

esta convencion es válida, y por tanto que aquel á quien se prometió hacer un préstamo tendrá accion para reclamar que se haga efectivo y que se le entregue la cosa prometida; pero el verdadero préstamo no se entenderá constituido sinó mediante la entrega misma de la cosa que se ofreció, y hasta entónces no nacerán los derechos y obligaciones á que da lugar el contrato de que nos ocupamos.

El contrato de préstamo es de dos clases: *mutuo* y *comodato*.

El primero consiste en la entrega de dinero ú otras cosas fungibles.

El segundo se constituye por la entrega de una cosa no fungible.

El comodato es un contrato gratuito. En el mutuo pueden prestarse intereses, como veremos oportunamente.

## CAPÍTULO II

### DEL MUTUO

Artículo 1670.—El que recibe en préstamo dinero ú otras cosas fungibles adquiere su propiedad y sufre la pérdida ó menoscabo que experimenten.

#### ORIGENES

Leyes 1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup>, 8.<sup>a</sup> y 10, tit. I, Partida 5.<sup>a</sup>

#### CONCORDANCIAS

Concuerta con: Arts. 1892 y 1893, Cód. Francia.—1820 Italia.—1523 Portugal.—1792 Holanda.—2882 Luisiana.—1904 Bolivia.—1515 Neufchatel.—1377 Vaud.—983 Austria.—3.<sup>o</sup>, cap. II, lib. IV, Baviera.—Ley 2.<sup>a</sup>, tit. I, libro XII, Digesto.

#### JURISPRUDENCIA

Segun lo dispuesto en la ley 10, tit. I, Partida 5.<sup>a</sup>, el que no entrega la cosa prestada á la sazón que debía, está obligado á pechar los daños y menoscabos que recibió el dueño en demandar la cosa que prestó (Sent. 29 Abril 1868).

#### COMENTARIO

Consideraron los juriconsultos romanos dos clases de contratos, unos onerosos, otros de beneficencia. Entre estos últimos, cuyo fundamento está en la piedad, se halla el mutuo. Era, pues, éste un contrato de gracia, de confrater-

idad y de mutuo auxilio entre los hombres. Por desgracia, se ha llegado al abuso en esta materia, y este contrato, en vez de llevar el socorro á la miseria, ha sido el medio más eficaz de explotarla.

El mutuo por su naturaleza es gratuito: mas esto no es de esencia en el mismo; así es que en mayor ó menor cantidad hase consentido, siempre que se pacte un interes ó precio del servicio prestado.

Hase discutido por algunos si en el contrato de mutuo se trasferia al mutuuario la propiedad de la cosa prestada, ó solamente su uso.

Con arreglo á nuestra ley escrita, la cuestion carece en absoluto de importancia, porque la ley de Partidas expresa terminantemente: *Otro si dezimos que luego que es passada la cosa á poder de aquel á quien es prestada, puede hacer della lo que quisiese, bien así como de lo suyo.*

Consecuencia de este principio es: primero, que el mutuuario sufre el daño que experimente la cosa prestada, por el conocido principio de que las cosas se empeoran y pierden para su dueño. Segundo, que el mutuuario no presta ninguna culpa, pues nadie la presta en cosas propias.

La primera de estas reglas se consigna en la ley con estas palabras: «Tal fuerza ha el préstamo que los omes fazen vnos á otros de las cosas que se pueden contar, pesar ó medir, que luego que pasa la cosa á poder de aquel á

quien le fué prestada, que maguer la quemé fuego ó la leue agua, ó la furten ladrones, ó la pierdan, ó la pierda por otra manera qualquier, por de aquel se pierde que la rescibe prestada, ó non por el otro que la prestó.»

El mutuuario no presta culpa de ninguna clase, lo cual se apercibe con sólo tener presente que su obligacion consiste en devolver otro tanto como le fué prestado, con tal que sea de la misma calidad: «tenudo es de dar á aquel que gela prestó, otra tanta, é tal, é tan buena como aquella que le prestó, maguer ninguna de estas cosas non dixesse señaladamente el que la emprestasse.»

Hemos dicho que el préstamo mutuo ha de consistir precisamente en dinero ú otras cosas que sean fungibles.

Las cosas que se consumen por el uso reciben el nombre de cosas fungibles; pero es necesario hacer una distincion. En primer lugar, el uso de las cosas puede destruirlas poco á poco, como los muebles ó los vestidos, ó puede destruirlos de una sola vez, como sucede con los alimentos. Esta última clase de objetos, cuya destruccion es inmediata al uso, son los que propiamente reciben aquella denominacion. Mas entre estos objetos señalan los autores dos clases de consumo, que distinguen con los nombres de consumo natural y civil: en el primer caso los objetos se destruyen realmente: en el segundo no sucede así, pero cambian de formas, de aplicacion, ó se hacen incapaces de un uso diverso, como sucede con el dinero que circula, ó con el papel que se destina á ser escrito. Cualquiera de estas cosas puede ser objeto de mutuo.

Existen tambien otras cosas que pueden ser ó no ser fungibles, y por consiguiente objeto del mutuo, segun el uso á que se destinen. Así observa Eseriche, que no será mutuo el préstamo de un caballo, pero que los animales se convierten en cosas fungibles cuando se destinan á la matanza, y pueden, por lo tanto, ser objeto de mutuo. Así es que un cortador puede tomar prestado de otro cortador un carnero que quiere matar para el abasto de un pueblo, con la obligacion de restituir otro carnero de la misma calidad.

Artículo 1671.—El mutuuario está obligado á devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad, en el tiempo y lugar que hubieren convenido.

#### ORIGENES

Ley 2.<sup>a</sup>, tit. I, Partida 5.<sup>a</sup>

#### CONCORDANCIAS

Concuerta en parte con: Art. 1992, Código Francia.—1819 Italia.—1507 Portugal.—1791 Holanda.—653, part. 1.<sup>a</sup>, tit. XI, Prusia.—983 Austria.

#### COMENTARIO

La obligacion que consignamos en este artículo queda explicada suficientemente en el anterior.

El modo, forma, lugar y tiempo en que esta restitucion haya de tener lugar, así como todo lo demas que modifique esta obligacion del mutuuario, es objeto de los artículos siguientes.

Artículo 1672.—A falta de pacto que determine el tiempo para la restitucion, se deberá hacer á voluntad del prestamista, siempre que hayan trascurrido diez días desde que el préstamo se hizo.

#### ORIGENES

Ley 2.<sup>a</sup>, tit. I, Partida 5.<sup>a</sup>

Ley 8.<sup>a</sup>, tit. I, Partida 5.<sup>a</sup>

Ley 4.<sup>a</sup>, tit. XVI, lib. III, Fuero Real.

#### CONCORDANCIAS

Concuerta en parte con: Art. 1900, Código Francia.—1826 Italia.—1797 Holanda.—Ley 14 de *regulis juris*.

#### JURISPRUDENCIA

Los plazos que se conceden al deudor para devolver la cantidad que recibe en mutuo, es un derecho estipulado á su favor para facilitarle el cumplimiento del contrato, y por consiguiente está autorizado para renunciarlo, devolviendo la cantidad que debe, sin que por esto exista novacion de contrato (Sent. 11 Diciembre 1857).

Si se dejase á la voluntad del deudor interpretar la significacion de la palabra «comodidad» puesta en un documento de reconocimiento de un préstamo para la devolucion en entregar parciales de la suma prestada, podia creerse au-

torizado para no pagar la cantidad del préstamo alegando que nunca tenía comodidad para verificarlo, burlando por este medio el derecho del prestamista y haciendo ilusoria la obligación de pagar lo que había prometido (Sent. 14 Marzo 1871).

El que reconoce por medio de su firma, en documento privado, que ha recibido una cantidad á préstamo y ha prometido pagarla, debe obligarse al pago, toda vez que el que promete, aunque lo haya hecho voluntariamente, puede ser obligado á cumplirlo, segun dispone la ley 13, tit. XI, Partida 5.ª, que trata de las promesas «maguer no sean puestas en ellas día cierto ó lugar, vale la tal promision et el juez del lugar deue asmar segund su albedrío fasta quanto tiempo seria cosa guisada poder cumplir lo que prometió» (Sent. 14 Marzo 1871).

Segun la ley 8.ª, tit. I, Partida 5.ª, el que recibe alguna cosa en préstamo está obligado á pagarla en el día que se hubiese señalado en el contrato (Sent. 16 Enero 1872).

Fundándose la demanda en la obligación suscrita por el deudor, quien reconoció judicialmente su firma y en la que despues de confesar haber recibido del demandante una cantidad se comprometió á devolvérsela á su satisfaccion á los cuatro años de término, ó en su defecto á transmitir el dominio directo de las fincas que designaba, otorgándole la correspondiente venta; estando vencido el plazo y no pagada la cantidad expresada, dicho demandante tenía su derecho expedito para reclamarla contra los herederos del deudor. La sentencia que absuelve á los demandados de tal demanda infringe la mencionada ley 8.ª, tit. I, Partida 5.ª (Sent. 16 Enero 1872).

El que recibe una cantidad á condicion de devolverla cuando se la reclame el prestamista, queda obligado al cumplimiento de lo pactado (Sent. 24 Febrero 1872).

Si bien la ley 8.ª, tit. I, Partida 5.ª, dispone que las cosas prestadas se paguen el día convenido, esto se entiende cuando el deudor no tiene excepcion alguna que oponer al cumplimiento del contrato, y bajo tal concepto dicha ley contiene sólo una regla ó precepto para evitar el perjuicio que podía seguirse al acreedor si el mutuario fuese árbitro de fijar el tiempo de pagar; siendo, por consecuencia, inaplicable al caso en que se trata de la procedencia de una excepcion que la ley autoriza, y en virtud de la cual se absolvió de la demanda al deudor (Sentencia 6 Octubre 1874).

La ley 13, tit. XI, Partida 5.ª, sobre el tiempo en que debe ser cumplida la promision, y la doctrina del Tribunal Supremo, segun la que, cuando en un contrato de mutuo no se hubiera fijado día cierto para la devolucion de la cantidad entregada, debe estarse á lo establecido por aquella ley, de que en los casos de no haberse pactado término para el cumplimiento de una obligación de esta clase, el juez señalará plazo, segun su albedrío y circunstancias del compromiso; se cumplen exactamente, cuando no teniendo plazo la promision, se señala el de nueve días desde que la sentencia sea firme (Sent. 18 Diciembre 1877).

## COMENTARIO

No era posible que el legislador dejase que el prestatario devolviera la cosa prestada en un plazo indefinido, cuando no hubiere recaído pacto acerca de este extremo, pues equivaldría á hacer ilusorio el derecho del mutuante. Por esta razon dispone que, *si el plazo non fué puesto, debe gela dar á voluntad del que la prestó, diez dias despues que fué prestada.*

Parece por el texto de la ley que, otorgado el mutuo sin designacion de día en que debiera hacerse la devolucion del dinero, tan luego como sean trascurridos diez días, ha de hacerse la devolucion si el mutuante lo reclamare. No es ésta, sin embargo, la interpretacion dada por la jurisprudencia. Segun ésta, á los diez días puede reclamar la devolucion el prestamista, y no ántes, y una vez hecha la reclamacion, se observará lo dispuesto en nuestro artículo 1248 (Tom. II, pág. 42), ó sea la ley 13, tit. XI, Partida 5.ª, es decir, que el juez señalará segund su albedrío fasta quanto tiempo seria cosa aguisada para poder cumplir lo que prometió aquel que se obligó. *E si entendiere que tanto tiempo es ya pasado de que fizo la promision, que la pudiera auer complida si quisiesse, deuele apremiar que la cumpla luego fasta tiempo cierto; señalando vn dia cierto que el tuviesse por guisado á que faga lo que assi prometió.* (Véase la jurisprudencia de este artículo.)

Cuando se haya dejado la designacion del plazo á la comodidad del mutuario, se observará lo declarado por la sentencia del Supremo Tribunal de 14 de Marzo de 1871, que copiamos en su lugar, pues de otro modo podría el mutuario alegar que nunca tenía comodidad para efectuar el pago, viniendo á ser ilusorio el derecho del mutuante.

Han discutido los intérpretes acerca de si habiéndose prefijado término para la restitution de lo prestado, podrá el mutuuario verificar ántes de este tiempo la restitution.

Dada la naturaleza del préstamo, es en nuestro sentir válida la restitution hecha ántes de cumplido el término, y por ella se liberta el mutuario de pagar más réditos ó intereses.

En algun caso, no obstante, expresan los autores que pudo haberse contraído el préstamo en beneficio exclusivamente del acreedor. Mas esto sería desnaturalizar por completo el contrato, porque el mutuo por su naturaleza es una manera de gracia otorgada en obsequio y auxilio del mutuario. (Véase lo resuelto por sentencia de 11 de Diciembre de 1857.)

En cuanto al lugar en que deba hacerse la restitution, en el artículo precedente hemos dicho que debe efectuarse allí donde se hubiere convenido. A falta de convenio, debe distinguirse si el pago se hace á instancia del acreedor ó *motu proprio* por el deudor. En el primer caso, el mutuante deberá entablar su reclamacion en el lugar competente, con arreglo á las leyes de procedimiento. En el segundo caso se sustentan diversas opiniones. Voet dice que será en el lugar mismo en que se celebró el contrato; mas Pothier distingue entre el préstamo en dinero y el préstamo en otros géneros, optando por el domicilio del deudor en el primer caso, y por el lugar del contrato en el segundo.

Artículo 1673.—Cuando sea imposible restituir otro tanto de la misma especie y calidad entregará el deudor su precio regulado por el que tenía la cosa prestada en el lugar y tiempo en que deba hacerse la restitution, conforme á lo dispuesto en el artículo anterior.

## ORIGENES

Ley 8.ª, tit. I, Partida 5.ª.

## CONCORDANCIAS

Concuerda con: Ley 22, tit. I, lib. XII, Digesto.

## COMENTARIO

Esta ley ha dado lugar á diversas dudas. En primer lugar, ¿de qué clase de imposibilidad habla la ley? ¿Será preciso que la imposibilidad

sea absoluta? El Sr. Gutierrez, que cita como de su opinion á Doneau, Cujas y Troplong, entiende que no ha de ser necesaria una imposibilidad absoluta, bastando para los efectos de esta ley que revista ciertos caracteres de gravedad, como si tuviere que procurarse la cosa que hubiere de restituir, por un precio inmenso.

¿A qué tiempo y lugar deberá atenderse para hacer la estimacion? Si acerca de este particular hubiere pacto expreso, deberá cumplirse; en otro caso la regulacion del precio se hará en el tiempo y lugar en que hubiera de hacerse la restitution de la cosa.

Artículo 1674.—En los préstamos constituidos en dinero por cantidad determinada, estará obligado el deudor á restituir igual cantidad numérica que recibió, con arreglo al valor legal de la moneda al hacerse el pago.

En los préstamos que se constituyeren en monedas específicamente determinadas, deberá hacerse el pago en la misma especie de monedas, ú otras del mismo valor, peso y ley de las que se prestaron.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores se entenderá sin perjuicio de cualesquiera pactos en contrario.

## ORIGENES

Ley 18, tit. I, lib. X, Nov. Rec. (1642).

Art. 392, Cód. de Comercio.

## JURISPRUDENCIA

No siendo, cuando se trata de préstamos de dinero ó de otros valores equivalentes, la especie de la cosa prestada lo que propiamente constituye la materia ú objeto del mutuo, como sucede en el de las otras cosas fungibles, sinó el valor numérico que la moneda ó el papel del Estado representa, la obligación que al mutuario corresponde en esta clase de contratos es la de devolver la suma ó cantidad numeraria en ellos expresada, cualquiera que sea el aumento ó depreciacion que así dicha moneda como el referido papel hayan podido tener, á no ser que se hubiese pactado lo contrario (Sent. 27 Octubre 1868).

## COMENTARIO

Los préstamos en metálico se rigen por reglas especiales. La ley 18 recopilada, que citamos, no establece precisamente la misma doctrina que este artículo. Mas con arreglo al artículo 392 del Código de Comercio, la costumbre admitida y las opiniones de todos los autores, esta es la doctrina y práctica vigentes. En efecto, prestada una cantidad de 500 pesetas, lo que se debe es esta cantidad, por más que si el préstamo se constituyó en monedas cuyo valor fuere de 20 reales, se alterase después su valor ó su ley, llegando á valer 21: *in pecunia non corpora quis cogitat, sed quantitatem*.

Más cuando el préstamo se constituyó en monedas específicamente determinadas, se demuestra la intencion de las partes de restituir otras del mismo peso, valor y ley, porque de no ser ésta la intencion de las partes, sería ocioso que hubieren especificado la moneda, y acaso determinado su ley y demas condiciones.

Cuando el préstamo se constituyera en papel del Estado ú otros valores equivalentes, se observará la misma regla. Así, pues, constituido un préstamo en láminas por un capital nominal determinado, el mutuuario deberá restituir el mismo capital nominal, cualquiera que sea la diferencia entre la cotizacion del tiempo en que el préstamo se constituyó y la del en que haya de efectuarse el reembolso; pues del mismo modo que en el préstamo á metálico el aumento y pérdida de la moneda son de cargo del mutuuario, es de cargo del mismo la estima ó depreciacion de los valores en que se constituyó el mutuo.

En cuanto á los cupones que van unidos al papel del Estado, Gutierrez hace la siguiente distincion: si el préstamo es á interes, el prestatario deberá restituir, no sólo el capital, sino la renta devengada en el tiempo de su duracion, interes que puede ser el mismo de los cupones ó mayor; pero si fué mutuo, el prestatario habrá hecho suya la renta, ésta fué su beneficio, cumplirá sus deberes respecto al dueño devolviéndole liso y neto el capital.

Artículo 1675.—El mutuuario está obligado á satisfacer la pena pactada en el contrato si no lo cumplió exactamente, ó á satisfacer los daños y perjuicios que su incumplimiento ocasiona al mutuante si no se pactó pena.

## ORIGENES

Ley 10, tit. I, Partida 5.<sup>a</sup>

## COMENTARIO

El precepto de la ley de Partida, que autorizaba libremente todo pacto que se uniere al préstamo en que se pactare pena para el deudor moroso, fué modificado por las leyes 21 y 22, tit. I, lib. X, Nov. Rec., que dieron la consideracion de intereses á todas las prestaciones que se otorgaren en favor del acreedor, y los sujetó, por lo tanto, á la tasa legal del interes que en las mismas leyes se establecía. La razon de lo dispuesto en dichas leyes es la misma que da Goyena explicando el art. 1651 del proyecto de Código, en que se consigna idéntica doctrina: «no debe ser permitido por medios indirectos ó simulados más ni menos que lo permitido por los directos y leales.»

Pero dictada la ley de 1856, que abolió la tasa del interes, la ley de Partidas recuperó todo su valor, sin limitacion ni traba de ninguna especie; así es que la doctrina vigente hoy es la consignada en este artículo, advirtiendo que la graduacion de la pena es completamente libre.

Gregorio Lopez dice que resultando la pena exorbitante en relacion á la falta, aquélla no debería cumplirse. Después de la ley de 1856, que estudiaremos luégo, no nos parece sostenible esta interpretacion.

Y sin embargo, es un hecho positivo que de estas penas se ha abusado con verdadero escándalo. Nosotros hemos tenido noticia de un caso en que se prestó la suma de treinta duros á un interes crecidísimo, pactándose ademas la pena de veinticinco duros por cada día de los que trascurrieren sin hacer el pago, despues de vencido el breve término que se estipuló; el resultado fué que, finalizado este término, no pudo el deudor satisfacer toda la deuda; por consiguiente comenzó á correr la pena, y ántes de los ochenta días la deuda importaba más de dos mil duros, sin contar con los intereses, que eran cuantiosísimos.

Artículo 1676.—Cuando el mutuo se hubiere contraído por medio de apoderado, todas las obligaciones y responsabilidades á que se refieren los artículos anteriores pesarán sobre el mandante.

La misma responsabilidad adquiere el dueño de una tienda por el préstamo que contrató la persona que tuviere al frente de la misma, si obró con mandato de aquél, y aunque no hubiere mediado mandato, si se convirtió en su utilidad.

## ORIGENES

Ley 7.<sup>a</sup>, tit. I, Partida 5.<sup>a</sup>

## COMENTARIO

Lo prevenido en el primer párrafo de este artículo es consecuencia lógica de cuanto dijimos en el título de mandato.

En cuanto al párrafo segundo, su doctrina debe observarse, sin perjuicio de lo que se halle establecido ó en adelante se estableciera en las leyes mercantiles.

Artículo 1677.—El mutuuario no estará obligado á restituir al mutuante la cantidad cuya entrega conste únicamente por documento suscrito por aquél, á no ser que hubiere renunciado este derecho en el mismo documento, ó si el acreedor justificase por otro medio la entrega efectiva del dinero.

En cumplimiento de lo prevenido en el párrafo anterior, el mutuuario puede reclamar la devolucion de aquel documento, ó excepcionar que no ha recibido el dinero, salvo en uno y otro caso la prueba del acreedor.

Las facultades conferidas al mutuuario en este artículo prescriben á los dos años.

## ORIGENES

Ley 9.<sup>a</sup>, tit. I, Partida 5.<sup>a</sup>

## JURISPRUDENCIA

Lo dispuesto en la ley 9.<sup>a</sup>, tit. I, Partida 5.<sup>a</sup>, que establece la excepcion de *non numerata pecunia*, no puede referirse á los débitos consignados en escritura pública y en la especie de granos (Sent. 11 Junio 1869).

La excepcion *non numerata pecunia*, opuesta oportunamente contra el tenedor de un vale,

impone á éste la obligacion de probar la realidad de la entrega ó préstamo en el mismo documento consignado (Sent. 3 Julio 1869).

Cuando no se opone en tiempo la excepcion *non numerata pecunia*, no son aplicables la ley 9.<sup>a</sup>, tit. I, Partida 5.<sup>a</sup>, ni la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, referente al término, dentro del cual puede intentarse dicho remedio (Sent. 9 Octubre 1869).

Lo dispuesto en la ley 9.<sup>a</sup>, tit. I, Partida 5.<sup>a</sup>, respecto á los medios de que *aquel que ouiesse otorgado que rescibiera alguna cosa emprestada se puede amparar si gela demandassen*, se refiere exclusivamente al caso en que no le fuese entregada (Sent. 23 Mayo 1867).

No se infringen las leyes 1.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup>, tit. XIV, lib. II del Digesto, 1.<sup>a</sup>, tit. II, y 7.<sup>a</sup>, tit. XXVIII, lib. IV del Código, y la doctrina del Tribunal Supremo relativa á esta materia, cuando la Sala sentenciadora se ha conformado á ellas al apreciar, en vista de las alegaciones y pruebas de las partes, que entre demandante y demandado no medió contrato de préstamo, y que en todo caso, entablado por el primero, entre otras, la accion del dinero no contado dentro del bienio legal, el acreedor no habia justificado como le competía la entrega del dinero que expresa el pagaré (Sent. 3 Marzo 1876).

## COMENTARIO

Hé aqui las palabras de la ley: «Fiuza é esperanza facen los omes á las vegadas unos á otros de se emprestar alguna cosa: é aquellos á quien facen esta promesa, facen carta sobre sí, ante que sean entregados de ella, otorgando que lo han rescibida, é despues acaesca que les facen demanda sobre esta razon: bien assi como si les oviesen fecho el prestido verdaderamente. E quando tal cosa como esta acaesciese, dezimos que este que fizo la carta sobre sí, deue esto querellar al rey ó algunos de los otros que juzgasen en su logar: como aquel que le prometió de prestar marauedis, non gelos quiso prestar, nin contar, nin dar, é deue pedir que le mande dar la carta que tiene sobre él, de los marauedis que le prometió de prestar. E si se callare, que lo non muestre assi, ante que dos años pasen. despues que fizo la carta, dende en adelante non podria poner tal querella. E si gelos demandasse despues, seria tenuto de darle los marauedis, bien assi como si los ouiese rescibido. E si ante que los dos años se cumpliesen, lo querellare, segun que es sobredicho. non se-