

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

464. Pothier agrega una excepción á la regla: "á no ser que el prestador tenga justo motivo de creer que el prestamista lo consintiera si lo supiese." Los autores del Código, que siguen á su guía paso á paso en esta materia, no han reproducido esta excepción. Esto es indicar con claridad que no quisieron consagrarla. Y bajo el punto de vista de los principios tuvieron razón en desecharla. No puede haber préstamo sin consentimiento del prestamista, y éste debe consentir en todas las cláusulas, en todas las modalidades de la convención; y el modo de usar la cosa y el tiempo durante el cual el prestador puede usar de ella son elementos substanciales del contrato. De esto se sigue que si el prestamista no consintió en el uso que el prestador quiere hacer de la cosa éste está sin derecho, puesto que está fuera de lo convenido. También está sin derecho cuando quiere prorrogar el uso de la cosa más allá del tiempo para el que le fué concedido. En vano dice Pothier que el prestador debe tener un justo motivo de creer que el prestamista lo consentiría si lo supiera. Esto es un presunto consentimiento, y el consentimiento no se presume; puede ser tácito, pero es necesario que haya un hecho que implique necesariamente la voluntad de consentir; y Pothier no supone ningún hecho; no hay, pues, ningún consentimiento, ni tácito ni expreso; por consiguiente, no hay convención y el prestador está sin derecho.

El ejemplo que da Pothier confirma nuestro modo de ver: "Si alguien me prestó un caballo en Orleans para ir á Beaugency no puedo servirme de él para ir más lejos. Pero si llegando á Beaugency me sucede algo que me obliga á ir más lejos, *sin que pudiera preverlo* cuando empresté el caballo, y que las relaciones de amistad que tengo con el prestamista y el conocimiento que tengo de su bondad me dan lugar á persuadirme de que no me hubiera negado su caballo para ir más lejos, puedo lícitamente servirme del

animal hasta el punto á que me obligan ir las circunstancias imprevistas." Así se trata de prorrogar el préstamo primitivo; esto es una derogación del contrato, lo que basta para desechar, en derecho, la opinión de Pothier. Un contrato no puede prorrogarse sin un concurso de voluntades, y Pothier no cita ningún hecho del que pueda inducirse el consentimiento del prestamista, sólo invoca unas presunciones para establecer no que el prestamista ha consentido sino que lo hubiera hecho si hubiera sabido que necesitaba del caballo. Esta es una de esas decisiones de equidad que se encuentran muchas en los tratados de Pothier; se las debe desechar cuando son contrarias á los principios.

Los autores modernos están divididos. Durantón critica la opinión de Pothier, así como Pont. (1) Duvergier y Troplong la aprueban; Troplong con malas razones. El Código, dice este autor, es el *sitio* de la *equidad*; sí cuando habló, pero nó cuando el intérprete hace decir á la ley lo que ésta no dice y que condenan los principios. Se dice que esta es la decisión de Pomponius. ¿Y qué nos importa? Habrá que probar que Pomponius tiene razón. El intérprete, continúa Troplong, puede apreciar la intención de las partes contratantes. Sin duda, pero no puede suponer un consentimiento que no han dado. Duvergier supone que, en la *común intención* de las partes, el término del viaje indicado nada tenía de preciso; en este caso el juez puede admitir que el prestamista ha consentido, porque es seguro que no hubiera titubeado en dar su consentimiento. (2) Esta no es enteramente la hipótesis de Pothier; en el ejemplo que él da ninguna duda había acerca de la intención de las partes cuando el contrato; el término estaba fijado y sucedió al prestador una cosa imprevista, lo que excluye

1 Durantón, t. XVII, p. 582, núm. 518. Pont, t. I, p. 33, núm. 70.

2 Troplong, *Del préstamo*, núm. 98. Duvergier, *Del préstamo*, ps. 83 y siguientes, núm. 84.

todo consentimiento tácito, toda interpretación de voluntad de las partes contratantes.

La cuestión que divide á los autores es muy importante; si el uso del prestador es lícito no responde del caso fortuito; mientras que responde de él si el uso es ilícito. Volveremos á este punto.

465. "Si para usar de la cosa el prestador hizo algunos gastos no los puede repetir" (art. 1886). Es natural que el prestamista no esté obligado á los gastos que hace el prestador por razón del uso que hace de la cosa; el préstamo es gratuito; es, pues, necesario que el servicio que presta el prestamista no le ocasione una pérdida obligándole á gastos que sólo aprovechan al prestador. Por ejemplo, dice Pothier, si os he prestado mi caballo para hacer un viaje estáis obligado á mantenerlo y herrarlo á vuestras expensas, siendo estos gastos ordinariamente un cargo del goce que tenéis. El principio es, pues, que el prestador queda obligado á los gastos ordinarios, que son un cargo natural del servicio que el prestador saca de la cosa prestada. (2) Diremos más adelante que el prestador debe sufrir los gastos extraordinarios.

Núm. 2. Del uso ilícito.

466. El uso que el prestador hace de la cosa es ilegítimo cuando emplea la cosa en otro uso que el determinado por la naturaleza ó la convención, ó por un tiempo más largo del que debía (arts. 1880 y 1881). ¿Cuáles son las consecuencias que resultan de esto? El Código las determina; no se pueden, pues, admitir otras además de las que resultan del texto de la ley. 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, bajo pe-

1 Pothier, *Del préstamo para uso*, núm. 81.

na de daños y perjuicios, si há lugar. Esta es la aplicación de los principios generales de derecho; desde que el deudor falta á sus compromisos tiene que reparar el perjuicio que sufre el acreedor. La ley dice: "*si há lugar*;" esto quiere decir: si las condiciones requeridas para que se deban daños y perjuicios están llenadas. Es necesario que la inejecución de los compromisos sea imputable al deudor; es decir, que tenga la culpa; y la inejecución debe haber causado un perjuicio al acreedor, pues sin perjuicio no puede haber daños y perjuicios. Traducimos á lo dicho acerca del principio en el título *De las Obligaciones*.

El art. 1880 no habla en términos expresos del caso en que el prestador se sirvió de la cosa durante un tiempo más largo de lo convenido; pero el art. 1881, que prevee este caso, lo pone en la misma línea que el empleo de la cosa en otro uso, y declara, en consecuencia, al prestador responsable del caso fortuito. ¿Por qué está obligado al caso fortuito? Porque tiene culpa; y desde que la tiene debe daños y perjuicios, si hay lugar.

467. Si el prestador falta á sus compromisos sin causar un daño al prestador no puede éste reclamar daños y perjuicios. ¿Puede pedir la resolución del contrato? Se enseña la afirmativa. (1) Hemos decidido la cuestión en sentido contrario en el título *De las Obligaciones*. El art. 1184 no establece la condición resolutoria tácita más que en los contratos sinalagmáticos, y el préstamo es un contrato unilateral; esto es decisivo. Se invoca la equidad y el interés del prestador; si el prestador se sirve de la cosa en otro uso que el destinado, este uso no está sin inconvenientes aunque no cause actualmente ningún daño al prestamista. ¿Tendrá éste que esperar que el mal esté consumado para optar? Contestamos que esta consideración se dirige al legislador, quien hubiera debido preveerla, pero no lo hizo.

1 Duvergier, *Del préstamo*, p. 69, núm. 54.

468. En el derecho antiguo se admitía que el prestador era culpable de robo cuando se servía de la cosa prestada en otro uso que aquel para el que la había recibido. Esta era la doctrina de los juriconsultos romanos. Pothier la sigue. «El prestador, dice, no comete en verdad un robo de la cosa misma que le fué prestada, pero roba el uso de esta cosa, pues el robo puede recaer en el uso de la cosa como en la cosa misma.» (1) Ya no sucede lo mismo en nuestro derecho moderno; el Código Penal no conoce el robo de uso. Se ha pretendido que había abuso de confianza en el caso en que el prestador vendía la cosa prestada. Seguramente hay abuso de confianza moral, pero legalmente no lo hay. La Corte de Casación lo sentenció así en cámaras reunidas. (2) Creemos inútil entrar en este debate, puesto que nuestro Código Penal (art. 491) ha modificado á este respecto el Código Penal de 1810 (art. 408) al extender al préstamo la definición del abuso de confianza que sólo se aplicaba al depósito; la moral debe aplaudir por este cambio, pues el prestador que recibe un beneficio es aun más culpable cuando falta á sus obligaciones que el depositario que presta un servicio.

469. El art. 1881 dice: «Si el prestador emplea la cosa en otro uso ó por un tiempo más largo que debiera, estará obligado por la pérdida, aun sucedida por el caso fortuito.» En principio el deudor no está obligado por el caso fortuito más que cuando está apremiado (art. 1302); y sólo lo está en virtud de una notificación, en virtud de la convención ó en virtud de la ley. Se pregunta si en los casos previstos por el art. 1881 el prestamista debe apremiar al prestador para que esté obligado al caso fortuito. El texto contesta á la cuestión: no exige el apremio. Si en regla ge-

1 Pothier, *Del préstamo para uso*, núm. 22.

2 Denegada, 17 de Marzo de 1841 (Dalloz, en la palabra *Abuso de confianza*, núm. 28).

neral la ley quiere que el deudor esté apremiado es porque el simple retardo que pone el deudor en cumplir sus obligaciones no prueba que haya resultado un daño para el acreedor. Y en los casos previstos por el art. 1881 no se trata de retardo; el prestador viola sus compromisos; tiene culpa por esto sólo: que emplea la cosa en otro uso; esto es tan cierto que en el derecho antiguo este hecho constituía un delito; si ya no hay delito criminal hay cuando menos un delito moral, y no se concibe que se apremie al autor de un delito. El ladrón está apremiado de plano, debe suceder lo mismo con el prestador que cometió una falta; los principios del apremio no son aplicables en este caso.

470. Durantón dice que el prestador que emplea la cosa por más tiempo que el fijado por el préstamo puede fácilmente ser considerado como haber tácitamente consentido en tomar por su cuenta los riesgos sobrevenidos durante el uso excedente. (1) Habría que decir otro tanto del prestador que emplea la cosa en otro uso. (2) En nuestro concepto esto es sobrepasar el rigor de la ley; ésta no dice que el prestador que hace un uso abusivo de la cosa se considera como encargarse de los casos fortuitos, dice sólo que será responsable de la pérdida sucedida aun por caso fortuito. La diferencia es grande entre el principio establecido por el art. 1881 y el principio que Durantón le substituye. En la teoría del Código el prestador responde del caso fortuito porque tiene culpa; lo que implica que en la mente del legislador el caso fortuito sucedió por su culpa; de esto se sigue que si el prestador prueba que el caso fortuito no fué por su culpa no hay lugar á aplicar la responsabilidad del art. 1881. Si, al contrario, el prestador aceptara el cargo del caso fortuito por sólo el hecho del abuso

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. III, p. 378, núm. 950, da los motivos en pró y en contra. Véanse las citaciones en Pont. t. I, p. 38, núm. 82.

2 Durantón, t. XVII, p. 586, núm. 520.

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. 36, 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. Transladamos 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