

Código han reemplazado la palabra *contrato* que se encontraba en el proyecto del art. 894. ¿Quiere esto decir que la donación no es un contrato? La donación es un contrato por más que diga el legislador. Asimismo el préstamo de consumo es un contrato unilateral aunque nuestro capítulo contenga una sección titulada *De las Obligaciones del Prestamista*. Diremos más adelante que estas pretendidas obligaciones no nacen del préstamo y no dan á este contrato el carácter de una convención sinalagmática.

Lo que complica la cuestión y la hace cuando menos controvertible es que el Consejo de Estado se pronunció por la opinión contraria. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely hizo observar que la sec. II estaba titulado *De las Obligaciones del Prestamista* y que, sin embargo, Pothier enseñaba que el préstamo no impone ninguna obligación al prestamista. Berlier, preclara inteligencia, encontró justa la observación; propuso en consecuencia suprimir de la sección los arts. 1900 y 1901 que no imponían obligación al prestamista, y colocar en otro lugar el art. 1898. Tronchet combatió esta proposición. Confesar, dijo, que debe conservarse el art. 1898 es reconocer que el préstamo impone obligaciones al prestamista, y este no es el único compromiso al que lo somete este contrato, puesto que el art. 1899 no le permite retirar la cosa prestada antes del plazo convenido. Acerca de este punto Tronchet estaba en un error. Es seguro que esto no es una obligación; trasladamos á lo que hemos dicho acerca del comodato, el principio es idéntico para el préstamo (números 456-481). En cuanto al art. 1898 hace al prestamista responsable de su dolo; el art. 1891 impone la misma responsabilidad al prestamista en el comodato, y debe agregarse que todo deudor responde de su dolo, de modo que todos los contratos serían bilaterales.

Volvamos á la discusión del Consejo de Estado. Jollivet agregó que los arts. 1900 y 1901 sólo desarrollaban los

CAPITULO III.

DEL PRESTAMO DE CONSUMO Ó SIMPLE PRESTAMO.

SECCION I.—*De la naturaleza y de las condiciones del préstamo común.*

485: El art. 1892 define el préstamo de consumo en estos términos: "El préstamo de consumo es un contrato por el que una de las partes entrega á la otra cierta cantidad de cosas que se consumen por el uso, con cargo de que esta última le devuelva otro tanto de la misma especie y calidad." Ateniéndose á la definición el préstamo de consumo es un contrato unilateral, así como el préstamo para uso, pues el prestamista no contrae ninguna obligación hacia el prestador; sólo éste se obliga á devolver cosas de la misma especie y calidad. Sin embargo, la cuestión está controvertida. En el fondo es igual para el préstamo de consumo y para el de uso; ambos préstamos han sido siempre considerados como contratos unilaterales. ¿El Código Civil ha cambiado la naturaleza tradicional del préstamo de consumo? Se puede asegurar que no, porque esto es imposible; el Código bien pudiera calificar de bilateral un contrato en el que una de las partes no se obliga; este contrato no dejaría por eso de ser unilateral, no pudiendo el legislador cambiar la esencia de las cosas. Sucedió que los autores del

arts. 1899 y 1900, y que así todos los artículos de la sección se referían á los compromisos del prestamista. Y los artículos 1900 y 1901 se refieren á la obligación de restitución del empréstador; así la obligación del empréstador se vuelve una obligación del prestamista.

En fin, después habló Cambacérès. El Cónsul gustaba dar razón á todo el mundo. Reconoce con Pothier que el contrato de préstamo es unilateral y no somete directamente al prestamista á ninguna obligación. No obstante, dice, como este contrato debe ser ejecutado de buena fe, resulta que se puede hablar de las obligaciones del prestamista. ¿En qué pensaba definitivamente el Consejo? (1) No lo sabemos. ¿De que el contrato de préstamo debe ejecutarse de buena fe debe concluirse que es un convenio sinalagmático? Esto no puede tomarse á lo serio. El Consejo olvidaba el artículo 1134, según el cual todas las convenciones deben ser ejecutadas de buena fe; luego todos los contratos serían bilaterales.

El Consejo de Estado decidió que la sec. II sería mantenida; luego legalmente el prestamista tiene obligaciones y legalmente el préstamo es un contrato bilateral. Esta es la consecuencia lógica de la decisión del Consejo de Estado. Y, sin embargo, es imposible admitirla. La esencia de las cosas prevalece á los errores del legislador. (2)

486. ¿Es el préstamo un contrato real? Esta es otra cuestión que se admira uno ver presentada, y admira aun más verla resuelta negativamente, cuando menos en cierto caso. Aquí no es el legislador el culpable, son los intérpretes que se apartan de la ley. El art. 1892 es terminante; para que haya préstamo de consumo es necesario que una

1 Sentencia del Consejo de Estado de 7 Pluvioso, año XII, núm. 15 (Loché, t. VII, p. 269).

2 Esta es la opinión de todos los autores (Pont, t. I, p. 75, núm. 170) excepto el disenso de Duvergier, p. 227, núms. 192-197 y de Aubry y Rau, t. IV, p. 598, nota 1, pfo. 394 (4.ª edición).

de las partes *entregue* á la otra cierta cantidad de cosas; luego el contrato sólo se perfecciona por la entrega; por consiguiente, mientras que el prestamista no hizo la entrega de la cosa no hay préstamo de consumo. No porque la promesa de prestar sea nula, pero la promesa no es un préstamo; obliga á aquel que prestará, no obliga á aquel que pedirá prestado, porque no se le puede obligar á restituir lo que aun no recibió y lo que tal vez no recibirá.

A este respecto hay identidad entre el préstamo de consumo y el de uso. El Código marca esta identidad valiéndose de la misma expresión; sólo hay préstamo para uso cuando el prestamista *entrega* al empréstador una cosa para usarla; la promesa es válida, pero no constituye un préstamo. Es, pues, necesario la tradición de la cosa para que haya préstamo, ya sea de uso ya de consumo. Pero hay una diferencia importante en cuanto á los efectos de la tradición, y es esta diferencia la que dió lugar á dificultad. En el comodato el prestamista permanece propietario de la cosa prestada (art. 1877). El empréstador sólo tiene la detención que le es necesaria para usar la cosa. Pasa muy distintamente en el préstamo de consumo; por el efecto de este préstamo el empréstador se hace propietario de la cosa prestada (art. 1893). La cuestión está en saber si sólo se hace propietario por la tradición que el prestamista hace de la cosa. No hay ninguna duda cuando el préstamo tiene por objeto cosas indeterminadas; la propiedad de estas cosas no se transfiere por la convención, sólo es transferida cuando las cosas son determinadas, lo que se hace regularmente cuando la tradición; ésta desempeña, pues, el mismo papel en la translación de propiedad y en el préstamo; la propiedad sólo queda transferida cuando la tradición ha determinado las cosas, y el préstamo no se perfecciona más que por la tradición; de manera que en el momento en que se

hace la tradición hay á la vez préstamo y translación de propiedad.

¿Pasa lo mismo cuando el préstamo tiene por objeto cosas determinadas, por ejemplo, una pipa de vino que se encuentra en mi cueva ó el grano que está en mi granero? Hay en esto controversia y en apariencia hay conflicto entre dos principios. Según el art. 1893 el prestador se vuelve propietario de la cosa prestada; ¿á partir de qué momento? El art. 1892 contesta que no hay préstamo sino cuando la cosa está *entregada*, luego sólo es desde la tradición cuando el prestador se vuelve propietario. La razón está de acuerdo con el texto: es imposible que el prestador se haga propietario en virtud del préstamo mientras no lo hay, pues sólo se hace propietario á título de prestador, y sólo lo es cuando el préstamo existe; es decir, cuando la cosa que es objeto del contrato le ha sido entregada.

Esto es evidente mientras se atiende uno á los principios que rigen el préstamo. ¿Pero cómo conciliar los arts. 1892 y 1893 con el art. 1138? Según este último la obligación de entregar la cosa está perfecta por sólo el consentimiento de las partes contratantes, hace al acreedor propietario de la cosa desde el momento en que debió ser entregada, aunque la tradición no se haya efectuado. Esta disposición, dice un excelente jurisconsulto, se aplica al préstamo de consumo. En efecto, el prestamista se obliga á entregar en vista de hacer propietario al prestador de la cosa hay; pues, obligación de entregar; esta obligación se perfecciona por sólo el consentimiento de las partes contratantes; luego el prestador se vuelve propietario desde el momento en que hubo concurso de consentimientos, no siendo necesaria la tradición. Si es así debe decirse que el préstamo no es un contrato real cuando tiene por objeto cosas determinadas, pues existe y la propiedad queda transmitida al prestador antes de toda tradición desde el momento en que hay

compromiso ó promesa de prestar. Por consiguiente, debe decirse del préstamo lo que la ley y los principios dicen de la venta: el préstamo se perfecciona por el consentimiento, y la promesa de préstamo vale venta. (1)

La mayor parte de los autores se han pronunciado contra esta interpretación. Está en oposición con los textos, lo que basta para rechazarla. Según el art. 1892 la entrega ó la tradición es una condición esencial para que haya préstamo; la ley no distingue si el préstamo tiene por objeto cosas determinadas ó indeterminadas: sólo se concibe el préstamo cuando hay tradición. ¿Cuál es el objeto de este contrato? Las cosas se entregan al prestador para que las consuma; y ¿puede consumirlas si no las posee? Esto es imposible. ¿Cuál es la obligación del prestador? Debe devolver las cosas que recibió en la misma cantidad, especie y calidad. ¿Cómo devolverá lo que no recibió? Otra imposibilidad. Se objeta el principio del art. 1138: contestamos que el mismo texto de esta disposición prueba que no es aplicable á los contratos reales. El art. 1138 dice que la obligación de entregar la cosa hace al acreedor propietario. Esto supone un contrato por el cual el deudor se compromete á transferir la propiedad; tales son la venta, el cambio, la sociedad, todos los contratos consensuales. Estos contratos se perfeccionan por el solo consentimiento; los autores del Código han concluido de esto que el consentimiento debía bastar para la translación de la propiedad, siendo este el objeto del contrato.

No pasa lo mismo en los contratos reales; estos contratos no se perfeccionan por el consentimiento; no se concibe el préstamo ni el depósito de la prenda mientras no hay cosa entregada al prestador, al depositario ó al preñero. Hay uno de estos contratos en los que el deudor se hace

1 Duvergier, ps. 176 y siguientes, núm. 146. Mourlón, t. III, p. 382, número 961.

propietario: es el préstamo de consumo. ¿Quiere esto decir que en este caso el prestador se hace propietario por sólo el concurso de consentimiento en virtud del principio del art. 1138? Esto es imposible. En efecto, el art. 1138 supone que el contrato está formado; la cuestión que decide es la de saber si siendo el contrato perfecto por el consentimiento transferirá la propiedad de la cosa por este consentimiento. Luego no puede recibir aplicación al préstamo, pues éste no se perfecciona por el consentimiento, es necesario que la cosa esté entregada. Luego la entrega desempeña un papel necesario en el préstamo; sólo existe por la tradición, y desde que existe la propiedad está transferida al prestador; la propiedad no puede, pues, serle transferida más que por la tradición. Esta diferencia entre los contratos reales y los contratos consensuales está también fundada en la razón. El objeto de la venta es el de transferir la propiedad al comprador; este objeto está alcanzado por la perfección del contrato, sin tradición ninguna; en efecto, desde el momento en que el concurso de consentimientos existe el comprador es propietario, puede disponer de la cosa, los frutos le pertenecen. ¿Pasa lo mismo con el préstamo de consumo? No, seguramente. El objeto del contrato es el uso de la cosa, la translación de la propiedad que implica el préstamo sólo es un medio de permitir al prestador usar de la cosa consumible que es el objeto del contrato. ¿Y cómo pudiera usar de la cosa; cómo la consumiría cuando no le está entregada? El contrato es, pues, real por su esencia; el legislador bien puede declararlo personal; es impotente para cambiar la naturaleza de las cosas; no puede hacer que haya préstamo mientras no haya cosa prestada; es decir, entregada al prestador á título de préstamo. (1)

1 Durantón, t. XVII, p. 556, núm. 614 Troplong, núm. 184. Pont, t. I, página 63, núm. 136 y p. 64, núm. 138.

487. La cuestión de teoría que discutimos es importante por sus consecuencias. Si la propiedad de las cosas prestadas cuando son determinadas está transferida por el solo consentimiento de las partes resulta que las cosas están también á riesgos suyos, pues el mismo artículo que establece el principio de que por el efecto del préstamo el prestador se vuelve propietario de la cosa prestada, agrega: y es para el que perece, de cualquier modo que suceda la pérdida (art. 1893). De esto se seguiría que el prestador debería restituir cosas de igual cantidad, especie y calidad sin haber nunca recibido las que el prestamista le había ofrecido. Esto es contrario á los principios tanto como á la razón y al buen sentido. ¿Qué dice el art. 1893? El prestador se vuelve propietario de la cosa prestada por efecto del préstamo; luego la propiedad no le está transferida más que cuando hay préstamo, pues éste no podrá producir efecto mientras no existe. Y es cuando la cosa le fué entregada y puede hacer uso de ella cuando sufre los riesgos. Esto es lo que dice la ley, y la razón y el buen sentido nos dicen que el prestador no puede estar obligado á devolver al prestamista cosas que nunca pudo usar porque han permanecido en poder del prestamista.

La consecuencia que deducimos del principio lo confirma, así como la consecuencia que deriva de la opinión contraria testifica contra esta opinión. Se objeta que lo mismo sucede en la venta. El comprador sufre los riesgos aunque la cosa vendida no le haya sido entregada; si esto es conforme con los principios y la equidad ¿por qué no fuera lo mismo con el prestador? Ya hemos contestado á esta objeción. La venta ha producido todo su efecto cuando la cosa vendida llega á perecer por un caso fortuito antes de la tradición; el vendedor ha cumplido sus obligaciones, el comprador debe cumplir con las suyas. Tal no es la situación de las partes en el préstamo. Acabamos de decir que el

prestamista no contrae ninguna obligación en virtud del préstamo (núm. 485); cuando la cosa prestada llega á perecer después de existir el préstamo perece para el prestador por la sola razón de que ya es propietario y que además, pudo usar de ella; el contrato ha producido entonces todos sus efectos. Pero si la cosa perece en manos del prestamista antes de la tradición no hay ningún préstamo, el prestador no pudo usar la cosa, no se hizo propietario de ella; á decir verdad, no hay prestamista ni prestador, luego el art. 1893 no puede recibir aplicación, puesto que no hay contrato de préstamo y no se pueden aplicar los principios del préstamo. Si después de la promesa la cosa llega á perecer en manos del deudor ¿quién sufrirá el riesgo? Se supone que la cosa pereció por caso fortuito; no es el acreedor quien lo sufre, es el deudor. En efecto, la promesa de préstamo no da ningún derecho al acreedor más que una acción tendiendo á que este préstamo se realice, y no se realiza más que por la tradición; mientras que ésta no se hace el prestador no contrae ninguna obligación; no puede, pues, estar obligado por la pérdida. En definitiva, la promesa de prestar no es otra cosa más que un préstamo no realizado. Esta es una nueva diferencia entre el préstamo y la venta. La promesa de venta vale venta y pone los riesgos á cargo del comprador (art. 1589): hay obligaciones recíprocas, luego se puede aplicar al comprador el principio de los riesgos. Una promesa de préstamo no vale préstamo, luego no pudiera haber obligación á cargo del prestador.

488. De ordinario los riesgos en los contratos son independientes de la translación de la propiedad. El art. 1893 establece, al contrario, una relación entre la translación de la propiedad de la cosa prestada y el riesgo que incumbe al prestador. Comienza por decir que por el efecto del préstamo el prestador se vuelve propietario de la cosa prestada, y luego agrega: y es para el que pere-

ce. ¿Debe inducirse de esto que la máxima *res perit domino* recibe su aplicación aunque la cosa que perece sea objeto de un contrato? Nó; en el caso previsto por el artículo 1893 la cosa ya no es objeto del contrato; el préstamo está consumado, la cosa prestada desde que la entregaron al prestador entra en su dominio, no tiene ninguna obligación relativa á esta cosa; luego es el caso de aplicar el principio de que la cosa perece para su propietario.

La Corte de Casación ha sacado de este principio una consecuencia práctica de la mayor importancia. Unos fondos prestados fueron entregados á un notario, mandatario del prestador; se estipuló que el notario no los entregaría más que si el prestador hiciera ciertas justificaciones relativas al empleo del dinero. El notario fué declarado en quiebra antes de haber entregado los fondos al prestador. Se pregunta si éste sufrirá los riesgos. La afirmativa fué sentenciada y nos parece segura. El préstamo estaba consumado por la entrega del dinero al mandatario del prestador, puesto que se consideraban como entregados al mandante. Y desde que el mandatario se hace propietario la cosa perece para él. (1)

489. Pothier dice que el préstamo de consumo es, así como el comodato, un contrato de beneficencia; es un beneficio que el prestamista hace al prestador concediéndole gratuitamente la facultad de servirse de la cosa prestada sin que el prestamista saque ninguna utilidad del contrato que sólo se hace por interés del prestador. El Código admite esta doctrina, pero con una distinción; dice que el préstamo para uso es *esencialmente* gratuito; no dice lo mismo del préstamo de consumo; resulta, al contrario, del art. 1905 que el préstamo de consumo es sólo gratuito por naturaleza. La ley permite estipular intereses para un simple préstamo, ya sea de dinero ó de otras cosas muebles. En este caso el

1 Denegada, 7 de Marzo de 1842 (Sirey, 1842, 1, 207).