

prueba. En la especie un quebrado casado abandonó á su mujer y vivió durante treinta años en concubinato con una muchacha con el nombre de la cual reapareció su comercio, el que acabó por prosperar. La Corte comprueba que existía entre los amancebados una sociedad universal de ganancias. Invo- ca las confesiones que hizo la concubina en una absolución de posiciones. La Corte toma en estas confesiones un prin- cipio de prueba por escrito que fortifica con presunciones. Es inútil entrar en detalles de hecho; en cuanto á los prin- cipios de derecho en que la ley funda su decisión son in- testables. (1)

1 París, 13 de Junio de 1872 (Daloz, 1873, 2, 169).

TITULO XI.

(TITULO X DEL CODIGO CIVIL).

DEL PRESTAMO. (1)

CAPITULO I.

NOCIONES GENERALES.

451. El art. 1874 dice: «Hay dos especies de préstamos: el de las cosas que se pueden usar sin destruirse y el de las cosas que se gastan por el uso que se hace de ellas. La primera especie se llama *préstamo para uso ó comodato*; la segunda, *préstamo para consumo ó simplemente préstamo*.» Boutteville, en su informe al Tribunado, formula en estos térmi- nos el principio consagrado por el art. 1874. «Se deduce de la naturaleza de las cosas que las que se pueden usar sin gastarlas ni destruirlas son las únicas que pueden ser ob- jeto del préstamo para uso ó comodato; que las que, al con- trario, no se las puede usar sin gastarlas no pueden ser ob- jeto más que del préstamo. (2)

Los autores del Código han tomado este principio de Po- thier. «Todas las cosas, dice, que no se gastan por el uso

1 Fuentes: Pothier, *Tratados del Préstamo para uso y para consumo*. Duver- gier, *Tratado del préstamo*, 1 vol. en 8.º (París, 1843). Troplong, *Tratado de préstamo*, 1 vol. en 8.º (París, 1845). Pont *De los contratos en pequeño*, t. I.
2 Boutteville, Informe núm. 2 (Loaré, t. VII, p. 279).

que se hace de ellas no pueden ser el objeto del comodato. Es evidente que las cosas que se gastan por el uso que se hace de ellas no pueden ser objeto de este contrato, pues que el que recibe la cosa prestada se obliga á devolverla él mismo, *in individuo*, después de que le hayan servido; resulta que las cosas de las que no se puede servir sino gastándolas y destruyéndolas no pueden ser objeto del contrato. Por ejemplo, la plata contante y los abarrotos no pueden ser objeto del contrato para uso sino sólo del préstamo para el consumo." (1)

El principio de Pothier, seguido por los autores del Código, ha sido criticado. Se les ha reprochado el confundir las cosas consumibles con las cosas que se gastan. No es la naturaleza física de las cosas lo que decide que pueden ser ó no objeto del préstamo para uso del préstamo gratuito, es la voluntad de las partes; poco importa que una cosa se consuma ó no con el uso que se hace de ella; si la intención de las partes es que una cosa consumible sea el objeto de un préstamo de uso habrá préstamo gratuito; así como habrá préstamo de consumo si la voluntad de las partes es comprender en él cosas que no se consumen por el uso que de ellas se hace. Es, pues, necesario emplear la palabra *consumible*. Una cosa es consumible ó no cuando puede ó no puede ser restituida en objetos de igual cantidad, calidad y valor; y es la voluntad de las partes la que decide si la restitución debe hacerse *in individuo* ó no. Las partes pueden convenir que las cosas consumibles serán prestadas para el uso cuando éste sólo consiste en la muestra; la cosa será no consumible en este caso aunque pueda gastarse. Pueden también convenir que cosas no gastables serán objeto de un préstamo de consumo; la cosa en este caso será consumo aunque no consumible. Lo que explica el error de Pothier es que generalmente las cosas consumibles son de consumo en la intención

1 Pothier, *Del préstamo para uso*, núms. 14 y 17.

de las partes, y las que no son de consumo no son consumibles según esta misma intención. Los críticos concluyen que vale más servirse de términos que indiquen que todo depende de la voluntad de las partes sin que se considere la calidad material de la cosa. (1)

Esto es verdad, pero se dió demasiada importancia al pretendido error de Pothier y de los autores del Código. Pothier es un jurisconsulto práctico y los autores del Código afortunadamente no eran teóricos. Se colocan siempre en el terreno de la realidad, descurriendo las distinciones de escuela. Y todos convienen en que las cosas consumibles son ordinariamente de gasto. Bajo el punto de vista práctico Pothier y el Código tienen, pues, razón. Y es para la vida real para la que se hicieron las leyes y no para la escuela. ¿Quiere esto decir que Pothier ignorase que las cosas consumibles pueden en rigor ser objeto de un préstamo para uso y que cosas no consumibles pueden ser objeto de un préstamo de consumo? El mismo lo dice con todas sus letras. En el número en que establece el principio que los autores tomaron de él, Pothier agrega: "No obstante, las cosas que son de naturaleza á consumirse por el uso pueden algunas veces ser objeto de un contrato de préstamo para el uso; á saber, cuando han sido prestadas no para el uso natural al que se destinan sino para muestra, *ad ostentationem*, pues estas cosas no se consumen por esta clase de uso, nada impide que puedan ser objeto de un préstamo para uso. Esta es la decisión de las leyes romanas." La doctrina que se opone á Pothier es, pues, la de Pothier mismo y de nuestros maestros los jurisconsultos romanos; tratemos de inspirarnos en su espíritu práctico, esto vale más que criticarlos.

452. La naturaleza diferente de las cosas que son obje-

1 Marcadé seguido por Pont, *Tratado de los contratos en pequeño*, t. I, p. 11 núms. 7-11. Compárese Duvergier que critica, al contrario, la distinción de las cosas consumibles y no consumibles (*Del préstamo*, p. 19, núm. 19).

to del préstamo gratuito tienen una consecuencia muy importante en lo que se refiere á la propiedad y á los riesgos. En el préstamo de uso el prestamista permanece propietario de la cosa (art. 1877). En el préstamo para consumo el prestador se vuelve propietario de la cosa prestada; el art. 1893 agrega que para él perece la cosa de cualquier modo que suceda la pérdida. No pasa lo mismo con el prestamista para uso; es deudor de un cuerpo cierto de la cosa prestada que debe restituir; la debe conservar con los cuidados de un buen padre de familia (art. 1830); si cumple con esta obligación la pérdida fortuita será por cuenta del prestamista, no porque permaneció propietario sino porque el deudor cumplió con sus obligaciones y que, por consiguiente, la pérdida fortuita lo libera (art. 1302). Ésta es la aplicación de los principios que hemos establecido en el título *De las Obligaciones* acerca de los riesgos. (1)

453. Ambos préstamos son contratos, reales con diferencia de los contratos de venta, de arrendamiento y de sociedad que son contratos consensuales. Domat y Pothier lo dicen y no valdría la pena repetirlo si la distinción de los contratos reales y consensuales no hubiera sido criticada por Toullier y después de él por Duvergier. Me comprometo á venderos un caballo: la venta se perfecciona por el solo concurso de nuestros recíprocos consentimientos. Me comprometo á prestaros tal caballo, aceptáis mi promesa; ¿habrá préstamo? Nó; si lo hubiera estaríais obligado á conservar la cosa con los cuidados de un buen padre de familia (art. 1880); ¿y podéis estar obligado á conservar una cosa que no poseéis? Si hubiera préstamo estaríais obligado á devolver la cosa prestada; ¿y podéis estar obligado á restituir una cosa que no habéis recibido y restituirla cuando yo soy quien la retiene? Esto es lo que dicen Pothier, Do-

1 Durantón, t. XVII, p. 558, núm. 484. Mourlón, t. III, p. 368, núm. 926.

mat y todos los autores, y también lo dice el buen sentido. (1)

454. La distinción no es de pura teoría. Si se admite que no hay ya contratos reales y que todos son consensuales se arriesga llegar á un error considerando como un préstamo la promesa de prestar aceptada por aquel á quien fué hecha. Según el art. 1589 la promesa de venta vale venta. ¿Pasa lo mismo con la promesa de préstamo? Nó; la promesa de venta produce todos los efectos que la ley liga á la venta mientras que la promesa de préstamo no produce los efectos del préstamo. En este contrato unilateral una sola de las partes está obligada, es el prestamista. ¿Quién está obligado en la promesa de prestar? ¿El que pide? No hay todavía prestamista; no puede estar obligado á conservar la cosa ni á restituirla, puesto que no la tiene. ¿Quién es, pues, el obligado? Aquel que hizo la promesa de prestar. En este sentido todos los contratos son consensuales; obligan á quien prometió y dan un derecho á quien estipuló, pero producen efectos diferentes, según que son reales ó personales.

¿En qué consiste la obligación de aquel que ofrece prestar? Se ha sostenido que la promesa no era válida en un caso en que constaba por escrito. Esto era un error evidente, puesto que el concurso de consentimientos estaba probado. ¿Cuál es el efecto de la promesa? Es una obligación de entregar, luego una obligación de hacer; deben, pues, aplicarse los principios que rigen la obligación de hacer. Aquel que se obligó á hacer puede estar forzado á cumplir su promesa, si la ejecución forzada es posible; y la promesa de entregar puede ser ejecutada apesar del deudor. Así sucede en materia de venta y debe ser lo mismo en el caso de promesa de prestar. El acreedor tiene, pues, acción contra

1 Pothier, *Del préstamo para uso*, núm. 6. Compárese Duvergier, *Del préstamo*, p. 29, núm. 25.

el deudor, acción que tiende á que el deudor esté obligado, aun por la fuerza, á entregar la cosa prestada. El caso se presentó ante la Corte de Colmar en un caso en que el préstamo interesaba también al prestamista. Este se negó á cumplir su promesa. La Corte lo condenó á ejecutarla. La decisión es muy justa, pero está mal formulada. La sentencia dice que se trata no de una obligación de hacer que se resuelve ordinariamente en daños y perjuicios sino de una obligación de entregar un local, lo que permite ordenar todas las medidas coercitivas necesarias para la ejecución de la obligación; en consecuencia, la Corte condenó al deudor á entregar el local, autorizando al acreedor á proceder por todas las vías de derecho. (1) No es exacto decir que toda obligación de hacer se resuelve necesariamente en daños y perjuicios; trasladamos acerca de este punto á lo que fué dicho en el título *De las Obligaciones* (t. XVI, núms. 197-201). Y tampoco es exacto decir que la obligación de entregar no es una obligación de hacer; lo que es verdad es que esta obligación puede ordinariamente ser ejecutada apesar del deudor, mientras que la mayor parte de las obligaciones de hacer exigen la intervención personal del deudor. Decimos *ordinariamente*, pues puede suceder que la cosa que el deudor se obligó á prestar no se encuentre ya en su poder; si la enajenó el acreedor no tiene acción contra el comprador, puesto que sólo tiene un derecho de crédito. En este caso la promesa de prestar no podrá tener ejecución forzada y se traducirá en daños y perjuicios.

1 Colmar, 8 de Mayo de 1845 (Daloz, 1846, 2, 219).

CAPITULO II.

DEL PRESTAMO PARA USO Ó COMODATO.

SECCION I. De la naturaleza y condiciones del préstamo para uso.

455. "El préstamo para uso ó comodato es un contrato por el cual una de las partes entrega una cosa á otra para servirse de ella con cargo de devolverla después de haberla usado" (art. 1875). Es, pues, de la esencia del préstamo que aquel á quien se entrega la cosa la reciba para destinarla á cierto uso para el que le es prestada. Este uso es personal para el prestador en el sentido de que no puede ceder su derecho á un tercero; no tiene derecho en la cosa como el usufructuario ó usuario, sólo tiene derecho de cierto uso de la cosa, uso que determinó á las partes á contratar. El proyecto admitido por el Consejo de Estado agregaba: *para sus necesidades*; lo que indicaba la personalidad del contrato. El Tribunal propuso quitar estas palabras como inútiles, porque decían superabundantemente lo que ya estaba suficientemente expresado. (1)

Sin embargo, el art. 1879 dice que "los compromisos que se forman para el comodato pasan á los herederos del que

1 Observaciones del Tribunal, núm. 3 (Loché, t. VII, p. 273). Duvergier, *Del préstamo*, p. 12, núm. 15.