

una corte de apelación! ¿Puede haber préstamo sin concurso de consentimientos? ¿y todo concurso de consentimientos no es un contrato? ¿Pero á qué discutir cuando la ley habló? Esta califica el préstamo para uso de contrato (artículo 1875), y casi se tiene vergüenza en recordarlos. La Corte invoca los sentimientos de humanidad que llevan á una persona á hacer un préstamo á un amigo; en el caso se trataba de una cueva que había sido prestada para depositar en ella dos pipas de aguardiente durante un año en que la vendimia había sido tan abundante que casi nadie había podido almacenar en su casa los vinos y los aguardientes. Esto sería, dicen, destruir la confianza que debe reinar entre los hombres y sus mejores sentimientos, el exigir un escrito; debe, pues, dejarse al prestador la facultad de probar el hecho por testigos. (1) Nuestra contestación es sencilla y perentoria, se encuentra en el art. 1341; la ley desecha la prueba testimonial para *todas las cosas*, hasta para el depósito voluntario; no admite, pues, estos sentimientos de delicadeza que impiden pedir un reconocimiento por escrito; delicadeza, además, muy fuera de lugar, puesto que la desconfianza no se dirige al amigo á quien se presta la cosa; es una medida de prudencia dictada por la inseguridad de la vida humana.

¿Qué dice Troplong para defender esta extraña sentencia? Que el prestador sólo tenía una cosa que probar: á saber, que la cueva le había sido prestada ó, si se quiere, que tenía la posesión precaria por el propietario. Y en semejante caso la prueba testimonial era seguramente admisible; la posesión de un inmueble es negocio de hecho, se demuestra su existencia por la prueba testimonial así como su duración y sus caracteres; nada hay más constante en jurisprudencia. Troplong acaba por decir que los que criticaron la decisión de la Corte de Colmar no repararon en

1 Colmar, 18 de Abril de 1806 (Daloz, en la palabra *Préstamo*, núm. 59).

esta particularidad de la sentencia. (1) Lo que Troplong llama una particularidad de la sentencia es sencillamente una confusión de las nociones más elementales de derecho, y, hay que decirlo, el autor aumenta aun más esta confusión de la sentencia, mezcla y confunde cosas y situaciones que no tienen ninguna relación entre sí. Sin duda la posesión es un hecho que se prueba por testigos; ¿pero cuándo y en qué circunstancias? Cuando no existe ninguna liga de derecho entre las partes, cuando el poseedor invoca la posesión para fundar en ella la prescripción contra el propietario que reivindica. Y, en el caso, el poseedor sostenía que la cueva le había sido prestada; la posesión de la cueva no era, pues, un simple hecho, se trataba de una tradición hecha á consecuencia de un contrato; éste es, pues, el que debía probarse; esto decide la cuestión, que realmente no lo es.

### SECCION I.—De las obligaciones del prestador.

#### § I.—DEL USO DE LA COSA.

##### Número 1. Del uso legítimo.

463. El préstamo tiene por objeto el uso de la cosa; el prestamista la entrega al prestador para que éste se sirva de ella; este es su derecho, pero este derecho está sometido á restricciones. Según el art. 1880 el prestador no puede servirse de la cosa más que para el uso determinado por su naturaleza ó por la convención. El art. 1881 añade una segunda restricción: el prestador no puede emplear la cosa por un tiempo mayor del que fué fijado por el contrato. Diremos más adelante cuál es la época en la que el prestador debe restituir la cosa.

1 Troplong, *Del préstamo*, núm. 68. Compárese Pont, t. I, p. 13, núm. 30. P. de D. TOMO XXVI—65

464. Pothier agrega una excepción á la regla: "á no ser que el prestador tenga justo motivo de creer que el prestamista lo consintiera si lo supiese." Los autores del Código, que siguen á su guía paso á paso en esta materia, no han reproducido esta excepción. Esto es indicar con claridad que no quisieron consagrarla. Y bajo el punto de vista de los principios tuvieron razón en desecharla. No puede haber préstamo sin consentimiento del prestamista, y éste debe consentir en todas las cláusulas, en todas las modalidades de la convención; y el modo de usar la cosa y el tiempo durante el cual el prestador puede usar de ella son elementos substanciales del contrato. De esto se sigue que si el prestamista no consintió en el uso que el prestador quiere hacer de la cosa éste está sin derecho, puesto que está fuera de lo convenido. También está sin derecho cuando quiere prorrogar el uso de la cosa más allá del tiempo para el que le fué concedido. En vano dice Pothier que el prestador debe tener un justo motivo de creer que el prestamista lo consentiría si lo supiera. Esto es un presunto consentimiento, y el consentimiento no se presume; puede ser tácito, pero es necesario que haya un hecho que implique necesariamente la voluntad de consentir; y Pothier no supone ningún hecho; no hay, pues, ningún consentimiento, ni tácito ni expreso; por consiguiente, no hay convención y el prestador está sin derecho.

El ejemplo que da Pothier confirma nuestro modo de ver: "Si alguien me prestó un caballo en Orleans para ir á Beaugency no puedo servirme de él para ir más lejos. Pero si llegando á Beaugency me sucede algo que me obliga á ir más lejos, *sin que pudiera preverlo* cuando empresté el caballo, y que las relaciones de amistad que tengo con el prestamista y el conocimiento que tengo de su bondad me dan lugar á persuadirme de que no me hubiera negado su caballo para ir más lejos, puedo lícitamente servirme del

animal hasta el punto á que me obligan ir las circunstancias imprevistas." Así se trata de prorrogar el préstamo primitivo; esto es una derogación del contrato, lo que basta para desechar, en derecho, la opinión de Pothier. Un contrato no puede prorrogarse sin un concurso de voluntades, y Pothier no cita ningún hecho del que pueda inducirse el consentimiento del prestamista, sólo invoca unas presunciones para establecer no que el prestamista ha consentido sino que lo hubiera hecho si hubiera sabido que necesitaba del caballo. Esta es una de esas decisiones de equidad que se encuentran muchas en los tratados de Pothier; se las debe desechar cuando son contrarias á los principios.

Los autores modernos están divididos. Durantón critica la opinión de Pothier, así como Pont. (1) Duvergier y Troplong la aprueban; Troplong con malas razones. El Código, dice este autor, es el *sitio* de la *equidad*; si cuando habló, pero no cuando el intérprete hace decir á la ley lo que ésta no dice y que condenan los principios. Se dice que esta es la decisión de Pomponius. ¿Y qué nos importa? Habrá que probar que Pomponius tiene razón. El intérprete, continúa Troplong, puede apreciar la intención de las partes contratantes. Sin duda, pero no puede suponer un consentimiento que no han dado. Duvergier supone que, en la *común intención* de las partes, el término del viaje indicado nada tenía de preciso; en este caso el juez puede admitir que el prestamista ha consentido, porque es seguro que no hubiera titubeado en dar su consentimiento. (2) Esta no es enteramente la hipótesis de Pothier; en el ejemplo que él da ninguna duda había acerca de la intención de las partes cuando el contrato; el término estaba fijado y sucedió al prestador una cosa imprevista, lo que excluye

1 Durantón, t. XVII, p. 582, núm. 518. Pont, t. I, p. 33, núm. 70.

2 Troplong, *Del préstamo*, núm. 98. Duvergier, *Del préstamo*, ps. 83 y siguientes, núm. 84.

todo consentimiento tácito, toda interpretación de voluntad de las partes contratantes.

La cuestión que divide á los autores es muy importante; si el uso del prestador es lícito no responde del caso fortuito; mientras que responde de él si el uso es ilícito. Volveremos á este punto.

465. "Si para usar de la cosa el prestador hizo algunos gastos no los puede repetir" (art. 1886). Es natural que el prestamista no esté obligado á los gastos que hace el prestador por razón del uso que hace de la cosa; el préstamo es gratuito; es, pues, necesario que el servicio que presta el prestamista no le ocasione una pérdida obligándole á gastos que sólo aprovechan al prestador. Por ejemplo, dice Pothier, si os he prestado mi caballo para hacer un viaje estáis obligado á mantenerlo y herrarlo á vuestras expensas, siendo estos gastos ordinariamente un cargo del goce que tenéis. El principio es, pues, que el prestador queda obligado á los gastos ordinarios, que son un cargo natural del servicio que el prestador saca de la cosa prestada. (2) Diremos más adelante que el prestador debe sufrir los gastos extraordinarios.

*Núm. 2. Del uso ilícito.*

466. El uso que el prestador hace de la cosa es ilegítimo cuando emplea la cosa en otro uso que el determinado por la naturaleza ó la convención, ó por un tiempo más largo del que debía (arts. 1880 y 1881). ¿Cuáles son las consecuencias que resultan de esto? El Código las determina; no se pueden, pues, admitir otras además de las que resultan del texto de la ley. Según el art. 1880 el prestador no puede servirse de la cosa más que para el uso determinado por su naturaleza ó por la convención, bajo pe-

<sup>1</sup> Pothier, *Del préstamo para uso*, núm. 81.

na de daños y perjuicios, si há lugar. Esta es la aplicación de los principios generales de derecho; desde que el deudor falta á sus compromisos tiene que reparar el perjuicio que sufre el acreedor. La ley dice: "*si há lugar*"; esto quiere decir: si las condiciones requeridas para que se deban daños y perjuicios están llenadas. Es necesario que la inejecución de los compromisos sea imputable al deudor; es decir, que tenga la culpa; y la inejecución debe haber causado un perjuicio al acreedor, pues sin perjuicio no puede haber daños y perjuicios. Transladamos á lo dicho acerca del principio en el título *De las Obligaciones*.

El art. 1880 no habla en términos expresos del caso en que el prestador se sirvió de la cosa durante un tiempo más largo de lo convenido; pero el art. 1881, que prevee este caso, lo pone en la misma línea que el empleo de la cosa en otro uso, y declara, en consecuencia, al prestador responsable del caso fortuito. ¿Por qué está obligado al caso fortuito? Porque tiene culpa; y desde que la tiene debe daños y perjuicios, si hay lugar.

467. Si el prestador falta á sus compromisos sin causar un daño al prestador no puede éste reclamar daños y perjuicios. ¿Puede pedir la resolución del contrato? Se enseña la afirmativa. (1) Hemos decidido la cuestión en sentido contrario en el título *De las Obligaciones*. El art. 1184 no establece la condición resolutoria tácita más que en los contratos sinalagmáticos, y el préstamo es un contrato unilateral; esto es decisivo. Se invoca la equidad y el interés del prestador; si el prestador se sirve de la cosa en otro uso que el destinado, este uso no está sin inconvenientes aunque no cause actualmente ningún daño al prestamista. ¿Tendrá éste que esperar que el mal esté consumado para optar? Contestamos que esta consideración se dirige al legislador, quien hubiera debido preveerla, pero no lo hizo.

<sup>1</sup> Duvergier, *Del préstamo*, p. 69, núm. 54.