

## CUESTIONES SOBRE EL « MUTUO »

---

Sr. Rector, Sr. Decano, señores Profesores, señores:

Debo agradecer los conceptos elogiosos que me ha dedicado el maestro, profesor José Ma. Martinoli, los cuales son más bien hijos del afecto que me profesa que de mis merecimientos.

---

Quizá, por arcaico, parezca fuera de lugar este tema, que no me hubiera atrevido a desarrollar a no haberme entusiasmado, talvez sin motivo, con el choque de dos opiniones encontradas, que hallé en las Pandectas y que surge después en los códigos modernos, aunque no de manera tan clara, en cuanto a la oposición se refiere.

Creo necesario, antes de entrar al fondo de la cuestión que me propongo desarrollar, hacer una breve reseña histórica sobre el contrato de préstamo, para demostrar que en Derecho nada se improvisa, y que, por el contrario, todas nuestras instituciones jurídicas se han ido gestando lentamente y evolucionando hasta adquirir la relativa perfección en que las encontramos.

El préstamo parece ser el contrato más antiguo consagrado por la ley romana. Diversas causas le habían hecho una necesidad para una clase de ciudadanos.

Los plebeyos, que no tenían para atender a su subsistencia sino lo que pudieran sacar de su "heredium", se veían constantemente obligados a recurrir al patricio, que encontraba en la explotación de las tierras gentilicias y en las del dominio público una fuente abundante de recursos.

Las continuas guerras, hacían más miserable la situación del plebeyo. Mientras que el ciudadano rico hacía cultivar sus tierras por los esclavos, durante su ausencia, el fundo del pobre permanecía inculto, y de retorno del campo de batalla se veía obligado a pe-

dir préstamos, para limpiar su pequeño “heredium” y pagar los impuestos.

Una mala cosecha, bastaba para que no pudiera liberarse. Si por el contrario la cosecha era buena, la abundancia general traía como consecuencia la baja de los precios. Más pronto o más tarde el prestatario, despojado de todos sus bienes, estaba destinado a ir a la casa de su acreedor para aumentar el número de los prisioneros por deudas.

Esto constituía un peligro para el orden público, mucho más agravado por la dureza de los prestamistas. La plebe protesta contra el rigor con que los patricios hacían valer sus derechos, y se hace este contrato objeto de incesantes reclamaciones.

## FORMA PRIMITIVA

### EL CONTRATO “PER AES ET LIBRAM”

La palabra “nexum”, tenía una doble acepción. En un sentido amplio designaba todo acto “*per aes et libram*” ya fuese este acto traslativo de propiedad, creador de obligaciones o liberatorio de una deuda. En una acepción estrecha pero más usual, designa el medio de obligarse por el cobre y la balanza.

La forma, en nada difería de la mancipación. Los dos actos distinguíanse únicamente por la declaración de las partes, realizada en el acto de pesar el cobre, ya fuera real o simbólica esta pesada, según la época.

El efecto del “nexum”, era obligar al deudor a someterse eventualmente al acreedor hasta el completo pago. El deudor que a la época del vencimiento no pudiera liberarse de su deuda, debía ponerse a disposición del acreedor y trabajar para él como un esclavo.

Esta consecuencia surgía del contrato, por la declaración que debía hacer el que se obligaba, pues dicha declaración contenía una “*damnatio*”.

Según Mitteis, “*Damnas esse*” significa simplemente ser deudor, pero los textos distinguen el “*reus*” del “*damnatus*”. *Voti reus vocatur, qui suscepto voto se obligat, damnatus autem qui promissa non solvit*. Aquel que ha hecho un voto debe ejecutar su com-

promiso sin plazo, puesto que los dioses han satisfecho su pedido, si no lo hace, queda librado a la discreción de la divinidad (“*voti damnatus*”).

Para salir de ese estado no basta satisfacer ulteriormente la promesa, sino liberarse inmediatamente (“*religione se exolvere*”).

Según otros autores, el derecho a los servicios del deudor, supone un arreglo hecho después de la “*abductio*”; el acreedor renunciaría al derecho de matar a su deudor, quien por su parte se compromete a trabajar en beneficio del acreedor (Girard):

Esto está contradicho por varios textos, desprendiéndose de ellos, que el derecho a los servicios resulta directamente del contrato. El prestatario debe pagar o *se nexum dare*, en la misma forma que el padre de familia cuyo hijo o esclavo hubiere cometido un delito, debe pagar el daño o *filium noxae dare*.

La sanción del préstamo era rigurosa. Si el deudor no pagaba, y se rehusaba a prestar sus servicios, el acreedor recurría a la “*manus iniectio*”, pero esta ejecución se hacía en virtud del contrato mismo, sin necesidad de juicio.

La primera ley que restringe este derecho excesivo de los acreedores es la Ley Poetelia del año 428, que ordena la libertad de todos los “*nexi*”, prohibiendo, además, se les cargue de cadenas y de grillos.

Esta ley fué el punto de partida de una nueva era, y una de las razones por las cuales dejó de practicarse el “*nexum*”. Trajo, además, esta ley una consecuencia de suma importancia, pues por primera vez se hace la distinción entre los delitos y los actos no delictuosos; distinción que se precisa más tarde entre las obligaciones que resultan de un delito y aquellas que tienen por fuente un contrato.

#### LOS INTERESES

Sólo de paso y a simple título de información tocaré este tema muy debatido y manoseado y en el que no se prueba otra cosa sino el juego mantenido desde tiempos remotos entre el Estado, que trata de prohibir las altas tasas de interés, y los prestamistas, que se burlan por mil medios de esas prohibiciones para sacar el mayor provecho de sus capitales.

Antes de las Doce Tablas, los intereses los fijaban las partes sin restricción alguna, pero la ley vino a restringir una libertad de la cual se abusaba, limitando la tasa del interés a la doceava parte del capital prestado (“*unciarum foenus*”) por año.

La sanción era rigurosa, y al acreedor que se le probara haber percibido intereses usurarios incurría en la pena del cuádruplo.

A fines del siglo IV de Roma, se ensayan diversos recursos para mejorar la situación de los deudores. En el año 387 la Ley Licinia Sextia, dispensa a los deudores el pago de los intereses vencidos y no pagados. Los tribunos Duilius y Marcius hicieron votar, en el año 397, una ley reduciendo el interés al “*unciarium foenus*”. Sin duda, porque se había tolerado la elevación de la tasa legal después del incendio de Roma. En el año 407 la tasa fué reducida a la mitad (“*lex semiunciaria*”), concediendo a los deudores que pagaran de inmediato una cuarta parte de la deuda, la facultad de pagar el resto en tres años de plazo.

En el año 403, el Estado nombra una comisión de cinco miembros (*mesarii*) encargados de conceder créditos. La creación de un Banco de Estado se hizo bajo la República como una medida excepcional y temporaria; lo mismo que bajo el Imperio, pues Tiberio, en el año 33 de nuestra era, autorizó préstamos a los patricios hasta cubrir la suma de 700 millones de sextercios. Estos préstamos fueron sin interés y pagaderos en tres años, debiendo el deudor garantizar su deuda con inmuebles del doble valor que el préstamo acordado. Por último la Ley Genucia del año 412, adopta una medida más radical y prohíbe el préstamo con interés.

Apesar de la ley, el préstamo con interés se sigue practicando, pues entonces como ahora resultaba imposible impedir a los que tienen necesidad de dinero sufrir las condiciones impuestas por los prestamistas, los cuales nada tenían que temer, mientras no se les probara la usura. ¡Y esto es tan difícil!!

En la época posterior, una frase de Cristo impide a los cristianos prestar a interés “*Mutuum date, nihil inde esperante*”, dijo el Maestro.

La prohibición de prestar con usura aparece en el Derecho Canónico, que lo castiga como pecado. En la legislación civil comienza la prohibición en la época de Carlomagno y se mantiene hasta la Revolución.

La prohibición del préstamo a interés — dice Planiol, muy acertadamente, en el tomo II de su obra, página 653 — es una de las tantas leyes que están destinadas a ser violadas y para conseguir esta violación se han inventado una cantidad de contratos especiales, que ocultan siempre, bajo distintos aspectos, un préstamo y unos crecidos intereses.

Los principales contratos de esta clase son: La constitución de venta, el contrato pignoraticio, la venta con pacto de retroventa, el contrato mohatr y la "morte gage".

El detalle de todos estos contratos puede verse en Planiol, tomo II, pág. 653.

Pero, además de todos estos medios, hay uno constantemente empleado y mucho más sencillo, que consiste simplemente en hacer un documento, acusando mayor cantidad que la entregada en préstamo. Sencilla estratagema que burla constantemente la ley, impidiendo obtener la prueba de la usura y pudiendo llegar ésta a increíbles excesos.

#### “EL PRÉSTAMO GRATUITO”

Al mismo tiempo que se practicaba el préstamo a interés, hecho en forma de "nexum", aparece a mediados del sexto siglo de Roma otra clase de préstamo, el "mutuum"; préstamo de dinero o de cereales, hecho sin formalidades, como un servicio de amigos.

Durante mucho tiempo no tuvo valor jurídico, se confiaba en la buena fe del acreedor.

La sanción que más tarde se le dió, fué obra de los prudentes, considerando la falta de pago como enriquecimiento sin causa y aplicando, por lo tanto, la acción creada por las leyes Silia y Calpurnia.

No tardó el mutuo en hacerse la forma más usual de préstamo. La jurisprudencia favoreció su desarrollo, dando efecto jurídico a la convención que acompañaba la tradición de la cantidad prestada. Cuando esta convención se hizo con el fin de hacer nacer la obligación de restituir, en condiciones determinadas, se elevó al rango de un contrato. El mutuante tenía la acción "certae creditae pecuniae", o bien la "condictio certae rei", pero no en razón de un enriquecimiento injusto, sino por inejecución de su promesa.

Aunque por todos sabida, quiero recordar la definición que hace Paulo del contrato de mutuo en el Digesto L. 12, Tít. 1° Ley Seg. (Hago observar que me sirvo para todas estas citas de la obra de los hermanos Krügel, Herman y Osembrugen, vertida al castellano por el licenciado Dn. Ildefonso L. García del Corral, editada en Barcelona en 1889): “Damos en mutuo, para recibir no la misma especie que dimos, pues de otro modo sería comodato o depósito, sino el mismo género; porque si recibiéramos otro género, por ejemplo, vino por trigo, no sería mutuo”.

En el párrafo segundo de la misma ley agrega: “Mas se llama dación de mutuo, por esto, porque de mío, tuyo se hace algo; y por lo tanto si no se hiciera tuyo, no nace la obligación”.

Las Institutas, en el Libro Tercero, Tít. 15 “Quibus modus contrahitur obligatio”, dan una definición ceñida al concepto de Paulo y dicen: “Contráese una obligación por la cosa, como por ejemplo, por la dación de un mutuo. Mas la dación de un mutuo, consiste en aquellas cosas que constan por número, peso o medida, como el vino, el trigo, el aceite o el dinero acuñado, el bronce, la plata y el oro, cuyas cosas damos contándolas, midiéndolas o pesándolas, con el fin que se hagan de los que las reciben y de que en algún tiempo se nos devuelvan, no las mismas cosas, sino otras de la misma naturaleza y calidad, de donde también se llamó “mutuum” porque de tal modo se te dá por mí algo, que de mío tuyo se hace y de este contrato nace la acción que se llama “condictio”.

En concordancia con las definiciones antedichas se observa: “que el dinero que te presté no se considera haberse dado en mutuo a no ser que de mío se haga tuyo, pues doy en mutuo con el fin de transferir el dominio de las cosas al que las recibe, lo que no puede tener lugar a no ser que aquel que las dió fuere su dueño. Nadie puede transferir a otro más derecho que el que él mismo tenga”. (Ley 54 De regulis juris, Libro 50, Tít. 17, Ulpiano, comentarios al edicto).

Así, al convenirse que un tercero tenga, en calidad de prestado, el dinero que me deba por causa de mandato, de sociedad, de compra, etc., o si, pidiéndome dinero en mutuo, yo mandare a otro deudor mío que se lo entregue, no se considerará el dinero dado en mutuo, ni existirá éste pues no fué mío el dinero que, por causa de crédito, se retuvo, como en el primer caso, o se ha entregado

por un tercero como en el segundo, sino que era de los deudores.

Así también lo afirma la Ley 1ª. del Libro 34 Título III “Del Legado de la Liberación” y la Ley 22 del mismo Libro y título.

Todo esto se funda en la estricta razón del derecho y, sin embargo, veamos la opinión de Ulpiano, bien claramente expresada en el Digesto Ley xv “De Rebus creditis”, Libro 12, tít. 1°:

“Algunas particularidades se hallan admitidas acerca del dinero prestado; porque si yo hubiere mandado que un deudor mío te dé dinero, te obligas a mi favor, aunque no hayas recibido dinero mío. Pues lo que se admite respecto de dos personas se ha de admitir respecto de una misma persona, de suerte que cuando por causa de mandato me debas dinero y se hubiera convenido que lo retengas a título de préstamo, se entiende que: el dinero se me dió a mí y que de mí pasó a tí”.

Como se ve por lo anteriormente dicho, Ulpiano se aparta de la sutileza del derecho y admite en los dos casos, que quede obligado por mutuo el que tomó el dinero, aunque este dinero no se encontrara en el patrimonio del supuesto mutuante, en el momento del mutuo.

Son dos los casos propuestos por el famoso jurisconsulto: el primero, cuando rogándome que te dé dinero en mutuo, no te lo dí de lo mío, sino que procuré que se te diera de aquel que se me debía, mandando a mi deudor que te lo diese. Esto se admitió, sin duda, con el fin de evitar rodeos y por la ficción llamada “*traditio brevi manus*”. Es decir, como si mi deudor me lo hubiera entregado a mí primeramente y yo se lo hubiera entregado al que me lo solicitaba. Esta ficción de la “*brevi manu*” fué de muy antiguo usada y sumamente celebrada por la rapidez que imprimía a la realización del acto que se pretendía llevar a cabo.

El segundo caso que señala la misma Ley xv es el haberse convenido que aquel que debía dinero por otra causa pudiera retenerlo en calidad de mutuo, y aun dice más: que en este caso debe aceptarse con más facilidad, porque el acto que podía realizarse entre tres personas, es decir, cuando intervenía además del mutuante y el mutuario, un deudor del primero, con más motivo debe aceptarse entre dos, o sea mandante y mandatario.

En el primer caso intervenía el que solicitaba el préstamo, el futuro mutuante y el deudor de éste, que había de ser quien en-

tregara el dinero, con más razón se ha de aceptar que el mandatario que debe una cantidad a su mandante puede por una convención, convertir esa deuda que tenía por origen un mandato, en un mutuo. Desde luego, es más fácil la ficción, pues el dinero adeudado se supone recibido directamente del mutuante.

Hemos de observar que según el derecho estricto, la primera obligación que tenía como causa el mandato no se extingue por la convención. Para extinguir el primer acto jurídico (mandato) y dar lugar al nacimiento del segundo acto jurídico (mutuo) hubiera sido necesaria una novación y ésta no podía tener lugar sin la estipulación en el antiguo derecho, y en el nuevo se hubiera necesitado que los contratantes hiciesen manifestación expresa de que contraen la segunda obligación con el “animus” de novar la primera.

Explicado esto así, la opinión de Ulpiano en la citada ley xv de *rebus creditis*, parecería aventurada, pues nos encontraríamos en la imposibilidad de que naciera la segunda obligación, ni aun de que pudiera extinguirse la primera.

Estudiemos la solución de este punto.

La primera obligación, consecuencia del mandato que habíamos dicho no podía extinguirse por la convención, se extingue por la solución, aunque ésta no tenga lugar de una forma real, pues se finge que el deudor mandatario ha entregado el dinero al acreedor mandante y de esta forma el deudor se ha liberado de la primera obligación, y como, si en el mismo tiempo, le ha vuelto el acreedor a entregar el dinero, en ese instante se constituye el mutuo; la “*brevi manu*” vuelve a jugar su importante papel.

El otro caso del mismo juriseconsulto referido en la Ley xi de *rebus creditis*, nos parece todavía mucho más atrevido, teniendo en cuenta el rigor del mutuo.

En esta ley “Comentario al edicto”, Libro 26, dice: “Me rogaste que te prestase dinero y yo, no teniéndolo, te dí un plato o un lingote de oro, para que lo vendieras y utilizaras su importe; si lo hubieras vendido, opino que el dinero llegó a ser dado en mutuo. Pero si sin culpa tuya hubieras perdido el plato o el lingote antes que lo vendieses, se duda si se habrá perdido para mí o para tí. A mí me parece muy verdadera la distinción de Nerva, que opina que hay mucha diferencia en si tuve o no destinado a la ven-



ta este plato o lingote, porque si lo tuve destinado a la venta se habrá perdido para mí del mismo modo que si se lo hubiera dado a otro para venderlo, pero que si no tuve este propósito de venderlo, sino que la causa de venderlo fué la de que tú utilizaras el precio, se perdió para tí y mayormente si te presté sin interés”.

Sin duda, parte de esta solución está sacada de un viejo contrato innominado que fué primero el *pacto* conocido con el nombre de *estimatio* o *contrato estimatorio*. Lo define muy bien el romanista Cuq en la pág. 503 de su obra: “Manuel des Institutions juridiques des Romains”, París 1917. Y Ulpiano lo señala en la acción *estimatoria* *Digesto Libro XIX, Tit. III*.

Tenía lugar este contrato entre un mercader, que llamaríamos hoy mayorista, y un vendedor ambulante. El primero entrega al segundo una cosa para venderla, previa estimación del precio, con cargo para el tomador de devolver sea el precio de estimación, sea la cosa misma si no pudo ser vendida. El vendedor ambulante puede obtener la ventaja de la diferencia entre la estimación y el mayor precio que pueda sacar al venderla.

Si la cosa se pierde, aun sin culpa del que la tiene que vender, parece para él, aunque no se ha hecho dueño, pero es en virtud de la estimación; cosa que también ocurría en el comodato cuando el objeto materia del contrato había sido estimado.

La estimación, dice Ulpiano en el párrafo primero de la acción *estimatoria*, hace que la pérdida sea del que tomó a su cargo la cosa, así, pues, o deberá devolver sin menoscabo la misma o la estimación sobre la que se convino.

No podemos dejar de observar de paso, aun faltando al método de nuestra exposición, la similitud que guarda la estimación con los cuatro contratos consensuales.

Se parece a la venta, pues hay la entrega de la cosa, fijación de un precio cierto y en dinero; pero como puede ser devuelta, no es en realidad una venta.

Se asemeja a la locación de servicios, pues el vendedor que toma del mercader el objeto y obtiene un beneficio en la venta, parece que locara su actividad o su habilidad para efectuarla, pero como puede no venderla, y entonces no percibe nada, no hay locación ni la puede haber tampoco por ser fluctuante el beneficio que

pueda sacar, y la locación, como la venta, se distingue por requerir un precio cierto y en dinero.

Tiene similitudes con el mandato, pero éste es gratuito y en cambio el que recibe la cosa estimada lleva la esperanza de obtener un lucro; además si fuere mandato no perecería la cosa por el caso fortuito para el mandatario, que sería el vendedor, sino para el mandante.

Y tampoco es sociedad, porque a pesar de tener las dos partes interés en la venta y buscar ambos un beneficio (*lucrum*), el mercader no asocia en la ganancia al ambulante, pues cada uno se reserva porciones independientes y falta, además, el “*animus*”, esencial en el contrato de sociedad, por eso el pretor tuvo la necesidad de crear la acción *prescriptis verbis* para esta clase de contratos.

Hecha esta pequeña disquisición, que creí necesaria como ilustrativa del tema, volvamos al punto que nos ocupaba.

Decíamos que considerado el mutuo como estimación, la solución de que corriera con todo riesgo el vendedor nos parecía justa. Eso era lo corriente y lo establecido también en el comodato. La estimación era, en efecto, una venta realizada y en la que faltaba, simplemente, el pago del precio estipulado, con la ventaja para el comprador de poderse liberar entregando la cosa o el precio. Es decir, que si se analiza con detención la figura jurídica que realizaba la “*estimatio*”, en el comodato, por ejemplo, era la de convertir en obligación alternativa la que debía ser pura y simple realizándose el caso de perecer la cosa por caso fortuito. Aclaremos con un ejemplo: Ticio presta a Graco un par de animales para uncir al arado, pero sin la “*estimatio*”; perecen los animales sin culpa de Graco y éste queda liberado por la imposibilidad de cumplir la obligación.

Si en cambio hay la “*estimatio*”, la obligación, pura y simple en el anterior caso, se convierte en alternativa en el segundo. Si perecen los animales por caso fortuito debe entregar el valor fijado en la “*estimatio*”. Son *duo in obligatione*, una *in facultate solutionis*.

En una palabra, la estimación se hacía para mejorar la situación del acreedor.

Pero en el caso propuesto por Ulpiano en la Ley XI citada, parecería no existir la “*estimatio*”, pues no la menciona y parece

que buscara la solución no con el principio del contrato estimatorio sino con el del “periculum” y el “comodum”. Trae a colación la distinción de Nerva si el acreedor tuvo o no tuvo destinado a la venta el plato o el lingote. Si lo tuvo destinado a la venta, se pierde para el que lo da; pero si no tuvo el propósito de venderlo y el único móvil fué de que utilizara el precio el solicitante del mutuo, se pierde entonces para éste.

Lo que confunde aquí es que el juriconsulto al hablar del plato o lingote, nos hace perder la idea de cosa fungible con el primer vocablo.

Sabemos por la misma definición ya referida de las Institutas, que un lingote de oro, plata o bronce, puede darse en mutuo, pues son cosas de las que entran en la clasificación de peso, número o medida. El plato nos da una idea no de género sino de especie, de las que no son fungibles ni consumibles por el primer uso, y ese detalle nos hace pensar en una equivocación del juriconsulto, equivocación que no ha existido, puesto que lo que ocurre es, simplemente, que la voluntad de las partes contratantes hace asimilar el plato al lingote, es decir, que desprecia su forma determinada para considerarlo simplemente por su peso en metal, convirtiendo por tanto, una cosa no fungible en fungible, pues bien puede darse en mutuo el objeto, el lingote o plato, en la forma antedicha, como quien da el lingote simplemente por su peso en metal, para que después de cierto tiempo se devuelva igual cantidad de metal y de la misma calidad.

Este valor conocido de los metales por su peso, evita la “estimatio”; la que no tiene por qué hacerse, desde que está hecha, pues hemos de suponer que al darse el plato, se pesa, y el valor corriente del metal, de acuerdo con el peso del objeto prestado, será la estimación y, por lo tanto, lo que deba dar el mutuuario, caso que aun sin su culpa se pierda el plato o el lingote antes de realizada la venta.

Pero por si acaso quedara alguna duda, el mismo Ulpiano nos la resuelve en el Libro XIX, Tít. 5° del Digesto, al hablarnos de las acciones *prescriptis verbis* Ley 17, párrafo 1°; dice: “Si yo te hubiera dado *estimadas* unas perlas para que o me devuelvas las mismas o el precio de ellas y después se hubieran perdido antes de venderlas, ¿de quién será la pérdida? Y dice Labeón lo que también es-

cribió Pomponio, que si verdaderamente yo como vendedor te hice el ruego, la pérdida es mía; que si tú a mí, es tuya, y que si ninguno de nosotros hicimos el ruego, sino que solamente consentimos, te obligas únicamente a responderme del dolo y de la culpa, pero la acción por esta causa será ciertamente la de “*praescriptis verbis*”.

La solución es la misma dada anteriormente, según quien sea el que tenga interés en la venta, pero como en las perlas no puede hablarse de fungibilidad, la Ley citada tiene buen cuidado de establecer la estimación previa diciendo al principio de la ley “si yo te hubiera dado *estimadas* unas perlas”, etc.

Estas soluciones de Ulpiano están contradichas por Africano en el Digesto en el Libro XVII, Tít. del mandato, Ley 34. Dice Africano: “El que era procurador de los negocios de Lucio Ticio habiendo cobrado de los deudores de éste el dinero, le escribió una carta en la que le indicaba que tenía en su poder cierta suma de la administración, y que él deberá con intereses al seis por ciento como habiéndosele prestado, se preguntó: ¿podrá pedirse por esta causa el dinero como prestado y podrán pedirse los intereses? Respondió que no había sido prestado, pues de otro modo se habrá de decir que en virtud de todo contrato puede hacerse que quede prestado *por nudo pacto* el dinero.

“Y no es semejante a esto que si se hubiere convenido que el dinero depositado en tu poder lo tengas como prestado, quede prestado, porque entonces las monedas que eran mías se hacen tuyas. Asimismo que si yo hubiera mandado que recibas dinero de un deudor mío quede prestado, porque esto se admitió por tolerancia y es prueba de esto, que aquel que queriendo dar dinero en mutuo hubiera dado plata para venderla, pedirá no obstante con razón el dinero prestado y sin embargo el dinero obtenido de la plata estará a riesgo de aquel que hubiese recibido la plata. Y así en el caso propuesto se ha de decir que el procurador estará obligado por la acción de mandato para que las monedas aunque hayan estado a riesgo del mismo deba sin embargo pagar los intereses sobre lo que se hubiera convenido”. Como se ve por esta respuesta, Africano hace dos objeciones serias a las soluciones de Ulpiano:

1°. — No admite que los fondos que el mandatario tiene en su poder, pasen a convertirse en mutuo por un simple pacto, sino que debe seguir obligado por la acción del mandato; 2°, no admite la

forma presentada por Ulpiano de dar el plato o el lingote al que pide prestado el dinero, pues no acepta eso como mutuo, aunque admite que el dinero esté a riesgo del mutuuario.

En cuanto a la primera objeción nos parece excesivamente rigurosa, aun más teniendo en cuenta las mismas palabras de Africano, que dice haberse recibido benignamente aquel caso en que pidiéndome dinero tú y no teniéndolo yo, ruego a un deudor mío que te lo entregue. Siguiendo el rigorismo del derecho tampoco podría haber mutuo, porque el dinero que tiene mi deudor no es mío y entonces mal puedo hacerlo tuyo.

En cambio, el razonamiento de Ulpiano apuntado anteriormente, es más lógico: lo que puede ocurrir entre tres personas, con mayor motivo debe aceptarse entre dos, o sea entre mandante y mandatario simplemente.

En la segunda forma presentada por Ulpiano, tampoco vemos inconveniente ninguno para aceptarla, tomando cualquiera de las dos teorías que vamos a exponer.

Primera: Como una convención de que vendieses el metal y te sirvieras del precio. Se objetará que no puede haber mutuo si en el momento del pago se entrega otro género del que se recibió, pues se finge que el vendedor entregó primeramente el dinero a aquel que había dado el metal para venderlo, y que después éste le ha entregado otra vez al vendedor por causa de mutuo.

El segundo argumento dado por algunos glosadores, es que si se daba en mutuo el metal, que por tener un valor fijo y determinado de acuerdo a su peso, podía darse como solución del mutuo, en pago de la obligación, dinero, sería aceptarse la solución empleando la ficción a la inversa, cuando el deudor con el dinero que tenía que pagar, comprara a su acreedor igual cantidad de metal que la recibida para efectuar el pago.

Creo que después de lo expuesto no puede haber duda que debemos seguir a Ulpiano, por ser posterior en tiempo, y atender más a la equidad y a la benignidad que a la estricta razón del derecho.

#### EL MUTUO EN LOS CÓDIGOS MODERNOS

Sin ninguna variante han pasado los conceptos romanistas a los códigos modernos, salvo el error deslizado en nuestro Código, que

en seguida señalaremos, y la aclaración del Código alemán, donde vuelve a surgir esta teoría de Ulpiano, de que el dinero que se adeuda por cualquier otro concepto, ya sea venta o mandato, puede convertirse en mutuo.

El artículo 1892 del Código francés, define el mutuo diciendo: "Que es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra una cierta cantidad de cosas que se consumen por el uso, con la obligación para esta última de devolver otro tanto del mismo género y calidad". No se conforma con esto el codificador francés, y en el artículo siguiente (1893) continúa la definición de acuerdo al "*meum tuum fit*" de Paulo, y dice "por efecto de este préstamo el prestatario se hace propietario de la cosa prestada y es para él, que perece de cualquier manera que ocurra la pérdida".

El Código italiano copia fielmente al francés en los artículos 1819 y 1820 sin discrepar en una sola palabra en ninguno de los dos artículos.

El brasileño en sus artículos 1256 y 1257 mantiene el mismo concepto y se observa siempre que el segundo artículo continúa la definición iniciada en el primero, recalando que la cosa pasa a ser de propiedad del mutuario, para quien perece cualquiera sea la causa.

El Código de Chile, en sus artículos 2196 y 2197 sigue el mismo método y casi con las mismas palabras que el francés.

Quiero hacer observar que el orden de estos artículos no es caprichoso, y que, por el contrario, obedece a un criterio metodológico bien observado.

Veamos, en cambio, lo que sucede en el nuestro. Dice el artículo 2240: "Habrà mutuo o empréstito de consumo, cuando una parte entregue a la otra una cantidad de cosas que esta última está *autorizada* a consumir devolviéndole en el tiempo convenido igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad.

Según la letra de este artículo, queda modificado todo el concepto de Paulo y de las Institutas del *meum tuum fit* "que de mío tuyo se haga algo, y si no se hace tuyo no existe el contrato".

En efecto, en el artículo que comentamos el mutuante *autoriza* al mutuario a consumir la cosa dada en mutuo. Esta autorización anula y niega la transferencia de propiedad de la cosa recibida, pues si se le hace, al mutuario, propietario de la cosa, como es en

realidad, no tiene el mutuante necesidad de autorizarlo, puesto que el propietario no necesita autorización alguna para disponer de las cosas que tiene en propiedad a su completo antojo, “*ius utendi; fruendi abutendi*”.

Visto sin detenimiento este artículo no ofrece inconveniente, pues de lo que se trata en el mutuo es de que el mutuario consuma la cosa objeto del contrato; la autorización dada por el mutuante al mutuario para que consuma parece suficiente, y con devolver en el tiempo convenido, igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad, queda resuelta la cuestión satisfactoriamente.

Pero el inconveniente aparece, sin solución posible, dado el caso fortuito, o sea, cuando la cosa perezca sin culpa del mutuario. ¿Para quién perece, si sólo hubo autorización? Pensemos en la primera regla de esta materia, “*res perit domino*”, y busquemos al dominus en la redacción del artículo 2240.

Por ese artículo el dueño es siempre el mutuante, puesto que sólo autoriza al mutuario a consumir, no le hace propietario; de modo que si no consume la cosa y ésta perece por caso fortuito, estaría el mutuario en idénticas condiciones que un depositario o un comodatario, es decir, que no está obligado a restituir la cosa. Si nos atenemos a la segunda regla, “*res perit creditori*”, la solución no varía. Siendo el acreedor el mutuante y pereciendo la cosa sin culpa del deudor (el mutuario), éste se libera de la obligación.

Estas consideraciones que creo lógicas, se las debe haber hecho nuestro codificador después de redactado el artículo 2240 objeto de nuestro comentario.

Sin duda ha querido apartarse, huir un poco de las definiciones de los códigos que le sirvieron de guía, pues ni en los ya citados, ni en el proyecto de Freitas, ni en el de Luisiana, ni en el napolitano he podido encontrar esa autorización al mutuario, que trastorna por completo el concepto del mutuo.

Digo que debe haberse hecho las consideraciones señaladas, porque después de cuatro artículos y después de los que pudiéramos llamar de definición, en el Art. 2245 no ha tenido más remedio que volver a las fuentes y transcribir el artículo 1893 del Código francés: “La cosa dada por el mutuante pasa a ser de la propiedad del mutuario, para él perece de cualquier manera que se pierda”.

Ahora, ¿por qué este artículo que define la particularidad esencial del mutuo no lo ha colocado inmediatamente después del 2240, como está en todos los códigos que le han servido de guía?

Es dable suponer que, sentado el primer artículo, en que intenta apartarse de las definiciones clásicas, el codificador no ha podido sentar las consecuencias, y para que la incongruencia no resaltara, o simplemente, apremiado por el tiempo, no pudo prescindir del artículo 2245, que anula y contradice al 2240.

Ahora, volviendo a la discusión de los dos jurisconsultos romanos, de si el dinero debido por otra causa puede convertirse en mutuo por simple convención, nada dicen los códigos que he citado hasta el momento, y, cosa curiosa, el más moderno, el alemán, en el artículo 607, segundo párrafo, se decide claramente por la teoría de Ulpiano, diciendo: "cualquier deudor de dinero o de otras cosas fungibles, por cualquier otra causa puede convenir con el acreedor que el dinero o las cosas serán debidas para el futuro a título de préstamo de consumo".

La vieja cuestión reaparece en el Código alemán dando la razón a Ulpiano y aportando una novedad en fuerza de su vejez, no observada por los demás codificadores ni mucho menos por los que desprecian tanto el derecho romano, sin que, a pesar de ello, puedan aportar algo que no tuviera ya aquel pueblo creador del derecho y cuna de los más grandes jurisconsultos.

VÍCTOR PELÁEZ.

---