

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA NOCION DE MUTUO EN LAS PARTIDAS Y SUS RELACIONES CON EL DIGESTO

ITALO MERELLO ARECCO

Universidad Católica de Valparaíso

1. Vinculada a la evolución de nuestro Derecho nacional, las Partidas tienen vigencia en Chile hasta los primeros años de este siglo. Sabemos que el proceso de Independencia patria no significó necesariamente la ruptura con el Derecho español, y la aplicación parcial de éste a través de la obra alfonsina se observa todavía cien años después de la emancipación política, como reguladora de algunas materias de índole procesal, anteriores a la promulgación del Código de Procedimiento Civil de 1902¹. Queda aún por precisar el exacto influjo que este texto ha tenido en la redacción del Código Civil, donde el gran aporte que sobre él ha ejercido la legislación napoleónica, parece haber actuado como freno al planteamiento del problema en torno a las fuentes utilizadas por Andrés Bello en la elaboración de aquella obra. Aun cuando falta todavía en esta materia un estudio que permita precisar a través de un examen crítico, la exacta medida de las diversas aportaciones recibidas, parece advertirse, sin embargo, que el texto del Rey Sabio ha tenido un grado de incidencia mayor al que normalmente se atribuye.

Considerada como la aportación más significativa de España a la cultura jurídica universal, las Partidas son también por su valor doctrinal la obra más destacada del Derecho de la Edad Media en el Occidente cristiano². Es un hecho indubitado, por otra parte, que

¹Todas las leyes españolas sobre procedimiento quedaron derogadas desde la entrada en vigencia del C. Proc. Civil, a partir del 1º de marzo de 1903. Vid. art. final del C. Proc. Civil y *Gac. Trib.* 2 (1910), p. 261. Sin haber realizado una indagación detallada en este campo, es posible observar que la última aplicación sistemática de las Partidas en Chile, dice principal relación con algunas de sus leyes que tratan acerca de ciertas materias de índole probatoria (concepto de prueba, peso, condiciones y requisitos de idoneidad de los diversos medios probatorios, valoración asignada a los mismos, etc.). En un elenco de tales preceptos cabe señalar, v. gr., P. 3. 13. 1; P. 3. 13. 2; P. 3. 14. 1; P. 3. 16. 14; P. 3. 16. 23; P. 3. 16. 32; P. 3. 16. 40; P. 3. 22. 2; P. 3. 22. 5; P. 7. 1. 26. Vid. *Gac. Trib.* 2 (1902), p. 1712, 1714, 1722, 1780, 1793, 1809.

²Vid. CALASSO, *Medio Evo del Diritto* (Milano 1954), p. 916. En esta sede se considera a las Partidas como "uno dei monumenti legislativi più insigne della civiltà medievale".

el Código alfonsino representa el principal exponente del fenómeno receptivo romano-canónico, tal como lo muestran Glosadores y Comentaristas boloñeses, no sólo en Castilla sino en Europa en general.

2. Al margen de las disquisiciones que nos sugiera la exégesis de sus leyes, pretende este trabajo tan sólo pesquisar los precedentes lejanos de P. 5. 1. 1, 2, que regula el préstamo de *alguna de las cosas que son acostumbradas a contar, pesar, o medir*³. Esta búsqueda no constituye propiamente un objeto de debate, pues en toda obra que recoge en su seno la elaboración doctrinal del *ius commune*, destaca el CIC., en su vertiente de influjo romana. La fuerza de esta aseveración parece haber frustrado en no poca medida los intentos enderezados a analizar instituciones específicas dentro del Libro de las Leyes; es el lenguaje, ha llegado a decir Gibert⁴, y de ninguna manera el contenido lo que hace de las Partidas una producción castiza.

Del conjunto de esta obra legal, es P. 5 —*Que fabla de los empréstidos, e de las vendidas, e de las compras, e de los cambios, e de todos los otros pleytos, e posturas que fazen los omes entre si, de qual natura quier que sean*—, la que en su contenido reproduce con mayor fidelidad el modelo justiniano⁵. Sobre la base de esta afirmación procuramos establecer una suerte de paralelo entre el régimen justiniano y alfonsino en torno a la noción de mutuo, prescindiendo del tratamiento que sobre esta misma materia hacen los autores medievales.

Existen trabajos sobre los diversos contratos contemplados en P. 5, faltando, sin embargo, uno sobre el mutuo⁶. No pretende este

³Las citas de las Partidas se hacen de acuerdo a la edición *Los Códigos Españoles* (Imprenta de la Publicidad, Madrid 1848), respetándose su grafía y puntuación.

⁴GIBERT, *Historia del Derecho Español* (Granada 1968), p. 44.

⁵La mayor adhesión del *ius commune* al CIC., respecto del Derecho de obligaciones en comparación con otras materias, parece encontrar explicación en las siguientes razones: (i) por ser ese el sector del derecho menos adscrito a hábitos sociales o familiares, hecho que facilita su traslado receptivo a marcos jurídicos de otras sociedades; (ii) por constituir el Derecho de obligaciones acaso la zona mejor elaborada del *Derecho romano*, el cual —sin perjuicio del carácter tópico de la labor jurisprudencial clásica—, construyó aquí una verdadera ciencia, con caracteres de intemporalidad y universalidad, y (iii) a contrario sensu, por ser ésta la esfera del Derecho tradicional anterior a la Glosa, no sólo de tratamiento más imperfecto, sino aún la menos regulada.

⁶La moderna bibliografía de temas relacionados con los contratos en las Partidas, es casi exclusiva obra del romanista hispano JUAN A. ARIAS BONET, quien es autor de los siguientes estudios: *Responsabilidad del comodatario en Partidas* 5. 2. 2-4., en *AHDE*. 31 (1961), p. 473 ss.; *El depósito en las Partidas*, en *AHDE*. 32 (1962), p. 543 ss.; *Estipulaciones en favor de tercero en los glosadores y en las Partidas*, en *AHDE*. 34 (1964), p. 235 ss.; *La compraventa en las Partidas*.

estudio, por cierto, que se mueve dentro de los marcos referidos, venir a llenar ese vacío, sin perjuicio de vertir algunas opiniones que puedan acaso resultar útiles para una indagación complementaria posterior.

3. Una observación sobre P. 5 permite desvelar el relato unitario que se dispensa al mutuo en su regulación, carácter éste que se observa a propósito del total contenido de la obra. Las Partidas son la primera fuente del Derecho hispano que reserva al mutuo una ordenación separada e independiente de toda otra figura contractual. En los textos del Derecho municipal —irreductibles por su enorme variedad a un esquema único—, no se dan prácticamente rúbricas acerca de este préstamo, notándose la ausencia de un esbozo nocional del mismo, unido al hecho del inconcluyente tratamiento que éstos otorgan, en general, a la materia de obligaciones⁷. No obstante, en las fuentes de influjo romano, sean vulgares o de la recepción, anteriores a las Partidas —aparte de los fueros municipales tardíos—, existe un boceto de débil sistematización respecto del mutuo. En FJ. 5. 5, dentro del título *De las cosas encomendadas hy emprestadas*, se legisla en forma conjunta sobre el mutuo, comodato y depósito, sin advertirse una gran pretensión de autonomía formal entre los márgenes de una y otra figura, posible indicio de la nota de “contigüidad visual” que Kaser⁸ señala como un carácter del Derecho romano vulgar. En FR. 3. 16, bajo el epígrafe *De las*

Un estudio sobre los precedentes del título 5 de la Quinta Partida (trabajo en colaboración con José Arias Ramos), en *Centenario de la Ley del Notariado* (Madrid 1965) 2, p. 341 ss.; *Recepción de formas estipulatorias en la Baja Edad Media. Un estudio sobre las promisiones en las Siete Partidas*, en *Boletim da Faculdade Direito*, de Coimbra 42 (1967), p. 285 ss. Con antelación a estas publicaciones y relacionado con éste último tema, debe destacarse NÚÑEZ LAGOS, *La Estipulación en las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá*, Discurso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Madrid 1950).

⁷En conexión con este punto, al analizar GIBERT el tema de las obligaciones y contratos en el F. Sepúlveda, dice: “Los documentos del F. Sepúlveda de que disponemos no abordan plenamente el derecho de crédito. Sus menciones son incidentales o bien se refieren a elementos exteriores a la propia relación obligatoria”. Vid. *Los Fueros de Sepúlveda* (Segovia 1953), p. 481. Esta afirmación, si bien referida al contexto de un estatuto local determinado, desvela, sin embargo, una constante que parece ofrecer el derecho municipal, pues cabe destacar la valoración que asume este fuero dentro de los ejemplos hispanos, ya por su carácter de extenso como por su difusión a otros puntos del territorio peninsular.

⁸KASER, *El Derecho romano-vulgar tardío*, en *AHDE*. 30 (1960), p. 619 ss. Debe considerarse al vulgarismo, sin embargo, no como un fenómeno que afecta únicamente al Derecho romano —si bien a raíz de éste surge dicho concepto—, sino como una suerte de calidad adjetival que puede padecer el derecho de cualquier coordenada histórica, cuando éste pierde el nivel de estilo superior que antes poseía. No obstante, cabe subrayar que la prolífica obra legislativa del *regnum visigodo*, se incluye hoy dentro de las fuentes del Derecho romano-vulgar.

cosas prestadas, se incluyen tanto el mutuo como el comodato, bien que a través de una regulación independiente, pero en donde de un total de seis leyes que integran el título, sólo se refieren a aquél la primera parte de la ley 1, que ofrece un concepto justinianeo de la institución, y la ley 4 aplicable de modo común al mutuo y comodato, en cuanto dice relación con la época en que debe ser restituida la cosa; el resto sólo alude al comodato, y en especial a la responsabilidad del deudor ante la eventualidad de diversas situaciones allí contempladas.

4. No existe en las Partidas un vocablo romance unívoco en lugar de aquel *que llaman en latin Mutuum*, utilizándose en tal sentido la expresión genérica *prestamo —emprestamo, emprestido, prestamo, prestido—* dentro de la cual se incluyen el mutuo y comodato romano, tratadas ambas instituciones en P. 5. 1 y P. 5. 2, respectivamente⁹. En P. 5. 2. pr., texto a continuación del mutuo, se dice:

E pues que y fablamos complidamente de la primera manera de prestamo, a que dizen en latin Mutuum, porque se emprestan todas las cosas que se pueden contar, o pesar, o medir; queremos aqui dezir de la segunda manera de prestamo, que es dicha en latin Commodatum, porque se pueden emprestar todas las otras cosas que non son de aquella manera.

En cambio, el nombre de préstamo para englobar al mutuo y comodato no existe en la tradición romana, siendo sólo una designación convencional que emplea la literatura jurídica romanística para abarcar las variadas figuras de dación o entrega de cosas con la posterior obligación de restituir al tradente; o la voz presta-

Observaciones sobre la confusión o aproximación que en el Derecho visigodo y altomedieval se advierte entre mutuo, comodato y depósito, vid. MARTÍNEZ GIJÓN, *La Comenda en el Derecho español*, en *AHDE*. 34 (1964), p. 39 ss. Se plantea que el hecho de que la voluntad prevalezca sobre la verdadera naturaleza del negocio, unido a la no especificidad nominal de las figuras jurídicas, se presentan como circunstancias de carácter general que revelan la ausencia del tecnicismo clásico, coadyuvando a la pérdida del contorno diferenciador de una y otra institución.

⁹La ausencia del nominalismo, manifestada en que un término puede significar indistintamente varias cosas, aparece como una de las expresiones del vulgarismo jurídico, especialmente cuando ella es el reflejo de la confusión conceptual entre figuras diversas. Con todo, no es esto, sin embargo, lo que ocurre en el Código alfonsino, pues si bien el mutuo y comodato aparecen calificados de *emprestidos*, uno y otros tienen una regulación autónoma, distinguiéndose con absoluta precisión ambas nociones.

ción, de la cual se sirven los tratadistas como sinónimo de *debitum* u objeto de una obligación. El verbo *praestare* tiene un sentido técnico diverso, pero vinculado parcialmente a esta última significación, referido así a uno de los posibles contenidos del *debitum* —aparte de *dare* y *facere*—, con el cual se nomina a la obligación de garantizar o de responder el mismo deudor de su propia conducta.

Siguiendo el criterio sustentado por el Derecho postclásico, las Partidas incluye los *emprestidos* dentro de la amplia categoría de los contratos. El término castellano que se emplea aquí como afín de contrato es *pleyto* o *postura*, palabras que careciendo de un significado unitario, cabe, no obstante, asimilarlas en uno de sus sentidos con aquél. Una clara prueba es el texto de P. 5. pr., donde a continuación de presentar las materias que ella trata —*en esta quinta diremos, de todos los otros debdos que crescen entre ellos por razon de postura; assi como por emprestido, o por donadio, o por condessijo, o por donacion, o por compra, o por vendida, o por camio, o por loguero, o por compañía, o por fiadura, o por peño, o por postura, o por otro pleyto qualquiera con plazer de amas las partes: e de todas las otras cosas, que a alguna destas razones pertenescen*— agrega, enseguida, como cierre explicativo de su contenido y apertura a la clasificación de *pleytos* y *posturas*, diciendo:

E porque estos pleytos, e posturas, a que llaman en latín Contractos.

No es esta, sin embargo, la única acepción que ofrece el vocablo *pleyto* en el Libro de las Leyes, pues su derivación de la forma vulgar *placitu* y de su síncopa, con exclusión de la *i*, *plactu*, la vincula con *placitum*, nombre con que se designa en el medioevo español a la asamblea judicial y a la reunión en que se decidía algún trato o acuerdo¹⁰. En conexión con esta procesión semántica, *pleyto* aparece en este código con los significados de litigio o juicio, negocio o convención, incluyendo, con un sentido particularizador

¹⁰Esta derivación etimológica se recoge de MENÉNDEZ PIDAL, en *Cantar del Mio Cid* (Madrid 1954) 2, s.v. *pleyto*, p. 798. Igualmente COROMINAS, en *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana* (Madrid 1961), s.v. *pleyto*, p. 453, expresa que este vocablo procede del latín *placitum*, de *placere*, “agradar”, “parecer bien”, de donde “decreto”, “acuerdo”, “convención”, “discusión” y de ahí “proceso”. Carece en general la voz *placitum* de un significado técnico-jurídico —como si lo tienen v. gr., *contractus*, *creditum*, etc.—, pero al representar dicho término una manera no unívoca de expresión, es acogida en las fuentes, por extensión de su sentido, con el uso de acuerdo o convención; así, v. gr., D. 2. 14. 1. 2: *et est pactio duorum pluriunve in idem placitum et consensus*.

dentro de esta segunda acepción, los de contrato y pacto¹¹. El uso del término *pleyto* en esta triple expresión de litigio, contrato y pacto es fácilmente perceptible a través de las leyes de las Partidas. La voz *postura*, en cambio, si bien utilizada aquí como sinónimo de *pleyto* con el significado de convenio o contrato, ha de entenderse mejor a modo de declaración nuncupativa como lo puesto o impuesto por las partes en estos negocios, con lo cual se delata la nota de vinculatoriedad propia de toda ley, en este caso privada, como lo es la *lex contractu*¹².

En P. 5. pr. se consagra la siguiente clasificación de los *pleytos* y *posturas*:

son los vnos de gracia, e de amor, que se fazen los unos a los otros : e los otros son por razon de su pro de amas las partes.

Esta distinción guarda correspondencia con la de contratos gratuitos y onerosos, respectivamente, que contempla la actual civilística. Apoyándose en esta clasificación general, los *emprestidos* aparecen catalogados en estas leyes alfonsinas como *pleytos de gracia*, exponiendo en tal sentido P. 5. 1. pr.:

¹¹El término *pleyto* en su acepción de litigio (*lis*) se observa reiteradamente en las Partidas, v. gr., P. 3. 10. 3: *Como se deuen començar los pleytos por demanda e por respuesta*. En cambio, *juizio*, vocablo que junto a *pleyto* se reproduce a menudo en P. 3., parece mejor decir relación, en su significado más propio, con el pronunciamiento del juez que resuelve la controversia; así en P. 3. 22. 1 se dice que *juyzio en romance tanto quiere dezir, como sententia en latin*. Esta identidad *juyzio-sententia* que aquí exhibe el texto alfonsino, no es un correlato fiel del significado clásico de los términos *iudicium-sententia*, pues si bien ambos representan el último acto del *iudex* en el litigio, *iudicium* es la declaración que lo resuelve, mientras *sententia*, en cambio, es la opinión del *iudex* en que el *iudicium* se fundamenta. Podría análogicamente cotejarse uno y otro término, con la parte resolutive y considerativa, respectivamente, de la sentencia en el proceso moderno. Esta distinción entre *juizio* y *pleyto* se observa, v. gr., en P. 3. 22 pr.: *De los juyzios, que dan fin e acabamiento a los pleytos*. En todo caso, aun dentro del mismo ámbito procesal, se trata de expresiones fluidas que dan pie a significados con matices diversos, y así no obsta a que *juyzio*, a pesar del sentido unívoco que se le da en P. 3. 22. 1, aparece reiteradas veces también en este código con el sentido de litigio, v. gr., en P. 3. 2. 7: *Quando el fijo de familias puede entrar en juyzio sin su guardador*.

La voz *pleyto* con el significado de pacto puede verse, v. gr., con ocasión de las leyes que refieren a los denominados pactos adjuntos a la compraventa: *lex commisorie* (P. 5. 5. 38), *in diem addictio* (P. 5. 5. 40), *retroviendo* (P. 5. 5. 42).

¹²El vocablo *postura* se hace derivar del latín *positura*. Vid. *Diccionario de la lengua Española*¹⁸, Real Academia Española (Madrid 1970), s. v. *postura*, p. 1055. *Positura* no constituye también un término técnico-jurídico, queriendo decir "colocación", "disposición", "orden", y de ahí una amplia variante de significados, donde en el ámbito jurídico se le utiliza en sus sentidos de "concierto", "ajuste" o "convención"; así en las fuentes romanas, como al acto de poner o celebrar ciertos negocios, v. gr. en D. 22. 1. 13. 1: *pecuniam positam habere*.

Emprestido, es una natura de pleyto de gracia, que acaesce mucho entre los omes, de que resciben plazer, e ayuda, los vnos de los otros.

Y es en la conclusión de P. 5. pr. donde se da la noción de *pleyto de gracia*, como aquel que sólo reporta beneficio a una de las partes contratantes¹³:

Nos queremos aqui fablar de los pleytos de gracia, porque son los fechos dellos mas nobles, e mas honrrados a los que los fazen; assi como de emprestar, e dar, sin recibir ende luego camio, o gualardon por ellos.

5. De esta manera el mutuo, igual que en el Derecho romano y a diferencia de lo que sucede en el moderno, aparece en las Partidas como un acto esencialmente gratuito, ya que la *usura* no es una ventaja dimanada del préstamo mismo, sino de un acto diverso —*stipulatio* o *promission* en su expresión romance— que para el caso de no pago deben ser perseguidas por una demanda independiente¹⁴. En el pasaje últimamente consignado, el legislador castellano asimila, en su carácter de gratuidad, el préstamo con la misma donación: *assi como de emprestar, e dar, sin recibir ende luego camio, o gualardon por ellos*. En este párrafo, *dar* no tiene el significado de *datio*, como elemento de perfectibilidad del préstamo, sino de *donatio*; sin embargo, es preciso no omitir aquí, que si bien *emprestido* y *donadio* son actos gratuitos, aquél es siempre no-lucrativo, por cuanto no importa un aumento patrimonial para el deudor, puesto que éste recibe *res alienum* que debe restituir en igual género y cantidad¹⁵.

No resulta extraño que en este código, valorado como fiel instrumento de penetración de la recepción en España, el mutuo apa-

¹³Diferente interpretación G. López gl. *De gratia* ad P. 5. 1. 1: *Habes hic, quod contratus mutui est gratiosus, et nullius ad mutuum compellitur neque tenetur*. Su texto no discurre sobre la base de la gratuidad sino de la voluntariedad del mutuo, en el sentido de que nadie está obligado a dar en préstamo, salvo tres situaciones que en seguida contempla: *nisi praecederet promissio de mutuando; quando immineret necessitas civilis; nisi petens mutuo sit in extrema necessitate constitutus*.

¹⁴De un modo primario esto se revela en la diversa regulación tópica que dentro del Código alfonsino se dispensa al mutuo y a la *usura*. Desde luego, ninguna referencia a la *usura* existe en P. 5. 1; en cambio, su descripción y diversos aspectos de su tratamiento se hallan en P. 5. 11 bajo la materia *De las promisiones*.

¹⁵Para la distinción entre actos gratuitos y no-lucrativos, vid. d'Ors, *Varia Romana, Gratuito-Lucrativo*, en *AHDE*. 20 (1950), p. 778 s.

rezca configurado como un contrato. Esta calificación se desvela de la acepción de *pleyto* o *postura* en el contexto de P. 5. pr., ya reproducido, la cual encuentra su antecedente en la amplia noción que la categoría contractual alcanza en el Derecho justiniano, extendida a toda convención lícita fuente de obligaciones. Es este un concepto epigonal dentro de su evolución, ya que anteriormente, para la jurisprudencia clásica, el sustantivo *contractus* tuvo una significación restrictiva atingente sólo a aquellos negocios de los cuales surgen obligaciones recíprocas por razón de mutua causalidad¹⁶. El punto de partida con el cual parece iniciarse la construcción del vasto concepto de contrato, ignorado por los clásicos, y que llevará a incluir al mutuo dentro de él, se encuentra en Gayo, quien sin dar una definición de dicha categoría, señala, no obstante en Gai. 3. 89, recogido por Inst. 3. 13. 2, que existen cuatro maneras de contraer obligaciones, individualizando, en cada caso, el elenco de donde ellas surgen: *re, verbis, litteris, consensu contrahi obligationem*. Los bizantinos, sin embargo, vieron en esta cuatripartición gayana sólo la indicación del elemento final necesario que consuma la perfección del acto, destacando ellos, en cambio, la existencia del momento previo y común, en el cual pusieron el acento: el *consensus*. El esquema sistemático construido por Gayo parece

¹⁶Al presentar este concepto de *contractus*, acogemos la hipótesis de d'Ors, quien parte de la noción dada por Labcón: *ultra citroque obligationem*, transmitida por D. 50. 16. 19 (Ulp., 11 ed.) que, de acuerdo con el mismo texto, coincide con actos tales como la *emptio-venditio*, la *locatio-conductio* y la *societas*. Cree él que esta definición corresponde a figuras sancionadas por las acciones del edicto XIX, muy distintas de las acciones crediticias del edicto XVII. De esta manera, tales actos unilaterales de obligaciones crediticias no habrían sido incluidos por los clásicos en el concepto de *contractus*, que se veía así reducido a aquellos negocios donde existía una bilateralidad funcional (*ultra citroque obligationem*). La inserción de las figuras crediticias en una noción más amplia de *contractus* se debería a Gayo y a los postclásicos, sobre la base de aquél. Gai 3. 88. 89, en efecto, distingue las obligaciones *ex delicto* y las obligaciones *ex contractu*; y dentro de estas últimas incluye las obligaciones *re, verbis, litteris y consensu*. Aproximadamente sólo estas últimas eran consideradas contratos por los clásicos. Vid. n'ORS, *Creditum y contractus*, en *AHDE*. 26 (1936), p. 183 ss.; rec. a Grosso, *Il sistema romano dei contratti*, en *IVRA*. 15 (1964) 2. p. 390 ss.; rec. a Wunner, *Contractus* (1964), en *SDHI*. 32 (1966), p. 427 ss.; una exposición general del problema en *Derecho Privado Romano*² (Pamplona 1973), p. 370 s.; p. 393 ss.; 457 ss.

La dependencia conceptual de las instituciones jurídico-clásicas a la peculiaridad de la *actio* que las sanciona, se revela así en el orden edictal. Sin embargo, el desaparecimiento del *agere per formulas*, basado en la tipicidad de la acción procesal, abrió una brecha de fácil acceso a la introducción de criterios abstractos enderezados a reordenar y aun definir las figuras jurídicas, y de esa manera la omnicomprensividad que en el período postclásico alcanza la noción de contrato, termina por arrastrar al mutuo dentro de dicha categoría. No obstante, el clasicismo justiniano, confirmando en cierta medida la tradición clásica, no privará a la *mutui datio* de su carácter de *creditum*, la cual quedó ahora incluida como una especie dentro del género contractual.

genéricamente completo, pero al interior de la categoría *re contracta* los postclásicos advirtieron la omisión del comodato, depósito y prenda, donde aquél sólo había incluido a la *mutui datio*. Para él *re* era sólo transmisión de propiedad, *datio*, lo cual existe en el mutuo pero no en las otras figuras¹⁷. Los postclásicos, valiéndose del mismo esquema gayano, las incluyeron en el rubro *re contracta*, junto a la *mutui datio*, como aparece en Inst. 3. 14. 2-4, y D. 44. 7. 3-6, con lo cual el género *dationes rei* pierde su genuino sentido que aún conserva en Gayo, válido para la *mutui datio*, pero no para el comodato, depósito y prenda, dado que en éstos no hay daciones sino traspaso de mera tenencia o posesión.

Apoyado en el cuadro gayano de los elementos obligantes, y completado éste con los otros negocios referidos, no resultó difícil para los postclásicos, basados en la exacervación de la *voluntas*, construir la noción de contrato como la convención lícita generante de obligaciones. El Código alfonsino no pudo escapar a la inusitada fuerza que ha ejercido este criterio postclásico, e igualmente, sin proporcionar una definición de *pleyto* o *postura* —simil aquí de contrato—, engloba dentro de ellos, no sólo a la serie de actos típicos engendrantes de obligaciones de acuerdo a la cuatripartición gayana, sino además a todos aquellos con que los bizantinos la aumentaron posteriormente.

La tendencia a ver en el *consensus* el ingrediente definidor del contrato, implícitamente aceptado por los legisladores alfonsinos, halla una consagración explícita en el Ordenamiento de Alcalá, obra estrechamente vinculada a la suerte de las Partidas, por cuanto impulsa oficialmente su vigencia, dando pie a la recepción práctica del *ius commune*. Esta fuente refiriéndose a las obligaciones entre ausentes, preceptúa en OA. 16. 1.:

mas que sea valedera la obligacion o el contracto que fueren fechos en qualquier manera que paresca que alguno se quiso obligar a otro e facer contracto con el.

Para una precisa determinación del concepto de dación crediticia, resulta aclaratorio hacer previamente una disgresión acerca de la forma que puede revestir el *debitum* de una obligación, en su doble vertiente jurídica y material. Jurídicamente, sistematizando los principios de la jurisprudencia clásica, ella puede consistir en *dare*, *facere* y *praestare*. En las daciones crediticias, y valga el

¹⁷Vid. D'Ors, *Re et Verbis*, en *Atti Verona* (Milano 1951) 3, p. 278 ss.

mutuo como su ejemplo más destacado, existe *dare*, es decir, transmisión de propiedad al *accipiens*, cesión de la facultad de disponer, quien debe restituir (*reddere*) igual género y cantidad. Ya sabemos que en el Derecho romano tardío se relajarán los perfiles diferenciadores clásicos y la *datio* comprometerá su acepción restrictiva de traspaso de propiedad para indicar también la tradición de la posesión y aun de la mera tenencia. Sin embargo, es necesario valorar que la *datio* reviste aquí tal calidad por la naturaleza física de las cosas que se dan en mutuo, consistente en género, ya que cualquier tradición de género tiene la calidad de *datio*, pues se trata de cosas no-reivindicables para el dador en atención a su fungibilidad¹⁸.

6. Esta noción del mutuo como dación de cosas genéricas que hace dueño de las mismas al tomador, quien tiene el deber jurídico de restituir igual cantidad, se encuentra claramente delineada en los fragmentos del CIC. precedentemente anotados, en especial Ins. 3. 14 y D. 12. 1. 2, con un común antecedente es Gai. 3. 90

En P. 5. 1. 1, 2 se construye un concepto similar, observándose los mismos elementos que tipifican al mutuo romano: a) fungibilidad de las cosas que se dan en mutuo, b) calidad de dueño del dador, c) transmisión de propiedad del cedente al tomador, y d) restitución de igual género y cantidad al dador.

Examinaremos separadamente cada uno de estos presupuestos, intentando un cotejo entre los pasajes contiguos de las Partidas con algunos del Digesto.

a) Refiriéndose al mutuo, como uno de los tipos de préstamos, dice

P. 5. 1. 1:

La vna es mas natural que la otra, e esta es, como quando emprestan vn̄os a otros, alguna de las cosas que son acostumbradas a contar, pesar, o medir.

La comparación entre este párrafo del Libro de las Leyes y

¹⁸Al dejar el *dans* de ser propietario y perder, por ende, la disponibilidad de la cosa, es improcedente de su parte el ejercicio de la *vindicatio* para obtener la restitución, debiendo ejercer una acción personal, la *condictio*. Mirando este problema desde la exclusiva perspectiva procesal, las cosas fungibles tampoco pueden ser objeto idóneo de la acción de dominio, ya que su mismo carácter de no identificabilidad impide afirmar el señorío sobre ellas, lo cual ya en el arcaico sistema del *sacramentum* hacia imposible el simbolismo de la *festuca*, unido a la expresión domical *hoc meum esse*. Vid. d'Ors, *Observaciones sobre el Edicto de rebus creditis*, en *SDHI*. 19 (1953), p. 159 ss.

textos pertinentes del CIC., nos muestra la identidad descriptiva, en una y otra fuente, respecto de las cosas que integran el objeto material de este préstamo. Así se deduce de Inst. 3. 14. pr.:

Re contrahitur obligatio veluti mutui datione mutui autem obligatio in his rebus consistit, quae pondere numero mensurave constant.

Y D. 12. 1. 2. 1:

Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt.

El término *res fungibilis* no fue utilizado por los juristas clásicos ni postclásicos, quienes para indicarla decían que son aquellas cosas que se “pesan, cuentan y miden”, como se observa en los fragmentos anotados. La expresión cosa fungible es de origen renacentista, posterior a la promulgación de las Partidas, siendo un representante del Humanismo jurídico su creador. Dentro de las categorías descriptivas que emplea el CIC. y el Código alfonso, para aludir a las cosas fungibles —común en ambas obras—, se advierte, sin embargo, una mayor cualificación en el texto justiniano, donde se complementa el principio mediante la ejemplificación de algunos géneros determinados. En Inst. 3. 14. pr., a continuación del pasaje transcrito, se dice:

veluti vino oleo frumento pecunia numerata aere argento auro.

Y D. 44. 7. 2:

Re contrahitur obligatio mutui datione mutui autem datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensurave constant, veluti vino oleo frumento pecunia numerata.

Las Partidas, con un criterio diverso, omite todo otro tipo de precisión respecto del *debitum* material en el mutuo, no obstante utilizar el recurso ejemplar a fin de precisar las cosas que se entregan en comodato. Una prueba en P. 5. 1. 1 y P. 5. 2. 1. Dice la primera:

E la otra manera de prestamo, es de qualquier de todas

las otras cosas, que non son de tal manera como estas; assi como cauhallo, o otra bestia, o libro, e otras cosas semejantes. E a tal prestamo como este dizen en latín *Commodatum*.

Y la segunda, ubicada en el título del comodato, señala:

Commodatum es vna manera de prestamo, que fazen los omes vnos a otros, assi como de cauhallos, o de otra cosa semejante, de que se deuen aprouechar aquel que la rescibo, fasta tiempo cierto.

Pero si en las Partidas, como se ha señalado, no se emplean ejemplos para precisar el objeto material del mutuo, en el Fuero Real, en cambio, los legisladores alfonsinos fueron mucho más explícitos en usar este recurso.

Expresa FR. 3. 16. 1:

Todo *emprestido* se face de dos maneras: la una es, quien home rescibe *emprestido* por cuenta, como dineros, o otra moneda qualquier, o la tenia por peso, como oro, o plata, o cera o otra cosa semejaste, o la tomo por medida, como pan o vino o olio o otra cosa semejable.

Sin embargo, es interesante anotar cómo en las Partidas la consideración de las cosas objeto de este *emprestido*, bajo la forma del giro “contar, pesar y medir”, es muy acusada, mayor aún que en la fuente justiniana, puesto que al no existir en el Código castellano un término propio y específico para nominar por un lado al mutuo y por otro al comodato —englobados aquí bajo la categoría común de *emprestidos*—, la alusión a cada uno de estos tipos de préstamo se hace a través de la paráfrasis descriptiva de las cosas que se dan o entregan en ambos casos, utilizándose un expediente que, ajeno a toda economía lexicográfica, sirve para designar a una y otra figura jurídica. Así, mientras en las fuentes romanas las expresiones “contar, pesar y medir”, se emplean para señalar el objeto material del mutuo, en la obra alfonsina, en cambio, su utilización es para individuar al mutuo mismo. Esta afirmación es posible corroborarla en numerosas leyes de P. 5. 1. En tal sentido los siguientes pasajes:

P. 5. 1. 1:

La vna es mas natural que la otra, e esta es, como quando emprestan vnos a otros, alguna de las cosas que son acostumbradas a contar, pesar, o medir.

P. 5. 1. 2:

Vn ome a otro puede emprestar alguna de las cosas que diximos en la ley ante desta, que se pueden contar, o pesar, o medir.

P. 5. 1. 3:

No tan solamente pueden los omes prestar vnos a otros, aquellas cosas que diximos en las leyes ante desta, que pueden ser emprestadas.

P. 5. 1. 8:

Si alguna de las cosas que se pueden contar, o pesar o medir, emprestasse vn ome a otro.

Se revela aquí cómo el lenguaje circunloquial se conserva, no sólo a pesar de la introducción de términos romanos que trae aneja la Recepción, sino aun a costa de su misma utilización.

Pensamos, no obstante, que tanto en el CIC., como en las Partidas, el empleo de las locuciones "contar, pesar y medir" no miran a la cualificación esencial de las cosas objeto material del mutuo, ni tampoco a un accidente intrínseco a ellas, que determine su descripción, sino más bien a un aspecto de funcionalidad jurídica que dice relación con la manera de realizar su tradición sea mediante el contaje, pesaje o medidura. Un apoyo implícito a esta idea podemos encontrarla en P. 5. 1. 9, en torno a la expresión *non contada* para referirse a la situación derivada de la carta en que se promete restituir una cantidad no recibida¹⁹. Dicha aseveración, en cambio, pareciera estar explícitamente ratificada en FR. 3. 16. 1:

¹⁹Se advierte claramente que la acción en beneficio del deudor que describe P. 5. 1. 9, es el simil romance de la *querella non numerata pecunia* del derecho postclásico, con la cual coincide tanto en sus presupuestos, plazo de caducidad y efectos derivados de su no ejercicio oportuno. Se preceptúa en la parte final de esta ley de las Partidas, que el deudor siempre estará obligado a pagar, aun cuando no se hubiere realizado la *numeratio*, si éste renunciase en la misma carta al recurso de la *querella*, diciendo en la parte pertinente, o si el deudor, que auia otorgado, que auia rescibido los maravedis prestados, renunciase a la defension de la *pecunia, non contada*. Ca entonces non se podria amparar por esta razon, si este renunciamiento atal fuesse escrito en la carta.

homes que rescibe emprestido por cuenta... o la tenía por peso... o la tomo por medida.

Estos pasajes revelan que el tomador adquiere la cosa genérica no por aprehensión material, sino por el proceso de cuantificación respectivo.

b) El presupuesto de que el dador ha de ser en el mutuo dueño de la cosa que cede, requiere de alguna matización a fin de pretender establecer su alcance. Hemos señalado que el carácter que asume el objeto material del mutuo, inidentificable por su propia naturaleza en razón de su fungibilidad, impide la afirmación del señorío sobre él. Sin embargo, en P. 5. 1. 2, dentro de la ley que trata acerca de *Quien puede emprestar e a quién, e que cosas*, preceptúa en la especie:

E esto se entiende, si las cosas son de aquel que las empresta, o si otro lo faze por mandado del.

Esta disposición del código alfonsino encuentra en D. 12. 1. 2. 4 un texto similar:

In mutui datione oportet dominum esse dantem²⁰.

El contenido de estos fragmentos pareciera así contradecir nuestra aseveración precedente. Acaso en la búsqueda de una explicación sea necesario retener que la noción de dominio carece de un contenido unitario, general y abstracto, puesto que al ser tal la identidad entre la propiedad y el objeto sobre que recae, se produce una suerte de sinecismo entre ambas entidades, de donde resultan tantas clases de dominio como categorías de cosas, induciendo a confusión el arrastrar los bienes fungibles a una estructura de propiedad que se configura sobre la base de cosas específicas. Las reales dificultades que imperan en esta materia se vitalizan, todavía, al observar la imposibilidad de la *vindicatio*, pues como lo que presta es un género, dicha cesión —según ya se ha expresado— constituye una *datio*, de donde la cosa se hace del mutuario, y por lo cual el mutuante no recibe en restitución la cosa material sino su valor, aun cuando aquel consuma o no lo recibido.

²⁰De manera indirecta D. 12. 1. 13 pr. alude a la situación de quien da en mutuo dinero ajeno, pero lo hace describiendo un caso límite con el objeto de determinar el momento en que surge la *condictio ex causa furtiva*. Acerca del sentido de la *datio* en el caso del *furtum*, vid. interesantes consideraciones en D'ORS, *Observ.* (n. 18), p. 149 ss.

La exigencia consagrada en el texto castellano de ser dueño aquel que empresta, puede hallar también algún antecedente en D. 12. 1. 2. 2, recogido de Inst. 3. 14. pr. con un precedente común en Gai 3. 90:

Apellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum lit: et ideo, si non fiat tuum, non nascitur obligatio²¹.

Se trata aquí, en todo caso, de un conato de noción etimológica, acaso fruto del nominalismo estoico, que tiene un valor muy relativo en orden a conceptualizar una institución jurídica, y que juega sobre el apoyo de una idea constructiva o funcional para explicar el mecanismo operativo de la *mutui datio*. También la presencia de D. 50. 17. 54, que consagra el principio elevado a la categoría de aforismo en la época postclásica, *Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*, puede inducir a la consagración de un postulado similar al de P. 5. 1. 2. De una irrestricta extensión de esta norma, que no la tuvo en su contexto originario, pudo deducirse que si la *datio* convierte en dueño al que la recibe, es porque quien la realiza lo es a su vez de las cosas que cede²².

c) En lo que atañe a la cesión del dominio del *dans* al *accipiens*, ella aparece también establecida en D. 12. 1. 2. 2, ya consignado. Igualmente nos hemos referido a este supuesto al hacer la consideración acerca de la *datio* crediticia y a la peculiaridad que adquiere la tradición de las cosas genéricas, las que se hacen de propiedad del deudor (mutuario), por lo que el dador (mutuante) no puede reivindicarlas, pues ha dejado de tener la disponibilidad sobre ellas, unido a que su mismo carácter de no identificabilidad impide afirmar el señorío sobre ellas. La existencia de una causa adquisitiva de dominio, constituida por el *creditum*, viene también a explicar la calidad de *datio* que asume la tradición realizada por el dador.

En P. 5. 1. 1. se establece en versión romance un principio conceptualmente conexo:

²¹Sin embargo, G. LÓPEZ señala que este precepto justiniano y no D. 12. 1. 2. 4, es el antecedente de P. 5. 1. 2. Vid. gl. *Son de aquel* ad P. 5. 1. 2.

²²Esta regla, elevada a principio general por los postclásicos y acogida como verdadero dogma por la civilística, tiene, sin embargo, dentro del contexto en que se insertaba, un alcance restrictivo que se refería sólo a la adquisición del *ius hereditatis*. Así se desprende de LENEL, *Paling.* 2 (Ulp. 1200), col. 722. Este es el origen de muchos aforismos jurídicos, que surgen como tales al ser desconocidos del fragmento en que originariamente se incluían, otorgándoseles un grado de validez que no se compadece con el sentido restrictivo que tenían dentro del texto del cual fueron separados.

ca pasa el señorío de qualquier destas cosas, al que es dada por prestamo.

Similar idea vuelve a aparecer en P. 5. 1. 2:

Otrossi dezimos, que luego que es passada la cosa a poder de aquel a quien es prestada, puede fazer della lo que quisiere, bien assi como de lo suyo.

Mientras en el primer texto se señala el derecho que el mutuario adquiere sobre las cosas que recibe en préstamo, el cual titula *señorio* —expresión romance sinónima de *dominium*—, en el segundo, hace alusión a las facultades que dimanar de ese derecho —*fazer della lo que quisiere*— representativo del *habere* romano. De ahí que sobre el ejercicio de esta facultad, inescindible a dicho derecho real, P. 3. 28. 1 elabora un concepto canonizado de *señorio*, el que define como el *poder que ome ha en su cosa de fazer della, e en ella lo que quisiere segun Dios, e segund fuero*.

d) Y, por último, la restitución al mutuante de la misma cantidad de igual género y calidad, se consagra también en D. 12. 1. 2. pr.:

Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum), sed idem genus: nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum.

Semejante postulado en Inst. 3. 14. pr:

quandoque nobis non eaedem res, sed aliae eiusdem naturae et qualitatis reddantur.

El pago de la obligación emanada del mutuo implica una restitución, una *datio* en sentido inverso (*reddere*), de otras cosas de igual género y calidad a las recibidas. En esta forma, si con la dación del mutuante al mutuario se perfecciona el negocio, nace a la vida jurídica, con la posterior *datio* de éste a aquel se extingue la obligación. Es también lo que dice P. 5. 1. 2 en el siguiente pasaje:

Pero tenudo es de dar a aquel que gela presto, otra tanta, e atal, e tan buena como aquella que le presto; maguer ningunas destas cosas non dixesse señaladamente el que la emprestasse.

Este fragmento alfonsino ratifica que el objeto material de la *solutio* que extingue la obligación debe ser idéntico en género, calidad y cantidad al de la *datio* que le dio nacimiento. Si existe una alteración en estas entidades, el crédito no se extingue por la vía normal de la *solutio* sino de la *datio in solutum*.

Las Partidas ofrece en esta materia un criterio de mayor explicitación que los pasajes justinianeos, de los cuales lejanamente se nutre, a objeto de precisar la identidad entre la *datio* y la *solutio*. Así, de los fragmentos de Inst. 3. 14 pr. y D. 12. 1. 2 pr., ya transcritos, se observa la mención en ellos de semejanza de género o de naturaleza y calidad, en tanto que el Código alfonsino añade a esa exigencia —*e tal e tan buena como aquella que le presto*—, la determinación de la cantidad, *otra tanta*, concluyéndose, en esa forma, la triple identidad para que sea total la equivalencia *datio-solutio*²³. Un precedente alfonsino lo hallamos en el siguiente fragmento de

FR. 3. 16. 1:

mas es tenudo de dar otro tanto, é tan bueno, que sea de aquella natura de que era lo que tomó.

Finaliza el texto de P. 5. 1. 2 con una referencia a la época en que debe ser efectuado este pago, estableciéndose que la devolución ha de realizarse en el plazo fijado por las partes, y en el caso poco usual que éste no haya sido determinado, el deudor debe restituir, a voluntad del acreedor, pasados diez días después de realizada la dación²⁴:

²³El propio G. LÓPEZ en glos. *Otra tanta, e atal* ad P. 5. 1. 2. cita a D. 12. 1. 3, texto que se refiere a *idem genus*, pero no al requisito de idéntica cantidad. Debe considerarse, no obstante, que la condición de equivalencia de cantidad va implícita en la fuente justinianeas, por tratarse de un supuesto que se halla en la raíz misma del *debitum mutui*.

²⁴Es posible notar la incidencia de P. 5. 1. 2 en la génesis del art. 2200 de nuestro Código Civil, el cual establece que "Si no se hubiere fijado término para el pago, no habrá derecho de exigirlo dentro de los diez días subsiguientes a la entrega". Esta norma se aleja del Código Civil francés para acoger parcialmente la solución que ofrece el texto alfonsino; en efecto, el art. galo correspondiente es el 1900: "Si no se ha fijado término para la restitución, puede el juez conceder al que tomó prestado un término proporcionado a las circunstancias". Vid. *Concordancias entre el Código Civil francés y los códigos extranjeros* (trad. por D. F. Verlanga H. y D. J. Muñiz M.) (Madrid 1843), p. 155. Este criterio, sin embargo, era acogido por el art. 542 del Proyecto del Código Civil de 1841-1845: "Si no hubiere fijado término para el pago, o si se hubiere pactado que el mutuario pague cuando pueda, podrá el juez atendidas las circunstancias fijar un plazo", siendo rechazado posteriormente por el art. 2346 del Proyecto de 1853, donde se aceptó la solución de P. 5. 1. 2, disponiendo que "Si no se hubiere fijado término para el pago, deberá hacerse a los diez días sub-

E deuegela dar al plazo que pusieren entre si, quando la la cosa fue prestada. E si plazo non fue puesto, deuegela dar a voluntad del que la presto, diez dias despues que fue prestada.

siguientes a la reclamación del acreedor; pero podrá el juez con justa causa prorrogar este plazo". Vid. ANDRÉS BELLO, *Obras Completas, Proyecto de Código Civil* 3 (Santiago 1932) 1, p. 552; 4 (Santiago 1932) 2, p. 555. En cambio, en el denominado Proyecto Inédito, art. 2346, se alteró el punto de partida para computar dicho plazo de diez días, ahora fijado desde la época de la dación al mutuario, estableciéndose así el criterio sostenido por nuestra actual legislación civil. Vid. ANDRÉS BELLO, *Obras Completas*, 5 (Santiago 1932) 3, p. 560. En este Proyecto, en nota al art. 2346, se señala una referencia a Goyena, Concordancia, art. 1646. Goyena para este art., que consagra semejante solución al art. 2200 actual, indica que "P. 5. 1. 2, al tratar del préstamo, señala diez días como nuestro artículo". Vid. GOYENA, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil español* 4 (Madrid 1852), p. 72; ANDRÉS BELLO, *Código Civil de la República de Chile*, Introd. y Notas P. Lira Urquieta, 2 (Caracas 1955), p. 852.