


LA PRETENDIDA “REALIDAD” DEL COMODATO
THE SO-CALLED “REALITY” OF THE COMODATO

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2264-2295



Isabel J.
RABANETE
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de septiembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: La trascendencia de incluir el comodato entre los contratos reales o los consensuales es ineludible, pues de ello dependerá la determinación del momento en el cual el contrato se perfecciona y la fijación, por tanto, del momento a partir del cual puede exigirse el cumplimiento de las obligaciones de las partes.

PALABRAS CLAVE: Comodato; causa del contrato; gratuidad; onerosidad; realidad.

ABSTRACT: *The importance of including the comodato among the actual or consensual contracts is inescapable, since it will depend on the determination of the moment in which the contract is perfected and the determination, therefore, of the moment from which the performance of the obligations of the parties can be demanded.*

KEY WORDS: *Commodatum, cause of the contract; gratuity; onerosness; commodatum reality.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA CATEGORÍA DE LOS CONTRATOS REALES: ANTECEDENTES HISTÓRICOS.- III. LA TESIS TRADICIONAL: INTENTOS DE JUSTIFICACIÓN DE LA “CATEGORÍA DE LOS CONTRATOS REALES”.- 1. El principio nisi re tradita ulla obligatio de re reddenda contrahi non potest como justificación de la categoría.- 2. El precontrato de contrato real.- 3. El acuerdo consensual de contrato real configurado como contrato consensual atípico.- 4. La gratuidad como fundamento de la “categoría de los contratos reales”.- IV. LA FUNCIÓN DE LA ENTREGA EN LOS LLAMADOS “CONTRATOS REALES”.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Puede parecer obvio que el primer problema que se plantee en una indagación como esta sea precisar y delinear la naturaleza jurídica del contrato de comodato. En concreto, considero de interés esclarecer cuáles deban ser las observaciones a tener en cuenta para configurar el comodato como un contrato real o consensual, ello por la importancia que reviste en cuanto a los efectos que puede producir. La transcendencia de incluir el comodato entre los contratos reales o los consensuales es ineludible, pues de ello dependerá la determinación del momento en el cual el contrato se perfecciona y la fijación, por tanto, del momento a partir del cual puede exigirse el cumplimiento de las obligaciones de las partes.

Admitir la configuración consensual del comodato, supone incluirlo en la categoría de los contratos que se perfeccionan por el libre consentimiento de las partes, de forma que es este el momento a partir del cual el contrato desplegará todos sus efectos obligatorios y reales¹, pudiendo exigirse el cumplimiento de las prestaciones de las partes.

Sin embargo, no es esta la opinión más generalizada, sino al contrario. La mayoría de la doctrina² defiende la necesidad de la entrega de la cosa objeto del

1 Es decir, traslativos del derecho de que se trate.

2 Son muchos los autores que integran la llamada “doctrina tradicional”, en tanto que admiten la realidad de los contratos de comodato, mutuo, depósito y prenda. Entre ellos podemos destacar a POTHIER, R. J.: “Traté du prêt à usage”, en *Oeuvres*. T. XIII, Bruselas, 1831, p. 4. DOMAT, M.: *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, T. I, París, 1777, pp. 107-108. TROPLONG: “Du prêt à usage ou commodat”, en *Commentaire Du prêt, du depot, du séquestre et des contrats aléatoires*, Bruselas, 1845, p. 79. LAURENT, F.: *Principes de Droit civil français*, T. XXVI, París, 1893, p. 460. AUBRY ET RAU: *Cours de droit civil français*, T. VI, 5ª edición, París, 1920, p. 96. HUC, T.: “Du prêt à usage ou commodat”, en *Commentaire Théorique et pratique du Code civil*, T. XI, París, 1898, p. 204. PLANIOL, M - RIPERT, G.: *Traité élémentaire de Droit civil*. T. XII, París, 1926, p. 697. LOCRÉ: *Législation civile, commerciale et criminelle ou commentaire et complément des codes français*, Bruselas, 1936, p. 270. FUZIER-HERMAN: “Du Prêt”, en *Code civil annoté*, T. VI, París, 1949, p. 454. También la doctrina italiana, en su mayoría, pero con excepciones, opinan que el comodato es un contrato real, entre otros, podemos citar a BORSARI, L.: *Del comodato*, en *Commentario del codice civile italiano*, s/f, pp. 95 ss. DE TILLA, M.: “Il Diritto Immobiliare”, en *Trattato sistematico di giurisprudenza ragionata*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 675. MICCIO, R.: *Dei singoli contratti e delle altre fondi delle obbligazioni*, Torino, 1959, pp. 65

• Isabel J. Rabanete Martínez

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Mercantil en la Universitat de València. Correo electrónico: isabel.rabanete@uv.es

contrato para la perfección del mismo, de modo que solamente en el momento de la entrega se entenderían nacidas las obligaciones de las partes, incluyendo el comodato en la categoría de los llamados "contratos reales". Esta afirmación concuerda con una ininterrumpida tradición histórica que ha negado siempre la eficacia jurídica vinculante del mero consenso entre las partes, aferrándose a lo que se ha dado en llamar "la categoría jurídica de los contratos reales", en muchas ocasiones resucitando los antiguos parámetros que marcó el Derecho romano en atención a este tipo contractual.

Es cierto que en el Derecho romano el comodato, junto al mutuo, depósito y prenda, se incluía en la llamada "categoría de los contratos reales". Sin embargo, esta clasificación ha perdido en el derecho moderno gran parte de su valor³ si tenemos en cuenta que nuestro Código Civil proclama, en sus arts. 1254⁴ y 1258, la consensualidad de los contratos como norma general que rige nuestro ordenamiento, de forma que el consentimiento actuaría como factor desencadenante de la eficacia del contrato.

ss. DE RUGGIERO, R.: *Instituciones de derecho civil*, traducción de la 4ª edición italiana por SERRANO SUÑER y SANTACRUZ TEJERO, T. II, Vol. 1º, Madrid, 1977, p. 440. LUMINOSO, A.: "I contratti tipici e atipici", en *Tratatto de diritto privato* (coord. GIOVANNI IUDICA y PAOLO ZATTI), 1995, p. 644. GIAMPICCOLO, G.: "Comodato e mutuo", en *Trattato di diritto civile*, Milano, 1972, p. 4. TETI, R.: "Voz Comodato", *Digesto delle discipline privatistiche*, Vol. III, Torino, 1988. CARRESI, F.: "Il Comodato come rapporto di cortesia", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1949; ID. "Il Comodato", en *Trattato di Diritto Civile Italiano*, diretto da Vassalli, Vol. VIII, 2, Torino, 1957, p. 14 ss. NATOLI, U.: *I Contratti reali*, Giuffrè, Milano, 1975, pp. 17 ss.

En nuestra doctrina son muchos los autores que entienden que subsiste la categoría de los contratos reales. En este sentido, entre otros, ROMERO GIRÓN, V. y GARCÍA MORENO, A.: "Textos y comentarios al Código Civil", en *Colección de las instituciones jurídicas y políticas de los pueblos modernos*. T XIII. Madrid, 1889, pp. 45 ss. VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho Civil Español*, T. III., Valladolid, 1920, p. 451, SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil*. T. IV, Madrid 1899, p. 836 ss., CLEMENTE DE DIEGO, C.: *Instituciones de Derecho Civil Español*, T. II, Madrid, 1930, pp. 262 ss. GUTIÉRREZ, B.: *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español*. T. V. Madrid 1.878. MANRESA Y NAVARRO, J. M^º: *Comentarios al Código Civil Español*, T. XI, Madrid, 1972. OSSORIO MORALES, J.: "Notas para una teoría general del contrato", *Revista de Derecho Privado*, T. XLIX, enero - diciembre 1965, Madrid; y también en *Lecciones de Derecho civil*, Granada, 1956, p. 215 ss., entiende que "los contratos reales que eran en el Derecho romano, el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda, siguen siéndolo hoy". En la misma línea de pensamiento podemos citar, entre otros, a MARTÍNEZ RUIZ, A.: "El Código civil interpretado por el Tribunal Supremo", T. X, Madrid, 1908, p. 249. MORO LEDESMA, S.: "El precontrato", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1934.

3 DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Vol. I, Madrid, 1996, p. 139.

4 Establece el art. 1254 CC que: "el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otro y otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio". Este precepto debe ponerse en relación con el art. 1258 del mismo cuerpo legal, que establece que "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley", en cuanto ambos se ocupan de la perfección de los contratos.

Corroborando lo anterior, la STS 9 febrero 1977 (JC 1977, 41) dijo que "los arts. 1254 y 1258 vienen a consagrar el principio, ya establecido de forma firme en el Ordenamiento de Alcalá, de que de cualquier forma que una persona quiera quedar obligada, queda obligada. Los mencionados preceptos - añade la sentencia - establecen el momento de perfección de los contratos".

Por lo tanto, debemos entender, con ROCA GUILLAMÓN, J.: *Comentarios al código civil y compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, T XVII, Vol. I-A, Edersa, Madrid, 1993, (comentario al artículo 1258 del CC), p. 440, que "estos preceptos se aplican a todo tipo de contratos, sean típicos o atípicos, pues, aunque la naturaleza del contrato pueda coincidir o no con un tipo determinado contractual, no por ello dejarían de producirse las consecuencias del art. 1.258".

Así, si tenemos en cuenta que afirmar la realidad del comodato implica: por una parte, negar la existencia del contrato hasta la entrega de la cosa, así como negar la posibilidad de cualquier actuación coercitiva contra el comodante para que efectúe el préstamo; y, por otra parte, obviar la regla general de consensualidad que rige nuestro sistema contractual; resulta complicado, por tanto, defender la realidad de determinados contratos.

Al objeto de este estudio, considero de interés realizar una breve referencia acerca de cuáles son y han sido las teorías seguidas por nuestra doctrina para defender esta categoría contractual. Para ello es imprescindible estudiar el proceso histórico del instituto, esto es, como nació y como fue en el derecho romano. Así, como también, será preciso detallar cuáles han sido las causas que me han llevado a declarar la insuficiencia de las tesis que defienden la supervivencia de la categoría de los contratos reales.

II. PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA CATEGORÍA DE LOS CONTRATOS REALES: ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

La categoría de los contratos reales es consecuencia de un proceso que culminó en el derecho justinianeo. El origen más remoto del comodato no se encuentra en la esfera de lo jurídico, sino más bien en la esfera de lo social, donde imperaban las leyes de la moral, basadas en un sentimiento de amistad y confianza⁵.

En la primera época romana, el comodato es entendido como una relación de favor y cortesía en la polis, y como un negocio de la praxis social, cuya función económico-social era la de consentir el préstamo de uso gratuito normalmente entre personas vinculadas por relaciones de amistad. Así, la terminología del comodato debe su origen a una esfera de relaciones que se desenvolvían en el terreno meramente social y familiar, bajo un clima de absoluta libertad, sin intervención alguna del derecho⁶.

5 FERRINI, C.: "Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano", *Archivio giuridico*, Pisa, 1894, pp. 480 ss.

6 En este sentido, SANTARELLI, U.: *Commodo utentis datum*, Milano, 1972, pp. 5-7, al tratar los orígenes del comodato afirma que "el ordenamiento romano, en un principio, se desvinculó de este tipo contractual, por ser este un negocio que se perfilaba en el ámbito social, sin transcendencia alguna jurídica, pues era gobernado por las reglas de la amistad y la cortesía".

El commodatum, a pesar de no ser un negocio regulado todavía por el derecho, estaba perfectamente perfilado y asumido en la sociedad romana. De hecho, los romanos utilizaban términos distintos según se tratara del préstamo de bienes muebles o de bienes inmuebles.

PASTORI, F.: *Il comodato nel diritto romano*, Milano, 1954, pp. 9 ss., estudia las diferencias que se establecían entre el término *utendum dare*, que era aquel que utilizaban para designar al préstamo de muebles y que se empleaba cuando querían dar relevancia al elemento del uso, y el término *commodare*, que era el utilizado para nombrar aquéllos en los que la causa primordial por la que conferían el préstamo era la amistad y la benevolencia, y querían, por este motivo, resaltar el elemento de gratuidad que imperaba en el negocio. Normalmente, el término *commodare* era utilizado para referirse al préstamo de bienes muebles, pues era éste el más usual en la época romana.

Las fuentes literarias republicanas hablan del comodato sin particular referencia a su encuadre jurídico, y tampoco las fuentes jurídicas preclásicas parecen dar una solución jurídica a este instituto⁷. Será en la época clásica cuando aparecerá el comodato, junto al mutuo y la prenda, entre las causas de crédito no contractuales. No se trataba, por tanto, de contratos, sino de causas de una acción crediticia⁸, de "actos" donde el Pretor debía juzgar si el demandado debía tal cantidad o tal cosa al demandante.

Por consiguiente, el contrato real es un novum genus, totalmente extraño a la jurisprudencia romana clásica⁹, que tan solo distinguió entre creditum, siguiendo la rúbrica del pretor. Será más tarde cuando Gayo, aprovechando la tripartición de las causas del creditum, estableció una distinción entre obligaciones, según hubieran sido contraídas re, verbis, litteris o consensu; forjó un tipo de obligación sobre la base del mutuo, las obligatio re contracta, considerando que tal obligación se contraía con la entrega de la cosa¹⁰. De esta suerte, y aunque Gayo no había nombrado al comodato entre las obligaciones que se contraían con la datio¹¹, en la época postclásica y bizantina se incluyó al comodato entre los llamados "contratos reales"¹².

La teoría de la realidad de estos contratos no murió con el derecho romano, sino que fueron los glosadores y postglosadores los que se encargaron de reproducir la división gayana de los contratos, según que estos se concluyeran re, verbis, litteris o consensu¹³.

7 SEGRE, G.: *Di buona fede di commodato e di pegno*, Napoli, 1906, pp. 6-7.

8 En el derecho romano clásico había dos tipos de actos que engendraban obligatio: los que daban lugar a una acción crediticia que eran actos; y aquellos otros negocios que engendraban acciones bilaterales o acciones *in factum*, que eran propiamente *contractus*. Entre las acciones crediticias, se distinguieron tres causas; pecunia data; pecunia stipulata; y pecunia expensa lata. Así, la tripartición clásica de las causas del creditum eran datio, stipulatio y espensatio.

El comodato y la prenda, en esta época "no tuvieron más que una acción pretoria, similar a la *condictio*, por lo que en ningún momento se consideraron *contractus*" El comodato se encontraba entre las causas del creditum que eran considerados "actos", pero no eran en sentido estricto "contratos". El acreedor pignoraticio y el comodatario eran, por lo tanto, deudores crediticios (D'ORS, A.: *Epigrafía jurídica romana*, Madrid, 1953, pp. 437-438. Id.: "Apostillas sobre la formación histórica de los tipos contractuales romanos", *Revista de Derecho Notarial*, núms. XXV-XXVI, Madrid, 1959).

9 JORDANO BAREA, J.B.: "La categoría de los contratos reales", Barcelona, 1958, p. 21.

10 Afirma, BALLARÍN HERNÁNDEZ, R.: *El cobro de lo indebido. Perfiles institucionales y eficacia traslativa*, Madrid, 1985, pp. 135-136 que como consecuencia de la construcción gayana aparecieron los contratos reales, que precisaban de la presencia de la entrega, no como efecto obligatorio del contrato, sino al contrario, como fundamento del mismo. "No se trataba - añade el autor - de una entrega *solvendí causa*, sino de una entrega *contrahendi vel obligandi causa*". Así, "la contractualización de esta especie se mantiene a base de interpretar la entrega como expresión del consentimiento. Es en el consentimiento, en su eficacia tasada y en su inspiración intencional, donde había que investigar el alcance transmisivo de tal conducta de entrega".

11 SCHERILLO, G.: "Voz Comodato" (diritto romano), *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1960.

12 D, 44, 7, 1.

13 BESTA, E.: *Le obbligazioni nella Storia del Diritto italiano*, Padua, 1936, p. 79, explica cómo los glosadores insistieron en la vieja distinción romana de los contratos. Pero, admite que algunos juristas de esta época dudaron de la existencia de la categoría de los contratos reales, aunque no fue más allá que una simple duda, admitiéndose una vez más la necesidad de entrega en los contratos de comodato, mutuo, depósito y prenda.

Los juristas del derecho intermedio, debido a la enorme influencia del Corpus iuris civilis, considerado como el texto legal por excelencia, ni siquiera pusieron en duda la categoría de los contratos reales. Al contrario, siguieron manifestando que la entrega de la cosa era elemento integrador del consentimiento y esencial para la formación de los contratos conocidos con el nombre de reales¹⁴. Todos ellos sostenían que el mero consentimiento no bastaba para dar vida al contrato.

Con la Escuela del derecho natural se planteará por primera vez el problema de la formación de los contratos reales. Los juristas de esta Escuela reconocieron el principio general de que bastaba el simple consentimiento de las partes para dar vida al contrato. Apoyándose en este principio comenzaron a plantearse la posibilidad de que también los contratos llamados reales pudieran perfeccionarse por el solo consentimiento. No obstante, y pese al principio consensualista admitido por esta Escuela, sus juristas entendieron que la relación jurídica que nace del acuerdo de las partes (formado por el simple consentimiento) no es un comodato, sino un simple pactum de commodando¹⁵. La diferencia estriba en que por el comodato el comodatario queda obligado a restituir la cosa, mientras que por el pactum de commodando el promitente está obligado a prestar a otro el uso de la cosa¹⁶.

La problemática planteada ya en la Escuela del derecho natural sobre la admisión de la categoría de los contratos reales y la imposición del principio consensualista como regla general que debía regir toda relación jurídica, se puso de relieve en el derecho histórico español¹⁷. Así, la Ley única del Título XVI del Ordenamiento de Alcalá, declaraba que “pareciendo que se quiso un ome obligar à otro por promision, ò per algund contracto ò en alguna otra manera, sea tenuto de aquellos à quienes se obligò, è non pueda ser puesta excepcion que non fue fecha estipulacion, que quiere decir: prometimiento con ciertas solepnidades del

14 PASTORI, F.: cit., pp. 23 ss.

15 BARTOLUS A SAXOFERRATO: *Iuris gentium. De pactis*, pr., afirma que el *pactum de commodando* no puede entenderse como *contractus nominatus*. El mero consenso no equivale al comodato en su figura típica... es la entrega de la cosa comodada la que hace nacer el comodato. cit. por SANTARELLI, U.: *Commodo utentis datum*, cit., p. 92.

16 HEINECCIO: *Operum ad universam iurisprudentiam*, T.VIII, Nápoles, 1775, Cap. XIII, n° 342. cit. por JORDANO BAREA, J. B.: cit., p. 29.

17 Los llamados “contratos reales” no tuvieron especial regulación en las legislaciones anteriores a la Partidas. Así, en el Fuero Juzgo el contrato de comodato aparece confundido con el mutuo y el depósito, regulándose en el Tit. V, lib. V. Con más exactitud lo regula el Fuero Real en su Tit. XVI, lib. III, y en algunos fueros municipales se desdibuja esta figura, aunque la nota general de estos es que omitan su regulación, no precisamente porque el comodato fuese desconocido, sino que debió quedar su regulación a las normas consuetudinarias, pues como bien dice GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: cit., p. 203, “no es verosímil que las familias se privasen de este recurso, porque ninguna se basta a sí misma y el hombre más abundoso ha de necesitar alguna vez tomar prestadas las cosas de su vecino”. Vid. en este sentido y con referencia al comodato el apartado “la gratuidad como elemento esencial del contrato de comodato. Antecedentes históricos”. Encontramos la primera nota del principio general de consensualidad en la Partida V, Tit. XI, Ley 1ª, que declara “promision es otorgamiento que fazen los omes unos con otros: por palabras: e con intención de obligarse, auiniendose sobre alguna cosa cierta, que deuen dar, o fazer unos a otros. E tiene gran pro, a las gentes quando es fecha derechamente e con razon. Ca assegaran los omes los unos a los otros, lo que prometen e son tenudos de lo guardar...”.

derecho; ò que fue fecha la obligacion del contracto entre absentes; ò que fue fecha à Escribano publico, ò à otra persona privada en nombre de otro entre absentes; ò que se obligò uno de dar, ò de façer alguna cosa à otro; mas que sea valedera la obligacion ò el contracto que fueren fechos en qualquier manera que parea que alguno se quiso obligar à otro, è façer contracto con el"¹⁸. De este modo se rompía con la cuatripartición romana de los contratos reales, y se establecía la consensualidad como principio general de perfección de los contratos.

Sin embargo, la categoría de los contratos reales no fue olvidada por los juristas europeos, sino que se consagró en la codificación civil europea a través de la influencia que las doctrinas de DOMAT y POTHIER ejercerán en el Code Napoléon, prototipo de la mayor parte de los Códigos europeos y americanos. Así, y fieles a la tradición romanista, estos autores defenderán la realidad de los contratos de mutuo, comodato, depósito y prenda, sentando su tesis sobre la base de que nadie puede quedar obligado a restituir lo que todavía no ha recibido. Así, POTHIER¹⁹, en su estudio sobre el préstamo de uso, afirma que no se puede concebir un contrato de préstamo de uso si la cosa no ha sido entregada a quien se le concede el uso; la obligación de devolver la cosa, que es esencial en este contrato, no podría nacer antes de que la cosa haya sido recibida.

La mayoría de los autores franceses de la época decidieron seguir fielmente las consideraciones recogidas por POTHIER y DOMAT, lo que produjo una conciencia, casi unánime, de la subsistencia de la categoría de los contratos reales. Ambos autores no intentan siquiera combatir la categoría romano-justiniana de los contratos reales, sino que incluso tratan de justificar racionalmente por qué se requiere la entrega de la cosa para la perfección de estos contratos²⁰.

De esta suerte, esta ininterrumpida tradición romana, salvada por las doctrinas de estos ilustres juristas, llega al Code francés de 1804. Así, y a pesar de las aisladas voces que pretendieron defender la consensualidad de los contratos de comodato, mutuo, prenda y depósito²¹, la categoría de los contratos reales se impuso en la

18 Así mismo, idéntico principio se recogió en la Novissima Recopilación en la Ley I, Tít. I, lib. X.

19 POTHIER, R. J.: cit., p. 4. En este mismo sentido, y con anterioridad, DOMAT, M.: cit., p. 107, había definido el comodato como "una convención por la cual uno da a otro una cosa a fin de que se sirva de ella para determinado uso", añadiendo que "el comodato es de las convenciones en que uno se obliga a devolver una cosa; por ello mismo no se contrae obligación hasta que haya habido entrega". Así pues, la mayoría de la doctrina francesa, siguiendo la teoría impuesta por POTHIER y DOMAT, opinan que el comodato debe incluirse en la categoría de los contratos reales, reafirmando que el préstamo de uso o comodato solamente existe desde que se entrega la cosa prestada, y entendiendo que antes de esta entrega solamente podrá estimarse la existencia de una promesa de comodato, válida como contrato consensual. Siguen esta línea de pensamiento, entre otros, PLANIOL, M - RIPERT, G.: *Traité élémentaire*, cit., p. 697, LAURENT, F.: cit., p. 345.

20 JORDANO BAREA, J. B.: cit., p. 30 ss.

21 TOULLIER: *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, T. IX, Bruselas, 1833, n° 17, fue el primero que intentó justificar la abolición de la categoría de los contratos reales. En el mismo sentido, DUVERGIER: "Le prêt a usage", en *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, T. XXI, París, 1843, n° 25, opina que la categoría de los contratos reales hoy día no tiene utilidad en la práctica. Conviene decir que nuestra legislación sobre los

legislación francesa, estableciendo el art. 1875 del Code que “el préstamo de uso es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra una cosa para que se sirva de ella”.

En España, sin embargo, el intento de algunos juristas franceses por abolir la categoría romana de los contratos reales fue tomada en consideración. De modo que, en el Proyecto de 1851 se proclamó la consensualidad de todos los contratos, haciendo desaparecer la pretendida naturaleza real de algunas instituciones. Así, el art. 1630²² del Proyecto (inmediato antecedente del actual art. 1740 CC) establecía que el “préstamo es un contrato por el cual una de las partes se obliga a entregar a la otra alguna cosa, de las no fungibles, para que use de ella gratuitamente y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o darle dinero u otra cosa de las fungibles con la condición de volver otro tanto, de la misma especie y calidad, y entonces conserva simplemente el nombre de préstamo”²³.

Entre las observaciones formuladas en la elaboración del Proyecto, GARCÍA GOYENA reafirmó el carácter consensual de estos contratos, y al razonar el art. 978 del Proyecto (fiel reflejo del actual art. 1258 CC), dijo que “por Derecho romano y patrio había otras divisiones, por ejemplo contratos reales y consensuales: éstos eran perfectos, y obligaban por el simple consentimiento de las partes, como la venta desde que se conviene en la cosa y en su precio: aquéllos no, hasta la entrega de la misma cosa; de esta especie eran el préstamo, comodato, depósito, prenda y todos los innominados. Ahora todos los contratos son consensuales, en cuanto todos ellos obligan por el solo consentimiento, lo que no sucedía entre los romanos respecto de los reales, pues sin la entrega de la cosa quedaban en la esfera de los simples pactos o promesas. Pueden, no obstante llamarse reales, en cuanto la obligación principal que nace de ellos, supone necesariamente la entrega de la cosa”.²⁴

contratos está dominada por el gran principio de que el vínculo de derecho se forma por el sólo consenso, y no es posible para nosotros, admitir los contratos reales en el sentido del derecho romano... En primer lugar, - añade el autor - porque nuestro Código civil no reproduce esta calificación que usan todos los autores antiguos, y especialmente Pothier... el silencio, en semejante caso, no puede ser considerado como una simple omisión; sino que eso tiene manifiestamente un carácter de desaprobación, y condena enérgicamente esta calificación.

22 LASSO GAITE: *Crónica de la codificación española*, Codificación civil, T. II, Madrid, 1970.

23 La línea seguida por el Proyecto Isabelino de 1851 no era ni nueva ni reciente, sino que seguía las pautas impuestas por el Ordenamiento de Alcalá, cuya Ley única del Título XVI, a la cual ya hemos hecho referencia anteriormente, establecía la consensualidad como principio general de perfección de los contratos.

24 GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. T. III, Madrid, 1852, p.6. Este pensamiento también había sido expresado por el mismo autor en *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva del Código civil, criminal y administrativo con arreglo en todo a la legislación hoy vigente*, T. III, Madrid, 1842, cuando afirmó que “el contrato es una convención por la que uno o muchos se obligan para con uno o muchos a dar o no dar, a hacer o no hacer ...”

No fue este un pensamiento aislado, sino que fue defendido por otros autores²⁵ de la época que atribuyeron al consentimiento la función de ser elemento indicador del momento de producción de la vinculación contractual (perfección), y ser suficiente para la producción de los efectos queridos por las partes en toda clase de contratos. Así, BONEL Y SÁNCHEZ, al comentar el art. 1258 CC, afirman que "elemento primordial, esencialísimo del contrato, el consentimiento, basta éste para su perfección. No imperando ya el ritualismo romano y las sutilezas de aquel derecho, puede afirmarse que todo contrato es consensual"²⁶.

No obstante, el Proyecto de 1851 fue desechado y el Código civil español de 1889 encuadrando la regulación del comodato dentro del Libro IV del mismo, y sometido a las Disposiciones Generales del Título II, según el cual los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento definió el préstamo en su art. 1740 estableciendo que es el contrato en virtud del cual una de las partes entrega a la otra alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva. De este modo, se reemplazó la expresión "una de las partes se obliga a entregar a otra" por la de "una de las partes entrega a la otra". Este cambio condujo a la doctrina²⁷ a defender la categoría de los contratos reales, estimando que esta no había desaparecido y que seguía vigente en nuestro derecho.

25 Las opiniones de GARCÍA GOYENA fueron defendidas por ilustres juristas que proclamaron la consensualidad de los contratos de comodato, mutuo, prenda y depósito. Entre ellos, se encuentra FALCON, M.: Código Civil Español. T. IV. Madrid, 1889, p. 347, que ratifica la consensualidad de todos los contratos afirmando la imposibilidad jurídica de mantener en la actualidad la categoría romana de los contratos reales. Así, escribe el autor, "una convención en que no media la tradición de las cosas, pero en la que sin embargo estuvieran conformes una parte en ceder ciertas cosas y otra en tomarlas para servirse de ellas, y restituir las mismas u otras equivalentes transcurrido cierto tiempo ¿sería un préstamo perfecto? No lo habría sido en el antiguo imperio romano, donde la validez del pacto dependía de la forma de su constitución; pero lo es en el derecho moderno, que ni es simbólico ni hace depender de formas rituales la validez de los actos civiles. Hoy todos los contratos son consensuales; los llamados contratos reales no se distinguen de los demás sino en que llevan la condición de entregarse las cosas que son materia de prestación en ellos. Si esa entrega no es simultánea a la convención, no por eso la convención deja de existir, cosa que no sucedía en Roma... No se concibe el préstamo, decía el Sr. Gutiérrez, sino en tanto que se haya entregado la cosa; pero menos se concibe, decimos nosotros, si no le precede o acompaña la voluntad de prestar. Cuando esa voluntad o ese consentimiento constan, el préstamo es posible, porque la entrega puede ser decretada y ejecutada por la Autoridad pública. Más si sólo existe tradición de las cosas sin que conste el pacto de prestarlas, el préstamo ni existe ni se puede concebir. Esto demuestra que el contrato de préstamo, como el de venta, como todos los contratos, se formaliza por el consentimiento y se acaba de perfeccionar por la entrega de las cosas, que es su consecuencia natural".

26 BONEL Y SÁNCHEZ: Código Civil Español comentado y concordado con el derecho foral vigente en Cataluña, Aragón, Navarra y demás territorios aforados con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. T. IV, L. IV, Barcelona, 1891, p. 224.

27 Parte de la doctrina entendió que la expresión "una parte entrega a otra" significaba que el legislador había optado por la solución romana de los contratos reales y que por ello se había desechado la teoría innovadora de GARCÍA GOYENA de que todos los contratos son consensuales. Así, DE CASSO Y ROMERO, I.: *Derecho Civil Español*, T. I, Madrid, 1926, p. 285, dijo que "los romanos consideraron el mutuo como contrato real, esto es, se perfeccionaba por la entrega de la cosa, y así lo juzga también nuestro Código civil al decir que una de las partes entrega, no se obliga a entregar". En este mismo sentido, MANRESA Y NAVARRO, J. M^o.: cit., p. 798. SÁNCHEZ ROMÁN: cit., p. 837- 838. MARÍN PÉREZ, P.: "De los contratos de préstamo, comodato y depósito", en *Comentarios al Código Civil Español de Quintus Mucius Scaevola*, T. XXVII, Madrid, 1952, pp. 110-111. CLEMENTE DE DIEGO, C.: cit., p. 262.

III. LA TESIS TRADICIONAL: INTENTOS DE JUSTIFICACIÓN DE LA “CATEGORÍA DE LOS CONTRATOS REALES”.

I. El principio *nisi re tradita ulla obligatio de re reddenda contrahi non potest* como justificación de la categoría.

Así, la doctrina, con apoyo en la interpretación de la expresión “una de las partes entrega a la otra...” del art. 1740 CC como pretendido fundamento de la naturaleza real del contrato de préstamo, ha intentado justificar cuales deban ser los parámetros a seguir para considerar la categoría de los contratos reales subsistente.

La primera razón a la que aluden los que justifican la conservación de la categoría de los contratos reales en el derecho actual, la que podríamos llamar “doctrina tradicional”, e influenciados por la doctrina implantada por POTHIER y DOMAT, consiste en afirmar que la obligación principal surgida de estos contratos es la que tiende a la restitución de la cosa, y puesto que no puede existir una obligación de restituir una cosa que no ha sido recibida²⁸, es necesario que la entrega de la cosa deba formar parte del período formativo del contrato. En este sentido, el carácter real del contrato de comodato significa que su regulación jurídica tiene lugar a partir de un determinado momento, esto es, el de la entrega de la cosa objeto de contrato.

Pero este intento de justificar la realidad del contrato de comodato es, a mi juicio, insuficiente. Si entendemos que la obligación principal de este contrato es la devolución de la cosa, evidentemente no se podrá cumplir dicha obligación sin que previamente se haya entregado²⁹, y con este planteamiento los contratos de préstamo seguirían siendo reales. Pero, no solo serían reales los contratos de mutuo, comodato, depósito y prenda, sino todos aquellos contratos que impliquen la restitución de la cosa³⁰. Es decir, si admitiésemos esta teoría, todos

28 Este principio lo recogió POTHIER de las palabras que DONOLO, (*Opera omnia*, T. III, Lucae, 1767, Lib. XII, caps XII y XIII, cit por JORDANO BAREA, J. B.: cit., p. 93) había ya pronunciado: “Neque enim reddi potest, nisi quae prius accepta fuit... sic fit, ut traditione rei et conventionem de re reddenda intervenientibus, cum alioqui nisi re tradita non posset ulla obligatio de re reddenda contrahi. In his sine dubio re contrahatur obligatio ad eam ipsam praestationem, quam vis nominum his contractibus inditorum indicat”.

29 GONZÁLEZ PALOMINO, J.: “La adjudicación para pago de deudas”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. I, Madrid 1945, pp. 277 ss., defiende la naturaleza consensual del contrato de mutuo. A su juicio, en el derecho civil moderno, donde todos los contratos se perfeccionan *mero consensu*, y desde entonces obligan con todas sus consecuencias, no es exacto atribuir al mutuo carácter real y unilateral. “Evidentemente que la obligación de devolver una cosa no puede surgir sin previa entrega. Antes de la entrega no existe la obligación del mutuuario. ¿Pero y la del mutuante? Cuando CAIO se obliga respecto a TICIO, a prestarle 100 por un año, sin interés, ¿no hay un contrato? Yo creo que sí, y que de él surge directamente la obligación de CAIO respecto de TICIO. La obligación de TICIO de devolver es la que no tiene nacimiento hasta que por CAIO se haya cumplido la suya previa. La primera obligación nace del consentimiento. La segunda sola es la que nace “re”.

30 Al respecto, NATOLI, U.: cit., pp. 21-22, opina que no es fundamento suficiente para mantener la categoría de los contratos reales, el principio de restitución del comodatario como única obligación que surge del contrato, pues hay muchos contratos que son restitutorios y, que, sin embargo, son consensuales. Así,

los contratos restitutorios serían por su naturaleza reales, puesto que la obligación de restituir, característica de los mismos presupone también la entrega. Así, sobre dicha base, el contrato de arrendamiento de cosas sería también un contrato real, en cuanto que el art. 1561 CC impone la obligación al arrendatario de devolver la finca objeto de contrato. Sin embargo, no hay duda de que el arrendamiento es un contrato eminentemente consensual que se perfecciona antes de la entrega³¹.

La imposibilidad lógico-jurídica de fundamentar la primera razón a la que alude la doctrina tradicional para justificar la realidad de estos contratos, que se pone de manifiesto al contraponer el contrato de arrendamiento a los llamados "contratos reales"³², ha llevado a algunos autores, empeñados en mantener la realidad de estos contratos a proclamar, incluso, el carácter real del contrato de arrendamiento, defendiendo su tesis sobre la base de que el arrendamiento no puede ser opuesto al adquirente si el arrendatario no ha recibido la cosa, de forma que la entrega debe ser requisito esencial de la validez del contrato³³, teoría que, según FORCHIELLI, debe ser totalmente descartada, en tanto que el art. 1570 del Codice - dice el autor - "menziona l'obbligo primario del locatore quello di consegnare al conduttore la cosa locata, per essere, direi, matematicamente

afirma, "l'esempio della locazione, che è senza dubbio un contratto consensuale e che implica l'obbligazione di restituire la cosa locata, ne sarebbe la migliore dimostrazione e varrebbe, se non ad altro, a mettere in evidenza la necessità di una spiegazione più convincente".

- 31 Esto, resulta claro en nuestro derecho desde el momento que nuestro Código Civil, en su art. 1543, define el contrato de arrendamiento de cosas como aquél por el cual una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto.
- 32 CARRESI, F.: "Il Comodato", en *Trattato di Diritto Civile*, cit., p. 7, a pesar de admitir la realidad del contrato de comodato, afirma que el argumento que se basa en la restitución como elemento configurador de la realidad del comodato, es un argumento frágil y contiene simplemente una petición de principio. "È fragile - dice el autor - perchè non si può partire, nell'impostazione del fenomeno, dalla restituzione della cosa senza correre il rischio di ridurre la funzione economico sociale di questo contratto ad un'obbligazione la quale graverebbe proprio sul soggetto a cui favor, almeno normalmente, il comodato si stipula. Contiene d'altra parte una petizione di principio perchè, se è incontestabile che non può sorgere un'obbligazione di restituzione a carico del comodatario prima che la cosa gli sia stata consegnata". Tampoco FRAGALI, M.: "Comodato", en *Commentario del Codice Civile, delle Obligazioni*, dirigido por SCIALOJA e BRANCA, Libro IV, Bologna-Roma, 1966, pp. 173-174, admite la teoría de la restitución como razón esencial para afirmar la realidad del contrato de comodato, porque - escribe el autor - "un'obbligazione di restituzione si ha pure in alcuni contratti tipicamente consensuali (locazione, costituzione di dote, anticresi, trasporto ferroviario, ecc.), nei quali la consegna è semplicemente un presupposto di fatto dell'obbligazione predetta e la restituzione si attua *solvendi causa* anzichè *contrahendi causa*,... perchè quella di restituire non è nel comodato, nè la sola obbligazione, nè la principale rispetto allo scopo negoziale che è rappresentato dal godimento". Contra la tesis que entiende la obligación de restituir como la esencia del contrato real, véase también OSTI, G. "Voz contratto", *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1962, p. 464.
- 33 SATTÀ, S.: "Doppia locazione novennale e trascrizione", *Giurisprudenza Italiana*, T. I, Vol. I, 1950. El afán por mantener la categoría de los contratos reales, no solo se ha manifestado en la doctrina italiana proclamando la naturaleza real del contrato de arrendamiento, sino que también nuestra doctrina ha pretendido en alguna ocasión, atribuir carácter real a contratos cuya naturaleza es, sin duda, eminentemente consensual. En este sentido, BERCOVITZ Y RODRIGUEZ-CANO, R. y VALLADARES RASCON, E.: *Comentarios al código civil y compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, T. XVI, v. Iº, Edersa, Madrid, 1991, (comentario al artículo 1175 del Cc), p. 175, entienden que en la cesión de bienes a los acreedores es necesaria la entrega de los mismos para la perfección de la cesión, manteniendo, por tanto, su naturaleza real. Afirma el autor, "por lo que se refiere a la entrega de los bienes, creo yo que es necesaria para la perfección de la cesión, no sólo por razones terminológicas, sino también por razones funcionales. En efecto - añade - sólo cuando el deudor haya entregado la posesión de los bienes y otorgado los poderes irrevocables para su liquidación se podrá entender que los acreedores quedan vinculados a la cesión, con lo que ella implica...".

sicuri che per il nostro ordinamento la consegna è nella locazione esclusivamente solvendi causa e quindi non giova a conferire alla figura alcun attributo di realtà”³⁴.

De lo dicho se desprende que no se puede defender la realidad de ciertos contratos apoyándose en la base de la restitución como obligación principal del contrato, pues no es tal restitución obligación principal³⁵, sino que la obligación de restituir no es más que la mera consecuencia de la temporalidad de las relaciones contractuales³⁶. Es decir, el comodato no es un contrato del cual nazca una sola y única obligación, la de restituir del comodatario, sino que nacen obligaciones para ambas partes, obligaciones que surgen contemporáneamente en el momento de perfeccionarse el contrato, esto es, desde el momento en que se produce el acuerdo de voluntades de las partes. Así, nacen del contrato dos obligaciones simultáneas en el tiempo³⁷, siendo la obligación de restituir del comodatario una obligación condicionada al cumplimiento de la obligación de entregar del comodante³⁸.

En este sentido, JORDANO BAREA afirma que “el acto de la entrega, en todo contrato, no es un elemento perfeccionador del mismo, sino un acto de cumplimiento de lo prometido. Ciertamente que sin entrega, el comodatario, mutuario, depositario o acreedor pignoraticio no podrían ser obligados a restituir; pero esta subordinación de la obligación de restituir al hecho de la entrega se debe entender en un sentido puramente material, no jurídico, siendo tal subordinación característica no exclusiva de los tradicionales contratos reales, sino común a todos los contratos que, por su misma función económica, implican una obligación de restituir (los llamados contratos restitutorios, entre los cuales se encuentran también el arrendamiento, el transporte, la anticresis y, eventualmente, el mandato, que son eminentemente consensuales)”³⁹.

34 FORCHIELLI, P.: cit., pp. 16 ss.

35 Tenía razón GARCÍA GOYENA, F.: cit., p. 6, cuando decía que “la obligación principal que nace de ellos (refiriéndose a los contratos reales) supone necesariamente la entrega de la cosa”.

SÁNCHEZ VELASCO, H.: “Contrato de promesa y promesa de contrato”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. VI, Madrid, 1952, p. 533, entiende que “una cosa es que la obligación de devolver la cosa prestada...no surja hasta que ésta haya sido entregada y otra cosa es que la obligación de entregarla antes de devolverla no haya nacido; los contratos son todos consensuales y dentro de esta categoría hay unos en que las obligaciones nacen para ambas partes en el momento de la perfección, y otros en que nacen sucesivas una de otra, y mientras no se cumpla la primera no nace la segunda, con el cumplimiento de la primera nace la segunda; esto es lo que pasa en los llamados contratos reales, y en algún caso con los consensuales, por ejemplo, el arrendamiento de cosas”.

36 BÖHMER: “Realverträge mi heutigen Recht”, *Arch. F. bürg. Recht*, XXXVIII, 1913, pp. 321 ss., citado por JORDANO BAREA, J.B.: cit., p. 95.

37 ROCA SASTRE, R. M^o: *Estudios de Derecho privado*, Vol. I, Madrid, 1948, pp. 339 ss.

38 GONZÁLEZ PALOMINO, J.: cit., pp. 277-278, al defender la naturaleza consensual del mutuo escribe “creo que si prescindimos de los antecedentes romanos...y de las blasfemias de las Academias, podemos concebir el mutuo como un contrato consensual y bilateral que da nacimiento a dos obligaciones, una pura, a cargo del mutuante; la de dar; otra condicionada a ella; la de devolver”.

39 JORDANO BAREA, J.B.: cit., p. 117.

2. El precontrato de contrato real.

La doctrina tradicional es consciente de que, en la mayoría de los casos, a la entrega de la cosa le precede un acuerdo puramente consensual entre las partes, de forma que siempre atribuye algún relieve jurídico a dicho acuerdo. Por lo tanto, para algunos autores, la entrega no es un requisito de existencia, a falta del cual no surge contrato alguno, sino un requisito de cualidad que caracteriza la presencia de un particular contrato, a falta del cual nace un negocio diverso; según algunos⁴⁰, un contrato preliminar; según otros⁴¹, un contrato consensual atípico correspondiente al contrato real de que se trate.

No son pocos los autores que, siguiendo la teoría defendida por POTHIER⁴², entienden que el acuerdo de voluntades previo a la entrega supone un "precontrato" de contrato real, considerado este como un contrato que asegura la celebración de otro posterior, de forma que su función solamente se cumple obligando a las partes a la celebración de un contrato futuro⁴³.

Así entendido, el precontrato es, según la doctrina dominante, un contrato perfecto, obligatorio, y jurídicamente vinculante⁴⁴, cuya principal característica es la de ser un contrato preparatorio por el que una de las partes, o las dos, se comprometen a celebrar otro contrato en las condiciones que dejan establecidas⁴⁵.

40 Entre otros: MANRESA Y NAVARRO, J. M^o: cit., p. 796 ss. OSSORIO MORALES, J.: *Lecciones de Derecho civil*, Granada, 1956, pp. 215 ss. MORO LEDESMA, S.: cit., pp. 491 ss. POTHIER, R.: cit., p. 4. DOMAT, M.: cit., p. 108. TROPLONG: cit., p. 79. LAURENT, F.: cit., p. 460. DE RUGGIERO, R.: *Instituciones*, cit., p. 440. ROMÁN GARCÍA, A.: *El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencias*, Madrid, 1983, pp. 234-243. ENNERCERUS, L.: "Derecho de obligaciones", en *Tratado de Derecho Civil*, Traducción española, T. II, Vol. 2, Barcelona 1966, p. 401.

41 Vid. MANZINI, C.: "Sui contratti reali a titolo gratuito", en *Contratto e impresa*, Padova, 1989, pp. 972 ss. COVIELLO, L.: "Del contratto estimatorio", *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1893, pp. 379 ss. D'AMICO, G.: "La categoria dei cc.dd. contratti reali atipici", *Rassegna di diritto civile*, Napoli, 1984, pp. 360 ss.

42 POTHIER, R. J.: cit., p. 4, admite la existencia de un precontrato o promesa de contrato, como figura jurídica distinta del contrato de préstamo, cuando las partes han convenido, pero todavía no ha mediado la entrega. Así, dice el autor que "la convention par laquelle je serais convenu avec vous de vous prêter, dans un tel temps, une certain chose, est valable par le seul consentement des parties, cette convention n'est pas le contrat de prêt; c'est seulement une promesse de prêter, qui diffère du contrat du prêt, comme une promesse de vendre diffère du contrat de vente. Le contrat de prêt ne se formera que lorsqu'en exécution de cette promesse, je vous aurai délivré la chose".

43 MORO LEDESMA, S.: "El precontrato", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1934, p. 492, tras admitir que en nuestro sistema rige el principio de consensualidad, concluye afirmando la existencia y utilidad práctica del precontrato en la vida jurídica. Escribe el autor: "el moderno Derecho se presenta dominado por el principio de que todos los contratos se perfeccionan por el consentimiento, y es la Ley la que puede imponer como conditio iuris para la perfección, un acto que racionalmente está en la fase ejecutiva y se realiza en cumplimiento de una obligación preconstituida. Por todo ello entendemos que en tanto subsista, sancionada por las legislaciones, la categoría de los contratos reales, aquel convenio por virtud del cual las partes se obligan a entregarse una cosa determinada y concluir un contrato real, constituirá un verdadero precontrato".

44 CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. IV, Derecho de obligaciones. Madrid, 1985, pp. 339 ss.

45 ROCA SASTRE, R. M^o: *Estudios*, cit., Vol. I, pp. 339 ss., define el precontrato como "un contrato preparatorio, consensual, bilateral y atípico o general, en virtud del cual las partes sientan las líneas básicas de un contrato específico y contraen la obligación de devolverlas o desarrollarlas en lo futuro, a fin de que aquel último quede en definitiva completo y concluso".

También la jurisprudencia se ha pronunciado en varias ocasiones acerca de la naturaleza del precontrato diciendo que se trata de “un verdadero contrato, un contrato consensual no regulado, esto es, atípico, cuyo objeto es un facere, y precisamente la formación de un contrato obligatorio, un *contrahere futuro*, teniendo como característica, que la conclusión del contrato definitivo extingue a un tiempo la obligación que nace del contrato preliminar y crea una nueva... El fin del contrato preliminar es una mayor seguridad del contrato futuro, en cuanto las partes, aplazando para un tiempo más remoto y quizá más oportuno, *gradu tardiori et praemeditato*, la conclusión del contrato definitivo, disminuyen la posibilidad de fraudes y engaños”⁴⁶.

Sin embargo, la teoría del precontrato de contrato real, como figura jurídica que descarta la admisión de la inexistencia de esta categoría, es inadmisibles⁴⁷. Si se entiende que el contrato real es aquel que se perfecciona con la entrega de la cosa, siendo esta presupuesto imprescindible para la validez del contrato, la

46 STS 2 marzo 1965, (RJA 1965, I.238).

En este mismo sentido, la sentencia del TS 4 mayo 1943 (JC 1943, 3), establece que “no se perfecciona el contrato de préstamo por ser de naturaleza real, sin la entrega por el mutuante al prestatario de la cosa...; pero en los casos en que falte la entrega...cabrá apreciar...el contrato perfecto de promesa de préstamo”. Los hechos que dieron lugar a la sentencia fueron los siguientes: en escritura pública la actora y la demandada concertaron un préstamo en virtud del cual la prestamista se obligaba a entregar en préstamo a la prestataria una cierta cantidad de dinero para la construcción de un bloque de viviendas. La eficacia del préstamo concedido quedó pendiente bajo condición suspensiva de que fuera inscrita en el Registro de la Propiedad la hipoteca que se había constituido en escritura pública por el mutuario, previa cancelación de otras hipotecas existentes en favor de sujetos distintos de la demandante. Se estipuló que, una vez cumplidas las condiciones expuestas, la demandante entregaría el capital en tantos plazos como plantas tuviesen los edificios a construir, de modo que cada vez que se construyera una planta se entregaría un tanto por ciento del capital de préstamo que devengaría un interés de 5% anual, coincidiendo el último plazo con la finalización de la obra. Las obras a realizar con tal préstamo debían finalizarse en un plazo de dos años como máximo, en cuyo transcurso quedaría desembolsado todo el préstamo. A partir de la última entrega a la demandada, ésta se obligaba a reintegrar el préstamo a la demandante en el plazo de veinte años, a razón de una cierta cantidad anual, en la cual se comprendían los intereses anuales pactados. Pasados dos años, se amplió la operación de préstamo consignado en la anterior escritura por otra nueva, otorgando otra suma más de dinero a la demandada y estableciéndose en esta escritura nuevas y diferentes estipulaciones. Tres años después, la demandante estableció demanda sobre revisión de pagos contra la prestataria, alegando que los reintegros que se habían realizado durante el período rojo, habían sido pagados con dinero marxista y que éste no correspondía en valor al dinero actualmente en vigor. Por lo tanto, la demandada había reintegrado menos de la cantidad que debía haber pagado durante este período, ya que entendía la demandante que la deuda debía reintegrarse en las mismas condiciones y con las mismas características con las que en su origen se estipuló el contrato de préstamo.

En los mismos términos se pronuncia la STS 13 diciembre 1989 (RJA 1989, 8824). Véase también la STS 16 octubre 1965 (RJA. 1965, 4468), que establece “que a lo que las partes se comprometen es a celebrar un futuro contrato sobre las líneas del primero que por ello mismo fue calificado de auténtica Ley de bases del siguiente, pero cuya fuerza vinculante debe quedar atemperada a la que se deriva de su propia esencia, consistente en obligarse a obligarse”. Así, en la STS 11 noviembre 1943 (JC 1943, 48) se señaló la diferencia entre contrato preliminar y el que se celebre en cumplimiento del mismo, permitiéndose desde la STS 1 julio 1950 (RJA 1950, 1187) el cumplimiento forzoso, con la sustitución de la voluntad del obligado por la del Juez, circunscribiendo el derecho e indemnización para el supuesto de que el contrato no se pueda cumplir. Importantes son también las SSTs 2 febrero 1959 (RJA 1959, 2894) y 26 marzo 1965 (RJA 1965, 1481).

47 El empeño por parte de la doctrina de mantener la categoría de los contratos reales, ha llevado a intentar explicar el precontrato de contrato real, incluso admitiendo que la naturaleza real de estos contratos hace cada vez más difícil la defensa y fundamentación de un precontrato de préstamo. Así, ROMÁN GARCÍA, A.: cit., pp. 234-235, aunque termina admitiendo el precontrato de préstamo, afirma que, “al entenderse que el perfeccionamiento del contrato se producirá cuando se entregue efectivamente la cosa, haciéndose una abstracción completamente del convenio antecedente que pueda servirle de base, hará que resulte muy difícil plantear el tema del precontrato de préstamo”.

posible estipulación de paralelos contratos consensuales preliminares significaría la violación de las normas que establecen dicho requisito esencial, aparte de consagrar la necesidad de realizar un circunloquio para soslayar la categoría de los contratos reales y dar respaldo a la inevitable obligatoriedad y perfección del contrato solo consensu.

JORDANO BAREA resalta la grave contradicción en la que incurre la doctrina tradicional "cuando, por un lado, considera a la entrega como requisito esencial de todos los contratos reales y, por otro lado, admite la validez de los correspondientes contratos consensuales preliminares. Llevada a sus últimas y lógicas consecuencias la doctrina tradicional - añade el autor - se debería estimar nulo el contrato preliminar por falta de entrega o, al menos, por tratarse de un negocio in fraudem legis, que implicaría la violación indirecta de las normas que, según los partidarios de la realidad, requieren imperativamente la entrega para la perfección del contrato definitivo"⁴⁸.

Tampoco para ROCA SASTRE cabe un precontrato de comodato o mutuo, sino un verdadero contrato consensual de mutuo o comodato. "Contrato consensual de préstamo - dice el autor - y precontrato de contrato real de préstamo son la misma e idéntica figura. Por ello, al confundirse o identificarse este último con aquél obliga a considerarlo como un imposible jurídico"⁴⁹.

Efectivamente, si partimos del concepto de contrato real, los que consideran que la res o entrega es requisito esencial de la validez del contrato, tienen que negar la existencia del "precontrato" de contrato real, pues admitir tal existencia significaría un absurdo jurídico⁵⁰. Por consiguiente, corresponde a un uso más correcto del lenguaje jurídico dar el calificativo de contrato consensual al que da nacimiento a la obligación de entregar una cantidad o un objeto a cambio de que la otra se obligue a devolverla, después de recibirla en el tiempo convenido⁵¹. De

48 JORDANO BAREA, J.B.: cit., p. III.

También para SÁNCHEZ VELASCO, H.: cit., pp. 532 ss., la teoría clásica incurre en contradicción, pues ésta "descarta la posibilidad del precontrato de contrato real por la razón de que, entendiéndose por precontrato aquel contrato cuya prestación es un contrahere futuro, no puede haber precontrato de contrato real, porque la entrega de la cosa no es un contrahere, sino un dare, que es ya el cumplimiento de la prestación convenida en lo que pudiera llamarse el precontrato de contrato real, y si, por el contrario, se amplía el concepto de precontrato a aquellas figuras preliminares que de una manera general tienen por objeto un facere, dentro del cual habría que incluir un dare, cabría entonces admitir conceptualmente el precontrato de contrato real". En sentido análogo, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *El Contrato de Comodato*, Pamplona, 1998, p. 57.

49 ROCA SASTRE, R. M^º: *Estudios*, cit., pp. 340 ss.

50 Al respecto, BARBIERI, E. M^º: "Appunti sul comodato", *Le Corti di Brescia e Venezia*, Milano, 1957, p.15, niega la existencia de un contrato preliminar de comodato. Afirma que "il contratto preliminare di comodato, dunque, non solo è incompatibile con l'intima natura del comodato, che essendo rapporto di cortesia non può ammettere un obbligo di consegna, non solo normalmente non è voluto como impegno giuridico non potrebbe nascere con la veste giuridica di preliminare di comodato, perchè essendo la consegna forma necessaria del contratto definitivo, essa viene richiesta anche per il corrispondente preliminare, donde la giuridica e logica impossibilità di un valido *pactum de commodando*".

51 PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, T II-2º, Barcelona 1.982, p. 39.

hecho, autores tan distinguidos como WAHL⁵² y VENZI⁵³, creen que, reconociéndose en el Derecho moderno la obligatoriedad de dar en préstamo no tiene razón de ser el carácter real de este contrato, y sería más conforme a los principios generales considerarlo, al igual que otros Códigos europeos⁵⁴, como contrato consensual.

En este sentido, Alguer, al estudiar la problemática planteada por la supervivencia de los contratos reales, manifiesta que “el reducto de la doctrina del precontrato de contrato real está, sin duda... en la supuesta diferencia de cualidad entre el contrato consensual y el contrato real. Más toda esta elaboración, indiscutiblemente presidida por un ingenio sutil, tiene una fundamentación más aparente que real... El supuesto precontrato de contrato real es indiscutiblemente un contrato consensual”⁵⁵.

De forma que, admitir la impotencia del solo acuerdo, sin entrega simultánea, para ser constitutivo de contrato, es rechazar que pueda haber contratos consensuales de préstamo. Quién considerando que el contrato de préstamo exige necesariamente la entrega de la cosa estime que, sin embargo, es admisible el precontrato consensual de préstamo, verdaderamente no habrá hecho otra cosa que dar un rodeo para aceptar la obligatoriedad de un acuerdo sin entrega⁵⁶.

Así, la contradicción en la que incurre la doctrina cuando admite el acuerdo consensual de contrato real como precontrato, otorgándole plena validez y eficacia, no es más que el efecto de querer dar soluciones a los problemas del tráfico jurídico, en el que la mayoría de las veces el acuerdo y la entrega de la cosa no son operaciones simultáneas, sino que normalmente las partes acuerdan un dar o un hacer y dejan para un momento posterior la ejecución del contrato.

De modo que, todo intento de buscar una explicación de la institución, tomando como referencia el actuar actual de los sujetos de derecho y tratando de adaptar tal comportamiento a una figura obsoleta, conduce a encorsetar la

52 BAUDRY-LACANTINERIE, G. ET WAHL, A.: “De la société, du prêt, du depot”, en *Traité Théorique et pratique de Droit civil*, París, 1907, pp. 366 ss.

53 VENZI, notas a PACIFICI-MANZONI, E.: *Istituzioni di diritto civile italiano*, T. V, Firenze, 1921, pp. 393 ss.

54 De hecho, el Código Civil suizo de obligaciones, revisado en 1911, considera al mutuo y al comodato como contratos consensuales y bilaterales; el art 305 establece que “el préstamo para el uso es un contrato en virtud del cual el prestamista se obliga a ceder gratuitamente el uso de una cosa que el prestatario se compromete a devolver después de haberse servido de ella” y el art. 312 define el préstamo de consumo como “el contrato por el cual el prestamista se obliga a transferir la propiedad de una cantidad de dinero o de otras cosas fungibles al prestatario, con la carga, por parte de éste último, de devolver otro tanto de la misma especie y calidad”.

Asimismo, el BGB establece en su parágrafo 598 que “por el contrato de comodato el comodante de una cosa se obliga a permitir gratuitamente al comodatario el uso de la cosa”: evidentemente, se configura el comodato como un contrato consensual, como se deduce de la expresión se obliga.

55 ALGUER, J.: “Para la crítica del concepto de precontrato”, *Revista de Derecho Privado*, 1936, p. 5.

56 ALBALADEJO, M.: *Derecho civil II, Derecho de Obligaciones*, Vol. II, Barcelona, 1987, p. 480.

evolución de una categoría jurídica, imposibilitando al sujeto de derecho para utilizarla en unos fines para los que no estaba prevista, lo que les obliga a crear figuras fuera de la tipicidad normativa⁵⁷.

Además de todo lo expuesto, debemos tener en cuenta que la promesa de préstamo no se encuentra regulada en nuestro Código Civil⁵⁸. En él solo se contemplan dos tipos de promesa: la de vender o comprar (art. 1451) y la promesa de prenda o hipoteca (art. 1862), lo que hace más difícil la admisión de esta figura cuando se trata de promesas de préstamo.

Por consiguiente, debemos concluir diciendo que, en realidad, cuando la doctrina se refiere al precontrato, no es más que un simple contrato consensual de préstamo⁵⁹, por lo que no cabría admitir el precontrato de contrato real sino simplemente rechazar la categoría de los contratos reales.

3. El acuerdo consensual de contrato real configurado como contrato consensual atípico.

Algunos autores, intentando una vez más demostrar que la categoría de los contratos reales subsiste, dan un paso más, postulando la validez de contratos consensuales atípicos, paralelos a las figuras tradicionales de los contratos reales. Defensor de esta teoría fue COVIELLO, que opinaba que la voluntad de las partes puede considerar como consensuales los contratos configurados por la ley como reales⁶⁰.

57 PRATS ALBENTOSA, L.: *Del mutuo a interés y el pago de los intereses no pactados*, Tesis de licenciatura (obra inédita), Valencia, 1986, p. 58.

58 Si se admite, sin embargo, la promesa de mutuo en el Código Civil italiano de 1942, cuyo art. 1822 establece la posibilidad al que ha prometido dar en mutuo de negarse al cumplimiento de la obligación si las condiciones patrimoniales de la otra parte son tales que ponen de manifiesto la dificultad de restitución.

59 De hecho, la STS 2 marzo 1965, anteriormente citada, formuló de un modo claro y determinante la naturaleza del precontrato al decir que se trataba de un contrato *consensual*. En la misma línea de pensamiento se declara FABRE, R.: "Le prêt à usage en matière commerciale", en *Revue trimestrielle de droit commercial*, París, 1977, pp. 196 ss., que entiende que la eficacia de la promesa de préstamo es la misma que la de un contrato consensual, en tanto que se puede obligar al prestamista a cumplir la obligación de entregar, así como a indemnizar los daños causados.

60 COVIELLO, L.: cit., pp. 379 ss. Decía el autor que, puesto que no hay ninguna necesidad lógica de que el comodato, el mutuo o el depósito sean contratos reales, ni existe ninguna razón de orden público que así lo imponga, nada impide que las partes tengan como consensuales a estos contratos, imponiendo al depositario la obligación de recibir la cosa en custodia, y dando al mutuario y al comodatario el derecho de reclamar la cosa del otro contratante, como sucede en el arrendamiento. En el mismo sentido, MANZINI, C.: "Sui contratti reali a titolo gratuito", en *Contratto e impresa*, Padova, 1989, pp. 972 ss., entiende que no solo podemos hablar de un contrato real de comodato, sino también de un contrato consensual de comodato, incluyéndose éste en la categoría de los contratos atípicos. Afirma la autora que dependerá de cada caso concreto, si las partes deciden acordar un contrato consensual de préstamo, este será válido, en cuanto la norma general que rige el sistema contractual es la consensualidad de los contratos. De forma que el contrato consensual de comodato sería un contrato atípico, subsistiendo, sin embargo, la categoría de los contratos reales. Véase también de la misma autora, "Il contratto gratuito atipico", en *Contratto e impresa*, Padova, 1986, pp. 909 ss. En la misma línea de pensamiento se encuentra CORRADO: *I contratti di borsa*, cit. por JORDANO BAREA. Entiende, este autor, que "no tiene justificación basarse en pretendidas limitaciones de la autonomía contractual para deducir la prohibición de crear contratos consensuales atípicos, paralelos a los contratos reales típicos". Véase también FORCHIELLI, P.: cit., pp. 110 ss.

Es esta una forma de dar una interpretación sincrética del contrato. Es una teoría artificiosa basada en la idea de que al amparo del art. 1255 CC todo es posible. Es, a mi juicio, una teoría contradictoria, pues me pregunto: si se admite la posibilidad de crear contratos consensuales de comodato ¿por qué mantener la categoría de los contratos reales? Desde el momento en que estos autores admiten la validez de los contratos consensuales de préstamo, no hacen más que negar la subsistencia de la categoría de los contratos reales.

4. La gratuidad como fundamento de la “categoría de los contratos reales”.

Otros autores, empeñados en conservar la categoría de los contratos reales y conscientes del escaso fundamento de la primera justificación racional de esta categoría, defienden la realidad de los contratos de comodato, mutuo, depósito y prenda gratuitos, negando, sin embargo, la realidad de los contratos onerosos⁶¹.

La doctrina defensora de esta teoría⁶² afirma la realidad de los contratos gratuitos considerando la entrega como expresión de la voluntad de obligarse jurídicamente⁶³. En este sentido BRUNORI afirma que en los contratos gratuitos

En nuestra doctrina no han faltado autores que siguen la misma postura, admitiendo que el comodato y mutuo pueden ser contratos reales o consensuales. Así, BLASCO GASCÓ, F.: “El préstamo mutuo o simple”, en *Derecho de Obligaciones y contratos* (coord. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Valencia, 1995, pp. 748 ss., afirma que “En la antigua Roma (refiriéndose al mutuo) era uno de los contratos que se configuraba con carácter real, es decir que sólo se perfeccionaba mediante la entrega del dinero u otra cosa fungible: la entrega, pues, conformaba el acto constitutivo del contrato. A esta idea parece responder también el art. 1.740 al decir que el contrato de préstamo una de las partes entrega a la otra. Así, mientras no haya entrega ni el prestamista está obligado a entregar ni el prestatario está obligado a restituir. Sin embargo, - añade el autor - la definición normativa no recoge sino la hipótesis normal: nada se opone a que las partes se obliguen, una a entregar una determinada cantidad de dinero y la otra, a devolver otro tanto, en el tiempo y en la forma estipulados, previa recepción de dicha cantidad. En este caso, el contrato de préstamo mutuo es consensual: queda perfecto por el consentimiento de las partes, sin que sea necesaria la entrega de la cosa fungible. Ningún precepto prohíbe o limita el carácter consensual del mutuo”. Véase también AAVV.: *Cuadernos de teoría y práctica de derecho civil, Derecho civil II* (coord. GETE-ALONSO, M.C.), Madrid, 1991, pp. 296 ss.

- 61 SCOZZAFAVA, T.: “Il Comodato”, en *Trattato di Diritto Privato*, dirigido por PIETRO RESCIGNO, Vol. XII, T. 4, Torino, 1985, p. 615, tras afirmar que la realidad de los contratos a título gratuito es admisible por tratarse de negocios de cortesía, y que por lo tanto es necesaria la entrega de la cosa para su perfección, admite que, en los negocios a título oneroso, hoy, “il requisito della consegna della cosa probabilmente ha perso ogni giustificazione”. Así, GALGANO, F.: *El negocio jurídico*, traducido por PRATS ALBENTOSA, L. y BLASCO GASCÓ, F., Valencia, 1992, pp. 177 ss., declara que “La realidad se manifiesta como un essenziale negotii sólo en los contratos reales gratuitos; mientras que es un naturale negotii en los contratos reales onerosos. Las normas que hacen reales a estos últimos contratos son sólo normas supletorias, que operan en defecto de una voluntad distinta de las partes; conociéndose en la práctica la versión consensual del depósito oneroso, como el contrato de doble y el estimatorio”.
- 62 Mantienen esta teoría, entre otros, SCOZZAFAVA, T.: cit., p. 615 ss., FORCHIELLI, P.: cit., pp. 93 ss. y 140 ss., BRUNORI, E.: “Del Comodato”, en *Commentario del Codice Civile, delle Obligazioni*, diretto da D’AMELIO E FINZI, Vol. II, 2, Firenze, 1949, pp. 8 ss., CARRESI, F.: “Il Comodato”, en *Trattato di Diritto Civile*, cit., pp. 12 ss. GIAMPICCOLO, G.: cit., p. 4. GALGANO, F.: *El negocio*, cit., pp. 177 ss. SACCO, R.: “La consegna e gli altri atti di esecuzione”, en *Trattato di diritto privato*, T. X, Vol. II, Torino, 1985, pp. 343 ss. DE CASTRO Y BRAVO, F.: “La promesa de contrato”, *Anuario de Derecho Civil*, 1950, pp. 1.174 ss. DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos*, cit., Vol. I., pp. 338-339.
- 63 En los contratos gratuitos, según los autores que defienden esta teoría, la simple promesa, normalmente, no va acompañada de la voluntad de vincularse jurídicamente: esta voluntad se manifestará tan solo en el momento en que quien concede el favor da el primer paso para realizarlo. Sin embargo, cuando el contrato es oneroso nadie puede dudar de su naturaleza jurídica vinculante, aun antes de la entrega.

"una voluntad definitiva de obligarse no se puede aceptar si no es concretada con hechos"⁶⁴ de forma que la entrega de la cosa sería imprescindible para la verificación de la voluntad declarada. Es decir, a la declaración de voluntad debe acompañarle un comportamiento que la confirme. Indican los que defienden esta teoría que, siendo el comodato una relación de cortesía⁶⁵ y, por lo tanto, esencialmente gratuito, no puede perfeccionarse en virtud de la sola promesa, sino que es necesaria la entrega de la cosa, "ya que la ejecución de este acto es el único índice objetivo del que se deduce el intento del promitente de contraer un vínculo jurídico"⁶⁶. Es por ello que, la mayoría de los autores que defienden la categoría de los contratos reales con base en la gratuidad de estos, niegan la posible existencia de un contrato preliminar de comodato, en cuanto que opinan que las prestaciones de cortesía no generan ninguna obligación jurídica, de forma que el mero acuerdo por el cual uno se obliga a prestar a otro solo adquiriría relevancia jurídica con la entrega de la cosa⁶⁷.

Así, CARRESI niega la existencia del contrato preliminar en los contratos gratuitos, por entender que éstos son negocios de cortesía. "Las prestaciones de cortesía - escribe el autor - deban o no realizarse a través de la concesión del uso de una cosa, no generan ninguna obligación jurídica, sino tan solo un deber de carácter social, de suerte que hay que excluir que su cumplimiento pueda, de cualquier

FORCHIELLI, P.: cit., pp. 93 ss., afirma que la entrega en el contrato real no es más que la forma esencial de expresar la voluntad vinculatoria. Quien promete dar gratuitamente a préstamo o recibir gratuitamente una cosa en depósito no entiende normalmente que asume un vínculo jurídico; el carácter vinculante de su promesa surge, por regla general, solo del hecho de la entrega; antes podrá tal vez, sentirse obligado moralmente, pero no jurídicamente. Por lo tanto, esta justificación del carácter real no es válida más que para los contratos reales gratuitos; para los no gratuitos, afirma el autor, falta toda justificación actual.

64 BRUNORI, E.: cit., p. 10.

65 CARRESI, F.: "Il Comodato", en *Trattato di Diritto Civile*, cit., p. 14. Escribe este autor; "il comodato, dominato come è dalle leggi del costume e dai doveri dell'amicizia, appartiene alla classe dei rapporti di cortesia". En contra de esta opinión se manifiesta TAMBURRINO, G.: "Voz Comodato", *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1960, p. 994, al decir que "non protrebbe seguirsi il recente indirizzo dottrinale che tenta di spiegare il carattere reale del comodato assimilandolo e facendolo rientrare tra i cosiddetti rapporti di cortesia".

66 SCOZZAFAVA, T.: cit., p. 615.

67 No son pocos los autores que, partiendo de la idea de que el comodato es un negocio de cortesía, niegan la admisibilidad del contrato preliminar de comodato, afirmando que el solo acuerdo de las partes no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico. Así, D'AMICO, G.: "La categoría", cit., pp. 360 ss., mantiene que para que la concesión del uso gratuito de un bien aparezca como un fenómeno jurídico es necesario que al acuerdo le acompañe la entrega de la cosa. Un simple acuerdo de las partes sobre el dar o el recibir en comodato (no acompañado de la entrega) no sería merecedor de tutela según nuestro ordenamiento jurídico (otra cosa es que eso pueda tener relevancia en el plano social), y, por lo tanto, tampoco idóneo para constituir un vínculo jurídico.

En este sentido TAMBURRINO, G.: cit., p. 994, entiende que solo cuando medie la entrega de la cosa podremos decir que estamos ante un contrato de comodato. Y lo justifica del siguiente modo; "l'accordo di dare e ricevere in comodato darebbe vita ad un rapporto di cortesia che rimarrebbe fuori del campo giuridico, mentre il negozio e la conseguente obbligazione sorgerebbe solo attraverso la consegna. Si pone qui il dibattuto problema dei rapporti tra comodato como fattispecie legale tipica de i rapporti di cortesia: problema que riteniamo non potersi risolvere se non con il ribadire la completa differenziazione tra le due figure, l'una delle quali (la seconda) rimane fuori del campo del diritto e non produce obbligazione alcuna. Certamente il comodante può indursi a dare la sua cosa in comodato per ragioni di cortesia e simili, ma tali ragioni rimangono nell'ambito delle mere rappresentazioni psichiche che hanno indotto la parte al contratto, dei motivi in tutto irrilevanti... soltanto con la consegna potremmo parlare di comodato".

En el mismo sentido, afirmando que el comodato es un contrato de cortesía, BARBIERI, E. M^a: "Appunti sul comodato", cit., pp. 14-15, niega la posibilidad jurídica de admitir un contrato preliminar de comodato.

modo, considerarse un acto debido desde el punto de vista del derecho. Esto - añade - no impide que ellas, en sí y por sí irrelevantes, adquieran relevancia jurídica con el espontáneo cumplimiento por parte del promitente, que funciona como causa justificativa del enriquecimiento, si se trata de otra prestación de cortesía. En el comodato, el acuerdo de las partes tiene como función la de preconstituir un justo título para la detentación de la cosa por parte del comodatario⁶⁸.

También DE CASTRO parece mantener esta misma teoría cuando dice que “sin entrar en la ya vieja discusión de si los contratos reales constituyen o no una categoría propia, para que los considerados como tales en nuestro derecho, tienen una especial condición que les hace inaptos para ser objeto de precontrato, el que la especialidad de su causa (gratuidad tipificada) les da un matiz especialísimo que va unido precisamente al hecho de la entrega y que es el que determina sus efectos peculiares; mientras que el convenio consensual de prestar..., que es lo que en realidad sería el precontrato en tales casos, necesitaría su propia causa que matizaría toda la relación excluyendo las especialidades de los contratos típicos regulados por el Código⁶⁹”.

Asimismo, DÍEZ PICAZO en atención al precontrato de contrato real, afirma que “para calificar la eficacia de los contratos consensuales de préstamo, comodato o depósito es preciso ante todo atender a las causas a las que obedezcan. Si tienen causa gratuita no son susceptibles de engendrar ninguna obligación, por la misma razón por la que no engendran las promesas de donación. Si, por el contrario, tiene causa onerosa, cosa que puede ocurrir en el préstamo y en el depósito - nunca en el comodato que es esencial y absolutamente gratuito -, el convenio consensual es un negocio válido y eficaz, del que derivan específicas obligaciones para las partes⁷⁰”.

Pero, tampoco esta teoría, como justificación de la naturaleza real del comodato, puede ser mantenida. Si tenemos en cuenta que hay promesas gratuitas, como la de fianza, que no suscitan ninguna duda acerca de su carácter vinculante, aun provistas de forma especial, ¿por qué debemos entender que la promesa de prestar gratuitamente carece de carácter vinculante? Si nuestro sistema establece que el solo consentimiento perfecciona el contrato, dando por hecho que el solo

68 CARRESI, F.: “Il Comodato”, cit., pp. 15 ss.

69 DE CASTRO Y BRAVO, F.: cit., pp. 1.174 ss.

70 DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos*. cit., Vol. I p. 339.

Parece seguir también esta teoría ALBALADEJO, M.: *Derecho civil*, cit., Vol. II, pp. 479 ss. Argumenta que “no es irrazonable que la ley, para estimar que verdaderamente se trata de un acuerdo querido como obligatorio jurídicamente, exija que, como signo de que ha sido efectivamente querido así, concurren determinados requisitos que permitan asegurarlo. Uno de estos requisitos sería la entrega de la cosa. Con lo que siendo tal entrega precisa, se estaría ante el contrato real de préstamo. Pero, aun sin entrega, la voluntad de obligarse jurídicamente, también se revela, según el sentir de la ley, si el acuerdo se otorga por escrito o si es oneroso”.

acuerdo conlleva una voluntad de obligarse jurídicamente, ¿por qué no puede aplicarse este principio a los contratos gratuitos?

Para averiguar si la intención de las partes fue la de contraer un vínculo jurídico o permanecer en el campo de la mera cortesía, concertando un vínculo tan solo en el plano social, habría que estudiar caso por caso y, mediante criterios tanto objetivos como subjetivos, investigar cuales fueron las causas que motivaron al promitente a dar su consentimiento; ponderar todas las circunstancias que rodean el caso para determinar si se había querido o no asumir tal vínculo jurídico. Sin embargo, esta solución no parece la más acertada si tenemos en cuenta el tráfico jurídico, en el que cada vez son más abundantes los acuerdos de dar en préstamo de uso.

IV. LA FUNCIÓN DE LA ENTREGA EN LOS LLAMADOS "CONTRATOS REALES".

Muchos han sido los intentos doctrinales para justificar la categoría de los contratos reales. Pero lo cierto es que el verdadero y principal problema a plantear es delimitar cuál sea la función que cumple la entrega en estos contratos. Si bien la entrega puede desempeñar un papel importante en un determinado negocio, esto no significa que por ello tal negocio deba ser calificado de contrato real. La entrega puede desempeñar papeles distintos: puede tener lugar solvendi causa o contrahendi causa. Cuando la entrega tiene como fundamento cumplir el contrato, es decir que el contrato era perfecto con el solo acuerdo de voluntades, pero la entrega va a hacer posible el cumplimiento de la obligación por una de las partes, estaremos ante el primer caso, en los llamados "contratos consensuales". Por consiguiente, en ellos, la entrega constituye un elemento que, aun gozando de relieve a ciertos efectos, no contribuye a la formación misma del contrato, sino a la ejecución del mismo.

La doctrina tradicional entiende que la entrega debe ser simultánea al consentimiento para que se perfeccionen los contratos reales, pero esta afirmación es, a mi juicio, insuficiente para mantener la categoría de los contratos reales. Me pregunto ¿por qué debe haber una unidad cronológica entre el acuerdo de voluntades y la entrega de la cosa para que los contratos de comodato, mutuo, depósito y prenda sean perfectos?

Si bien es cierto que en la mayoría de los casos el molde típico de los contratos de comodato, mutuo, prenda y depósito, presupone la unidad cronológica de la conclusión del contrato y de la entrega de la cosa, esto no quiere decir que en ocasiones las partes no puedan convenir un préstamo para proceder en un momento posterior a su ejecución. No podemos afirmar que la simultaneidad

de la entrega con el acuerdo sea imprescindible o esencial, sino que se trata de un dato meramente accidental, pudiendo convenirse un contrato perfecto mediante el solo consentimiento para en un momento posterior proceder a la entrega de la cosa, de forma que se extinga la obligación (por la entrega) que el contrato produjo cuando se perfeccionó. Admitir la naturaleza real del contrato de comodato en nuestro derecho nos llevaría a la posible y forzada distinción entre contrato consensual de comodato y contrato real de comodato, según que el acto de la entrega fuese o no formalizado simultáneamente al consenso de las partes, lo que supondría la desnaturalización de este tipo contractual.

La entrega, por tanto, ya no es requisito de perfección del contrato, sino que debe ser considerada como requisito de ejecución del mismo. Es decir, entre dos actos jurídicos es necesario que exista un nexo de causalidad jurídico; uno de ellos se realiza como consecuencia del otro y tiene por ello su base y su fundamento en él, su misma razón de existir⁷¹.

Todo contrato necesita de una causa, la causa es el negocio que le precede perfeccionado por el mero consentimiento de las partes. Así la obligación del comodante de entregar tiene su causa en el negocio jurídico contractual que le sirvió de base⁷². Además, todo negocio donde se produzca un desplazamiento patrimonial necesita de una causa, llamada por ello "causa de atribución patrimonial". La causa de la atribución es "aquella situación jurídica que autoriza, de conformidad con el ordenamiento jurídico, al atributivo para recibir el desplazamiento patrimonial"⁷³. Por consiguiente, en el comodato, la obligación de entregar del comodante operará como causa de la atribución patrimonial, que el comodante debe otorgar al comodatario.

De modo que, la tesis que imperaba en el derecho romano donde la entrega de la cosa era un elemento de perfección del contrato sin la cual no se formaba, hoy día, al amparo de la autonomía de la voluntad y sometidos a un sistema consensualista, es difícilmente admisible⁷⁴. Basta leer algunos preceptos del Código Civil para entender superada la categoría de los contratos reales; el art. 1254, que habla de consentir para obligarse; el art. 1258 que considera obligadas a las partes

71 DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: "El concepto de causa en el negocio jurídico", *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1963, p. 24 ss.

72 Quizá debería traerse aquí a colación la distinción entre causa del negocio y causa de la obligación. La causa del negocio, entendida como la razón por la cual se realiza el negocio, se diferencia de la causa de la obligación, entendida esta como justificación del deber de una prestación.

73 DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: "El concepto de causa, cit., p. 28.

74 En este mismo sentido LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil*, T II, Vol. III, Barcelona, 1986, p. 257, opina que "hoy, al amparo de la autonomía de la voluntad, es indudable la validez y eficacia de un contrato por el que el prestamista se obligue a entregar la cosa o cantidad en tal o cual fecha, y la otra parte a restituir en su día las cantidades que recibirá en el futuro... Cualquier préstamo - añade el autor - convenido sin entrega, pues, es ya, en el momento del acuerdo de voluntades, un contrato perfecto al que le faltan los actos precisos para su consumación".

al cumplimiento desde la perfección del contrato, cual es el mero consentimiento; el art. 1261 que establece los requisitos que deben concurrir para que haya contrato, entre los que no se encuentra la *datio*.

Por lo tanto, mantener la categoría de los contratos reales, supondría la deformación de un sistema contractual como el nuestro⁷⁵, donde "todos los contratos son consensuales, porque todos se perfeccionan por el consentimiento, y perfeccionado el contrato, produce el *vinculum iuris* que obliga a su consumación"⁷⁶.

V. CONCLUSIONES.

Por consiguiente, todos los argumentos expuestos abocan a la misma conclusión:

La subsistencia de la categoría de los contratos reales es mera consecuencia del peso de la tradición histórica, por lo que, faltando toda justificación actual, no parece oportuno seguir conservando la tradicional estructura real de los contratos de comodato, mutuo, depósito y prenda.

No se puede, con afán de mantener la categoría de los contratos reales, partir de la premisa de que la obligación principal surgida de estos contratos es la que tiende a la restitución de la cosa y por lo tanto como no puede existir una obligación de restituir una cosa que no ha sido recibida, es necesario que la entrega de la cosa deba formar parte del período formativo del contrato. Y ello porque, en el contrato de comodato no nace una sola y única obligación, la de restituir del comodatario, sino que nacen obligaciones a cargo de ambos contratantes, entre las que se incluye la obligación de entregar del comodante. Además, esta teoría nos llevaría a predicar el carácter real de todos los contratos restitutorios, lo que supondría la novación de tipos contractuales predeterminados.

Los intentos por parte de la doctrina de concebir el contrato consensual de comodato como un precontrato de contrato real o como un contrato consensual atípico, no son más que meras tentativas de salvar la histórica categoría de los contratos reales, llegando a conclusiones contradictorias que a lo único que conducen es a aceptar la obligatoriedad de un acuerdo sin entrega.

75 Así, TETI, R.: "Voz Comodato", *Digesto delle discipline privatistiche*, Vol. III, Torino, 1988, p. 38, entiende que la existencia de contratos reales que se perfeccionan por la tradición de la cosa representa una anomalía en un sistema, como es el nuestro, que ha adoptado la regla según la cual el consentimiento es suficiente para constituir una relación. Afirma que: "...si deve riconoscere che l'esistenza dei contratti reali è un inutile ed illogico tributo p.ato alla tradizione e, conseguentemente si deve admettere che le parti possono creare, oltre ed accanto ad ogni figura di contratto reale una corrispondente figura di contratto consensuale".

76 BONEL Y SÁNCHEZ: cit., p. 753.

No encontramos apoyo jurídico en el que fundamentar la categoría de los contratos reales. En ninguno de los artículos que regulan el contrato de comodato se establece que es necesaria la entrega para la perfección del mismo, así como tampoco se dice que el contrato no existirá si falta dicha entrega. Además, no se debe olvidar que nos encontramos en un campo - el contractual - dominado por los principios de consensualidad, autonomía de la voluntad y libertad de formas, y que el contrato de préstamo se encuentra regulado en el Libro IV del Código Civil, basado en dichos principios. Si el legislador hubiera querido conceder al préstamo naturaleza real no lo habría subordinado al cumplimiento de estos principios y, por lo tanto, no lo habría encuadrado en el Libro IV de nuestro Código.

De ello se desprende que no existe norma jurídica alguna que impida la configuración del comodato como contrato consensual, sino al contrario, a falta de norma expresa que lo establezca lo más lógico será entender que se trata de un contrato incluido en la norma general de los contratos consensuales.

La configuración del comodato como contrato consensual es, en la actualidad, una exigencia del sistema económico-social⁷⁷. Si bien es cierto que el comodante confiere el uso de una cosa objeto de su propiedad gratuitamente y que este hecho puede producir una disminución en su patrimonio, no menos cierto es que cuando el prestamista se obliga a dar en comodato asume de antemano los riesgos que le pueda ocasionar la no devolución de la cosa. Si no se entiende perfeccionado el contrato hasta la entrega de la cosa este hecho conduciría a la posible imposición por el comodante de condiciones injustas para el comodatario, e incluso a la posibilidad de que en el momento en el cual el comodante se decidiese a cumplir y hacer entrega de la cosa objeto de contrato esta ya no fuese necesaria habiendo producido ya perjuicios insalvables para el comodatario. Se debe proteger, no solo el interés del comodante (a la devolución de la cosa comodada), sino también el del comodatario a recibir la cosa, para que, efectivamente, se pueda garantizar y asegurar un tráfico jurídico fluido. Además, hay que tener presente que el comodante no transmite la propiedad de la cosa, sino tan solo el uso, con lo que ciertas cautelas presentes en otros contratos (como son la donación, el mutuo) podrán desaparecer con mayor facilidad.

Además, sería contrario a aquello que se entiende como efecto propio de un contrato por un ciudadano medio, que, tras un acuerdo de voluntades libremente manifestado, el comodante pueda entregar o no la cosa, y que el comodatario, en quien se ha generado algo más que una expectativa, no pueda recabar la protección jurídica que confiere nuestro Código Civil a los sujetos de derecho, de exigir el cumplimiento de las obligaciones o prestaciones que se le han prometido.

77 BLASCO GASCÓ, F.: cit., p. 749.

La conclusión obtenida a través del análisis que precede es, pues, que no existe norma alguna que niegue validez al contrato consensual de comodato, mutuo, depósito y prenda. Debemos, por tanto, proceder a la depuración del falso dogma de la "realidad", dando a las figuras de que se trata una estructura esencialmente consensual.

BIBLIOGRAFÍA.

AAVV.: *Cuadernos de teoría y práctica de derecho civil, Derecho civil II* (coord. GETE-ALONSO, M.C.), Madrid, 1991.

ALBALADEJO, M.: *Derecho civil II, Derecho de Obligaciones*, Vol. II, Barcelona, 1987.

ALGUER, J.: "Para la crítica del concepto de precontrato", *Revista de Derecho Privado*, 1936.

AUBRY ET RAU: *Cours de droit civil français*, T. VI, 5ª edición, París, 1920.

BARBIERI, E. M^a.: "Appunti sul comodato", *Le Corti di Brescia e Venezia*, Milano, 1957.

BALLARÍN HERNÁNDEZ, R.: *El cobro de lo indebido. Perfiles institucionales y eficacia traslativa*, Madrid, 1985.

BAUDRY-LACANTINERIE, G. ET WAHL, A.: "De la société, du prêt, du depot", *Traité Théorique et pratique de Droit civil*, París, 1907.

BERCOVITZ Y RODRIGUEZ-CANO, R. y VALLADARES RASCON, E.: *Comentarios al código civil y compilaciones forales.*, dirigidos por ALBALADEJO, T XVI, v Iº, Edersa, Madrid, 1991.

BESTA, E.: *Le obbligazioni nella Storia del Diritto italiano*, Padua, 1936.

BLASCO GASCÓ, F.: "El préstamo mutuo o simple", en *Derecho de Obligaciones y contratos* (coord. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Valencia, 1995.

BONEL Y SÁNCHEZ: *Código Civil Español comentado y concordado con el derecho foral vigente en Cataluña, Aragón, Navarra y demás territorios aforados con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*. T. IV, L. IV, Barcelona, 1891.

BORSARI, L.: *Del comodato*, en *Commentario del codice civile italiano*, s/f.

BRUNORI, E.: "Del Comodato", en *Commentario del Codice Civile, delle Obbligazioni*, diretto da D'AMELIO E FINZI, Vol. II, 2, Firenze, 1949.

CARRESI, F.: "*Il Comodato come rapporto di cortesia*", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1949.

CARRESI, F.: "Il Comodato", en *Trattato di Diritto Civile Italiano*, diretto da Vassalli, Vol. VIII, 2, Torino, 1957.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*. T. IV, Derecho de obligaciones. Madrid, 1985.

CLEMENTE DE DIEGO, C.: *Instituciones de Derecho Civil Español*, T. II, Madrid, 1930.

COVIELLO, L.: "Del contratto estimatorio", *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1893.

D'AMICO, G.: "La categoria dei cc.dd. contratti reali atipici", *Rassegna di diritto civile*, Napoli, 1984.

D'ORS, A.: "Apostillas sobre la formación histórica de los tipos contractuales romanos", *Revista de Derecho Notarial*, núms. XXV-XXVI, Madrid, 1959.

D'ORS, A.: *Epigrafía jurídica romana*, Madrid, 1953.

DE CASSO Y ROMERO, I.: *Derecho Civil Español*, T. I, Madrid, 1926.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: "La promesa de contrato", *Anuario de Derecho Civil*, 1950.

DE RUGGIERO, R.: *Instituciones de derecho civil*, traducción de la 4ª edición italiana por SERRANO SUÑER y SANTACRUZ TEJERO, T. II, Vol. Iº, Madrid, 1977.

DE TILLA, M.: "Il Diritto Immobiliare", en *Trattato sistematico di giurisprudenza ragionata*, Giuffrè, Milano, 1995.

DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: "El concepto de causa en el negocio jurídico", *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1963.

DOMAT, M.: *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, T. I, París, 1777.

DUVERGIER: "Le prêt a usage", *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, T. XXI, París, 1843.

ENNERCCERUS, L.: "Derecho de obligaciones", en *Tratado de Derecho Civil*, Traducción española, T. II, Vol. 2, Barcelona 1966.

FABRE, R.: "Le prêt à usage en matière commerciale", *Revue trimestrielle de droit commercial*, París, 1977.

FALCON, M.: *Código Civil Español*. T. IV. Madrid, 1889.

FERRINI, C.: "Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano", *Archivio giuridico*, Pisa, 1894.

FRAGALI, M.: "Comodato", en *Commentario del Codice Civile, delle Obligazioni*, dirigido por SCIALOJA e BRANCA, Libro IV, Bologna-Roma, 1966.

FUZIER-HERMAN: "Du Prêt", en *Code civil annoté*, T. VI, París, 1949.

GALGANO, F.: *El negocio jurídico*, traducido por PRATS ALBENTOSA, L. y BLASCO GASCÓ, F., Valencia, 1992.

GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. T. III, Madrid, 1852.

GARCÍA GOYENA, F.: *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva del Código civil, criminal y administrativo con arreglo en todo a la legislación hoy vigente*, T. III, Madrid, 1842.

GIAMPICCOLO, G.: "Comodato e mutuo", en *Trattato di diritto civile*, Milano, 1972.

GONZÁLEZ PALOMINO, J.: "La adjudicación para pago de deudas", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. I, Madrid 1945.

GUTIÉRREZ, B.: *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español*. T.V. Madrid 1878.

HUC, T.: "Du prêt a usage ou commodat", en *Commentaire Théorique et pratique du Code civil*, T. XI, París, 1898.

JORDANO BAREA, J.B.: "La categoría de los contratos reales", Barcelona, 1958.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil*, T II, Vol. III, Barcelona, 1986.

LASO GAITE: *Crónica de la codificación española*, Codificación civil, T. II, Madrid, 1970.

LAURENT, F.: *Principes de Droit civil français*, T. XXVI, París, 1893.

LOCRE: *Législation civile, commerciale et criminelle ou commentaire et complément des codes français*, Bruselas, 1936.

LUMINOSO, A.: "I contratti tipici e atipici", en *Tratatto de diritto privato* (coord. GIOVANNI IUDICA y PAOLO ZATTI), 1995.

MANRESA Y NAVARRO, J. M^a.: *Comentarios al Código Civil Español*, T. XI, Madrid, 1972.

MANZINI, C.: "Il contratto gratuito atipico", en *Contratto e impresa*, Padova, 1986.

MANZINI, C.: "Sui contratti reali a titolo gratuito", en *Contratto e impresa*, Padova, 1989.

MARÍN PÉREZ, P.: "De los contratos de préstamo, comodato y depósito", en *Comentarios al Código Civil Español de Quintus Mucius Scaevola*, T. XXVII, Madrid, 1952.

MARTÍNEZ RUIZ, A.: "El Código civil interpretado por el Tribunal Supremo", T. X, Madrid, 1908.

MICCIO, R.: *Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni*, Torino, 1959.

MORO LEDESMA, S.: "El precontrato", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid 1934.

NATOLI, U.: *I Contratti reali*, Giuffrè, Milano, 1975.

OSSORIO MORALES, J.: "Notas para una teoría general del contrato", *Revista de Derecho Privado*, T. XLIX, enero - diciembre 1965, Madrid.

OSSORIO MORALES, J.: "Notas para una teoría general del contrato", en *Lecciones de Derecho civil*, Granada, 1956.

OSTI, G.: "Voz contratto", *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1962.

PASTORI, F.: *Il comodato nel diritto romano*, Milano, 1954.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *El Contrato de Comodato*, Pamplona, 1998.

PLANIOL, M - RIPERT, G.: *Traité élémentaire de Droit civil*. T. XII, París, 1926.

POTHIER, R. J.: "Traté du prêt a usage", en *Oeuvres*. T. XIII, Bruselas, 1831.

PRATS ALBENTOSA, L.: *Del mutuo a interés y el pago de los intereses no pactados*, Tesis de licenciatura (obra inédita), Valencia, 1986.

PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, T II-2º, Barcelona 1.982.

ROCA GUILLAMÓN, J.: *Comentarios al código civil y compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, T. XVII, Vol. I-A, Edersa, Madrid, 1993.

ROCA SASTRE, R. M^a.: *Estudios de Derecho privado*, Vol. I, Madrid, 1948.

ROMÁN GARCÍA, A.: *El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencias*, Madrid, 1983.

ROMERO GIRÓN, V. Y GARCÍA MORENO, A.: "Textos y comentarios al Código Civil", en *Colección de las instituciones jurídicas y políticas de los pueblos modernos*. T. XIII. Madrid, 1889.

SACCO, R.: "La consegna e gli altri atti di esecuzione", en *Trattato di diritto privato*, T. X, Vol. II, Torino, 1985.

SÁNCHEZ ROMÁN.: *Estudios de Derecho Civil*. T. IV, Madrid 1899.

SÁNCHEZ VELASCO, H.: "Contrato de promesa y promesa de contrato", *Anales de la Academia Matritense el Notariado*, T. VI, Madrid, 1952.

SANTARELLI, U.: *Commodo utentis datum*, Milano, 1972.

SATTA, S.: "Doppia locazione novennale e trascrizione", *Giurisprudenza Italiana*, T. I, Vol. I, 1950.

SCOZZAFAVA, T.: "Il Comodato", en *Trattato di Diritto Privato*, dirigido por PIETRO RESCIGNO, Vol. XII, T. 4, Torino, 1985.

SCHERILLO, G.: "Voz Comodato" (diritto romano), *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1960.

SEGRÈ, G.: *Di buona fede di comodato e di pegno*, Napoli, 1906.

TAMBURRINO, G.: "Voz Comodato", *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1960.

TETI, R.: "Voz Comodato", *Digesto delle discipline privatistiche*, Vol. III, Torino, 1988.

TETI, R.: "Voz Comodato", *Digesto delle discipline privatistiche*, Vol. III, Torino, 1988.

TOULLIER: *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, T. IX, Bruselas, 1833.

TROPLONG: "Du prêt a usage ou commodat", en *Commentaire Du prêt, du depot, du séquestre et des contrats aléatoires*, Bruselas, 1845.

VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho Civil Español*, T. III, Valladolid, 1920.

