

valor numérico. Cuando presté una cuba de vino que valia veinte duros, no presté los veinte duros, sino la cantidad de vino que hay en la cuba; así es que en estos mutuos la obligacion de devolver otro tanto no se refiere al valor numérico de lo prestado; y es devolver otro tanto entregar una cosa igual en cantidad y cualidad á la recibida, sin consideracion alguna á su mayor ó menor valor.

§. v.

Del consentimiento.

16. Es por fin de la esencia de este contrato lo mismo que de todos los demas, que medie el consentimiento de las partes contratantes en todo lo que forma la substancia del contrato: así es que debe haber consentimiento en la cosa prestada, en la traslacion de su dominio y en la obligacion de devolver otro tanto.

Por esto si Juan hubiese recibido de mí una cantidad de dinero creyendo recibirla en mutuo, cuando yo se la daba en depósito, no habrá mutuo, porque falta asimismo el consentimiento sobre el traspaso de dominio, necesario en el mutuo, pero que repugna en el depósito.

Por el contrario si Juan creyó darme en mutuo una cantidad de dinero que yo recibia como comodato; tampoco habrá mutuo, porque falta asimismo el consentimiento en la traslacion de dominio, pues si Juan quiso transferirmelo, yo no quise adquirirlo. Así lo decide Ulpiano en la l. 18, §. 1, ff. de reb. cred.

No habiendo mutuo en ninguna de estas hipótesis, ni traspaso de dominio, siguese que la cantidad entregada continua siendo del que la entregó, y corre de su cuenta y riesgo. Así mientras dicha cantidad permanezca en poder del que la recibió, podrá exigirse la por la accion reivindicativa, pero si le hubiese sido robada ó hubiese perecido por caso fortuito, nada me deberá.

En una y otra de la hipótesis sentadas si el que recibió el dinero lo hubiese invertido, esta consumcion *reconciliat mutuum*, y pone las cosas en el mismo estado que si hubiese habido traspaso de dominio, y me confiere la misma accion que tendria por el mutuo, para reclamar la cantidad entregada: *In utroque casu consumptis nummis... conditioni locus erit. d. §.*

La razon está en que el consentimiento sobre el traspaso de do-

minio que faltaba para la perfeccion del mutuo y de la obligacion que de él nace, no le habria conferido, en caso de haber mediado, al que recibió el dinero, mas que la facultad de servirse de este dinero y gastarlo, y habiéndolo gastado de hecho, este acto ha suplido el consentimiento y rehabilita el contrato, ó mas bien, se verifica otra cosa equivalente que debe producir la misma obligacion que el verdadero contrato.

17. Pasemos ya á otro caso en que hubiese mediado consentimiento de las dos partes en cuanto al traspaso de dominio, pero no en cuanto á la obligacion de devolver otro tanto. Es evidente que esta falta de consentimiento impide que haya mutuo, siendo esencial al mismo dicha obligacion y el consentimiento que la produce.

Ejemplo: Yo entregué á Diego cien duros con intencion de dárselos, al paso que el cree recibidos en mutuo. Por mas que Diego haya querido obligarse á devolverme aquella cantidad, como mi voluntad no ha concurrido con la suya en este particular, no pudo formarse dicha obligacion ni por consiguiente el mutuo. Así lo enseña Ulpiano, d. l. 18.

Derivase de ahí una cuestion, á saber, si en el citado caso pasa el dominio del dinero á Diego, al menos eficazmente. La ley decide que no con estas palabras: *Magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperis*. La razon es, porque aun cuando hayan concurrido nuestras voluntades para verificar la traslacion de dominio, lo cual al parecer segun la sutilidad del derecho, podria bastar para que ella se hubiese verificado, sin embargo no pudo ser así, porque no habiendo estado acordes sobre el título de esta traslacion, habiendo querido yo realizarla por título de donacion y Diego adquirirla por título de mutuo, no ha podido formarse ni mutuo ni donacion por falta de consentimiento. Así que no habiendo ningun título en virtud del cual pueda Diego decir que ha adquirido el dominio del dinero que yo le entregué, tendré contra él una accion personal para repetirlo, la cual en derecho se llama *condictio sine causa tamquam hanc pecuniam á me sine causa acceperit*.

Esta explicacion sirve para conciliar dicha ley 18, con la 36, ff. de acq. rer. dom., donde se dice: *Si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse quod circa cau-*

sam dandi et accipiendi discenserimus. Se concilian muy bien estas dos leyes diciendo que la 36, con estas palabras, *constat proprietatem ad te transire*, solo considera la sutileza del derecho, segun la cual hay una traslacion de propiedad, pero esta es ineficaz en virtud de la *condictio sine causa* que me compete: cuando por el contrario la ley 18, con las palabras *magis nummos accipientis non fieri*, considera los efectos de esta traslacion, y no considera verdaderamente como tal la que hace ineficaz la *condictio sine causa*. Asi explica Vinnio esta aparente contradiccion, *select. quæst.* II, 35.

Ulpiano observa que el que recibió el dinero y lo gastó antes que aquel que se lo habia entregado *animo donandi*, hubiese cambiado de voluntad, no podrá ser reconvenido con la *condictio sine causa*; y dice: *licet condictione (sine causa) teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti*; l. 18. Podia realmente el que entregó el dinero, *re adhuc integra*, cambiar de voluntad y repetir el dinero; pero habiendo permitido que aquel á quien dió el dinero, lo gastase siguiendo en su voluntad de dárselo y de no repetirlo, no consiente la buena fé que despues de todo esto cambie de propósito.

ARTICULO II.

A QUE CLASE DE CONTRATOS DEBE REFERIRSE EL MUTUO.

18. El mutuo es un contrato de derecho de gentes, porque no reconoce mas reglas que las del derecho natural, ni en su substancia le ha impuesto el derecho civil formalidad alguna. Lo mismo puede celebrarse entre extrangeros que entre los hijos de un mismo pais.

19. El mutuo, lo mismo que el comodato, pertenece á los contratos de beneficencia; pues un beneficio es el que hace el mutuante al mutuuario concediéndole gratuitamente la facultad de servirse de la cosa prestada sin utilidad alguna por su parte, y por solo el interes del favorecido.

Los jurisconsultos romanos habian llevado tan al extremo la aplicacion de este principio, que decian que el mutuo dejaba de

ser tal, cuando el mutuante no lo hacia de su buen grado, *nullo jure cogente*, sino en cumplimiento de una obligacion anteriormente contraida de realizar el préstamo, como que entonces el mutuo no era un favor, sino la solucion de una deuda.

Asi lo decide Ulpiano en la ley 21, *ff. de reb. cred.*, en el caso de la donacion de una cantidad de dinero hecha con la obligacion por parte del donatario de prestarla al donador. *Creditum*, dice, *non esse, quia exsolvendi causa magis daretur, quam alterius obligandi*. Pero esta decision solo estaba fundada en la sutilidad del derecho, pues en realidad habia en dicho caso una donacion y un mutuo, segun se afirma al fin de dicha ley.

Asi lo reconocemos nosotros que hemos desterrado de nuestra jurisprudencia todo linage de sutilezas. Y si bien es verdad que el mutuo en aquel caso no encierra ningun beneficio, separándose en esto algun tanto de su naturaleza, debe tenerse entendido que aunque es el beneficio una circunstancia ordinaria del mutuo, no pertenece á su esencia.

En cuanto al mutuo que verifica un heredero por mandato del testador, no puede negarse que encierra un beneficio, no por parte del heredero, sino por parte del testador que lo dispuso.

20. El mutuo pertenece á los contratos *reales*, puesto que no puede realizarse sin la entrega de la cosa, segun resulta de lo que antes dijimos.

Finalmente el mutuo es de la clase de los contratos *unilaterales*, porque solo produce obligacion por parte de uno de los contraentes. El mutuante obliga á su favor al mutuuario, mas él por su parte no contrae obligacion alguna.

ARTICULO III.

DE LAS PERSONAS QUE PUEDEN CELEBRAR ESTE CONTRATO; Y DE LAS COSAS SOBRE QUE PUEDE VERSAR.

§. I.

De las personas que pueden celebrar este contrato.

21. Es evidente que solo pueden celebrar el mutuo, lo mismo

que los otros contratos, las personas capaces de contratar y obligarse, sobre esto véase nuestro *trat de las oblig. part. 1, cap. 1, sec. 1, art. 4.*

Por esto sería nulo el mutuo otorgado á un loco, á uno que tuviese intervenidos sus bienes, á una muger que estuviese bajo la potestad marital, y aceptase el préstamo sin hallarse autorizada, á un menor que lo aceptase sin autorizacion de su tutor. Bien es verdad que si estas personas hubiesen sacado algun provecho de la cantidad prestada, quedarian obligadas á la restitution en cuanto al valor de tal provecho; pero semejante obligacion no nace en rigor del préstamo que es nulo, sino del precepto de la ley natural que manda que nadie se enriquezca á expensas de otro; *l. 206, ff. d. reg. jur.*

Por una disposicion de las leyes romanas no podia prestarse dinero á los hijos de familia por mas que hubiesen celebrado otros contratos: véase respeto de esto el título del digesto *De Senatus-consulto Macedoniano.* (1)

El mutuante no solo debe ser capaz de contratar para que sea válido el contrato, sino que debe serlo ademas de enagenar y por consiguiente ser dueño de la cosa prestada, segun lo vimos antes, *n. 6.* Pero la consumcion verificada por el mutuatario, corrige el vicio que nace de la incapacidad del mutuaute para contratar y enagenar, en la forma explicada, *ibid.*

(1) Tampoco por derecho español se puede dar en mutuo á los hijos de familia, como no sea con consentimiento del padre en cuyo poder están. Y es en tanta manera nulo el mutuo en tal caso, como que nadie está obligado á pagar la deuda de él resultante, ni aun los fiadores, si los tuviese el contrato.

Circunstancias hay sin embargo en que es válido el mutuo hecho á un hijo de familias. 4°. Si al tomar el préstamo dijese que no estaba sujeto á la patria potestad: 2°. Si ejerciese algun destino público: 3°. Si fuese soldado: 4°. Si estuviere al frente de algun establecimiento fabril ó de comercio, y tratase y contratase con todo el mundo como persona de todo independiente: 5°. Si el dinero prestado se emplease en utilidad del padre: 6°. Si este lo ratificase ó reconociese expresa ó tácitamente, empezándolo á pagar, por ejemplo: 7°. Si el hijo de familias despues que se halla libre de la patria potestad y siendo mayor de edad empezase á pagarlo, ó en otra manera lo reconociese como legitimo: 8°. Si fuese estudiante, ó si por un motivo justo estuviese separado de su familia, pues en este caso su padre tendria que satisfacer lo que se le hubiese prestado al menos hasta aquella cantidad que pndo haber neeesitate para su manutencion: 9°. Finalmente si el padre le hablase nombrado administrador ó factor de algun establecimiento.

Algunas de estas excepciones son sacadas del derecho romano; otras son proprias del derecho español. (*Nota de los editores.*)

§. II.

De las cosas que pueden ser mutuadas.

22. Estas cosas deben ser de aquellas que se consumen con el uso, las cuales son de dos especies. La primera comprende aquellas cuya consumcion por medio del uso es una verdadera destrucion, tales son todas aquellas que sirven para el alimento de los animales, como trigo, cebada, aceite, vino, leña etc. de todas las cuales es evidente que nadie puede servirse sin destruirlas.

23. La segunda especie comprende aquellas cosas que usándolas no se consumen natural sino civilmente, asi sucede con el dinero que se invierte ó gasta, lo cual no produce una consumcion natural, como que gastándolo no destruyo las monedas; sino una consumcion civil que consiste en la enagenacion que hago del dinero, de manera que nada me queda de él, y queda destruido para mi, cuando lo he gastado.

24. Otra especie de consumcion civil es la que acontece, cuando con el uso que se hace de la cosa, se la inutiliza para otros servicios. Asi sucede en el papel, cuyo uso consiste en escribir sobre él; puesto que con este uso no se destruye naturalmente, sino que queda inutilizado; así la consumcion es civil, no natural.

25. Todas estas cosas que se consumen con el uso, son asimismo conocidas bajo el nombre de *res quæ pondere, numero et mensura constant*, es decir, cosas respeto de las cuales mas bien se considera una cierta cantidad en peso, número ó medida, que los individuos de que la cantidad se compone.

Llámanse tambien cosas *fungibles* del latin *fungibiles*, porque *earum natura est, ut alie aliarum ejusdem generis rerum vice fungantur.* De suerte que cuando recibo una cantidad de ellas, como cien duros, dos fanegas de trigo candeal, dos cubas de tal vino, etc., y vuelvo otra cantidad igual de dinero, de trigo candeal, de vino de la misma calidad, repútase que vuelvo la misma cosa que recibí, por mas que no devuelva los mismos individuos; *reddo idem, non quiden in specie, sed in genere.*

26. Todas estas cosas fungibles que se consumen con el uso, cualquiera que sea la consumcion que este produzca, pueden ser objeto del mutuo; y es de la esencia de este contrato el versar

precisamente sobre alguna de estas cosas: *Mutui datio consistit in his rebus quæ pondere, numero et mensura constant, quoniam earum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie; nam in cæteris rebus, ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest; l. 2, §. 1, ff. de reb. cred.*

CAPITULO II.

DE LA OBLIGACION QUE PRODUCE EL MUTUO, Y DE LA ACCION QUE DE ELLA NACE.



27. Del mutuo nace una obligacion que contrae el mutuuario á favor del mutuante de devolverle una cantidad igual á la prestada; y de esta obligacion nace una accion personal llamada *condictio ex mutuo*, que compete al mutuante contra el mutuuario para exigirle el pago.

Para explicar con extension estos puntos, veremos en el primer artículo, quien contrae la obligacion hija del mutuo, y contra quien puede entablarse la accion que de ella nace: En el segundo, á favor de quien se contrae aquella obligacion, y quien puede intentar esta accion: En el tercero, cual es el objeto asi de la obligacion, como de la accion: En el cuarto, á quien y en que lugar debe devolverse la cantidad prestada: En el quinto, que excepciones pueden oponerse á la accion *ex mutuo*: finalmente veremos en el sexto y último artículo, si el comodante contrae por su parte alguna obligacion á favor del mutuuario.

ARTICULO I.

QUIEN CONTRAE LA OBLIGACION QUE PRODUCE EL MUTUO, Y CONTRA QUIENES PUEDE INTENTARSE LA ACCION QUE DE ELLA NACE.

28 El mutuo no produce obligacion sino por parte del mutuuario, quien se obliga á devolver al mutuante la misma cantidad recibida.

Repútese mutuuario el que recibió la cantidad objeto del contrato, ya sea que se le haya entregado á él mismo en persona, ya

sea que de su orden y por su cuenta se haya entregado á otro; porque lo que por nuestra cuenta y orden se entrega á alguno, se reputa como que lo recibiésemos nosotros mismos; *arg. l. 180, ff. de reg. jur.*

Ejemplo: Si pido á Antonio que pague por mí mil duros á mi acreedor, y él se los paga, ó á mis instancias entrega á mi colono una fanega de trigo; yo quedo obligado á devolverle esas cantidades. Yo soy en realidad el mutuuario de ese dinero, ó de ese trigo, pues la orden de entregarlo *por mi cuenta* me constituye tal. Pero si le hubiese dado la orden de entregar una cantidad á José *no por mi cuenta* sino por cuenta del mismo José que necesitaba y estaba buscando á préstamo aquella cantidad, este será el verdadero mutuuario: yo seré solamente *mandator pecuniæ credendæ*, y en virtud de la orden dada á Antonio contraigo á su favor la obligacion *mandati*, accesoria de la *ex mutuo* que para con él mismo contrae José.

29. La accion que nace de la obligacion contraída por el mutuuario, es personal, y segun la naturaleza de tales obligaciones, tiene únicamente lugar contra el que contrajo la obligacion, es decir, contra el mutuuario y sus herederos ó sucesores universales, y no contra otras personas, por mas que se hubiesen aprovechado de la cantidad prestada.

Ejemplo: Asi si yo hubiese prestado á Juan una cantidad que él solo pedia para facilitarla á Pedro, por mas que realmente se la hubiese prestado, yo solo tendré accion contra Juan, de ninguna manera contra Pedro. Asi lo decide la *l. 15, cod. si cert. pet.*

ARTICULO II.

A FAVOR DE QUIEN CONTRAE EL MUTUUARIO SU OBLIGACION;
Y QUIENES PUEDEN INTENTAR LA ACCION
QUE DE ELLA NACE.

30 La obligacion que contrae el mutuuario, cede toda á favor del mutuante, y por consiguiente la accion que de ella deriva, solo á este pertenece, y únicamente él y sus herederos podrán intentarla.

El mutuante es aquel en cuyo nombre fué entregada la canti-