LECCIÓN DÉCIMANOVENA.

DEL PRÉSTAMO.

I

PRINCIPIOS GENERALES.

"La palabra préstamo, dice Demante, formada de la latina *præstare*, indica el envío ó la tradición de una cosa sin la traslación de propiedad. Esta palabra se aplica en nuestro idioma á la comunicación oficiosa que una persona hace de su cosa á otra, para que la use temporalmente y la devuelva después. Además, como la enajenación de las cosas que consisten en número, peso ó medida, cuando se hace con la obligación de restituir la misma cantidad y calidad, equivale realmente á la concesión del simple uso, se ha extendido también á este caso el nombre de *préstamo* que nuestro Código parece aplicarle más particularmente."[1]

Las palabras de Demante, que acabamos de transcribir, tienen una exacta aplicación entre nosotros, porque nuestro Código Civil comprende, bajo la denominación general de préstamo, dos contratos distintos, el *comodato* y el *mutuo*.

En efecto; el artículo 2,785 del Código, dice: bajo el nombre de préstamo se comprende toda concesión gratuita, por tiempo y para objetos determinados, del uso de una cosa no

1 Tomo VIII, núm. 70.

fungible, con obligación de restituir ésta en especie: y de toda concesión gratuita á interés, de cosa fungible, con obligación de devolver otro tanto del mismo género y calidad. En el primer caso, el préstamo se llama comodato, y en el segundo mutuo[1]

Dividiendo esta definición, para mayor claridad tendremos las dos definiciones siguientes:

Se llama *comodato* toda concesión gratuita, por tiempo y para objeto determinados, del uso de una cosa no fungible, con obligación de restituirla en especie.

Se llama *mutuo* toda concesión gratuita ó á interés, de cosa fungible, con obligación de restituir otro tanto del mismo género y calidad.

De las definiciones que preceden se infiere, que existe una diferencia esencial entre el comodato y el mutuo, que los distingue y los caracteriza, y que consiste en que el primero sólo puede tener por objeto cosas que no se consumen por el uso, y cuyo dominio no se trasmite al que recibe el préstamo; en tanto que el mutuo tiene por objeto cosas fungibles que no se pueden usar sin consumirlas, y por lo mismo adquiere el mutuatario su dominio.

Esta diferencia proviene de la naturaleza misma de las cosas, pues si el que recibe en comodato una cosa tiene que devolverla después de que se haya servido de ella, es evidente que no pueden ser objeto de ese contrato las cosas que no se pueden usar sin consumirlas ó destruirlas.

Sin embargo, hay cosas de esta especie, que algunas veces pueden ser objeto del comodato, cuando se prestan, no para el uso natural á que están destinadas, sino solamente *ad ostentationem*, pues en tal caso no se consumen por el uso y pueden ser restituídas en especie.[2]

1 Artículo 2,661, Cód. Civ. de 1884.
2 Pothier, Du Pret á usage, núm. 17.

Este principio no es una novedad, pues está sancionado por la legislación Romana.

Las leyes 3, §§ 6 y 4, libro 13, título 6º del Digesto, dicen:

"*Non potest commodari id, quod usu consumitur: nisi forte ad pompam, vel ostentationem quis accipiat.*"

"*Sæpe etiam ad hoc commodatur pecuniæ, ut dicis gratia numerationis loco intercedant.*"

La diferencia que hemos procurado hacer notar entre el comodato y el mutuo, tiene una consecuencia muy importante que ya hemos indicado. El que recibe una cosa en mutuo se hace propietario de ella, y por tanto, perece para él, de cualquiera manera que acontezca la pérdida, á diferencia del que recibe una cosa en comodato, que sólo está obligado á conservarla con la misma diligencia que emplea en las suyas propias; y si cumple este deber no responde por la pérdida acaecida por caso fortuito, que es á cargo del propietario.

El contrato de préstamo, bajo cuya denominación comprendemos las dos especies cuya diferencia hemos hecho notar, es real. Esto es, no basta para su existencia el mutuo consentimiento de los contratantes, sino que es preciso que el que hace el préstamo entregue al otro contratante la cosa sobre la cual recae el contrato.

Esto es una consecuencia que se deriva de la naturaleza misma del contrato, pues si uno de los contratantes se obliga por él á restituir la cosa que tiene por objeto, malamente puede existir tal obligación cuando no se le ha entregado esa cosa.

El consentimiento mutuo de los contratantes produce sin duda algunos efectos jurídicos, porque engendra la obligación del que presta de entregar la cosa que prometió, al cumplimiento de la cual se le puede estrechar judicialmente; pero entretanto no cumpla ese deber no existirá en realidad el préstamo sino una promesa de él.

Creemos respecto de este contrato, así como respecto de los demás en que es necesaria la tradición de la cosa sobre que recaen, que se deben distinguir dos actos en él, el de su celebración y el de su consumación.

En el primero basta la concurrencia de las voluntades de los contratantes, su mutuo consentimiento, para que se perfeccione el contrato y produzca los efectos jurídicos que le atribuye la ley respecto del que se obligó á la tradición de la cosa.

En el segundo, es indispensable que se verifique la entrega de ella para que se consume, para que se realice y produzca los efectos jurídicos consiguientes respecto del que la recibe.

Esta misma distinción hemos hecho al ocuparnos de enumerar las distintas especies en que se dividen los contratos.[1]

Siendo el préstamo un contrato, se infiere que está sujeto á las reglas generales que rigen á todos los contratos sobre el consentimiento y la capacidad de las personas.

Sin embargo, por circunstancias que no nos ha sido posible inquirir, el Código reproduce algunas de esas reglas, de una manera innecesaria; y declara en los artículos 2,786 y 2,787, que pueden dar y recibir en préstamo los que pueden disponer libremente de sus cosas; y que los derechos y obligaciones que resultan del préstamo son trasmisibles tanto á los herederos como á los representantes del que prestó y del que recibió el préstamo.[2]

Estos preceptos sancionan principios verdaderamente elementales, cuyo estudio hemos hecho ya, y por lo mismo creemos inútil hacer explicación alguna acerca de ellos.

El artículo 2,788 del mismo Código sanciona también otro principio enteramente elemental, diciendo que, si el préstamo se declara nulo ó se rescinde, el prestamista debe

1 Tomo III, págs. 16 y 17.
2 Artículos 2,662 y 2,663, Cód. Civ. de 1884.

recobrar la cosa que hubiere prestado, como lo dispone el artículo 1,794, esto es, con sus frutos, ó el valor de ellos, y el que aquélla tenía cuando se perdió, con los intereses, si no fuere posible la restitución en especie.[1]

La inteligencia y la extensión de esta regla ha sido explicada ya en el tomo III de esta obra, al ocuparnos de los efectos de la rescisión y nulidad de las obligaciones.[2]

Finalmente: reproduciendo el artículo 2,789 el precepto contenido en el 516, declara innecesariamente, que si el contrato de préstamo se rescinde ó anula por ser incapaz uno de los contratantes, la excepción de nulidad no aprovecha al fiador que haya intervenido en el contrato, si no prueba que al otorgar la fianza ignoraba la incapacidad que fundó la rescisión.[3]

En otros términos más claros y precisos, el precepto citado dice, que la nulidad del contrato de préstamo, proveniente de la incapacidad de uno de los contratantes no puede ser alegada por el fiador que haya garantizado el cumplimiento de las obligaciones que hubiere contraído éste, salvo el caso en que pruebe que al otorgar la fianza ignoraba la incapacidad que dió origen á la nulidad.

Repetimos que este precepto es la reproducción innecesaria del contenido en el artículo 516 del Código, y adolece del defecto de usar de la palabra rescisión como sinónima de *nulidad*, siendo así que una y otra tienen distinto origen y diversa significación en derecho, por más que sus efectos jurídicos sean casi los mismos.

Sin embargo, hay que convenir en que el precepto á que nos referimos es perfectamente justo; pues como dice la Exposición de motivos, el contrato de préstamo es uno de los más expuestos al abuso; y así como es justo que cuando uno

1 Artículo 2,664, Cód. Civ. de 1884.
2 Pág. 400 y 401.
3 Artículo 2,665, Cód. Civ. de 1884.

de los contratantes sea incapaz, se anule el contrato, lo es también que la nulidad no aproveche al fiador que conocía la incapacidad, porque la ley en este caso no serviría de amparo al débil, sino á un tercero, que de mala fe garantizó una obligación con pleno conocimiento de que no podía subsistir legalmente.

II

DEL COMODATO.

El comodato es, como dijimos al principio de esta lección, toda concesión gratuita, por tiempo y para objetos determinados, del uso de una cosa no fungible, con obligación de restituir ésta en especie (art. 2,785, Cód. Civ.).[1]

2497

También dijimos, que de esta definición se infiere la consecuencia de que este contrato es real, y no se consuma sino por la tradición de la cosa que es objeto de él.

Este contrato es, además, unilateral y de beneficencia, porque sólo produce obligaciones para el que recibe la cosa en préstamo, y ninguna para el que la entrega, y porque si no fuera gratuito, degeneraría, convirtiéndose en el de arrendamiento ó en alguno otro innominado, según que la recompensa consista en dinero ó en alguna otra cosa.

Esta última circunstancia es de tal manera esencial del comodato, que si no existe, tampoco puede existir este contrato; y así lo declara el artículo 2,792 del Código, que dice: si el comodatario paga alguna cantidad por el uso de la cosa prestada, el contrato deja de ser comodato.[2]

La primera de las circunstancias indicadas, ha sido con-

1 Artículo 2,661, Cód. Civ. de 1884.
2 Artículo 2,668, Cód. Civ. de 1884.