

cargos, pueden considerarse como cuasi contratos, por lo cual se trata de ellos en este lugar.

El tutor, pues, representa al menor ó incapacitado en todos los actos civiles, salvo aquellos que, por disposición de la ley, pueden practicar por sí solos, y debe ejercer todas las funciones que completan la guarda de la persona y bienes de su representado, ya sea por sí solo, ya con el concurso del protutor ó del consejo de familia, según los casos. Y reemplazando el tutor al padre con respecto al menor ó incapacitado, debe como éste, aunque no tan estrictamente, mirar, no sólo á la recta administración de los bienes del encargado, al tenor de las atribuciones que la ley le otorga, como se dirá después, sino también educarle cristianamente, ora sea por sí mismo, ora por medio de otros; en cambio, el menor ó incapacitado debe obedecerle y respetarle como á un buen padre de familia. *

1223. * El tutor, antes de comenzar la gestión administrativa, tiene la obligación de prestar fianza si no ha sido relevado de ella por quien podía hacerlo. Están exceptuados de esta obligación: 1.º El padre, la madre y los abuelos en los casos en que son llamados á la tutela de sus descendientes. 2.º El tutor testamentario relevado por el padre ó por la madre en su caso de esta obligación. 3.º El tutor nombrado con relevación de fianza por extraños, según se explica en el art. 260. La fianza hipotecaria será inscrita en el Registro de la propiedad (art. 257).

El inventario que debe formar el tutor contendrá la descripción de las cosas y bienes á que se extiende la tutela, y deberá formalizarse dentro del término que al efecto señale el consejo de familia, con la intervención del protutor, y con asistencia de dos testigos elegidos por el consejo de familia (art. 265). El tutor, además de las obligaciones que le imponen la

moral y la religión respecto al menor ó incapacitado, está obligado á atemperarse á las prescripciones que el Código civil le señala taxativamente en el art. 264, durante su gestión administrativa, las cuales omitimos por consultar á la brevedad.

El Código civil señala en su art. 276 la retribución que le corresponde al tutor por la gestión administrativa del menor ó incapacitado, de la cual tiene la obligación de rendir cuenta general á su terminación.

Necesita autorización del consejo de familia el tutor en los casos que designa el Código civil en su art. 269 y siguientes. Concluye la tutela: 1.º Por llegar el menor á la edad de ventitres años, por la habilitación de edad y por la adopción. 2.º Por haber cesado la causa que la motivó, cuando se trata de incapaces, sujetos á interdicción y pródigos. *

1224. * La tutela puede ser testamentaria, legítima ó dativa. La primera es la otorgada por el padre ó la madre ó el que les deje la herencia ó legado de importancia. La tutela legítima es la que se da por la Ley á los parientes, correspondiendo: 1.º, al abuelo paterno; 2.º, al abuelo materno; 3.º, á las abuelas paterna y materna, por el mismo orden mientras se conserven viudas; 4.º, al mayor de los hermanos varones de doble vínculo y, á falta de éstos, del mayor de los hermanos consanguíneos ó uterinos; y tutela dativa es cuando no habiendo tutor testamentario, ni personas llamadas por la Ley á ejercer la tutela vacante, corresponde la elección de tutor al consejo de familia.

Además, y dentro de la tutela legítima, existe la tutela de los locos y sordomudos, que corresponde: 1.º Al cónyuge no separado legalmente. 2.º Al padre, y en su caso á la madre. 3.º A los hijos. 4.º A los abuelos. 5.º A los hermanos varones y á las hermanas que estuvieren casadas, con la preferencia de doble vínculo. Existiendo

varios hijos ó hermanos son preferidos los varones á las hembras y el mayor al menor; y concurriendo abuelos paternos ó maternos serán también preferidos los varones, y en caso de ser del mismo sexo, los de la línea del padre.

Existe también la tutela de los pródigos, que corresponde: 1.º Al padre, y en su caso á la madre. 2.º A los abuelos paterno y materno. 3.º Al mayor de los hijos varones no emancipados. Y, por último, existe la tutela de los que sufren interdicción, que corresponde á los mismos que en la tutela de los locos y sordomudos.

La institución del protutor, como se ha dicho antes, tiene por objeto vigilar la gestión del tutor, por lo que ha venido á sustituir al curador especial ó *ad litem*. Su nombramiento corresponde al consejo de familia, cuando no lo hayan nombrado los que tienen derecho á elegir tutor para los menores, y este nombramiento no puede recaer en pariente de la misma línea del tutor. *

1225. * El protutor tiene los siguientes deberes: 1.º Está obligado á intervenir en el inventario de los bienes del menor, y en la constitución de la fianza del tutor, cuando hubiere lugar á ella. 2.º A sustentar los derechos del menor, en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los intereses del tutor. 3.º A llamar la atención del consejo de familia sobre la gestión del tutor, cuando le parezca perjudicial á la persona ó á los intereses del menor. 4.º A promover la reunión del consejo de familia para el nombramiento de nuevo tutor, cuando la tutela quede vacante ó abandonada. 5.º A ejercer las demás atribuciones que le señalen las leyes. El protutor será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan al menor por omisión ó negligencia en el cumplimiento de estos deberes. El protutor puede asistir á las deliberaciones del consejo de familia y tomar parte en

ellas; pero no tiene derecho á votar. *
1226. * El consejo de familia tiene por fin una escrupulosa vigilancia sobre los actos del tutor, garantizando los intereses del menor ó incapacitado.

El consejo de familia se compone de las personas que el padre, ó la madre en su caso, hubiesen designado en su testamento, y en su defecto, de los ascendientes y descendientes varones y de los hermanos y maridos de las hermanas vivas del menor ó incapacitado, cualquiera que sea su número. Si no llegaren á cinco, se completará este número con los parientes varones más próximos de ambas líneas paterna y materna; y, si no los hubiere ó no estuviesen obligados á formar parte del consejo, el juez municipal nombrará en su lugar personas honradas, prefiriendo á los amigos de los padres del menor ó incapacitado. Si no hubiere ascendientes, descendientes, hermanos y maridos de las hermanas vivas, el juez municipal constituirá el consejo con los cinco parientes varones más próximos del menor ó incapacitado; y cuando no hubiere parientes en todo ó en parte, los suplirá con personas honradas, prefiriendo siempre á los amigos de los padres.

El que quiera enterarse más á fondo de la tutela y demás disposiciones referentes á ella, puede acudir al Código civil, tít. 9.º, art. 199 hasta el 313. *

ARTÍCULO VII

Del mutuo.

1227. P. ¿Qué es mutuo?

R. «Contractus quo rei primo usu consumptibilis per traditionem dominium in alterum transfertur, cum obligatione tantumdem in eadem specie et bonitate statuto tempore reddendi.» La explicación de esta definición resuelve una gran parte de las

dificultades que se mueven acerca del mutuo.

La palabra *mutuo* se deriva, según unos, de *muto*, esto es, mudar de dueño; porque la cosa *mutuada* pasa del dominio y posesión del mutuante á la del mutuuario. Otros dicen que se deriva «*ex meo tuum, suple fit;*» y así dice el derecho romano: «*Appellata est autem hæc mutui datio ab eo quod de meo tuum fit; et ideo, si non fiat tuum, non nascitur obligatio.*» (L. ff. *De rebus creditis.*) Unas veces se llama *mutuo* el contrato; otras la cosa mutuada.

Contractus: el *mutuo* es contrato real y no puramente consensual; pues mientras no se verifica la entrega de la cosa no es mutuo, sino mera promesa; y por esto se añade: *per traditionem*. Es verdad que el derecho civil da acción para exigir que verifique la entrega el que prometió mutuar (ley 2.^a, tít. 2.^o, Part. 5.^a, y ley 1.^a, tít. 1.^o, lib. 10 de la Novísima Recopilación); y no es necesario que se prometiese con documento público ni por escrito; basta que sea de palabra, aunque sea por medio de un tercero, si bien en el fuero externo es preciso que se pueda probar.

Rei primo usu consumptibilis; esto es, que no se pueda usar de ella ni una sola vez sin consumirla, ó físicamente, como el aceite, vino, pan, etc., ó moral y civilmente, como el dinero, que, una vez prestado, perece para el que lo dió. Estas cosas se llaman *fungibles*.

Dominium in alterum transfertur; porque en las cosas *fungibles*, si no se trasladase el dominio, el mutuo sería un nombre vano y ocioso. ¿Qué serviría prestar dinero, ó aceite, ó trigo, al mutuuario, si éste no pudiese consumirlo ó disponer de él?

Cum obligatione tantumdem in eadem specie et bonitate reddendi. La razón es, porque el mutuo es contrato *gratuito*, y así no puede exigirse que *ratione mutui* se vuelva más de lo que se pres-

tó; y como no es *donación*, el mutuuario no debe volver *menos*, sino *tantumdem*.

Debe devolverse otro tanto *in eadem specie*; porque si se pudiera devolver *dinero* por una fanega de trigo, sería *venta*; y si se pudiera volver una arroba de aceite por una fanega de trigo, sería *permuta*.

Se ha de devolver *in eadem bonitate*; porque si fuera de inferior calidad, se perjudicaría al mutuante; y si se exigiese de superior calidad, se gravaría injustamente al mutuuario, y el mutuo dejaría de ser contrato gratuito.

1228. *Statuto tempore*; esto es, que el contrato de mutuo cuando no se estipuló el tiempo en que se había de devolver el mutuo, envuelve en su naturaleza la obligación que tiene el mutuante de esperar *algún tiempo* antes que reclame la cosa prestada. Cuando no se fijó plazo, la ley concede diez días después del contrato al mutuuario (ley 2.^a, tít. 1.^o, Part. 4.^a); antes de los diez días el mutuante no puede reclamar el mutuo.

Si el mutuo se hizo con la cláusula de que el mutuuario se obliga á la devolución cuando pueda y tenga medios para ello, en el fuero externo es regular que, en caso de reclamación por parte del mutuante, la equidad natural da al juez el derecho de fijar el término de este plazo indeterminado, atendiendo á todas las circunstancias; pero respecto del fuero de la conciencia, me parece cosa cierta que si el mutuante reclama formalmente la deuda, manifestando al mutuuario los daños que se le siguen de no pagarle, si el mutuuario, pudiendo devolver cómodamente el mutuo, no lo hiciese, violaría formalmente la justicia conmutativa, y *coram Deo* estaría obligado á restituir *ante sententiam judicis* los perjuicios que por su morosidad culpable en no devolver el mutuo se siguiesen al mutuante, porque faltó á sabiendas á la cláusula

con que se comprometió de rigurosa justicia por el contrato á *devolver el mutuo cuando buenamente pudiese*.

1229. P. ¿Será mutuo cuando uno dió á un abastecedor de carne cuatro carneros para el consumo, con la obligación de que le devolviese otros cuatro iguales?

R. Aunque el carnero no se reputa cosa fungible, porque sin consumirle por el primer uso puede prestar lana, pero en el caso presente sería mutuo la entrega de los cuatro carneros. La razón es, porque se destinan *exclusivamente* para la matanza, y así se reputan cosas fungibles; fuera de este caso, sería una permuta.

P. Si se dan prestadas veinte fanegas de trigo, cuando vale á cuarenta reales fanega, ¿se cumple devolviéndolas cuando la fanega de trigo vale á treinta reales?

R. Si la fanega de trigo, ó lo que sea, se *apreció* al tiempo de prestarla, y no hubo otro convenio, el mutuuario debe devolver las veinte fanegas en el tiempo pactado, según el precio que tenía cuando se hizo el mutuo, ya el trigo esté más barato, ya esté más caro. Si al dar el mutuo no se *apreció*, ni se trató del día ni del lugar de la devolución, debe hacerse ésta según el precio que tenga en el tiempo y lugar en que se le pide. (Ley 8.^a, tít. 1.^o, Part. 5.^a)

1230. Si el mutuuario no paga en el tiempo estipulado, debe pagar la pena á que se comprometió; y si no se impuso pena, debe abonar al mutuante los perjuicios que se le siguieron (ley 10, tít. 1.^o, Part. 5.^a); mas esto es en el fuero externo, porque en el fuero de la conciencia, si la demora en el pago del mutuo fué inculpa- ble, no está obligado el mutuuario á indemnizar al mutuante los daños que se le siguieron, á no ser que el mutuuario se hubiese obligado á ello expresamente, porque en los contratos se puede estipular la responsabilidad hasta de los casos fortuitos. Se

entiende si no hay alguna circunstancia de mala fe.

1231. P. Cuando se prestan cien pesos ó cien pesetas, y se altera el valor de estas monedas, ¿qué se ha de restituir?

R. Según el derecho español: 1.^o Si hubo estipulación acerca del *modo* de devolver el mutuo, debe cumplirse. 2.^o Si nada se estipuló, debe pagarse el *valor* que en el tiempo en que se hace el mutuo tengan los cien pesos ó pesetas, no el número *material* de las monedas. 3.^o Si se prestaron barras de plata ó cosa semejante, se debe restituir el mismo número de barras, sin atender á si subió ó bajó el valor de la plata. La razón de la diferencia en los dos casos consiste en que en este segundo caso el contrato de mutuo recae sobre la *materia*, no sobre su valor; pero en el primero el contrato no recae sobre el *número material* de las monedas acuñadas, sino sobre el valor que tienen en el tiempo en que se entregan: «*In pecunia non corpora quis cogitat, sed quantitatem.*»

1232. P. ¿A quiénes se puede dar en mutuo?

R. A los que, según el derecho, tienen facultad de hacer contratos. La ley 17, tít. 1.^o de la Novísima Recopilación prohíbe mutuar con el pacto de que el mutuuario ha de pagar cuando se case, ó herede, ó suceda en el mayorazgo. Esta ley se dió para evitar maquinaciones.

Las leyes 4.^a y 6.^a, tít. 1.^o, Part. 6.^a y sus glosas prohíben prestar á los hijos de familia no emancipados, á no ser que obtengan el consentimiento paterno; y sin este consentimiento, aún cuando hayan dado fiadores, no están obligados á pagar el mutuo. (Ley 17, tít. 1.^o, lib. 10 de la Novísima Recopilación.)

Como estas leyes se dieron en favor de los hijos, ya para que ninguno los engañase, ya para que no se pervirtiesen, el derecho ha exceptuado los

casos siguientes: 1.º Si el hijo, al pedir el mutuo, dijese con mentiras que no tenía padres. En este caso debería pagar el mutuo, en pena de su engaño. 2.º Si tenía oficio público, como menestral, mercader, soldado; porque en estos casos se le considera, ó como padre de familia, ó como capaz de contraer obligaciones. 3.º Si empleó el mutuo en beneficio de su padre. 4.º Si el hijo mayor de veinticinco, (hoy de veintitres años) y emancipado ya hubiese satisfecho lo que recibió en mutuo, cuando era menor.

San Ligorio tiene por notablemente más probable que, fuera de estos casos exceptuados por el derecho civil, el hijo de familia no está obligado en conciencia á pagar el mutuo, *áun cuando hubiese renunciado el privilegio*, porque los legisladores civiles tuvieron derecho y muy justas causas para eximir de la obligación de pagar el mutuo dado á los hijos de familia. Voy á poner sus literales palabras, porque se pueden aplicar á otros casos semejantes. Dice así: «Mutuum datum filiis familias, *ut sic putatis*; et carentibus bonis castrensibus, sine saltem tacito consensu parentum, nec ab illis postea restituendum est, saltem in foro externo. Quo privilegio filii uti possunt, etsi ei renuntient. Excipe: 1.º Si mutuum sit in aliis rebus quam in pecunia, de qua lex loquitur. 2.º Si filius juravit solvere, quamvis post solutionem habeat actionem ad repetendum; immo, potest relaxationem iuramenti sibi procurare; Salmanticensis cum citatis doctoribus. 3.º Si mutuum datum sit sciente et non contradicente patre, aut si conversum sit in utilitatem patris aut filiorum in rebus quas pater eis præstare tenebatur. Item si res mutuata adhuc extet, vel si pater solitus fuerit solvere debita filiorum.» (Lib. 3, núm. 757.)

El Santo, en el mismo número, pregunta: «An filii familias in primo casu posito liberi sint a restitutione mutui, non solum in foro externo,

sed etiam interno;» y responde: «*Satis probabilius affirmant Lessius, Sanchez, Layman, Palaus, etc., cum Salmanticensibus (De contract., c. 3, número 10): quia lex bene potest cum justa causa naturalem obligationem auferre; et sic fecisse iudicatur in hoc casu ad providendum damno parentum, et nequitiam fœneratorum avertebam: non videtur autem posse negari, quod potestas suprema humana, ob altum dominium quod habet, bene potest propter bonum commune transferre dominium rerum ab uno in alterum, ut patet in lege præscriptionis.*» Añádase á esta sabia doctrina de San Ligorio que es muy conveniente que pierdan su dinero los que, fuera de los casos exceptuados, lo prestan á los hijos de familia, porque les dan ocasión y materia de corromperse entregándose á juegos y á otros vicios. * El préstamo hecho al hijo de familia no obliga á éste ni á su padre, según lo dispuesto por el Senadoconsulto macedoniano que fué admitido en nuestro derecho por la ley 4.ª, título 1.º, Part. 5.ª; disposición que continúa subsistente, puesto que los menores de edad son incapaces para contratar según lo previsto en los artículos 1263 y 1304 del Código vigente. (Véase á Abella en la anotación del art. 1753.) *

1233. P. ¿Cuáles son las obligaciones del mutuante?

R. 1.ª Si á sabiendas diese en mutuo una cosa viciosa, defectuosa, corrompida ó dañina, y no avisase al mutuuario, debería indemnizar los daños que por esta causa se siguiesen al mutuuario. 2.ª No puede repetir el mutuo antes del plazo convenido; y si no se fijó, no puede antes de diez días fuera del comercio, y treinta en el comercio. Casos habrá en que, por las circunstancias, la equidad exija que pase más tiempo, y entonces la determinación toca al juez.

En cuanto al mutuuario, debe devolver religiosamente el mutuo del

modo que en la definición del mutuo se ha explicado.

1234. P. ¿Hay obligación de mutuar?

R. 1.º No hay obligación de mutuar á las personas ricas que tan sólo piden prestado para enriquecerse más. 2.º Hay ocasiones en que una persona rica se halla en ciertos compromisos apremiantes, expuesta á graves pérdidas de sus intereses, tal vez de su estado, tal vez de su fama, si no se le presta; y es claro que entonces hay obligación de caridad de darle mutuo, si se puede buenamente. 3.º Al que de presente no tiene, pero tiene esperanza de tener, si se halla en grave necesidad, hay obligación de prestarle. 4.º Al que ni tiene de presente ni hay esperanza de que tenga en adelante, sería una necedad el prestarle: entonces hay que atender á lo que se dijo del precepto de la limosna.

CAPÍTULO V

DE LA USURA

ARTICULO PRIMERO

Noción, definición y división de la usura.

1235. La usura es un verdadero hurto, ó más propiamente una rapiña, como dice Billuart; por lo tanto, no es contrato ni induce obligación alguna moral en el mutuuario de pagar las usuras. No obstante, me parece conveniente, después de haber hablado del mutuo, tratar á continuación de la usura, porque ésta es diametralmente opuesta al mutuo, que es esencialmente gratuito; y como *opposita juxta opposita magis elucescunt*, el conocimiento del mutuo ayuda á conocer la usura.

La palabra *usura* se deriva del verbo *utor*; porque la usura consiste en exigir lucro por el uso de una cosa

fungible. Así es que la usura, considerada objetivamente, se define: *Lucrum ex mutuo immediate, seu vi mutui, proveniens*; ó, como dice Santo Tomás, *prelium usus rei mutuatae*.

P. ¿Qué es usura?

R. «Actio injusta qua quis ex mutuo aliquid accipit ultra sortem, tanquam debitum *vi mutui*.»

El que presta se llama mutuante; á quien se presta se llama mutuuario; lo que se presta se llama mutuo ó capital; lo que se exige (*ultra sortem*) sobre la cosa prestada, se llama *lucro*, *ganancia*, *rédito*, *interés* ó *usura*, y en latín se llama también *auctuarium*; esto es, añadidura ó aumento á lo que se debe de justicia.

El lucro que se recibe *ex vi mutui* no es preciso que sea dinero; basta que sea cualquier cosa *precio estimable*, como trigo, servicio personal, cualquier carga, en fin, que se imponga por el mutuante al mutuuario, á la cual éste no estaba obligado *tanquam debitum vi mutui*. La usura, según el común sentir de los hombres, no tiene lugar sino en el *mutuo*; las injusticias que se cometen en otros contratos no se llaman *usuras*, á no ser que en ellos se envuelva un mutuo implícito ó paliado.

Se dice *vi mutui*, porque cuando se junta al mutuo algún título *extrínseco* honesto, entonces se puede recibir *aliquid ultra sortem*; *non ex vi mutui, sed aliunde, licet occasione mutui*.

1236. P. ¿Se puede recibir por el mutuo una cosa espiritual?

R. Si la cosa espiritual se da como *precio* del mutuo, es simonía. Si se da como *precio* y *con pacto* del mutuo, entonces es simonía, como es evidente, y además usura; porque aunque la cosa espiritual no es precio estimable (*es inapreciable*), pero el *pacto* ó *obligación* que se impone es precio estimable. De aquí es que el que diese dinero ú otra cualquier cosa *fungible* por vía de mutuo á un Obispo *con el pacto* de que diese órdenes ó un bene-