

PARTE PRIMERA.

DEL MUTUO.

1 El mutuo es un contrato por el cual uno de los contraentes dá y transfiere el dominio de una cantidad de dinero ú otras cosas que se consumen con el uso, á otro contraente que se obliga á devolverle otro tanto.

El que dá la cosa se llama *mutuante*; el que la recibe *mutuatario*.

En el primer capítulo trataremos de la naturaleza de este contrato; en el segundo de la obligacion que contrae el mutuatario y de la accion que de ella nace.

CAPITULO PRIMERO.

DE LA NATURALEZA DEL MUTUO Y DE LAS COSAS QUE PUEDEN SER SU OBJETO.

Para comprender la naturaleza de este contrato es preciso examinar primero lo que constituye su esencia, y despues á que clase corresponde. En seguida investigaremos las cosas que pueden ser objeto del mismo.

ARTICULO I.

DE LO QUE FORMA LA ESENCIA DEL MUTUO.

Es de la esencia de este contrato, 1º. que haya una cantidad de dinero ú otras cosas fungibles, como materia del mismo y prestadas para ser consumidas; 2º. que se haga la entrega al mutuatario; 3º. que se le transfiera el dominio; 4º. que él se obligue á devolver otro tanto; 5º. finalmente que medie el consentimiento de las partes en todas estas cosas.

§. I.

Es preciso que haya una cosa que sea materia de este contrato, y que ella haya sido prestada para ser consumida.

2. Es evidente que no puede haber mutuo sin una cierta cantidad de cosas que puedan ser su objeto, y que preste el mutuante al mutuatario.

En el artículo 2 veremos quales son las cosas sobre que puede recaer este contrato.

Es asimismo esencial al mutuo, que tales cosas sean prestadas para que sean consumidas; porque si solo se entregasen para hacer de ellas ostentacion, dejaria el contrato de ser mutuo, convirtiéndose en comodato, segun lo manifestamos en el tratado anterior, n. 17.

§. II.

De la entrega de la cosa prestada.

3. Es de la esencia del mutuo que el mutuante haga entrega real y efectiva de la cosa prestada.

Claro está que este principio debe sufrir una excepcion, cuando la cosa que quiero prestar á alguno, se halla ya en su poder.

Ejemplo: Si yo hubiese entregado en depósito á Juan una talega de mil duros, y en seguida quisiese prestarle por via de mutuo esta misma cantidad; no pudiendo entregarle física y realmente una cosa que ya tiene, bastaria para entenderse consumado el mutuo y transferido el dominio de aquella cantidad, el convenio que para ello mediase entre nosotros, obligándose Juan á devolverme una cantidad igual; *l. 9, §. 9, ff. de reb. cred.* Este convenio encierra una especie de tradicion supuesta que los intérpretes llaman *traditio brevis manus*, por la cual se supone que Juan me ha restituido la talega que tenia en depósito, y que yo se la he devuelto para que la tenga á título de mutuo; y esta tradicion fingida basta para transferir el dominio y para consumir por consiguiente el mutuo sin necesidad de una entrega real. De este y otros casos semejantes dice Justiniano, *Instit. tit. de rer. divis, §.*

46: *Interdum et sine traditione nuda hominis voluntas sufficit ad rem transferendam.*

Nótese que este convenio que acabamos de referir, es muy diferente de aquel en que habiendo entregado una cantidad en depósito, permitiese al depositario servirse de ella cuando tuviese de la misma necesidad. En el primer caso el convenio es un verdadero mutuo, que se entiende perfecto y consumado luego despues del consentimiento: el dominio del dinero queda transferido á Juan, y desde aquel momento corre de su cuenta y riesgo: en la segunda especie por el contrario el convenio no es un mutuo actual, sino que podrá serlo mas adelante, si teniendo el depositario necesidad del dinero se sirviese de él, y este mutuo no se entenderá consumado hasta que la talega hubiese sido retirada del lugar en que estaba guardada. Asi lo enseña Ulpiano en la l. 9, §. fin, y en la l. 10, ff. de reb. cred.

§. III.

De la traslacion de dominio.

4. Es de la esencia del mutuo que se traspase al mutuuario el dominio de la cosa prestada: no basta una tradicion real, si esta no transfiere el dominio.

Esta traslacion de dominio forma el caracter esencial y distintivo del mutuo; por ella se diferencia del comodato, y de ella deriva su nombre, porque como dice Paulo: *Appellata mutui datio ab eo quod de meo tuum fiat; et ideo si non fiat, non nascitur obligatio*; l. 2, §. 2, ff. de reb. cred.

De ahí se sigue que para que el mutuo sea válido, es necesario que el comodante sea dueño de la cosa que presta, ó no siéndolo, haga el préstamo con consentimiento del dueño, pues de otra suerte no podría transferir el dominio; d. l. §. 4.

No basta que el mutuante sea dueño de la cosa, es preciso además para la validez del mutuo que tenga derecho para enagenar. Asi es que no sería válido el préstamo hecho por un menor ú otro que tuviese inhibida la administracion de sus bienes.

5. Por mas que el mutuo no sea válido, mientras no sea transferido el dominio de las cosas prestadas al mutuuario, ya sea porque el mutuante no es el verdadero dueño, ya porque no sea capaz de enagenar, por mas que en tal caso el mutuuario no adquiere

ra el derecho de servirse de ellas y consumirlas, ni contrae la obligacion, esencial á este contrato, de restituir una suma ó cantidad igual, sino que debe devolver las mismas cosas individualmente, como cualquier otro poseedor de bienes ajenos; sin embargo si ese mutuuario hubiese gastado de buena fé el dinero ú otras cosas que hubiese recibido, esta consumcion suple lo que faltaba para la validez del contrato, y obliga al mutuuario á restituir al mutuante una suma ó cantidad igual á la recibida, como si el contrato hubiese sido perfecto, y el dominio de las cosas prestadas le hubiese sido transferido: *Omnino qui alienam pecuniam credendi causa dat, consumpta ea habet obligatum qui acceperit*; l. 19, §. 1; *Et si fur dedit.... consumptis eis nascitur condictio*; l. 13. La razon de esto es palpable. Si la traslacion del dominio de las cosas prestadas es una necesidad en el mutuo, es para que el mutuuario pueda servirse de ellas, lo cual no puede hacer sin consumirlas, y por otra parte no tiene derecho á ello sin ser su dueño. Pero cuando de hecho aunque sin tener derecho para ello, se hubiese servido de dichas cosas, y las hubiese consumido, desde entonces es de todo punto indiferente que le haya sido transferido ó no el dominio; como que el mutuo en fuerza de la consumcion de buena fé verificada le ha proporcionado la misma ventaja que si el dominio le hubiese sido transferido, y por consiguiente debe en cuanto á él producir la misma obligacion que si así se hubiese realizado.

6. En efecto la traslacion de dominio solo le hubiera dado el derecho de servirse de las cosas prestadas consumiéndolas, sin otra obligacion por su parte que la de devolver otro tanto al mutuante. Si habiéndose servido de ellas se encuentra en el mismo estado que si hubiese realmente adquirido el dominio; no podrá enterderse obligado á mas que á devolver otro tanto al mutuante, porque solo á esto puede compelerle el verdadero dueño de tales cosas, quien solo tiene accion contra los que las poseyeren, ó hubiesen dejado de poseerlas por dolo; y por lo mismo no tiene ninguna contra este mutuuario, porque habiéndolas consumido de buena fé, ni las posee ni ha dejado de poseerlas por dolo.

7. De otra suerte sería, si el mutuuario al servirse de las cosas prestadas tenia ya noticia de que no le habia sido traspasado el dominio. En este caso la consumcion no produce el mismo efecto que cuando el dominio ha sido transferido; porque suponiéndole de mala fé, está obligado á presentar las cosas al que era verdadero

dueño, á quien compete la acción *ad exhibendum*, y la de reivindicación que alcanza á todos aquellos *qui dolo desierunt possidere*. Asi es que entonces la consumción no hace válido el mutuo, ni confiere al mutuante la acción *ex mutuo* contra el mutuuario, á no ser que el mutuante respondiese á este de todo cuanto pudiese verdadero temer del dueño.

Si la cantidad prestada era del mutuante, quien no tuviese facultad de enagenar; no importaria que la consumción se hubiese hecho de buena ó de mala fé; pues de todos modos el mutuuario contraeria á su favor la misma obligación que nace del mutuo.

8. Los principios que acabamos de exponer acerca de la necesidad de la traslación de dominio para la perfección del mutuo, principios apoyados en textos de jurisconsultos romanos, los cuales los habian derivado á su vez de la misma naturaleza de las cosas, fueron atacados por Saumaise, autor muy erudito, gran literato, pero nada jurisconsulto. Este se propuso probar en una disertación que publicó, que en el mutuo no media enagenación alguna, y que el mutuante conserva el dominio de la suma ó cantidad prestada, no realmente de los cuerpos ó individuos de que esta se compone, sino de la misma suma ó cantidad considerada *indeterminate et abstrahendo á corporibus*, la cual debe devolverse por el mutuuario á quien solo otorgó el uso.

9 Esta opinión fué sólidamente refutada así que apareció, porque destruye todo el sistema de la ciencia del derecho, confundiendo el *jus in re* con el *jus ad rem*, cuya distinción es uno de sus principales fundamentos.

El *jus in re* del cual es una de las principales especies el dominio, es un derecho que tenemos en una cosa; el *jus ad rem* es un derecho de crédito personal que tenemos contra alguno que se obligó á darnos una cosa, para compelerle á entregarnos esta cosa en la cual todavía no tenemos ningun derecho, ni lo tendremos hasta que ella nos haya sido entregada.

El *jus in re* sigue la cosa donde quiera que ella se halle, y da al que tal derecho tiene, cuando la cosa no está en su poder, una acción para reclamarla, ó bien el derecho que sobre ella tiene, contra cualesquiera que la posean.

El *jus ad rem* que es un derecho de crédito personal, sigue á la persona que contrajo la obligación de dar la cosa. Solo da acción contra esta persona ó contra sus herederos ó sucesores universa-

les que ocupan su lugar en cuanto á esta obligación; pero de ninguna manera contra un tercer poseedor de la cosa objeto de la obligación.

Un derecho de crédito personal puede muy bien versar sobre una cosa que se considere *abstrahendo ab omni corpore*, y que no deba determinarse sino por la solución que de ella se haga, de que cuerpos ciertos haya de componerse.

Por el contrario no puede haber un *jus in re* y sobre todo un derecho de dominio que es otra de sus principales especies, sin un cuerpo cierto y determinado que sea su objeto. Como ese derecho encierra el de perseguir la cosa donde quiera que ella se halle, no puede concebirse sin un cuerpo fijo, cierto, determinado que se sepa cual es, donde se halla, y pueda perseguirse.

Solo confundiendo todas estas ideas pudo Saumaise hacer pasar el derecho que tiene el mutuante de una cantidad de dinero para exigirla al mutuuario, por el derecho de dominio sobre la cantidad prestada. Como ese derecho del mutuante solo puede ejercerse contra la persona del mutuuario que se obligó á la devolución, y contra sus herederos y sucesores universales que lo son tambien de sus derechos y obligaciones, segun las nociones emitidas, es un derecho de crédito personal y no de dominio, ya que este afecta la cosa, no la persona.

Siendo todo *jus in re* sobre todo el dominio un derecho en un cuerpo cierto, y que sin este no puede por consiguiente concebirse, ha sido destruir todas las ideas y nociones del dominio lo que ha hecho Saumaise suponiendo en el mutuante un dominio *indeterminate abstrahendo á corporibus* de la cantidad prestada.

Aun cuando esta cantidad hubiese perecido por caso fortuito en poder del mutuuario, y este no tuviese con que devolverla, no deja por esto de subsistir el derecho que el mutuante tiene de exigirla una cantidad igual á la prestada. Asi el derecho del mutuante no es el dominio de la cantidad prestada, como que este no puede subsistir sin una cosa que sea su objeto, y en la especie propuesta no existe esa cosa prestada ni nada que pueda reemplazarla.

10. Apoya Saumaise su opinión en las palabras *locare pecuniam* que usan algunos autores, y de esto infiere que el mutuante conserva el dominio de la cantidad prestada, como el locador lo conserva de la cosa arrendada. Empero usadas aquellas palabras en

un sentido impropio no pueden tener mas fuerza que los textos terminantes de los jurisconsultos, quienes al hablar *ex professo* del mutuo dicen formalmente que en él el dominio de la cosa pasa al mutuuario, y que sin esto no queda el contrato perfeccionado ni produce obligacion, véase entre otras la l. 2, §. 2, ff. de reb. cred. cuyas palabras transcribimos antes, n. 4.

11. El autor de cierta disertacion á favor de la opinion de Saumaise creyó hallar una autoridad favorable en la l. 55, ff. de solut. donde se dice: *Qui sic solvit, ut reciperet, non liberatur; quem admodum non alienantur nummi qui sic dantur ut recipiantur*. Mas el tal autor no entendió ó no quiso entender esta ley, en la cual se habla no del mutuo sino del comodato de algunas monedas, que se hace no para gastarlas sino para ostentarlas y restituir las luego *in individuo*. Quiere decir la ley que para la validez del pago es necesario que el dominio de la cosa pagada pase al acreedor, y por consiguiente decide que si la entrega se hubiese hecho con un pacto secreto de que el acreedor devolviera al deudor la cantidad que figuró satisfacerle para presentarse en buen estado á los ojos de los demas acreedores, esa entrega no extingue la deuda; porque no ha sido transferido el dominio, como tampoco lo transfiere el que prestó una cantidad de dinero *ad ostentationem*, y con pacto de serle devuelta *in individuo*.

12. Dedúcese otro argumento de lo que por lo regular se dice de que la diferencia existente entre el censo y el mutuo, consiste en que por el primero el capital, precio del censo, se entiende enagenado: luego, dicen, en el mutuo no habrá tal enagenacion; luego no pasa el dominio al mutuuario. A esto respondo, que no es la enagenacion, comun al censo y al mutuo, lo que distingue estos dos contratos, sino el modo de esta enagenacion, que en el primero es sin la obligacion de restituir otro tanto, cuando en el segundo se halla esencialmente esta obligacion. El censuario solo se obliga á pagar las pensiones, y la restitucion que puede hacer del capital no está *in obligatione*, sino *in facultate lutionis*.

§. IV.

De la obligacion de devolver otro tanto.

13. Es de la esencia del mutuo la obligacion que contrae el mu-

tuuario, de devolver otro tanto de lo que recibe. No debe obligarse á devolver las mismas cosas *in individuo*; porque habiéndole sido prestadas para servirse de ellas, y no pudiendo hacerlo sin consumirlas, no es posible que devuelva las mismas, sino que debe obligarse á devolver otro tanto, es decir, una cantidad igual de cosas de la misma especie que las recibidas: *Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus, alioquin commodatum erit aut depositum, sed idem genus; l. 2, ff. de reb. cred.*

Es necesario, segun acabamos de ver, que el mutuuario se obligue á devolver una cantidad igual de cosas, las cuales sean de la misma especie que las recibidas: *Nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum, d. l. 2*. En tal caso seria una permuta de trigo por vino; y si en vez del trigo recibido se obligase alguno á entregar una cantidad de dinero, seria una venta.

14. Es preciso que lo que el mutuuario se obliga á devolver, sea otro tanto de lo que ha recibido. Si se obligase á devolver mas, como si hubiese recibido cien duros, y se obligase á devolver ciento y seis, ó habiendo recibido treinta arrobas de vino se obligase á devolver al cabo de algun tiempo treinta y dos; el mutuo y la obligacion que de él nace, serian válidos en cuanto á la devolucion del otro tanto, mas por lo que hace al exceso seria el mutuo usurario y nulo. Y no solo no produciria obligacion alguna en cuanto á este exceso, sino que aun cuando lo hubiese pagado el mutuuario, podria repetirlo.

Si el mutuuario se obligase á devolver menos de lo recibido, como si habiéndosele entregado veinte duros, solo se hubiese obligado á restituir quince; solo por estos quince habria mutuo, en cuanto á los cinco restantes seria una donacion.

15. Cuando el mutuo es, no de una cantidad de dinero, sino de otra cosa fungible, como vino, trigo, etc; aunque despues del contrato subiese ó bajase muy considerablemente el precio de los géneros prestados, y la cantidad de vino que al tiempo de darla en mutuo solo valia veinte duros, valiese despues cuarenta al verificarse la devolucion, ó al contrario; sin embargo devolviendo la misma cantidad no paga el mutuuario ni mas ni menos de lo que debe; porque solo el préstamo de dinero tiene por objeto el valor numérico de que es signo la moneda: en las demas cosas fungibles mutuadas solo se atiende á la cantidad de la cosa, y no á su