

La entrega de la Cosa en las Escrituras de Mutuo

I.—IDEAS ANTIGUAS

1.—**Derecho Romano.**—Contratos reales.—“Los contratos que se forman re son, según Justiniano, el mutuo... El carácter común a todos ellos es que, para su formación se necesita, además del elemento intencional, el convenio, un elemento material, la res, una entrega de una cosa corpórea... en el mutuo... esta entrega es una transmisión de propiedad hecha a un individuo que recibe cosas para consumirlas teniendo a su cargo devolver cosas de parecida cantidad y calidad... El mutuo... es el contrato en el cual una persona transfiere a otra la propiedad de cierta cantidad de cosas, piezas de moneda, mercancías, conviniendo en que esta otra le devolverá, al cabo de cierto plazo una misma cantidad de cosas de la misma calidad. Es un contrato unilateral y de derecho estricto que da al acreedor para obtener la restitución, una acción de derecho estricto”. (Giraud Manuel de Droit Romain, p. 531.)

2.—**Antiguo Derecho Español.**—“Mutuo. Un contrato real por el que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, con el cargo de que se le restituya otro tanto de la misma especie y calidad; ley 1, tit. 1, Part. 5 y ley 1, tit. 16 libro 5, fuero real. Llámase mutuo de mio tuyo, porque lo que es mio se hace tuyo mediante este contrato... Dicese real porque este contrato no puede formarse sino por la tradición o entrega, respecto de que la obligación de volver la cosa, que es la obligación principal del mutuo y la que constituye su esencia, no puede nacer antes que la cosa haya sido recibida. No es ésto decir que sea nula la convenación en que yo me haya obligado a prestarte o darte en mutuo una cosa: tú tendrías acción en tal caso para obligarme a entregarte la cosa prometida; más el mutuo no quedaría formado sino después de la tradición. Dicese de cosas fungibles, ésto es de cosas que se representan las unas por las otras o que se consumen por el uso, como el trigo, vino, aceite, dinero. El que da en mutuo se llama

mutuante y el que recibe, mutuuario. Por virtud de este contrato el dominio de la cosa prestada pasa al mutuuario luego que se hace la entrega". (Escrache, diccionario palabra mutuo.)

3.—**Derecho Francés.**—“Del préstamo de consumo, o simple préstamo. El préstamo de consumo es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas que se consumen por el uso con la carga para esta última de devolver a aquella otro tanto de la misma especie y calidad” (Código Civil Francés o sea Código Napoleón Art. 1892).

“El sistema del Código Civil es el siguiente: la obligación de devolver siendo de la esencia de los contratos de préstamo... la tradición es necesaria para la formación de los contratos. Tal es, decimos, la teoría que tiene para ella casi la unanimidad de la doctrina”. (Baudry-Lacantinerie et Barde, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil, des Obligations*, 3e éd., t. I p. 24.)

“El préstamo es un contrato real en este sentido que no existe como tal sino por la entrega de la cosa, según la fórmula romana se forma re... en el préstamo de consumo el mutuuario adquiere la propiedad de la cosa; la entrega que se le hace es pues verdaderamente traslativa, como la tradición lo era en el mutuum”. (Planiol, *Traité élémentaire de Droit Civil*, t. II, n. 2048, XIe éd.)

4.—**Derecho Portugués.**—“El contrato de préstamo consiste en la cesión gratuita de cualquiera cosa, para que la persona a quien es cedida se sirva de ella, con la obligación de restituirla en especie o en cosa equivalente”. “El préstamo es... mutuo cuando versa sobre cosa que debe ser restituida por otra del mismo género, cualidad y cantidad” (arts. 1506 y 1507 del Código Civil Portugués).

“A pesar de ser hoy esencialmente consensuales los contratos en general, no hay préstamo sin la cesión efectiva, ésto es sin la tradición, como era en Derecho Romano. La obligación de prestar no está subordinada a las reglas del préstamo. El contrato de préstamo no se forma sino por la tradición. Antes de la entrega de la cosa no puede nacer la obligación de restituir, que es el elemento esencial del préstamo” (Dias Ferreira, *Código Civil Portugués* anotado, segunda edicao, Volume III, p. 127). En el mismo sentido puede verse el Tratado de Direito Civil em comentario ao Código Civil Portugués por Cunha Gonçalves, Volume VIII n. 1145.

5.—**Nuestros Códigos antiguos.**—“Bajo el nombre de préstamo se comprende toda concesión gratuita por tiempo y para objeto determinados, del uso de una cosa no fungible, con obligación de restituir ésta en especie; y toda concesión gratuita o a interés de cosa fungible, con obligación de devolver otro tanto del mismo género y calidad. En el primer caso el préstamo se llama comodato y en

el segundo mutuo". (Arts. 2785 del Código Civil de 1870 y arts. 2661 del Código Civil de 1884.)

Como se ve, la filiación de estos artículos es del Código Portugués y en consecuencia la entrega de la cosa era elemento de formación del contrato, indudablemente.

6.—**Cláusulas propias en las escrituras de mutuo.**—**CLAUSULA PRIMERA.**—El señor A entrega en préstamo la cantidad de \$. al señor D quien los recibe en el acto de firmar esta escritura.—**SEGUNDA.**—El mutuuario pagará al acreedor el capital prestado dentro del plazo de . . .

OBSERVACION

Estas cláusulas como se ve son de un contrato de mutuo, según nuestros Códigos antiguos, es decir un contrato en el que la entrega del dinero, objeto del contrato es elemento constitutivo del mismo. No hay obligación que contraiga el mutuante de entregar la cantidad objeto del contrato al mutuuario. Sólo existe la obligación que éste tiene de devolver la cantidad prestada.

II. NUEVAS IDEAS

7.—**Doctrinas modernas en autores franceses.**—“Según el legislador francés, ciertos contratos no pueden formarse si no hay tradición. Pero reconocemos que en pura teoría esta solución puede dar lugar a serias críticas. Lo que ha parecido decisivo a los redactores de nuestro Código Civil, como a Pothier, es que la obligación de restituir la cosa no podía nacer antes de que ésta haya sido entregada. Sin duda, pero no se sigue de ahí sino que esta obligación no pueda nacer más o menos tiempo después de la formación del contrato. El arrendatario, también no está obligado a devolver la cosa arrendada sino cuando le ha sido entregada. Esto no impide que el arrendamiento sea un contrato consensual. Y, este carácter, lo conserva después de que la entrega ha sido hecha. Puesto que, en nuestro derecho, la obligación de hacer un préstamo. . . es válido por si mismo, ¿por qué decidir que la entrega ulterior de la cosa tenga por efecto formar un nuevo contrato, un contrato real? Esta complicación es inútil. Se comprende pues que en legislación los contratos de que hablamos se consideren como contratos consensuales”. (Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII n. 23 p. 30.)

“En realidad, el préstamo y . . . son verdaderos contratos sinalagmáticos por los cuales uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa y el otro a restituirla. Pero la concepción que

hemos heredado de los romanos, concepción formalista y arcaica que se explica por la manera de la cual se ha formado en Roma la teoría de los contratos, oculta a nuestros ojos la realidad de un velo tan espeso que muchos comentadores se rehusan a admitir este análisis. Ahora bien no hay ninguna razón plausible para sostener, como lo pretenden y como lo afirmaba Pothier (obligations n. 10), que por su naturaleza misma el préstamo y . . . exigen la tradición de la cosa que es su objeto. Porque se podría decir otro tanto de todo contrato en el cual una parte entrega a la otra una cosa que ésta se obliga a devolverle, por ejemplo del arrendamiento de inmuebles o de muebles. Desde el momento en que las dos partes están de acuerdo sobre el objeto y la duración del préstamo. . . nada se opone a que el contrato nazca inmediatamente, de la misma manera que el arrendamiento se forma por el hecho del solo acuerdo y sin que sea necesario que el arrendatario sea puesto en posesión de los objetos arrendados. En estos contratos, en efecto, cada participante contrae una obligación, el uno de entregar la cosa, el otro la de . . . de restituirla en el término convenido. La prueba de la exactitud de nuestro punto de vista nos es suministrada por los usos de la práctica que jamás se plega al sistema romano del préstamo contrato real. En la práctica, en efecto, el mutuatario se obliga siempre antes de haber recibido los dineros que deben serles prestados. El prestamista tiene interés en hacerse entregar un escrito por el cual el mutuatario reconoce haber recibido los dineros y se obliga a devolverlos y solamente cuando este escrito está redactado y en su posesión es cuando el prestamista entrega el dinero" (Capitant de la cause des obligations 1^a y 2^a ediciones, n. 23).

8 —**Derecho Suizo.**— "El préstamo de consumo es un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuario, quedando a cargo de este último el devolver otro tanto de la misma especie y calidad" (art. 312 del Código —Suizo— de las Obligaciones).

"El préstamo, en Derecho Romano, como en Derecho Francés es un contrato por el cual una de las partes (el mutuante) entrega a la otra (el mutuario) una cosa autorizándolo a usar de ella pero imponiéndole la carga de devolverlo a la expiración del tiempo convenido. El contrato es, aquí, a la vez un contrato real y unilateral. Es real en cuanto que no se perfecciona sino por la prestación de la cosa y este carácter de realidad está bien acentuado puesto que la obligación esencial que enjendra el contrato es la de restituir y que no se podría restituir antes de haberla recibido; la palabra prestamo viene de praestare que significa procurar, suministrar. Es unilateral por el hecho de que no produce

4 obligación sino de un solo lado, la obligación de restituir no contrayendo el mutuante ninguna obligación y limitándose a ejecutar un acto, a saber la entrega al mutuario del objeto del contrato. El legislador Suizo ha cambiado todo ésto (compárense el artículo 305 y 312) y ha dado al préstamo desde ciertos aspectos el carácter de un contrato sinalagmático y consensual diciendo en su definición: el mutuante se obliga... a transferir la propiedad, en tanto que en Derecho Francés el contrato no existe sino por la entrega de la cosa" (Rossel Manuel de Droit Fédéral des Obligations, t. I, n. 586, p. 382).

9.—**Nuestro Código Vigente.**—“El mutuo es un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad”. (Art. 2384).

No cabe duda de que este artículo procede del Código (Suizo) de las Obligaciones y que por lo mismo es evidente que ha cambiado la naturaleza del mutuo que ahora tiene el carácter de contrato consensual y bilateral.

10.—**Nuevas cláusulas correctas en las escrituras de mutuo.**—**CLAUSULA PRIMERA.**—El señor A se obliga a dar en calidad de mutuo \$. . . moneda nacional al señor D, al cual entregará esa cantidad en el acto en que este señor firme la presente escritura. **SEGUNDA.**—El mutuario pagará al mutuante el capital prestado dentro del plazo de. . . Al final de la escritura se dirá manifiestan su conformidad ante mí, firmando en . . . acto en el cual el mutuante entrega al mutuario los \$. . . del préstamo en moneda nacional.

OBSERVACIONES:

I.—Esta entrega constituye el cumplimiento de la obligación contraída por el mutuante en la cláusula primera de la escritura.

II.—Por supuesto que las cláusulas anteriores no tienen el carácter de *solemnes de manera que podrá decirse que el señor A dará en calidad de mutuo o bien que el señor A se obliga a transmitir, en calidad de mutuo los \$. . . moneda nacional al señor D, etcétera.*

III.—Si se redacta la cláusula primera en los términos en que se hacía estando vigentes los códigos antiguos, en realidad se está redactando un contrato que no es de mutuo sino innominado. En este caso habrá un contrato no especificado comprendido en la fracción IX, art. 1º de la Ley General del Timbre.

Dr. Manuel Borja Soriano
Notario.