

mite adeudarse para gastos locos. La ley vigila que los empréstitos, si se hacen necesarios, se hagan con todas las garantías posibles; cuando se trata de un menor el consejo de familia debe autorizarlo, el tribunal debe homologar la deliberación del consejo; y la autorización no puede ser concedida más que por causa de absoluta necesidad ó de ventaja evidente (arts. 457-484). Es verdad que la ley tiene particularmente atención al préstamo hecho con interés, pero el préstamo gratuito presenta también peligros, pues siempre obliga al menor á devolver dinero que puede haber gastado inútilmente. El empréstito hecho en las formas prescriptas por la ley es nulo. Síguese de esto que el menor no contrae las obligaciones que resultan del préstamo; no responderá de la pérdida á no ser que fuese culpable de dolo. ¿Tendría que devolver la cosa? Como tomador no puesto que suponemos que el empréstito es nulo. El prestamista se encuentra, pues, en la enojosa situación de no poder reclamar la restitución de la cosa, sólo el tomador puede prevalecerse de la nulidad del préstamo; no habrá acción del préstamo si el menor le opone su incapacidad. La única acción que tenga es la de reivindicación, la que supone que la cosa está en poder del tomador. Cuando está enajenada no tendrá acción más que contra el tercer poseedor; contra el menor sólo tiene derecho de exigir la restitución del valor en tanto que el menor lo aprovechó. El prestamista se puso el mismo en esta situación por su imprudencia, debe sufrir las consecuencias de su falta. (1)

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

501. "En el préstamo de consumo el prestamista tiene la responsabilidad establecida por el art. 1891 para el préstamo para uso" (art. 1898). En el Consejo de Estado

1 Mourlón, t. III, p. 387, núm. 979. Pont, t. I, p. 74, núm. 168.

Tronchet ha sostenido que esta obligación derivaba del contrato de préstamo y que, por consiguiente, este contrato era bilateral. En realidad la obligación existe en cualquier contrato, porque esto es una consecuencia del principio de que cada uno responde de su dolo. En efecto, cuando la cosa prestada tiene tales defectos que pueda causar perjuicio al tomador, la buena fe ordena al prestamista avisar al tomador si los conoce, y la obligación de buena fe existe en todo contrato unilateral ó bilateral; si basta para hacer el contrato bilateral hay que borrar el art. 1103 del Código, pues ya no habría contrato unilateral.

La obligación de garantía que deriva de la buena fe, en el caso previsto por el art. 1891, puede volverse más estrecha en el préstamo de consumo que en el comodato. El préstamo puede hacerse á título oneroso; en este caso se debe aplicar el principio general en virtud del que se debe la garantía en los contratos onerosos: la garantía existe de derecho en ellos. Así, si el tomador fuera vencido en la cosa no sólo no hubiera préstamo, como en el comodato, sino que el prestamista tendría además que pagar daños y perjuicios, de los que no está obligado el prestamista en el comodato, que es esencialmente gratuito. Y si la cosa tuviere un vicio el prestamista debería la garantía aunque ignorase la existencia del vicio. Este es el derecho común en los contratos onerosos. (1)

502. El prestamista no puede recobrar las cosas prestadas antes del plazo convenido (art. 1899). Lo mismo pasa en el préstamo para uso (art. 1888); pero el art. 1899 agrega una restricción: "Si sobreviene al prestamista una necesidad inmediata, imprevista, de la cosa, el juez puede, según las circunstancias, obligar al tomador á devolvérsela." El artículo 1899 no contiene disposición análoga para el préstamo de consumo. ¿Qué debe inducirse del silencio de la ley?

1 Pont, *De los contratos en pequeño*, t. I, p. 76, núm. 173.

¿Puede aplicarse el art. 1889 por analogía? Nó, pues esto es una disposición contraria á los principios, deroga la ley del contrato; desde luego es de estricta interpretación. Queda por saber si hay una razón de la diferencia que resulta entre ambos préstamos. En el préstamo para uso el tomador no se vuelve propietario de la cosa, sólo puede servirse de ella y sólo él tiene este derecho, de modo que siempre debe tener la cosa á mano; el legislador podía, pues, por consideración de equidad, obligarlo á devolverla; luego mientras que, en el préstamo de consumo, el tomador se hace propietario de la cosa prestada, puede disponer de ella como guste, puede cederla á un tercero; de esto se sigue que pudiera suceder que no tuviera la cosa á mano si el prestamista se la reclamara en caso de necesidad urgente, imprevista; y si tuviera que devolver una de igual especie y calidad quizá se encontrará en la imposibilidad de hacerlo ó sólo lo podría procurándose con grandes gastos y, por consiguiente, con pérdida de las cosas que sólo debía devolver más tarde, y el beneficio no debe volverse contra aquel á quien debe aprovechar. (1) Si el préstamo es á título oneroso se entiende que no pudiera tratarse de obligar al tomador á restituir la cosa antes de fenecer el plazo, bajo cualquier pretexto que fuera.

503. «Si no fué fijado un plazo para la restitución el juez puede conceder al tomador un plazo según las circunstancias» (art. 1900). Esto supone que las partes no están acordadas acerca de la extinción del tiempo. Hay un plazo tácito en el préstamo de consumo, como en el préstamo para uso; el tomador tiene siempre derecho de usar la cosa; en el préstamo de consumo la usa consumiéndola. ¿Quiere esto decir que esté obligado á devolver una cosa de igual especie y calidad tan pronto como habrá consumido la que pidió prestada? Nó, Pothier dice que el tomador, aunque se hubiera

1 Pont, *De los contratos en pequeño*, t. I, p. 78. núm. 175.

obligado á devolver la cosa á primera requisición del prestamista, no estaría obligado á hacerlo inmediatamente después de haberse servido de ella; por ejemplo, el día después ó algunos días después de la entrega de la cosa. El prestamista se considera haber concedido tácitamente un plazo conveniente para que el tomador pueda procurarse la cosa que debe devolver. Por su parte el tomador no la hubiera pedido prestada si hubiera previsto que se le exigiría antes de este tiempo. En efecto, si el tomador tuviera que devolver la cosa á voluntad del prestamista el préstamo le sería más desventajoso que útil. Este es el caso de aplicar esta regla de equidad: *Adjuvari no, non decipi beneficio oportet*. Pothier concluye de esto que el prestamista debe conceder al tomador un tiempo más ó menos largo, según las circunstancias, para la restitución de la cosa prestada; por consiguiente, el tomador tiene contra la demanda del prestamista, si éste la entablara antes de este tiempo, una excepción por la que debe obtener del juez un plazo para el pago. (1) Es en este sentido en el que debe entenderse el art. 1900 al decir que el juez puede conceder un derecho según las circunstancias; la ley no quiere decir que se lo pueda negar, lo fija según las circunstancias, y decidirá al mismo tiempo si la demanda del prestamista es de admitirse ó si se hizo demasiado temprano.

Un préstamo se hace por la madre á la hija, que administraba una explotación de minas, con esta cláusula: que la compañía se obligaba á restituir la suma pedida en préstamo, con los primeros fondos de que pudiera disponer. No teniendo el préstamo plazo fijo fué sentenciado que el tomador gozaba de un plazo de dos meses. (2)

504. «Si sólo fué convenido que el tomador pagaría cuan-

1 Pothier, *Del préstamo para consumo*, núm. 48.

2 Burdeos, 22 de Junio de 1833 (Daloz, en la palabra *Acto de comercio*, número 280).

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, 2º)

2 Moulón, *Repeticiones*, t. III, p. 334, núm. 967. Bruselas, 13 de Noviembre de 1865 (Pasicrisia, 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 abarrotos 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.