

de la cosa tendría que concluirse que responde siempre del caso fortuito porque responde de él en virtud de su consentimiento. Como se trata de una pena el intérprete no puede sobrepasar el rigor de la ley. (1)

La cuestión que acabamos de zanjar esta controvertida. Se trata de saber si el prestamista puede invocar el artículo 1302 que, después de haber dicho que el deudor está obligado por el caso fortuito cuando está apremiado, agrega: "Aunque el deudor esté apremiado si no se encargó del caso fortuito la obligación se extingue en el caso en que la cosa hubiera igualmente perecido en la casa del acreedor si se la hubieran entregado." ¿Recibe esta disposición su aplicación al prestador? El texto nó, el espíritu sí. Acabamos de decir que los principios del apremio son extraños á los casos en los que, según el art. 1881, el prestador responde por el caso fortuito. Si así es debe concluirse que el artículo 1302 debe ser apartado del debate. ¿Quiere esto decir que el prestador responde del caso fortuito aunque probara que la cosa hubiera perecido si no hubiera hecho de ella un uso ilegítimo? Se puede invocar en su favor el motivo que dictó la excepción del art. 1302. Aunque constituido en apremio el deudor no causa ningún daño al acreedor si prueba que la pérdida no sucedió á consecuencia de su apremio. Se puede decir aún que el prestador no causa ningún daño al prestamista si prueba que la pérdida no sucedió por su culpa. A esto se objeta que el art. 1881 está concebido en términos generales que excluyen toda restricción. Contestamos que la restricción resulta de los principios generales de derecho. De cualquier modo que se aplique el art. 1881 establece una sanción para la inejecución de las obligaciones contraídas por el prestador, y es de principio que el deudor no debe más que los daños y perjuicios sucedidos por su culpa; si prueba que el daño sufrió

1 Duvergier, *Del préstamo*, ps. 8 4y siguientes, número. 64.

do por el acreedor no es el resultado de su culpa deja de ser responsable, y suponemos que el prestador ministra la prueba de que la pérdida de la cosa es extraña á la inejecución de sus obligaciones; desde luego no debe estar obligado por ello. Si el art. 1302 no decide la cuestión en favor del prestador se puede al menos invocarlo por analogía. Esta es la opinión generalmente enseñada. (1)

*Núm. 3. De la conservación de la cosa.*

471. Según el art. 1880 "el prestador está obligado á cuidar como buen padre de familia de la conservación de la cosa prestada." Y el art. 1884 dice "que si la cosa se deteriora por sólo el efecto del uso para el que se pidió prestada, y sin ninguna culpa por parte del prestador, éste no es responsable de su deterioro." Estas disposiciones aplican al prestador los principios que rigen las obligaciones del deudor. El art. 1137 establece la regla general relativa á la culpa de que es responsable el deudor: debe cuidar de la conservación de la cosa con los cuidados de un buen padre de familia. Esto es lo que en el lenguaje tradicional se llama la responsabilidad de la culpa leve *in abstracto*. El artículo 1880 reproduce la substancia del art. 1137 diciendo que el prestador debe cuidar *como buen padre de familia* de la conservación de la cosa. Debe, pues, decirse que el prestador está obligado por la culpa leve. Cuando no hay culpa que reprocharle ya no puede ser responsable: tal es el caso del art. 1884. El préstamo tiene por objeto el uso de la cosa prestada; servirse de la cosa es, pues, un derecho del prestador; si el uso no puede hacerse sin deteriorar más ó menos la cosa este deterioro no hace responsable

1 Durantón, t. XVII, p. 580, núm. 520. Duvergier, p. 69, núm. 64. Troplong, núm. 101. Mourlón, t. III, p. 377, núm. 949. En sentido contrario Aubry y Rau, t. IV, p. 596, nota 2, pfo. 392 y Pont, t. I, p. 35, núm. 73.



al prestador, pues al usar de la cosa y deteriorarla sólo ejerció un derecho sin perjudicar el del prestamista, visto que le viene de éste el derecho que ejerció.

El art. 1880, interpretado por el art. 1137, deroga el derecho tradicional. Pothier enseña que el prestador está obligado no sólo por la culpa leve sino por la más leve, en este sentido: que debe dar á la conservación de la cosa todos los cuidados que dan á sus negocios las personas cuidadosas. La mayor parte de los autores franceses reproducen la doctrina de Pothier, (1) por respecto á la tradición, sin duda; pero hay algo más respetable: es la ley; y en el caso el Código ha derogado muy seguramente la antigua jurisprudencia. Para convencerse de ello basta comparar lo que dice Pothier con el texto de la ley. Pothier quiere que el prestador ponga en la conservación de la cosa *todo el cuidado posible*; es decir, como lo explica, el cuidado que dan á sus negocios *las personas más cuidadosas*; mientras que el Código se conforma con los cuidados de un *buen padre de familia*. La diferencia entre el Código y el derecho antiguo procede de una diferencia de doctrina. Pothier dice que la responsabilidad del prestador es una consecuencia del principio que rige la culpa en los contratos que se hacen por el *solo interés* del que recibe la cosa; en este caso, dice, el deudor está obligado por la culpa más leve. ¿Qué dice el Código Napoleón? Que la responsabilidad del deudor en lo que se refiere á la conservación de la cosa es la misma, *ya sea que la convención sólo tenga por objeto la utilidad de una de las partes*, ya sea que tenga por objeto su utilidad común. ¿Y cuál es esta responsabilidad? Somete al deudor á dar á la cosa todos los cuidados de un buen padre de familia; es decir, que está obligado por la culpa leve (art. 1137). Hay lugar á sorprenderse de que los autores

1 Pothier, *Del préstamo para uso*, núm. 48. Durantón, t. XVII, página 586, núm. 521. Duvergier, *Del préstamo*, p. 70, núms. 55 y 56.

mantengan el derecho tradicional cuando el legislador lo deroga terminantemente; esto no atestigua el respeto que los intérpretes deben tener para la ley.

¡Cosa singular! Los autores que siguen la opinión de Pothier no permanecen siquiera fieles á la tradición, de modo que se apartan de la ley, del Código y del derecho tradicional. Duvergier se atiene á las luces y conciencia del juez; según él, la ley se limita á dar consejos. No es ésta la doctrina de Pothier, tampoco es la del Código. Lo que es verdad es que la apreciación de la culpa pertenece al juez; éste decide soberanamente si el prestador dió á la conservación de la cosa los cuidados de un buen padre de familia. Pero esto no impide que esté ligado por la ley en cuanto al principio; no exigirá, como lo hacía Pothier, que el prestador dé á la conservación de la cosa los cuidados de las personas más cuidadosas, se conformará con los de un buen padre de familia.

472. ¿Responde el prestador por el caso fortuito? La negativa es segura, puesto que está escrita en el texto de la ley (art. 1148). Sólo que debe aplicarse al prestador la regla general del art. 1302. Es deudor de un cuerpo cierto y determinado que debe restituir. Si no lo restituye no basta que diga que la cosa pereció por caso fortuito, tiene que probar lo que alega para dispensarse de cumplir su obligación. Aún hay más: si este caso fortuito no es una fuerza mayor independiente de la voluntad del hombre, si es un accidente que ordinariamente procede de una culpa, no bastará que el prestador establezca que la cosa ha perecido, tendrá que probar que pereció sin su culpa; tal es el incendio. Traducimos á los principios que hemos expuesto en el título *De las Obligaciones* y en el *Del Arrendamiento*.

Pothier dice que esto no es dudoso y que ni siquiera hay cuestión. Sólo hay lugar á la cuestión cuando el prestador



dió lugar al accidente, al que no hubiera sido expuesta la cosa prestada sin esto. Me habéis prestado vuestro caballo para hacer un viaje, me atacan unos ladrones y lo matan ó se lo llevan. ¿Se pregunta si en este caso el prestador debe indemnizar al prestamista por esta pérdida, aunque el accidente haya sucedido sin ninguna culpa mía? Los juriconsultos romanos, y con ellos Pothier, deciden que el prestador no es responsable; la razón es muy sencilla: es que el deudor de un cuerpo cierto que ha cumplido con las obligaciones que le incumben de conservar la cosa, queda libertado por el caso fortuito, del que no responde, puesto que no le es imputable. Pothier agrega otro motivo que se reproduce generalmente: es que las cosas están á riesgos de quienes pertenecen; luego en el caso la cosa prestada debe estar á riesgo del prestamista, que permanece propietario de la cosa. Hemos dicho amenudo que la máxima *res perit domino* no recibe aplicación cuando la cosa que perece es objeto de una obligación; debe verse entonces si aquel que posee la cosa responde ó no de la pérdida. Vamos á ver que el prestador responde de la pérdida cuando hay una culpa que reprocharle; no es, pues, exacto decir que la cosa perece para el prestamista porque es propietario; en los casos previstos por los arts. 1881-1883 la cosa perece para el prestador aunque no sea propietario, no perece para el prestamista aunque sea propietario.

Los autores de derecho natural han combatido la solución de las leyes romanas. No entraremos en esta discusión que sólo es un debate de escuela. Hay, sin embargo, una objeción á la que debe contestarse porque se relaciona á un principio de derecho. No es justo, se dice, que el beneficio se vuelva contra el bienhechor y le cause un perjuicio; se concluye de esto que los riesgos á que da lugar al préstamo, y que el prestamista no hubiera tenido si no hubiera prestado la cosa, deben ser sufridos por el prestador que

recibe un beneficio; en cuanto al prestamista nada debe sufrir por el servicio que presta. Pothier contesta que el servicio prestado sólo fue la ocasión de la pérdida que sufre el prestamista; el préstamo no es la causa del daño que sufre, es el caso fortuito; debe, pues, verse si la justicia permite declarar al prestador responsable del caso fortuito; y todos los principios protestan contra semejante doctrina. Pothier invoca también la máxima que acabamos de apartar; la cosa prestada, dice, no dejando de pertenecer al prestamista, no deja de estar á sus riesgos. Es más exacto decir que habiendo el prestador cumplido con sus obligaciones fuera de toda injusticia hacerlo responsable de un accidente que no le es imputable: no puede haber responsabilidad donde no hay culpa.

Esta es la opinión general (1) y la jurisprudencia se pronunció en este sentido. Un cultivador presta á otro tres caballos y una carreta; uno de los caballos muere durante el curso del préstamo; constaba que había muerto de muermo; pero el prestamista sostuvo que el prestador era responsable porque no había cuidado, como un buen padre de familia, de la conservación de los caballos. La Corte examina el reproche en particular. No está justificado, dice, que el prestador haya empleado los caballos en otros trabajos que los que habitualmente desempeñaran; que si los caballos han conducido piedra en el camino real nada hay en esto de insólito, puesto que semejante acarreo se hace diariamente por los caballos de las haciendas. El trabajo que se les hacía efectuar no era excesivo y el prestador alimentaba además los caballos prestados como alimentaba á los suyos. Se decía por el prestador que el prestador había dejado á los caballos pernoctar en el campo; la Corte contesta que

1 Pothier, *Del préstamo para uso*, núm. 55. Durantón, t. XVII, p. 584, número 519 y todos los autores (véanse las citaciones en Pont, t. I, p. 81, número 68).



lo mismo había pasado con los caballos del prestador y que los habitantes del campo tienen generalmente la costumbre de hacerlo así en la buena temporada. Es verdad que los caballos prestados habían continuado pernoctando en el campo durante el frío; este hecho era el único que aparentase una culpa. La Corte contesta que el prestador era de excusarse por no haberlos puesto en la caballeriza, porque se sospechaba que tenían muermo; los posaderos se habían negado á recibirlos por temor del contagio; no era, pues, un descuido que se le pudiera imputar como una culpa. (1)

473. La Corte de Rennes en el caso que acabamos de relatar examina con cuidado si hay una culpa que reprochar al prestador en el caso en que la cosa llega á perecer. Tal es el verdadero terreno del debate. Cuando el Código declara al prestador responsable por la pérdida de la cosa es porque tiene la culpa. Hemos dicho más atrás que así sucede cuando el prestador hace un uso ilegítimo de la cosa (núms. 469-470). Lo mismo pasa en el caso en que se puede reprochar al prestador no haber cuidado de la conservación de la cosa como un buen padre de familia. Es así como Pothier sienta el principio: «El prestador es responsable de la pérdida ó del destrozo de la cosa, aunque sucedida por un accidente de fuerza mayor, cuando por su culpa ocasionó el accidente.» El art. 1882 prevee dos casos en los que el prestador está declarado con culpa por la ley.

La cosa prestada perece por un caso fortuito del que el prestador hubiera podido garantizarla empleando la cosa propia; está obligado por la pérdida fortuita. Para que haya lugar á la responsabilidad es necesario que el prestador posea una cosa de la que podía haberse servido y,

1 Rennes, 3 de Diciembre de 1813 (Dalloz, en la palabra *Préstamo*, número 94).

no obstante, pidió otra prestada; si ambas cosas le eran necesarias, dos caballos por ejemplo, no es responsable cuando emplea el que le prestaron; pero si sólo empleó uno de los dos, y que se haya servido del caballo prestado en lugar de emplear el suyo, es culpable de una falta grave; esto es un uso ilegítimo, á decir verdad, pues cuando se pide prestado es porque se necesita, como lo decía el proyecto del Código; esto supone que el prestador no tiene cosa que le pertenezca y de la que pueda servirse; si la tiene y en lugar de emplearla se sirve de la cosa ajena abusa del préstamo; expone la cosa sin derecho, con riesgo de que perezca; debe, pues, responder por la pérdida. (1)

474. «Si el prestador, no pudiendo conservar más que una de las cosas, la que le prestaron ó la que le pertenece, prefirió la suya, es responsable de la pérdida de la otra» (art. 1882). Se supone que ambas cosas están en el riesgo de perecer por un accidente, tal como un incendio, una inundación; el prestador no puede salvar las dos; salva la suya y deja que perezca la cosa prestada. La ley considera esta preferencia como una culpa. ¿Cuál es la razón? Pothier dice, y la mayor parte de los autores repiten, que esto es una consecuencia de la culpa por la que el prestador es responsable; se obligó á vender exactamente las cosas que le fueron prestadas, dice Pothier; queda obligado por la más ligera culpa, dice Durantón. (2) Esta explicación es inadmisibles bajo el imperio del Código Civil, pues pone el art. 1882 en oposición con el art. 1880; la ley bien claramente dice en el art. 1880 que el prestador no está obligado más que por la culpa leve. ¿Cómo lo haría responsable por la más leve culpa en el art. 1882? Duvergier comprendió que la explicación era insuficiente; dice con Barbey-

1 Compárese Pothier, *Del préstamo para uso*, núm. 59. Pont, t. I, p. 41, número 93.

2 Pothier, *Del préstamo para uso*, núm. 56. Durantón, t. XVII, p. 590, número 526. Duvergier, *Del préstamo*, p. 94.