

do *pudiere* ó cuando tendría los medios el juez fijará un término para el pago, según las circunstancias» (art. 1901). Este es un plazo expreso, pero sin límites fijos; el juez está también llamado á decidir, pero en su decisión tendrá en cuenta la intención del prestamista, que se manifestó por la cláusula del contrato, en no exigir la restitución en rigor desde que lo podría de derecho estricto; el juez es en este caso ministro de equidad. La cláusula debe tener este sentido si no se confundiría con el plazo tácito que existe para todo préstamo. (1) Con más razón pasaría lo mismo si el contrato dijera que el tomador reembolsará cuando quiera. No debe interpretarse esta cláusula en el sentido de que el prestamista se atiene absolutamente á la discreción del tomador; éste no queda dispensado de restituir, el prestamista se atiene sólo á su voluntad en cuanto á la época en que podría devolver sin molestia. El juez tiene, pues, una más grande latitud que si se dijera que el tomador devolverá en cuanto pueda. Hay aquí una diferencia que el juez tendrá en cuenta. (2)

SECCION III.—*De las obligaciones del que pide prestado.*

505. «El que toma prestado está obligado á devolver las cosas prestadas de igual cantidad y calidad y en el plazo convenido» (art. 1902). El art. 1892 se expresa más exactamente diciendo que el tomador debe devolver las cosas prestadas en igual cantidad, especie y calidad. Debe devolver la misma *cantidad*. Las cosas consumibles que son objeto del préstamo de consumo son también conocidas con el nombre de cosas *que pondere, numero et mensura constant*; es decir, de cosas para las que se considera más bien cierto

¹ Burdeos, 7 de Abril de 1833 (Daloz, en la palabra *Préstamo*, núm. 191, 2^o.)

² Mourlón, *Repeticiones*, t. III, p. 384, núm. 967. Bruselas, 13 de Noviembre de 1865 (Pasierisia, 1866, 2, 218).

peso, cierto número ó cierta medida, que los individuos de que se componen. Debiendo el tomador devolver tantas cosas cuantas recibe, se cuentan cuando la restitución, se pesan ó se miden según su naturaleza; esta es la *cantidad* que debe devolver. Debe devolver cosas de una misma *especie*; es en esto en lo que consiste el consumo propiamente dicho; ¿recibió trigo? devuelve trigo; devuelve aceite de olivo por aceite de olivo; aceite de nabo por aceite de nabo. En fin, debe devolver cosas de igual *calidad*: si recibió trigo de primera calidad debe devolver trigo de primera calidad; si devolviera trigo de calidad inferior devolvería lo que no recibió. (1)

La ley no agrega que el tomador debe devolver cosas de igual valor; el art. 1897 dice: si abarrotes fueron prestados el tomador debe siempre devolver la misma cantidad y calidad, y no debe más que esto, cualquiera que sea el aumento ó disminución del precio. El valor no figura en la restitución más que por lo que toca á la cantidad; si el tomador recibió un saco de trigo de primera calidad en 1874 debe devolver uno de primera calidad en 1875, plazo convenido, aunque el mismo saco en esta época valiera 20 francos más ó menos. El precio de los granos está sujeto á grandes variaciones, sube ó baja; la ley no consideró esta diferencia. Según el rigor de los principios debiera haber obligado al tomador á devolver el mismo valor que recibió; el que recibió un valor de treinta francos debería devolver un valor igual, mientras que puede suceder que devuelva más ó menos, según que el precio de los granos habrá subido ó bajado. ¿Por qué no considera la ley el valor en la restitución que tiene que hacer el tomador? Es bastante difícil dar una buena razón de ello; esto es una disposición tradicional que facilita mucho la restitución; si se hubiera exi-

¹ Pothier, *Del préstamo para consumo*, núm. 25. Pont, t. I, p. 86, números 195 y 196.

gido que la restitución se hiciera en naturaleza y por igual valor hubiera habido que devolver, ya más ya menos, de lo recibido, lo que hubiera alterado la naturaleza del contrato, pues la primera idea que implica el préstamo es que el tomador devuelva la cantidad que recibió. El sistema tradicional evita dificultades de apreciación que hubieran amenuado dificultado la restitución y conducido á pleitos; el Código prefiere un sistema menos jurídico, pero más sencillo. (1)

506. El art. 1903 prevee el caso en que el tomador se encuentra en la imposibilidad de cumplir su obligación; en este caso tiene que pagar el valor de las cosas que no devuelve. Diremos más adelante qué época se considera para determinar este valor. Hay que precisar, ante todo, lo que la ley quiere decir por estas palabras; *si se encuentra en la imposibilidad de devolver.* ¿Cuál es esta imposibilidad? ¿Es una imposibilidad absoluta? La negativa es segura; semejante imposibilidad no existe nunca en cuanto á abarrotés; debe suponerse, dicen los autores, que las cosas que fueron objeto del préstamo han sido puestas fuera del comercio; lo que es una hipótesis de escuela. Además, el texto de la ley implica que se trata de una imposibilidad relativa al tomador; el art. 1903 nos dice: "Si la ejecución de la obligación se hace imposible," lo que sería una imposibilidad absoluta; la ley dice: si el tomador se encuentra en la imposibilidad de satisfacer su obligación; lo que indica una imposibilidad relativa. Queda por saber cuándo puede decirse que sea imposible el tomador devolver cosas de la misma naturaleza y misma calidad. Los intérpretes del derecho romano dan como ejemplo el caso en que durante una pérdida de cosecha extraordinaria el tomador se verá obligado á comprar las cosas á un vendedor que conociendo su necesidad abusaría de su posición para exigirle un precio exorbitante. Creemos que debe también

1 Duvergier "Del préstamo" p. 194, núm. 168.

extenderse el hecho de la imposibilidad en esta hipótesis: los granos habían encarecido mucho en razón de la escasez; el tomador puede no tener la suma suficiente para comprar los granos al precio que tenían; esta es una imposibilidad relativa, la obligación de devolver las cosas prestadas se traduce entonces en una obligación de devolver su valor.

Los autores son menos rigurosos. Troplong dice que el avalúo puede ser substituido á la restitución en naturaleza todas las veces que hay para el tomador un perjuicio demasiado grande. (1) Esto es cambiar el texto; una cosa es el perjuicio y otra la imposibilidad. La ley exige la imposibilidad, y esto se funda en los principios elementales que rigen las obligaciones. Según el art. 1243 el acreedor no puede ser obligado á recibir otra cosa de la que se le debe, aunque el valor de la cosa ofrecida sea igual ó aun mayor. El tomador debe, pues, devolver la cosa en naturaleza, aunque esto le fuese perjudicioso. La equidad que se invoca en un contrato de beneficencia alega tanto para el prestamista como para el tomador; el prestamista no debe perder al prestar un servicio al tomador. Hay una suerte en el préstamo por razón de la variación del precio de los granos; puede volverse contra el tomador en caso de escasez, ó bien en su favor cuando hay abundancia; si éste aprovecha de las buenas suertes tiene que sufrir las malas.

Durantón va más allá: enseña que el art. 1903 debe recibir su aplicación en todos los casos en que el tomador, por cualquiera causa que sea, no devuelve las cosas en el plazo convenido. En efecto, dice, ¿á qué puede condenarse un tomador de granos prestados que no los devuelve si no es á pagar su valor? (2) La respuesta se encuentra en el artículo 1243 que acabamos de transcribir y que sólo formu-

1 Troplong, *Del préstamo*, núm. 284. Compárese Pont, t. I, p. 87, núm. 199.

2 Durantón, t. XVII, p. 646, núm. 588.

la este principio elemental: que el deudor debe prestar lo que debe y que el acreedor tiene derecho de exigirle lo que estipuló. Si el deudor se niega á cumplir su obligación debe obligársele por la ejecución forzada que ordenará el juez; autorizará al prestamista á procurarse, á expensas del tomador, las cosas de igual cantidad, especie y calidad. Tal es la ejecución directa y forzada de la obligación á la que el prestador tiene derecho, á no ser que el tomador se encuentre en la imposibilidad de cumplir su obligación: esta es la sola templanza de equidad que la ley admite. Ir más allá es desconocer el derecho del prestamista y borrar del art. 1903 la condición de imposibilidad. Troplong dice muy bien que el emprestador es deudor de una cosa y no de su valor. Es esta cosa la que debe pagar; si raras y excepcionales circunstancias pueden obligar al acreedor á aceptar otra cosa de lo que se le debe, sería contra derecho y contra la equidad extender el beneficio del art. 1903 á casos en que ni siquiera habría necesidad. Sólo que Troplong olvida que también él se apartó de la ley permitiendo al tomador pagar el valor en lugar de la cosa, todas las veces que habría para él un perjuicio demasiado grande en pagar en naturaleza. (1)

Los autores más exactos se dejan arrastrar por la indulgencia hasta apartarse enteramente del texto; Aubry y Rau dicen que es *evidente* que la disposición del art. 1903 se aplica igualmente al caso en que, encontrándose el tomador en la situación de ejecutar la restitución en naturaleza, no lo hace, sin embargo. (2) Decir que esto es *evidente* es una afirmación, pero ¿dónde está la prueba? Nosotros afirmamos lo contrario y apoyamos nuestra afirmación en el texto de la ley. ¡Cómo! el tomador se compromete á restituir las cosas prestadas en la misma cantidad, especie y

1 Troplong, *Del préstamo*, núm. 285.

2 Aubry y Rau, t. IV, p. 600, nota 4, pfo. 395 (4.ª edición).

calidad; esta obligación está escrita en la misma definición del préstamo (art. 1892), y luego, cuando se trata de cumplirla, diría: ¡Lo podría en verdad, pero no lo quiero hacer! Este es un nuevo derecho, y agregamos una nueva equidad: El tomador recibe un beneficio y demuestra su gratitud violando su compromiso. ¿Se dirá que el prestamista por su parte demuestra un rigor que no está en armonía con el sentimiento de humanidad, que se le debe suponer, puesto que hizo un préstamo gratuito? Vamos á contestar á la cuestión examinando cuál es el valor que el tomador tiene que devolver cuando no restituye las cosas en naturaleza.

507. El art. 1903 distingue: el tomador tiene que pagar el valor de las cosas en atención al tiempo y al lugar en que la cosa debía ser devuelta según convenio; si este tiempo y este lugar no han sido fijados, el pago se hace al precio del tiempo y del lugar en que el préstamo fué contraído. Si hay una convención la decisión de la ley es muy justa; el prestamista tiene derecho al valor que tiene la cosa en el momento y lugar en que la restitución debe hacerse; con la suma que le fué pagada el prestamista podrá procurarse los granos que el tomador no le restituye en naturaleza. Esto supone que el deudor es solvente: y si lo es no se ve en dónde está la imposibilidad que tiene para pagar en naturaleza; puede comprar los granos al precio corriente, aunque esté elevado, tanto como el prestamista.

No pasa lo mismo en la segunda hipótesis; si el tiempo y el lugar de la restitución no han sido estipulados por la convención la ley decide que el tomador debe pagar las cosas al precio de la época y lugar en que fué hecho el préstamo. Esta decisión, que deroga la tradición, deroga también los principios y la equidad. Ordinariamente, para no decir siempre, el precio de los granos habrá aumentado; no estará, pues, en relación al valor de los granos en el momento en que el tomador se negara á hacer la restitución

en naturaleza invocando la imposibilidad. Si en estas circunstancias paga el valor que tenían las cosas cuando el préstamo el prestamista no podrá procurarse, con la suma recibida, granos de igual clase y en misma cantidad que los que dió. Esto es contrario á la intención de las partes contratantes y á la esencia del contrato. ¿Por qué consiente la ley la restitución de cosas de igual cantidad, especie y calidad, sin agregar de igual valor? Es porque la intención de las partes es que el prestamista recibe granos, en naturaleza, que le procuran la misma ventaja que los que prestó, puesto que se destinan al consumo. Si se le devuelve una suma de dinero en lugar de granos, y que esta suma sea inferior al precio actual de dichos granos, no podrá procurarse con este dinero granos de igual calidad y en igual cantidad que los prestados. Esto es violar la ley del contrato.

Bajo el punto de vista de la equidad esto es evidente, y esto nos parece seguro bajo el punto de vista de los principios. La ley obliga al tomador á pagar el valor en atención al tiempo y lugar en que la restitución debe hacerse: tal es el verdadero principio. El art. 1903 aplica este principio cuando hay una convención expresa en cuanto al tiempo y lugar. ¿Por qué no aplicarlo cuando hay una convención tácita? Pues si el préstamo siempre implica un plazo, ya sea tácito ó expreso, ¿qué importa? Si no hay convención en cuanto al tiempo el juez decidirá según las circunstancias de la causa, dice el art. 1900; y si no hay convenio relativo al lugar el pago debe hacerse en el domicilio del deudor, según el art. 1247; hay, pues, siempre un tiempo y un lugar convenidos. En el derecho antiguo se tenía una decisión más práctica y más equitativa: se consideraba el tiempo de la demanda de restitución hecha por el prestamista; y aun hubiera sido más jurídico y más equitativo decidir que el tomador debe el valor cuando la sentencia, pues

es en este momento cuando el prestamista debe procurarse los granos que necesita. (1)

La disposición del art. 1903, contraria al derecho y á la equidad, se vuelve aun más inicua si se admite la interpretación de la mayor parte de los autores. En esta opinión el tomador no necesita invocar la imposibilidad en que se encuentre para devolver cosas en naturaleza; no las devuelve porque tal es su gusto. Esto es permitirle especular á expensas del prestamista en el caso en que la convención no fijó expresamente el tiempo y lugar de la restitución; si el precio de los granos ha bajado desde el día del contrato el tomador devolverá en naturaleza; si el precio subió pagará en el valor de cuando el préstamo. Denunciamos la consecuencia que deriva de la opinión general porque testifica contra esta misma opinión.

508. Se presentó una singular dificultad en la aplicación de los principios que acabamos de exponer. Préstamo de cien acciones del Ferrocarril del Norte con facultad para el tomador de disponer de ellas y con obligación de restituir las á los dieciocho días. La restitución no tuvo lugar en el plazo estipulado, 15 de Noviembre de 1847; en aquel momento las acciones se cuotizaban á 568 francos 75 céntimos. Después de haber en vano reclamado la restitución de las acciones por cartas el prestamista intentó una acción ante el juez el 23 de Agosto de 1848. El tomador le ofreció entonces 100 acciones al curso del día; el prestamista rehusó por razón de la depreciación que las acciones habían sufrido; sostuvo que el tomador debía reembolsarle el valor de las acciones en el plazo convenido; es decir, 568 francos 75 céntimos. ¿Era este el caso de aplicar el art. 1903? El tomador lo contestaba; la ley, decía, está hecha para el caso en que el tomador se encuentre en la imposibilidad de de-

1 Véase en diversos sentidos Troplong, núms. 287-296. Pothier, *Del préstamo para consumo*, núms. 40 y 41. Aubry y Rau, t. IV, p. 600, nota 5, pfo. 395 (4.ª edición).

volver la cosa en naturaleza, y en el caso el tomador ofrecía la restitución en naturaleza. El Tribunal del Sena ordenó la entrega de las acciones al prestamista en los ocho días de la notificación de la sentencia, y al curso del día de la entrega; pero considerando que el tomador había causado un perjuicio al prestamista no restituyéndole las acciones el día fijado por el convenio, lo condenó á pagar, á título de daños y perjuicios, la suma que formaba la diferencia entre el curso del 15 de Noviembre de 1847 y el del día en que haría la entrega.

En apelación la Corte condenó al tomador á restituir no las acciones al curso del día de la entrega con daños y perjuicios sino el valor de estas acciones al curso del 15 de Noviembre de 1847. El resultado era el mismo, pero el modo de restitución difería. Escuchemos los motivos que da la Corte. El tomador, dijo, debe devolver cosas de igual calidad, ¿qué es la calidad de una acción industrial? Las acciones no tienen otras calidades que las que les da el valor venal en el curso del día en que la restitución debe hacerse. De esto se sigue que el tomador está en la imposibilidad de devolver las acciones de misma calidad cuando el curso del día de la restitución real es diferente al curso del día de la restitución forzada. Luego en el caso el tomador se encontraba en la imposibilidad de devolver acciones de igual calidad; por lo tanto, debía devolver el valor al curso del día en que la restitución debía operarse; es decir, el 15 de Noviembre de 1847.

Recurso de casación. La Corte pronunció una sentencia de denegada decidiendo que la sentencia atacada había hecho justa aplicación de los arts. 1902, 1903 y 1904. (1) Esta decisión nos deja alguna duda. ¿Es verdad decir que la *calidad* de una acción consiste en el valor que tiene en el curso de la Bolsa? ¿No es esto confundir la *calidad* con el

1 Denegada, 3 de Junio de 1850 (Dalloz, 1850, 1, 201).

valor de la cosa? Todos los abarrotos tienen un valor variable de alza y baja tanto como las acciones; no hay, pues, á este respecto ninguna diferencia que hacer entre las acciones y los abarrotos. A decir verdad la calidad de una acción se confunde con su especie; cuando acciones del Norte se dan en préstamo el tomador debe devolver acciones del Norte; al hacerlo así devuelve lo que recibió, un valor variable por su naturaleza, pero no sucede así con los abarrotos. No se puede decir que si la acción baja el tomador está en la imposibilidad de devolverlas, puesto que no tiene la misma calidad, conserva su calidad de valor variable en manos del tomador, como la hubiera conservado en manos del prestamista si no hubiera habido préstamo. El prestamista no puede, pues, quejarse en caso de baja, pues la acción hubiera bajado igualmente si no la hubiera prestado. Pero la acción puede también subir; si sube, habrá que decirse, con la Corte de Casación, que no tiene la misma calidad; que la restitución no se puede hacer en naturaleza y que, por consiguiente, hay lugar á restitución en valor al curso del día en que la restitución debió operarse; si el tomador restituye el día fijado por el contrato el debate no tiene ningún interés, puesto que puede inmediatamente comprar acciones al curso del día con la suma que representa este curso. Esto prueba que la pretendida imposibilidad es una ficción. En el caso la restitución debía hacerse el 15 de Noviembre de 1847; se hizo dos años más tarde, puesto que la sentencia de la Corte de Apelación es del 29 de Noviembre de 1849. Suponemos que en este largo plazo las acciones hubiesen continuado á subir; ¿qué hubiera restituido el tomador en el sistema consagrado por la jurisprudencia? Hubiera dicho que no teniendo ya las acciones la misma cualidad se encontraba en la imposibilidad de restituirlas en naturaleza; por tanto, hubiera invocado el art. 1903 ofreciendo al prestamista el va-