

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-

dad prestada, tanto si fué él mismo el que la entregó, como si lo verificó otra persona por él.

31. Aun cuando la cantidad que se entregó de orden mia á otra persona á quien queria prestarla, no me perteneciese á mi, sino al que la entregó, si este verificó la entrega en mi nombre, no por esto dejo de ser el mutuante; y aquel que recibió el dinero, quedó obligado para conmigo, y no para con el que se la entregó. Por consiguiente solo yo y mis herederos y sucesores tendremos el derecho de intentar la accion *ex mutuo*; asi lo enseña Ulpiano en las leyes 5 y 9, §. 8. *ff. de reb. cred.*

Nótese que en el caso en que hubiese dado á un tercero que nada me debía, la orden de entregar á Diego una cantidad de dinero que me habia pedido á préstamo, la entrega que verifica el tercero á Diego, encierra dos contratos de mutuo; el uno en virtud del cual yo presto á Diego una cantidad por ministerio de un tercero; y el otro por el cual ese tercero me presta á mi dicha cantidad, porque entregándola en mi nombre y por mi orden, es como si me la hubiese prestado á mi. Esta entrega encierra y representa dos, como que figura haber recibido yo primero el dinero, y entregádolo despues á Diego.

32. No solo se reputa que uno es el mutuante, cuando de su orden se ha entregado una cantidad de dinero á otro, sino tambien cuando esta entrega hubiese sido verificada en su nombre, por mas que sin su orden ni noticia siquiera. La obligacion del mutuuario en el último caso será válida y eficaz á favor de aquel en cuyo nombre se verificó la entrega, con tal sin embargo de que este ratifique despues el contrato. De este caso en que interviene la ratificacion debe entenderse el texto de la l. 9, §. 8, *ff. de reb. cred.*, donde dice Ulpiano: *Si nummos meos tuo nomine dederit velut tuos, absente te et ignorante, Aristo scribit acquiri tibi conductio-nem.* La razon está en que las ratificaciones tienen un efecto retroactivo, y equivalen á un mandato; *Ratihabitio mandato comparatur: l. 12. §. 4. ff. de solut.* Asi es que cuando aquel en cuyo nombre se verificó el préstamo lo ratifica despues, es lo mismo que si desde el principio se hubiese verificado por su mandato, y por consiguiente se reputa que él realizó el mutuo por ministerio de otro.

33. Si el ausente en cuyo nombre yo hubiese prestado el dinero, rehusase ratificarlo, la entrega del dinero no formaria un contrato de mutuo, porque no hay tal contrato entre el que recibió

ese dinero y el ausente que se niega á prestar su consentimiento á un contrato que no puede subsistir sin él: ni tampoco lo hay entre el que entregó el dinero á nombre de otro y el que lo recibió; ya que aquel no tuvo la voluntad de realizar un préstamo, sino la de interponer su ministerio para la realizacion de un préstamo que creia que el ausente habia de aprobar.

Exige no obstante la equidad que el que entregó el dinero pueda hacérselo devolver por el que lo recibió, ya que no puede reclamarlo del ausente que se niega á ratificar el préstamo. Para ello habian discurrido los jurisconsultos romanos dos medios. Era el primero que el ausente que no queria tomar de su cuenta el mutuo hecho en su nombre lo ratificase de cuenta y riesgo del que entregó el dinero, al solo efecto de ceder á este sin eviccion alguna la accion *ex mutuo*, á fin de poderla entablar de su cuenta y riesgo contra el que recibió el dinero.

Como podia suceder que el ausente no quisiese prestarse á tales medios, aunque nada habia de costarle este favor, se habia imaginado otro medio, y era el de dar *recta via* al que entregó el dinero una accion contra el que lo recibió para compelerle á la restitution. Esta accion no es la *civilis et directa conductio ex mutuo*, como si el que entregó el dinero hubiese realizado un mutuo. Asi lo enseña la l. 4. *cod. si cert. pet.*

En nuestra jurisprudencia en que son desconocidas las sutilezas, no cabe duda que cuando aquel en cuyo nombre se entregó el dinero, se niega á ratificar lo hecho en su nombre, el préstamo se entenderá verificado por el que entregó el dinero. Asi es que mientras espera la ratificacion, queda en suspenso la obligacion del mutuuario, la cual será á favor de aquel en cuyo nombre se prestó el dinero, si ratifica el contrato; y á favor del que la entregó, sino media la ratificacion.

34. Vamos á tratar ahora del caso en que uno que tuviese en su poder dinero ó cosas fungibles de mi pertenencia, las hubiese prestado en su nombre y como cosa propia sin mi consentimiento. No será válido el mutuo por falta de traslacion de dominio, segun lo hemos explicado antes; mas si la consumcion verificada de buena fé por el mutuuario hubiese restablecido el mutuo, la obligacion que este mutuuario contrae en fuerza de la consumcion de buena fé, de devolver una cantidad igual á la recibida, cede á favor del que prestó en su nombre, por mas que no fuese suya la co-

sa prestada. El mutuuario ninguna obligacion contrae conmigo cuya era la cosa, porque conmigo no ha tenido trato alguno, y los contratos solo producen obligacion entre los contraentes; asi es que ninguna accion tengo contra el mutuuario para recobrar el dinero que se le prestó y consumió de buena fé, á menos que el mutuante me cediese sus acciones; *l. 2, cod. si cert. pet.*

Los jurisconsultos romanos ponian una excepcion al rigor de este principio á favor de los menores: si el tutor ó curador hubiesen prestado en nombre propio dinero de estos, les concedian una accion util contra el mutuuario para obligarle á la restitution de una cantidad igual. El mismo privilegio habian concedido á los militares; *l. 26, ff. de reb. cred.*

Por nuestro derecho si alguno presta en su nombre dinero que me pertenece, no tendré en verdad accion directa contra el mutuuario para la restitution del dinero, pero podré embargárselo en su poder, y justificando que este dinero me pertenece, se le obligará á que me lo devuelva. Estos procedimientos hacen innecesaria la accion util que el derecho romano concedia á los menores y á los militares.

ARTICULO III.

CUAL ES EL OBJETO DE LA OBLIGACION DEL MUTUUARIO, Y DE LA ACCION QUE DE ELLA NACE.



PRIMER CASO.

35. Cuando es dinero lo que se ha prestado, la obligacion del mutuuario tiene por objeto una cantidad de dinero igual á la recibida, y cuyo pago puede exigir el mutuante en virtud de la accion *ex mutuo*.

36. Disputan los intérpretes, si el dinero prestado debe devolverse segun el valor que tiene al tiempo de verificar el pago ó segun el que tenia al tiempo de verificar el contrato. Entre nosotros el uso constante ha decidido que debe devolverse segun el valor que tenga al tiempo del pago. Fúndase nuestro uso en el principio de que en el dinero no se consideran los cuerpos ó piezas de moneda, sino el valor que el gobierno le da. *In pecunia non corpora quis cogitat sed quantitatem; l. 94, §. 1, ff. de solut.* Las piezas

de moneda son solo el signo público de este valor. *Ea materia forma publice percussa usum dominiumque non tam ex substantia præbet, quam ex quantitate, l. 1, ff. de contr. empt.*

De este principio se desprende que el objeto del préstamo como de los demas contratos no son las piezas de moneda, sino el valor que representan. Asi pues ese valor, mas bien que las piezas mismas, es lo que toma á préstamo el mutuuario, y por consiguiente este valor es lo que se obliga á devolver, y satisfaciéndolo cumple con su obligacion, por mas que el gobierno haya hecho un cambio en los signos que lo representan, por mas que, por ejemplo, la moneda corriente al tiempo del pago sea de mas baja ley y de menor peso, ó haya sobrevenido un aumento en las especies, por manera que baste un menor número de ellas para cumplir el valor recibido.

Preciso es sin embargo convenir en que el mutuante á quien se devuelve la cantidad prestada en especies que han recibido un aumento en su valor, siente un perjuicio por causa del mutuo que realizó; porque sobre que hubiera aprovechado el aumento de la moneda, si no la hubiese prestado y guardádola, siempre es cierto que el valor que recibe, solo *nomine tenus* es igual al que prestó, y que en cuanto al efecto este valor es menor, y en realidad se encuentra menos rico de lo que lo era con lo que prestó. Porque como los géneros y mercaderias aumentan de precio á medida que aumenta el valor de la moneda, con la cantidad ó valor que se le vuelve, no podrá procurarse las mismas cosas que hubiera podido comprar con el dinero que prestó. Tiene por consiguiente menos recursos, es menos rico, recibe solo *nomine tenus* el otro tanto de lo que prestó, como que en realidad se le devuelve menos.

No siempre puede decirse que el riesgo que corre el mutuante de perder el aumento sobrevenido en la moneda, si la hubiese conservado en su poder, se compensa con la ventaja de no exponerse á la pérdida de la rebaja en el valor, si hubiese rebaja en vez de aumento: porque tales puede ser las circunstancias en que se haga el préstamo, que mas bien deba esperarse aumento que rebaja en el valor de las monedas.

Por estas razones hizo Barbeyrac una distincion entre el verdadero mutuo, y el préstamo á interes. En este último opina dicho autor, que le basta al mutuuario devolver la misma cantidad prestada, porque percibiendo del préstamo un lucro, debe el que lo

hizo correr los riesgos de los perjuicios que pueda ocasionarle el aumento de valor de las monedas: pero pretende que debe ser de otra suerte en el verdadero mutuo gratuito: *cum iniquum sit officium suum cuique esse damnosum*. Esta opinion de Barbeyrac en cuanto á los préstamos gratuitos tiene algun viso de equidad, pero no es seguida en la práctica.

37. ¿Podria prestarse en vez de una cantidad abstracta de dinero un número fijo de ciertas monedas, como onzas de oro, con la obligacion por parte del mutuuario de restituir un número igual de ellas del mismo peso y ley, tanto si recibiesen aumento, como si recibiesen rebaja en su valor, y que si tales monedas fuesen al tiempo de devolverlas de menor peso ó ley, él supliria lo que faltase, de la propia suerte que se le recompensaria, si las piezas devueltas fuesen de mayor peso ó mejor ley?

Parece que este convenio es válido: no es en tal caso la cantidad lo que forma el objeto del mutuo, sino las piezas mismas, *ipsa corpora*; y por consiguiente debe devolverse un número igual de monedas del mismo peso y calidad. Sin embargo encuentro alguna dificultad en este pacto; porque al distribuir el gobierno las monedas á los particulares como signo del valor de todas las cosas, solo en este concepto pertenecen á los particulares, y solo en este sentido pueden ser objeto de los contratos de comercio, cual es el préstamo. No puede pues prestarse la moneda en sí misma sino solamente como signo del valor que quiso el gobierno hacerle representar, y por consiguiente el mutuante solo puede obligar al mutuuario á restituírle este valor, debiéndose desestimar todo pacto que se opusiese á esto, como contrario al derecho público y al destino que el gobierno dá á la moneda.

A consecuencia de este principio cuando el gobierno ordena una nueva acuñacion de moneda, y que solo las piezas de nuevo cuño tengan curso, los particulares tienen obligacion de llevar las monedas antiguas á las casas de moneda ó á los cambistas públicos, para convertirlas en las de nuevo cuño, porque como estas piezas solo pertenecen á los particulares en calidad de signos del valor que el gobierno quiso que representasen, desde el momento en que quiere este que no sean las antiguas piezas de moneda sino las nuevas las que sean los signos representativos de las cosas, pierden ellos el derecho de retener las primeras que deben devolver al gobierno para que les dé en su lugar otras nuevas.

Contra lo que acabamos de decidir sobre no poderse válidamente convenir en un mutuo de dinero que las especies en que ha de ser devuelta la cantidad prestada, serán pagadas no segun el valor que tengan al tiempo del pago, sino segun el que tenian al tiempo del préstamo, se opondrá que este pacto es admitido por lo que hace á las letras de cambio. A esto respondo que el contrato que se hace por medio de una letra de cambio, es muy diferente del contrato de mutuo. Aquel es una permuta por la cual el que recibe la letra cambia las monedas que entrega al tirador, por aquellas que le serán entregadas en el lugar en que la letra deberá satisfacerse. No hay, pues, paridad ni argumento de uno á otro caso.

38. El mutuante puede asimismo pedir los intereses del dinero prestado desde el día en que su deudor incurrió en demora de devolvérselo. Véase el *Trat. de las oblig. n. 170, y sig.*

SEGUNDO CASO.

39. Cuando el objeto del préstamo es una cantidad de cosas fungibles que no son dinero, el objeto de la obligacion del mutuuario es una cantidad igual de cosas del mismo género y calidad, cuyo pago puede exigírle el mutuante por medio de la accion *ex mutuo*.

No basta devolver la misma *cantidad*; es preciso que la cosa devuelta sea de la misma *calidad* que la prestada. Asi si yo hubiese prestado á Juan una cuba de buen vino rancio de Jerez, deberá devolverme igual cantidad de vino rancio de Jerez, de la misma bondad. Asi lo enseña Pomponio *l. 3, ff. de reb. cred.*

40. El mutuuario será condenado á devolver la cosa prestada en igual cantidad y bondad, ó en su defecto la estimacion de la misma. Si en el contrato se señala el tiempo y lugar en que debe verificarse el pago, para regular dicha estimacion deberá tenerse en cuenta el precio que la cosa tiene en aquel tiempo y en aquel lugar. Si no hubiese lugar ni tiempo señalados, á tenor del derecho romano deberá hacerse la estimacion, segun el precio que tiene la cosa al tiempo de la demanda, y en el lugar en que esta se presentó. Esta es la decision de Juliano en la ley 22, *cod.*

41. Esta decision tiene lugar cuando el mutuuario no ha incurrido en demora de devolver la cosa, ó cuando luego de presentada la demanda convinieron las partes que para su reciproca co-