

contrato se hace interesado por parte del prestamista, sin perder sus caracteres de contrato unilateral, real y translativo de propiedad.

490. El préstamo de consumo, como su nombre lo indica, da al prestador el derecho de consumir las cosas que se le entregan; de esto la ley deduce la consecuencia formulada en la definición que este contrato tiene necesariamente por objeto una cierta cantidad de cosas que se consumen por el uso. Decimos *necesariamente*, puesto que este elemento del préstamo está comprendido en la definición que el Código da de él, lo considera como una condición. El artículo 1894 agrega en el mismo orden de ideas que no se pueden dar á título de préstamo para consumo cosas que, aunque de la misma especie, difieren en la esencia, como los animales; luego es un préstamo para uso; la razón es que la restitución no podría hacerse igual, puesto que las cosas que el tomador devolviera diferirían de las que había recibido, lo que es contrario á la esencia del préstamo. No hay más que un medio de préstamo de cosas que difieren en su esencia, y es prestarlas para uso. Esto prueba que los autores del Código habrían hecho mejor sirviéndose de la expresión *consumible* en vez de la de *cosas que se gastan*; tal es la idea expresada por el art. 1894; es por lo que en la restitución que debe hacerse las cosas que difieren en su individuo no pueden ser reemplazadas por otras, porque á título de préstamo para consumo no pueden ser prestadas, no son consumibles. Lo que caracteriza al préstamo para consumo es que las cosas prestadas deben ser de tal naturaleza que como las da el prestamista las devuelva el tomador, enteramente iguales. ¿Es necesario para esto que sean consumibles? El Código lo dice, según Pothier, el que se expresa en los términos más restrictivos: "Todas las cosas consumibles que se gastan por el uso que de ellas se hace pueden ser materia del préstamo para consumo, y es de la *esen-*

*cia de este contrato* que sea una de estas cosas la que forme su objeto. "Esto es demasiado absoluto. Lo que es la esencia del contrato es que el tomador tenga el derecho de consumir la cosa y que pueda devolver una de igual clase y cualidad. Y se puede muy bien concebir un préstamo de cosas que no se consumen por el primer servicio que prestan; tal sería el préstamo que un librero hiciera de un cierto número de ejemplares del Código Civil á condición de que el tomador dé el mismo número de la misma edición. (1)

491. Pothier explica aún lo que entiende, en derecho, por consumo. Hay dos especies de cosas que se consumen por el uso que se hace de ellas. Primero, las que se consumen naturalmente por el deterioro que sufren, este es el sentido vulgar de la palabra. Tales son las cosas que sirven para alimento del hombre ó de los animales, como el trigo, la cebada, la avena, el aceite, el vino, la leña. En derecho se extiende la noción de consumo á la consumación civil; es decir, á la ficticia: tal es la de la plata contante. El uso que se hace es gastarla, lo que opera no un consumo natural, puesto que el tomador, gastándola, no destruye la especie, sino un consumo civil que consiste en la enajenación que hace del dinero al gastarlo, de modo que ya no se le queda nada, de manera que se pueda decir que lo ha consumido. Aun hay consumo civil cuando el uso que se hace de una cosa la hace incapaz de servir á los demás después que le ha servido á uno. En este caso el papel es consumible, el tomador se sirve de él para escribir, y desde que hace este uso de él el papel está civilmente consumido, puesto que el papel escrito no puede servir á los demás. (2)

492. ¿Quién puede hacer un préstamo de consumo?

1 Pothier, *Del préstamo para consumo*, núm. 26. Compárese Durantón: t. XVII, p. 610, núm. 552. Pont, t. I, p. 67, núm. 149. Buguet acerca de Pothier, t. V, p. 50, nota 1.

2 Pothier, *Del préstamo para consumo*, núms. 22 y 23.

Basta la capacidad de contratar? Nó; el art. 1893 dice que por el efecto de este préstamo el tomador se vuelve propietario de la cosa prestada; el prestamista le transfiere, pues, la propiedad, y para transferir la propiedad es necesario que el prestamista sea propietario. Esto no basta; hay propietarios que no tienen el derecho de enajenar y que, por consiguiente, no pueden transferir la propiedad de las cosas que les pertenecen; por consecuencia, no pueden darlas á título de préstamo de consumo. El principio es, pues, que para hacer un préstamo de consumo se debe ser propietario y capaz para enajenar. (1).

De esto se sigue que los que administran el patrimonio de otro, tales como los apoderados provisionales de un ausente, los tutores, los maridos administradores legales de los bienes de la mujer, no pueden consentir un préstamo de consumo porque no pueden enajenar. La consecuencia es cierta si se admite el principio de que los administradores no tienen el derecho de enajenar. Nos trasladamos acerca de este punto á los títulos *De la Ausencia*, *De la Tutela* y *Del Contrato de Matrimonio*; la cuestión está controvertida.

Del principio de que es preciso ser propietario y capaz de enajenar para hacer un préstamo se sigue aún que el préstamo hecho por el que no es propietario de la cosa ó que es incapaz para enajenar es nulo. ¿En que sentido hay nulidad? La cuestión no deja de tener sus dificultades. Es preciso distinguir el préstamo hecho por un propietario y el hecho por un no propietario y el hecho por el que es incapaz para enajenar.

493. Queda por dicho que el préstamo hecho por el que no es propietario es nulo para el verdadero propietario. Es más exacto decir que el préstamo no existe para con él porque es una convención en la que él es extraño; puede,

1 Pothier, *Del préstamo para consumo*, núm. 4.

pues, reivindicar la cosa que le pertenece, sin tener necesidad de pedir la nulidad del préstamo. Pero el derecho que tiene en teoría muy rara vez se ejerce de hecho. Se trata de cosas *consumibles*, luego *mobiliarias*, corpóreas. Y éstas no pueden ser reivindicadas en el sentido de que el poseedor puede rechazarla acción en reivindicación por la máxima de que en materia de muebles la posesión vale título. No hay más excepción que cuando las cosas robadas ó perdidas han sido dadas ó prestadas; el propietario puede, en este caso, reivindicarlas; todavía lo puede cuando el poseedor es de mala fe. El propietario tiene además una acción en daños y perjuicios contra el prestamista que ha dispuesto de cosas que no tenía el derecho de prestar.

Cuando se dice que el préstamo es nulo si ha sido hecho por el que no era propietario de la cosa esto quiere decir que el contrato es nulo entre las partes contratantes. ¿Quién puede invocar la nulidad? Que el tomador tenga este derecho no es dudoso, puesto que el préstamo no llena su objeto con relación al tomador; éste no adquiere la propiedad de la cosa; no puede, pues, consumirla. Además, está expuesto á una acción en reivindicación y en daños y perjuicios. Está, pues, interesado en pedir la nulidad del contrato. Sin embargo, se presenta una dificultad. Se trata de una cosa mobiliaria, corpórea; si el tomador la recibe de buena fe, creyendo que pertenece al prestamista, se convierte en propietario en el sentido de que puede rechazar la reivindicación oponiendo su posesión; ¿podrá, pues, pedir la nulidad? Si se considera el art. 2279 como una especie de prescripción se debe decidir que el tomador puede promover en nulidad aunque tenga el derecho de rechazar la acción del propietario por la excepción de la prescripción, porque es de principio que la prescripción no puede oponerse apesar del que la tiene en su favor; volveremos sobre el principio en el título sitio de la materia; si, pues, el

poseedor no quiere prevalecerse de la prescripción el prestamista no podrá oponérsela, el contrato será anulado y, por consiguiente, el prestamista estará obligado á proveer de otras cosas de igual clase y cualidad. Pero esto no es verdad sino cuando el préstamo es hecho á título oneroso, porque si es gratuito el prestamista no debe la garantía, no es garantía más que de su dolo.

¿Podría el prestamista pedir la nulidad; es decir, obligar al tomador á devolverle la cosa prestada? Según los principios que rigen la nulidad debe responderse negativamente; en efecto, la nulidad no es de orden público, no puede, pues, ser invocada más que por la parte en cuyo interés fué establecida, y es en el interés del prestador en el que la ley exige que el prestamista sea propietario; lo que decide la cuestión. Es verdad que en materia de pago se admite, y esta es nuestra opinión, que el deudor que paga lo que no le pertenece puede pedir la nulidad del pago, pero la razón es que el art. 1238 le da implícitamente este derecho; ¿puede extenderse al préstamo lo que la ley dice del pago? Esto es dudoso, puesto que no se puede decir que el prestamista hace un pago.

494. ¿Si el prestador no promueve la nulidad cuál será el efecto del préstamo? Consumirá las cosas; de ahí una nueva dificultad. ¿Tendrá que restituir como si el préstamo fuera válido? Pothier enseña, según el derecho romano, que si el prestador ha consumido las cosas de buena fe el contrato queda validado; que, por consiguiente, el prestador estará obligado por los compromisos que nacen del préstamo, como si el prestamista hubiere sido propietario de la cosa; de donde se sigue que el prestamista tendrá la acción que nace del préstamo aunque no haya tenido la propiedad de la cosa prestada. La razón es que la translación de la propiedad no es el objeto directo del contrato de préstamo; si el prestamista debe transferir la propiedad al empresta-

dor es para que éste pueda servirse de la cosa prestada; lo que sólo puede hacer consumiéndola y lo que no tiene el derecho de hacer si no es propietario. El préstamo, á consecuencia del consumo de buena fe que el prestador hizo de la cosa, le procuró la misma utilidad que si el prestamista le hubiera transferido la propiedad de las cosas prestadas; luego el prestador debe tener las mismas obligaciones que si el prestamista hubiera sido propietario. La translación de la propiedad no hubiera procurado más ventajas; no hubiera tenido más que el derecho de consumo de las cosas; y las consumió, y habiéndolas consumido de buena fe está al abrigo de toda acción por parte del propietario. Para él el objeto del préstamo está completamente alcanzado; desde luego debe estar obligado como prestador. (1)

495. El préstamo hecho por el no propietario se valida también cuando por acción de reivindicación del propietario el prestador opone la excepción del art. 2279. Tiene en este caso el derecho de consumir la cosa como si el prestamista hubiera sido propietario; luego se puede aplicar lo que acabamos de decir según Pothier; el préstamo procura al prestador la misma ventaja que si el prestamista hubiera sido propietario; por consiguiente, el prestador debe estar obligado á los compromisos que nacen del préstamo. Pero es necesario para esto que el prestador oponga la excepción del art. 2279 que lo opone al abrigo de la acción de reivindicación. Esto supone que el art. 2279 establece una prescripción que depende del poseedor oponer ó no; la cuestión está controvertida; volveremos á ello en el título que es el sitio de la materia. Si se admite que en virtud de la regla consagrada por el art. 2279 el poseedor se hace propietario de un modo absoluto debe decirse que en todos los casos el préstamo se consolida desde que hay lu-

1 Pothier, *Del préstamo para consumo*, núms. 5 y 6. Durantón, t. XVII, p. 621, núm. 565. Pont, t. I, p. 69, núm. 156.

gar á aplicar el art. 2279; es decir, desde que el prestador ha recibido la cosa de buena fe. (1)

496. ¿Cuál es el efecto del préstamo hecho por un incapaz? La cuestión presenta dos fases: ¿Pueden los incapaces prestar? ¿Pueden pedir prestado? ¿Cuál es el efecto del préstamo, cuál el del empréstito? Es seguro que los incapaces no pueden prestar para consumo las cosas que les pertenecen, puesto que no tienen capacidad para disponer; y prestar para consumo es enajenar la cosa prestada. Sin embargo, hay alguna dificultad para la mujer casada cuando está separada de bienes, ya sea judicialmente, ya sea en virtud del contrato de matrimonio. Los autores están divididos. En nuestro concepto debe distinguirse si el préstamo es gratuito ó interesado. Si es gratuito la mujer no lo puede hacer, pues aunque separada de bienes no puede hacer liberalidades. Es verdad que el préstamo sólo tiene por objeto el uso de la cosa, puesto que el prestador debe restituir cosas de igual especie y calidad; no obstante, es una liberalidad y la ley no permite á la mujer hacer liberalidades sin el consentimiento de su marido. En principio permanece incapaz, su capacidad es una excepción al derecho común, debe restringirse dentro de los límites de la ley, y ésta bien le permite disponer de su mobiliario á título oneroso y por contrato conmutativo; no le permite disponer á título gratuito aunque sea el uso de las cosas; luego la mujer no tiene este derecho. ¿Puede hacer un préstamo á título oneroso? Hay aquí una duda. El derecho de disponer de sus inmuebles que el art. 1449 le da ¿es absoluto ó sólo lo tiene si la enajenación es un acto administrativo? En la opinión que hemos enseñado el derecho de enajenar de la mujer es absoluto, esto es decisivo; teniendo el derecho de agen-

1 Moulón, t. III, p. 387, núm. 978. Pont, t. I, p. 69, núm. 155. Compárese Durantón, t. XVII, p. 623, núm. 566.

ciar] tiene por esto mismo el derecho de prestar con interés. (1)

497. Los menores no pueden hacer un préstamo de consumo, puesto que prestar es enajenar, y los menores nunca pueden enajenar. No hay para qué distinguir entre el menor emancipado y el no emancipado; en efecto, es de principio que el menor no puede hacer ningún acto, más que los de administración, sin observar las formas prescritas para los menores no emancipados (art. 484); y el préstamo no es un acto de simple administración, lo que es decisivo. Síguese de esto que el menor ni siquiera puede hacer un préstamo á título oneroso; se dirá en vano que colocar sus fondos á interés es un acto de administración y un acto de buena gerencia. Esto es verdad cuando la colocación es segura y hecha con garantía; el menor emancipado no tiene esta capacidad, cuando menos la ley no se lo supone; debe, pues, atenerse estrictamente al principio que prohíbe al menor disponer y, por consiguiente, prestar para consumo.

El préstamo hecho por un menor es, pues, nulo. ¿Cuál es el carácter de la nulidad? Debe aplicarse el principio general en virtud del cual la nulidad de los actos hechos por los incapaces es relativa: las personas capaces para comprometerse, dice el art. 1125, no pueden oponer la incapacidad del menor, del entredicho y de la mujer casada con quien han contratado. El préstamo hecho por el menor no es, pues, nulo más que para el incapaz que lo consintió; de él depende validarlo no promoviendo ó pedir su nulidad. ¿Puede el menor reivindicar también? Los autores se valen de esta expresión; no nos parece exacta. En efecto, el menor está ligado por un contrato; aunque este contrato esté viciado no es nulo de pleno derecho; produce, por el contrario, sus efectos mientras que la nulidad no está pronunciada por

1 Véanse en diversos sentidos Pont y los autores que cita, t. I, p. 70, número 160.

el juez. Luego el menor debe tener ante todo desprenderse de la liga que lo encadena promoviendo la nulidad, y cuando el contrato está anulado no necesita de la reivindicación, cuando menos contra el prestador, puesto que la sentencia condena á éste á devolverle la cosa prestada. Si un tercero poseyera la cosa el menor tendría que promover por vía de reivindicación, pero el tercero, por su parte, podría oponerle la excepción del art. 2279.

498. El préstamo hecho por un incapaz, por ejemplo, un menor, ¿es válido si el prestador ha consumido la cosa de buena fe? Hay alguna duda y controversia. Creemos que el consumo no valida el préstamo. Es nulo en el interés del menor; es, pues, necesario que el menor tenga el derecho de promover la rescisión si está perjudicado; en nuestra opinión tendría aun el derecho de promover la nulidad, puesto que el préstamo es una enajenación, y el menor no puede enajenar más que en las formas prescriptas por la ley. Y el prestador no puede, consumiendo la cosa, quitar al menor un derecho que le pertenece por razón de su incapacidad. Se objeta que el art. 1238 valida el pago hecho por un incapaz cuando la cosa está consumida, y que este caso está puesto en la misma línea que el préstamo hecho por un no propietario. ¿No hay contradicción en validar el préstamo hecho por un no propietario, como acabamos de enseñarlo (núm. 494), y no validarlo cuando está hecho por un incapaz? Nó; es necesario apartar el art. 1238, porque el préstamo no es un pago y porque esta disposición está criticada por todos los autores como contraria á los principios; y es contraria á los principios porque confunde dos casos muy diferentes. Si el préstamo hecho por un no propietario está validado cuando el prestador ha consumido la cosa de buena fe es porque el consumo procura al prestador la misma utilidad que la translación de propiedad. Y no se puede seguramente decir que el menor

aprovecha del consumo; que la cosa esté consumada ó nó puede validar el préstamo si quiere; pero debe también, en cualquiera hipótesis, conservar el derecho de pedir la nulidad, si no estaría perjudicado, y es para que no esté perjudicado por lo que la ley le da derecho de promover la nulidad ó la restitución. (1)

499. La cosa prestada perece por el caso fortuito. ¿Para quién es la pérdida? Hay que distinguir si el préstamo fué hecho por un no propietario ó por un incapaz. Cuando el prestamista es incapaz sólo él puede prevalecerse de la nulidad; y evidentemente no se prevalecerá de ella, validará, al contrario, el préstamo con su silencio, lo que obliga al prestador á restituir cosas de igual especie y calidad. El prestador es, pues, quien sufrirá la pérdida; se diría en vano que el préstamo es nulo para con él, el préstamo es válido; es propietario y, por consiguiente, la cosa perece para él. Si el prestamista no es propietario el prestador puede promover la nulidad; por tanto, el prestamista es quien sufrirá el riesgo; es verdad que no es propietario, pero en esta materia la pérdida no siempre es para el propietario; en el caso la cosa perece para el prestamista porque no hay préstamo; el prestamista está frente al propietario y para con él el prestamista tiene la culpa por haber dispuesto de una cosa que no le pertenecía. Sin embargo, el prestamista podría invocar el beneficio del art. 1302 si prueba que la cosa hubiere perecido encontrándose en poder del propietario; éste no tiene acción porque el prestamista no le causó ningún perjuicio.

500. ¿Pueden los incapaces pedir prestado? Nó, porque no pueden obligarse, y la obligación que contraen al pedir prestado es una de las más peligrosas, puesto que les per-

1 Duvergier, p. 182, núm. 155. Troplong, núm. 203. Pont, t. I, p. 73, número 167. En sentido contrario Durantón, t. XVII, p. 625, núm. 567, seguido por Pothier, núms. 7 y 21.

mite adeudarse para gastos locos. La ley vigila que los empréstitos, si se hacen necesarios, se hagan con todas las garantías posibles; cuando se trata de un menor el consejo de familia debe autorizarlo, el tribunal debe homologar la deliberación del consejo; y la autorización no puede ser concedida más que por causa de absoluta necesidad ó de ventaja evidente (arts. 457-484). Es verdad que la ley tiene particularmente atención al préstamo hecho con interés, pero el préstamo gratuito presenta también peligros, pues siempre obliga al menor á devolver dinero que puede haber gastado inútilmente. El empréstito hecho en las formas prescriptas por la ley es nulo. Síguese de esto que el menor no contrae las obligaciones que resultan del préstamo; no responderá de la pérdida á no ser que fuese culpable de dolo. ¿Tendría que devolver la cosa? Como tomador no puesto que suponemos que el empréstito es nulo. El prestamista se encuentra, pues, en la enojosa situación de no poder reclamar la restitución de la cosa, sólo el tomador puede prevalecerse de la nulidad del préstamo; no habrá acción del préstamo si el menor le opone su incapacidad. La única acción que tenga es la de reivindicación, la que supone que la cosa está en poder del tomador. Cuando está enajenada no tendrá acción más que contra el tercer poseedor; contra el menor sólo tiene derecho de exigir la restitución del valor en tanto que el menor lo aprovechó. El prestamista se puso el mismo en esta situación por su imprudencia, debe sufrir las consecuencias de su falta. (1)

*SECCION III.—De las obligaciones del prestamista.*

501. "En el préstamo de consumo el prestamista tiene la responsabilidad establecida por el art. 1891 para el préstamo para uso" (art. 1898). En el Consejo de Estado

1 Mourlón, t. III, p. 387, núm. 979. Pont, t. I, p. 74, núm. 168.

Tronchet ha sostenido que esta obligación derivaba del contrato de préstamo y que, por consiguiente, este contrato era bilateral. En realidad la obligación existe en cualquier contrato, porque esto es una consecuencia del principio de que cada uno responde de su dolo. En efecto, cuando la cosa prestada tiene tales defectos que pueda causar perjuicio al tomador, la buena fe ordena al prestamista avisar al tomador si los conoce, y la obligación de buena fe existe en todo contrato unilateral ó bilateral; si basta para hacer el contrato bilateral hay que borrar el art. 1103 del Código, pues ya no habría contrato unilateral.

La obligación de garantía que deriva de la buena fe, en el caso previsto por el art. 1891, puede volverse más estrecha en el préstamo de consumo que en el comodato. El préstamo puede hacerse á título oneroso; en este caso se debe aplicar el principio general en virtud del que se debe la garantía en los contratos onerosos: la garantía existe de derecho en ellos. Así, si el tomador fuera vencido en la cosa no sólo no hubiera préstamo, como en el comodato, sino que el prestamista tendría además que pagar daños y perjuicios, de los que no está obligado el prestamista en el comodato, que es esencialmente gratuito. Y si la cosa tuviere un vicio el prestamista debería la garantía aunque ignorase la existencia del vicio. Este es el derecho común en los contratos onerosos. (1)

502. El prestamista no puede recobrar las cosas prestadas antes del plazo convenido (art. 1899). Lo mismo pasa en el préstamo para uso (art. 1888); pero el art. 1899 agrega una restricción: "Si sobreviene al prestamista una necesidad inmediata, imprevista, de la cosa, el juez puede, según las circunstancias, obligar al tomador á devolvérsela." El artículo 1899 no contiene disposición análoga para el préstamo de consumo. ¿Qué debe inducirse del silencio de la ley?

1 Pont, *De los contratos en pequeño*, t. I, p. 76, núm. 173.