre \*

Artículo 1738.- «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.
3. Permitir que el comodante inspeccione el bien para establecer su estado de uso y conservación.
4. Pagar los gastos ordinarios indispensables que exija la conservación y uso del bien.
5. Devolver el bien en el plazo estipulado o, en su defecto, después del uso para el que fue dado en comodato».

### COMENTARIO

#### 1. *Custodiar y conservar el bien*

El comodatario siempre ha estado obligado a la custodia y conservación del bien. Los Códigos Civiles anteriores al actual señalaban «velar por la guarda y conservación de la cosa prestada» (artículo 1243 primera parte, del Código Civil de 1836; 1835, inciso 1, del Código Civil de 1852; 1595, inciso 1, del Código Civil de 1936); en tanto el actual Código Civil agrega que debe hacerse con la mayor diligencia y cuidado, y que por ello el comodatario es responsable por la pérdida o deterioro que no provengan de su naturaleza o uso ordinario.

De acuerdo a la Real Academia de la Lengua Española,<sup>1</sup> custodia es la acción y efecto de custodiar, en tanto que custodiar es guardar con cuidado y vigilancia.

En tal sentido, la ley impone al comodatario un especial deber de cuidado para con el bien, el mismo que se encuentra íntimamente relacionado con el principio de identidad, ya que dicho bien deberá ser devuelto en las mismas condiciones en que fue entregado al comodatario.

Por otra parte, el deber de custodia también se relaciona íntimamente con el de conservar el bien, también establecido en el inciso 1 del artículo 1738.

El deber de conservar el bien implica tener que mantenerlo en el mismo estado en que se encontraba al momento del nacimiento de la obligación.

---

\* 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> REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Espasa Calpe S.A., 1984, tomo I, p. 419.

Sin embargo, la custodia y conservación del bien en el contrato de comodato debe compatibilizarse necesariamente con el uso que el comodatario hará del mismo, ya que no nos encontramos ante un caso en el cual deba conservarse el bien sin que pueda ser usado.

Y, naturalmente, el uso del bien implica la posibilidad de que éste se desgaste. Este desgaste dependerá, en lo que respecta a su magnitud y rapidez, de la naturaleza del bien, sin llegar al extremo de que el mismo pueda producirse notablemente con el primer uso que se haga del bien, ya que en estos casos nos encontraríamos ante un bien consumible, y los bienes consumibles, salvo el caso excepcional contemplado por el artículo 1729 del Código Civil, no pueden ser objeto de comodato, sino de mutuo.

Pero como de todas maneras existirá un desgaste, el inciso 1 el artículo 1738 se encarga de establecer que el deterioro del bien, o incluso la pérdida del mismo, podría producirse, pero el comodatario no debería responder por los mismos si es que ellos proviniesen de su naturaleza o del uso ordinario del bien.

Un ejemplo de pérdida del bien dado en comodato sería aquél en el cual el bien prestado fuera un perro guardián, el mismo que durante la vigencia del comodato muriera por causas naturales. Es evidente que en este caso el comodatario no debería responder en absoluto en relación al comodante.

Por otra parte, podríamos citar un ejemplo de deterioro del bien dado en comodato, que provenga del uso ordinario del bien. Sería el caso del comodante que presta al comodatario un libro de texto de Derecho para ser usado a lo largo de todo un semestre académico en la universidad. Es obvio que el uso de un libro implicará el desgaste del mismo, por más cuidado que se tenga, y mientras dicho uso haya sido adecuado a las circunstancias, el comodatario no debería resarcir al comodante el eventual deterioro.

Dentro de tal orden de ideas, es que el inciso 1 del artículo 1738 exonera de responsabilidad al comodatario cuando la pérdida o deterioro del bien no provengan de su naturaleza o del uso ordinario.

Deberá entenderse, entonces, que el comodatario sí responde de la pérdida o deterioro del bien que escapen a dichas consideraciones y que obedezcan a culpa suya.

Pensamos que a este respecto resulta de plena aplicación lo dispuesto en materia de Teoría del Riesgo por el artículo 1138 del Código Civil, teniendo como principio rector el *periculum est debitoris*, cuando el bien se pierda o deteriore sin culpa de las partes o por culpa del deudor; en tanto regirá el *periculum est creditoris* si el bien se pierde o deteriora por culpa del acreedor.<sup>2</sup>

---

<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

## **2. *Dar adecuado empleo al bien***

El comodatario también se encuentra obligado a emplear el bien en el uso establecido en el pacto, o a falta de éste, por la naturaleza de aquél, siendo responsable del deterioro o pérdida provenientes del abuso (artículos 1243, segunda parte, del Código Civil de 1836; artículo 1835, inciso 2, del Código Civil de 1852; y artículo 1595, inciso 2, del Código Civil de 1936). El Código Civil de 1984 agrega a la costumbre (artículo 1738, inciso 2).

En virtud a lo establecido por el artículo 1738, inciso 2 del Código Civil, es obligación del comodatario 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 proveniente del abuso.

Debemos considerar que en primer término el inciso bajo comentario establece que el bien se deba emplear para el uso convenido en el contrato. Y esta situación será la que en la práctica se presentará con mayor frecuencia, ya que comodante y comodatario por lo general establecerán para qué se presta el bien, sea explícita o implícitamente.

Sin embargo, debemos convenir en que dentro de la idea de pacto implícito a que acabamos de hacer referencia, podría entenderse que en el segundo punto señalado por el propio inciso 2, que consiste que en defecto de pacto contractual sobre el destino del bien, se estará a la naturaleza del mismo. Con esta expresión queda la duda en torno a si el Código civil se está refiriendo a la naturaleza del contrato o a la naturaleza del bien. Pensamos que el tema debe entenderse como una mixtura tanto de la naturaleza del bien como de la naturaleza del contrato, vale decir, que de acuerdo al bien de que se trate y al acto que se celebre no quede la menor duda acerca de cuál es el destino que las partes han convenido para el referido bien en el uso que del mismo hará el comodatario.

En tercer lugar, de acuerdo a lo establecido en el inciso 2 del artículo 1738, más allá de la naturaleza del bien y del contrato, deberá tenerse en cuenta a la costumbre.

Resulta evidente que el tema de la costumbre se encuentra indisolublemente ligado con la naturaleza del bien y del contrato que se celebre. Podría decirse que cuando la ley hace referencia a la costumbre está haciendo alusión al destino que habitualmente se da a bienes similares en contratos de préstamos gratuitos similares.

En tal sentido, de acuerdo a los tres criterios planteados por la ley, resultaría prácticamente imposible que al entregarse un bien en comodato, las partes desconozcan cuál es la finalidad para la cual se ha prestado.

Finalmente, debemos hacer referencia a lo dispuesto en la última parte del

inciso bajo comentario, cuando hace responsable al comodatario del deterioro o pérdida provenientes del abuso.

Entendemos que el abuso al que hace referencia la norma citada no tiene relación con los deberes de diligencia y cuidado en la custodia y conservación del bien, contenidos en el inciso 1 del precepto, ya que del mismo se deduce que si actuara de una manera distinta, debería indemnizar al comodante por los daños y perjuicios causados, tal como lo hemos expresado oportunamente.

Consideramos, en tal sentido, que la parte final del inciso 2 no se relaciona con el inciso 1, pues si así fuese resultaría redundante.

Creemos que la responsabilidad a la que hace referencia el inciso 2 en torno al deterioro o pérdida del bien, se relaciona directamente con el empleo que se haga del mismo para un uso distinto al pactado o al que impongan la naturaleza del bien, la naturaleza del contrato y la costumbre.

En otras palabras, estimamos que cuando el comodatario dé un uso diferente al bien prestado estaría abusando de su condición de poseedor del bien y debería responder por todos los daños y perjuicios que sufra dicho bien, ya sea a modo de pérdida o deterioro, salvo aquéllos que hubiesen sido ocasionados por culpa del comodante.

Dicho en otros términos, si el comodatario otorgara al bien un destino distinto al debido, responderá por la pérdida o deterioro ocasionados, ya sea que éstos obedezcan a culpa leve, culpa inexcusable o dolo del comodatario, o incluso si dichos daños y perjuicios obedecieran a caso fortuito, fuerza mayor o si se hubiesen producido a pesar de que el comodatario actuó con la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias con respecto al bien (argumento de los artículos 1314 y 1315 del Código Civil).

### **3. *Permitir la inspección del bien***

El Código Civil de 1984 introdujo una nueva obligación, cual es la de permitir que el comodante "inspeccione el bien para establecer su estado de uso y conservación" (inciso 3 del artículo 1378). Con este dispositivo el comodante podrá, en caso de comprobar que existen peligros de deterioro o pérdida del bien en posesión del comodatario, hacer efectivo su derecho a solicitar la devolución antes de cumplido el plazo o de haber servido al uso del comodatario.

Conforme a lo establecido por el inciso 3 del artículo 1738 del Código Civil, el comodatario está obligado a permitir que el comodante inspeccione el bien para establecer su estado de uso y conservación.

La finalidad de este precepto radica en que a través del contrato de comodato, el comodante deja de ser poseedor inmediato del bien, convirtiéndose sólo en poseedor mediato del mismo.

En tal virtud, al no tener un contacto directo con el bien dado en comodato, desconocerá cuál sea el uso, desgaste y situación real del mismo.

La única forma que tendrá para conocer esta situación es inspeccionarlo.

A diferencia de lo que ocurre en los contratos de arrendamiento, resulta inusual que en los contratos de comodato las partes establezcan minuciosamente la manera cómo se ejercerá el derecho de inspección del bien por parte del comodante.

A pesar de no establecerse en el inciso 3 del artículo 1738 un plazo previo para avisar acerca de la futura inspección del bien (como ocurre en el caso del contrato de arrendamiento en donde el inciso 5 del artículo 1681 establece un previo aviso de siete días), entendemos que los deberes de lealtad y de buena fe en la ejecución de los contratos impondrían al comodante el deber de avisar con antelación que va a realizar la inspección del bien prestado; ello, dentro de un plazo razonable y con la finalidad de no causar mayores molestias al comodatario en el uso del bien, ya que en principio es él quien tiene derecho a utilizar dicho bien con carácter exclusivo; y, como resulta evidente, el comodante no tendrá derecho o prerrogativas para interponerse en el libre uso del bien que desee hacer el comodatario.

De allí la necesidad del aviso previo.

Ahora bien, a diferencia de lo dispuesto en materia de arrendamiento, el inciso 3 del artículo 1738 no establece que dicha inspección deba realizarse por causa justificada.

Sin embargo, nos preguntamos si esa ausencia legislativa podría llevar al abuso.

Resulta evidente que la respuesta negativa se impone, ya que toda causa injustificada representará, precisamente, un abuso de derecho del comodante en perjuicio del comodatario.

Debe entenderse, la existencia de una razón por la cual el comodante desee inspeccionar el bien y no se haga dicha inspección por un mero capricho o, incluso, de manera que lo que se busque sea, como hemos mencionado, el abuso del derecho.

Sin embargo, debemos admitir que el tema se presta a interpretaciones ambiguas, por tratarse de un aspecto de carácter subjetivo, en donde jugarán tanto los intereses del comodante como los del comodatario.

Dentro de tal orden de ideas, asumimos que esta situación deberá apreciarse con el mayor criterio de ponderación, conducente a hacer valer los derechos del comodante en resguardo de la integridad del bien dado en comodato, pero también

deberá asumirse dicho ejercicio del derecho, con el más absoluto respecto del contrato, es decir, de los intereses del comodatario de utilizar tranquila y pacíficamente el bien prestado durante el plazo convenido.

Sin embargo, debemos admitir que la situación del comodante le otorga mayores prerrogativas que la situación del arrendador, ya que el comodante se encuentra realizando un acto de liberalidad, al haber celebrado un contrato a título gratuito, en tanto el arrendador va a recibir una renta a cambio del uso del bien materia de su contrato.

En tal sentido, podría decirse que dada esta especial situación, las prerrogativas que a este respecto tiene el comodante deben entenderse como más amplias que aquéllas de las que goza el arrendador.

Pero no obstante todo lo indicado, debemos puntualizar que el abuso del ejercicio de la facultad establecida por el artículo 1738, inciso 3, podría otorgar al comodatario la facultad para negarse a que el comodante proceda a efectuar dicha inspección e incluso a resolver el contrato, con independencia de la indemnización que por daños y perjuicios le pudiera corresponder.

#### **4. *Pagar los gastos ordinarios de conservación***

Es obligación del comodatario pagar los gastos ordinarios que exijan la conservación y uso del bien. El Código Civil de 1836 no tuvo una norma expresa, pero esta obligación podía ser deducida de la obligación general de conservación, consignada en el artículo 1243; en el Proyecto De Vidaurre (artículo 10); en el Código Civil de 1852 (artículo 1835, inciso 3); en el artículo 1595, inciso 3, del Código Civil de 1936; y en el artículo 1738, inciso 4, del Código Civil de 1984.

De conformidad a lo dispuesto por el inciso 4 del artículo 1738 del Código Civil, el comodatario está obligado a pagar los gastos ordinarios indispensables que exija la conservación y uso del bien.

Este precepto resulta absolutamente complementario a lo establecido por el inciso 4 del artículo 1735 en torno a la obligación del comodante de pagar los gastos extraordinarios que hubiese hecho el comodatario para la conservación del bien. En tal sentido, remitimos al lector a lo allí señalado, pues en dicho punto abordamos conjuntamente la materia prevista en el inciso 4 del artículo 1738.

#### **5. *Devolver el bien al comodante***

El comodatario está obligado a la devolución del bien en el plazo estipulado, o, a falta de pacto, después del uso para el que fue entregado. El Código Civil de 1836 no tenía una norma expresa, pero se podía inferir de la responsabilidad que sobre la pérdida del bien adquiriría el comodatario cuando lo usaba por más tiempo del debido (artículo 1244); pudiéndose citar al artículo 1835, inciso 4, del Código Civil de 1852; en tanto que en el Proyecto De Vidaurre se deduce de los artículos 11

y 12; así como el numeral 1595, inciso 4, del Código Civil de 1936; y en el artículo 1738, inciso 5, del Código Civil de 1984.

El inciso 5 del artículo 1738 establece que es obligación del comodatario devolver el bien en el plazo estipulado o, en su defecto, después del uso para el que fue dado en comodato.

Es evidente, y así lo venimos señalando desde que comenzamos el tratamiento de este contrato, que el comodatario asume la obligación de devolver al comodante el bien materia del contrato, y que dicha devolución deberá realizarse tratando de resguardar de la manera más fidedigna posible los principios de identidad e integridad del pago, teniendo en cuenta que pudiera existir un deterioro natural del bien, proveniente de su naturaleza o del uso ordinario del mismo (argumento del inciso 1 del artículo 1738 del Código Civil).

Dicha devolución, conforme a lo expuesto en el concepto del contrato de comodato (artículo 1728), deberá efectuarse en el plazo estipulado o, en su defecto, después de haber sido usado el bien por parte del comodatario; en ambos casos, con los alcances y salvedades que mencionamos oportunamente.

#### **DOCTRINA**

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*. Primera Parte, Tomo II, Biblioteca Para leer el Código Civil. Volumen XVI, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Tomo I, Madrid: Espasa Calpe S.A., 1984.