

El contrato de comodato o préstamo de uso: instrumento válido del merchandising¹

The commodatum contract or loan for use:
Valid instrument of merchandising

JOSÉ RENÉ ORÚE CRUZ²
Nicaragua

RESUMEN

Se analiza el contrato de comodato o préstamo de uso según lo establecido en el Código Civil, con breves referencias a legislación comparada latinoamericana y el criterio de expertos; el análisis relaciona a dicho contrato con las técnicas de Merchandising aplicadas actualmente al sector comercio y servicios, fundamentalmente; así mismo, con la legislación de competencia. Se identifica la validez e importancia del contrato de comodato lo cual permite determinar que las críticas elaboradas sobre la validez del contrato de comodato se efectúan sin expresar el fundamento legal de las mismas.

Palabras claves: Comodato, Merchandising, Comodante, Comodatario, Préstamo, Facilidades esenciales.

1 Fecha de recepción: 8 de agosto de 2023. Fecha de aceptación: 12 de diciembre de 2023. Doi: <https://doi.org/10.18601/16923960.v23n1.04>

2 Licenciado en Derecho; Posgrado en avanzada gerencia; Posgrado en derecho de autor, Universidad de los Andes, Mérida; Máster en derecho de integración y comercio internacional, Universidad de Valladolid, España. Abogado y Notario Público; Profesor Titular de pre y posgrado en derecho mercantil, consumidores, competencia, mediación y arbitraje, Universidad Centroamericana UCA, Managua, Nicaragua; Ha publicado varios libros y ha participado 8 en varias publicaciones internacionales.. Contacto: reneeorue@gmail.com . Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2712-6493>.

ABSTRACT

The bailment or loan of use contract is analyzed according to what is established in the Civil Code, with brief references to comparative Latin American legislation and the criteria of experts; The analysis relates said contract to the Merchandising techniques currently applied to the commerce and services sector, fundamentally; likewise, with competition legislation. The validity and importance of the bailment contract is identified, which allows us to determine that the criticisms made about the validity of the bailment contract are made without expressing their legal basis.

Keywords: Commodatum, Merchandising, Commodator, Bailer, Loan, Essential Facilities.

Sumario: 1. Introducción. 2. Merchandising. 3. El comodato o préstamo de uso. 3.1 Antecedentes. 3.2 Concepto. 3.3 Características. 3.4 Capacidad. 3.5 Obligaciones del comodatario. 3.6 Obligaciones del comodante. 3.7 Extinción del contrato. 3.8 El precario. 4- El comodato y las críticas a su implementación. 5. Conclusiones. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El devenir económico y legal de Nicaragua en los últimos 30 años enfrenta diferentes situaciones económicas complejas influenciadas de forma determinante por la actividad política, ésta situación ha tenido como consecuencias el desarrollo desigual de las actividades económicas en el país. Predominando la economía de gestión de pequeños comercios, campesinos con poca tierra, trabajadores agrícolas, microempresas; en las ciudades grandes se repite ese espectro de actividades económicas, más la presencia de supermercados, grandes almacenes, centros comerciales y los denominados "mercados".

Estos últimos, son herencia de los antepasados, consisten en un conglomerado de establecimientos que venden alimentos para humanos, productos ferreteros, farmacias, ropa, libros, pócimas, comiderías y todo lo que permita la imaginación; mismos que reciben a cientos de ciudadanos cada día para realizar transacciones.

El brevísimo enfoque sobre la forma de realizar algunas de las actividades económicas permitirá comprender la importancia del contrato de comodato o préstamo de uso, como contrato accesorio a operaciones de compraventa mercantil, fundamentalmente, y determinar cuál es el punto de conexión del comodato con el desarrollo de las actividades de merchandising.

La situación se torna compleja cuando en los últimos meses, una empresa importante del país, a través de sus dependientes, implementa una campaña

dirigida a pequeños negocios, comerciantes individuales en su mayoría (comodatarios), señalando que los contratos de comodato o préstamo de uso por ellos suscritos son ilegales y por tanto, deben permitir que los productos de esta empresa se pueden colocar utilizando los instrumentos de merchandising propiedad de la competencia (comodante).

A través de entrevistas realizadas con algunos de estos comodatarios, salió a relucir cuales son los elementos que se plantean al cuestionar el funcionamiento del contrato de comodato o préstamo de uso.

- Se cuestiona la validez de mismo por ser ilegal, sin indicar en que consiste la ilegalidad;
- Se argumenta que dicho contrato genera barreras de entrada a la economía al restringir que los instrumentos de merchandising de un comodante no pueden contener bienes o mercaderías de otro competidor;
- Señalan que cualquier empresario puede introducir sus bienes en los instrumentos de merchandising de otro empresario, basados en la teoría de las facilidades esenciales.

La institución del comodato, aunque de vieja data, modernamente tiene una amplia difusión e implementación por el sector empresarial; en Nicaragua se ejecuta por sectores específicos de la actividad empresarial que fabrican, producen, importan o distribuyen bienes en sus redes de distribución y/o comercialización hasta llegar al destinatario final (consumidor).³

Se identifica la regulación del contrato de comodato o préstamo de uso en el Código Civil de la República de Nicaragua,⁴ [en adelante (C) o Código Civil], artículos 3416-3448 y en cuanto la regulación de las prácticas anti-competitivas en la Ley de Promoción de la Competencia, [en adelante LPC].⁵

La metodología utilizada en la investigación consiste en análisis cualitativo de tipo documental, recolectando la información a través de la revisión de documentación realizada a determinados instrumentos de mercadeo. Se efectúa revisión de la legislación y jurisprudencia nacional, tomando en consideración, además, diversos criterios de expertos internacionales.

El objetivo práctico del presente artículo de investigación consiste en disponer de una visión lo más amplia sobre algunas de las regulaciones previstas sobre el contrato de comodato o préstamo de uso en base a lo dispuesto en la legislación civil, efectuando la vinculación de ese contrato con los

3 Ley No. 842, 2013, Ley de Protección de los derechos de las personas consumidoras o Usuarias. 11 de julio de 2013. DO. N.º. 129. (Nicaragua) art. 5.

4 Código Civil de la Republica de Nicaragua, 2019, No. 263 DO. (Nicaragua)

5 Ley No. 601 2006, Ley de Promoción de la Competencia. 24 octubre 2006. DO No. 206. (Nicaragua)

instrumentos de merchandising, tomando en consideración la relación con la legislación de competencia. Todo lo anterior a efecto de determinar la validez sobre la implementación del comodato y los instrumentos de merchandising.

Se realiza comparación con algunos de los instrumentos jurídicos del continente; y se incorporan los criterios que la Corte Suprema de Justicia ha expresado en cuanto al comodato.

En concordancia con la legislación nacional se analiza los argumentos esgrimidos para cuestionar la validez de dicho contrato permitiendo identificar los errores o falencias en su argumentación.

Los contenidos desarrollados en el presente documento comprenden cuatro temáticas de relevancia, el primero, describe la evolución histórica y jurídica del contrato de comodato o préstamo de uso y su definición; en el segundo, se realiza una introducción sobre lo que se entiende como marketing y a la vez se analiza el significado e importancia del merchandising. En el tercer tema, se estudia la institución del comodato según lo previsto en el Código Civil, tomando en consideración el concepto, identificando los caracteres distintivos, los elementos subjetivos que concurren en el mismo, las obligaciones del comodante y comodatario; extinción del mismo y el comodato precario. En el cuarto tema, se analiza y desvirtúa las tres líneas sobre críticas al contrato de comodato; finalizando con las conclusiones.

2. MERCHANDISING

Antes de entrar en el análisis del comodato o préstamo de uso, es fundamental identificar algunos elementos de carácter técnico-económico, situación que permitirá, posteriormente, entender la relación que existe en el mercado entre el contrato principal de compraventa mercantil, como regla general, el contrato accesorio de préstamo de uso y las técnicas y estrategias de promoción que se aplican en un punto de venta.

En primer lugar, es necesario conocer el significado de marketing, al respecto se afirma que es válida la definición que propone Philip Kotler: "Marketing es un proceso social y de gestión a través del cual los distintos grupos de individuos obtienen lo que necesitan y desean, creando, ofreciendo e intercambiando satisfactores con valor para ellos".⁶

Se argumenta que los grupos de individuos concurren al mercado para ofertar, unos, y adquirir, otros, bienes y servicios. Desempeñando un papel importantísimo en las empresas la actividad de organizar e implementar el marketing, Por tanto, se considera al marketing una parte fundamental de cualquier estrategia de negocios exitosa. Al ser una forma de comunicar y

6 Bruno P. Bengoechea, Coord Gral, *Diccionario de Marketing*. (Madrid, BROSMAC, 1999). *Diccionario de Marketing*. (Madrid: BROSMAC, 1999).

promocionar un producto o servicio. Se trata de crear conciencia de marca, así como en crear relaciones a largo plazo con los consumidores. El objetivo principal del marketing es obtener una respuesta positiva del consumidor hacia un producto o servicio, lo que puede llevar a la compra, el uso y la lealtad a la marca.⁷

Teniendo una idea más clara sobre lo que se conoce como marketing, la cuestión siguiente a abordar corresponde al significado de merchandising. Este consiste en la presentación de productos y servicios para ampliar las ventas, corresponde a una herramienta necesaria para mejorar la visibilidad de los productos y servicios y crecer las ventas.

Se arguye que el merchandising corresponde a un término de origen anglosajón que sirve para referirse a las técnicas y estrategias de promoción que se aplican en un punto de venta. Sería, por tanto, una de las muchas vías de marketing o publicidad que se pueden utilizar, con la peculiaridad de que no sólo se busca aumentar las ventas, puede tener otros fines, que es interesante destacar.⁸

Se plantea que dentro de la clasificación del merchandising se menciona el de presentación, conocido como visual merchandising, el que consiste en la manera más rentable posible de presentar el producto, de modo que el acto de compra sea sumamente fácil para el potencial cliente.

En Nicaragua las empresas implementan con frecuencia exhibidores especiales, destacándose los siguientes: en farmacias se ubican exhibidores a ser utilizados exclusivamente para marcas específicas de medicamentos o alimentos para bebe; en diferentes tiendas y supermercados, existen exhibidores exclusivos de marcas de cigarrillos, así como de exhibidores de frío para productos lácteos y helados; en supermercados y tiendas de conveniencia se utilizan equipos de frío para exhibir y ofertar helados, cárnicos y cervezas de marcas específicas; en pulperías, bares, restaurantes y comiderías existen equipos de frío para exhibir y ofertar al público cervezas y gaseosas. Es importante reconocer que todos estos exhibidores y/o equipos tienen colocados las diferentes marcas que el empresario (comodante) dispone para diferenciar sus productos y proteger la buena fama (goodwill).⁹

7 Marketing school es. *Diferencia-entre-marketing-y-merchandising*. <https://marketingschool.es/> (consulta el 17 julio 2023)

8 García Gemma, *Para qué sirve el merchandising*. (2023), <https://emprendepyme.net> El merchandising como técnica-estratégica de marketing. (consultado el 9 julio 2023)

9 El contrato es a título gratuito, pero las empresas (comodante) invierten millones de córdobas anualmente en comprar, dar mantenimiento y renovar sus equipos del merchandising.

3. EL COMODATO O PRESTAMO DE USO

3.1. ANTECEDENTES

Adentrándonos en la historia, se comenta en las Institutas, citando a Domingo y Rodríguez – Antolín, (3.14.2) que se precisa la definición de comodato como uno de los componentes de la configuración de los contratos según el derecho romano.^{10 11}

Se debe recordar que las Institutas de Justiniano son un componente del Corpus Juris Civilis, al respecto se expresa “Que el Corpus Iuris fue determinante en la evolución de la jurisprudencia de la antigua Roma, porque en él se preservaron, casi exclusivamente, las fuentes jurídicas durante siglos, ya que la mayor parte de los textos originales de la antigua jurisprudencia clásica se perdió, y así, salvo las Instituciones de Gayo, casi todo nos ha llegado a través de la selección que hicieron los compiladores de Justiniano”.¹²

Ahondando sobre la evolución del comodato, se reconoce en el Digesto los contratos “*Commodati vel contra*”;¹³ definiéndose el comodato o préstamo de uso “... un contrato por el cual una persona, el comodante, entrega gratuitamente una cosa a otra persona, el comodatario, para servirse de ella y devolverla después de haber hecho el uso convenido”.

Conociendo la delimitación sobre lo que es el comodato, se aborda y delimita por los romanos algunos elementos característicos del comodato o préstamo de uso; resulta interesante reconocerles posteriormente dentro de la evolución del derecho civil.¹⁴ Estos elementos son:

- 1) La *datio* convierte al comodatario en detentador de la cosa, mientras la propiedad y la posesión continúan vinculadas al comodante.
- 2) Objeto del comodato solo pueden ser las cosas corporales, y tanto las muebles como las inmuebles. Según regla general, la cosa debe ser inconsumible.
- 3) Nota esencial del comodato es su gratuidad.

10 Las Institutas de Justiniano son un componente del Corpus Juris Civilis, la codificación del Derecho romano del siglo VI ordenada por el emperador bizantino Justiniano.

11 German Orozco, *Contratos privados*, (Managua: Fondo editorial UCA publicaciones, 2017):112.

12 A.Vargas Valencia., *Instituciones de Justiniano*, fuente bibliográfica del pensamiento Jurídico novohispano, México: *Nova tellus*, 18 1, (2000):16, 131, https://www.iifilologicas.unam.mx/pnovohispano/uploads/novatellus/2000_art1.pdf

13 Eugene Petit, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, (Buenos Aires: Edit. ALBATROS, nd): 472.

14 Juan Iglesias, *Derecho Romano*, (Barcelona: Sello Editorial, 2010): 273.

- 4) El comodatario debe usar la cosa de conformidad con su propia naturaleza y destino, a bien a tenor de lo especialmente pactado. Si procede de otra suerte, comete hurto.

A partir de la definición y de los elementos constitutivos del comodato delimitado por los romanos, resulta interesante destacar lo planteado en cuanto a la responsabilidad del comodatario; según Ulpiano, la responsabilidad del comodatario es la más rigurosa que puede imponerse a un deudor. Responde de toda falta que no hubiera cometido un buen padre de familia. Poco importa lo que haya aportado a la conservación de la cosa como que fuere suya. Expresa, además, el motivo de este rigor, es que el contrato es en toda ventaja suya, por prestarle un servicio gratuito.¹⁵

Al identificar en el desarrollo del presente análisis las diferentes regulaciones del Código Civil sobre la institución del comodato o préstamo de uso, es importante conocer los antecedentes del comodato, a efecto de no pretender desnaturalizar la esencia de mismo sin fundamento legal alguno.

3.2. CONCEPTO

Una primera descripción del comodato señala "Contrato por el cual una de las partes entrega gratuitamente a otra una cosa no fungible para que se use de ella por cierto tiempo y la restituya"^{16,17}

Ossorio, define el comodato de la siguiente manera:

Llamado también préstamo de uso, es un contrato real consistente en que en que una parte -el comodante- entrega a la otra -el comodatario- gratuitamente alguna cosa no fungible, mueble o raíz, con facultad de usarla y obligación de devolver la misma cosa recibida. El contrato se perfecciona con la entrega de la cosa: el comodatario no puede hacer de ella un uso distinto al pactado en el contrato; y a falta de convención expresa, de aquel a que está destinada según su naturaleza o costumbre del país.¹⁸

El Código Civil en el artículo 3416 delimita "Habrá comodato o préstamo de uso cuando una de las partes entregue a la otra gratuitamente alguna cosa no fungible, mueble o raíz, con facultades de usarla".

15 Petit, *"Tratado Elemental de Derecho Romano"*, 473.

16 Real Academia Española, *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*. 2017.

17 El Código Civil delimita en el artículo 2479, que todo contrato celebrado es una ley entre las partes y no puede ser invalidado solo por consentimiento mutuo o por causas legales.

18 Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, (Buenos Aires: Helias-tra, sn), 138.

Se observa en las definiciones anteriores y en lo previsto en el Código Civil, elementos comunes a saber que son caracteres distintivos del comodato y que han sido acogidos por la doctrina para caracterizar dicho contrato, siendo estos:

1. Una de las partes entrega a la otra gratuitamente;
2. Un bien no fungible, mueble o raíz.
3. Dispone de facultad para usarla.

Es necesario destacar que el comodato tiene por objeto en la actividad civil o comercial un bien mueble, principalmente, debe ser un cuerpo cierto; es esencialmente gratuito, no debe exigir el comodante remuneración alguna por el servicio que presta; cuando se hace prometer un salario, hay arrendamiento o contrato innominado.¹⁹

Conociendo lo estipulado en el Código Civil sobre que es el comodato, resulta de interés conocer algunas definiciones o enunciados previstos en los Códigos de países de Latinoamérica.

Código Civil y Comercial de la Nación, Ley No. 26.994, 2014. Decreto 1795/2014. (Argentina). "Artículo 1533. Concepto Hay comodato si una parte se obliga a entregar a otra una cosa no fungible, mueble o inmueble, para que se sirva gratuitamente de ella y restituya la misma cosa recibida".

Código Civil Ley número XXX, 19 de abril de 1885. (Costa Rica). "Artículo 1334 El préstamo, sea comodato o mutuo, es un contrato gratuito".

Decreto N° 76-1906, Código Civil, (Honduras). "Artículo 1920. El comodante conserva la propiedad de la cosa prestada. El comodatario adquiere el uso de ella, pero no los frutos; si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato".

Código Civil Federal, 1928. (México). "Artículo 2497.- El comodato es un contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a conceder gratuitamente el uso de una cosa no fungible, y el otro contrae la obligación de restituirla individualmente".

Código Civil de la República, Ley No. 2, 1916. (Panamá). "Artículo 1432. El comodante conserva la propiedad de la cosa prestada. El comodatario adquiere el uso de ella, pero no los frutos; si interviene algún emolumento que hará que pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato".

De la lectura anterior se puede colegir que la definición o enunciado del Código Civil de Costa Rica, es la más corta; existe similitud en cuanto al contenido del Código Civil de Nicaragua y lo previsto en el Código Civil

19 Conuerdo con las afirmaciones expresadas, en dos momentos diferentes en el tiempo, pero válidas, por Petit y Orozco.

y Comercial de Argentina y Código Civil Federal de México; la redacción en los Códigos de Honduras y Panamá es prácticamente igual. Además, se observa en las legislaciones antes referida los siguientes elementos comunes que han sido acogidos:

1. Es un contrato gratuito.
2. Se entrega una cosa mueble o inmueble, no fungible.
3. Participan dos sujetos, comodante y comodatario.
4. Comodante conserva la propiedad de la cosa prestada.

Como corolario de la definición de comodato o préstamo de uso, se destacan para fines prácticos algunas diferencias entre este y diversos contratos. El préstamo de uso es una forma interesante de la donación, porque el provecho obtenido por el uso del bien se da sin remuneración alguna. Se distingue del depósito regular, porque el depositario no puede usar de la cosa, su obligación es guardarla; del mutuo en que se debe devolver la misma o idéntica cosa, mientras el mutuuario debe solo otras de la misma especie y calidad; de la locación porque en esta se recibe precio por el uso; de la prensa porque esta se da para garantizar una obligación.²⁰ Se diferencia de la donación en vista que el comodante conserva la propiedad de la cosa prestada. Con el comodato, el comodatario adquiere un título de uso, que es de naturaleza personal, por esa razón el comodato no es título para usucapir.²¹

3.3. CARACTERES DISTINTIVOS

Entendiendo el contenido de la definición prevista en el Código Civil sobre comodato o préstamo de uso, se procede a identificar y analizar cuáles son los caracteres distintivos delimitados y su alcance.

a. Elementos subjetivos

En dicho contrato participan dos elementos subjetivos, el comodante, quien es el dueño del bien y el comodatario, que es quien recibe en préstamo el bien con la obligación de devolverlo, ambos nombres derivan del término comodato.^{22,23}

20 José Olegario Machado, *Exposición y Comentario del Código Civil Argentino* (Buenos Aires: Editorial. Científica Literaria, 1922), 110

21 Klaus Albiez Dorhmann y José Castillo Parrilla, *Derecho de Obligaciones y Contratos*, II. Contratos en particular (Barcelona : Atelier, 2022), 170.

22 Art. 3416 C

23 Art. 3426 El comodante conserva la propiedad y posesión civil del bien (...)

Al afirmar el legislador que el comodante conserva la propiedad y posesión civil del bien, resulta interesante conocer la crítica española a regulación similar en su Código Civil.²⁴

El legislador configura el contrato con un objeto que permite el uso y posterior restitución, disponiendo el artículo 1741 CC que el comodante conserva la propiedad de la cosa prestada. No obstante, debemos criticar esa afirmación del legislador porque el comodato, como préstamo de uso, es posible no solo desde la acción del propietario, sino desde la de cualquier otro titular de un derecho real que no sea personalísimo. Siguiendo la tesis definida por Vivas Tesón, el comodante podría ser propietario, arrendatario, usufructuario, censalista, superficiario, enfiteuta de la cosa prestada, siendo este perfil más adecuado con su verdadera naturaleza jurídica.²⁵

En cuanto a la prueba del dominio por el comodante, la Corte Suprema de Justicia (CSJ) se pronunció en sentencia de las 10 am, de 4 de mayo de 1964. B.J. 174/1964. "No estando probado el dominio del actor no se resuelve si puede intentar acción reivindicatoria contra un comodatario".

b. Naturaleza civil

El comodato corresponde a un contrato de naturaleza civil, tiene un carácter esencialmente gratuito, se regula en el Código Civil.²⁶ Dicho contrato modernamente tiene amplia difusión en la actividad mercantil. Tomando en consideración que el contrato se define como esencialmente gratuito por el apartado 2do del artículo 1740 CC (Código Civil español), equivalente al artículo 3416 del Código Civil de Nicaragua; se puede afirmar que la gratitud es el elemento configurador de su naturaleza jurídica, por ser el contrato esencialmente gratuito: la gratitud como esencia.²⁷

Se argumenta en cuanto a la importancia del comodato, que es un contrato más usual de lo que se piensa, siendo frecuente en relaciones de confianza, por ejemplo, en las relaciones familiares, en las que por un familiar se cede el uso de un bien a otro durante un tiempo a cambio de nada. En épocas de crisis económica y social, el comodato es una figura contractual a la que se acude para facilitar el uso de bienes.²⁸

24 El Código Civil art. 615, expresa que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de un bien, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor del bien para reivindicarlo.

25 Luis Gutiérrez Jerez, Los contratos de préstamo, *Manual de Derecho Civil*, Coord. Ignacio Gallego Domínguez (Madrid: Wolters Kluwer, 2021), 224.

26 Iván Escobar Fornos e Iván Escobar A., *Manual de Contratos Civiles y Mercantiles*, (Managua: Senicsa, 2015), 237.

27 Gutiérrez, "Los contratos de préstamo", *"Manual de Derecho Civil"*, 224.

28 Albiez y Castillo. *Derecho de Obligaciones y Contratos*, 171.

No obstante, es innegable la importancia que reviste actualmente en la implementación del merchandising dentro de las actividades mercantiles. Por consiguiente, se concuerda con la afirmación que la mercantilización de la figura del comodato, ha traspolado su utilización del ámbito civil al campo de la contratación mercantil, donde habitualmente se configura como accesoria de otros contratos onerosos, supone también una refuncionalización del tipo legal, en tanto el esquema legal típico es utilizado para alcanzar otras finalidades económicas surgidas del mercado, al margen de lo contemplado en el ordenamiento jurídico. Así, pese a mantener la nota de gratuidad, la figura ha expandido sus fronteras más allá de la clásica finalidad de beneficencia y no se desnaturaliza cuando el comodante tiene un interés en su celebración, por fuera de fines meramente altruistas.²⁹

c. Contrato real

Se argumenta que atañe a un contrato real, el cual se perfecciona con la entrega de la cosa; se enfatiza que no basta el consentimiento del comodatario, es necesario que vaya acompañado de la entrega, tal y como determina el Código Civil.³⁰

Se debe aclarar que la entrega no supone cumplimiento de una obligación anterior, sino que es elemento o requisito de perfección del contrato y, por consiguiente, del nacimiento de las obligaciones derivadas de él, centradas en el prestatario; obligaciones de restitución. La justificación racional de esta exigencia se basa en que si no ha existido entrega no existe obligación alguna a cargo del prestatario. La obligación de restituir no puede nacer por el mero consentimiento de las partes sino por la recepción de la cosa del prestatario.³¹

Como una consecuencia del carácter de contrato real, es un contrato unilateral.³² Lo cual implica que solo derivan obligaciones para el comodatario, que corresponden a conservar y servirse de la cosa y devolverla.³³

Según señala el Código Civil, el comodatario es un mero tenedor, únicamente adquiere un derecho personal de uso y no puede apropiarse de los

29 Sandra A. Frustagil y María P. Arias, *La regulación del contrato de comodato en el Código Civil y Comercial*, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015: 1. AR/DOC/1134/2015 (consulta 1 de agosto de 2023)

30 Art. 3417 C.

31 Luis Díez Picazo y Gullón Antonio, *Sistema de Derecho Civil Volumen II*, 6ta ed. (Madrid: Tecnos, 1989): 453-454

32 Art. 2443 Es contrato unilateral aquel en que solamente una de las partes se obliga; bilateral, aquel en que resulta obligación para todos los contratantes.

33 Xavier O' Callaghan Muñoz, *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 8a ed. (Madrid: Wolters Kluwer España S.A., 2016), 1861

frutos, ni aumentos sobrevenidos del bien prestado.³⁴ Es decir, el comodante continúa en posesión del bien; conserva el derecho que tenía antes de prestar dicho bien. En lo que se relaciona al uso del bien corresponde a un derecho personal distinguiéndose así del derecho real de uso, que grava la cosa, lo que indica la diferencia de posiciones de ambos.^{35,36}

Sin embargo, se aclara que la entrega de una cosa puede obedecer a múltiples causas y no siempre produce la transmisión de dominio. Así, por ejemplo, hay entrega de la cosa arrendada o comodada pero, en estos casos, no se produce la transmisión de la propiedad sino la posesión de la misma como simple puesta a disposición.³⁷

d. Bienes no fungibles, muebles o raíces

Al tenor de lo estipulado en el artículo 3416 C, antes referido, los bienes fungibles no pueden ser objeto de comodato, es decir no pueden ser sustituidos unos por otros.³⁸ Es decir, el comodato recae sobre bienes no fungibles, muebles o raíces. El Código Civil nos aclara que cuando el préstamo tuviere por objeto bienes fungibles, solo será considerado comodato, si ellos fueren prestados como no fungibles, es decir para ser restituidas idénticamente.^{39,40}

Al respecto, es interesante el comentario de German Orozco a lo planteado en el artículo 3421 C, al señalar que dicho artículo deja abierta la posibilidad de prestar bienes consumibles, cuando sean considerados como no fungibles, para ser restituidos idénticamente, a manera de ejemplo, una botella de vino de doscientos años de antigüedad que se presta para una exhibición.⁴¹

Por consiguiente, se afirma que pueden dar excepcionalmente en comodato las cosas consumibles, que, estando destinadas a desaparecer con el primer uso, no son susceptibles de devolverse las mismas idénticas cosas; así, cuando se prestan sólo para mostrarlas, sacándolas de su uso propio, pueden ser objeto del comodato.⁴²

34 Art. 3426 C.

35 Machado, "Exposición y Comentario...", 113.

36 D. Dalmacio Vélez Sarsfield, *Código Civil de la República Argentina* (Buenos Aires: Pablo E. Coni Editor, 1874), 326.

37 María del Pilar Pérez Álvarez, Introducción, *Guía de Derecho Civil. Teoría y práctica*. Eds. Remedios Aranda Rodríguez (Pamplona: Thomson Reuters Arandazi, 2019), 71.

38 Jesús Herrera Espinoza y Jairo Guzmán García, *Contratos civiles y mercantiles* (Managua: Investigaciones y Publicaciones Jurídicas UCA, 2014), 460.

39 Art. 3421 C.C

40 Art. 3391 C.C El bien que se entrega por el mutuante al mutuario debe ser consumible o fungible, aunque no sea -consumible.

41 Orozco, "Contratos privados", 114.

42 Machado, "Exposición y Comentario...", 117.

e. Libertad de forma

En cuanto a la forma, se delimita total y absoluta libertad de forma para la demostración de su existencia. Se sostiene que el comodato tiene poca importancia en las relaciones civiles, de ahí que la ley, haciendo una excepción a los principios establecidos en los demás contratos, ha expresado que, toda clase de prueba del contrato es admisible, aunque la cosa prestada valga más que la tasa de ley.⁴³

El argumento sobre libertad de forma es ratificado por la Corte Suprema de Justicia quien ha expresado en sentencia de las 11 am, de 9 de junio de 1956. B.J. 18109 que "El comodato puede probarse por testigos cualquiera que sea el valor de la cosa".

La Corte Suprema también ha expresado en relación a la prueba del comodato, en sentencia de las 12 m, de 5 de marzo de 1958. B.J. 18910 que "La prueba del contrato de comodato corresponde al comodante que lo invoca".

f. Contrato principal

Constituye el comodato un contrato principal porque existe por sí mismo sin depender de otro, esto es, se basta por sí sin seguir la suerte de otro.⁴⁴

3.4. CAPACIDAD

Se asegura que con el préstamo de uso es opinión común reconocer que no se transfiere la propiedad del bien, esto implica que no se necesita capacidad para enajenar, basta que se tenga la de administrar. Se debe tener en cuenta que el Código Civil delimita que, si comodante o comodatario son incapaces, cualquiera de ellos puede solicitar la nulidad del contrato.^{45,46}

Bajo el tenor de los artículos 3418 C y 3419 C, se hace mención que el incapaz puede solicitar la nulidad del contrato, más no el capaz, se manifiesta que esa disposición corresponde a la antigua doctrina que buscaba el

43 Machado, Op, cit.121.

44 María C. Domínguez Guillén, Sobre el comodato o préstamo de uso, Revista Bolivariana de derecho, No. 29, (2020),71. [https://Dialnet.uniroja.esmfile://C://Downloads/Dialnet-sobreElComodatoPréstamodeUso-7226106\(1\).pdf](https://Dialnet.uniroja.esmfile://C://Downloads/Dialnet-sobreElComodatoPréstamodeUso-7226106(1).pdf) (consultado el 1 agosto 2023).

45 Art. 3418 C. "Si el comodante es incapaz para contratar, o está bajo una incapacidad accidental, puede demandar al comodatario capaz o incapaz por la nulidad del contrato, (...)"

46 Art. C 3419" (...) más el comodatario incapaz puede oponer la nulidad al comodante capaz o incapaz".

beneficio del incapaz, sin tener en cuenta, que cuando no hay voluntad en uno de los contratantes, no puede existir contrato.⁴⁷

Determina el Código Civil que con el objeto de evitar un abuso si el comodatario incapaz no fuere menor impúber y hubiere inducido con dolo a la otra parte a contratar, trae como consecuencia que su incapacidad no lo autoriza para anular el contrato y debe por consiguiente devolver el bien prestado como si fuere capaz.⁴⁸

Así pues, es necesario tomar en cuenta que se exige como regla especial, la facultad para conceder el uso de un bien que no es exclusiva del dominio; por consiguiente, no sólo los propietarios pueden dar en comodato. Todas aquellas personas que por virtud de un derecho real o personal tengan el uso de la cosa ajena, si ese uso es transferible, pueden celebrar el contrato de comodato⁴⁹.

En cuanto a la capacidad de los guardadores y a los administradores de bienes ajenos públicos o privados estipula el Código Civil, tienen prohibido prestar bienes de sus pupilos o confiados a su administración, a menos que fueren autorizados con poderes especiales.⁵⁰

3.5. OBLIGACIONES DEL COMODATARIO

Dentro de las obligaciones del comodatario destacan:

El artículo 3427 C señala "El comodatario está obligado a poner toda diligencia en la conservación del bien, y es responsable de todo deterioro que el sufra por su culpa".

Sin duda alguna, al ser el comodato un contrato esencialmente gratuito, la ley exige al comodatario el más diligente esmero en la conservación del bien, y lo hace responsable de todo deterioro que sufra.

A partir de lo previsto en el artículo 3427, se debe tener presente que, dado que el comodatario tiene la obligación de restituir, debe conservar la cosa prestada con la diligencia de un buen padre de familia, salvo que se haya pactado otra.⁵¹

Al respecto, es importante insistir en la obligación de restituir la cosa objeto del contrato, siendo definitiva de la naturaleza jurídica, tal y como se ha puesto de manifiesto en la ley; se trata de una obligación que no puede ser compensada o sustituida a voluntad del comodatario, según señala el Código

47 Machado, "Exposición y Comentario...", 114.

48 Art. 3420 C.

49 Rafael Rojina Villegas, *Compendio de Derecho Civil IV Contratos*, (México: Porrúa, 2001), 223

50 Art. 3423 C.

51 Díez y Gullón, " *Sistema de Derecho Civil*", 457.

Civil, el comodatario no puede retener la cosa prestada a pretexto de lo que el comodante le deba, aunque sea por razón de expensas.^{52,53}

Considerando lo antes señalado, implica que el comodato tiene como consecuencia que el comodatario soporta la carga de una diligente conservación de la cosa debida, desde el momento de la entrega de la cosa y hasta que tenga lugar la restitución de la misma. Se pretende mantener la identidad de su estado entre el momento de la entrega y el momento de la restitución.⁵⁴

La Corte Suprema de Justicia (CSJ) en relación a la exigencia del valor del bien por el comodatario, en sentencia de las 11 1/2 am, de 3 de julio de 1934. B.J. 8687 expresó: "Para que el comodante pueda exigir el valor de la cosa, es indispensable que justifique: a) culpa del comodatario en el deterioro. b) que como resultado de este la cosa no puede emplearse en su uso ordinario, y c) el valor anterior de la cosa. No habiéndose rendido tal prueba, no ha lugar a la demanda".

Ahora bien, al tenor de lo estipulado en los artículos 3433 y 3434 C, es necesario mencionar que en caso que los herederos del comodatario, desconociendo la existencia del comodato, enajenaren el bien mueble objeto del contrato, podrá el comodante hacer uso de la acción reivindicatoria o exigir el precio recibido. Si los herederos conocieren que el bien era prestado, deberán pagar todo el valor del bien y resarcir el perjuicio al comodante.

Partiendo de lo estipulado en los dos artículos en comento, se debe tomar en consideración que el Código Civil artículo 3428 delimita que cuándo el deterioro del bien fuese tal que ya no es susceptible de emplearse en el uso ordinario, podrá exigir el pago el comodante, y entregando su propiedad al comodatario.

Es conveniente realizar la conexión del anterior artículo con lo dispuesto en el artículo 3431 C, mismo que delimita que de los deterioros que sobrevengan a los bienes por el mero uso y sin culpa, o el deterioro por su calidad, vicios o defectos, no responde el comodatario. Si el comodatario prueba que no hubo culpa de su parte sólo estará obligado según los efectos propios del contrato, es decir, estará obligado a restituir la cosa en el estado en que se halle.

Dentro de la responsabilidad del comodatario, estipula el Código Civil que tampoco responderá el comodatario de los casos fortuitos o de fuerza

52 Artos. 3438-3439 C.

53 Gutiérrez, "Los contratos de préstamo, ..." 225. Orozco, "Contratos privados", 117.

54 Jesica Delgado Sáez, *Estudio sobre la figura del contrato de comodato y del precario* (Tesis Maestría, Universidad de Salamanca-Universidad Pública Navarra, 2015),24. (consulta 3 de agosto 2023) https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/126086/TFM_DelgadoSaez_Estudio.pdf (usal.es)

mayor, siempre y cuando estos hechos no hayan sido precedidos de alguna culpa suya, sin la cual el daño en el bien no hubiere tenido lugar. Es decir, dicho artículo agrava esta responsabilidad haciéndolo responsable de la pérdida, aún por caso fortuito.⁵⁵

También, se debe considerar que se manifiesta que el contenido de este artículo, también agrava dicha responsabilidad en los casos siguientes:

1. Cuando destinó la cosa a un uso distinto de aquél para el que se prestó.
2. Cuando la conserva en su poder por más tiempo del convenido.⁵⁶
3. Si pudiendo garantizar el bien prestado del daño sufrido empleando su propio bien, no lo ha hecho así.
4. O si no pudiendo conservar uno de los dos, ha preferido conservar la suya.

En cuanto a la responsabilidad solidaria prevé el Código Civil que cuando muchas personas han tomado conjuntamente las mismas cosas, estas responden solidariamente por la restitución o daños sufridos.⁵⁷

Del mismo modo, el artículo 3429 C contiene una obligación importantísima para el comodatario, de cara a las técnicas modernas de mercadeo y el uso de la marca del comodante, mismo que expresa que al destinar la cosa a uso distinto del pactado implica un incumplimiento voluntario y consciente de la obligación que se contrajo y por ello se sanciona al comodatario. Determina el mismo artículo, que a falta de convención expresa, será el uso a que está destinado el bien, según su naturaleza o costumbre. En ese caso, el comodante puede exigir la restitución del bien y la reparación de los perjuicios.

Por último, otra obligación específica que impone el artículo 3443 C al comodatario, corresponde a la satisfacción de los gastos realizados para servirse del bien que tomó prestado, al estipular que los mismos no puede repetirlos.

3.6. OBLIGACIONES DEL COMODANTE

Las mismas están delimitadas en cinco artículos, del 3444-3448.

Lo previsto en el artículo 3444 C, corresponde a la regulación determinada en el artículo 2439, mismo que estipula que los efectos del contrato se producen entre las partes contratantes y sus herederos, tal y como sostiene O' Callaghan al comentar la legislación española, similar a lo previsto en

55 Art. 3430 C.

56 Díez y Gullón, "*Sistema de Derecho Civil*", 457.

57 Art. 3442 C.

el Código Civil en el artículo 3444 C "(...) como excepción, se extingue el contrato de comodato por muerte de las partes, cuando se ha contraído *intuiti personae* (...)", en ese caso deberán devolver el bien prestado.⁵⁸

Como principal derecho del comodante se identifica en el Código Civil la restitución del bien objeto del contrato, derecho que se materializa al finalizar el mismo o al haberse terminado el servicio para el cual el bien fue prestado.⁵⁹

En los mismos términos que el artículo anterior, delimita el artículo 3445 C, en caso de necesidad urgente y antes de llegado el plazo de finalización del contrato, el comodante tiene el derecho de pedir la restitución del bien.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que existe responsabilidad del comodante por los daños que la cosa objeto del comodato pueda causar al comodatario, como consecuencia del vicio del bien, según delimita el artículo 3447 C.

En cuanto a los gastos extraordinarios, prevé el artículo 3448 C, la obligación del comodante de abonar los gastos extraordinarios incurridos durante la duración del contrato para la conservación del bien prestado, siempre y cuando se cumpla la condición que el comodatario informe antes de hacerlos, determinando la excepción de dicho aviso en caso que no pueda esperarse el resultado del aviso sin peligro alguno.

Sobre la prueba del contrato de comodato, la Corte Suprema de Justicia (CSJ) se pronunció en sentencia de las 12m, de 5 de marzo de 1958. B.J. 18910. "La prueba del contrato de comodato corresponde al comodante que lo invoca".

3.7. EXTINCIÓN DEL CONTRATO

En cuanto a la extinción del contrato, el artículo 3432 C delimita la extinción del comodato por el trascurso del plazo acordado, debiendo el comodante reclamar el bien y el comodatario devolverle. Estipula igualmente, que se extingue dicho contrato cuando se hubiere terminado el servicio para el cual el bien fue prestado.⁶⁰

De igual forma, no se debe pasar por alto, que el comodante antes de llegado el plazo podrá solicitar la restitución del bien al comodatario si sobreviene al comodante una situación o causa imprevista y de urgente necesidad.⁶¹

58 O'Callaghan, "Código Civil comentado...", 1862.

59 Art. 3432 C.

60 Servicio: es decir, resulta del uso o destino de la cosa.

61 Art. 3445 C.

3.8. EL PRECARIO

Tomando en consideración lo estipulado en el artículo 3446 C, sobre el préstamo precario se debe reconocer de interés lo expresado por Diez P y Gullón al respecto.⁶²

Se afirma que el precario es una situación posesoria que en ocasiones puede tener su origen en un contrato que confiere la tenencia de la cosa, contrato que es una variedad del comodato, y que en otras ocasiones puede tener su origen en causas de naturaleza diversa (tolerancia, beneplácito, falta de título, etc.). Por ello, puede decirse que el precario se califica más por sus efectos que por la causa de los mismos. En todo caso, para que se pueda hablar de precario es requisito la falta de pago de merced.

Por consiguiente, al tenor de lo previsto en el artículo antes referido, es precario el comodato al no pactarse la duración del mismo, o si ni tampoco se pacta el uso del bien y este no resulta determinado por la costumbre del pueblo; también constituye también precario la tenencia de un bien ajeno sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño; en estos supuestos el comodante puede solicitar la restitución del bien cuando quisiere.

Es decir, lo expresado en el párrafo anterior corresponde a lo que le denomina O' Callaghan "(...) la posesión de una cosa por tolerancia, sin determinación del tiempo ni del uso y sin precio(..)".⁶³

Al final, plantea dicho artículo del Código Civil que la prueba en caso de duda incumbe al comodatario. En cuanto a esa prueba, expresa Machado:

La prueba corresponde al comodatario no solo porque el afirma que el contrato ha tenido un término, o que la cosa fue prestada para tal uso, o que esto resulta determinado por la costumbre, y el comodante se limita a pedir su cosa, sino porque presta un servicio y debe ser de mejor condición que el beneficiario. :⁶⁴

La Corte Suprema de Justicia (CSJ) expresó en sentencia de las 10:35 am, de 17 junio de 1974. B.J. 98/1974. "Para que hay comodato precario no es necesario probar el concierto de voluntades, bastando que el actor pruebe su dominio y el reo confiese ser mero tenedor gratuito de la cosa sin demostrar derecho alguno para ello".

62 Diez y Gullón, "Sistema de Derecho Civil", 459.

63 O'Callaghan, "Código Civil comentado..." ,1750.

64 Machado, "Exposición y Comentario..." , 145

4. EL COMODATO Y LAS CRÍTICAS A SU IMPLEMENTACIÓN

4.1. "EL CONTRATO DE COMODATO O PRÉSTAMO DE USO ES ILEGAL"

Se comenta en la introducción que se realizan algunas críticas cuestionando la validez del contrato de comodato o préstamo de uso en la implementación de diferentes instrumentos de merchandising; los críticos de dicho contrato no expresan cuales son las leyes que se han infringido en su implementación, a pesar de lo anterior se reconoce al menos tres de los criterios que han externado a diferentes empresarios (comodatarios) pequeños y medianos, en su mayoría.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que cualquier argumento sin fundamento legal alguno se cae por su propio peso; pero eso no evita la necesidad de aclarar y responder a dichos argumentos.

Se debe recordar que al tenor del Código Civil el contrato es un acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o aclarar entre las partes un vínculo jurídico.⁶⁵ En donde, el acuerdo entre las partes es consecuencia de la libertad contractual; misma que comprende tres elementos esenciales. Siendo estos elementos el de la libertad de contratación, libertad de configuración y la libertad de forma; siendo los mismos definidos de la siguiente manera.⁶⁶

Se entiende que la libertad de contratación, permite a las partes decidir por sí mismo si desean o no celebrar un contrato y con quién. Con la libertad de configuración, las partes pueden pactar libremente entre sí el contenido del contrato dentro de los límites del derecho imperativo. En base al principio de libertad de forma, pueden concluirse contratos sin observar una determinada forma siempre que la ley no delimite una exigencia específica.

Así pues, se reconoce la presencia de los fundamentos de la libertad de contratación, cuando las partes a través de un contrato principal de compraventa suscriben el contrato de comodato como contrato accesorio. Esto significa que bajo los argumentos antes referidos puede inferirse que si se cumple con lo previsto en cuanto a los elementos esenciales no existe por tanto infracción a la ley.

Por otra parte, según lo previsto en el Código Civil las partes tiene absoluta libertad de estipular las cláusulas y condiciones que consideren conveniente, siempre y cuando no sean contrarios a la ley, a la moral, ni al orden público.⁶⁷

65 Art. 2435 C.

66 Dirk Looschelders, *Derecho de Obligaciones*, (Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2021), 91.

67 Art. 2437 C.

Al tenor de lo previsto en dicho artículo, y tal y como afirma Aníbal Etcheverry al referirse a los elementos del contrato, el libre consentimiento de las partes contratantes ha sido un principio de derecho interno ampliamente admitido. Debe tomarse en cuenta que el libre consentimiento se deriva de la autonomía de la voluntad de las partes.⁶⁸

Despejados los aspectos relacionados a la libertad de contratación, se debe precisar si el contrato de comodato cumple con los requisitos delimitados en el Código Civil, siendo estos:

1. El consentimiento de los contratantes;
2. Objeto cierto que sea la materia del contrato;
3. Causa lícita de la contratación.⁶⁹

El Código Civil es imperativo cuando afirma que no hay contrato si no concurren los requisitos antes enunciados. Ampliando sobre el valor del contrato, Lara Aguado cita a Bofarull afirmando "Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez".⁷⁰

Como bien comenta Oliva Blázquez, si se vincula la validez del contrato ante una causa ilícita, se sostiene que los contratos con causa ilícita no producen efecto alguno esto es, son radicalmente nulos o totalmente ineficaces.⁷¹ Para lo cual es conveniente recordar que el Código Civil delimita que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes, y no puede ser invalidado, sino por su consentimiento o por causas legales.⁷²

Como consecuencia, se topa con la realidad jurídica que revela que puede no ser declarado ilícito por una autoridad administrativa el contrato de comodato suscrito entre las partes, sino, únicamente en sede judicial; al igual, un empresario (competidor) no puede delimitar la validez o no del contrato de comodato suscrito entre el comodante y el comodatario, todo a efecto de la implementación del merchandising para la exhibición y venta de bienes

68 Raúl Aníbal Etcheverry, Capítulo II Argentina, *Derecho de los contratos internacionales*, Dic. Carlos Esplugues M, Daniel Hargain, Guillermo Palao M., (Edisofer S.L. & Editorial B de F: Montevideo-Buenos Aires, 2008), 31.

69 Art. 2447 C.

70 A., Lara Aguado La oferta y aceptaciones contractuales, *Derecho Contractual Comparado una perspectiva europea*, Dir. Lorenzo Sánchez S., (Pamplona: Civitas Thomson Reuters, 2013) 847.

71 Francisco Oliva Blázquez, Causa ilícita y contratos ilegales, *Estudio de derecho de contratos* Vol. II, Dir. Antonio Morales Moreno, (Madrid-Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022), 818.

72 Art. 2479 C.

del comodante ubicados en diversos instrumentos o medios, mismos que contienen además, la publicidad de marcas específicas.

Por consiguiente, no puede ser obligado el comodatario a incumplir con la obligación derivada del artículo 3429 C en cuanto a realizar otro uso del bien que se hubiere expresado en el contrato.⁷³

Es decir, no puede colocar bienes de un competidor en los instrumentos de merchandising propiedad del comodante. Se debe colegir que no se desconoce que la obligación es una relación jurídica constituida en base a unos hechos por la que una persona tiene el derecho a exigir de la otra el cumplimiento de una determinada prestación y esta última tiene el deber jurídico de cumplirla⁷⁴.

4.2. "EL CONTRATO DE COMODATO GENERA BARRERAS DE ENTRADA A LA ECONOMÍA AL RESTRINGIR QUE LOS INSTRUMENTOS DE MERCHANDISING DE UN COMODANTE NO PUEDEN CONTENER O EXHIBIR BIENES O MERCADERÍAS DE UN COMPETIDOR"

El Decreto No. 79-2006. Reglamento de la Ley de Promoción de la Competencia. 15 de enero de 2006. D.O. No. 10, [en adelante RDLC] delimita en el artículo 24 numeral 1 de forma expresa, cuáles son las barreras de entrada en el mercado. Entendiéndose que las barreras de entrada se aplican a nuevos productos o competidores, pero no a productos que tiene más de un año de competir en el mercado. (...)1. La existencia de barreras de entrada, tales como:

1. Los costos financieros o de desarrollar canales alternativos.
2. El acceso limitado al financiamiento, a la tecnología o a canales de distribución eficientes.
3. El monto, indivisibilidad y plazo de recuperación de la inversión requerida, así como la ausencia o escasa rentabilidad de usos alternativos de infraestructura y equipo.
4. La necesidad de contar con concesiones, licencias, permisos o cualquier clase de autorización gubernamental, así como con derechos de uso o explotación protegidos por la legislación en materia de propiedad intelectual e industrial.

73 "Artículo 3429 El comodatario no puede hacer otro uso del bien que el que se hubiere expresado en el contrato; y a falta de convención expresa, aquel a que está destinado el bien, según su naturaleza o costumbre del lugar. En caso de contravención, el comodante puede exigir la restitución inmediata del bien prestado, y la reparación de los perjuicios".

74 Esther Monterroso Casado, *Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, 5ta ed., Ed. Centro de Estudios Financieros (Madrid-Artes gráficas COYVE, 2021): 34.

5. La inversión en publicidad requerida para que una marca o nombre comercial adquiera una presencia de mercado que le permita competir con marcas o nombres ya establecidos.
6. Las limitaciones a la competencia en los mercados internacionales.
7. Las restricciones constituidas por prácticas comunes de los agentes económicos ya establecidos en el mercado relevante.
8. Los actos de autoridades nacionales, departamentales o municipales que sean discriminatorios, entre otros: el otorgamiento de estímulos, subsidios o apoyos a productores, distribuidores o comercializadores de bienes o servicios.
9. La existencia de alternativas de oferta o demanda actual o potencial de bienes o servicios nacionales o extranjeros durante un período de tiempo determinado.

En conclusión, en el artículo antes referido se identifica con claridad que las obligaciones derivadas en la implementación del contrato de comodato no son contrarias a la LPC; se destaca de forma particular lo estipulado en el artículo 3429 C en cuanto a que: "El comodatario no puede hacer otro uso del bien que el que se hubiere expresado en el contrato (...)"; correspondiendo lo antes indicado a una obligación del comodatario y por consiguiente no está prevista, ni es considerada una barrera de entrada a un competidor, según el RLPC.

4.2. "AFIRMAN QUE CUALQUIER EMPRESARIO PUEDE INTRODUCIR PARA EXHIBIR Y/O VENDER SUS BIENES EN LOS INSTRUMENTOS DE MERCHANDISING DE OTRO EMPRESARIO, BASADOS EN LA TEORÍA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES"

Lo expresado en los numerales 4.1 y 4.2 del presente documento en cuanto a que una de las obligaciones del comodatario consiste en "(...) no puede hacer otro uso del bien que el que se hubiere expresado en el contrato (...)” y la segunda, que al no estar prevista la misma como una barrera de entrada, entonces, no está facultado por norma alguna un competidor para pretender exhibir y comercializar sus mercancías en cualquiera de los instrumentos de merchandising propiedad de un comodante competidor.⁷⁵ Es, por tanto, un error pretender que corresponde a una "barrera de entrada", en base a las regulaciones previstas en el Código Civil sobre lo dispuesto en las obligaciones del comodatario; por consiguiente, de forma equívoca se intenta invocar la teoría de las facilidades esenciales.

75 Art 3429 C; RDLC art. 24 numeral 1.

Se hace necesario precisar que se entiende por facilidades esenciales; Alfredo Ugarte manifiesta lo siguiente:⁷⁶

La doctrina de las facilidades o instalaciones esenciales forma parte de la jurisprudencia antimonopolio de los Estados Unidos de Norteamérica, surgida en el año 1912 con motivo del conocimiento por parte del Tribunal Supremo del caso "United States v/s Terminal Railroad Association of St. Louis". A raíz de este conflicto, que incidía concretamente en el mercado del transporte ferroviario de ese país, se planteó por primera vez el efecto perjudicial para la libre competencia que genera o puede generar el control monopolista ejercido por una empresa controladora de una determinada infraestructura o facilidad, esencialmente necesaria para participar eficientemente en un mercado determinado. La solución en este caso consistió en obligar a la empresa controladora de la facilidad (líneas ferroviarias, puentes, puestos de control de entrada y salida de la ciudad, etc.) a compartir sus estructuras esenciales con los demás competidores, previo pago de una tarifa ajustada al uso ordinario de dichas estructuras esenciales y que no desincentivara, en razón de su cuantía precisamente, la posibilidad real de acceder a ellas y de competir con la empresa controladora en un plano de igualdad.

Se reconoce por consiguiente, que la referencia a facilidad esencial corresponde a una instalación o infraestructura que resulta indispensable para la continuidad de un negocio, o para que una empresa pueda llegar hasta sus consumidores.

Una infraestructura se considera esencial cuando su duplicación es inviable o extremadamente difícil, debido a la existencia de restricciones de carácter físicas, geográficas, legales o económicas. Plantean como un ejemplo típico de facilidad esencial las redes de distribución de energía eléctrica nacional, utilizadas por las generadoras de energía para abastecer a los consumidores o la industria. En este sentido, los generadores de energía dependen del acceso a la infraestructura existente para poder atender a sus usuarios. Otro ejemplo se aplica en el sector de las telecomunicaciones.

Con el objetivo de ampliar sobre este concepto sobre el cual hay pocos estudios en el país, se toma en consideración lo delimitado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) al ofrecer una definición sobre facilidad esencial: "La infraestructura esencial significa que prestar un servicio es sustancialmente más difícil sin acceso a esta infraestructura, y que el propietario monopolista de esta infraestructura encontraría rentable imponer al menos un aumento de precio reducido pero

76 Alfredo Ugarte Soto, *Facilidades Esenciales y Abuso de Posición Dominante*, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, No. 2, (2013), 236. <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/1954/1580> (consulta 29 julio 2023)

significativo y no transitorio sobre el nivel competitivo para acceder a esta infraestructura".⁷⁷

Se formula por dicho organismo que la mayoría de los ejemplos de facilidades esenciales se identifican en el sector de infraestructura. En la industria de telecomunicaciones, los operadores de larga distancia necesitan tener acceso a las redes locales mediante las que llegan a sus clientes. En el sector del transporte aéreo, los aeropuertos se consideran como facilidades esenciales, ya que las líneas aéreas requieren acceso a los aeropuertos para transportar a sus pasajeros. De manera similar, el acceso a los puertos es esencial para las empresas de carga marítima a fin de poder transportar sus bienes. Otros ejemplos de facilidades esenciales son las redes de transmisión y distribución de energía eléctrica para las compañías generadoras y las redes ferroviarias y las estaciones para los ferrocarriles. Asimismo, el concepto de facilidades esenciales no se limita a las industrias tradicionales de infraestructura.

La LPC no hace mención en el artículo 19 prácticas entre agentes económicos no competidores, sobre algún supuesto relacionado directa o indirectamente a sancionar las denominadas facilidades esenciales y/o delimitar que el comodatario debe facilitar que un tercero exhiba y comercialice sus propios bienes en medios o instrumentos de merchandising propiedad de un comodante competidor; por consiguiente, esto implica que cualquier decisión de carácter administrativa sería contrario a lo estipulado en el Código Civil sobre la institución del comodato y de forma particular en cuanto a las obligaciones del comodatario.

Se debe reseñar que el artículo 19, antes relacionado, estipula como prácticas restrictivas de la competencia entre agentes económicos no competidores únicamente las siguientes:

- Distribución exclusiva;
- Imposición de precios;
- Venta condicionada;
- Compra o venta condicionada a la adquisición de un bien;
- Compra o venta condicionada a no adquirir bienes de terceros;
- Negativa de vender a un agente económico bienes que no están en el mercado;
- Aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes;
- La concertación para presionar a un cliente o proveedor.

77 Organisation for Economic Cooperation and Development, Sesión I: *Principios de competencia en facilidades esenciales*, 4, DAF/COMP/LACF(2010)10 (consulta 7 agosto 2023)

Como resultado de la lectura de lo expuesto en el artículo 19, se concluye que no existe regulación alguna referida a facilidades esenciales.

Muy por el contrario, cabe destacar que la LPC en el artículo 23, conducta de competencia desleal, literal g, sanciona los actos de inducción. Delimitando que la inducción a trabajadores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales que han contraído con los competidores son conductas de competencia desleal. Por consiguiente, el precedente de inducir por un empresario a diferentes comodatarios para suspender el contrato de comodato suscrito implica que se infracciona la LPC en el artículo 23.

CONCLUSIONES

Analizada la antigua institución del Derecho Civil denominada el comodato o préstamo de uso, resultó ser interesante el estudio de la legislación civil, así como la consulta de lo expresado por la Corte Suprema de Justicia y diversos expertos, a efecto de aclarar el significado y alcance del mismo; situación que permite a la vez reconocer la validez del contrato de comodato y su implementación con las técnicas de merchandising. Lo cual permite afirmar que se cumplió con el objetivo del presente documento, es decir se determinó la validez sobre la implementación del comodato y los instrumentos de merchandising.

Del estudio realizado se concluye que dicho contrato en su implementación sea como contrato principal o accesorio, desempeña un rol importante en la ejecución del marketing y del merchandising en la actividad comercial en el país; actividad que implica la movilización anual de millones de Córdobas, situación que dinamiza la actividad industrial y de servicios.⁷⁸

Se reconoce que el contrato de comodato, institución de larga data, cobra vigencia en nuestro sistema jurídico y económico; el mismo se regula en diferentes legislaciones latinoamericanas, desvirtuando cualquier criterio sobre su validez y eficacia sin fundamento jurídico alguno.

Se identifica que la normativa sobre el contrato de comodato garantiza la existencia y validez del mismo, tanto en su implementación en la actividad civil y mercantil.

Se establece que el comodante en base al principio de libre empresa y las regulaciones

previstas en el Código Civil dispone de la facultad para disponer de sus materiales y equipos de merchandising para exhibir y ofertar únicamente sus productos y/o marcas.

78 Moneda Nacional es el Córdoba; la tasa de cambio oficial en relación al dólar de los Estados Unidos de América es al 12 agosto de 2023, 36.48 córdobas por un dólar; al 12 diciembre de 2023, 36.60 córdobas por un dólar.

Del análisis del comodato reconocemos que las obligaciones del comodatario al tenor de lo previsto en la ley, son de obligatorio cumplimiento; por consiguiente, el comodatario no puede hacer otro uso del bien que el que se hubiere expresado en el contrato y a falta de convención expresa aquel a que está destinado el bien, según su naturaleza o costumbre del lugar.

Se verifica que las regulaciones previstas en el Código Civil sobre el contrato de comodato no contienen disposiciones que entren en colisión con la Ley de Promoción de la Competencia. Reconocemos que en legislación de competencia y sobre el contrato de comodato, no existen regulaciones en materia de facilidades esenciales; mismas que se aplican en otros sistemas jurídicos en materia de infraestructura, fundamentalmente.

BIBLIOGRAFÍA

Albiez Dorhmann Klaus y Jose Castillo Parrilla, *Derecho de Obligaciones y Contratos*, II. Contratos en particular, Barcelona: Atelier, 2022.

Bengoechea Bruno P, Coord Gral, *Diccionario de Marketing*. Madrid: BROSMA, 1999.

Código Civil y Comercial de la Nación. Ley No. 26.994, 2014. Art. 1533. Decreto 1795/2014. (Argentina)

Código Civil, Ley número 26.994 de 19 de abril de 1885. Art. 1334. 01 de enero de 1888. (Costa Rica)

Código Civil de la República de Nicaragua. Cuarta edición oficial 2019, D.O. N° 236, 11 de diciembre de 2019. (Nicaragua)

Código Civil de la República de Panamá. Ley No. 2, 22 de agosto de 1916. Art. 1432. D.O. No. 2404 22 de agosto de 1916. (Panamá)

Código Civil Federal.1928. Art. 2497. última reforma DOF 11-01-2021. (México).

Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] S. 11 ½ am, del 3 de julio de 1934. B.J. 8687. (Nicaragua)

Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] S. 11 a.m. del 9 junio de 1956. B.J. 18109. (Nicaragua)

Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] S. 12m. del 5 de marzo de 1958. B.J. 18910. (Nicaragua)

Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] S. 10 a.m. del 4 de mayo de 1964. B.J. 174/1964. Cons. II (Nicaragua)

Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] S.10:35 a.m. del 17 de junio de 1974. B.J. 98/1974. (Nicaragua)

Delgado Sáez Jessica, Estudio sobre la figura del contrato de comodato y del precario. Tesis Maestría, Universidad de Salamanca-Universidad Publica Navarra, 2015. <https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/126086/>.

Decreto N° 76-1906, enero 22 de 1906. Código Civil. Art. 1920. (Honduras)

Decreto No. 79-2006, 15 enero 2006. Reglamento de la Ley No. 601, Ley de Promoción de la Competencia. Art. 24 numeral 1. (D. O. No. 10). (Nicaragua)

Díez Picazo Luis y Gullón Antonio, *Sistema de Derecho Civil*. Volumen II, 6ta ed., Madrid: Tecnos, 1989.

Domínguez Guillén María C., Sobre el comodato o préstamo de uso, *Revista Bolivariana de derecho* No. 29, (2020), 71. [https://Dialnet.uniroja.es/mfile://C://Downloads/Dialnet-sobreElComodatoPrestamodeUso-7226106\(1\).pdf](https://Dialnet.uniroja.es/mfile://C://Downloads/Dialnet-sobreElComodatoPrestamodeUso-7226106(1).pdf)

El merchandising-como-técnica-estratégica de marketing. Recuperado de <https://www.capacitarte.org/blog/nota/blog-el-1>

Escobar Fornos Iván e Iván Escobar A., *Manual de Contratos Civiles y Mercantiles*. Managua: Senicsa, 2015.

Esther Monterroso Casado, *Derecho Civil. Derecho de obligaciones*. (5ta ed.) Editor Centro de Estudios Financieros, Madrid-Artes gráficas COYVE, 2021.

Etcheverry Raúl Aníbal, Capitulo II Argentina, *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Dir. Carlos Esplugues M, Daniel Hargain, Guillermo Palao M., Montevideo-Buenos Aires: Edisofer S.L.& Editorial B de F., 2008.

Herrera Espinoza Jesús y Jairo Guzmán García, *Contratos civiles y mercantiles*. 3era ed, Managua: Investigaciones y Publicaciones Jurídicas UCA, 2014.

Fortalecimiento de Instituciones y Capacidades en el área de Políticas y de Competencia y Protección al Consumidor (COMPAL) (2005) *Diagnóstico sobre la Legislación de Competencia Vigente en Costa Rica*, Ley No.7472 (consulta el 12 agosto 2023).

Frustagil Sandra A. y María P. Arias, *La regulación del contrato de comodato en el Código Civil y Comercial*, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 , AR/DOC/1134/2015 (consulta 1 de Agosto de 2023)

Gemma García, *Para qué sirve el merchandising*. (2023), <https://empredepyme.net> El merchandising-como- técnica- estratégica de marketing. (consultado el 9 julio 2023)

Gutiérrez Jerez Luis, Los contratos de préstamo, *Manual de Derecho Civil*, Coord. Ignacio Gallego Domínguez, Madrid: Wolters Kluwer, 2021.

Iglesias Juan, *Derecho Romano*. 18ª ed., Barcelona: Sello Editorial, 2010.

Lara Aguado A., La oferta y aceptaciones contractuales, *Derecho Contractual Comparado una perspectiva europea*, Dir. Lorenzo Sánchez S., Pamplona: Civitas Thomson Reuters, 2013.

Ley No. 842, 2013, Ley de Protección de los derechos de las personas consumidoras o Usuarias. 11 julio 2013, D.O. N.º. 129. (Nicaragua).

Ley No. 601, 2006. Ley de Promoción de la Competencia, D.O. No. 206, 24 octubre 2006. (Nicaragua).

Looschelders Dirk, *Derecho de Obligaciones*, Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2021.

Machado Olegario José, *Exposición y Comentario del Código Civil Argentino*. Tomo VI. Buenos Aires: Editorial Científica y literaria Argentina, 1922.

Marketing school es. 2023. Diferencia-entre-marketing-y-merchandising. <https://marketingschool.es/> (consulta 17 julio 2023)

O'Callaghan Muñoz X. *Código Civil Comentado y con Jurisprudencia*. (8va. ed.). Madrid: Wolters Kluwer España, S.A., 2016.

Olivia Blázquez F., Causa ilícita y contratos ilegales, *Estudio de derecho de contratos* Vo. II. Dir. Antonio Morales Moreno, Madrid-Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022.

Orozco Gadea G., *Contratos privados*. Managua: Fondo editorial UCA Publicaciones, 2017.

Organisation for Economic Co-operation and Development, Sesión I: Principios de Competencia en facilidades esenciales, 4, (2010): 36, DAF/COMP/LACF(2010) 10 (consulta 7 agosto 2023)

Ossorio Manuel, 6ta ed., *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Heliasra, sn.

Petit Eugene (s.f.) *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Buenos Aires: Edit. ALBATROS.

Pérez Álvarez María del Pilar, *Introducción, Guía de Derecho Civil*. Teoría y práctica. Eds. Remedios Aranda Rodríguez, Pamplona: Thomson Reuters Arandazi, 2019.

Rafel Rojina Villegas, *Compendio de Derecho Civil IV Contratos*, (27ª ed.), México: Porrúa, 2001.

Real Academia Española, *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*. Vol. 1. Madrid: Santillana Educación, S.L., 2017.

Ugarte Soto A., *Facilidades Esenciales y Abuso de Posición Dominante*, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, No. 2, (2013), 236. <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/1954/1580> (consulta 29 julio 2023)

Vargas Valencia A., *Instituciones de Justiniano, fuente bibliográfica del pensamiento Jurídico novohispano*, México: Noua tellus, 18 1, (2000):16,131 https://www.iifilologicas.unam.mx/pnovohispano/uploads/novatellus/2000_art1.pdf

Vélez Sarsfield D. Dalmacio, *Código Civil de la República Argentina*. Buenos Aires: Pablo E. Coni Editor, 1874.