

el deudor, acción que tiende á que el deudor esté obligado, aun por la fuerza, á entregar la cosa prestada. El caso se presentó ante la Corte de Colmar en un caso en que el préstamo interesaba también al prestamista. Este se negó á cumplir su promesa. La Corte lo condenó á ejecutarla. La decisión es muy justa, pero está mal formulada. La sentencia dice que se trata no de una obligación de hacer que se resuelve ordinariamente en daños y perjuicios sino de una obligación de entregar un local, lo que permite ordenar todas las medidas coercitivas necesarias para la ejecución de la obligación; en consecuencia, la Corte condenó al deudor á entregar el local, autorizando al acreedor á proceder por todas las vías de derecho. (1) No es exacto decir que toda obligación de hacer se resuelve necesariamente en daños y perjuicios; trasladamos acerca de este punto á lo que fué dicho en el título *De las Obligaciones* (t. XVI, núms. 197-201). Y tampoco es exacto decir que la obligación de entregar no es una obligación de hacer; lo que es verdad es que esta obligación puede ordinariamente ser ejecutada apesar del deudor, mientras que la mayor parte de las obligaciones de hacer exigen la intervención personal del deudor. Decimos *ordinariamente*, pues puede suceder que la cosa que el deudor se obligó á prestar no se encuentre ya en su poder; si la enajenó el acreedor no tiene acción contra el comprador, puesto que sólo tiene un derecho de crédito. En este caso la promesa de prestar no podrá tener ejecución forzada y se traducirá en daños y perjuicios.

1 Colmar, 8 de Mayo de 1845 (Dalloz, 1846, 2, 219).

CAPITULO II.

DEL PRESTAMO PARA USO Ó COMODATO.

SECCION I. De la naturaleza y condiciones del préstamo para uso.

455. "El préstamo para uso ó comodato es un contrato por el cual una de las partes entrega una cosa á otra para servirse de ella con cargo de devolverla después de haberla usado" (art. 1875). Es, pues, de la esencia del préstamo que aquel á quien se entrega la cosa la reciba para destinarla á cierto uso para el que le es prestada. Este uso es personal para el prestador en el sentido de que no puede ceder su derecho á un tercero; no tiene derecho en la cosa como el usufructuario ó usuario, sólo tiene derecho de cierto uso de la cosa, uso que determinó á las partes á contratar. El proyecto admitido por el Consejo de Estado agregaba: *para sus necesidades*; lo que indicaba la personalidad del contrato. El Tribunado propuso quitar estas palabras como inútiles, porque decían superabundantemente lo que ya estaba suficientemente expresado. (1)

Sin embargo, el art. 1879 dice que "los compromisos que se forman para el comodato pasan á los herederos del que

1 Observaciones del Tribunado, núm. 3 (Loché, t. VII, p. 273). Duvergier, *Del préstamo*, p. 12, núm. 15.

presta y á los herederos del que pide prestado." Esta es la aplicación del derecho común: estipulamos y prometemos para nosotros y para nuestros herederos. El art. 1122 agrega esta restricción: "á menos que lo contrario resulte de la naturaleza de la convención." ¿No debería colocarse al préstamo entre los contratos que son personales por naturaleza? Es seguro que los motivos que dan el Relator y el Orador del Tribunado para explicar el préstamo son todos personales. "Aquel, dice Boutteville, que consiente en prestar su cosa á un conciudadano, á un amigo, ejerce con él un acto de generosidad, de amistad ó de beneficencia:" estos son seguramente sentimientos personales. Albiisson invoca igualmente la beneficencia, la conmiseración, la bondad, la fidelidad. (1) Aun hay más: el objeto del contrato es casi siempre personal al prestador. ¿Son sus necesidades las de sus herederos? Esto puede suceder, pero seguramente es la excepción. La ley hace, al contrario, con la excepción la regla, y con la regla la excepción; el art. 1879 agrega: "Pero si sólo se prestó en consideración al prestador, y á él personalmente, entonces sus herederos no pueden continuar gozando de la cosa prestada." ¿Cuál es esta consideración al prestador? Es ó una liga de amistad que une á las partes ó la necesidad personal del prestador; cuestión de hecho cuya solución depende de la intención de las partes contratantes y de las circunstancias de la causa.

456. El préstamo es temporal; el art. 1875 dice que el prestador está obligado á devolver la cosa después de haberla usado. Pero, por su lado, el prestamista no puede recobrar la cosa prestada sino después del plazo convenido ó á falta de convenios después que la cosa haya servido al uso para el que fué pedido prestada (art. 1888). ¿No debe

1 Boutteville, Informe núm. 2 (Loché, t. VII, p. 279). Albiisson, Discurso núm. 2 (Loché, t. VII, p. 283).

concluirse de esto que el préstamo para uso es un contrato colateral, lo que haría aplicables los arts. 1184 y 1325? Nó; no se puede considerar como una obligación el derecho de uso que el prestador da al prestador, es más bien una condición de existencia del contrato.

En efecto, no hay préstamo si el prestador tiene el derecho de usar la cosa; darla con una mano y recogerla con otra, no es prestar; para que haya préstamo es necesario que la cosa se entregue al prestador con la intención de que se sirva de ella. Es la entrega hecha en vista de esto lo que constituye el contrato; y, una vez formado el contrato, el prestamista no tiene ya ninguna obligación que cumplir en virtud del comodato; el prestamista sólo queda obligado, luego el contrato es unilateral. Es, pues, impropio que el código hable de las obligaciones del prestamista en la sección III titulada: *De los compromisos del que presta para el uso*. Sólo está obligado por un hecho accidental en los casos prescriptos por los artículos 1890 y 1891, pero estas obligaciones, como lo diremos más adelante, no nacen del contrato mismo; luego no pueden tener por efecto hacerlo bilateral.

El principio de que el prestamista tiene el derecho de usar la cosa durante el tiempo convenido expresa ó tácitamente sirve para distinguir el comodato del precario. Se entiende por precario, dice Pothier, una convención por la que, á ruego vuestro, os doy una cosa para que la uséis mientras quiero permitirlo, con cargo de devolvérsela en cuanto la pida.

Se puede ver en Pothier las diferencias que existían en el derecho romano entre el precario y el comodato. En derecho francés es una simple modificación del préstamo; el prestamista puede reclamar la restitución de la cosa, ni siquiera invocar la necesidad que tuviera de ella; el plazo depende, pues, de su sola voluntad, mientras

que en el comodato el prestamista no puede recoger la cosa más que al concluir el plazo convenido. (1)

457. El art. 1876 arguye un carácter que distingue el préstamo para uso; éste es esencialmente gratuito. Si aquel que concede el uso de una cosa exige una prestación de la otra parte, ya no hay préstamo. Esto es otro contrato, ya sea un arrendamiento si la prestación consiste en dinero, ya un contrato nominado cuando la otra parte se obliga á dar ó hacer alguna cosa en compensación del uso que recibe. (2)

458. ¿Quién puede consentir un préstamo? Siendo el préstamo un contrato las partes deben tener la capacidad para obligarse. De esto resulta que los incapaces no pueden consentir un comodato. Esto es el derecho común. En la aplicación hay que distinguir entre el prestamista y el prestador; la diferencia es grande entre ambas partes contratantes: una se priva del goce de la cosa para conferírsela al prestador, mientras que éste obtiene una ventaja puramente gratuita. No siendo la situación la misma su capacidad debe también ser diferente.

El préstamo es una liberalidad, pero la liberalidad no versa más que en el uso de la cosa, y este uso no es un desmembramiento de la propiedad, es un derecho de crédito. De esto se sigue que el préstamo no es un acto de disposición. ¿Debe concluirse de esto que es un acto de administración? Así se enseña. (3) Creemos que la consecuencia no es jurídica. La administración se hace por interés del que administra; por esto es que la ley permite á incapaces hacer actos de administración; tales son los menores emancipados y las mujeres separadas de bienes. El legislador supone que girarán bien sus propios negocios, puesto que tie-

1 Pothier, *Del préstamo para uso*, núms. 87 y 88.

2 Pothier, *Del préstamo para uso*, núm. 3.

3 Pont, *De los contratos en pequeño*, t. I, p. 24, núm. 54.

nen interés en ello. No puede decirse otro tanto del préstamo: como todo donante el prestamista pierde, y perder no es administrar. Y desde que el comodato sobrepasa el poder de administración los incapaces que sólo tienen este poder no lo pueden consentir. Con más razón los administradores de bienes ajenos, tales como los tutores, el marido, no pueden dar en préstamo las cosas muebles ó inmuebles que pertenecen á aquellos cuyos bienes giran; dar, cualquiera que sea la donación, no es administrar. (1)

En cuanto á los incapaces propiamente dichos los menores no emancipados, los entredichos, las mujeres casadas bajo otro régimen que la separación de bienes, no pueden prestar porque tienen una incapacidad general para contratar. Siguese de esto que el préstamo que hicieran sería nulo. La nulidad es relativa por aplicación de los principios relativos á las actas hechas por los incapaces y la nulidad que resulta de ellas (art. 1125). (2)

459. ¿Los incapaces pueden prestar? Por el comodato reciben una ventaja gratuita; bajo este aspecto mejoran su posición; pero, por otro lado, se obligan á cuidar de la conservación de la cosa prestada con los cuidados de un buen padre de familia; si faltan á su obligación son responsables; por tanto, no pueden recibir un préstamo. ¿Esto quiere decir que deban restituir la cosa prestada sin haberla usado? El incapaz sólo puede oponer su incapacidad; puede, pues, usar de la cosa hasta la expiración del plazo convenido. ¿Será responsable de la pérdida por no haber conservado la cosa como buen padre de familia? Nó, pues no está obligado como prestador; no responde, pues, más que de su dolo en virtud del art. 1310. (3)

1 Compárese en diversos sentidos Durantón, t. XVII, p. 576, núm. 510. Duvergier, *Del préstamo*, p. 52, núms. 46 y 47.

2 Durantón, t. XVII, p. 575, núm. 509. Mourlón, t. III, p. 372, núm. 936. Duvergier, *Del préstamo*, p. 50, núm. 45.

3 Duvergier, *Del préstamo*, p. 47, núms. 38-40.

460. ¿Qué cosas pueden ser objeto del comodato? El artículo 1878 contesta: "Todo cuanto está en el comercio y que no se consume por el uso puede ser objeto de esta convención." Es necesario que la cosa esté en el comercio; esto es la aplicación del principio establecido por el art. 1128: "Sólo las cosas que están en el comercio pueden ser objeto de convenciones." Transladamos á lo que fué dicho acerca de esta regla en el título *De las Obligaciones*. El art. 1878 exige también que la cosa no se consuma por el uso; en efecto, es de la esencia del comodato que el prestador se obligue á devolver la cosa después de haberla usado; y cuando la cosa es consumible no puede servirse de ella sin consumirla, lo que lo pone en la imposibilidad de devolverla. Esto resulta también del art. 1877, que consagra otro carácter igualmente esencial del préstamo para uso: "El prestamista permanece propietario de la cosa prestada." Y si la cosa fuera consumible el prestador se volvería necesariamente propietario, puesto que tendría el derecho de consumirla; es decir, de destruirla, y el propietario sólo tiene este derecho. Sin embargo, el principio de que el comodato no puede tener por objeto cosas consumibles recibe una excepción, como lo hemos dicho más atrás (núm. 451); es inútil citar los ejemplos que dan los autores, son ejemplos de escuela. Transladémonos á Pothier. (1) El art. 1878, tomado de Pothier, está concebido en los términos más generales; se aplica, pues, á todas las cosas consumibles, siempre que estén en el comercio. Ordinariamente son las cosas muebles las que forman el objeto de este contrato; no obstante, los inmuebles pueden también ser prestados. Pothier lo hace notar y ya hemos visto un ejemplo tomado en la jurisprudencia (núm. 454).

461. ¿Debe el prestamista ser propietario de la cosa que

1 Pothier, *Del préstamo para uso*, núm. 17. Pont, *De los contratos en pequeño*, t. I, p. 18, núm. 39.

presta? NÓ, las leyes romanas dicen, y Pothier repite, que si un ladrón presta la cosa robada es un verdadero contrato de préstamo que obliga á quien fué prestada á devolverse-la al ladrón; entre las partes el préstamo produce todos sus efectos. Se entiende que el propietario podría reivindicar la cosa contra el prestamista; es uno de estos casos en los que la ley admite la reivindicación de las cosas muebles (art. 2279). (1)

462. El Código no contiene ninguna disposición acerca de la prueba del comodato; en el silencio de la ley se aplican los principios generales establecidos en el título *De las Obligaciones*. Resulta que el prestamista no puede probar el préstamo por testigos cuando la cosa prestada tiene un valor de más de 150 francos, á no ser que tenga un principio de prueba por escrito ó que el préstamo se haya hecho en circunstancias en las cuales no se podían hacer actas por escrito (arts. 1341-1347 y 1348, núm. 3). En el derecho antiguo la cuestión estaba controvertida aunque no había la menor duda; por eso Pothier no menciona siquiera la controversia, se limita á aplicar la ordenanza de 1667 al préstamo, como se aplicaba según su terminante disposición al depósito.

Sin embargo, la Corte de Colmar admitió la prueba testimonial del préstamo de un inmueble. No valdría la pena mencionar la sentencia muy antigua si Troplong no hubiera juzgado conveniente emprender su defensa cuando todos los autores la critican y la repudian. La Corte dice que el legislador que prohíbe la prueba por testigos del depósito voluntario (art. 1341) no la prohíbe en el caso del préstamo para uso, sin duda porque consideró la facilidad de confiar algo á un amigo que os la pide como un hecho más bien que como una convención. ¿Que personas ajenas á nuestra ciencia razonen así esto se entiende en rigor, pero

1 Pothier, *Del préstamo para uso*, núm. 18.

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