


LA GRATUIDAD COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL
CONTRATO DE COMODATO. EL COMODATO EN
INTERÉS DEL COMODANTE

*FREE AS AN ESSENTIAL ELEMENT OF THE COMMODATUM
CONTRACT. COMMODATUM IN THE INTEREST OF THE
BORROWER*

Rev. Boliv. de Derecho N° 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 276-327



Isabel J.
RABANETE
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de marzo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: El contrato de comodato es una figura poco estudiada por la doctrina y confundido por la jurisprudencia con otras figuras afines. Sin embargo, hoy día, la importancia de conservar intacto el patrimonio y de adquirir beneficios constantes derivados del mismo, ha provocado que el título gratuito haya cedido casi enteramente el puesto al título oneroso, favoreciéndose aquellos contratos que suponen algún ingreso en el activo, como es el contrato de comodato. Este estudio pretende determinar si estos contratos, en los cuales el comodante es parte interesada por el posible beneficio que pueda obtener, desvirtúan el concepto legal del comodato, y su esencial gratuidad.

PALABRAS CLAVE: Comodato; causa del contrato; gratuidad; onerosidad; comodato en interés del comodante.

ABSTRACT: *The commodatum contract is a figure little studied by doctrine and confused by jurisprudence with other related figures. However, today, the importance of preserving the heritage intact and of acquiring constant benefits derived from it, has caused that the free title has almost entirely ceded the position to the onerous title, favoring those contracts that suppose some income in the asset, such as it is the commodatum contract. This study aims to determine if these contracts, in which the borrower is an interested party due to the possible benefit that may be obtained, distort the legal concept of the commodatum, and its essential gratuitousness.*

KEY WORDS: *Commodatum; cause of the contract; gratuity; onerousness; commodatum in the interest of the borrower.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ONEROSIDAD Y GRATUIDAD.- 1. Consideraciones previas.- 2. Tesis subjetivas.- A) Crítica.- 3. Tesis objetivas.- A) ¿Qué significa “equivalencia de prestaciones”?- 4. La causa como criterio de distinción.- III. ONEROSIDAD, GRATUIDAD Y CAUSA.- 1. La teoría de la causa.- A) Las doctrinas de la causa.- B) Qué sea la causa.- 2. El art. 1.274 del Código Civil.- A) Unilateralidad como sinonimia de gratuidad: onerosidad, bilateralidad y sinalagmaticidad.- B) La causa de los contratos onerosos y la de los gratuitos.- 3. Delimitación conceptual: onerosidad- gratuidad.- IV. LA GRATUIDAD COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO DE COMODATO.- 1. Antecedentes históricos.- 2. Análisis del inciso segundo del art. 1.741 del Código Civil.- 3. Comodato en interés del comodante.

I. INTRODUCCIÓN.

El contrato de préstamo se halla regulado en nuestro Código Civil en el Libro IV del Título X, y contempla en conjunto el contrato de mutuo o simple préstamo y el contrato de comodato o préstamo de uso. El art. 1.740 CC, tras definir el contrato de comodato como una variedad de préstamo, establece 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”, y añade que “el comodato es esencialmente gratuito”, reiterando esta característica en el siguiente precepto, al disponer que “si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato”. De este modo, la gratuidad aparece como requisito esencial del contrato de comodato.

Su gratuidad ha llevado a la doctrina a considerarlo tradicionalmente como un contrato de favor, movido por motivos altruistas, y cuya función económico-social era la de ayuda mutua y recíproca colaboración. Si bien en sus orígenes fue este un contrato de contenido económico pobre, utilizado frecuentemente en el ámbito familiar o por personas vinculadas por relaciones de amistad; en la actualidad el comodato se ha convertido en el instrumento idóneo, no solo de los particulares que lo utilizan en ocasiones con objeto de minimizar de alguna manera los costes fijos derivados de determinados bienes, sino también de las entidades mercantiles que lo consideran, a veces, herramienta necesaria para la obtención de futuras contrataciones.

• Isabel J. Rabanete Martínez

Profesora Asociada de Derecho Civil en la Universitat de València y Abogada. Licenciada en Derecho por la Universitat de València, en la especialidad de Derecho Privado. Doctora en Derecho por la Universitat de València con calificación “cum laude” otorgada por unanimidad. Realizó gran parte de su tesis doctoral en la Università degli Studi di Bologna (Italia) como Personal Docente Investigador en España mediante una beca de formación del profesorado y personal de investigación, y posteriormente como Personal Docente Investigador, con una beca de formación de profesorado universitario en el extranjero. Desde entonces ha compaginado su labor investigadora (formando parte de varios proyectos de investigación, así como proyectos docentes) con la docencia y el ejercicio. Correo electrónico: isabel.rabanete@uv.es.

Y ello, porque hoy día, la importancia de conservar intacto el patrimonio y de adquirir beneficios constantes derivados del mismo, ha provocado que el título gratuito haya cedido casi enteramente el puesto al título oneroso, favoreciéndose aquellos contratos que suponen algún ingreso en el activo, a diferencia del negocio gratuito que, en principio, implica una disminución o pérdida de valor del patrimonio¹.

Así, es práctica generalizada, a fin de mantener la solvencia del patrimonio, optar por aquellas formas de contratación tendentes a obtener un cierto beneficio, de manera que el posible empobrecimiento que pueda derivarse de la estipulación de un determinado contrato se vea recompensado de alguna manera por la utilidad que pueda obtenerse del mismo. De hecho, es constante la estipulación de contratos de comodato que implican un cierto beneficio o utilidad para el comodante, así como aquéllos en los cuales se le imponen al comodatario ciertas obligaciones a modo de carga por la cesión del uso de un determinado bien².

Objeto principal de este estudio es determinar si estos contratos, olvidados por la doctrina y confundidos en la jurisprudencia³, en los cuales el comodante es parte interesada por el posible beneficio que de él se derive, desvirtúan el concepto legal del comodato; y cuándo dejan de ser tales conmutando el carácter gratuito del contrato en oneroso, y mudando su naturaleza jurídica a la de otro contrato típico⁴.

Ello dependerá, en gran medida, de lo que se entienda por contrato oneroso y por contrato gratuito. De modo que el estudio de la gratuidad como requisito esencial del comodato obliga, debido a la complejidad del tema, a partir de los

1 Ya JOSSERAND, L.: "La decadenza del titolo gratuito e la sua trasformazione", *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 1930, pp. 2 ss., señalaba hace mucho tiempo que en la civilización moderna el título gratuito ha perdido gran importancia y es el contrato oneroso el que se prima, entre otras razones porque han sido superadas -dice- las injurias sociales y las desigualdades que constituían la base de los sistemas económico-jurídicos antiguos y que determinaban, como correctivos, la caridad y la generosidad.

VIVAS TESÓN, I.: "La esencial gratuidad del contrato de comodato y la responsabilidad del comodatario en la Jurisprudencia", *Revista de Derecho Privado, Crónica Jurisprudencial*, núm. 8, 2002, pp. 561-562, dice que a pesar de que se pueda pensar que es una figura que no despierta interés jurídico, "nada más lejos de la realidad. La incidencia práctica del comodato, en nuestros días no es escasa, porque ni el comodato ha de tener siempre por objeto bienes de poco valor ni los sujetos se limitan a un círculo tan restringido y cerrado de personas, razón por la cual relegarlo al olvido resulta, a nuestro juicio, absolutamente injustificado".

2 Vid. RABANETE MARTÍNEZ, I.: *El comodato modal y su distinción con el arrendamiento*, Valencia, 1999.

3 Así lo afirma VIVAS TESÓN, I.: "La esencial gratuidad del contrato", cit., pp. 561-562, que deja claro que el contrato de comodato es una figura olvidada por la doctrina, y maltratada por la Jurisprudencia, dado que los litigios entablados en torno a esta figura terminan a veces despachas por la vía del precario y otras veces erróneamente confundidos como arrendamiento.

4 El problema fundamental es la dificultad de configurar un determinado contrato en el que se cede el uso de un bien, como arrendamiento o como comodato. Lo que a simple vista parece una evidencia deja de serlo cuando nos encontramos ante supuestos en los cuales se estipulan contratos de comodato cuyas respectivas obligaciones denotan una cierta nota de onerosidad, o cuando en orden inverso, y con el fin de evadir, no solo las normas que imponen nuestras leyes de arrendamientos, sino también las obligaciones fiscales a las que se somete el arrendador, se acuerdan contratos de arrendamiento que carecen del requisito de onerosidad propio de ellos. Vid. al respecto, mi obra sobre *El comodato modal y su distinción con el arrendamiento*, Valencia, 1999.

conceptos de gratuidad y onerosidad. Por ello, la primera parte del estudio se centra en el análisis de dichos conceptos, no solo en atención al contrato de comodato, sino en general del acto jurídico. Las conclusiones a las que se lleguen serán aplicadas al contrato que nos ocupa y se tomarán como base en la admisión de un comodato en interés del comodante.

II. ONEROSIDAD Y GRATUIDAD.

I. Consideraciones previas.

Pocos han sido los estudios y escasa la atención que han dedicado los juristas a la fijación de unos parámetros que marquen claramente la línea divisoria entre lo oneroso y lo gratuito. Es por ello importante especificar claramente cuando nos encontramos ante uno u otro tipo de acto, pues al ser el comodato un contrato *esencialmente gratuito* deberemos precisar exactamente cuándo un acto u obligación del comodatario puede o no convertir en oneroso el contrato que en su origen era gratuito, lo que implicaría un cambio en la figura contractual de que se trata.

La imprecisión terminológica de nuestro Código, que utiliza los vocablos liberalidad, gratuito y lucrativo indistintamente, hace más difícil la construcción de una definición para cada término, y por consiguiente la elaboración de un concepto de “negocio gratuito”. A pesar de que nuestro Código Civil utiliza estos términos en numerosas ocasiones, no existe en ninguno de nuestros textos legales una definición de lo que debemos entender por oneroso o gratuito, y ni siquiera encontramos unos criterios precisos que nos permitan llegar a una conclusión segura⁵. La única referencia que ha servido de base a la doctrina para dar el concepto de contrato oneroso se encuentra en el art. 1.274 CC, que establece cual es la causa de los mismos en los contratos sinalagmáticos.

El Proyecto de 1851 definía el contrato gratuito en su art. 976 como aquél “por el cual una de las partes otorga a la otra un beneficio por pura liberalidad”⁶. Nada decía del contrato oneroso, se limitaba a describir la causa de cada una de

5 Sin embargo, los textos legales de otros países sí se preocuparon de insertar entre los preceptos de sus Códigos unas definiciones más o menos claras, más o menos exactas de lo que debemos entender por negocios a título gratuito u oneroso. Así, el Código civil francés da una definición de contratos gratuitos en su art. 1.105; establece que “le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties procure l'autre un avantage purement gratuit”; y el art. 1.106 define el contrato a título oneroso como aquel “qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose”.

También el Codice de 1865, en su art. 1.101, definía el contrato a título oneroso como aquel “nel quale ciascuno dei contraenti intende, mediante equivalente, procurarsi un vantaggio...”, y el contrato a título gratuito o de beneficencia como “quello in cui uno dei contraenti intende procurare un vantaggio all'altro senza equivalente”. Este precepto fue derogado por el Codice de 1942, por lo que actualmente no existe tampoco en el Código civil italiano ninguna norma que defina lo que deba entenderse por contrato a título oneroso o gratuito.

6 LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación Española, Codificación civil*, T. II, Madrid 1970, art. 976.

las obligaciones de las partes, dando por supuesto que se trata el oneroso de un contrato bilateral o sinalagmático⁷.

No es pacífica la doctrina cuando se trata de hallar un criterio suficiente que distinga los actos a título oneroso de los actos a título gratuito; ni siquiera las definiciones proporcionadas por otros Códigos europeos han sido suficientes para evitar que la jurisprudencia de los países respectivos, y los más eminentes autores que se han ocupado de la materia, hayan podido ponerse de acuerdo en la búsqueda de aquellos criterios necesarios para basar en ellos la distinción. En nuestro derecho esta dificultad viene acrecida por la ausencia de todo criterio legislativo.

Lo cierto es que el acto oneroso o gratuito es siempre un acto patrimonial atributivo, y la clasificación interesa por los efectos concretos y prácticos que tiene, vinculado a la capacidad de las partes para el otorgamiento de los negocios, así como también la situación de los terceros frente a dichos negocios. Una cosa hay clara y unánimemente admitida por la doctrina: la distinción opera solo dentro de aquellas situaciones jurídicas con un contenido económico. Es decir, solo en aquellas relaciones jurídicas que implican la existencia de una atribución patrimonial cabe aplicar la distinción que nos ocupa⁸. Pero, hay que tener en cuenta que la atribución patrimonial es una consecuencia, y que esta se deriva no solo de los contratos, sino que puede provenir también de un acto jurídico, de modo que el ámbito de aplicación de la distinción entre onerosidad y gratuidad se debe ceñir a las atribuciones patrimoniales, entendiendo por tales aquéllas que reúnan dos requisitos: que exista una relación cualquiera entre dos masas patrimoniales, y que esta relación entre las dos masas tenga un contenido económico⁹.

2. Tesis subjetivas.

Si bien es difícil encontrar unanimidad en la doctrina, podemos escindir las opiniones de los autores en dos grandes grupos. Pueden incluirse en un primer grupo aquéllos que centran el criterio de distinción entre los actos a título oneroso y los a título gratuito en una serie de caracteres de tipo subjetivo. Así, algunos han optado por una tesis subjetiva¹⁰, formada por la certeza de creer gratuito todo

7 DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, T. II, Madrid, 1995, p. 46.

8 Cfr. BETTI, E.: *Teoria generale delle obbligazioni*, T. III, Milano, 1954, p. 67; ALESSI, R.: "Sul concetto di causa nel negozio giuridico", *Temi Emiliana*, T. II, 1933, pp. 403 y ss.

9 En este sentido, MASSART, A.: "Gli altri contratti agrari di scambio", *Diritto Agrario Italiano*, 1975, pp. 334 y ss., al estudiar el carácter oneroso o gratuito de determinados negocios agrarios, señala que la distinción gratuidad-onerosidad alcanza no solo a los contratos, sino también a todos los negocios jurídicos y actos jurídicos que impliquen una atribución patrimonial, es decir, a todos los actos en general.

10 Partidarios de la tesis subjetivas se han mostrado los autores franceses. Ya POTHIER, R. J.: "Traité des obligations", *Oeuvres*, T. I, Bruselas, 1831, núm. 9, decía que los contratos interesados son los que se hacen por interés y utilidad recíproca, y de beneficencia, los que se hacen para utilidad de una de las partes. Así también JOSSEAND, L.: *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, París, 1928, pp. 315-375; SANCHEZ-

acto inspirado por la voluntad de preferir otro a sí mismo y oneroso el inspirado en un pensamiento interesado. Estas teorías señalan los criterios de distinción de los contratos onerosos o gratuitos dependiendo de la intención de las partes, con lo que si en un sujeto se dan las notas de liberalidad implicando un *animus donandi*, de forma que el acto se hizo desinteresadamente, es decir, solo en beneficio de una de las partes, estaremos ante un negocio a título gratuito. Esta tesis parte de la llamada por la doctrina francesa “teoría de los móviles”, según la cual la onerosidad o no de un contrato u acto dependerá del móvil que hubiera llevado a las partes a contratar¹¹.

JOSSERAND fue, indudablemente, el más ardiente defensor de la teoría subjetiva. Según este ilustre jurista, para que un acto sea concebido como gratuito, la primera de todas las condiciones, y casi la única, consiste en que proceda de una intención de liberalidad. Un acto a título gratuito es sinónimo de acto desinteresado¹².

Defensor de esta teoría en nuestra doctrina es, sin duda, SÁNCHEZ-BLANCO. Mantiene el autor que “el equilibrio del acto oneroso es solamente relativo; entre la prestación y la contraprestación no hay más que un equilibrio convencional de valor en un momento determinado según la apreciación subjetiva de las partes. Por consiguiente -añade- será preciso, en cualquier caso, averiguar si las partes han establecido o no entre las prestaciones ese equilibrio convencional de valor; con lo

BLANCO, J.: “Onerosidad, gratuidad y causa”, *Revista de Derecho Privado*, 1952, pp. 476 y ss.; BOITARD, M.: *Les contrats des services gratuits*, París, 1941.

La misma teoría parece seguir, CARNEVALI, U.: *La donazione modale*, Milano, 1969, pp. 142-143, cuando al tratar la donación modal, afirma que si el disponente de la liberalidad la hace por motivos psicológicos o por motivos movidos por un determinado sentimiento de ayuda al otro, la donación seguirá siendo tal, pero que si se le impone un modo al favorecido con el único motivo de gravarle con una obligación, esta dejará de ser tal donación y se convertirá en un contrato oneroso. En el mismo sentido, MARINI, A.: *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, Milano, 1976, pp. 70 y ss.; GRASSETTI, C.: *Donazione modale e fiduciaria*, Milano, 1941, pp. 27 y ss.

- 11 Si bien en el ordenamiento francés se habla de *animus donandi* para referirse a los contratos gratuitos y, en especial, a la donación, siendo este *animus* el elemento causal de la donación y de los actos gratuitos, en el ordenamiento germánico se habla de *causa donandi* para referirse a aquellos contratos gratuitos. Las diversas teorías están conectadas a una distinta derivación de la doctrina de la causa. La francesa más ligada al elemento subjetivo y, por tanto, a la voluntad del donante; la germánica más conectada al momento de transmisión de la propiedad: *solvendi, crediti o donandi causa*. Se ha llegado a afirmar que, en realidad, el recurso al *animus donandi* para referirse al elemento que no debe faltar en una donación o, incluso, en un contrato gratuito, indica que falta la causa, de forma que hay quienes han dicho que la donación es un acto sin causa. Entre otros, PEROZZI, S.: “Intorno alla donazione”, *Scritti Giuridici*, T. II, Milano, 1948, pp. 705 y ss. En contra, FADDA, C.: *Teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1909, p. 313; GIORGIANNI, M.: “La causa tra tradizione e innovazione”, *Causa e Consideration*, Padova, 1984, pp. 19-22.
- 12 JOSSERAND, L.: *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, cit., pp. 318-326. No obstante defender la teoría subjetiva, reconoce el autor que la distinción entre contratos onerosos y gratuitos no es fácil. Señala que la distinción entre acto oneroso y gratuito es extraordinariamente compleja, no solo por las dificultades de conocer la voluntad de las partes, sino por la relatividad de una y otra noción; relatividad que se afirma por múltiples consideraciones, pues un mismo acto puede presentarse como gratuito u oneroso, según las cláusulas que contenga o según que se atenga uno, solo a su forma o al fondo del mismo. Este jurista representa una orientación especial, y en cierto modo extrema. Habla de los motivos y piensa que de ellos debe partir la licitud de los actos jurídicos, y concibe la causa de los contratos como los móviles que matizan nuestros actos, como el fin que justifica los medios y los condena.

que desembocamos en un elemento intencional¹³. Esta doctrina, con unos u otros matices, gozó durante algún tiempo de gran prestigio y fue casi unánimemente aceptada y seguida por la doctrina francesa y alemana¹⁴.

Una doctrina minoritaria, ha mantenido una posición intermedia afirmando que si bien el criterio objetivo es fundamental para calificar un negocio oneroso o gratuito, cuando por las características esenciales del acto o por las circunstancias que lo rodean aquel criterio resulte insuficiente, podrá también investigarse la intención de las partes, los móviles que los han llevado a contratar¹⁵.

A) Crítica.

No obstante, y a pesar de las excelentes construcciones dogmáticas elaboradas por los autores que defendieron las tesis subjetivas, estas han sido puestas en duda por la mayoría de la doctrina, que afirma que es este un criterio insuficiente que intenta conceder carácter jurídico a elementos puramente interiores al sujeto¹⁶.

13 SÁNCHEZ-BLANCO, J.: "Onerosidad, gratuidad y causa", cit., 1952, p. 477. Considera que la tesis económico-objetiva que admite la onerosidad si hay ventajas para cada parte y la gratuidad si la ventaja es solo para una de las partes, es insuficiente para la distinción del contrato en oneroso o gratuito y que será necesario, por tanto, centrar la distinción en un criterio puramente intencional. Admite que la mera ausencia de contraprestación no es suficiente para la configuración de un contrato en gratuito, sino que se precisa un elemento positivo o causa específica que puede llamarse *causa donandi* o ánimo de liberalidad.

14 En la doctrina alemana, SEELER: *Glossen zur Praxis des Reichsgerichs*, Friburgo, 1890 (cit. por, SÁNCHEZ-BLANCO, J.: "Onerosidad, gratuidad y causa", cit.), defiende una teoría similar a la antes expuesta según la cual para determinar el concepto de onerosidad, debe tomarse en consideración la relación de hecho entre las prestaciones, teniendo en cuenta la intención de las partes, por lo que tendría carácter oneroso toda atribución patrimonial que, según el propósito de los otorgantes, resulte dada y aceptada como correspondencia a otra atribución realizada anterior o simultáneamente en sentido inverso y entre las mismas partes. Mantiene el jurista, que no hay ningún obstáculo para trasplantar al campo jurídico el concepto de onerosidad según el cual toda prestación efectuada o prometida, con intención de corresponder a otra, como contravalor de otra, por aquél que recibió, recibe o debe recibir esta última, constituye una correspondencia, una atribución correspectiva, y, por consiguiente, una atribución onerosa. Solamente - añade - cuando falta esta relación (intencional) de valor puede apreciarse el carácter gratuito de una prestación hecha simultáneamente o con posterioridad a otra atribución (prestación o promesa) realizada en sentido inverso por el destinatario.

15 Cfr. DISTASIO, N.: "Locazione, comodato modale, contratto innominato", *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione*, 1949, p. 130, parece mantener una teoría intermedia. Opina el autor, que la valoración de la gratuidad u onerosidad del contrato debe hacerse en relación con la causa. Pero, más tarde, añade que también podrá tenerse en cuenta la voluntad real de los contratantes, determinándose si las partes habían o no querido llevar a cabo un acto de liberalidad, o si al imponerse un *onere* habían querido imponerlo como *corrispettivo* o como elemento accesorio.

Asimismo, mantiene una teoría intermedia BOUYSSOU, M.: *Les libéralités avec charges en Droit civil français*, París, 1947, pp. 11-12. Tras hacer un breve análisis de las tesis objetivas y subjetivas, opina que las dos deben coexistir, de forma que para calificar un contrato de oneroso o gratuito, habrá que atender tanto al elemento intencional (subjetivo) como al elemento material (objetivo). Así también, LÓPEZ PALOP, E.: "La donación remuneratoria", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. III, 1945, pp. 6 y ss.

16 Así, PRADA GONZÁLEZ, J. M^º: "La onerosidad y gratuidad de los negocios jurídicos", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XVI, 1968, p. 278. opina que el criterio subjetivo "es un criterio más moral que jurídico, pues es aquella la que juzga sobre la intención mientras que esta es inoperante en Derecho, que se ocupa de las conductas exteriores con independencia de la última intención del sujeto". Contrario a las tesis subjetivas se muestra también, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, T. I, Madrid, 1996, p. 84, que entiende que la tesis objetiva es la más razonable. "Si se siguiera la tesis subjetiva -dice- tendríamos que romper la dicotomía onerosidad-gratuidad, e introducir entre los dos términos los contratos o negocios objetivamente gratuitos pero subjetivamente interesados, cuando nada indica que ese *tertium genus* quede inmune al régimen jurídico general de los negocios gratuitos, por ejemplo en cuanto a las causas de revocación, a la inoficiosidad o a tantos otros puntos".

Y debe decirse que la crítica a las tesis subjetivas es razonable, sobre todo si partimos de la premisa de que la intención no es un criterio jurídico que permita diferenciar un negocio oneroso de uno gratuito, más bien puede ser considerado como un criterio moral quedando, por ello, fuera del ámbito de lo jurídico¹⁷. Además, debemos tener en cuenta que, en muchas ocasiones, llegar a conocer la verdadera intención de las partes será tarea difícil, pues ello podría llevar a engaños y equivocaciones.

La distinción onerosidad-gratuidad no puede partir de criterios únicamente subjetivos, de forma que un contrato será oneroso o gratuito dependiendo de la voluntad intencional de las partes, de si el sujeto que llevó a cabo el acto gratuito lo hizo o no desinteresadamente. Si partimos de la premisa de que no todo acto a título gratuito implica necesariamente un *animus donandi*, gran parte de los presupuestos que sustentan la teoría subjetiva carecen de fundamento.

En efecto, si partiésemos de este criterio distintivo caeríamos en el grave error de creer que todos los actos gratuitos se llevan a cabo bajo un evidente ánimo de liberalidad. Como bien sabemos, no todos los negocios a título gratuito implican un ánimo liberal por parte del sujeto que los realiza. Así, un contrato a título gratuito puede haber sido estipulado por un mero acto de liberalidad, si el que lo realiza lo hace solo en consideración del favorecido¹⁸. Sin embargo, puede darse el supuesto de que ese mismo contrato a título gratuito se haya realizado no solo en beneficio del favorecido, sino también en el propio beneficio del que lo realiza, adquiriendo el mismo una ventaja o utilidad del contrato. Así es, si admitiésemos la distinción en atención al criterio meramente intencional de las partes, de forma que fuese necesaria la existencia de un espíritu de liberalidad o *animus donandi* para entender gratuito un negocio, nos veríamos obligados a descartar como gratuitos todos aquellos contratos que, sin cumplir los requisitos necesarios para considerarlos onerosos, careciesen del ánimo liberal.

Importante ejemplo lo encontramos en el problema que se plantea con las donaciones con carga y con las donaciones remuneratorias. Los arts. 619 y 622 establecen respectivamente que es también donación “aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado” y “que las donaciones con causa onerosa se registrarán por las reglas de los contratos y las remuneratorias por las disposiciones del presente título en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto”. El Código no usa con mucha precisión los términos, ya que “donación

17 Al respecto, y criticando las tesis subjetivas, afirma CARROZZA, P.: “Ancora sul comodato modale”, *Giurisprudenza Siciliana*, 1958, pp. 1003 y ss., que la indagación sobre la voluntad de las partes como único y exclusivo medio discriminador de la onerosidad y la gratuidad del negocio, podría llevar a la relevancia de los motivos, que el legislador no tiene en consideración; podría conducir a poner sobre el mismo plano de la causa el motivo del negocio.

18 Vid. *Infra* III. 2. B)

con causa onerosa” parece una contradicción y la “donación remuneratoria” no lleva consigo un gravamen como parece indicar el precepto¹⁹. La donación con carga es admitida por nuestro Código siempre y cuando esta no exceda el valor de lo donado, de modo que el criterio utilizado por el mismo es eminentemente objetivo, habrá que atender al valor económico de la carga y al valor del bien donado para saber si uno es mayor que el otro. En ambos supuestos se tiene presente el criterio objetivo para la inclusión o exclusión del acto dentro de la donación, de forma que los móviles que han impulsado al donante a llevar a cabo el acto son irrelevantes para ser calificado o no de donación²⁰.

Asimismo, no debemos olvidar la dificultad que plantea la prueba de la voluntad intencional a la hora de saber si efectivamente se tuvo o no ese ánimo liberal necesario para calificar un acto de gratuito. En muchas ocasiones será imposible llegar a conocer la verdadera intención de las partes, por lo que la mayoría de las veces dicha intención quedará fuera del ámbito jurídico. La admisión de la aplicación de las teorías subjetivas como único criterio distintivo entre los actos a título gratuito y oneroso, conduciría a una inseguridad jurídica constante, quedando al arbitrio del Juez conecedor de la causa el calificar de oneroso o gratuito el negocio.

De modo que, no obstante la importancia que en ocasiones pueden tener los motivos que han llevado a las partes a contratar, lo realmente relevante para el derecho es el equilibrio de las prestaciones objetivado, y no las exigencias subjetivas que han inducido a las partes a actuar un equilibrio en lugar de otro, puesto que tales exigencias quedan extrañas a la relación²¹.

3. Tesis objetivas.

A pesar de la influencia que tuvo la teoría de los móviles, la mayoría de la doctrina²² defiende las llamadas “teorías objetivas”, admitiendo que la esencia de la distinción entre contratos a título oneroso y contratos a título gratuito reside en la existencia de un equivalente de la prestación que se realiza. Esta relación de

19 Cfr. PRADA GONZÁLEZ, J. M^º: “La onerosidad y gratuidad de los negocios jurídicos”, cit., p. 277.

20 Vid. RABANETE MARTÍNEZ, I.J.: “Las donaciones remuneratorias: configuración jurídica, colación y dispensa. A propósito de la STS de España num. 473/2018, de 20 de julio de 2018”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 29, enero 2020, pp.172 y ss.

21 PINO, A.: *La excesiva onerosidad de la prestación* (traducción y notas comparativas al Derecho español de FEDERICO DE MALLOL), Barcelona, 1959, p. 85.

22 Entre otros, y con matices, defienden las teorías objetivas, MOSCO, L.: *Onerosità e gratuità degli atti giuridici con particolare riguardo ai contratti*, Milano, 1942; DUPEYROUX, J. J.: *Contribution a la théorie générale de l'acte a titre gratuit*, París, 1955, pp. 135 y ss.; MAURY: *Essair sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, París, 1920 (cit. por BOUYSSOU, M.: *Les libéralités avec charges en Droit civil français*, cit., pp. 15 y 234); PLANIOL, M - RIPERT, G.: *Traité élémentaire de Droit civil*, T. II, París 1.926, núm. 951; BAUDRY-LACANTINERIE, G. et BARDE, L.: *Trattato teorico-practico di Diritto Civile, Delle Obbligazioni* (traducción italiana con notas de PIETRO BONFANTE), Milano, s/f, pp. 14 y ss.; PRADA GONZÁLEZ, J. M^º: “La onerosidad y gratuidad de los negocios jurídicos”, cit., pp. 257 y ss.; DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, cit., pp. 82 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. I, Vol. II, Madrid, 1984, pp. 720 y ss.

equivalencia es la que excluiría el carácter gratuito de un acto convirtiéndolo en oneroso²³.

Los autores, sin embargo, se distancian al querer fijar qué deba entenderse por equivalencia, si la equivalencia entre las prestaciones debe ser económica, moral o tratarse de una equivalencia en el sacrificio de las partes. La teoría del equivalente moral no es más que un reconocimiento a las tesis subjetivas; bastará un simple interés moral de una de las partes para que desaparezca el carácter gratuito del acto y se transforme en oneroso, por lo que no es necesario reiterar lo antes dicho. Esta fue en realidad, la tesis defendida largo tiempo por la doctrina y jurisprudencia francesa.

La tesis más objetiva de todas ellas es la que defiende la equivalencia económica entre las prestaciones, exigiendo del equivalente que tenga un valor económico pecuniariamente apreciable²⁴. Es oneroso un acto si existe un equivalente pasado, presente o futuro del mismo. Según estos juristas para que un contrato sea oneroso deberá existir un sacrificio de ambas partes, pero este deberá ser económico y equivalente²⁵. Un acto será oneroso si el equivalente es económico y patrimonial, y gratuito si responde a un equivalente simplemente moral o no existe dicho equivalente²⁶. Este criterio económico fue formulado por PLANIOL²⁷, que afirmaba que el contrato es a título oneroso cuando cada una de las partes recibe alguna

-
- 23 Cfr. TILOCCA, E.: "Onerosità e gratuita", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1953, p. 63, basándose en el art. 1.101 del Código Civil italiano de 1865 dice que es negocio a título oneroso aquél en el que cada uno de los contratantes quiere, mediante equivalente, procurarse una ventaja; y a título gratuito aquél en que uno de los contratantes trata de procurar una ventaja al otro sin equivalente. En este sentido, CASTAÑ TOLBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, cit., T. I, Vol. II, pp. 720-721, advierte que "la circunstancia de que se imponga al beneficiario la obligación de realizar una prestación (carga o modo) no modifica en nada el carácter del negocio, puesto que, con arreglo a la intención del interesado esa carga no tiene la significación de una prestación equivalente".
- 24 Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil*, T. IV, Madrid, 1891, p. 394. Afirma que son contratos a título oneroso aquellos en que cada una de las partes obtiene una prestación a cambio de otra que ha de realizar y se reputa equivalente, teniendo ambos contratantes un interés pecuniariamente apreciable. Asimismo, CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Instituciones de Derecho Civil Español*, T. II, Madrid, 1930, p. 439, nos dice que "los contratos onerosos son aquellos que implican un cambio recíproco y respectivo de prestaciones".
- 25 Cfr. GUAGLIOLA, F.: "Ancora sui caratteri differenziali tra locazione, comodato e precario oneroso", *Il Foro Padano*, 1950, pp. 827-828, al estudiar las diferencias entre comodato y arrendamiento, opina que para que un contrato sea oneroso debe producirse un sacrificio para ambas partes, pero el sacrificio debe ser económico; debe haber un equilibrio económico entre las dos prestaciones. Un sacrificio que no imponga una disminución patrimonial económica no es suficiente para calificar de oneroso un contrato inicialmente gratuito; SARGENTI, M.: "Sul criterio di distinzione fra negozio oneroso e negozio gratuito", *Il Foro Padano*, 1946, p. 445; ROPPO, E.: "Voz 'Contrato'", *Digesto delle Discipline Privatistiche*, T. IV, Torino, 1989, p. 100.
- 26 En contra PRADA GONZÁLEZ, J. M^a: "La onerosidad y gratuidad de los negocios jurídicos", cit., p. 280. Critica el autor esta tesis y afirma que supone una importante restricción de los actos onerosos, ya que existen actos en que sin ser pecuniariamente apreciables la contraprestación, esta existe de hecho...Tampoco -añade el autor- parece que desde un punto de vista positivo esta tesis sea la más ajustada a nuestra realidad legislativa.
- 27 Cfr. PLANIOL, M - RIPERT, G.: *Traité élémentaire de Droit civil*, cit., núm. 951. En el mismo sentido, BAUDRY-LACANTINERIE, G. et BARDE, L.: *Trattato teorico-practico di Diritto Civile*, cit., pp. 14 y ss.; DE RUGGIERO, R.: *Instituciones de Derecho Civil* (traducción de la 4ª Edición italiana por SUÑER y TEJERRO), T. I, Madrid, 1977, p. 251.

cosa de la otra, y es a título gratuito cuando una sola de las partes procura a la otra una ventaja sin recibir nada a cambio²⁸.

Otros autores²⁹, fieles a la tesis objetiva, parten de la equivalencia de sacrificios, de forma que para que un acto sea considerado oneroso se precisa la existencia de un equivalente entre los sacrificios de las prestaciones de las partes. Partidario de esta tesis es PRADA GONZÁLEZ, quien afirma que “el primer elemento moderador es que la equivalencia debe medirse, no entre prestaciones objetivamente consideradas, sino entre los sacrificios por ellas causados”³⁰. El equilibrio, según este autor, debe darse, no entre prestaciones, sino entre sacrificios: y debe buscarse en las concretas circunstancias de las partes entre las que se produce la atribución y el sacrificio que le sirve de equivalente.

A) ¿Qué significa “equivalencia de prestaciones”?

Según la mayoría de las tesis propuestas, tanto objetivas como subjetivas, los actos y contratos serán onerosos o gratuitos en función de la ventaja o beneficio que cada una de las partes obtiene, y siempre y cuando el beneficio o ventaja de una parte sea equivalente al sacrificio que sufre la otra parte. Sin embargo, el problema de estas afirmaciones se pone en evidencia cuando nos preguntamos qué debe entenderse por beneficio o ventaja, qué por equivalente y qué por equilibrio³¹. Ni la doctrina ni la Jurisprudencia han matizado la distinción entre

28 Uno de los máximos defensores de la teoría objetiva de la equivalencia económica de las prestaciones es SANDULLI, M.: “Le nozioni giuridiche di onerosità e gratuità”, *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, T. I, 1973, pp. 394 y ss. Afirma que la equivalencia económica entre las atribuciones es un hecho superado y que es este el medio más idóneo de saber con exactitud cuando un determinado contrato es o no oneroso. Para determinar la onerosidad o no de un contrato habrá que atender a un concepto de carácter económico: el precio. Es decir, si una cierta atribución puede considerarse precio de otra nos encontraremos ante una hipótesis de onerosidad completa; de otra forma, nos encontraremos ante una hipótesis de onerosidad parcial o gratuidad. La utilización de este concepto de precio, propio del mundo económico, se justifica en cuanto es el único grado que permite una real valoración de las situaciones económicas y de su relevancia jurídica.

Defensor de la teoría del equivalente económico es también TORRALBA SORIANO, O. V.: *El modo en el Derecho Civil*, Madrid, 1967, pp. 118-119. Vid. también ADDEO, P.: “Sul concetto di equilibrio economico nei contratti onerosi”, *Diritto Commerciale*, 1921, pp. 121 y ss.

29 Cfr. PRADA GONZÁLEZ, J. M^a: “La onerosidad y gratuidad de los negocios jurídicos”, cit., pp. 257y ss.; DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, cit., pp. 82 y ss.; DUPEYROUX, J. J.: *Contribution a la théorie générale*, cit., pp. 135 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, cit., T. I, Vol. II, pp. 720 y ss.

30 PRADA GONZÁLEZ, J. M^a: “La onerosidad y gratuidad de los negocios jurídicos”, cit., pp. 343-344. Asimismo, parece confirmar esta teoría DIEZ-PICAZO cuando dice que “es oneroso un acto cuando impone sacrificios a ambas partes y, por la misma razón, ambas partes obtienen ventajas del acto. A la inversa, el acto es gratuito cuando hay sacrificio para uno y ventaja para el otro. Se puede decir - añade - que en los negocios gratuitos hay una sola atribución patrimonial y un solo desplazamiento, mientras que en los onerosos hay dos atribuciones y dos desplazamientos en sentido recíproco e inverso” (DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, cit., p. 82).

31 Cuando se trata de valorar una relación jurídica e incluirla bien en los negocios onerosos, bien en los gratuitos, la doctrina utiliza términos como “prestaciones equivalentes”, “proporcionales”, o bien “equilibrio entre prestaciones”. En ocasiones, se utilizan estos términos indistintamente, sin tener en cuenta que estas expresiones tienen significados distintos. A veces los juristas tendemos a identificar términos y expresiones que no son equivalentes, y mucho menos sinónimas. Cuando se dice que entre dos prestaciones debe existir un justo equilibrio, deben tenerse en cuenta otros factores, como los subjetivos,

contrato oneroso y contrato gratuito hasta el punto de distinguir en cada una de las prestaciones qué es lo que hay de beneficio o ventaja para el que la recibe y de sacrificio para el que la cumple. Además, establecer los criterios que maticen y definan cuando dos prestaciones son equivalentes, dependerá, en la mayoría de los casos, de la decisión judicial.

Qué debemos entender por equivalente es algo que la doctrina ha puesto en duda en numerosas ocasiones. El problema es si entre las dos prestaciones o atribuciones patrimoniales debe existir una equivalencia en el sentido objetivo de la misma o, simplemente basta que sean equivalentes en el sentir de las partes puestas en relación; o si, por el contrario, no es necesaria una equivalencia, ni objetiva ni subjetiva, para entender oneroso un determinado contrato. Así, la equivalencia es entendida por la doctrina que defiende esta tesis de diversas formas, bien como una equivalencia subjetiva, bien como una equivalencia objetiva o económica. Sin embargo, las dificultades lógicas que surgen en torno al concepto de equivalencia son numerosas.

En primer lugar, es evidente que la equivalencia no puede entenderse como una relación de carácter subjetivo o psicológico que las partes deban considerar³². Partir del equivalente moral o psicológico de los contratantes no parece ser la manera más idónea de advertir cuando un contrato es gratuito u oneroso. A poco que se reflexione, se comprende que lo que mueve a las partes a contratar o lo que cada una de ellas entienda por equivalente es diferente en uno u otro individuo. Por ejemplo, la consideración subjetiva de las partes de lo que se pague por una cosa, el precio de compra, los intereses por un préstamo, es diversa. De hecho, el sujeto que lleva a cabo un contrato oneroso, de forma que se produzca un intercambio de prestaciones, si decide realizar este cambio es porque la ventaja o beneficio, en su convencimiento, es superior o igual al sacrificio; porque de lo contrario, si tal convencimiento fuese el opuesto, el sujeto no actuaría de esta forma y, naturalmente, no estipularía una compra, un préstamo, un arrendamiento,

habrá que atender, entre otras cosas, a la capacidad económica de cada sujeto y a la necesidad del bien vendido o prestado, para saber si la prestación es equilibrada en atención a sus necesidades. Sin embargo, la equivalencia, es un término más matemático que jurídico, en cuanto hace referencia a la igualdad entre las prestaciones. Equivalencia significa "igualdad en el valor, estimación, potencia o eficacia de dos o más cosas". Dos prestaciones serán equivalentes cuando sean iguales objetiva e independientemente de los factores subjetivos. Habrá equivalencia cuando haya igualdad de valores, la prestación y la contraprestación deberán tener idéntico valor para ser equivalentes.

- 32 Como bien decía CAROPPO, A.: "Gratuità ed onerosità dei negozi di garanzia", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1961, p. 440, "la equivalencia subjetiva es un absurdo psicológico". En contra de la equivalencia subjetiva se muestra también, SANDULLI, M.: "Le nozioni giuridiche di onerosità e gratuità", cit., pp. 394 y ss. Opina el autor que no puede hablarse de una equivalencia subjetiva, porque es esta una expresión de clara contradicción en sus términos y que, en sustancia, no hace otra cosa que traducir el concepto según el cual las partes deben determinar libremente el negocio, prescindiendo del efectivo valor de las prestaciones. Asimismo, TILOCCA, E.: "Onerosità e gratuità", cit., pp. 53 y ss., es uno de mayores defensores de la equivalencia objetiva, afirmando, incluso, que la equivalencia es el único criterio determinante que diferencia los contratos en onerosos y gratuitos y que, por tanto, la falta de equivalencia constituye la única característica de la gratuidad.

que le perjudicase. Obviamente, aquí el concepto de ventaja, de beneficio o de sacrificio, no se refiere ni se mide con valores objetivos, sino meramente subjetivos, condicionado, la mayoría de las veces, a la necesidad del bien que se adquiere³³.

Afirmar que hay equivalencia de prestaciones, y por tanto negocio oneroso, cuando cada uno de los contratantes tiene un mismo interés en la prestación del otro obligado y cuando las prestaciones son equivalentes según la apreciación subjetiva de las partes, significa hacer depender la onerosidad o gratuidad de un negocio de la voluntad de las partes; y desconocer que en la valoración de un negocio, el ordenamiento jurídico pone el acento, no tanto en la apreciación subjetiva de las partes, sino en la relevancia jurídica de los intereses programados de los contratantes. El interés programado del negocio tiene una entidad objetivamente acertada, mientras que la voluntad de las partes se deduce indirectamente, del conjunto del acto o del negocio. La interpretación de la voluntad de las partes es necesaria para identificar los intereses que las partes han querido realizar; la indagación sobre la programación de los intereses sirve para resolver la causa del negocio y, por tanto, para calificar el negocio mismo³⁴.

En segundo lugar, tampoco parece factible la tesis que defiende la equivalencia objetiva de las prestaciones, de forma que un acto será oneroso o no dependiendo de si las comunes prestaciones de las partes tienen un valor económico igual o similar³⁵. De hecho, la valoración que se le dé a un determinado bien, dependerá, no solo del mercado, sino de la necesidad que se tenga de la cosa, del nivel económico que tenga cada persona. Hay personas que valoran de distinta manera la comodidad que para ellos significa servirse de una cosa, y por lo tanto, se ven movidas a contratar con diferentes precios y en diferentes condiciones, con lo cual si se siguiese un criterio eminentemente objetivo, no podría medirse la equivalencia de las prestaciones. Por ejemplo, en un préstamo de dinero (un mutuo) oneroso, los intereses que se le puedan imponer al mutuuario tendrán

33 Vid. al respecto CAROPPO, A.: "Gratuità ed onerosità dei negozi di garanzia", cit., p. 440. Señala que el criterio subjetivo de equivalencia se prestaría a las partes como medio válido de simulaciones y engaños. Y pone el ejemplo del tradicional cambio de una casa por un broche, entendido equivalente, para darse cuenta de que la valoración de la equivalencia al arbitrio de las partes como criterio discriminador de ciertas categorías jurídicas es en sí poco serio.

34 Cfr. CARROZZA, P.: "Ancora sul comodato modale", cit., pp. 1007-1008.

35 Al respecto, ADDEO, P.: "Sul concetto di equilibrio economico", cit., pp. 121 y ss., defendía una teoría según la cual no era necesario que las prestaciones de las partes fuesen exactamente equivalentes o iguales económicamente, sino que hablaba de *quasi uguaglianza*, afirmando que cuando las prestaciones fuesen más o menos similares, económicamente hablando, el contrato estipulado era oneroso.

Critica esta teoría CAROPPO, A.: "Gratuità ed onerosità dei negozi di garanzia", cit., pp. 439-440. Se pregunta el autor qué debe entenderse por *quasi uguaglianza*, ¿dónde termina la *quasi uguaglianza* y dónde comienza la *non uguaglianza*? Eso -dice- realmente se revela indefinido, y sobre todo insuficiente e inadecuado a la realidad económica y psicológica. De hecho, una relación de igualdad, para establecerse, necesita dos términos fijos: en caso de que uno de los dos términos falte, es imposible juzgarlos o enjuiciarlos (por ejemplo: la cosa no tiene un valor de mercado) o, como sucede más a menudo, que no sea determinable ni siquiera objetivamente, estando condicionado a la intensidad de la necesidad o a la esencialidad del interés individual que quiere satisfacerse. Así, por ejemplo, un vaso de agua llenado de una fuente pública no puede tener el mismo valor que un vaso de agua del cual se priva a alguien en el desierto.

diverso valor; serán más altos o más bajos dependiendo de la necesidad que se tenga de adquirir el préstamo y dependiendo de la capacidad económica que tenga el sujeto que ha solicitado el préstamo. Es obvio que si el mutuuario es una persona solvente, cuya capacidad económica es alta, y necesita el préstamo para llevar a cabo la construcción de un centro comercial (pongamos como ejemplo), los intereses posiblemente le sean más asequibles que al ciudadano medio, que necesita un préstamo para comprar una vivienda, porque su capacidad económica no le permite adquirirla sin dicho préstamo. Aun si admitiésemos que se parte, en estos casos, de un criterio puramente objetivo, deberíamos tener en cuenta, en muchas ocasiones, la capacidad económica de cada sujeto, para apreciar o distinguir una verdadera y justa equivalencia, de forma que terminaríamos, una vez más, cayendo en la teoría de los criterios subjetivos.

Es verdaderamente difícil establecer qué deba entenderse por “equivalencia de prestaciones”, si esta equivalencia debe ser meramente objetiva o deben tenerse en cuenta los elementos subjetivos que subyacen en toda relación contractual. Cuando hablamos de criterios objetivos y de equivalencia de prestaciones se nos hace cuesta arriba establecer un concepto de equivalencia que pueda ayudar a fijar los parámetros necesarios para saber en todo momento si estamos ante una equivalencia o no. Así, y ante la dificultad que rodea todo intento de establecer un concepto de equivalencia, tanto objetivo como subjetivo, parece más factible negar la necesidad de equivalencia entre prestaciones como línea distintiva entre contratos onerosos y gratuitos.

Portanto, no es necesario que para que un contrato sea oneroso las prestaciones deban ser económicamente equivalentes³⁶, que entre las prestaciones recíprocas exista una proporción económica, sea directa o indirecta, objetiva o simplemente presupuesta por las partes. Las atribuciones pueden ser de valor desigual, incluso alejadísimo, una de otra, y esto no solo sobre el plano objetivo, sino incluso sobre el plano de valoración individual de las partes, sin que por eso el negocio deje de ser oneroso. Pero, obviamente, podremos establecer un límite: serían los casos en los cuales la pretendida contraprestación sea absolutamente desproporcionada, donde la prestación o prestaciones de una parte sean irrisorias: en tal caso, podríamos hallarnos ante un contrato, no solo falto de equivalencia, sino que

36 Cfr. DE MARCHI, G.: “Onerosità e gratuità dell’avallo e delle garanzie personali in generale”, *Rivista di Diritto Civile*, 1958, pp. 639 y ss.; GATTI, S.: “L’adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive”, *Rivista di Diritto Commerciale*, T. I, 1963, pp. 424 y ss.; NICOLÒ, R.: Voz “Alea”, *Enciclopedia del Diritto*, T. I, Milano, 1958, pp. 1027 y ss.

En este sentido, afirma DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, 1991, p. 262, que “el abandono de la concepción del precio justo y el modo restringido con que el Código concede la rescisión por lesión (art. 1.94), cierra la posibilidad a un concepto puramente económico de la equivalencia de las prestaciones; más las figuras de la simulación y del negocio para defraudar la ley, a los acreedores o legítimo, han hecho que se atienda a la realidad social de la reciprocidad de intereses o, en su caso, a lo efectivo de la liberalidad, para calificar el negocio de oneroso o de gratuito”.

podría incluso faltar la interdependencia misma, por cuanto resulta *icto oculi* que la contrapartida es simplemente aparente y la contraprestación simulada³⁷.

En conclusión, cabría afirmar que para que un contrato sea oneroso no es necesario que las prestaciones sean equivalentes, ante todo porque esta equivalencia en la mayoría de los casos quedaría en manos del arbitrio judicial. Así, podemos preguntarnos: ¿debe ser necesariamente equivalente lo que A recibe de B a cambio de lo que le entregó para que causalmente el contrato sea oneroso? Evidentemente, no. El contrato será oneroso, la falta de equivalencia dará lugar a otras vías dentro de la relación contractual para propiciar el reequilibrio³⁸.

4. La causa como criterio de distinción.

No son pocos los autores que ponen la distinción entre onerosidad y gratuidad en relación directa con la causa de los contratos. Es la relación de causalidad entre dos prestaciones la que provoca que se produzca un contrato oneroso. Los juristas que siguen esta teoría exigen que entre la prestación que se considera y la ventaja o sacrificio que la convierte en onerosa, exista una relación causal³⁹. Así, la causa contractual, en cuanto representación de la función económica que está llamado a producir el contrato, no solo sería criterio de aplicación de una serie de normas, sino que se pondría de manifiesto en cuanto divide o clasifica a los contratos en onerosos y gratuitos⁴⁰.

37 Cfr. CAROPPO, A.: "Gratuità ed onerosità dei negozi di garanzia", cit., pp. 440-441

38 Por ejemplo, en la compraventa y como consecuencia de la obligación de sanear por vicios ocultos, el art. 1.486 CC otorga al comprador la opción de desistir del contrato (acción *rehabitoria*), abonándose los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio a juicio de los peritos (acción *quant minoris*). Esta acción lleva consigo un mecanismo de reequilibrio prestacional dentro del contrato.

39 Uno de los máximos representantes de esta teoría fue BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 186. En la doctrina alemana destaca HOENIGER: *Die gemischten Verträge in ihren Grundformen*, Leipsig, 1910, pp. 180 y ss. (cit. por MOSCO, L.: *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, cit., p. 181-182) quien dice que el concepto de onerosidad se haya integrado por tres elementos imprescindibles; "primero, que toda parte ha de realizar una prestación; segundo, que toda parte ha de recibir a su vez una prestación; y en tercer lugar, que las prestaciones obligatorias han de estar en relación de dependencia entre sí". En esencia: es siempre preciso que la contraprestación o ventaja se vea concretada en la existencia de una obligación.

En nuestra doctrina, LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil, Derecho de obligaciones*, T II, Vol. II, Barcelona, 1987, p. 234, entiende que del art. 1.274 CC cabe deducir que son onerosos aquellos contratos en los cuales hay un intercambio de prestaciones. DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, cit., pp. 260 y ss., clasifica los negocios en onerosos y lucrativos conforme a su causa. Así también, PUIG PEÑA, F.: *Compendio de Derecho civil español*, T. II, Pamplona 1972, pp. 396 y ss., mantiene que una apreciación de la onerosidad o gratuidad solo puede hacerse, en puridad, atendiendo a la causa. ROCA SASTRE, R. M^a.: *Estudios de Derecho privado*, T. I, Madrid, 1948, p. 523, opina que el contrato oneroso es aquél en el cual cada uno de los contratantes se atribuyen mutuamente alguna ventaja, de manera que entre ellos exista un nexo causal. VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Panorama de Derecho civil*, Barcelona, 1973, pp. 214-215, que se limita a incluir dentro de la clasificación de los contratos por su causa a los onerosos y gratuitos.

En la doctrina italiana, siguen esta teoría, PIRAINO LETO, A.: *Contratti atipici e innominati*, Torino, 1974, p. 144; STOLFI, G.: *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, pp. 73-74; DE MARTINI, A.: "Sull'ammissibilità d'un comodato modale", *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione*, T. XV, 1944, p. 91; DE SIMONE, M.: "Il contratto con prestazioni corrispettive", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1948, pp. 23 y ss.; CARROZZA, P.: "Ancora sul comodato modale", cit., pp. 1002-1004; CARIOTA-FERRARA, L.: *El negocio jurídico* (traducción, prólogo y notas de ALBALADEJO GARCÍA), Madrid, 1956, pp. 186-192.

40 Cfr. GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. C.: *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, 1979, pp. 536-545.

Esta teoría ha sido criticada por la doctrina que mantiene que la calificación oneroso-gratuito no puede hacerse atendiendo a la causa. Algunos autores niegan directamente que la onerosidad sea algo que afecte a la causa; otros dan un concepto tan amplio de onerosidad que forzosamente queda desligado de la causa; y otros, se aferran a la idea de la inexistencia de causa, afirmando que esta es inútil⁴¹.

Respecto a nuestra doctrina, influenciada por la definición que el art. 1.274 CC da de la causa de los contratos onerosos, encontramos secuelas de una cierta intolerancia a la admisión de la distinción onerosidad-gratuidad en atención a la causa de los contratos. Algunos autores mantienen que no se puede construir una teoría que distinga los contratos onerosos de los gratuitos tomando en consideración el art. 1.274 CC, porque, afirman, que lo que el precepto define es la relación sinalagmática, no el contrato oneroso⁴². En este sentido, es interesante resaltar unas breves consideraciones que podrían, en principio, otorgar el calificativo de ciertas a estas teorías. Partir de la causa de los contratos, que define el precepto citado, para marcar la distinción entre lo oneroso y lo gratuito, puede plantear ciertas dificultades: así, se ha dicho que hay que tener en cuenta que el precepto que define la causa de los contratos onerosos y gratuitos está situado en sede de contratos, por lo que su ámbito debería restringirse a los contratos, y, por analogía, a los negocios jurídicos en general, pero no a los actos jurídicos no negociales de los que también pueda predicarse la onerosidad o gratuidad y en los cuales no juega en absoluto el concepto de causa⁴³.

Por tanto, si este precepto se entendiera como consagración legislativa de que la onerosidad o gratuidad es una consecuencia o modalidad de la causa de los contratos, nos veríamos obligados a llegar a una de estas dos consecuencias: bien a entender que el concepto de onerosidad es distinto en los negocios jurídicos que en los actos negociales, de forma que en los primeros la distinción se basase en la causa, y en los segundos la distinción respondiese a criterios distintos⁴⁴; o bien

41 Vid. *Infra* III.

42 Cfr. PRADA GONZÁLEZ, J. M^º: "La onerosidad y gratuidad de los negocios jurídicos", cit., p. 319 y ss. En el mismo sentido, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, cit., p. 226, afirma que la explicación del art. 1.274 CC, referente a los contratos onerosos, sirve para los contratos sinalagmáticos, pero no para los demás. Opina el autor que, a pesar de que el precepto establece la *mera liberalidad del bienhechor* como causa de los contratos de beneficencia, existen contratos a título gratuito que no se hallan movidos por un ánimo liberal, y que sin embargo, mantienen su naturaleza gratuita (p. 83).

43 PRADA GONZÁLEZ, J. M^º: "La onerosidad y gratuidad de los negocios jurídicos", cit., pp. 319-320.

44 Cfr. PUGLIATTI, S.: "Sull'onerosità dell'avallo apposto a cambiali destinate allo sconto", *Il Foro Italiano*, 1936, pp. 88-91, mantiene una teoría según la cual en los contratos, la onerosidad o la gratuidad es un elemento de la causa del negocio, porque se realiza a través de la creación de obligaciones y el nacimiento de derechos que forman parte del esquema del negocio mismo, mientras que en los actos jurídicos la onerosidad o gratuidad -dice el autor- se ligan a la existencia o no de un sacrificio patrimonial de la otra parte.

a entender que la onerosidad o gratuidad solo son predicables de los negocios jurídicos⁴⁵.

Se han hecho otras críticas a la fijación del concepto de onerosidad en estricta ligazón con el concepto de causa⁴⁶. Sin embargo, y a pesar de los posibles inconvenientes que puede plantear la fijación del concepto de onerosidad en relación con el concepto de causa, lo cierto es que, una valoración de la gratuidad u onerosidad no puede hacerse sino atendiendo a la causa⁴⁷. No podemos dudar que, en casi la totalidad de las categorías típicas o negocios típicos, la gratuidad y la onerosidad del negocio resulta de la naturaleza de su causa.

III. ONEROSIDAD, GRATUIDAD Y CAUSA.

El problema fundamental se haya en la interpretación de lo que sea la causa. La causa constituye la más caudalosa fuente de equívocos de toda la teoría del negocio jurídico y el punto de confluencia de las más numerosas y discrepantes discusiones doctrinales⁴⁸. No es este ni el momento ni el lugar idóneo para intentar esclarecerla, sino tan solo de exponer un modesto punto de vista que, de alguna manera, ayude a comprender mejor cuáles puedan ser los parámetros que, partiendo de la teoría de la causa, justifiquen la distinción entre contratos onerosos y contratos gratuitos. Ello, con el propósito de marcar las directrices que nos permitan saber, con mayor o menor certeza, si nos encontramos ante un contrato de comodato o ante otra figura afín.

45 En este sentido PRADA GONZÁLEZ, J. M^º: “La onerosidad y gratuidad de los negocios jurídicos”, cit., pp. 318 y ss., afirma que no se pueden arbitrar criterios distintos para separar una y otra categoría en los actos y en los negocios y contratos. Cree el autor que debe evitarse esta separación pues, “siendo los efectos de la onerosidad y gratuidad los mismos, por regla general, en una u otra clase de actos, no parece haber razones que justifiquen dicha diversidad”.

46 Así, CAROPPO, A.: “Gratuità ed onerosità dei negozi di garanzia”, cit., pp. 423-424, tras afirmar que la onerosidad y la gratuidad de los negocios puede y debe hacerse atendiendo a la naturaleza de su causa, reconoce que ello plantea algunos problemas y que no siempre podrá reconocerse un negocio gratuito u oneroso atendiendo solamente a su causa. Opina el autor que, si bien la causa, por norma general, es muy útil en la clasificación de los negocios bilaterales, resulta difícilmente encuadrable en la causa de los negocios con prestación por una sola parte, es decir, en los negocios unilaterales, ya que en estos el carácter de la onerosidad cuando exista tiene su origen siempre, no en el interior del esquema negocial, en el cual, por su naturaleza, no existe más que una sola prestación, sino fuera de dicho esquema negocial, proviniendo la onerosidad de la existencia de una atribución o de una promesa extrínseca al negocio.

47 BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 319.

48 PUGLIATTI, S.: “Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico”, *Nuova Rivista di Diritto Commerciale. Diritto dell'economia. Diritto sociale*, T. I, Vol. II, 1947-48, p. 13. Asimismo, PIRAINO LETO, A.: *Contratti atipici e innominati*, cit., p. 144, afirma que la valoración de la gratuidad u onerosidad de un contrato, debe hacerse en atención a la causa del contrato, es decir, a la función económico social que el contrato mismo está destinado a cumplir”.

I. La teoría de la causa.

A) Las doctrinas de la causa.

La teoría de la causa, en los últimos tiempos, se ha encontrado sometida a la acción de dos corrientes de sentido opuesto. La primera, conjuga la confluencia de factores psicológicos y morales y afirma que la causa es la razón o motivo decisivo que induce a negociar, el fin particular cuya consecuencia impulsa a realizar el negocio⁴⁹.

DOMAT⁵⁰, al que se le atribuyó la cualidad de creador de la doctrina de la causa, y a quien se hizo responsable por parte de la mayoría de los civilistas del mal giro que tomó la teoría de la causa, la definía como “un motivo justo y razonable”. La obligación de aquél que dona -afirma- tiene su fundamento en cualquier motivo razonable y justo, y este motivo puede hacer las veces de causa; por ejemplo, un servicio prestado al donante, cualquier mérito del donatario y, finalmente, el mero placer de realizar un bien⁵¹. Sin embargo, CAPITANT⁵², será el que consagre la clásica idea de que la intención, el propósito que ha llevado a las partes a contratar, es la causa del contrato. Construye su teoría afirmando que la causa en cada parte contratante es la voluntad de obtener la ejecución de la prestación, de forma que para que intervenga la causa, será necesario que se consiga el resultado querido por las partes.

Entre nosotros, defensor de la teoría subjetiva es SÁNCHEZ-BLANCO, en cuya obra, al tratar la onerosidad y la gratuidad, hace un recorrido por la teoría de la causa, admitiendo que la causa ha de ser buscada en la mente de los contratantes. Dice que la causa es “una necesidad lógica y psicológica, no ya del negocio jurídico, sino de todo acto humano... La causa final, necesaria en todo negocio, es la representación, en la mente del sujeto que quiere realizar una atribución, de un fin distinto de la atribución y ulterior a ella, que quiere y espera conseguir como consecuencia o efecto inmediato de la atribución negocial querida. Es decir, el sujeto tiene la intención de conseguir un resultado y cree, acertada o equivocadamente, que ese resultado propuesto se producirá como efecto necesario de la atribución

49 Estas teorías fueron seguidas por la mayoría de la doctrina francesa. Es esta la teoría clásica de la causa, reinante durante muchos años en los estudios realizados en torno a su naturaleza. Se apoya en el carácter subjetivista de la misma e incluso llega a producirse una cierta confusión con el consentimiento y el objeto de los contratos. Así, aparece la causa como “motivo determinante” de la obligación. En este sentido, IONASCO, T. R.: “Las recientes destineés de la theorie de la causa”, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1931, p. 60, limita los fines incluidos en la noción técnica de la causa a que el fin de la voluntad, como fin inmediato de la obligación, debe cumplir cierto papel en el contrato, de hacer el contrato mismo, y por ello contenido dentro de él en forma de una condición o garantía, cualidad o particularidad de hechos. Vid. también JOSSERAND, L.: *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, cit., pp. 158.

50 DOMAT, M.: *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, T. I, París, 1777, pp. 27 y ss.

51 ID., p. 28, núm. VI.

52 CAPITANT, H.: *De la cause des obligations*, París, 1923.

patrimonial. En consecuencia, quiere realizar la atribución como medio de obtener el fin propuesto. Por consiguiente, la representación del fin es la causa de la voluntad negocial, la causa del negocio”⁵³. Y, afirma rotundamente, que la causa radica en la intención y en los motivos del sujeto.

Una segunda corriente tiende a limitar el campo de acción de la causa bajo la influencia del factor económico que, por razones de seguridad jurídica, se inclina a una admisión extensa del negocio abstracto y a la que podríamos agregar un matiz objetivo diametralmente opuesto al carácter eminentemente subjetivo de las doctrinas que giran en torno de los factores psicológicos indicados⁵⁴. Son principalmente los autores italianos los que defienden el carácter objetivo de la causa. Pero, la teoría objetiva no está formada por una única idea de lo que sea la causa, sino que, al contrario, son muchas las posiciones adoptadas por los autores que la defienden. La causa, según estos juristas, es un elemento invariable para cada tipo de negocio, de modo que es inmutable, no pudiéndose celebrar un determinado contrato con una causa dependiendo de los motivos que han impulsado a las partes a contratar. Desde esta perspectiva, se entiende la causa como el fin práctico del negocio, como la razón económico-jurídica del negocio, como la función económico social del negocio o, incluso, como el efecto jurídico por el cual la voluntad se manifiesta.

Entre los autores que defienden estas teorías encontramos ideas y concepciones de la causa diversas, matizadas por cada autor⁵⁵, lo que ha provocado en la

53 SÁNCHEZ-BLANCO, J.: “Onerosidad, gratuidad y causa”, cit., pp. 476 y ss. Critica el autor las tesis objetivas afirmando que estas tesis lo que hacen es invertir los términos de la cuestión. “La causa objetiva -dice- no es más que la abstracción de una pluralidad de causas subjetivas idénticas”. Afirma que la admisión de las teorías objetivas llevaría consigo la necesidad de rechazar tanto los negocios abstractos como los atípicos y que, además, tal admisión deja sin sentido la presunción de causa que contiene nuestro art. 1.277. “Finalmente -añade-, y esto es lo más importante, lo que los objetivistas llama causa no es la causa (final) generadora del negocio, es decir, de la voluntad negocial, sino la causa final de la voluntad del legislador de proteger y reconocer eficacia al negocio jurídico”.

54 Cfr. MESSINEO, F.: *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, pp. 234 ss., mantiene una postura netamente objetiva. Afirma el autor que la causa es la “función económico-social” que el contrato cumple y que esta consiste en la modificación de una situación existente que el derecho objetivo considera importante para sus propias finalidades; DE RUGGIERO, R.: *Instituciones de Derecho Civil*, cit., pp. 279-282, considera la causa como el fin práctico que persigue todo negocio, como función económico-social del negocio; PUGLIATTI, S.: “Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici”, *Saggi sul Diritto civile*, Milano, 1951, pp. 79-80, mantiene que el concepto de causa solo puede ser construido convenientemente desde un punto de vista objetivo. La noción de la causa en un sentido subjetivo -dice el autor- es un residuo de la tendencia, en parte superada, a reconducir los conceptos jurídicos a la voluntad, transgrediendo la sola y verdadera fuente formal: la norma. Asimismo podemos citar, entre otros, a DUSI, B.: *Diritto delle obbligazioni e contratti speciali*, Modena, 1906-1907, pp. 276 y ss.; BONFANTE, P.: “Il contratto e la causa del contratto”, *Scritti giuridici varii*, T. III, Torino, 1921, pp. 125-134; DEIANA, G.: “Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell’obbligazione”, *Rivista di Diritto Civile*, 1938, pp. 39 y ss.; ROCA SASTRE, R. M^º: “La causa en el negocio jurídico”, *Estudios de Derecho privado*, T. I, Madrid, 1948, pp. 49 y ss.; STOLFI, G.: *Teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 28 y ss.; GIORGIANNI, M.: “Voz “Causa (diritto privato)”, *Enciclopedia del Diritto*, T. VI, Milano, 1960; ID., *La causa del negozio giuridico*, Milano, 1961. Importante es la concepción objetiva de la causa que mantiene VENEZIAN, G.: *La causa nei contratti*, Roma, 1892.

55 BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 183 y ss., es el máximo representante de la teoría objetiva. Entiende el autor que la causa es la razón del negocio, y se identifica con la función económico social del negocio entero, considerado, con independencia de la tutela jurídica, en la síntesis de sus

doctrina más reciente un confusionismo generalizado, llegando incluso a negar la existencia de la causa en los negocios jurídicos, defendiéndose las llamadas teorías “anticausalistas”, según las cuales la causa es algo perfectamente inútil⁵⁶.

La primera razón de confusión depende de la multiplicidad de sentidos que se le dan al término causa. Es este un término utilizado comúnmente en el lenguaje jurídico, pero del cual es difícil precisar su significado. De hecho, se habla de causa como “razón psíquica” determinante del acto; como “fuente de obligaciones”; como “tipo o categoría formal” de un determinado negocio; como modelo o esquema del negocio (causa *finalis*); como “causa de la disposición patrimonial”; como “función económico social”; y, como causa en sentido técnico, es decir, como “requisito del contrato”.

Se ha dudado incluso acerca de la unidad o pluralidad de causas negociales. Algunos autores distinguen tres tipos de causa; la causa de la obligación, la causa de la atribución y la causa del contrato⁵⁷. Otros diferencian entre causa del negocio y causa de la obligación⁵⁸. También hay quien trata la causa, no solo como causa de la obligación, y causa del negocio, sino que además tiene en cuenta el objeto del

elementos esenciales, como totalidad y unidad funcional, con lo que se explica el ejercicio de la autonomía privada. La causa es la función de los intereses sociales de la autonomía privada.

56 El ataque más serio contra la causa parte de DABIN, J.: *La teoría de la causa* (traducción de FRANCISCO DE PELSMACKER y adaptada al Derecho español por F. BONET RAMÓN), Madrid, 1955. Afirma el autor que la causa debe desaparecer en la doctrina, e intenta que sea la jurisprudencia precisamente la que demuestre esta necesaria desaparición, que puede y debe ser sustituida por la de motivo y la de objeto. Puede verse también al respecto DE LOS MOZOS, J. L.: “La causa del negocio jurídico”, *Revista de Derecho Notarial*, 1961, pp. 309 y ss., que refiriéndose al estudio histórico de la causa dice: “De tal modo se llevaría a nuestro ánimo el convencimiento de que la teoría de la causa es tan solo un mero accidente: que nació muerta, y que si ha logrado mantenerse hasta ahora ha sido a fuerza de artificios; pero que fácilmente se la deformaría si se pretendiese encontrarle algún sentido”.

La tesis anticausalista supone la objeción contra la causa como requisito necesario autónomo, establecido por el Derecho positivo (ALBALADEJO GARCÍA, M.: *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958, pp. 206-207). Los anticausalistas parten de la premisa de que la causa no es necesaria si tenemos en cuenta que el consentimiento mismo la suplente, que es la voluntad misma la que constituye el fin del negocio. Es cierto que no hay declaración de voluntad sin causa, pero hay que tener presente que la causa queda fuera de la declaración de voluntad y que esta no es ni constituye un fin por sí mismo, sino que ha sido realizado en vista de un fin determinado, querido por las partes.

ROCA SASTRE, R. M^º: “La causa en el negocio jurídico”, cit., p. 51, mantiene una posición crítica ante los anticausalistas. Afirma, tras decir que la posición anticausalista es equivocada, pues pretenden eliminar la causa identificándola con el consentimiento mismo o con el objeto, que estos “olvidan la singular característica de los negocios jurídicos de tráfico patrimonial, que no se realizan por el significado que ofrezca su consideración inmediata y aislada, sino en vistas a otras consecuencias jurídicas que la ley permite; así, la transmisión de una cosa, si bien en todo caso provoca la incorporación de la misma al patrimonio del bien adquirente, puede provocar a la vez la extinción de una deuda, o por el contrario, un simple enriquecimiento. Por tanto, el fin que el negocio cumple depende del elemento intencional que lo determina en su origen”.

57 Cfr. DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: “El concepto de causa en el negocio jurídico”, *Anuario de Derecho Civil*, 1963, pp. 26 y ss., dice que la aclaración del concepto de causa solo es posible partiendo de una diferenciación y considerando como cosas distintas: causa de la atribución, causa de la obligación y causa del negocio. Le sigue LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La nulidad contractual. Consecuencias*, Valencia, 1995, pp. 342 y ss.

58 Cfr. SANCHO REBULLIDA, F.: “Notas sobre la causa de la obligación en el Código Civil”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1971, pp. 663 y ss. Resalta el autor que podemos hablar de dos tipos de causa: la causa de la obligación, que es “la razón objetiva e inmediata, aprobada por el Derecho, del obrar jurídico de quien se obliga”; y la causa del contrato, que es “el propósito buscado por las partes y determinante de la conclusión del contrato”. Siguen la misma corriente, ALBALADEJO GARCÍA, M.: “La causa”, *Revista de Derecho*

negocio jurídico⁵⁹. Otros mantienen que la causa es un elemento de la obligación, y que no existirá contrato cuando la obligación que se establezca no tenga causa⁶⁰. Y otros hablan de dos tipos de causa: la objetiva (genérica o inmediata), y la subjetiva (concreta o mediata), afirmando en último extremo que la causa es la función económico social concreta querida por las partes contratantes, siendo, por tanto, parte de ella el motivo determinante incorporado; algo, pues, subjetivo-objetivo⁶¹.

B) Qué sea la causa.

Para la validez de un contrato es necesaria, aparte de la voluntad concorde de las partes y de un objeto cierto, una causa, que el art. 1.261 CC eleva a requisito esencial de los contratos. La causa debemos buscarla en el negocio, es elemento intrínseco al negocio, inmanente, del cual el negocio viene individualizado. La causa es, por tanto, elemento objetivo, por medio del cual un determinado negocio se distingue de otro negocio⁶². Exactamente, se puede decir que la causa es función objetiva individualizadora de cada negocio. Es decir, que cada negocio tiene su propia causa.

Cuando alguien promete, dispone, acepta o renuncia, no lo hace simplemente por obligarse a algo, sino que lo hace por alguna razón, porque quiere comprar un bien, venderlo, donarlo, o darlo en préstamo. Todo acto jurídico tiene una finalidad. Todo negocio se lleva a cabo por unos intereses específicos. Siempre hay una razón práctica, motivada por ciertos intereses, que lleva al sujeto a realizar determinado acto. Así, por ejemplo, en la compraventa, la razón o causa del contrato es el cambio de la cosa por el precio (la persona que compra un bien, y paga un precio por ello, lógicamente lo hace esperando que a cambio del precio le sea entregado ese bien). La transmisión de la propiedad del bien y la obligación de pagar el precio son la una justificación de la otra: la primera justifica el desembolso de dinero del comprador; la segunda justifica el hecho de que el vendedor se deshaga de la propiedad de un bien⁶³. En todo negocio, analizando su contenido,

Privado, 1958, pp. 321 y ss.; LALAGUNA DOMINGUEZ, E.: "Sobre la causa de los contratos", *La Ley*, T. IV, pp. 1016 y ss.

Sin embargo, en antítesis, encontramos autores que no solo no diferencian entre causa de la obligación y causa del contrato, sino que las confunden, apareciendo estas como sinónimas. Así, POTHIER, R. J.: "Traité des obligations", cit., núm. 43, que entiende que el riesgo que se asume también puede ser la causa de los contratos. De hecho, ya DOMAT, M.: *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, cit., pp. 27 ss., había dicho que el contrato oneroso es aquél en el que la obligación de cada una de las partes constituye el fundamento o la causa de la obligación de la otra parte.

59 Cfr. DE LOS MOZOS, J. L.: "Causa y tipo en la teoría general del negocio jurídico", *Anuario de Derecho Civil*, 1970, pp. 739 y ss.

60 Esta es la posición de CAPITANT, H.: *De la cause des obligations*, cit., pp. 19 y ss.

61 Cfr. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H.: "Comentario a la sentencia del TS de 30 de diciembre de 1985", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 10, 1986, pp. 138 y ss.; JORDANO BAREA, J. B.: "La causa en el sistema del Código Civil Español", *Centenario del Código Civil*, T. I, Madrid, 1990, p. 1056.

62 PUGLIATTI, S.: "Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico", cit., p. 17.

63 GALGANO, F.: "La causa", *Diritto Civile e Commerciale*, T. II, Vol. I, Padova, 1990. p. 170.

se puede distinguir una reglamentación de intereses en las relaciones privadas, y concretada en ella una razón práctica típica inmanente a ella, una “causa”, un interés social a que aquélla responde⁶⁴.

La causa es la razón práctica del negocio, la función económico social⁶⁵ que el negocio está destinado a cumplir. Y la función económico social es el “para qué” se realiza un negocio, es el “por qué” de ese negocio, la justificación del acto de la autonomía contractual⁶⁶. Desde luego, debemos entender la causa como “causa final”⁶⁷, como el fin que se pretende conseguir con el negocio⁶⁸. Según el carácter de la función económico social que informa su contenido, se pueden distinguir los contratos a título oneroso de los contratos a título gratuito.

Aquéllos que identifican la causa con el elemento subjetivo del negocio, bien con el consentimiento, bien con la voluntad y los motivos que han inducido a las partes a contratar, ponen en un mismo plano la causa del negocio y los motivos que han impulsado dicho negocio. Ello porque se confunden los motivos con la causa, de forma que para algunos autores la causa de un contrato es “un motivo justo y razonable”⁶⁹. Debe quedar presente que la causa es independiente de la voluntad de los contratantes, y es completamente distinta del motivo. La causa nada tiene que ver con los motivos⁷⁰. El motivo es un elemento subjetivo personal e independiente, que opera en el ánimo del contratante y que lo impulsa a concluir un contrato, pero que no trasciende a ese contrato⁷¹, es la representación que obra en el ánimo de un determinado futuro contratante⁷².

64 Cfr. BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 173.

65 En este sentido, BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 183 y ss., mantiene que la causa del negocio, considerada bajo su aspecto social, hecha abstracción de la sanción del Derecho, es, propiamente, la función económico-social que caracteriza el tipo de negocio como acto de autonomía privada (típica en este sentido) y determina su contenido mínimo necesario.

66 GALGANO, F.: *El negocio jurídico* (traducción española de PRATS ALBENTOSA, L. y Blasco Gascó, F.), Valencia, 1992, p. 106, afirma que “la causa es la justificación económico social del acto de la autonomía contractual”.

67 Para un estudio del significado de causa final, en relación con la causa eficiente, Vid. DESANTES GUANTER, J. M^a: “Una reelección sobre la causa”, *Anuario de Derecho Civil*, T. VIII, Vol. II, 1955, pp. 523-535.

68 En este sentido, afirma ALBALADEJO GARCÍA, M.: “La causa”, cit., p. 318, que “La causa es el fin inmediato y objetivo a que la atribución se dirige: porque la atribución es un mero medio de alcanzar aquel fin; es decir, no tiene su justificación en ella misma. No se realiza solo por enriquecer, sino que se enriquece *por algo*. Como resultado inmediato, la atribución produce un enriquecimiento al que la recibe, y la *razón o fin* de este enriquecimiento es la causa de aquélla. Habiéndose adoptado como término técnico jurídico el de *causa*, que deriva del Derecho romano, y ha llegado a significar, para la Ciencia del Derecho, fin jurídico, por contraposición a motivos de hecho o a cualquier otra clase de fin. Así -añade- por ejemplo, si transferimos una suma a A (lo enriquecemos) *para* pagarle lo que le debíamos, o, por ejemplo, nos obligamos hacia él (lo enriquecemos) para que, a su vez, se obligue a otra cosa hacia nosotros. Y no se explicaría que le transmitiésemos la suma, simplemente por transferírsela, o que nos obligásemos hacia él simplemente por obligarnos”. ROCA SASTRE, R. M^a: “La causa en el negocio jurídico”, cit., p. 49, afirma que “la causa es el fin, finalidad u objeto que mueve, induce o determina a realizar un negocio”.

69 Cfr. DOMAT, M.: *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, cit., pp. 28 y ss.

70 Afirma, MARTÍN BALLESTERO, L.: *De la causa en los negocios jurídicos contractuales*, Madrid, 1956, p. 21 que “La causa no tiene que ver con los motivos, no es fin, no es intención. La voluntad y su emisión enciérranse dentro de los límites del consentimiento”.

71 DESANTES GUANTER, J. M^a: “Una reelección sobre la causa”, cit., p. 533.

72 MESSINEO, F.: *Dottrina generale del contratto*, cit., p. 236.

La causa debe ser considerada como elemento común de los contratantes, y no como elemento individual, como es el motivo. Los motivos que hayan llevado a las partes a contratar son, normalmente, diferentes. Cada parte contratante tendrá un interés diverso, y el fin que pretendan conseguir con la realización de lo convenido, evidentemente, será distinto⁷³. Los motivos son variables, no solo de sujeto a sujeto, sino de tiempo a tiempo en un mismo sujeto, y se hayan influenciados por factores externos que inducen a cada parte a hacer algo en un determinado momento. La causa, o es común en el negocio de dos o más partes, o aun siendo individual en el negocio de una sola parte ha sido dada a conocer a los destinatarios del negocio a fin de que sea aceptada por ellos con el negocio entero⁷⁴. La causa es el presupuesto objetivo⁷⁵ del contrato, mientras que los motivos son las razones psicológicas que hayan podido impulsar a las partes a contratar, que son totalmente irrelevantes para el derecho⁷⁶. De hecho, el mismo Tribunal Supremo ha distinguido, en numerosas ocasiones, la causa de los motivos, reiterando el carácter objetivo de la misma⁷⁷, aunque también haya mantenido

73 Cfr. FERRARA, F.: *Teoría dei contratti*, Napoli, 1940, pp. 131-132, opina que los motivos constituyen un antecedente lógico y psicológico determinante del acto, el presupuesto del consentimiento, pero no debe confundirse con la causa del contrato.

74 DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: "El concepto de causa en el negocio jurídico", cit., p. 32.

75 Al respecto, la STS 31 enero 1991 (RAJ 1991, 521), afirma que "la causa, según reiterada jurisprudencia, tiene carácter objetivo, estando constituida por el fin que se persigue en cada especie contractual, no por los motivos que impulsan a cada parte a contratar, cual se desprende de la descripción -pues no puede calificarse de definición- que contiene el art. 1.274, norma que se refiere a la *prestación o promesa* de una cosa o servicio por la otra parte en los contratos onerosos". Ya la STS 20 enero 1965 (RAJ 1965, 160) dijo que "la ley, para garantizar el orden jurídico y la seriedad de las convenciones, cuando se ocupa de la causa atiende solo a la finalidad del contrato, *finis operis*, y no a la del contratante *finis operantis*, así aparece con toda claridad en el art. 1.274 del Código Civil, al regular la causa de los contratos onerosos...sin atender para ello al fin particular perseguido por el agente".

76 Respecto a la crítica de los motivos, opina BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*. cit., pp. 171 y ss., que, una confusión entre causa y motivos individuales es inadmisibles en el negocio a título gratuito, no menos que en el negocio a título oneroso (donde es indiferente, por ejemplo, que alguien compre porque tenga necesidad de la cosa o porque quiera hacer un servicio al vendedor). Aunque en el caso concreto se encuentren ligados por un nexo psicológico a la voluntad de disponer y al consentimiento, que ellos determinan y proyectan hacia la causa, sin embargo, los motivos simplemente individuales no son elementos constitutivos de ella. Justamente por individuales son esencialmente subjetivos e internos, contingentes, variables, múltiples, diversos y, frecuentemente, también contradictorios. Como tales, son imponderables y, a diferencia de la causa, no admiten una valoración social mientras no sean elevados a contenido del negocio; quedan, por tanto, intrascendentes también para el Derecho. En este sentido, Dusi, B.: *Diritto delle obbligazioni e contratti speciali*, cit., p. 276, afirma que la causa es el presupuesto objetivo del contrato, es la transformación jurídico-económica que con el contrato se quiere obtener...La palabra causa no debe acogerse nunca como significado del motivo interno que ha inducido a cada una de las partes a hacer una determinada declaración, porque en general estos motivos internos no tienen ninguna importancia jurídica.

77 Así, la STS 1 abril 1982 (RAJ, 1982, 1930) señala que "aunque nuestro Código sustantivo no da un concepto genérico de causa del contrato, la aplica, sin embargo, a las distintas categorías del contrato, entendiendo por causa en los contratos onerosos para cada parte contratante, como preceptúa el art. 1.274, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte, de suerte que, aunque ella es de estimar como la explicación y móvil del contrato, relacionado con el fin de este, y más aún con los motivos, con los cuales suelen confundirse, no obstante la diferencia existente entre la causa y los motivos es evidente, pues aquélla es la razón del contrato y estas son razones particulares de un contratante, que no afectan al otro y, por tanto, no impiden la existencia de una verdadera causa distinta". Así también, la STS 4 enero 1991 (RAJ 1991, 106) manifiesta que "la jurisprudencia de esta Sala ha diferenciado muchas veces la causa de los motivos, pues mientras la causa en los contratos onerosos se describe en el art. 1.274, los motivos son los móviles o impulsos puramente subjetivos de los contratantes, ordinariamente irrelevantes y sin transcendencia jurídica, a menos que se incorporen a la declaración de voluntad, lo que no se hizo en el caso ahora discutido; por lo que el principio de seguridad jurídica obliga al intérprete a no

que si bien la causa debe ser entendida en su sentido objetivo, los motivos podrán tenerse en cuenta y llegar a tener repercusión jurídica cuando sean reconocidos y exteriorizados por los contratantes elevándolos a modo o condición⁷⁸.

Además, no se deben confundir los motivos con los fines que podríamos llamar “subjetivos”. Los sujetos, además de tener sus motivos, buscan, mediante un determinado negocio, la consecución de determinados fines subjetivos. Aunque una cosa sea el fin y otra el motivo, no cabe duda de que la consideración o representación del fin propuesto constituye el motivo que impulsa a la formación de la voluntad encaminada a conseguirlo. Al igual que los motivos, esos fines subjetivos son, en principio, jurídicamente irrelevantes, y solo adquieren importancia para el Derecho

Se trata de saber por qué y para qué se ha realizado determinado negocio, y cuál es el fin que se persigue con ello, dejando a un lado todo aquello que no afecte a la consideración jurídica o caracterización del negocio, aquello que sean simples razones particulares de un contratante que no afecten al otro, que son los motivos.

2. El art. 1.274 del Código Civil.

El Código Civil español en el capítulo II del título II del libro IV, bajo la rúbrica “De la causa de los contratos”, intenta definir cuál sea la causa de los mismos. El primer artículo de esta sección, en un intento de esclarecer el problema recuerda qué debemos entender por causa del contrato oneroso, y qué por causa del

reconocer beligerancia a los motivos, como circunstancias externas al acto contractual, salvo que hayan sido reconocidos por ambas partes o la ley mande contemplarlos expresamente”. En el mismo sentido, la STS 8 mayo 1991 (RAJ 1991, 3577) en un caso de compraventa, afirma que “como en tantos otros supuestos, no coinciden aquí en la cuestión debatida Derecho y Economía, y el mundo jurídico no puede ser determinado en este caso por los aspectos económicos. A estos aspectos corresponden los móviles del contrato para el comprador, que carecen de influencia para determinar la causa jurídica del contrato en litigio y quedan en la esfera interna del comprador sin transcendencia alguna para el vendedor; ya que en aquella causa, según el Código Civil, como contrato oneroso, consiste para el recurrente en recibir la cosa, prestación ya efectuada, y para la recurrida en recibir el precio, contraprestación que aún no ha recibido”. Vid. también SSTS 6 mayo 1892 (JC 1892, 136); 24 febrero 1904 (JC 1904, 68); 23 noviembre 1920 (JC 1920, 115); 5 marzo 1924 (JC 1924, 105); 20 enero 1965 (JC 1965, 13); 15 febrero 1982 (RAJ 1982, 689); 8 julio 1983 (RAJ 1983, 4122); 29 noviembre 1989 (RAJ 1989, 7921); 19 noviembre 1990 (RAJ 1990, 8956); 31 enero 1991 (RAJ 1991, 521); 8 mayo 1991 (RAJ 1991, 3577).

78 Así, la Sentencia de 30 de diciembre de 1985 (RAJ 1985, 6640) ha señalado que para calificar un contrato de oneroso o gratuito habrá que atender al art. 1.274 CC, “que tiene ciertamente un sentido objetivo...ajeno a la intención o finalidad subjetiva de los contratantes, que la Jurisprudencia clásica tuvo buen cuidado en mantener, pero que es totalmente compatible con la posibilidad de que los móviles o motivos particulares puedan llegar a tener transcendencia jurídica, cuando se incorporan a la declaración de voluntad en forma de condición o modo, viniendo a constituir parte de aquélla, a manera de causa impulsiva y determinante, tanto de su licitud, como de su ilicitud, siempre que sean reconocidos por ambos contratantes y exteriorizados o al menos relevantes”. Y la STS 30 septiembre 1988 (RJA 1988, 6937) ha dicho que “aunque la causa tiene carácter objetivo, pueden tener los móviles o motivos repercusión jurídica, siempre que sean reconocidos por ambos contratantes, que los elevan a condición determinante del pacto concretado, reconocimientos que han de constar debidamente documentados”. Vid. SSTS de 7 marzo 1953 (RAJ 1953, 586); 23 noviembre 1961 (RAJ 1961, 4115); 7 noviembre 1983 (JC 1983, 558); 21 noviembre 1988 (RAJ 1988, 9038).

gratuito⁷⁹. Sin embargo, no es este precepto un ejemplo de corrección, sino al contrario, atacado por todos sus flancos, ha sido objeto de numerosas críticas por la doctrina española. La incuestionable desafortunada redacción del mismo me lleva, una vez más, a advertir al lector de sus anomalías.

Es este precepto el impulsor de la teoría causalista en cuanto a la diferencia onerosidad-gratuidad en nuestra doctrina. De hecho, la teoría que defiende la relación de causalidad entre prestaciones para que se den las notas de un contrato oneroso se halla influenciada, entre nuestros juristas, por el art. 1.274 CC que, usando el término “oneroso” y pensando en el sinalagma o interdependencia de obligaciones, alude a la causa de las obligaciones derivadas de los contratos sinalagmáticos conforme a la tesis de la “mutua causalidad”.

Es decir, a pesar de ser este artículo el punto de partida de muchos para conducirnos a un concepto de contrato oneroso, cuando el mismo establece que en los contratos onerosos será causa “para cada parte contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte”, es indudable que a lo que se está refiriendo es a los contratos sinalagmáticos, a la causa en los contratos sinalagmáticos. Ciertamente que todo contrato sinalagmático es necesariamente oneroso, pero no es válida la afirmación inversa.

Pero, no es esta la única imprecisión que comete nuestro legislador al redactar el precepto. Aunque la intención haya sido buena, el artículo no nos suministra un concepto de causa, sino que se limita a ofrecer tres tipos o tres criterios de distinción entre la causa de los contratos onerosos, los remuneratorios y los gratuitos, ciñéndose al elemento objetivo como criterio de diferenciador en los contratos onerosos y al subjetivo en los gratuitos. Así como la distinción que establece entre contratos remuneratorios y contratos de pura beneficencia.

A) Unilateralidad como sinonimia de gratuidad: onerosidad, bilateralidad y sinalagmaticidad.

Aunque la distinción onerosidad-gratuidad la hagamos en relación directa con la causa del contrato, debemos ser conscientes que el art. 1.274 CC no nos dice qué deba entenderse por contrato oneroso. Más bien podemos decir que el precepto está operando sobre la errónea sinonimia entre onerosidad y sinalagmaticidad, gratuidad y unilateralidad. La confusión ha llevado a algún sector de la doctrina a sostener que el precepto citado establece lo que deba entenderse por contrato oneroso, afirmando que bilateralidad y onerosidad son conceptos sinónimos y

⁷⁹ Establece el art. 1.274 CC que: “En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor”.

equivalentes olvidando que, en todo caso, lo que la citada norma define no son los contratos onerosos, sino la causa de los mismos en los contratos sinalagmáticos.

La pretendida equivalencia onerosidad-bilateralidad ha sido importada por nuestra doctrina de los juristas germánicos. De hecho, esta teoría hizo su aparición en el seno de la doctrina germánica, que estima que el contrato oneroso consiste en obligarse al cumplimiento de recíprocas obligaciones. Incluso algunos autores advierten que los negocios onerosos producen una reciprocidad entre prestación y contraprestación y ponen la característica del contrato oneroso en la contraposición de dos obligaciones, cuyo cumplimiento se halla mutuamente condicionado. Se ha llegado a afirmar que onerosidad equivale a bilateralidad, hasta el punto de sustituir los términos “gratuito” y “oneroso” por los vocablos “unilateral” y “bilateral”⁸⁰. Sin embargo, esta tesis no ha sido bien acogida por parte de la doctrina científica⁸¹, que mantiene la distinción onerosidad-bilateralidad y gratuidad-unilateralidad.

Lo cierto es que la confusión onerosidad-bilateralidad, parte de la pretendida sinonimia contrato bilateral y contrato sinalagmático⁸². Sin embargo, bilateralidad

80 Asi, HEDEMANN, J.W.: *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, Berlín 1903, p. 699, cit. por Mosco, L.: *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, cit., pp. 180 y ss. A extremas consecuencias en este sentido llega HOENIGER, para quien el sinalagma supone onerosidad inmediata, considerando esta como “ligamen indisoluble de obligaciones” (HOENIGER.: *Die gemischten Verträge in ihren Grundformen*, cit., pp. 180 ss., cit. por Mosco, L.: *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, cit., pp. 181-182).

Asimismo, Mosco, L.: *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, cit., parece admitir que todo contrato bilateral es oneroso. Sin embargo, mantiene que no todo contrato oneroso tiene porque ser bilateral, y pone como ejemplo el mutuo con interés, diciendo que este es unilateral pero que, sin embargo, es oneroso (pp. 191-192). Define el contrato oneroso como aquél que está caracterizado por la existencia de dos prestaciones correlativas ligadas recíprocamente por un nexo de causalidad (pp. 82 y 247). Mantiene que el equivalente de la prestación que hace a esta onerosa no es forzoso que sea una relación obligatoria, sino que cabe también que se trate de una relación de carácter condicional que permite incluir dentro de los contratos a título oneroso las conocidas en Derecho Romano con el nombre de *datio ob causam futuram*, es decir, todas aquellas prestaciones que se prometen para el supuesto de que por otra persona se realice una determinada prestación (p. 194).

81 En contra de esta teoría se muestran, entre otros, ALONSO PÉREZ, M.: *Sobre la esencia del contrato bilateral*, Salamanca, 1967, pp. 20 y ss.; DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, cit., p. 82; SARGENTI, M.: “Sul criterio di distinzione”, cit., pp. 445-448; SÁNCHEZ-BLANCO, J.: “Onerosità, gratuidad y causa”, cit., pp. 476 y ss.; BOITARD, M.: *Les contrats des services gratuits*, cit., pp. 198 y ss.; BISCONTINI, G.: *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti, Il problema della donazione mista*, Napoli, 1992, pp. 29 y ss.; PINO, A.: *La excesiva onerosidad de la prestación*, cit., pp. 54 y ss.; VERDERA SERVER, R.: *Inadempimento e risoluzione del contratto*, Padova, 1994, pp. 29-35.; CARROZZA, P.: “Ancora sul comodato modale”, cit., pp. 1005-1006; DE MARTINI, A.: “Sull’ammissibilità d’un comodato modale”, cit., pp. 85-86.

82 Ha sido la doctrina italiana la que ha planteado el problema con más claridad. Se debió a la promulgación del Código Civil de 1942, cuya nueva regulación carecía, a diferencia de su precedente, de una norma que definiera el contrato bilateral. Se introdujo así, una nueva noción, el llamado *contratto con prestazioni corrispettive*. Así, el problema de equiparar contrato bilateral a contrato oneroso parte, según la doctrina italiana, de la diferencia entre contrato bilateral y contrato *con prestazioni corrispettive*, entendido como contrato con prestaciones recíprocas o correlativas. No son pocos los autores que opinan que la bilateralidad es diversa del contrato con *prestazioni corrispettive*, y que la estructura de estos contratos no coincide ni corresponde a la estructura del contrato bilateral.

Al respecto, DE SIMONE, M.: “Il contratto con prestazioni corrispettive”, cit., p. 74, opina que la categoría de los contratos con prestaciones recíprocas es mucho más amplia que la categoría de los contratos bilaterales y, por lo tanto, tiene un significado diverso. PINO, A.: *La excesiva onerosidad de la prestación*, cit., pp. 55, 136 y 139 y ss., afirma que mientras que el contrato bilateral es aquél del cual derivan obligaciones para ambas partes, el contrato con prestaciones correlativas o recíprocas es aquél en el cual se produce un *intercambio* de prestaciones. De hecho, parte de la doctrina ha mantenido que el contrato sinalagmático

no es sinónimo de sinalgmaticidad. Mientras el término bilateral hace referencia al contrato, es decir a que a cada parte contratante le corresponden determinadas obligaciones, el sinalagma se refiere al nexo de interdependencia de dichas obligaciones⁸³. Decir que un contrato es bilateral porque surgen obligaciones a cargo de ambas partes, no implica que estas obligaciones se hallen en nexo de interdependencia, de forma que una sea la causa directa de la otra, característica esta propia de los contratos con obligaciones sinalagmáticas (contratos sinalagmáticos). Si bien la sinalgmaticidad supone la existencia de obligaciones interdependientes, cuya causa reside en la propia reciprocidad de los vínculos obligatorios en cuanto ambos se sirven mutuamente de fundamento, la bilateralidad es la simple presencia en un contrato de obligaciones a cargo de las partes, independientemente de la posible interdependencia o reciprocidad entre las mismas⁸⁴. Bilateral es el contrato en que cada contratante se obliga para con el otro, sin necesidad de relación causal entre sus respectivas obligaciones.

Se parte de la teoría de que el contrato es siempre un negocio jurídico bilateral o plurilateral, atendiendo al número de partes que en él intervienen. No obstante, corrientemente, la unilateralidad o bilateralidad del contrato se refiere no al número de partes, sino al de obligaciones que el contrato en cuestión crea y a su estructura. Así entendido, un contrato será unilateral o bilateral dependiendo de la obligaciones que surgen de la misma naturaleza del contrato. Si del contrato emanan obligaciones para ambas partes, y ambas partes están obligadas a su cumplimiento, el contrato será bilateral. Por el contrario si del contrato solo se originan obligaciones para una de las partes, evidentemente, aunque el contrato se haya formado por el cruce de dos declaraciones de voluntad, será unilateral, en tanto solo una de las partes se verá obligada al cumplimiento de determinadas obligaciones. De modo que, podemos afirmar que el comodato es un contrato bilateral. Pero, decir que el comodato es un contrato bilateral porque surgen obligaciones a cargo de ambas partes, no implica que estas obligaciones se hallen

es sinónimo del llamado contrato con *prestazioni corrispettive*. Cfr. TERRANOVA, C. G.: "L'eccessiva onerosità nei contratti", *Commentario al Codice civile* (dirigido por PIERO SCHLESINGER), Milano, 1995, p. 50, afirma que la relación de corresponsividad es el tradicionalmente llamado sinalagma...y expresa un ligamen recíproco entre dos prestaciones.

83 En este sentido CLEMENTE MEORO, M. E.: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1998, opina que es "criticable hablar de la categoría de las obligaciones bilaterales. Si atendemos a los sujetos de la relación jurídico-obligatoria todas las obligaciones son bilaterales, pues en todas ellas existe un acreedor y un deudor; si atendemos a quién resulta obligado, todas las obligaciones son unilaterales, pues en todas ellas solo una persona —deudor— se encuentra obligada respecto de la otra —acreedor—. En consecuencia, no son bilaterales las obligaciones, sino los contratos. Son bilaterales —como categoría contrapuesta a la de los unilaterales— aquellos contratos de los que nacen obligaciones para ambas partes, de manera que el sujeto activo de una es también sujeto pasivo de la segunda, esto es, contratos en que ambas partes son al mismo tiempo acreedores y deudores, pero de distintas obligaciones".

84 Al respecto, VATTIER FUENZALIDA, C.: *Sobre la estructura de la obligación*, Palma de Mallorca, 1980, p. 261, afirma que "en cualquier caso, lo que nos interesa es destacar que el art. 1.274 no constituye ningún argumento ni aporta ningún índice definitivo acerca de que la estructura típica de la bilateralidad suponga en nuestro Derecho, como una *condictio iuris* necesaria, la presencia de las notas de interdependencia y concausalidad".

en nexo de interdependencia, de forma que una sea la causa directa de la otra, característica esta propia de los contratos sinalagmáticos. Es el mismo Código Civil el que anota el carácter bilateral del comodato cuando en su regulación jurídica impone obligaciones tanto a cargo del comodante como del comodatario

Tampoco es correcto equiparar contrato con obligaciones sinalagmáticas a contrato oneroso. Es indudable que si aceptamos la concepción tradicional y predominante hasta nuestros días que considera el contrato bilateral como aquél del cual derivan obligaciones recíprocas e interdependientes para las partes, de forma que las obligaciones tienen su causa una en la otra, se corre el riesgo de confundir contrato bilateral con contrato oneroso. No obstante, bilateralidad, sinalagmaticidad y onerosidad son categorías absolutamente diversas, cuyos conceptos no son sinónimos ni equivalentes, que pueden tener un ámbito común de aplicación, pero que, de ninguna manera, están en relación de género y especie⁸⁵.

Se ha dicho, que en los contratos bilaterales, entendida bilateralidad como sinalagmaticidad, el nexo se establece entre las prestaciones y se concentra en la efectividad de las mismas, mientras que en los contratos onerosos, el nexo se establece entre las obligaciones⁸⁶. Incluso se ha afirmado que la bilateralidad se refiere a la estructura de la relación contractual, mientras que la onerosidad atiende al contrato mismo⁸⁷. Asimismo, se ha mantenido que la bilateralidad atiende al nexo entre atribuciones patrimoniales, mientras que la onerosidad se refiere a una valoración material, económica de los intereses⁸⁸. El contrato sinalagmático es tal por engendrar obligaciones recíprocas, que funcionan como contrapartida y suponen un cambio mutuo de prestaciones. La característica esencial del contrato sinalagmático es la armonía en la génesis y funcionamiento de las obligaciones. El contrato oneroso procura el simple cambio de atribuciones en situación de equilibrio: supone proporcionalidad entre el enriquecimiento y depauperación que cada parte experimenta en su patrimonio⁸⁹.

Si bien es cierto que generalmente los contratos sinalagmáticos son onerosos, no debe ello entenderse como requisito *sine qua non* de la sinalagmaticidad. Onerosidad y reciprocidad son conceptos compatibles, pero no esenciales. En un negocio oneroso puede darse el supuesto de que las obligaciones de las partes sean recíprocas e interdependientes, pero es esta característica de su sinalagmaticidad,

85 Cfr. VERDERA SERVER, R.: *Inadempimento e risoluzione del contratto*, cit., p. 32; BIONDI, B.: "Le donazioni", *Trattato di Diritto civile*, dirigido por Vasalli, Torino, 1961, pp. 76-77.

86 Cfr. MESSINEO, F.: Voz "Contratto", *Enciclopedia del Diritto*, T. IX, Milano, 1961, pp. 920 y ss.

87 Cfr. DE MARTINI, A.: "Sull'ammissibilità d'un comodato modale", cit., p. 85, ha puesto de relieve como la jurisprudencia en ocasiones confunde los conceptos de bilateralidad y onerosidad.

88 Cfr. BISCONTINI, G.: *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, cit., p. 29; PINO, A.: *La excesiva onerosidad de la prestación*, cit., pp. 49 y ss.

89 En este sentido, ALONSO PÉREZ, M.: *Sobre la esencia del contrato bilateral*, cit., pp. 59-60.

no de su onerosidad⁹⁰. La distinción entre contratos unilaterales y bilaterales no coincide con la distinción entre contratos onerosos y contratos gratuitos⁹¹.

La sinalagmaticidad se refiere a la estructura de la relación generada por el contrato, más que al contrato mismo, y a la posición obligatoria que las partes asumen, y sirve para diferenciar las hipótesis en la cuales frente a la obligación de un contratante se encuentra la obligación del otro contratante, en una condición de reciprocidad generada por el sinalagma; mientras que la distinción entre negocio a título gratuito y negocio a título oneroso, no hace referencia a la reciprocidad de las posiciones obligatorias de las partes, sino a la posición causal de los contratantes en relación a las ventajas y sacrificios patrimoniales, es decir, se haya en relación con la causa del contrato.

La sinalagmaticidad afecta a la reciprocidad e interdependencia entre las obligaciones, y por tanto, a la estructura y funcionamiento jurídico de la relación obligatoria contractual, mientras que la onerosidad se refiere al cambio o trueque entre prestaciones, a las ventajas y sacrificios patrimoniales en juego⁹².

B) La causa de los contratos onerosos y la de los gratuitos.

La sinonimia que parece presentar el art. 1.274 CC entre sinalagmaticidad y onerosidad no es la única incorrección que hallamos. Nuestro Código Civil al tratar la causa y la distinción onerosidad-gratuidad peca de imprecisión. No solo no nos suministra un concepto de causa, limitándose a ofrecer tres tipos o tres criterios de distinción entre la causa de los contratos onerosos, remuneratorios y gratuitos, sino que además, mientras en los contratos onerosos se busca un elemento objetivo (la obligación de cada parte tiene su causa en la obligación de la otra parte), en los contratos gratuitos se acude a un elemento puramente subjetivo y psicológico como es la “mera liberalidad”. Mientras que en materia onerosa la

90 Sobre este problema, opina BISCONTINI, G.: *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, cit., p. 29, que la bilateralidad no puede hacerse coincidir con la onerosidad, porque al igual que la sinalagmaticidad, no está presente en todos los contratos. El contrato oneroso es aquél con el que cada parte sufre un sacrificio con la finalidad de procurarse la correspondiente ventaja. La onerosidad no presupone la reciprocidad; esta nace de la misma categoría contractual, siendo referible a los actos jurídicos.

91 Cfr. VATTIER FUENZALIDA, C.: *Sobre la estructura de la obligación*, cit., pp. 261 y ss., refiriéndose al art. 1.274 del Código Civil, afirma que “la categoría de los que llama contratos onerosos es ajustada y comprensiva de figuras típicas onerosas, que nada tiene que ver con la bilateralidad; nos pone de relieve, por último, que la onerosidad no implica ni requiere la presencia de la nota de interdependencia entre las obligaciones, aunque sí precisa la nota de concausalidad, a nuestro modo de ver, en los supuestos en que la onerosidad y la bilateralidad coinciden y en los supuestos en los que la onerosidad es la causa de la *solutio retentio* prevista por el art. 1.901 del Código civil, así como en los contratos unilaterales, según los casos”.

92 Cfr. DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: “El concepto de causa en el negocio jurídico”, cit., p. 15. Al respecto, CLEMENTE MEORO, M.E.: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, cit., señala que “no cabe equipar contrato bilateral con contrato oneroso y contrato unilateral con gratuito”.

idea de causa se emplea en el sentido de causa final, en cambio tratándose de actos gratuitos, causa se entiende como causa eficiente: el ánimo liberal⁹³.

Grave error es el que comete el legislador cuando distingue entre contratos remuneratorios⁹⁴ y contratos de pura beneficencia, así como cuando mantiene que en los de pura beneficencia la causa es la *mera liberalidad del bienhechor*.

La imprecisión terminológica de nuestro Código Civil provoca algunas confusiones al respecto. La mayoría de los juristas cuando hablan de un contrato o acto gratuito, se refieren a él indistintamente con el nombre de “acto o contrato a título de liberalidad” o “acto o contrato gratuito” o “contrato lucrativo”. La doctrina española, salvo alguna excepción⁹⁵, no se ha planteado el problema, manteniendo la sinonimia actos a título gratuito y actos a título de liberalidad⁹⁶. Nos encontramos con la tendencia constante de reconducir al esquema de la liberalidad todos aquellos negocios no encuadrables en el esquema del cambio económico de prestaciones, identificando en la práctica los conceptos de liberalidad y gratuidad e instaurando así un rígido dualismo que no refleja adecuadamente el concreto interés de los particulares⁹⁷. De hecho, existe una tendencia a atribuir a la categoría de la liberalidad una fisonomía que, sin embargo, es propia del contrato de donación, y que no a todos los negocios a título gratuito se le puede atribuir.

Sin embargo, cuando hablamos de la causa de los contratos gratuitos, no siempre podemos referirnos a la liberalidad del bienhechor, pensando que todo acto gratuito está inspirado por un *animus donandi*. En las relaciones entre particulares, no siempre que nos encontremos con un acto a título gratuito, debe, por necesidad, ser un acto que implique una liberalidad o *animus donandi* del disponente. Se plantea un serio problema cuando nos encontramos con actos a título gratuito que carecen de ese *animus donandi*, y por tanto de “causa liberal”. No es lo mismo “causa liberal” que “causa gratuita”.

93 Cfr DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: “El concepto de causa en el negocio jurídico”, cit., p. 19; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H.: “Comentario a los arts. 1.274 a 1.278 del CC”, *Comentarios al código civil y compilaciones forales* (dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART), T. XVII, Vol. I-B, Madrid, 1993, p. 530.

94 En cuanto a los contratos remuneratorios y los gratuitos, afirma DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: “El concepto de causa en el negocio jurídico”, cit., p. 18, que “la distinción entre contratos remuneratorios y contratos de pura beneficencia es enteramente falsa, artificiosa y arbitraria, pues ambos son solo subtipos o subespecies del género donación, como lo demuestra el hecho de que se hable de *pura beneficencia* y de *mera liberalidad*, con lo que implícitamente se admite una beneficencia que no es pura y una liberalidad que no es simple”.

95 Afirma, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, cit., p. 84, que pueden existir actos en los que no se reciba nada a cambio de lo que se da, pero que no aparecen movidos por ningún ánimo liberal. Cita el autor a POTHIER afirmando que este participaba de la misma idea, al utilizar reiteradamente la idea de contratos interesados y desinteresados.

96 Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, cit., pp. 260 y ss. CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, cit., T. I, Vol. II, pp. 720-721.

97 MANZINI, C.: “Il contratto gratuito atipico”, *Contratto e Impresa*, 1986, p. 917.

No todo negocio gratuito supone un acto de liberalidad. No obstante, si bien por regla general los negocios a título gratuito se hayan movidos por un ánimo liberal, no siempre es así. De hecho, pueden existir negocios en los que no se reciba nada a cambio y que, sin embargo, no impliquen una liberalidad, no estén movidos por ningún ánimo liberal. Piénsese, por ejemplo, en un empresario que ofrece una mercancía gratuitamente para hacerse publicidad y así ganar clientela; o en el propietario de un concesionario de automóviles que deja a un cliente un coche para que vaya a una exposición; o el joyero que le deja a un personaje famoso una joya para que la muestre en una fiesta. Todos estos supuestos darían lugar a negocios o contratos a título gratuito, pero no implicarían un ánimo liberal, pues la ventaja o beneficio no es solo para el que recibe, sino también el que ofrece, el que presta se verá beneficiado por el negocio. Tampoco supondrán contratos onerosos, porque ninguno de ellos está presidido por una contraprestación.

Liberalidad y gratuidad son conceptos distintos. La liberalidad pertenece al ámbito psicológico, de modo que habrá que atender a ella también desde un punto de vista subjetivo, si el disponente quiso o no realizar un acto desinteresado. La gratuidad, sin embargo, implica una valoración económica, objetivamente considerada. La liberalidad es el impulso o motivo del acto sin interés patrimonial o no, mientras que la gratuidad atiende al modo de realización de dicho incremento, a la conexión e interdependencia o no entre prestaciones.

Para identificar cuando nos encontramos ante un acto de liberalidad o simplemente ante un acto a título gratuito, tendremos que atender a dos elementos: la ausencia o no de una obligación, de un deber jurídico, moral o social que impulsa a ejecutar un determinado acto; el otro sería la naturaleza patrimonial o no del interés del disponente. La distinción no radica en el contrato mismo, sino en el propósito para el que se estipuló dicho contrato y si hubo o no interés por parte del otorgante en la estipulación del negocio. Es decir, un contrato a título gratuito puede haber sido estipulado por un mero acto de liberalidad, si el que concede el uso de una cosa o la dona lo hace solo en consideración del favorecido. Sin embargo, la situación cambia, cuando el donante o comodante no solo da o presta en beneficio del favorecido, sino también en su propio beneficio, adquiriendo el mismo una ventaja o utilidad del contrato.

Así, un comodato puede ser una liberalidad en cuanto esté movido por un ánimo liberal y desinteresado y no reporte ningún beneficio para el que lo otorgó, o puede ser simplemente un contrato a título gratuito, de modo que no adquiriendo nada a cambio, suponga, sin embargo, una ventaja o interés para el comodante. La gratuidad debe concebirse de modo negativo, en el sentido de que toda atribución que no se halle vinculada a otra atribución recíproca por

un nexo de interdependencia causal es una atribución gratuita⁹⁸. Otra cosa es que esa atribución gratuita pueda, pero no necesariamente, ser hecha a título de liberalidad.

Parece que nuestro Código Civil se inclina por un concepto que proviene de las teorías objetivas. Así, la onerosidad no depende de la intención de las partes, ni del interés egoísta que las mismas puedan tener. De hecho, el precepto hace depender la onerosidad de un criterio netamente objetivo, “prestación o promesa de una cosa o servicio de la otra parte”⁹⁹. La onerosidad y la gratuidad dependen de la existencia o no de una contraprestación de la atribución patrimonial contemplada.

Cabe afirmar, por tanto, que la nota diferencial entre gratuidad y onerosidad hay que buscarla en la causa final a que responde el negocio. En los contratos onerosos la causa se basa en un intercambio de prestaciones, y a estos se contraponen los contratos a título gratuito, en los cuales la prestación de una de las partes no encuentra justificación en una contraprestación de la otra parte¹⁰⁰.

3. Delimitación conceptual onerosidad-gratuidad.

Como se ha puesto de relieve, la formulación precisa de los conceptos de onerosidad y gratuidad constituye una difícil tarea. Ni siquiera las diversas teorías que ha elaborado la doctrina han sido suficientes para marcar un criterio uniforme que ayude a distinguir un negocio oneroso de uno gratuito.

No obstante, parece comúnmente admitido por la doctrina que el carácter oneroso o gratuito de un negocio va ligado a la existencia o no de una contraprestación de la atribución que el negocio a calificar lleva a cabo. El criterio distintivo se halla en la reciprocidad objetiva de dos atribuciones en sentido contrario, entendiendo por reciprocidad la relación de interdependencia entre dos atribuciones, en virtud de la cual la una es la razón justificadora o compensación de la otra, de modo que se produzca un intercambio entre prestaciones¹⁰¹. Así, no es necesaria una equivalencia, ni objetiva ni subjetiva, entre las obligaciones o sacrificios de las partes para calificar un contrato de oneroso¹⁰².

En definitiva, la onerosidad implica la existencia de dos atribuciones patrimoniales y dos desplazamientos en sentido recíproco e inverso. Y serán

98 SÁNCHEZ-BLANCO, J.: “Onerosidad, gratuidad y causa”, cit., p. 502.

99 PRADA GONZÁLEZ, J. M.: “La onerosidad y gratuidad de los negocios jurídicos”, cit., p. 321.

100 Cfr. GALGANO, F.: *El negocio jurídico*, cit., p. 107. En el mismo sentido, afirma DUSI, B.: *Diritto delle obbligazioni e contratti speciali*, cit., p. 279, que la causa de todos los contratos a título oneroso consiste en la conmutación de servicios o de bienes, aquellos que han tenido en cuenta las partes.

101 CAROPPO, A.: “Gratuità ed onerosità dei negozi di garanzia”, cit., p. 435.

102 Cfr. CARIOTA-FERRARA, L.: “Gratuità nei negozi di garanzia”, *Scritti Minori*, Milano, 1986, pp. 70 y ss.

gratuitos los contratos en los que haya una sola atribución patrimonial y un solo desplazamiento. De modo que el hecho de que el disponente de una liberalidad o un contrato a título gratuito extraiga alguna ventaja o utilidad para sí mismo, sea patrimonial o no, no implica la conversión del tipo contractual, sino que para ello será necesario que se le imponga al favorecido una prestación que suponga el pago o intercambio de la atribución patrimonial efectuada. No es la ventaja que pueda obtener una parte la que caracteriza al contrato de oneroso, sino la prestación o atribución patrimonial que las partes realizan.

IV. LA GRATUIDAD COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO DE COMODATO.

I. Antecedentes históricos¹⁰³.

El carácter esencialmente gratuito del comodato encuentra claros precedentes ya en el Derecho romano postclásico. JUSTINIANO en sus Instituciones disponía *gratuitum debet esse commodatum*¹⁰⁴. Asimismo, en un texto de ULPIANO, se decía que en caso de dación recíproca gratuita de una cosa, dicha reciprocidad

103 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 confianza (FERRINI, C.: "Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano", *Archivio Giuridico*, 1894, pp. 480 y ss.). 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 Derecho.

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 aquél 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 este 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 instituto (SEGRÈ, G.: *Di buona fede di comodato e di pegno*, Napoli, 1906, pp. 6-7). Será en la época clásica cuando aparecerá el comodato, junto al mutuo y la prenda, entre las causas de crédito no contractuales, y a partir de entonces será cuando este contrato adquiera relevancia jurídica.

Para un estudio del comodato en el derecho romano vid. DOMÍNGUEZ LOPEZ, E.: *Gratuidad y la utilidad como factores determinantes de la responsabilidad del comodatario*, Granada, 2001, que en su monografía hace un análisis de la literatura y fuentes romanas en la medida en que son herramientas fundamentales para analizar la responsabilidad del comodatario, y en el primer capítulo estudia la gratuidad y la evolución de un mero acto de amistad y cortesía a un verdadero negocio jurídico protegido procesalmente mediante acciones, siendo la gratuidad (elemento inherente a estos préstamos) ya desde una primera época un elemento esencial del comodato.

104 Inst., III, 14, 2. "Commodata(...) res tunc proprie intelligitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est. Alioquin mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur".

desnaturalizaba la relación de carácter gratuito, impidiendo así el ejercicio de la *actio commodati*¹⁰⁵.

En derecho español, y sobre todo en las legislaciones del derecho intermedio, encontramos una vaga regulación del contrato. Si bien en todas ellas se incluyó alguna referencia al comodato, no tuvo este una regulación ni abundante, ni precisa, sino más bien se regulaba por normas confusas y amalgamadas con otras figuras contractuales. El *Liber Iudiciorum* o *Fuero Juzgo*¹⁰⁶, reguló de una forma desafortunada el contrato de comodato. El título V del libro V del *Fuero* presenta, reunidos y en conjunto, el mutuo, el comodato y el depósito¹⁰⁷.

Con más precisión parece que lo regula el Fuero Real en el Título XVI, del Libro III. Comodato y mutuo son regulados conjuntamente, y distinguidos por la Ley Primera, estableciendo las diferencias en atención a la naturaleza del bien objeto del contrato, pero sin hacer referencia al carácter esencialmente gratuito del comodato. Y, quizá el texto de mayor relevancia a lo largo de la historia jurídica que ha regulado el contrato de comodato con más extensión y exactitud haya sido el “Libro de las Leyes”, llamado “Las Siete Partidas”. Es definido el contrato de préstamo por la Ley I del Título II de la Partida V como el contrato por el que “una de las partes deja a otra por gracia o por amor, no tomando aquel que lo da precio de loguero ni de otra cosa ninguna”. En el contrato de comodato, se distinguían tres tipos de hacer el préstamo: en utilidad del comodatario, en utilidad de ambos contratantes y en la sola utilidad del comodante¹⁰⁸.

El carácter esencialmente gratuito del comodato se consagró con mayor precisión en la codificación civil europea a través de la influencia del *Code Napoleon*. El art. 1.876 establecía el carácter esencialmente gratuito del comodato, sin hacer más reiteraciones al respecto¹⁰⁹. Ya POTHIER, cuyas enseñanzas se vieron reflejadas

105 D. 19, 5, 3. Se mantenía la gratuidad del contrato de comodato señalando que en caso de hubiese algún tipo de contraprestación por parte del que recibía, el contrato dejaba de ser gratuito. ULPIANO ponía el siguiente ejemplo; “Si tuviese yo un buey y otro el vecino, y hubiéramos convenido tener en comodato por diez días, yo su buey y él el mío, para hacer una labor, y un buey pereció en poder de uno de nosotros, no compete la acción de comodato, porque no existió un comodato gratuito, sino que ha de demandarse por la acción de palabras prescritis”.

106 Si tenemos en cuenta que el *Fuero Juzgo* era, según la doctrina historicista, posiblemente, el texto jurídico con mayor trascendencia de la Alta Edad Media, parece un tanto incomprensible la escasa atención que se le dio al comodato, siendo este considerado como uno de los contratos más usados en la época, sobre todo en el ámbito familiar y de la amistad, en el que los terratenientes adinerados cedían a sus familiares y amigos el uso de viviendas y campos, sin pago alguno de merced, para que fuesen estos cultivados por los campesinos que trabajaban a su cargo.

107 Las diez leyes que regulan estos contratos son bastante confusas. Se limitan a establecer las responsabilidades del que recibió en préstamo o en depósito, sin hacer referencia alguna al carácter esencialmente gratuito del comodato, confundiendo y reuniendo en una misma figura el contrato de préstamo de consumo y el de uso.

108 Al respecto Vid. *Infra* IV. 2.

109 Bajo el epígrafe “de la nature du prêt a usage”, tras definir en el art. 1.875 el comodato, establece en el siguiente precepto que “ce prêt est essentiellement gratuit”. No encontramos entre las normas que regulan del comodato, ninguna reiteración de su carácter gratuito. Es evidente que el segundo inciso de

en la Codificación, en su estudio sobre el préstamo de uso, afirma que es de la esencia de este contrato que el uso de la cosa haya sido acordado gratuitamente. Si se exige cualquier recompensa - añade el autor - se tratará de un comercio¹¹⁰.

En España, se siguió la misma línea, estableciéndose en el Proyecto de 1836¹¹¹ que “se entiende por comodato un contrato gratuito”, sin reiteraciones posteriores a la naturaleza gratuita del contrato. Será en el Proyecto de 1851 donde, aparte de mencionar la naturaleza gratuita del comodato, aparecerá por primera vez el precedente más inmediato de nuestro actual art. 1.741. Así, el art. 1.631 del Proyecto de 1851¹¹² reitera el carácter esencialmente gratuito del comodato, estableciendo en su segundo inciso que “si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato”. De modo que, será en el Proyecto de GARCÍA GOYENA¹¹³, donde aparecerá por vez primera el término “emolumento”, sin antecedentes mediatos que se le puedan atribuir.

Este precepto se incluirá, con alguna pequeña modificación, en el texto final del Código Civil de 1889. Así, el actual art. 1.740 CC viene a consagrar la misma idea al definir el contrato de comodato como un contrato esencialmente gratuito, reiterando la gratuidad en el siguiente precepto al establecer que “si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato”.

2. Análisis del inciso segundo del art. 1.741 del Código Civil.

A fin de hacer un estudio más detallado de la gratuidad como requisito esencial del contrato de comodato, deberemos partir, en primer lugar, del análisis del segundo inciso del art. 1.741 de nuestro Código Civil¹¹⁴. La mayoría de nuestra

nuestro art. 1.741 no se extrajo de ninguna norma del *Code*, ni tampoco del Código civil italiano de 1865, códigos, por lo demás, de influencia notoria en nuestro Derecho.

110 Ya, POTHIER, R. J.: “*Traité du prêt a usage*”, *Oeuvres*, T. XIII, Bruselas, 1831, núm. 3, p. 4.

111 Cfr. LASSO GAITE: *Crónica de la codificación*, cit., pp. 234 ss.

112 ID., *Crónica de la codificación*, cit., pp. 459 ss.

113 No encontramos precedentes más mediatos del art. 1.631 del Proyecto de 1851. Parece ser que GARCÍA GOYENA se sirvió de las Partidas para elaborar este precepto, pues al tratar el contrato de comodato en su comentario sobre el nuevo Código Civil 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, pp. 157 y ss., hace referencia a los antecedentes de este precepto, señalando como principales las leyes de las Partidas que regulaban el contrato.

Ninguno de los Proyectos anteriores contenía una disposición semejante al segundo inciso del actual art. 1.741 del Código Civil. El Proyecto de 1836, en su art. 1.349, establecía que “se entiende por comodato un contrato gratuito, según el cual una de las partes entrega a la otra alguna cosa para que se sirva de ella, con la obligación de devolver la misma en especie, después de haberse verificado el servicio...”. Se limita el precepto a establecer el carácter gratuito del comodato, sin hacer referencia alguna a la reiteración que más tarde, en el Proyecto de 1851, se hará del carácter gratuito del contrato. Sin embargo, el Proyecto Italo-francés del Código de las obligaciones y de los contratos de 1927, establecía en su art. 624 que el comodato es esencialmente gratuito y que si se hubo convenido una compensación, habrá arrendamiento.

114 Sin propósito de reiterar los antecedentes ya estudiados en apartados anteriores, interesa aquí partir del momento en el cual apareció el precepto que cometamos. El art. 1.741 CC tiene, como ya he dicho,

doctrina¹¹⁵, apoyándose en este precepto y haciendo una mera reiteración del mismo, ha mantenido que en caso de pago de un emolumento, el contrato dejaría de ser comodato y se transformaría en arrendamiento, conmutando su carácter gratuito en oneroso¹¹⁶.

Sin embargo, esta tajante afirmación debería ser matizada. No toda prestación del comodatario debe ser entendida como emolumento, como no todo pago es, por definición, oneroso. La entrada de la onerosidad comportaría en el comodato, como en todos los contratos gratuitos, un cambio o modificación en el tipo contractual. Pero, para saber cuándo el comodato deja de ser tal a tenor de la norma citada, deberemos, en primer lugar, tratar de averiguar qué quiso decir el legislador, y con qué finalidad, cuando introdujo en el precepto el término “emolumento”. Es esta una cuestión que la doctrina no se ha planteado.

Sin embargo, si observamos las definiciones que del contrato de comodato se han dado, vemos que normalmente se atribuye a “emolumento” el significado de precio o retribución¹¹⁷. Otros autores parece que atribuyen a la palabra “emolumento” el significado de prestación.¹¹⁸ De hecho, “emolumento”, del latín *emolumentum*, debe ser entendido en su acepción técnica como, “retribución o remuneración adicional que se corresponde a un cargo o empleo”. Asimismo si entendemos “retribución” en su sentido gramatical equivale a “pago de una cosa”, lo que en lenguaje jurídico podríamos entender como “contraprestación”.

su precedente más inmediato en el art. 1.631 del Proyecto de 1851, en el cual aparece por primera vez el término “emolumento”.

- 115 Cfr. CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Instituciones de Derecho Civil Español*, cit., p. 264; DE BUEN, D.: *Derecho Civil Español Común*, T. II, Madrid, 1930, pp. 633-635; ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil, Derecho de Obligaciones*, T. II, Vol. II, Barcelona, 1987, p. 480; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. I, Vol. IV, Madrid, 1987, p. 444; MARÍN PÉREZ, P.: “Comentario a los arts. 1740 a 1750 del CC”, *Comentarios al código civil y compilaciones forales* (dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA), T. XXII, Vol. I, Madrid, 1982, p. 85; PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, Vol. II, 2ª edición, Barcelona 1.982, p. 361; ESPÍN CANOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil Español*, T. III, Madrid, 1983, p. 367; MANRESA Y NAVARRO, J. M^º: *Comentarios al Código Civil Español*, T. XI, 6ª Edición (revisada por JOSÉ M^º BLOCH), 1972, p. 809; SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil*, cit., pp. 837-838; DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, cit., T. II, p. 46.
- 116 Quizá se deba ello a la influencia que el Derecho romano ha suscitado en la elaboración de las legislaciones europeas, sobre todo a la española. Ya en los compiladores Justinianeos fue *opinio communis* que cuando se hubiese acordado el pago de alguna *merces* en *pecunia numerata* el contrato de comodato se convertía en arrendamiento: mientras que, si la *merces* se había acordado en una forma diversa de la pecuniaria, nos encontrábamos ante un contrato innominado, tutelado por la *actio praescriptis verbis*. Vid. al respecto las citas de SANTARELLI, U.: *Commodo utentis datum*, cit. p. 85, y el estudio de TARDIVO, C.M^º: *Studi sul commodatum*, Modena, 1983. Asimismo, POTHIER, R. J.: “*Traité du prêt a usage*”, cit., p. 4, ya decía que el contrato de comodato dejaba de ser tal si intervenía un pago en contraprestación del uso adquirido por el comodatario, afirmando que si el pago se estipulaba en moneda este se convertía en arrendamiento y si era otro tipo de contraprestación el contrato pasaría a ser de los llamados contratos *innominados*.
- 117 GARCÍA GOYENA, F.: *Febrero o librería de jueces*, cit. p. 158, entre las observaciones formuladas en la elaboración del Proyecto de 1851, reafirmó el carácter gratuito de este contrato. “El comodato - afirma el autor - es esencialmente gratuito; mediando *precio* u otra *retribución* cualquiera, deja de ser tal”.
- 118 En este sentido, MANRESA Y NAVARRO, J. M^º: *Comentarios al Código Civil Español*, cit., p. 809, dice que “la adición de una prestación cualquiera cambiaría la naturaleza del contrato, siendo esta su nota distintiva”.

Incluso en el "Proyecto Italo-francés del Código de las obligaciones y de los contratos de 1927"¹¹⁹, se establecía en el art. 624 del mismo, dedicado a la regulación del contrato de comodato, que "il comodato è essenzialmente gratuito. Se fu convenuto un compenso, vi ha locazione". El término *compenso* o *remuneration* (así se expresaba en el texto francés), significa retribución, remuneración, recompensa o compensación. Con ello parece que se quisieron referir a la contraprestación propia de los contratos onerosos, para diferenciar el comodato del arrendamiento.

Así, a mi juicio, "emolumento" debe ser entendido como beneficio comercial o pago, es decir, como retribución o contraprestación que se concede por algo previamente recibido o que se va a recibir¹²⁰. Por tanto, "contraprestación" debe ser entendida como retribución o precio¹²¹, que se entrega en conmutación de la cosa, servicio o derecho que se adquiere.

3. Comodato en interés del comodante.

Se ha dicho que en el caso del contrato de comodato, cualquier ventaja que pueda derivarse del mismo en beneficio del comodante desnaturalizaría el contrato, y supondría esta ventaja o utilidad el pago por el uso que se le ha concedido al comodatario¹²².

Sin embargo, la doctrina italiana ha admitido, casi unánimemente, el comodato en interés del comodante¹²³. Pero, en nuestra doctrina siempre se ha mantenido que el comodato es un contrato a título de liberalidad cuyo beneficio es exclusivo del comodatario. Por lo que, el problema surge cuando el comodante estipula un contrato de préstamo de uso en su propio interés y sabiendo que dicho contrato le va a reportar un determinado beneficio.

Por ello, en la doctrina italiana se ha distinguido entre el interés que pueda tener el comodante en que se lleve a cabo el contrato, y la ventaja que pueda obtener del mismo. Es decir, a la posibilidad que del comodato se derive también un provecho o utilidad para el comodante. Así, se ha dicho que el interés que

119 Progetto italo-francese di Codice delle obbligazioni e di contratti. Testo definitivo approvato a Parigi nell'Ottobre 1927, Roma, 1928.

120 En este sentido, MICHEL, J.: *Gratuité en droit romain*, Bélgica, 1962, p. 99, afirma que en el contrato de comodato, *gratuidad* supone "l'absence de contre-partie à l'usage de la chose".

121 Entendido "precio", no solo como valor pecuniario en que se estima una cosa o un derecho, sino también como cualquier prestación que suponga obligación de hacer o no hacer en contraprestación de lo recibido.

122 Cfr. 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, p. 46.

123 Cfr. CARRESI, F.: "Il Comodato", *Trattato di Diritto Civile Italiano* (dirigido por VASSALLI, T.), VIII, Torino, 1957, pp. 23-24; FRAGALI, M.: "Comodato", *Commentario del Codice Civile, delle Obbligazioni* (dirigido por SCIALOJA e BRANCA), Libro IV, Bologna-Roma, 1966, p. 187 y ss.; GIAMPICCOLO, G.: "Comodato e mutuo", *Trattato di Diritto civile*, Milano, 1972, p. 7; BRUNORI, E.: "Del Comodato", *Commentario del Codice Civile, delle Obbligazioni* (dirigido por D'AMELIO e FINZI), T. II, Vol. II, Firenze, 1949, p. 16; BARBIERI, E. M^a.: "Il comodato", *Giurisprudencia Sistemática Civile e Commerciale*, 1979, pp. 16-17; TAMBURRINO, G.: "Voz "Comodato", *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1960, p. 997.

pueda tener el comodante en la estipulación del contrato o la ventaja que pueda obtener de él, no desnaturaliza el carácter gratuito del contrato, siempre que no excluya o limite el beneficio que pueda obtener el comodatario¹²⁴. De modo que, si el interés se contrapone a la ventaja o utilidad que el comodatario debe obtener del contrato, hasta suprimirla, se convertiría en una contraprestación¹²⁵. Sin embargo, en nuestra doctrina hay quien opina que la distinción es inútil a efectos jurídicos, pues el interés del comodante en la estipulación del contrato es un mero motivo psicológico, irrelevante para el Derecho¹²⁶.

El que el comodante estipule el contrato en su interés u obtenga una cierta ventaja o utilidad del contrato no es causa de exclusión de la naturaleza gratuita del negocio, ni supone esta situación una interdependencia entre prestaciones¹²⁷. La finalidad de procurarse, mediante un acto de dar, una utilidad o ventaja, no excluye el que el mismo acto o negocio sea calificado de gratuito¹²⁸. De hecho la Ley II, Título II de la Partida V, distinguía tres especies de comodato, según que este contrato se celebrase solo en utilidad del comodatario; o en utilidad del comodante y comodatario; o solo en utilidad del comodante¹²⁹. Esta distinción, trasladada

124 Cfr. TAMBURRINO, G.: Voz "Comodato", cit., p. 997; TETI, R.: Voz "Comodato", *Digesto delle Discipline Privatistiche*, T. III, Torino, 1988, p. 39.

125 En este sentido, BRUNORI, E.: "Del Comodato", cit., p. 16, admite el comodato en el cual el comodante obtiene ventajas, y aquél que se estipula por un cierto interés del comodante.

126 Al respecto, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *El Contrato de Comodato*, Pamplona, 1998, pp. 72-74, señala que "no parece muy adecuada dicha distinción referida a la diferente posición de las partes en el contrato, y ello no solo por la relativa identidad en cuanto al significado de dichos términos, sino porque es frecuente que el interés tenga su origen en la obtención de una cierta ventaja, siquiera sea conseguida de manera indirecta", y añade más delante que "el hecho de que el comodante tenga un interés en la formalización del préstamo no tiene por qué modificar el carácter del contrato, pues dicho interés debe incluirse entre los motivos que incitan a la contratación, en general irrelevantes para el Derecho".

127 Al respecto, afirma GIAMPICCOLO, G.: "Comodato e mutuo", cit. p. 7, que compatible con la gratuidad del negocio debe considerarse la circunstancia que de su ejecución, el comodante pueda también obtener alguna utilidad indirecta (es la ventaja de la custodia del bien por el tiempo durante el cual está confiado al comodatario). Lo único que se requiere es que esa utilidad no aparezca, precisamente, como el resultado de una contraprestación, sino solo como una consecuencia mediata de la detención o del uso que de la cosa, en su interés, podrá hacer el comodatario. A favor también se muestra, DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M^a. C.: "Sobre el comodato o préstamo de uso", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 29, enero 2020, pp. 59 y 67 y ss., que también hace referencia a la jurisprudencia venezolana.

128 En este sentido, LUMINOSO, A.: "I contratti tipici e atipici", *Tratatto de Diritto privato* (a cura di GIOVANNI IUDICA e PAOLO ZATTI), 1995, p. 645, afirma que es compatible con la gratuidad del comodato la presencia de un interés para el comodante a la concesión del bien, como también lo es la obtención de una ventaja, incluso de naturaleza económica.

129 Así, se decía que el comodato podía hacerse de tres maneras distintas, implicando dos de ellas ventajas para el comodante. Así lo establecía la Ley II: Departieron los Sabios antiguos, que el préstamo del comodato se faze en tres maneras: La primera es, quando el que empresta la cosa, la empresta con entencion de fazer gracia al que lo rescibe, tan solamente, e non por pro de si mismo. E esto seria como si emprestasse vn ome a otro, un cauallo, o arma, o otra cosa semejante, que ouiesse menester. E de tal préstamo como este dezimos que aquel que lo rescibe, que es tenuto delo guardar tan bien como si fuese suyo proprio, e aun mejor si pudiere. E si lo non fiziesse assi, si se perdiessse, o se muriessse o si lo empeorasse por su culpa o por su descuydamiento: tenuto es de pechar otra tal cosa, e tan buena, a aquel que gela presto. Empero, si esto auiniesse por ocasión, e non por su culpa, entonces no seria tenuto delo pechar. La segunda manera de préstamo es quando de la cosa emprestada se aprovecha también el que la da, como el que la rescibe: e esto seria como si dos omes combidassen a comer de so vno a vn su amigo, e el vno dellos ouiesse vasos de plata, e el otro non: e aquel que los no auia, rogasse al otro, que le prestasse aquellos vasos, con que beuiesse para fazer honrra, e placer a aquel su amigo. E tal préstamo como este o otro semejante del, dezimos, que aquel que lo rescibe, non es tenuto de guardarle mas, que faria las sus cosas proprias.

del derecho romano¹³⁰, tenía por objeto determinar la extensión y alcance de la obligación del comodatario, en cuanto a la conservación de la cosa prestada y las responsabilidades que pudieran originarse por la pérdida, destrucción o deterioro por dicha cosa; y así, se decía, haciendo aplicación de la teoría de la culpa, que el comodatario respondía de la culpa levísima si el contrato se celebró solo en su utilidad; de la leve si se celebró en utilidad del comodante y comodatario; y de la lata si se celebró solo en utilidad del comodante¹³¹.

Si bien nuestro Código Civil actual no hace referencia a esta distinción, sí lo hizo el Proyecto de 1836, cuyo art. 1.360 bajo el epígrafe "De las obligaciones del comodatario" establecía que "el comodatario está obligado a cuidar de la cosa que es objeto del contrato con la atención y vigilancia de un diligentísimo padre de familia; a menos que el comodato se hubiere hecho en utilidad de ambos contratantes, en cuyo caso bastará la diligencia que ordinariamente emplean los hombres en sus cosas. Si el contrato redundase solo en utilidad del comodante, no será responsable el comodatario más que de su descuido o negligencia absoluta"¹³². Por tanto, es evidente que el comodato no solo podía hacerse en utilidad del comodatario, sino que también el comodante podía extraer del mismo una cierta ventaja o utilidad, e incluso que la única finalidad del contrato fuese la de obtener una ventaja para el comodante¹³³.

E porende guardandolo el, assi como lo suyo, maguer se perdiessse por ser el de mal recabdo, non seria tenuto delo pechar. La tercera manera es, quando el que empresta la cosa, lo faze con entencion de fazer honrra e placer a si mesmo, mas que por aquel que lo rescibe. E esto seria como si alguno emprestasse a su esposa, o a su muger, algunos paños preciados, porque viniessse ante el mas apuestamente, e mejor. E porende dezimos, que pues que el faze el prestamo, por su honrra e por su plazer, si ella pierde aquello que le empresto, non es tenuta delo pechar, fueras ende si lo dexase perder engañosamente. E lo que diximos en esta ley, ha logar, non tan solamente en estas cosas sobredichas, mas en todas las otras cosas semejantes dellas.

130 Ya los juristas romanos apreciaron la diferencia entre la circunstancia que el comodato pudiese representar también un interés para el comodante y la circunstancia de la existencia de una retribución del comodatario que constituyese la contraprestación del sacrificio del otorgante. Era admisible la existencia de un interés del comodante, porque tal interés no incidía necesariamente en la gratuidad del comodato. La existencia de una ventaja para el comodante incidía sobre el grado de culpa en la valoración de la responsabilidad del comodatario; este respondía por culpa leve en caso de que solo él obtuviese una ventaja del contrato. Se atenuaba la responsabilidad en caso de que hubiese ventajas para ambos contrayentes (GAIO, fr. 18 D. 13. 6), y se pasaba a la responsabilidad por culpa lata en las hipótesis en las cuales el comodato se estipulaba por el interés prevalente del comodante (ULP., fr. 5. 10 D 13-6).

Vid. al respecto FERRINI, C.: "Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano", cit., pp. 469-499; GARCÍA GARRIDO, M. J.: "Realidad y abstracción en los casos jurisprudenciales romanos (estratos casuísticos en los supuestos de comodato de caballerías)", *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*, Madrid, 1988, pp. 249-261; PASTORI, F.: Voz "Comodato nel diritto romano", *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1962, pp. 688-692.; SCHERILLO, G.: Voz "Comodato (diritto romano)", *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1960, pp. 981-992; SANTARELLI, U.: *Commodo utentis datum*, cit.; ID., "Minima del commodato", *Archivio Giuridico*, 1977.

131 Al respecto, se ha afirmado que el concepto que se maneja de beneficio o provecho en las Partidas, "está alejado de cualquier nota objetiva arrancada de la actual teoría de las obligaciones. (acaso serviría traer a colación el concepto de *causa del contrato* en contra de *causa de la obligación*) Efectivamente, parece que el *provecho* al que se refiere la ley 1 parte de una premisa plenamente subjetiva, esto es, conectada con el interés de las partes en ningún caso patrimonial, o al menos directamente" (TAMAYO CARMONA, J. A.: "Responsabilidad por pérdida: análisis del art. 1.896. 2º del Código Civil", Valencia, 1997, pp. 70-71.)

132 LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación*, cit., p. 237.

133 Cfr. CARRESI, F.: "Il Comodato", cit., p. 25, afirma que la existencia de una ventaja y, por lo tanto, en cierto sentido, también de un interés para el concedente, no es incompatible con la esencia del comodato; FABRÉ,

No es incompatible con la naturaleza gratuita del contrato el hecho de que las ventajas sean para ambos contratantes, siempre que la intención manifiesta de las partes sea la de facilitar el uso del bien al comodatario, y siempre y cuando este sea el contenido principal que determinó el negocio, que no queda neutralizado por la mera ventaja que a la vez pueda reportar al comodante¹³⁴.

La Jurisprudencia italiana, que es donde más sentencias encontramos de este tipo contractual, ha afirmado, en numerosas ocasiones, que no desnaturaliza el carácter gratuito del comodato el hecho de que el comodante estipule el contrato con el único interés de producirse una ventaja. Así, la Corte Suprema de Casación ha afirmado en Sentencia de 28 de mayo de 1947¹³⁵, que no es esencial al carácter gratuito del comodato que se revele un espíritu de liberalidad del comodante y un enriquecimiento del comodatario, bastando solo que falte una contraprestación, aunque el comodante obtenga alguna utilidad del negocio. En el mismo sentido, la Sentencia de 8 de junio de 1956 de la Corte de Apelación de Milán¹³⁶, ha afirmado que la naturaleza esencialmente gratuita del comodato no implica que el comodante no pueda concederse, de la estipulación del contrato, alguna utilidad indirecta y mediata. Asimismo, en Sentencia de 8 de febrero de 1993¹³⁷, se ha afirmado que no es incompatible con las características del contrato de comodato y que deriva del principio de la autonomía contractual de las partes, la coexistencia con la ventaja del comodatario de una utilidad o ventaja del comodante¹³⁸.

A mi juicio, no desnaturaliza el carácter gratuito de un contrato la ventaja o utilidad que pueda obtener el disponente, ni mucho menos implica, como algunos han pretendido, una conversión del contrato en oneroso. Como ya he señalado en apartados anteriores, para que un contrato gratuito pierda la condición de

R.: "Le prêt à usage en matière commerciale", *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, pp. 179 y ss.; FRAGALI, M.: "Comodato", cit., p. 153; TORRENTE, A. y SCHLESINGER, P.: *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 1990, pp. 607-608; CORSI, A.: "Causa dell'attribuzione patrimoniale, negozio a titolo gratuito e rilevanza dei motivi (in imagine a un caso di comodato modale)", *Giurisprudenza italiana*, 1973, pp. 1187-1189; DE MARTINI, A.: "Sull'ammissibilità d'un comodato modale", cit., pp. 85 y ss.; BARBIERI, E. M.: "Il comodato", cit., pp. 16-17.

134 En este sentido, MARTÍN RETORTILLO, C.: "El comodato en nuestros días", *Anuario de Derecho Civil*, T. VI, 1956, p. 843, tras afirmar que el comodato es un contrato esencialmente gratuito, señala que: "entendemos que no desvirtúa esta característica porque ofrezca alguna ventaja para los dos contratantes, como sucede en el caso citado por RUGGIERO, en el que uno presta un potro salvaje para que otro lo emplee en sus labores agrícolas y se lo devuelva domado; ni tampoco en el supuesto de que adquiera un mayor relieve de utilidad o conveniencia que derive de este contrato para el comodante, como acontece cuando preste el coche o el caballo para que otro vaya de romería o llegue a la ciudad y a la vez recoja un encargo, retire un documento o haga entrega de una carta en provecho del propio comodante". PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *El Contrato de Comodato*, cit., p. 74, señala que "la existencia de un interés y por lo tanto, en cierto sentido de una ventaja para el concedente, no es incompatible con la esencia del comodato, al menos hasta que tal interés o ventaja puedan obtenerse sin imponer al que recibe la cosa obligaciones diversas o más gravosas a estas que le corresponden en cuanto comodatario".

135 Archivo jurídico, 613.

136 *Giurisprudenza Siciliana* 65.

137 *Giurisprudenza di Merito*, 912.

138 Vid. al respecto el comentario a la sentencia de ARCERI, A.: "Il comodato di opere d'arte e la responsabilità del comodatario", (Nota a T. Bologna, 8 febrero 1993, Sabot c. Com. Bologna), *Giurisprudenza di Merito*, 1993).

tal, deben darse las notas de onerosidad necesarias para la modificación del tipo contractual. Para ello será necesario, como bien señala el art. 1.741 CC, que el comodatario esté obligado a pagar un emolumento al comodante. Por lo tanto, la finalidad de procurarse mediante el acto de dar una probabilidad de obtener ventajas patrimoniales, no siempre parece suficiente para excluir el concepto técnico de negocio gratuito¹³⁹.

¹³⁹ Vid. al respecto mi estudio sobre *El comodato modal y su distinción con el arrendamiento*, cit.

BIBLIOGRAFÍA

ADDEO, P.: "Sul concetto di equilibrio economico nei contratti onerosi", *Diritto Commerciale*, 1921.

ALBALADEJO GARCÍA, M.:

- Derecho civil, Derecho de Obligaciones, T. II, Vol. II, Barcelona, 1987.
- El negocio jurídico, Barcelona, 1958.
- La causa", *Revista de Derecho Privado*, 1958.

ALESSI, R.: "Sul concetto di causa nel negozio giuridico", *Temi Emiliana*, T. II, 1933.

ALONSO PÉREZ, M.: *Sobre la esencia del contrato bilateral*, Salamanca, 1967.

ARCERI, A.: "Il comodato di opere d'arte e la responsabilità del comodatario", (Nota a T. BOLOGNA, 8 febrero 1993, Sabot c. Com. Bologna), *Giurisprudenza di Merito*, 1993).

BARBIERI, E. M^a.: "Il comodato", *Giurisprudencia Sistemática Civil e Commerciale*, 1979.

BAUDRY-LACANTINERIE, G. et BARDE, L.: *Trattato teorico-practico di Diritto Civile, Delle Obbligazioni* (traducción italiana con notas de PIETRO BONFANTE), Vol. I, Milano, s/f.

BETTI, E.:

- Teoria generale del negozio giuridico, Torino, 1960.
- Teoria generale delle obbligazioni, T. III, Milano, 1954.

BIONDI, B.: "Le donazioni", *Trattato di Diritto Civile* (dirigido por VASALLI), Torino, 1961.

BISCONTINI, G.: *Onerosità, corresponsività e qualificazione dei contratti, Il problema della donazione mista*, Napoli, 1992.

BOITARD, M.: *Les contrats des services gratuits*, París, 1941.

BONFANTE, P.: "Il contratto e la causa del contratto", *Scritti giuridici varii*, T. III, Torino, 1921.

BOUYSSOU, M.: *Les libéralités avec charges en Droit civil français*, París, 1947.

BRUNORI, E.: "Del Comodato", *Commentario del Codice Civile, delle obbligazioni* (dirigido por D'AMELIO e FINZI), T. II, Vol. II, Firenze, 1949.

CAPTANT, H.: *De la cause des obligations*, París, 1923.

CARIOTA-FERRARA, L.:

- El negocio jurídico (traducción, prólogo y notas de ALBALADEJO GARCÍA), Madrid, 1956.
- "Gratuità nei negozi di garanzia", *Scritti Minori*, Milano, 1986.

CARNEVALI, U.: *La donazione modale*, Milano, 1969.

CAROPPO, A.: "Gratuità ed onerosità dei negozi di garanzia", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1961.

CARRESI, F.: "Il Comodato", *Trattato di Diritto Civile Italiano* (dirigido por VASSALLI, T.), VIII, Torino, 1957.

CARROZZA, P.: "Ancora sul comodato modale", *Giurisprudenza Siciliana*, 1958.

CASTÁN TOBEÑAS, J.:

- Derecho Civil Español, Común y Foral, T. I, Vol. II, Madrid, 1984.
- Derecho Civil Español, Común y Foral, T. I, Vol. IV, Madrid, 1987.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H.:

- "Comentario a la sentencia del TS de 30 de diciembre de 1985", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 10, 1986.
- "Comentario a los arts. 1.274 a 1.278 del CC", *Comentarios al código civil y compilaciones forales* (dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART), T. XVII, Vol. I-B, Madrid, 1993.

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

CLEMENTE MEORO, M. E.: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1998.

CORSI, A.: "Causa dell'attribuzione patrimoniale, negozio a titolo gratuito e rilevanza dei motivi (in imagine a un caso di comodato modale)", *Giurisprudenza Italiana*, 1973.

DABIN, J.: *La teoría de la causa* (traducción de FRANCISCO DE PELSMAEKER y adaptada al Derecho español por F. BONET RAMÓN), Madrid, 1955.

DE BUEN, D.: *Derecho Civil Español Común*, T. II, Madrid, 1930.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, 1991.

DE LOS MOZOS, J. L.:

- "Causa y tipo en la teoría general del negocio jurídico", *Anuario de Derecho Civil*, 1970.
- "La causa del negocio jurídico", *Revista de Derecho Notarial*, 1961.

DE MARCHI, G.: "Onerosità e gratuità dell'avallo e delle garanzie personali in generale", *Rivista di Diritto Civile*, 1958.

DE MARTINI, A. "Sull'ammissibilità d'un comodato modale", *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione*, T. XV, 1944.

DE RUGGIERO, R.: *Instituciones de Derecho Civil* (traducción a la 4ª edición italiana por SUÑER Y TEJJEIRO), T. I, Madrid, 1977.

DE SIMONE, M.: "Il contratto con prestazioni corrispettive", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1948.

DEIANA, G.: "Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell'obbligazione", *Rivista di Diritto Civile*, 1938.

DESANTES GUANTER, J. Mª.: "Una reelección sobre la causa", *Anuario de Derecho Civil*, T. VIII, Vol. II, 1955.

DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, T. II, Madrid, 1995.

DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.:

- "El concepto de causa en el negocio jurídico", *Anuario de Derecho Civil*, 1963
- *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, T. I y T. II, Madrid, 1996.

DISTASIO, N.: "Locazione, comodato modale, contratto innominato", *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione*, 1949.

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

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M^a. C.: "Sobre el comodato o préstamo de uso", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 29, enero 2020.

DOMÍNGUEZ LOPEZ, E.: *Gratuidad y la utilidad como factores determinantes de la responsabilidad del comodatario*, Granada, 2001.

DUPEYROUX, J. J.: *Contribution a la théorie générale de l'acte a titre gratuit*, París, 1955.

DUSI, B.: *Diritto delle obbligazioni e contratti speciali*, Modena, 1906-1907.

ESPÍN CANOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil Español*, T. III, Madrid, 1983.

FABRÉ, R.: "Le prêt à usage en matière commerciale", *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1977.

FADDA, C.: *Teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1909.

FERRARA, F.: *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940.

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

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

GALGANO, F.:

- El negocio jurídico (traducción española de PRATS ALBENTOSA, L. y BLASCO GASCÓ, F.), Valencia, 1992.
- "La causa", *Diritto Civile e Commerciale*, T. II, Vol. I, Padova, 1990.

GARCÍA GARRIDO, M. J.: "Realidad y abstracción en los casos jurisprudenciales romanos (estratos casuísticos en los supuestos de comodato de caballerías)", *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*, Madrid, 1988.

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.

GATTI, S.: "L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive", *Rivista de Diritto Commerciale*, T. I, 1963.

GETE-ALONSO y CALERA, M^a. C.: *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, 1979.

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

GIORGIANI, M.:

- La causa del negozio giuridico, Milano, 1961.
- "La causa tra tradizione e innovazione", en *Causa e Consideration*, Padova, 1984.
- Voz "Causa (diritto privato)", *Enciclopedia del Diritto*, T. VI, 1960.

GRASSETTI, C.: *Donazione modale e fiduciaria*, Milano, 1941.

GUAGLIOLO, F.: "Ancora sui caratteri differenziali tra locazione, comodato e precario oneroso", *Il Foro Padano*, 1950.

IONASCO, T. R.: "Las recientes destineés de la theorie de la causa", *Revue Trimestriel de Droit Civil*, 1931.

JORDANO BAREA, J. B.: "La causa en el sistema del Código Civil Español", *Centenario del Código Civil*, T. I, Madrid, 1990.

JOSSEERAND, L.:

- "La decadenza del titolo gratuito e la sua trasformazione", *Annuario di Diritto comparato e di studi legislativi*, 1930.
- *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, París, 1928.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil, Derecho de obligaciones*, T II, Vol. II, Barcelona, 1987.

LALAGUNA DOMINGUEZ, E.: "Sobre la causa de los contratos", *La Ley*, T. IV, 1988.

LIASSO GAITE: *Crónica de la Codificación Española, Codificación civil*, T. II, Madrid 1970.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La nulidad contractual. Consecuencias*, Valencia, 1995.

LÓPEZ PALOP, E.: "La donación remuneratoria", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. III, 1945.

LORDI, L.: "Contratti sinallagmatici con prestazioni gravemente disuguali: cessione di vitalizio: assicurazione vita: usura", *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, T. XXXVIII, 1940.

LUMINOSO, A.: "I contratti tipici e atipici", *Tratatto de Diritto privato* (a cura di GIOVANNI IUDICA e PAOLO ZATTI), 1995.

MANRESA Y NAVARRO, J. M^a.: *Comentarios al Código Civil Español*, T. XI, 6^a Edición (revisada por JOSÉ M^a BLOCH), Madrid, 1972.

MANZINI, C.: "Il contratto gratuito atipico", *Contratto e Impresa*, 1986.

MARÍN PÉREZ, P.: "Comentario a los arts. 1740 a 1750 del CC", *Comentarios al código civil y compilaciones forales* (dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA), T. XXII, Vol. 1^o, Madrid, 1982.

MARINI, A.: *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, Milano, 1976.

MARTÍN BALLESTERO, L.: *De la causa en los negocios jurídicos contractuales*, Madrid, 1956.

MARTÍN RETORTILLO, C.: "El comodato en nuestros días", *Anuario de Derecho Civil*, T. VI, 1956.

MASSART, A.: "Gli altri contratti agrari di scambio", *Diritto Agrario Italiano*, 1975.

MESSINEO, F.:

- Dottrina generale del contratto, Milano, 1948.
- Voz "Contratto", *Enciclopedia del Diritto*, T. IX, Milano, 1961.

MICHEL, J.: *Gratuité en droit romain*, Bélgica, 1962.

MOSCO, L.: *Onerosità e gratuità degli atti giuridici con particolare riguardo ai contratti*, Milano, 1942.

NICOLÒ, R.: Voz "Alea", *Enciclopedia del Diritto*, T. I., Milano, 1958.

PASTORI, F.:

- Il comodato nel Diritto romano, Milano, 1954.
- Voz "Comodato nel diritto romano", *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1962.

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

PEROZZI, S.: "Intorno alla donazione", *Scritti giuridici*, T. II, Milano, 1948.

PINO, A.: *La excesiva onerosidad de la prestación* (traducción y notas comparativas al Derecho español de FEDERICO DE MALLOL), Barcelona, 1959.

PIRAINO LETO, A.: *Contratti atipici e innominati*, Torino, 1974.

PLANIOL, M - RIPERT, G.: *Traité élémentaire de Droit civil*, T. II, París 1.926.

POTHIER, R. J.: *Oeuvres*, T. I y T. XIII, Bruselas, 1831.

PRADA GONZÁLEZ, J. M^a.: "La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XVI, 1968.

PUGLIATTI, S.:

- "Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici", *Saggi sul Diritto Civile*, 1951.
- "Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico", *Nuova Rivista di Diritto Commerciale. Diritto dell'economia. Diritto sociale*, T. I, Vol. II, 1947-48.
- "Sull'onerosità dell'avallo apposto a cambiali destinate allo sconto", *Foro Italiano*, 1936.

PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, Vol. II, 2ª Edición, Barcelona, 1982.

PUIG PEÑA, F.: *Compendio de Derecho civil español*, T. II, Pamplona 1972.

RABANETE MARTÍNEZ, I.:

- El comodato modal y su distinción con el arrendamiento, Valencia, 1999.
- "Las donaciones remuneratorias: configuración jurídica, colación y dispensa. A propósito de la STS de España num. 473/2018, de 20 de julio de 2018", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 29, enero 2020.

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

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

ROPPO, E.: Voz "Contrato", *Digesto delle Discipline Privatistiche*, T. IV, Torino, 1989.

SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil*, T. IV, Madrid, 1891.

SÁNCHEZ-BLANCO, J.: "Onerosidad, gratuidad y causa", *Revista de Derecho Privado*, 1952.

SANCHO REBULLIDA, F.: "Notas sobre la causa de la obligación en el Código Civil", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1971.

SANDULLI, M.: "Le nozioni giuridiche di onerosità e gratuità", *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, I, 1973.

SANTARELLI, U.:

- *Commodo utentis datum*, Milano, 1972.
- "Minima del comodato", *Archivio giuridico*, 1977.

Voz "Comodato nel diritto medievale e moderno", *Digesto delle discipline privatistiche*, T. III, Torino, 1988.

SARGENTI, M.: "Sul criterio di distinzione fra negozio oneroso e negozio gratuito", *Foro Padano*, Milano, 1946.

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

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

STOLFI, G.: *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961.

TAMAYO CARMONA, J. A.: "Responsabilidad por pérdida: análisis del art. 1.896. 2º del Código Civil", Valencia, 1997.

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

TETI, R.: Voz "Comodato", *Digesto delle Discipline Privatistiche*, T. III, Torino, 1988.

TERRANOVA, C. G.: "L'eccessiva onerosità nei contratti", *Commentario al Codice civile* (dirigido por PIERO SCHLESINGER), Milano, 1995.

TILOCCA, E.: "Onerosità e gratuità", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1953.

TORRALBA SORIANO, O. V.: *El modo en el Derecho Civil*, Madrid, 1967.

TORRENTE, A. y SCHLESINGER, P.: *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 1990.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Panorama de Derecho civil*, Barcelona, 1973.

VATTIER FUENZALIDA, C.: *Sobre la estructura de la obligación*, Palma de Mallorca, 1980.

VENEZIAN, G.: *La causa nei contratti*, Roma, 1892.

VERDERA SERVER, R.: *Inadempimento e risoluzione del contratto*, Padova, 1994.

VIVAS TESÓN, I.:

- El contrato de comodato, Valencia, 2002.
- “La esencial gratuidad del contrato de comodato y la responsabilidad del comodatario en la Jurisprudencia”, *Revista de Derecho Privado, Crónica Jurisprudencial*, núm. 8, 2002.

