

¡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 (número 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.

no nacen del préstamo. Así el art. 1888 dispone que el prestamista no puede retirar la cosa prestada antes del vencimiento del término expreso ó tácito por el que se consintió el préstamo. Aquí no hay obligación del préstamo como ya lo hicimos notar (núm. 456). Esto es tan verdadero que el orden lógico de las ideas nos conduce á tratarlo en el título *De los compromisos del prestamista*. A decir verdad la única obligación que nace del préstamo es la de restituir la cosa prestada; no hay, pues, más que el tomador está obligado.

482. "Si en el curso del préstamo el tomador ha sido obligado á algún gasto extraordinario necesario y de tal modo urgente que no haya podido avisar al prestamista, éste será obligado al reembolso" (art. 1896). ¿Es esta una obligación que nace del préstamo? Nó, puesto que no es sino durante el curso del préstamo cuando el tomador se halla en la necesidad de hacer gastos de conservación. Resulta que el contrato se convierte por este accidente en contrato sinalagmático imperfecto; mala denominación, puesto que hace suponer que se forma un contrato bilateral, lo que no es, puesto que la obligación del prestamista no nace del contrato. Nos trasladamos á lo dicho en el título *De las Obligaciones*.

¿Cuándo el prestamista está obligado á gastos hechos por el tomador? Desde luego deben ser necesarios; la ley explica lo que entiende por esto: son los gastos que el tomador está obligado á hacer para la conservación de la cosa. Está obligado en el sentido de que debe vigilar como un buen padre de familia la conservación de la cosa prestada (art. 1880), y un buen padre de familia no deja perecer las cosas que le pertenecen, hace los gastos necesarios para su conservación: el tomador está, pues, obligado á hacerlos. Además, no basta que la conservación de la cosa exija un gasto para que el tomador tenga el derecho de hacerlo por

cuenta del prestamista; cuando hay que hacer un gasto necesario se advierte al propietario y es él quien decidirá si el gasto debe hacerse; podría suceder, en efecto, que no quisiera cargarse con este gasto porque para él el gasto sería mayor que la utilidad que tuviera, y el tomador no puede imponer al prestamista sacrificios que no quiere hacer éste. No hay excepción más que cuando el gasto es de tal modo urgente que el tomador no tuvo tiempo para prevenir al prestamista; en este caso el tomador está obligado á obrar por sí, á menos de dejar perecer la cosa, y no tiene el derecho de dejarla perecer, sólo el propietario tiene este derecho. ¿Hay urgencia? Esta es una cuestión de hecho que el juez decidirá según las circunstancias de la causa. Corresponde al tomador, que es el demandante, hacer la prueba.

483. El art. 1891 impone al prestamista la obligación de garantía en razón de los defectos ocultos de la cosa; está concebido así: "Cuando la cosa prestada tiene tales defectos que pueda causar un perjuicio al que la usa el prestamista es responsable si conocía los defectos y no los advirtió al tomador." ¿Esta es una obligación que nace del contrato de préstamo? El prestamista conocía los vicios de la cosa y sabe que éstos podrían causar un perjuicio al tomador; si no lo advierte se hace responsable del dolo; y toda persona responde de las consecuencias de su dolo, aun cuando fuera incapaz para obligarse; así el menor no emancipado puede decir la rescisión de las obligaciones que contrae sin estar lesionado, pero no es de restituirle contra su dolo (art. 1310). No se puede decir que la obligación que nace del dolo sea un compromiso que el prestamista contrae por el préstamo si no todos los contratos unilaterales serían bilaterales, no habría contrato unilateral.

¿Cuándo tiene el prestador que garantizar los defectos de las cosas? Su obligación es menos estrecha que la del ven-

dedor. Este debe garantía en virtud del contrato (art. 1603); mientras que el prestamista que hace una liberalidad no está obligado, en principio, á la garantía. Si está obligado á ello es á consecuencia de su dolo. Y para que haya dolo es necesaria la reunión de las circunstancias determinadas por el art. 1891. El prestamista debe conocer los defectos de las cosas; si los ignora ya no hay dolo, aunque puede haber culpa; pero la culpa no basta para comprometer la responsabilidad del prestamista; sólo el deudor está obligado por su culpa, y el prestamista no es deudor. Si el prestamista avisa al empréstador que la cosa tiene vicios obra de buena fe; por lo tanto, no es responsable; pero si conociéndolos no avisa al empréstador, hay culpa grave que la ley asimila al dolo.

¿Qué debe decidirse si los defectos son aparentes de modo que el empréstador pudo conocerlos? El vendedor no está obligado por estos vicios (art. 1642); con más razón no responde el prestamista, pues el vendedor debe garantía por la naturaleza de la venta, mientras que el prestamista no la debe. Se puede invocar en apoyo de esta decisión el artículo 1891. El prestamista no es responsable cuando avisa al empréstador los vicios que tiene la cosa; y los vicios aparentes son un aviso, siempre que, como lo hemos dicho, el empréstador haya podido convencerse él mismo; queda cuando menos advertido y el prestamista tiene justo motivo de creerlo así; desde luego no se le puede reprochar su mala fe, y sólo es por razón de su mala fe por lo que es responsable.

La Corte de Limoges lo sentenció así en el caso siguiente: (1) En la Exposición del Centro abierta en Limoges en 1858 un pintor expuso un cuadro, el que le fué devuelto averiado. De ahí una acción por daños y perjuicios contra

1 Limoges, 12 de Noviembre de 1859 (Dalloz, 1860, 2, 51). Pont, *De los contratos en pequeño*, t. I, p. 58, núm. 130.

la ciudad, que había ministrado el local. Para apreciar esta demanda era necesario, ante todo, determinar la naturaleza del contrato que había intervenido entre la ciudad y los exponentes, y el grado de responsabilidad que resultaba de él. Y en virtud del reglamento las plazas estaban ministradas gratuitamente, los gastos particulares de instalación eran solos á cargo de los exponentes. Al ministrar gratuitamente bajo ciertas condiciones para un uso y un tiempo determinado el local y construcciones apropiadas á un destino provisional, la ciudad de Limoges formaba con cada exponente un verdadero contrato de comodato. De esto se sigue que no tenía más que los compromisos de aquel que presta para uso. La consecuencia era importante para la ciudad, pues había lugar de aplicarle el art. 1891: no respondía por el daño causado á los exponentes más que si este daño resultaba, ya sea de su hecho personal ó de los defectos de la cosa prestada, si conociéndolos no los había advertido al empréstador. Y los deterioros que había sufrido el cuadro habían sido causados no por el hecho de la ciudad de Limoges ó sus empleados sino por la caída de un vidrio, cuyos fragmentos habían agujerado el lienzo en algunos lugares; quedaba probado por los documentos de la causa que este accidente había sido ocasionado por un ventarrón violento de una borrasca. Se decía por el demandante que una construcción fuerte hubiera sido capaz de resistir á la tempestad; y se inducía de esto que la caída de los vidrios había sido el resultado de la falta de solidez y de un vicio de construcción. La Corte responde que, admitiendo que estos hechos estuvieran probados, no resultaba de ellos ningún cargo para la ciudad, pues los exponentes habían aceptado con conocimiento de causa, á título de comodato, una construcción cuyos vicios, suponiendo que existieran, estaban bastante aparentes para no haberlos visto. Esto es precisamente para substraerse á la responsabi-

lidad que se pretendía imponerle como el alcalde de Limoges había expedido un decreto por el que, al hacer saber á los exponentes que se tomarían todas las medidas necesarias para preservar los objetos expuestos contra todas averías, agregaba que si apesar de estas precauciones llegaba á declararse un siniestro los daños y deterioros que pudieran resultar serían á cargo de los exponentes. Este decreto, conforme á los reglamentos de la exposición universal de 1855, había sido por todas las vías de publicidad llevado á conocimiento de los exponentes; la Corte concluyó que el decreto se había vuelto parte integrante del contrato y que formaba ley para las partes. Este último punto es el único que pueda contestarse; no basta que un decreto municipal esté publicado por vías de periódicos para que las disposiciones que contiene se hagan la ley de las partes contratantes; habría que probar que los exponentes las conocían, lo que era dudoso para muchos de ellos cuando menos. Pero este motivo era inútil para justificar la sentencia. El prestamista no responde del caso fortuito y, en el caso, quedaba probado que no había ninguna culpa que reprocharle, lo que era decisivo.

484. El Código no habla de los derechos del prestamista ni de las acciones que le pertenecen. En cuanto á sus derechos resultan de las obligaciones del prestador, puesto que toda obligación implica un derecho. El prestamista tiene dos acciones. Primera: la que nace del préstamo; es una acción personal que tiene por causa la obligación contraída por el prestador de restituir la cosa prestada. Tiene también la acción de reivindicación que nace del derecho de propiedad; suponiendo que sea propietario, conserva todos los derechos que confiere la propiedad (art. 1877); puede, pues, reivindicar la cosa prestada contra el prestador ó contra cualquier tercero.

Las dos acciones difieren grandemente, primero por su

naturaleza: siendo una personal no puede ser formada más que contra el prestador y sus herederos: la otra, real, se forma contra todo detentor de la cosa, si ésta es inmueble; si es mueble, el propietario bien tiene la acción de reivindicación, pero el poseedor de buena fe puede rechazarla por la excepción que le da el art. 2279, según el cual en asunto de muebles la posesión vale título, excepto cuando la cosa ha sido robada ó perdida. Volveremos á este principio en el título *De la Prescripción*.

La acción del préstamo difiere también de la acción de reivindicación por las pruebas que incumben al demandante. Si el prestador obra en virtud de un contrato sólo tiene una cosa que probar: la existencia del contrato. Esta prueba, muy fácil cuando las partes han hecho un escrito, puede ser imposible cuando no lo hay. El prestamista podrá entonces promover la reivindicación probando su derecho de propiedad, prueba muy difícil, como lo hemos dicho al tratar de la acción de reivindicación en el título *De la Propiedad*.

La duración de la acción difiere igualmente. La que nace del contrato de préstamo es una acción personal sometida á la prescripción general de treinta años (art. 2262). En cuanto á la acción de reivindicación hay que distinguir: si está intentada contra terceros dura también treinta años, á reserva de que el detentor oponga la prescripción de diez años á la instantánea que se admite en el art. 2279. Cuando el prestamista promueve la reivindicación contra el prestador ó sus sucesores universales la acción es imprescriptible en la opinión común, pues el prestador no puede prescribir, puesto que posee en virtud de un título precario. Volveremos á la cuestión en el título *De la Prescripción*. (1)

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. III, p. 381, núm. 960.