

dió lugar al accidente, al que no hubiera sido expuesta la cosa prestada sin esto. Me habéis prestado vuestro caballo para hacer un viaje, me atacan unos ladrones y lo matan ó se lo llevan. ¿Se pregunta si en este caso el prestador debe indemnizar al prestamista por esta pérdida, aunque el accidente haya sucedido sin ninguna culpa mía? Los juriconsultos romanos, y con ellos Pothier, deciden que el prestador no es responsable; la razón es muy sencilla: es que el deudor de un cuerpo cierto que ha cumplido con las obligaciones que le incumben de conservar la cosa, queda libertado por el caso fortuito, del que no responde, puesto que no le es imputable. Pothier agrega otro motivo que se reproduce generalmente: es que las cosas están á riesgos de quienes pertenecen; luego en el caso la cosa prestada debe estar á riesgo del prestamista, que permanece propietario de la cosa. Hemos dicho amenudo que la máxima *res perit domino* no recibe aplicación cuando la cosa que perece es objeto de una obligación; debe verse entonces si aquel que posee la cosa responde ó no de la pérdida. Vamos á ver que el prestador responde de la pérdida cuando hay una culpa que reprocharle; no es, pues, exacto decir que la cosa perece para el prestamista porque es propietario; en los casos previstos por los arts. 1881-1883 la cosa perece para el prestador aunque no sea propietario, no perece para el prestamista aunque sea propietario.

Los autores de derecho natural han combatido la solución de las leyes romanas. No entraremos en esta discusión que sólo es un debate de escuela. Hay, sin embargo, una objeción á la que debe contestarse porque se relaciona á un principio de derecho. No es justo, se dice, que el beneficio se vuelva contra el bienhechor y le cause un perjuicio; se concluye de esto que los riesgos á que da lugar al préstamo, y que el prestamista no hubiera tenido si no hubiera prestado la cosa, debén ser sufridos por el prestador que

recibe un beneficio; en cuanto al prestamista nada debe sufrir por el servicio que presta. Pothier contesta que el servicio prestado sólo fue la ocasión de la pérdida que sufre el prestamista; el préstamo no es la causa del daño que sufre, es el caso fortuito; debe, pues, verse si la justicia permite declarar al prestador responsable del caso fortuito; y todos los principios protestan contra semejante doctrina. Pothier invoca también la máxima que acabamos de apartar; la cosa prestada, dice, no dejando de pertenecer al prestamista, no deja de estar á sus riesgos. Es más exacto decir que habiendo el prestador cumplido con sus obligaciones fuera de toda injusticia hacerlo responsable de un accidente que no le es imputable: no puede haber responsabilidad donde no hay culpa.

Esta es la opinión general (1) y la jurisprudencia se pronunció en este sentido. Un cultivador presta á otro tres caballos y una carreta; uno de los caballos muere durante el curso del préstamo; constaba que había muerto de muermo; pero el prestamista sostuvo que el prestador era responsable porque no había cuidado, como un buen padre de familia, de la conservación de los caballos. La Corte examina el reproche en particular. No está justificado, dice, que el prestador haya empleado los caballos en otros trabajos que los que habitualmente desempeñaran; que si los caballos han conducido piedra en el camino real nada hay en esto de insólito, puesto que semejante acarreo se hace diariamente por los caballos de las haciendas. El trabajo que se les hacía efectuar no era excesivo y el prestador alimentaba además los caballos prestados como alimentaba á los suyos. Se decía por el prestador que el prestador había dejado á los caballos pernoctar en el campo; la Corte contesta que

1 Pothier, *Del préstamo para uso*, núm. 55. Durantón, t. XVII, p. 584, número 519 y todos los autores (véanse las citaciones en Pont, t. I, p. 81, número 68).

lo mismo había pasado con los caballos del prestador y que los habitantes del campo tienen generalmente la costumbre de hacerlo así en la buena temporada. Es verdad que los caballos prestados habían continuado pernoctando en el campo durante el frío; este hecho era el único que aparentase una culpa. La Corte contesta que el prestador era de excusarse por no haberlos puesto en la caballeriza, porque se sospechaba que tenían muermo; los posaderos se habían negado á recibirlos por temor del contagio; no era, pues, un descuido que se le pudiera imputar como una culpa. (1)

473. La Corte de Rennes en el caso que acabamos de relatar examina con cuidado si hay una culpa que reprochar al prestador en el caso en que la cosa llega á perecer. Tal es el verdadero terreno del debate. Cuando el Código declara al prestador responsable por la pérdida de la cosa es porque tiene la culpa. Hemos dicho más atrás que así sucede cuando el prestador hace un uso ilegítimo de la cosa (núms. 469-470). Lo mismo pasa en el caso en que se puede reprochar al prestador no haber cuidado de la conservación de la cosa como un buen padre de familia. Es así como Pothier sienta el principio: «El prestador es responsable de la pérdida ó del destrozo de la cosa, aunque sucedida por un accidente de fuerza mayor, cuando por su culpa ocasionó el accidente.» El art. 1882 previene dos casos en los que el prestador está declarado con culpa por la ley.

La cosa prestada perece por un caso fortuito del que el prestador hubiera podido garantizarla empleando la cosa propia; está obligado por la pérdida fortuita. Para que haya lugar á la responsabilidad es necesario que el prestador posea una cosa de la que podía haberse servido y,

1 Rennes 3 de Diciembre de 1813 (Daloz, en la palabra *Préstamo*, número 94).

no obstante, pidió otra prestada; si ambas cosas le eran necesarias, dos caballos por ejemplo, no es responsable cuando emplea el que le prestaron; pero si sólo empleó uno de los dos, y que se haya servido del caballo prestado en lugar de emplear el suyo, es culpable de una falta grave; esto es un uso ilegítimo, á decir verdad, pues cuando se pide prestado es porque se necesita, como lo decía el proyecto del Código; esto supone que el prestador no tiene cosa que le pertenezca y de la que pueda servirse; si la tiene y en lugar de emplearla se sirve de la cosa ajena abusa del préstamo; expone la cosa sin derecho, con riesgo de que perezca; debe, pues, responder por la pérdida. (1)

474. «Si el prestador, no pudiendo conservar más que una de las cosas, la que le prestaron ó la que le pertenece, prefirió la suya, es responsable de la pérdida de la otra» (art. 1882). Se supone que ambas cosas están en el riesgo de perecer por un accidente, tal como un incendio, una inundación; el prestador no puede salvar las dos; salva la suya y deja que perezca la cosa prestada. La ley considera esta preferencia como una culpa. ¿Cuál es la razón? Pothier dice, y la mayor parte de los autores repiten, que esto es una consecuencia de la culpa por la que el prestador es responsable; se obligó á vender exactamente las cosas que le fueron prestadas, dice Pothier; queda obligado por la más ligera culpa, dice Durantón. (2) Esta explicación es inadmisibles bajo el imperio del Código Civil, pues pone el art. 1882 en oposición con el art. 1880; la ley bien claramente dice en el art. 1880 que el prestador no está obligado más que por la culpa leve. ¿Cómo lo haría responsable por la más leve culpa en el art. 1882? Duvergier comprendió que la explicación era insuficiente; dice con Barbey-

1 Compárese Pothier, *Del préstamo para uso*, núm. 59. Pont, t. I, p. 41, número 93.

2 Pothier, *Del préstamo para uso*, núm. 56. Durantón, t. XVII, p. 590, número 526. Duvergier, *Del préstamo*, p. 94.

rac que la disposición es contraria á los principios. «Si el cuidado de nuestro propio bien ó de nuestros negocios se encuentra en competencia con el cuidado del bien ó de los negocios ajenos de modo que no se pueda atender á uno y otro, es natural que el primero prevalezca, pudiendo cada cual *en iguales circunstancias* pensar para sí más bien que para los demás.» Sí, *en igualdad de circunstancias*; ¿pero es este el caso en el que se encuentra el prestador que deja perecer la cosa prestada y salva la suya? ¿No tiene un deber de gratitud que cumplir con el que le preste un servicio gratuito? ¿El más sencillo sentimiento de delicadeza no debe prevalecer para que prefiera la cosa prestada á la suya? Su calidad de prestador restringe el derecho que tiene como propietario, debe pensar en el beneficio recibido antes de pensar en su interés; y si prefiere éste comete una falta; esto no es obrar como un buen padre de familia, tomando esta expresión en su sentido moral; y aquí debe hacerse así, puesto que hay un beneficio en causa. ¿Se dirá que esto es una culpa muy leve? Bajo el punto de vista de la delicadeza es, al contrario, una culpa pesada; y en el caso el legislador debió tener en cuenta la delicadeza. (1)

Queda una dificultad. Pothier supone que las cosas que pertenecían al prestador eran más preciosas que las que le fueron prestadas; ¿será no obstante responsable si salva con preferencia las que tienen más valor? Pothier mantiene la responsabilidad por aplicación del principio de que el prestador está obligado á dar á la conservación de la cosa todo el cuidado posible, sólo lo libera el caso fortuito; ¿y hay fuerza mayor cuando el prestador hubiera podido salvar la cosa prestada y no lo hizo? Esta decisión nos parece dudosa, según los principios del derecho moderno. El Código no conoce la más ligera culpa, sólo exige al prestador los cuidados de un buen padre de familia; esto es

1 Troplong trata esta cuestión en excelentes términos (núms. 113-116).

ya interpretar la ley demasiado severamente el comprender en estos cuidados los deberes de delicadeza. ¿No es exagerar el hacer responsable al prestador cuando salva una cosa preciosa que le pertenece con preferencia á una cosa prestada que tiene menos valor? Sin duda se admiraría el sacrificio, ¿pero no prueba esto mismo que se está fuera del derecho común? Si se debe tener en cuenta el sentimiento en esta materia no hay que olvidar que la decisión del juez debe apoyarse en el derecho; y nuestro derecho no exige del deudor los cuidados de un padre de familia ideal, sólo le pide los cuidados de un buen padre de familia. La distinción de las culpas tiene aquí un interés particular. La culpa de la que se pretende hacer responsable al prestador sería una culpa muy leve y la ley no lo declara responsable más que por la culpa leve. (1)

475. «Si la cosa fué valuada al prestarla la pérdida que suceda, aun por caso fortuito, es para el prestador si no hay convención contraria» (art. 1883). Se dice ordinariamente que la estimación vale venta, y en la venta los riesgos son para el comprador. El art. 1883 prueba lo que además enseñan los principios, que la máxima que asimila la estimación á la venta es falsa si se toma en sentido absoluto; es evidente que el avalúo dado á una cosa prestada no puede ser una venta y transferir la propiedad al prestador, puesto que es de la esencia del préstamo para uso que el prestamista permanece propietario de la cosa prestada (art. 1877). La estimación tiene, pues, otro sentido. Puede tener por objeto valuar los daños y perjuicios de que será responsable el prestador en el caso en que la cosa pereciera por su culpa; puede también tener por objeto hacer responsable al prestador por el caso fortuito. Los autores del Có-

1 Durantón, t. XVII, p. 591, núm. 527. Duvergier, p. 97, núm. 68. En sentido contrario Troplong, núm. 117. Pont, t. I, p. 42, núm. 95.
P. de D. TOMO XXVI—67

digo han preferido esta última interpretación, salvo convención contraria. Esta es la interpretación de las leyes romanas; nos parece un poco sutil. Se dice que si el prestamista entrega la cosa al prestador por avalúo es porque entiende que el prestador no está obligado á todo evento á devolver la cosa prestada ó el precio; de modo que en el caso en que el prestador no podría devolverla por haber perecido ó haberse perdido por algún caso fortuito, tendría que devolver la suma en que fué valuada. (1) Esto es una interpretación jurídica, y las partes contratantes no son jurisconsultos.

476. «Si varias personas han conjuntamente tomado la cosa son responsables solidariamente hacia el prestamista» (art. 1887). Esta es aun la decisión de las leyes romanas, adoptada por Pothier y consagrada por el Código. Ulpién supone el préstamo de un coche hecho á dos personas para que hicieran un viaje. El jurisconsulto decide que el prestamista tiene una acción solidaria contra cada uno de los que tomaron el coche, porque aunque cada uno de ellos no haya ocupado más que su lugar en el coche y no se haya servido de él sino por su parte, no es menos cierto que el prestamista ha entendido prestar su coche por entero á cada uno de ellos; por consiguiente, cada uno está obligado á la restitución del coche. (2) ¿Esta responsabilidad solidaria produce los efectos de la solidaridad ordinaria? Traducimos la cuestión al título *De las Obligaciones*, donde ha sido tratada (t. XVII, núms. 313-317).

Núm. 4. De la restitución de la cosa prestada.

477. El art. 1875, que define el préstamo para uso, dice que el tomador debe devolver la cosa después de haberse servido de ella. ¿Cuándo debe hacerse la restitución? El ar-

1 Pothier, *Del préstamo para uso*, núm. 62, seguido de Ulpién.

2 Pothier, *Del préstamo para uso*, núm. 65.

título 1888 contesta que el prestamista no puede retirar la cosa prestada sino después de vencido el plazo convenido ó, á falta de convención, después de que haya servido al uso para el que fué pedido prestada. «El plazo pone fin al contrato de plano en virtud de la voluntad de las partes contratantes.» Pothier agrega una templanza de equidad. Si, dice, después de la expiración del plazo el prestador tuviera necesidad de servirse de la cosa que le fué prestada, por algunos días más, y que el prestamista no sufriera ningún perjuicio con el retardo, el prestamista debería dejársela. Agrega que apesar de que el prestamista sufriera algún perjuicio por el retardo, si el perjuicio que sufriría el prestador devolviendo la cosa desde luego fuera mucho más grande, también se debería dejarle la cosa, con cargo de indemnizar al prestamista por el perjuicio sufrido por el retardo. Los deberes de la amistad, dice Pothier, que determinaron al prestamista á hacer el préstamo exigen de él esta condescendencia. Estas templanzas, dice, entran muy evidentemente en el espíritu del contrato, que descansa en la benevolencia, para que no deban ser admitidas en nuestros días. (1) Sin duda que la equidad debe presidir á la interpretación de un contrato cuyo principio es la humanidad; pero la equidad no debe hacer olvidar el derecho, y éste es el que debe prevalecer cuando la equidad está en oposición con él. Tal es el caso en la hipótesis de Pothier. El préstamo concluye de plano con el plazo; ya no hay, pues, ninguna convención entre las partes. ¿Con qué derecho impondría el juez al prestamista la obligación de renovar el préstamo, pues es seguramente de una prórroga de lo que se trata? Aun hay más: Pothier obliga al prestador á indemnizar al prestamista por el perjuicio que le causa el préstamo prorrogado más allá del plazo. Esto ya no es un prés-

1 Pothier, *Del préstamo para uso*, núm. 23. Mourlón, t. III, p. 375, números 941 y 946. Pont, t. I, p. 50, núm. 111. Davergier, p. 131, núm. 95.

tamo, pues el prestador paga realmente el uso de la cosa, mientras que el comodato es esencialmente gratuito (artículo 1876). ¿Preguntamos con qué derecho los jueces crearían un contrato muy diferente entre las partes, apesar del prestamista, lo que debe suponerse? ¿Puede haber una convención sin consentimiento y puede el juez consentir por las partes?

478. Si la convención no estipula plazo hay un plazo tácito; la cosa fué entregada al prestador para que se sirva de ella, y el uso exige cierto tiempo. ¿Cuál es este tiempo? El Código dice que el prestamista puede reclamar la cosa sólo después de que haya servido al uso para el que fué prestada. Pothier es más exacto; dice: el tiempo *necesario* para el uso para el que la cosa fué prestada. (1) El prestador recibe la cosa por razón de la necesidad que de ella tiene; es, pues, necesario que la use desde luego con el fin de conciliar su derecho con el del prestamista. Si hay conflicto entre ambas partes acerca del tiempo necesario el juez fijará un plazo. El juez está también llamado á intervenir cuando el uso no está limitado por su naturaleza; una cueva, una caballeriza, un cuarto son susceptibles de un uso ilimitado; sin embargo, es seguro que, en la intención de las partes, el uso debe tener un límite; el juez lo decidirá. En el caso sentenciado por la Corte de Colmar que hemos relatado (núm. 454) el prestamista había ofrecido entregar un local sin determinar la duración del uso; la Corte sentenció que era imposible admitir que el compromiso fuese indefinido, ni que fuera subordinado á la voluntad del prestador; era, pues, necesario limitar la duración del préstamo en atención á la intención de las partes y á la naturaleza del compromiso. La Corte fijó la duración de la convención en dos años. (2)

1 Pothier, *Del préstamo para uso*, núm. 24.

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

479. «Sin embargo, si durante el plazo ó antes de que cese de servirse de la cosa el tomador, el juez puede, según las circunstancias, obligarlo á devolverla» (art. 1889). Es necesario que la necesidad del prestamista sea imprevista; si lo pudiera prever antes del contrato debía hacerlo objeto de una estipulación expresa; guardando silencio renuncia el derecho excepcional que le da el art. 1889. Es necesario, en segundo lugar, que la necesidad sea apremiante; es decir, que no pueda transferirse. ¿Cuándo es la necesidad apremiante? Esta es una cuestión de hecho que el juez decidirá. Cuando la necesidad sea imperiosa é imprevista el juez no está obligado á ordenar la restitución; la ley le da un poder discrecional; puede, según las circunstancias, obligar al tomador á devolver la cosa. Esto implica que el juez debe también tomar en consideración el derecho del tomador. La disposición del art. 1889 deroga su derecho: toda convención hace ley para las partes y para el juez; es necesario el concurso de voluntades para romper el contrato (art. 1134). Según este principio, que es fundamental, el tomador tendrá el derecho de guardar la cosa hasta el vencimiento del término expreso ó tácito para el cual ha sido prestada la cosa; la ley no da al prestamista el derecho de romper el contrato, solamente le permite pedir que se le devuelva la cosa; es el juez el que decide teniendo en cuenta el derecho del tomador y los intereses del prestamista.

El derecho es evidentemente del tomador. Se lee en la Exposición de los Motivos que la ley presume, cuando ocurre al prestamista una necesidad imprevista é imperiosa, la *condición tácita* de poder resolver el comodato y pedir que la cosa le sea devuelta. (1) Esto no es del todo exacto. Si la ley subentiende una condición resolutoria el prestamista tendría el derecho de exigir la restitución, y el juez debe-

1 Galli, Exposición de los motivos, núm. 6 (Leocré, t. VII, p. 276), seguido por Pont, t. I, p. 53, núms. 117 y 118. Compárese Pothier, *Préstamo para uso*, núm. 25.

¡No fallar realmente así cuando la necesidad del prestamista es imperiosa é imprevista. El art. 1889 no se expresa así: no habla de un derecho del tomador, da al juez un poder discrecional. En este punto la ley todavía es excepcional; el Orador del Gobierno recuerda el célebre aforismo de Bacón *Optimo lex quæ minimum relinquit arbitrio judicis*. Es en definitiva una disposición de equidad, y la equidad misma es contestable. ¿Permite la ley al donante retirar su donación si sufre la necesidad imperiosa é imprevista de la cosa dada? No lo autoriza á pedir la revocación ni aun cuando cae en la miseria. ¿Por qué sucedería de otra manera en materia de préstamo que también es una liberalidad? (1)

480. ¿Goza el tomador del derecho de retención? ¿Es decir, puede retener la cosa si el prestamista es su deudor en razón del préstamo, por ejemplo, del punto de gastos extraordinarios que hubiera hecho? El Código no se expresa de una manera positiva acerca de este punto; dice "que el tomador no puede retener la cosa por *compensación* de lo que el prestamista le debe" (art. 1885). Si la ley entiende hablar de la *compensación* propiamente dicha la disposición era inútil, pues que el art. 1293 ya había dicho que la *compensación* no tenía lugar en el caso de demanda en restitución del préstamo para uso. ¿Entiende hablar el art. 1885 del derecho de retención? (2) Entonces la expresión de *compensación* es inexacta. Es, pues, preciso hacer á un lado el texto para decidir la cuestión conforme á los principios. En nuestro concepto el tomador no tiene el derecho de restitución porque la ley no se lo da. Cuando quiere conceder este derecho lo dice. Así, conforme al art. 1948, "el depositario puede retener el depósito hasta el pago completo de lo que se le debe en razón del depósito." Se puede deducir del

1 Duranton, t. XVII, p. 602, núm. 545.

2 Esta es la opinión de M. Pont, t. I, p. 45, núm. 101.

silencio del Código en el título *Del Préstamo* que la intención del legislador no ha sido conceder al tomador el derecho que da al depositario. Es verdad que el silencio de la ley es en general un mal argumento. Pero es decisivo cuando se trata de una materia excepcional, y el derecho de retención es un derecho excepcional, al menos cuando se trata de contratos unilaterales; volveremos á este punto en el título *De los Privilegios*. La diferencia que resulta entre el tomador y el depositario se explica desde luego: uno recibe un servicio, mientras que el otro hace un servicio; la posición del depositario es, pues, más favorable que la del tomador. Observaremos aún que el tomador no podría reclamar el derecho de retención sino en razón del crédito que tiene contra el prestamista por haber conservado la cosa, y la ley ha vigilado sus intereses concediéndole un privilegio para garantía de su crédito; volveremos á este punto en el título *De las Hipotecas* (art. 2102, núm. 4 y Ley Hipotecaria, arts. 20-40). El depositario goza de la misma garantía cuando ha hecho gastos para la conservación, pero sus derechos son más extensos, como lo diremos en el título *Del Depósito*, y merece más favor; el privilegio no bastaría, pues, para asegurar sus derechos; hé aquí por qué la ley concede el derecho de retención que el texto no da al tomador. (1)

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

481. ¿Tiene obligaciones el prestamista? Esta cuestión, muy controvertida para el préstamo de consumo, no lo es ya para el préstamo para uso. Ya la hemos contestado (núm. 456). El préstamo es un contrato unilateral. Sin embargo, el Código contiene una sección intitulada: *De los compromisos del que presta para uso*. Pero las obligaciones de que habla ó no lo son propiamente dichas ó son, pero

1 Véase en diversos sentidos Pont, t. I, p. 46, núm. 103 y los autores que cita.