



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO ROMANO E HISTORIA DEL DERECHO.

"EL MUTUO COMO NEGOCIO CREDITICIO"

TESIS

PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

BENHUMEA REBOLLO CHRISTIANE.

DIRECTOR DE TESIS:
DR. JORGE ADAME GODDARD.

CIUDAD UNIVERSITARIA, MARZO 2011.





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO ROMANO
E HISTORIA DEL DERECHO
FD/SDR/03/034/2011

ASUNTO: APROBACIÓN DE TESIS.

Dr. Isidro Ávila Martínez
Director General de la Administración
Escolar de la U.N.A.M.
Presente.

La alumna **CHRISTIANE BENHUMEA REBOLLO**, con número de cuenta **301125392**, ha elaborado en este seminario bajo la dirección del **DR. JORGE ADAME GODDARD**, la tesis intitulada "**EL MUTUO COMO NEGOCIO CREDITICIO**", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El **DR. JORGE ADAME GODDARD**, me ha comunicado que el trabajo se concluyó satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos para su presentación en examen profesional.

En mi carácter de Director del Seminario, apruebo la tesis presentada para que sea sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la sustentante **CHRISTIANE BENHUMEA REBOLLO**, he inserto la leyenda que dice:

En sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"La persona interesada deberá iniciar trámites para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificación la Secretaría General de la Facultad".

Atentamente
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Ciudad Universitaria, D. F., marzo 17 de 2011.

DR. JOSÉ DE JESÚS LEDESMA URIBE
Director del Seminario



C. p. Archivo

AGRADECIMIENTOS.

“...No olvidéis nunca que hasta el día en que Dios se digne descifrar el porvenir al hombre, toda la sabiduría humana estará resumida en dos palabras:

¡Confiar y esperar!

Edmundo Dantés, Conde de Montecristo. Alejandro Dumas.”

A Díos por ser mi guía.

A mis padres Antonio y Lucy por amarme y cuidarme siempre.

A mis hermanos José Antonio y Allan Irving por estar siempre conmigo.

A mis ábuelos: Constantino Alberto, Baldomero y Audelia por cuidarme desde el cielo.

A mi ábuela y madrina Marilú por su cariño y apoyo.

A la familia Rebollo y a la Familia Benhumea por toda su ayuda.

A la Universidad Nacional Autónoma de México por ser mi *alma mater*.

Al Dr. Jorge Adame Goddard por todo su apoyo, ayuda y paciencia para realizar esta tesis.

A todos mis profesores de la Facultad de Derecho por formarme como estudiante.

A todos mis leales y magnificos compañeros de la vida: Ana Luisa, Raquel, Inés, Monse, Ivan, Diego, Sonia, Alejandro y Víctor, gracias por estar conmigo, por hacerme reir, por su esplendida compañía y amistad y por que a pesar de que me conocen me quieren.

DEDICATORIAS.

Ad Maiorem Dei Gloriam.

A mis amados padres Antonio y Lucy.

A mis hermanos Antonio y Allan.

A mis ábuelos.

A mi sobrinita Brisia.

A mí querida Universidad Nacional Autónoma de México.

A mí siempre vilipendiada Facultad de Derecho.

A mis muy queridos amigos.

INDICE.

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO PRIMERO: EL MUTUO EN LAS INSTITUCIONES DE GAYO Y JUSTINIANO.

1.1.-INTRODUCCIÓN A ESTE CAPÍTULO.....	1
1.2- EL MUTUO EN LAS INSTITUCIONES DE GAYO.	1
1.2.1.-FUENTES DE LAS OBLIGACIONES.	1
1.2.2.-LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DE CONTRATOS.	2
1.2.3.-NATURALEZA, CONCEPTO Y CARÁCTERÍSTICAS DEL MUTUO.2	
1.3.- EL MUTUO EN LAS INSTITUCIONES DE JUSTINIANO.	4
1.3.1.-CONCEPTO DE OBLIGACIÓN Y FUENTES DE LAS OBLIGACIONES.....	5
1.3.2.-OBLIGACIONES QUE NACEN DE UN CONTRATO.	5
1.3.3.-NATURALEZA, CONCEPTO Y CARACTERISTICAS DEL MUTUO.6	

CAPÍTULO SEGUNDO.-EL MUTUO EN LA BIBLIOGRAFÍA ROMANÍSTICA ESPAÑOLA EN: SARA BIALOSTOSKY; FLORIS MARGADANT; JUAN IGLESIAS.

2.1.-INTRODUCCIÓN A ESTE CAPÍTULO.....	9
2.2.-CONCEPTO DE OBLIGACIÓN Y FUENTES DE LAS OBLIGACIONES CONSIDERADAS POR LOS AUTORES.....	9
2.3.-EL CONTRATO EN LA PRESPECTIVA DE LOS AUTORES.	10
2.4.-EL MUTUO EN LA PERSPECTIVA DE LOS AUTORES.	12
2.4.1.-EL MUTUO CONSIDERADO POR SARA BIALOSTOSKY.	13
2.4.2.-EL MUTUO CONSIDERADO POR FLORIS MARGADANT.	14
2.4.3.-EL MUTUO CONSIDERADO POR JUAN IGLESIAS.	17
2.5.- CUADRO COMPARATIVO DEL MUTUO EN LA PRESPECTIVA DE SARA BIALOSTOSKY; FLORIS MARGADANT Y JUAN IGLESIAS.....	18
2.6.- CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO.....	20

CAPÍTULO TERCERO: TEORÍA DEL CRÉDITO DE ALVARO D'ORS Y SU RELACIÓN CON EL MUTUO.

3.1.- INTRODUCCIÓN A ESTE CAPÍTULO.....	21
3.2.- CONCEPTO DE OBLIGACIÓN.....	21
3.3.- FUENTES DE LAS OBLIGACIONES RECONSTRUIDAS POR ÁLVARO D'ORS.	22

3.3.1.- EL EDICTO Y SU UTILIDAD PARA LA REECONSTRUCCIÓN DE LAS FUENTES CLÁSICAS DE LAS OBLIGACIONES.	23
3.3.2.-TEXTOS DEL DIGESTO QUE UTILIZA D'ORS PARA LA REECONSTRUCCIÓN DE LAS FUENTES CLÁSICAS.	27
3.3.3.- CRÍTICA A LA CLASIFICACIÓN GAYANO-JUSTINIANEA DE LAS FUENTES DE LA OBLIGACIONES Y A LA POSTERIOR DIVISIÓN DE LOS CONTRATOS.	32
3.4.- LISTADO DE ACTOS CONCRETOS DE DONDE PROVIENEN LAS OBLIGACIONES (FUENTES CONCRETAS).	37
3.5.- LA TEORÍA DEL CRÉDITO.....	40
3.5.1.- TERMINOLOGÍA Y CONCEPTOS GENERALES.....	40
3.5.2.-PLANTEAMIENTO DE LA TEORÍA DEL CRÉDITO.	45
3.6.- EL MUTUO EN LA TEORÍA DEL CRÉDITO, EL MUTUO COMO NEGOCIO CREDITICIO.	56
3.6.1.- NATURALEZA Y CONCEPTO DEL MUTUO.	56
3.6.2.- CARACTERÍSTICA Y DISTINTOS ELEMENTOS DEL MUTUO. ...	60
3.6.3.- COMPARACIÓN DEL MUTUO PRÉSTAMO CIVIL CON EL COMODATO PRÉSTAMO PRETORIO.	64
3.6.4.- COMPARACIÓN DEL NEGOCIO CREDITICIO MUTUO CON EL CONTRATO DE COMPRAVENTA.	71
3.7.- RÉPLICAS PANORMITANAS.	83
3.7.1.-INTRODUCCIÓN A ESTE APARTADO.....	83
3.7.2.-RÉPLICAS PANORMITANAS IV. SOBRE LA SUERTE DEL CONTRATO REAL EN EL DERECHO ROMANO.	83
3.7.3.-RÉPLICAS PANORMITANAS III. 'CONVETIONES' Y 'CONTRACTUS'.	89
3.7.4.- REPLICA PANORMITANAS IV. SOBRE LA SUPUESTA 'CONDICTIO' SIN 'DATIO'	93
3.7.5.- REPLICAS PANORMITANAS V. SOBRE D.12.1.9.1.	95
3.7.6.- RÉPLICAS PANORMITANAS I Y II: DE NUEVO SOBRE EL 'CREDITUM' Y EI 'CONTRACTUS' SEGÚN LABEÓN.	99
CUARTO CAPÍTULO. EL MUTUO EN LA LEGISLACIÓN Y DOCTRINA CIVIL MEXICANA.	
4.1.-INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO.	113

4.2.-TERMINOLOGÍA, CONCEPTOS Y CONSIDERACIONES PREVIAS.	113
4.2.1.- CONSIDERACIÓN PREVIA.	113
4.2.2.- CONCEPTO DE OBLIGACIÓN.	113
4.2.3.- FUENTES DE LA OBLIGACIONES.....	114
4.2.4.-CONTRATOS, CONCEPTO, NATURALEZA, CARACTERÍSTICAS Y CLASIFICACIÓN.	114
4.3.-ANÁLISIS DEL MUTUO.	119
4.3.1.-ANTECEDENTES.....	119
4.3.2.-NATURALEZA Y CONCEPTO.	120
4.3.3.-CARACTERÍSTICAS.	121
4.3.4.-CUADRO SINÓPTICO DEL MUTUO EN LA LEGISLACIÓN Y DOCTRINA MEXICANA.....	129
4.4.- CRÍTICA A LA NOCIÓN CIVILISTA MEXICANA DEL MUTUO.	130
4.5.- COSIDERACIONES FINALES DEL CAPÍTULO.	132
CONCLUSIONES.	138
BIBLIOGRAFIA.	

INTRODUCCIÓN.

Esta tesis tiene como principal objetivo el exponer al mutuo como un negocio crediticio, y no como un contrato, debido a sus peculiares características, que diferencian al mutuo de los demás contratos.

En el primer capítulo se realizara un análisis del mutuo en las Instituciones de Gayo y Justiniano, este capítulo tiene la finalidad de identificar las concepciones de obligación, sus fuentes, la clasificación de los contratos y del mutuo en particular. Es importante considerar lo expuesto en estas Instituciones ya que en ellas se fundan muchos conceptos actuales del derecho romano que se enseña hoy y también en el derecho civil mexicano.

Para continuar en el segundo capítulo se exponen las consideraciones del mutuo en la bibliografía romanística española en los siguientes autores: Sara Bialostosky; Floris Margadant y Juan Iglesias. El propósito de este capítulo es mostrar como el mutuo y conceptos relacionados con este negocio en el derecho romano que se enseña en la actualidad son un reflejo de las Instituciones de Gayo y Justiniano.

En el tercer capítulo se expondrá la teoría del crédito de Alvaro d'Ors y a través de ella se explicara la naturaleza del mutuo como un negocio crediticio. El capítulo tercero tiene como objeto demostrar que en el derecho romano clásico se consideraba lo siguiente: primero las fuentes de las obligaciones eran distintas a las consideradas por las Instituciones de Gayo y Justiniano; segundo que se reconocían obligaciones unilaterales y bilaterales con un régimen jurídico propio; tercero que el mutuo era considerado un crédito, es decir, un negocio crediticio, que producía obligaciones unilaterales, es así que el mutuo se considera distinto al contrato que produce obligaciones bilaterales.

En el capítulo cuarto se presentará las siguientes consideraciones: la concepción de obligación, se enumeraran las fuentes de las obligaciones, el concepto y características del contrato y la noción del mutuo en el Código Civil Federal, y en los siguientes autores: Rafaél Rojina Villegas, Manuel Borja Soriano, Ramón Sánchez Medal, Miguél Ángel Zamora y Valencia y Bernardo Pérez del Castillo. Una vez considerado el mutuo en la legislación y doctrina civil mexicana, se contrastaran los resultados de este capítulo con la Teoría del Crédito de Álvaro d'Ors expuesta en el capítulo anterior.

CAPÍTULO PRIMERO: EL MUTUO EN LAS INSTITUCIONES DE GAYO Y JUSTINIANO.

1.1.-INTRODUCCIÓN A ESTE CAPÍTULO.

En este capítulo se expondrá las consideraciones acerca del mutuo en las Instituciones de Gayo y Justiniano. Se comenzara con la exposición del término de obligación (en el caso que se contemple), enseguida se presentan las fuentes de las obligaciones, la consideración del contrato y la perspectiva del mutuo en las Instituciones de Gayo y asimismo se realizara el mismo análisis en las Instituciones de Justiniano.

1.2- EL MUTUO EN LAS INSTITUCIONES DE GAYO.

La Instituciones o Comentarios de Gayo "...divide la materia del *ius civile* en tres partes: personas (lib.1), cosas (lib. 2 y 3) y acciones (lib.4)..."¹

Estos temas constan en cuatro libros que son los siguientes:

Libro primero. Personas,

Libro segundo: Cosas

Libro tercero: Sucesiones y obligaciones

Libro cuarto: Acciones, procedimiento civil.

1.2.1.-FUENTES DE LAS OBLIGACIONES.

En el libro Tercero encontramos a las obligaciones, Gayo no proporciona un concepto de obligación, empero en Gayo 3.88 realiza una división de las obligaciones, como se aprecia en la siguiente cita de los comentarios de Gayo:

"Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa diuisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio uel ex contractu nascitur uel ex delicto."

"Pasemos ahora a las obligaciones, cuya principal división comprende dos clases, pues toda obligación nace de contrato o de delito".²

En relación con las fuentes que menciona Gayo, "Posteriormente, en otra obra suya, '*Libri rerum cottidianarum sive aureorum*', agrega a las clasificación bipartita originaria un tercer cuadro de figuras que deja indeterminadas, llamándolas '*variae causarum figurae*' ('varia figuras de causas')."³

¹ D'ORS, Álvaro, Derecho Privado Romano, 5ª ed., Ediciones Universidad de Navarra Pamplona, Pamplona, España, 1983, pág. 88.

² ABELLAN VELASCOS, Manuel, *et. al.*, Instituciones de Gayo, Civitas, Madrid, España, 1985, págs. 244 y 245.

³ DI PIETRO, Alfredo, Derecho Romano Privado, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1996.

De lo expuesto con anterioridad cabe destacar que las obligaciones según Gayo nace de:

- a). Contrato
- b). Delito.
- c). Otras figuras causales (*variae causarum figurae*)

1.2.2.-LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DE CONTRATOS.

Es importante considerar que Gayo no define al contrato pero sus Instituciones 3.89 se menciona:

“Et prius uideamus de his quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re –con- trahitur obligatio aut uerbis aut litteris aut consensu.” “Y tratemos primero de las que nacen de contrato. De éstas hay cuatro géneros, pues una obligación se contrae o por la cosa, o por las palabras, o por los escritos, o por el consentimiento.”⁴

De la afirmación de Gayo mencionada en el párrafo anterior “...se suelen tradicionalmente dividir los contratos en verbales, literales, reales y consensuales...”⁵

1.2.3.-NATURALEZA, CONCEPTO Y CARÁCTERÍSTICAS DEL MUTUO.

En Gayo 3.90, encontramos la figura del mutuo, dentro de las obligaciones que nacen por la entrega de la cosa:

“Re contrahitur obligatio uelut mutui datione. Mutui autem datio proprie in his (fere) rebus contingit quae (res) pondere numero mensura constant, qualis est pecunia numerata, uinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum. Quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eaedem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. Vnde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita (ti) bi a me datum est, ex meo tuum fit.” “Se contrae una obligación por la cosa cuando, por ejemplo, hay una entrega en mutuo. La entrega en mutuo acaece propiamente con aquellas cosas que se calculan por el peso, el número o la medida, como es el dinero, el vino, el aceite, el trigo, el cobre, la plata, el oro; cosas éstas que entregamos o contándolas o midiéndolas o pesándolas para que se hagan de los que las reciban y nos devuelvan después no las mismas cosas, sino otras de la misma

⁴ ABELLAN VELASCOS, Manuel, *Instituciones de Gayo, Op. Cit.*, págs. 244 y 245.

⁵ ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, *Derecho Privado Romano*, 2ª ed., Ediciones en General, España, 2007, pág. 254.

naturaleza. Por lo cual es llamado también mutuo, porque lo que así te es dado por mí, de mío (meo) tuyo (tuum) se hace.”⁶

Antes de identificar las características que otorga Gayo al mutuo es importante mencionar el siguiente fragmento Gayo 3.91:

“Is quoque, qui non debitum accepit ab eo qui per errorem soluit, re obligatur; nam proinde ei condici potest SI PARET EVM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset...” “También se obliga por la cosa el que aceptó lo no debido por aquel que le pagó por error, pues se pueden entablar contra él una *condictio* con las palabras SI RESULTA QUE DEBE DAR, como si se hubiese recibido un mutuo...”⁷

De lo anterior se puede apreciar que la acción que se podía utilizar en caso del incumplimiento de mutuo es la *condictio*. En el libro Cuarto Gayo analiza las acciones, en Gayo 4.1 divide a las acciones en reales y personales, podemos ubicar a la *condictio* dentro de las personales, al respecto Gayo 4.2 las define de la siguiente manera:

“In personam actio est, qua agimus cum aliquo qui nobis uel ex contractu uel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE.” “Es acción personal aquella con la que demandamos al que nos está obligado en virtud de un contrato o como consencuencia de un delito; es decir, cuando pretendemos que DEBE DAR, HACER O PRESTAR.”⁸

En Gayo 4.5 se menciona lo siguiente:

“Appellantur autem in rem quidem actiones uindicationes, in personam uero actiones, quibus dari fieriue oportere intendimus, condictiones.” “Estas acciones reales se denominan *vindicationes*; mientras que las acciones personales con las que pretendemos que se nos debe dar o hacer alguna cosa se llaman *condictiones*.”⁹

En Gayo 4.62 se menciona lo siguiente:

“Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto uendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae.” “Los juicios de buena fe son éstos: el de compraventa, el de arrendamiento, el de gestión de negocios ajenos, el de mandato, el de

⁶ ABELLAN VELASCOS, Manuel, *Instituciones de Gayo, Op. Cit.*, págs. 244 y 245.

⁷ *Idem*.

⁸ *Ibidem*, págs. 304 y 305.

⁹ *Ibidem*, págs. 304, 305, 306 y 307.

depósito, el de fiducia, el de sociedad, el de tutela, el de reclamación de la dote.”¹⁰

Como se puede apreciar conforme al texto anterior los juicios de buena fe o las acciones de buena fe se originan de los siguiente actos: compraventa, arrendamiento, gestión de negocios, mandato, depósito, fiducia, sociedad, tutela y la dote, al no considerar al mutuo dentro de los actos que dan origen a acciones de buena fe podemos concluir que la *condictio*, es decir la acción que proviene del mutuo, es una acción *stricti iuris*.

De todas las consideraciones hechas con anterioridad surgen las siguientes características que Gayo le atribuye a la figura del mutuo:

Primera.- El mutuo era considerado un contrato.

Segunda.- Se contrae obligación por la entrega de la cosa.

Tercera.- Las cosas que se prestan deben constar en peso, número y medida.

Cuarta.- Lo que se presta es una cantidad, un género determinado.

Quinta.- El que recibe adquiere la propiedad por la sola entrega de la cosa, una vez que la cosa se pesa, se cuenta o se mide.

Sexta.- El que recibió esta obligado a devolver no la misma cosa sino otra de la misma naturaleza; es decir, está obligado a devolver una cantidad igual del mismo género.

Séptima.- El mutuante tiene la *condictio*, que es una acción personal y de estricto derecho, que le sirve para exigir el pago.

1.3.- EL MUTUO EN LAS INSTITUCIONES DE JUSTINIANO.

“En el año 533 se promulgan las Instituciones y el Digesto...Las *Institutiones* (*Instituta* en la tradición escolar hispánica) constan de cuatro libros y se fundan principalmente en las de Gayo –con su división de la materia del derecho civil en *personae*, *re*, *actiones*-, pues habían de sustituirlas como libro de texto del primer curso de la carrera de Derecho.”¹¹

Según se infiere del texto anterior las Instituciones de Justiniano siguen la división de la materia del *ius civile* considerada por Gayo, es decir, personas, cosas y acciones.

Las Instituciones de Justiniano se componen de cuatro libros, como se menciona a continuación:

¹⁰ ABELLAN VELASCOS, Manuel, *Instituciones de Gayo*, *Op. Cit.*, págs. 338 y 339.

¹¹ D'ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, *Op. Cit.*, pág. 108.

Libro Primero Personas

Libro Segundo Cosas y Sucesiones

Libro Tercero Sucesiones y obligaciones

Libro Cuarto Obligaciones y Acciones

1.3.1.-CONCEPTO DE OBLIGACIÓN Y FUENTES DE LAS OBLIGACIONES.

En el libro tercero de las Instituciones de Justiniano encontramos a las obligaciones en el Título XIII, pasaje *Inst.3.13* y a diferencia de Gayo en este caso si se proporciona un concepto de obligación, que se enuncia enseguida:

*“...Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.”*¹²

“...La obligación es un vínculo jurídico por el cual se nos constriñe a cumplir algo, según las normas de nuestra ciudad.”¹³

Después de definir a la obligación, se lleva a cabo una división principal de estas en Civiles y Pretorias como consta en *Inst.3.13.1*. Enseguida se hace una división subsecuente que distingue a las obligaciones en cuatro especies, como lo enuncia en *Inst. 3.13.2*, que se menciona a continuación:

*“Sequens divisio in quattuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu: aut ex maleficio aut quasi ex maleficio...”*¹⁴

“Sigue otra división en cuatro clases: obligaciones que nacen de un contrato; como de un contrato; de un delito, y como de un delito...”¹⁵

De acuerdo a las Instituciones de Justiniano hay cuatro especies de obligaciones, y son las que nacen, como se enuncia en seguida:

- a). De un contrato.
- b). Como de un contrato.
- c). De un delito.
- d). Como de un delito.

1.3.2.-OBLIGACIONES QUE NACEN DE UN CONTRATO.

En el otro fagmento de las *Inst. 3.13.2* se menciona lo que sigue a continuación:

¹² *Corpus Iuris Civilis, Apud Weidmannos*, Dublín, Alemania, Volúmen 1, 1965, pág. 35.

¹³ HERNÁNDEZ TEJERO JORGE, Francisco, *Las Instituciones de Justiniano (Versión española)*, Editorial Comares, Granada, España, 1998, pág. 179.

¹⁴ *Corpus Iuris Civilis, Op. Cit.*, 1965, pág. 35.

¹⁵ HERNÁNDEZ TEJERO JORGE, Francisco, *Las Instituciones de Justiniano (Versión española)*, *Op. Cit.*, pág. 179.

“...*Prius est, ut de his quae ex contractu sunt dispiciamus. Harum aequae quattuor species sunt aut enim re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensu de quibus singulis dispiciamus*”.¹⁶

“...Tratemos primero de las que nacen de un contrato, las cuales se dividen también, a su vez, en cuatro clases, pues se perfeccionan por la entrega de la cosa, o por medio de palabras, o por medio de la escritura, o solamente por medio de un acuerdo...”¹⁷

De la anterior consideración surgen cuatro especies de contratos, que se perfeccionan por:

- ❖ La entrega de la cosa,
- ❖ Medio de palabras,
- ❖ Medio de la escritura,
- ❖ Medio de un acuerdo.

1.3.3.-NATURALEZA, CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL MUTUO.

En el Título XIV, del libro tercero encontramos a las obligaciones que se contraen por la cosa, que dice así:

“*Re contrahitur obligatio veluti mutui datione. Mutui autem obligatio in his rebus consistit quae pondere numero mensurave constant veluti vino oleo frumento, pecunia numerata aere argento auro quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eaedem res, sed aliae eiusdem naturae et qualitatis reddantur: unde etiam mutuum appellatum sit, quia ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat. Ex eo contractu nascitur actio quae vocatur condictio.*”¹⁸

“La obligación se perfecciona por la entrega de una cosa (*re*) cuando, por ejemplo, se da en mutuo. Se entregan en mutuo las cosas que se pesan, cuentan, o miden, como vino, aceite, trigo, dinero en efectivo, cobre, plata u oro. Estas cosas las entregamos –contándolas, midiéndolas o pesándolas– para que se hagan propiedad del que las recibe y más tarde nos sean devueltas otras tantas de la misma naturaleza y calidad, no las mismas. De aquí viene el nombre de mutuo, porque yo te entrego a ti cualquiera de estos

¹⁶ *Corpus Iuris Civilis, Op. Cit.*, 1965, pág. 35.

¹⁷ HERNÁNDEZ TEJERO JORGE, Francisco, *Las Instituciones de Justiniano (Versión española)*, *Op. Cit.*, págs. 179 y 180.

¹⁸ *Corpus Iuris Civilis, Op. Cit.*, 1965, págs. 35 y 36.

objetos para que de mío se haga tuyo (*ut ex meo tuum fiat*). De este contrato nace la acción llamada ‘condicción’ (*condictio*).¹⁹

En relación con la *condictio* es relevante mencionar lo que se expone en las Instituciones de Justiniano respecto a esta acción, en Instituciones 4.6, se expone el concepto de acción como se aprecia a continuación:

*“...Actio autem nihil aliud est, quam ius persecuendi in iudicio quod sibi debetur”.*²⁰

“...La acción no es otra cosa que el derecho de reclamar judicialmente lo que se nos debe.”²¹

Posteriormente en Instituciones 4.6.1 se menciona una división principal de todas las acciones deducidas, ya ante juez o arbitro, por cualquier objeto, la división es la siguiente:

*“...Namque agit unusquisque aut cumeo, qui ei obligatus est vel ex contractu vel ex maleficio; quo casu prodtiae actiones in personam sunt,, per quas intendit adversarium ei dare aut dare facere oportere, et aliis quibusdam modis: Aut cumeo agit qui nullo iure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam. Quo casu prodtiae actiones in rem sunt...”*²²

“...Pues o bien se actúa contra aquel que nos está obligado en virtud de un contrato o de un delito –para lo cual se han creado las acciones personales, mediante las cuales se exige a la parte demandada que cumpla, dando o haciendo algo, o de alguna otra manera-, o bien se procede contra quien no está ligado a nosotros por ningún vínculo de obligación, pero con el cual se suscita una controversia a propósito de alguna cosa –para lo cual se han creado las acciones reales-...”²³

De Inst. 4.6.1 obtenemos que las acciones se dividen en: Primero en personales: contra alguno, que ya por contrato, ya por delito, ya de otro modo, está obligado para con nosotros cuya conclusión es que es preciso que el adversario nos dé lugar o haga por nosotros alguna cosa o algunas otras semejantes o bien obramos. Y segundo en reales: contra alguno que de ningún

¹⁹ HERNÁNDEZ TEJERO JORGE, Francisco, Las Instituciones de Justiniano (Versión española), *Op. Cit.*, págs. 179 y 180.

²⁰ Corpus Iuris Civilis, *Op. Cit.*, 1965, pág. 47.

²¹ HERNÁNDEZ TEJERO JORGE, Francisco, Las Instituciones de Justiniano (Versión española), *Op. Cit.*, págs 235.

²² Corpus Iuris Civilis, *Op. Cit.*, 1965, pág. 47.

²³ HERNÁNDEZ TEJERO JORGE, Francisco, Las Instituciones de Justiniano (Versión española), *Op. Cit.*, págs 693.

modo no está obligado pero contra el cual suscitamos una controversia relativamente a una cosa.

Como podemos percibir la *condictio* se puede localizar dentro de las acciones personales, apoyando esta consideración en las características que se mencionan en la división anterior y también en lo mencionado en *Inst. 4.6.15*, como se aprecia enseguida:

*“Appellamus autem in rem quidem actiones vindicationes in personam vero actiones quibus DARE FACERE OPORTERE intenditur, condictione. Condicere enim est denunciare prisca lingua. Nunc vero abusive dicimus conductionem actionem in personam esse qua actor intendit dari sibi oportere: nulla enim hoc tempore eo nomine denunciato fit”.*²⁴

“Las acciones reales reciben el nombre de vindicaciones, y las personales, por las que se exige de otro que dé o haga algo, el de ‘condiciones’. En efecto, *condicere*, en el lenguaje antiguo, significa emplazar a uno. Ahora, bien, en la actualidad se aplica indebidamente el calificativo de ‘condición’ a la acción personal, ya que no hay tal emplazamiento.”²⁵

De acuerdo a las consideraciones anteriores se pueden concluir que el texto de Justiniano no aporta nada nuevo a las consideraciones de Gayo respecto al mutuo.

²⁴ *Corpus Iuris Civilis, Op. Cit.*, 1965, pág. 48.

²⁵ HERNÁNDEZ TEJERO JORGE, Francisco, Las Instituciones de Justiniano (Versión española), *Op. Cit.*, pág. 239.

CAPÍTULO SEGUNDO.-EL MUTUO EN LA BIBLIOGRAFÍA ROMANÍSTICA ESPAÑOLA EN: SARA BIALOSTOSKY; FLORIS MARGADANT; JUAN IGLESIAS.

2.1.-INTRODUCCIÓN A ESTE CAPÍTULO.

En este capítulo se exponen las consideraciones del mutuo en la bibliografía romanística española en los siguientes autores: Sara Bialostosky; Floris Margadant; Juan Iglesias. Se comienza por analizar las fuentes de las obligaciones, así como la concepción del contrato que consideran los autores, enseguida se realiza un estudio por separado de cada autor y sus consideraciones sobre el mutuo, para concluir con un cuadro comparativo, y las conclusiones pertinentes de este capítulo.

2.2.-CONCEPTO DE OBLIGACIÓN Y FUENTES DE LAS OBLIGACIONES CONSIDERADAS POR LOS AUTORES.

Sara Bialostosky define a las fuentes de las obligaciones (*causae obligationum*) como “aquellos hechos jurídicos a los cuales el derecho romano atribuye la facultad de hacer surgir el vínculo obligacional entre dos o más personas”²⁶.

Al realizar un análisis de los autores: Sara Bialostosky; Floris Margadant; Juan Iglesias puede apreciarse que los tres consideran las mismas fuentes de las obligaciones provenientes de las Instituciones de Gayo y de las de Justiniano. A continuación expondré sus consideraciones al respecto:

En relación con las fuentes de las obligaciones contenidas en las Instituciones de Gayo, el Jurista Español Juan Iglesias nos menciona la clasificación contenida en las Instituciones de Gayo: “Según Gayo *omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto* (toda obligación nace, bien del contrato, bien del delito)...”²⁷

Al respecto Floris Margadant comenta que al citarse en el Digesto a Gayo se añade una nueva fuente de las obligaciones que es *variae causarum figurae* (diversas clases de causas)²⁸

²⁶ BIALOSTOSKY, Sara, Panorama de derecho romano, 4ª ed. y 9ª ed., Editoriales Porrúa y UNAM, México, D.F., 2007, pág. 123.

²⁷ IGLESIAS, Juan, Derecho romano. Instituciones de Derecho Romano Privado, 15ª ed., Editorial Ariel, Barcelona, España, 2004, pág. 250.

²⁸ MARGADANT, Guillermo Floris, El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea, 26ª ed., Editorial Esfinge, México, 2005, pág. 315

En razón de esta última fuente Sara Bialostosky no dice que proviene de otro texto que se le atribuye a Gayo llamado *Libri rerum cottidianarum sive aureorum* (este texto es de donde se desprende lo citado en el Digesto)²⁹.

Una vez expuesta las consideraciones respecto de Gayo y sus Instituciones es conveniente proseguir con las fuentes de las obligaciones contenidas en las Instituciones de Justiniano.

Al respecto Floris Margadant nos dice que Justiniano amplio las fuentes conocidas.

Bialostosky menciona que después de que Justiniano dividió las obligaciones en civiles y pretorias.³⁰

Floris Margadant enuncian la clasificación de Justiniano de las fuentes de las obligaciones en: contratos, delitos, cuasicontratos (*quasi ex contractu*) y cuasidelitos (*quasi ex maleficio*).³¹

Al respecto de las fuentes agregadas por Justiniano, Juan Iglesias comenta: "...Lo primero que salta a la vista es que ni el cuasi-contrato ni el cuasi-delito se prestan a una precisa definición...lo único que se pone de manifiesto es la circunstancia negativa de que no derivan de un contrato ni de un delito."³²

Para concluir la cuestión de las fuentes de las obligaciones se puede apreciar como menciona al inicio de este tema los tres autores consideran las fuentes contenidas en las Instituciones de Gayo y Justiniano.

2.3.-EL CONTRATO EN LA PRESPECTIVA DE LOS AUTORES.

Al seguir los autores lo estipulado por las Instituciones de Gayo y Justiniano acerca de las fuentes, de las obligaciones, también consideran lo dicho acerca de los tipos o clases de contratos que se mencionan en ambas Instituciones, es decir, la clasificación de los contratos en: reales, consensuales, literales y verbales.

Al respecto de la concepción de contrato Sara Bialostosky explica lo siguiente: "A diferencia de lo que sucede en el derecho moderno, donde se reconoce como figura abstracta de contrato el acuerdo de voluntades tendiente a generar obligaciones, siempre que tenga una causa lícita y del cual nacen acciones; el

²⁹ BIALOSTOSKY, Sara, Panorama de derecho romano, *Op. Cit.*, pág. 123

³⁰ *Idem.*

³¹ MARGADANT, Guillermo Floris, El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea, *Op. Cit.*, pág. 315

³² IGLESIAS, Juan, Derecho romano. Instituciones de Derecho Romano Privado, *Op. Cit.*, pág. 251.

derecho romano precisa, que para que una promesa contractual sea válida y exigible, necesita de un fundamento jurídico (*causa civilis*). Así *contractus*, para los juristas romanos, no es todo acuerdo de voluntad, sino exclusivamente aquel que da base a obligaciones sancionadas por una acción civil y por lo tanto dicho ordenamiento sólo reconoce ciertas figuras típicas contractuales, es decir, que el *ius civile* por su utilidad social y económica les da protección procesal a ciertos acuerdos entre las partes; dejando desprovistos de tutela jurídica a otros”.³³

A continuación Bialostosky nos menciona que el *Corpus Iuris* hay una confusión entre obligación y contrato³⁴,

En este mismo tenor, Margadant menciona el siguiente texto del Digesto 5.1.20:

“*Omnen obligationem pro contractu habendam existimandum est, ut, ubicunque aliquis obligetur, et contrahi videatur, quamvis non ex crediti causa debeatur*”³⁵

“Se ha de tener entendido que toda obligación ha de ser considerada como contrato, para que en cualquier lugar en que alguien se obligue, se entienda también que se celebra contrato, aunque no se deba por causa de un préstamo”.³⁶

Con apoyo en el texto anterior del Digesto Margadant concluye: “En el *Corpus Iuris* no figura definición alguna de *contractus*; inclusive hallamos allí confusiones entre contrato y obligación (o sea, entre la causa y su efecto)...”³⁷

El jurista Iglesias nos proporciona la definición de contrato contenida en el Digesto 50.16.19 (Labeón): “*Contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci synallagma vocant* (Contrato es la obligación recíproca, lo que los griegos llaman *synallagma*)”, respecto a la definición Juan Iglesias comenta lo siguiente: “En efecto, los juristas romanos cuidan cada uno de los singulares contratos, no entrando en terreno de llevar a definición de contrato. Polémica

³³ BIALOSTOSKY, Sara, Panorama de derecho romano, *Op. Cit.*, pág. 139.

³⁴ *Idem.*

³⁵ Corpus Iuris Civilis, *Op. Cit.*, pág. 104.

³⁶ D'ORS, Álvaro. *et al.*, El Digesto de Justiniano, versión castellan, Editorial Aranzadi, Pamplona, España, Tomo I, 1968-1975, pág. 243.

³⁷ MARGADANT, Guillermo Floris, El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea, *Op. Cit.*, pág. 317.

es hoy, y seguirá siéndolo, la cuestión de lograr una lectura exacta de la definición –aproximativa- de Labeón...”³⁸

Como se aprecia de las opiniones anteriores los autores concuerdan que hay una imprecisión sobre el concepto de contrato en el Derecho Romano, además también concuerdan en que muchas ocasiones se confunden los conceptos contrato y obligación.

2.4.-EL MUTUO EN LA PERSPECTIVA DE LOS AUTORES.

Al basarse los autores, en lo mencionado en las Instituciones de Gayo y Justiniano, de lo que ya se ha hecho mención, clasifican al mutuo como un contrato real, al respecto nos enuncia el Jurista Iglesias: “Para los clásicos, *obligatio, quae re contrahitur* quiere decir ‘obligación que se contrae mediante la cosa’. *Obligari re* significa, en efecto, que la obligación nace de la transmisión en propiedad de una cosa o de una cantidad de cosas, para que a su tiempo se restituya la cosa misma u otro tanto del mismo género y calidad”.³⁹

Dentro de los contratos reales también encontramos (además del mutuo) en las fuentes justinianeas (I.3.14:D.44.7.1) al comodato, al depósito y a la prenda. Algunos tratadistas agregan a la fiducia.⁴⁰

Como se aprecia la característica esencial de los contratos *re* es la entrega de la cosa, pero esta peculiaridad no excluye al otorgamiento del consentimiento sin vicios “La oposición entre los contratos reales y consensuales no debe hacernos pensar que en los primeros el consentimiento fuera superfluo”.⁴¹

Completa lo mencionado en el anterior párrafo el maestro Juan Iglesias enunciado: “Si la *obligatio* nace de la *datio*, aún es necesaria la voluntad concordé de constituir el mutuo para que éste se considere existente (D.44.7.3.1).⁴²

Después de hacer mención de las generalidades de lo contratos reales es conveniente continuar con el mutuo en particular. A continuación se exponen las características que cada autor –por separado- le otorga al mutuo.

³⁸ IGLESIAS, Juan, Derecho romano. Instituciones de Derecho Romano Privado, *Op. Cit.*, pág. 250.

³⁹ *Ibidem*, págs. 253 y 254.

⁴⁰ BIALOSTOSKY, Sara, Panorama de derecho romano, *Op. Cit.*, pág. 156

⁴¹ MARGADANT, Guillermo Floris, El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea, *Op. Cit.*, pág. 394.

⁴² IGLESIAS, Juan, Derecho romano. Instituciones de Derecho Romano Privado, *Op. Cit.*, pág. 254.

2.4.1.-EL MUTUO CONSIDERADO POR SARA BIALOSTOSKY.

Sara Bialostosky proporciona el siguiente concepto de mutuo: “El mutuo (*mutuum*) es un contrato de préstamo de consumo por medio del cual una persona, el mutuario, que ha recibido de otro, el mutuante, cierta cantidad de dinero o de otras cosas fungibles, se obliga a restituir otro tanto del mismo género y calidad”.⁴³

Acerca de la naturaleza y características del mutuo Bialostosky menciona: “el mutuo es el prototipo de los negocios de crédito, su objeto real es el valor de lo prestado. El mutuo es un contrato: causal, gratuito, *stricti iuris*, unilateral.”⁴⁴.

El mutuo según Sara Bialostosky es un contrato que se clasifica como:

- a). Causal: tiene un fundamento jurídico (*causa civilis*).⁴⁵
- b). Gratuito: No exige contraprestación.⁴⁶
- c). *Stricti iuris*: El juez resolverá sobre lo estrictamente planteado.⁴⁷
- d). Unilateral: solo surgen obligaciones para una de las partes, el mutuario.⁴⁸

Además considera que el mutuo es un contrato real, como lo menciona en el siguiente texto: “Los contratos reales son aquellos que se perfeccionan con la entrega de la cosa (*re*); es decir, que además del consentimiento de las partes debe realizarse la *datio rei*, Gayo (I.3.90) clasifica en esta categoría sólo al mutuo; las fuentes justinianeas (I.3.14: D.44.7.1) añaden el comodato y la prenda. Algunos tratadistas modernos agregan a esta clasificación la *fiducia*.”⁴⁹ Bialostosky destaca la unilateralidad del mutuo y menciona: “De la unilateralidad del mutuo se deriva que sólo una parte, el mutuario, se obligue. Su obligación consiste en devolver otras cosas similares a las prestadas, por lo tanto la otra parte, el mutuante, es el único que dispone de medidas procesales para exigir el cumplimiento.”⁵⁰

Como menciona Sara Bialostosky el único que dispone de medidas procesales para exigir el cumplimiento es el mutuante, y las acciones que tiene el mutuante son:

⁴³ BIALOSTOSKY, Sara, Panorama de derecho romano, *Op. Cit.*, pág. 156.

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ *Ibidem*, pág. 129.

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ *Ibidem*, pág. 156.

⁵⁰ *Idem.*

a). “*Condictio certae creditae pecuniae*: Si el objeto del mutuo es el dinero.

b). *La Condictio triticaria*: Si el objeto consiste en otros bienes genéricos.”⁵¹

Para su perfeccionamiento comenta Bialostosky que el mutuo requiere de los siguientes requisitos:

- ❖ “Que los bienes sean genéricos. Puesto que el mutuario va a devolver, no los mismos que recibió, sino otros.
- ❖ Que el mutuante sea propietario de los bienes. Debido a que va a transmitir la propiedad de ellos.
- ❖ Que el mutuario sea capaz de recibir el *ius abutendi* que el préstamo de consumo implica; de lo contrario el mutuante puede inmediatamente reclamar la devolución de lo prestado; para lo cual cuenta con la *condictio sine causa*.
- ❖ Que no se produzcan intereses. La eventual obligación del mutuario de pagarlos debe surgir de otro contrato.”⁵²

Sara Bialostosky menciona los siguientes casos especiales de mutuo:

Primero.—“El *fenus nauticum* o *pecunia traiectitia* (D.22.2; C.4.33). Es un préstamo marítimo, que obliga al mutuario a restituirlo, solamente si el barco llegaba a salvo a su destino...”⁵³

Segundo.—“El *Mohatrae* es un préstamo de cosa específica que otorga al mutuario el derecho a venderla y utilizar el producto de la venta como objeto del préstamo...”⁵⁴

Tercero.—“El *senatusconsultum Macedoniano*: Prohíbe los mutuos a los hijos de familia. El pretor creó la *exceptio senatus consulti Macedoniani* para paralizar la acción del mutuo, después del famoso caso de Macedo que agobiado por sus acreedores, dio muerte a su padre para obtener rápidamente la herencia y pagar a los mutuantes. Si un *filius familias* pagaba voluntariamente la deuda, no podía alegar pago de lo indebido y el mutuante tendría la *retentio soluti*. El derecho justinianeo ve en este caso, uno más de *naturalis obligatio* (D.14.6.1pr.; C.4.28).”⁵⁵

2.4.2.-EL MUTUO CONSIDERADO POR FLORIS MARGADANT.

⁵¹ BIALOSTOSKY, Sara, *Panorama de derecho romano*, Op. Cit., pág.156.

⁵² *Ibidem*, pág. 157.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ *Idem*.

Floris Margadant define al mutuo de la siguiente manera: “...mutuo era un préstamo gratuito de consumo y puede definirse como el contrato por el cual una persona, el mutuante, transmitía a otra, el mutuario, la propiedad de bienes genéricos, obligándose éste a devolver más tarde a aquél una cantidad igual de bienes del mismo género y de la misma calidad”.⁵⁶

Margadant sugiere que “...podía haber precontrato, como acto preliminar del contrato real de mutuo. Tal contrato preliminar sería una promesa de prestar dinero, mediante un futuro mutuo (*pactum* de mutuo dando). No era, por tanto, un contrato real, sino, por ejemplo, un contrato verbal que adoptaría la forma de una *stipulatio*...”⁵⁷

Referente al objeto del mutuo Floris Margadant considera “...por tratarse de un contrato que obligaba al deudor a reembolsar una misma cantidad de bienes de la misma calidad que tenían los bienes recibidos por él, consistía necesariamente en bienes genéricos, que se individualizaban ‘pesando, contando o midiendo’.”⁵⁸

Margadant reflexiona sobre el mutuo “por ser un préstamo de consumo, el mutuario debía tener el *ius abutendi*, que recibía mediante transmisión de la propiedad (Seudo-etimología clásica: *mutuum* viene de *meum-tuum*: lo mío se vuelve tuyo –Gayo III.90-); consecuentemente, el mutuante debía ser propietario del objeto del mutuo...”⁵⁹

El autor analizado puntualiza que el mutuo “...se trataba de un contrato gratuito: si se quería pactar intereses, había que hacerlo mediante una *stipulatio*, ya que los pactos adyectos, combinados con contratos *stricti iuris*, sólo producían obligaciones naturales. Como propietario, el mutuario, evidentemente, responde si el objeto del mutuo se pierde por caso fortuito.”⁶⁰

Acerca de la perfección del contrato Margadant apunta “...el mutuo, que se perfeccionaba por la simple entrega, en concepto de préstamo, de una cantidad de bienes genéricos...”⁶¹

⁵⁶ MARGADANT, Guillermo Floris, El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea, *Op. Cit.*, pág. 394.

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ *Ibidem*, pág.395.

⁵⁹ *Ibidem*, pág. 394.

⁶⁰ *Idem.*

⁶¹ *Idem.*

Relacionado con la acción del mutuo Floris Margadant apunta que la eficacia del mutuo derivaba "...de una *condictio certae pecuniae*, cuando se trataba de un mutuo de dinero, o de una *condictio triticaria*, si se trataba de otros bienes genéricos. Estas dos acciones se designaban también con el término general de *condictio ex mutuo*. Eran de derecho estricto, ya que se relacionaban con un contrato unilateral."⁶²

Es muy interesante destacar la interrogante que plantea Margadant respecto de la consieración del mutuo como un contrato unilateral, estima lo siguiente: ¿Se trataba de un contrato realmente unilateral, y no eventualmente bilateral? Si el mutuante entregaba trigo enfermo que contagiaba todo el almacén de trigo del mutuario, o daba monedas falsas, causando molestias y daños al mutuario ¿no debería tener éste una acción contra el mutuante? Sin embargo, en el sistema romano no existió una *actio ex mutuo contraria*."⁶³

Considerarando la incapacidad de las partes Margadant apunta: "Si el mutuario era incapaz, el mutuo no valía y el mutuante podía reclamar inmediatamente al incapaz el dinero, hasta por la cantidad del enriquecimiento final, obtenido por el incapaz (*in quantum locupletior factus est*). Su acción sería, en tal caso, la *condictio ex mutuo*, ya que no había mutuo, sino una *condictio sine cuasa*, puesto que el incapaz había obtenido un enriquecimiento sin causa legítima...De la misma manera, si el mutuante era incapaz, sus representantes podían *reivindicar* el objeto del mutuo, siempre que estuviere todavía en poder del mutuario y no se hubiera mezclado con objetos del mismo género. De lo contrario, debían ejercer la *condictio sine causa*, alegando enriquecimiento ilegítimo (un aumento del patrimonio del seudomutuario, en perjuicio del seudomutuante, sin que haya habido un verdadero contrato de mutuo). También, en este caso, la *condictio ex mutuo* no daría resultado por la razón que acabamos de señalar. ¡Cuando se alega que un contrato no existe, no debe utilizarse una acción derivada de ese mismo contrato!"⁶⁴

Margadant enumera los siguientes casos especiales de mutuo:⁶⁵

a). *Faenus nauticum*

⁶² MARGADANT, Guillermo Floris, El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea, *Op. Cit.*, pág. 395.

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ *Ibidem*, págs. 395 y 396.

⁶⁵ *Ibidem*, pág. 296.

- b). *Contractus mohatrae*: El mutuario recibía una cosa específica con derecho a venderla y utilizar el producto de esa venta como préstamo de consumo.
- c). El contrato de mutuo, en el cual se traspasa al mutuario la propiedad de una cosa específica, valuada por las partes en un importe “x” que sería luego el objeto del mutuo.
- d). Un mutuo sin entrega real, como cuando alguien daba en mutuo el dinero que y otro tenía en poder en calidad de deposito o mandatario. Una simple operación imaginativa venía a compensar la devolución del dinero con la segunda entrega del mismo, por un nuevo concepto.

2.4.3.-EL MUTUO CONSIDERADO POR JUAN IGLESIAS.

El jurista español Juan Iglesias ofrece el siguiente concepto de mutuo: “El mutuo –*mutuum, mutui datio*- es un contrato por virtud del cual una persona –*mutuo dans, mutuante*- entrega a otra –*mutuo accipiens, mutuario*- una determina cantidad de cosas fungibles, con la obligación por parte de ésta de restituir otro tanto del mismo género y calidad –*tantundem*”.⁶⁶

Juan Iglesia menciona que “son requisitos del mutuo la *datio* y el acuerdo. *Datio*, en sentido técnico, significa transmisión de la propiedad, y tal es necesaria, de todo punto, para la perfección del contrato (En lo que tiene de esencial la *datio* se apoya la falsa derivación etimológica de *mutuum = quod ex meo tuum fit*, que brinda todavía el propio Gayo ‘3.90’. *Mutuum* deriva de *mov – ‘movere, mutuare*’).”⁶⁷

Respecto al segundo requisito que enuncia el autor que se estudia en este apartado, es decir, el acuerdo, el mismo menciona: “Si la *obligatio* nace de una *datio*, aún es necesaria la voluntad concorde de constituir el mutuo para que éste se considere existente.”⁶⁸

Iglesias precisa la característica de fungibilidad que recae sobre las cosas objeto del mutuo y a partir de esta peculiaridad puntualiza la diferencia del mutuo con otros negocios: “El mutuo sólo recae sobre cosas fungibles, por manera que pesa sobre el mutuario la obligación de devolver otro tanto: *mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus...sed idem*

⁶⁶ IGLESIAS, Juan, Derecho romano. Instituciones de Derecho Romano Privado, *Op. Cit.*, pág. 254.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ Idem.

genus. Si la voluntad de las partes se enderezara a la restitución de la misma cosa entregada –*eadem species*-, no habría mutuo, sino depósito o comodato. Del mismo modo, habría permuta y no mutuo, si se tratara de restituir una cosa distinta –*aliud genus*.”⁶⁹

Juan Iglesias correlaciona la gratuidad del mutuo con la *condictio* “...De la propia naturaleza de la *obligatio*, puesta en existencia por la *datio rei*, y del sello formalista impreso a la acción naciente del mutuo –la *condictio*-, proviene el carácter esencialmente gratuito del contrato.”⁷⁰

Sobre los intereses Iglesias considera “...sólo pueden ser reclamados cuando haya mediado una estipulación especial –*stipulatio usurarum*-.”⁷¹

Tocante a la acción Iglesias considera: “El mutuante se halla asistido por las mismas acciones que nacen de la *stipulatio certi*, es decir, por la *actio certae creditae pecuniae*, si se trata de dinero, y por la *condictio certae rei*, llamada también *condictio triticaria* en el Derecho justiniano, cuando tiene por objeto otras cosas fungibles.”⁷²

Iglesias no considera casos especiales de mutuo pero si sugiere: “En lo económico, más que en lo jurídico, se presta como negocio análogo al mutuo el *fenus nauticum* –o *pecunia traiectica*-, conocido por los modernos bajo el nombre de préstamo marítimo o a todo riesgo. Trátase de una figura negocial importada de Grecia, hacia fines de la República, y consiste en el préstamo de una suma de dinero hecha al armador de un barco, para que la transporte por mar, sea en su propia especie, sea convertida en mercancías. El riesgo de la pérdida del dinero, o de las mercancías con él compradas, corre a cargo del mutuante. Como compensación el mismo, se admite la eficacia de las *usurae ex nudo pacto*...”⁷³

2.5.- CUADRO COMPARATIVO DEL MUTUO EN LA PRESPECTIVA DE SARA BIALOSTOSKY; FLORIS MARGADANT Y JUAN IGLESIAS.

Una vez expuestas las consideraciones sobre el mutuo de acuerdo a los autores mencionados, es conveniente contrastar lo que estos autores ostentan

⁶⁹ IGLESIAS, Juan, Derecho romano. Instituciones de Derecho Romano Privado. *Op. Cit.*, pág. 254.

⁷⁰ *Ibidem*, pág. 255.

⁷¹ *Idem*.

⁷² *Idem*.

⁷³ *Idem*.

sobre el mutuo. A continuación se presenta un cuadro con el propósito enunciado.

AUTORES. CONSIDERACIONES.	BIALOSTOSKY.	MARGADANT.	IGLESIAS.
El mutuo es un contrato.	SI.	SI.	SI.
El mutuo es un préstamo de consumo.	SI.	SI.	SI.
El mutuo se perfecciona en el momento de la entrega de la cosa.	SI.	SI.	SI.
Además de la entrega de la cosa debe haber un acuerdo entre las partes para que el mutuo se considere existente.	SI.	SI.	SI.
El mutuo transmite la propiedad.	SI.	SI.	SI.
Los bienes objetos del mutuo se caracterizan por ser bienes genéricos (que se individualizan pesándolos, midiéndolos y cortándolos) y además son fungibles.	SI.	SI.	SI.
El mutuo es un contrato gratuito.	SI.	SI.	SI.
El mutuario debe tener el <i>ius abutendi</i> . El mutuante debía ser propietario.	SI.	SI.	SI.
El mutuo es un contrato unilateral (genera obligaciones solo para el mutuario).	SI.	SI.	SI.
En el mutuo solo se reconoce acción al mutuante.	SI.	SI.	SI.
La <i>condictio</i> es la acción para exigir la restitución de la cosa otorgada en mutuo.	SI.	SI.	SI.
El mutuo es un contrato <i>stricti iuris</i> .	SI.	SI.	SI.
Para fijar intereses en el mutuo se debe realizar una Estipulación (<i>Stipulatio</i>).	SI.	SI.	SI.

Cuadro 2.1

Cuadro comparativo del mutuo en la perspectiva de Sara Bialostosky, Floris Margadant y Juan Iglesias.

2.6.- CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO.

Una vez expuestas las consideraciones anteriores acerca del mutuo y precisadas en el cuadro del anterior subtema (2.4.) de esta tesis, hay que especificar cuales son las características generales consideradas en la bibliografía romanística española en los autores Sara Bialostosky; Floris Margadant y Juan Iglesias. Por lo anteriormente expuesto se puede concluir respecto al mutuo lo siguiente:

Primero.- El mutuo es considerado un contrato.

Segundo.- El mutuo es clasificado como un contrato real, unilateral, gratuito y *stricti iuris*.

Tercero.- El mutuo es un préstamo de consumo.

Cuarto.- Los bienes objeto del mutuo se caracterizan por ser genéricos y fungibles que se individualizan pesándolos, midiéndolos y contándolos.

Quinto.- El mutuo transmite la propiedad.

Sexto.- El reconocimiento de que se necesitaba una *stipulatio usurarum* para pactar intereses.

Para dar por concluido este capítulo conviene mencionar que al comparar las anteriores conclusiones con las expresadas en el capítulo primero de esta tesis, se puede apreciar que en la bibliografía romanística española se reflejan por completo las Instituciones de Gayo y Justiniano respecto al mutuo y sus características.

CAPÍTULO TERCERO: TEORÍA DEL CRÉDITO DE ALVARO D'ORS Y SU RELACIÓN CON EL MUTUO.

3.1.- INTRODUCCIÓN A ESTE CAPÍTULO.

El objeto de este capítulo es exponer la teoría del crédito de Alvaro d'Ors y a través de ella explicar la naturaleza del mutuo como un negocio crediticio, para comenzar es necesario conocer la concepción de d'Ors respecto del concepto de obligación; el capítulo continúa con la exposición de las fuentes de las obligaciones propias del Derecho Clásico, cuya reconstrucción realizó d'Ors donde distingue las siguientes fuentes: delitos, préstamos, estipulaciones y contratos; enseguida se exponen dos cuadros el primero con los distintos actos de los que provienen las obligaciones y un segundo cuadro con las correspondientes acciones que reconstruye d'Ors; después se realiza un análisis sobre la teoría del crédito creada por Álvaro d'Ors proveniente principalmente de distintos artículos que d'Ors realizó a lo largo de su trayectoria en relación con la mencionada teoría y del estudio de sus libros *Elementos del Derecho Privado Romano* y *Derecho Privado Romano*; a continuación se explica por medio de la teoría del crédito porque el mutuo es un negocio crediticio, realizando un análisis del mutuo y la comparación del mismo con otros negocios y para concluir el capítulo se expone una crítica a la teoría del crédito plasmada en las Réplicas Panormitanas.

3.2.- CONCEPTO DE OBLIGACIÓN.

D'Ors considera que “la relación obligacional se da entre un acreedor (*creditor*) que puede reclamar y un deudor (*debitor*) que debe cumplir una deuda; la consideración de la acción, es decir, de la posición del acreedor es la principal...”⁷⁴

Para complementar más este concepto es necesario acudir a la definición que nos ofrece Jorge Adame Goddard, que es la siguiente: “En sentido técnico, la obligación es una relación entre dos personas, contraída voluntariamente, por la que una de ellas (acreedor) puede exigir judicialmente a la otra (deudor) que realice determinada conducta. Como la exigibilidad de la conducta debida es esencial, para que exista una obligación se requiere necesariamente de una acción personal por la que el acreedor pueda exigir su cumplimiento al deudor.

⁷⁴ D'ORS, Alvaro. *Derecho Privado Romano*, *Op. Cit.*, pág 409.

La obligación, considerada desde el punto de vista del deudor, se llama deuda, y vista desde el punto de vista del acreedor, crédito.”⁷⁵

Es muy importante mencionar que la obligación puede consistir en un *dare* (dar) o en un *facere* (hacer). *Dare* quiere decir hacer propietario a alguien, constituir efectivamente un derecho (*dare usum fructum*), aumentar de algún modo el patrimonio del acreedor, rendir efectivamente unos servicios (*dare operas*). Por otro lado *facere*, por exclusión son todas la demás conductas, verbigracia: observar un determinado comportamiento, abstenerse de algo (*non facere, pati*), etc.⁷⁶

En este orden de ideas Jorge Adame especifica lo siguiente: “La cosa que se da o hace no es propiamente el objeto de la obligación, sino el resultado, por ejemplo, el objeto de la obligación del comprador es el acto de pagar una cantidad de dinero y no el dinero mismo; el objeto de la obligación de un sastre es el acto de confeccionar un traje, y no el traje mismo.”⁷⁷

3.3.- FUENTES DE LAS OBLIGACIONES RECONSTRUIDAS POR ÁLVARO D'ORS.

Concepto: “Se denominan ‘fuentes de las obligaciones’ los actos que hacen judicialmente exigible la conducta del deudor”.⁷⁸

Al respecto de las fuentes Adame nos dice que en el Derecho Romano aparecen distintas clasificaciones de las fuentes obligacionales. La más conocida es la usada, incluso actualmente por la doctrina contemporánea del Derecho Civil, esta clasificación es la mencionada por Gayo en su libro de Instituciones y que complementó Justiniano en su propio libro de Instituciones -mencionadas en el capítulo primero de esta tesis-. Pero no era esta clasificación la seguida por lo juristas clásicos.⁷⁹

D’Ors ha logrado reconstruir la clasificación clásica haciendo un análisis de las acciones personales existentes en el Edicto del pretor urbano, y considerando diversos textos clásicos procedentes del Digesto, demostrando así que los juristas clásicos, al menos desde tiempo de Labeón, consideraban que las

⁷⁵ ADAME GODDARD, Jorge. Curso de derecho romano clásico II (Sucesiones, liberalidades y obligaciones), México, 2010. Publicación electrónica en www.bepress.com/jorge_adame_goddard, pág. 55.

⁷⁶ D’ORS, Álvaro. Derecho Privado Romano, *Op. Cit.*, págs. 410 y 411.

⁷⁷ ADAME GODDARD, Jorge. Curso de derecho romano clásico II (Sucesiones, liberalidades y obligaciones), *Op.Cit.*, págs. 55 y 56.

⁷⁸ *Ibidem*, pág. 58.

⁷⁹ *Idem*.

fuentes de las obligaciones se clasifican en: delitos, préstamos, estipulaciones o promesas y contratos, esta consideración es fundamental para la teoría del crédito ya que del listado que reconstruye d'Ors surgen como fuentes separadas los préstamos y los contratos.

A continuación se llevara a cabo un análisis del Edicto y de los distintos textos del Digesto que sirvieron a d'Ors para la reconstrucción de las fuentes mencionadas.

3.3.1.- EL EDICTO Y SU UTILIDAD PARA LA RECONSTRUCCIÓN DE LAS FUENTES CLÁSICAS DE LAS OBLIGACIONES.

Para comenzar es conveniente precisar las siguientes consideraciones acerca del Edicto en particular: “El *edictum* es propiamente un bando que publica el magistrado. Podía darse en cualquier momento en que las circunstancias lo exigieran (*edicta repentina*), pero el Pretor publicaba uno al comienzo de su magistratura, a modo de programa para la jurisdicción durante el año (*edictum perpetuum*); como es comprensible, se repetía fundamentalmente el edicto del año anterior (*edictum tralaticium*), con las modificaciones o novedades que los consejeros del actual pretor le hubiesen sugerido. Bajo Adriano, el jurista Juliano lleva a cabo una redacción definitiva del Edicto, que fue aprobada mediante un senadoconsulto...Con esta codificación, el Edicto se convirtió en un libro que valía como monumento jurídico ‘antiguo’, similar a la tradición jurisprudencial. En la época postclásica se llamo a esta redacción definitiva ‘Edicto Perpetuo’, y sirvió para la jurisdicción *congnotoria* como un modelo al que acomodarse (*forma Edicti*). El orden del mismo tuvo una gran influencia en el orden de materias de la última Jurisprudencia clásica y en obras jurídicas posteriores, incluso en el *Corpus Iuris*...La reconstrucción de este Edicto se puede hacer sobre la base de los comentarios que le dedican los juristas posteriores, principalmente los más amplios y mejor conservados de Paulo y Ulpiano. Tras otros predecesores, fue Lenel quien hizo la reconstrucción que utilizamos hoy, Juliano, no sólo debió de establecer un nuevo orden de las cláusulas edictales, sino también introducir otras nuevas...El Edicto constituye un ordenamiento paralelo al *ius civile*, al que suple y a veces rectifica, sin alterarlo, pues el Edicto no es fuente de *ius (civile)*, sino un ordenamiento de hecho; en la última época clásica se habla ya de un *ius praetorium*. La época

más activa del Edicto fue la primera etapa clásica....En algunos casos, los decretos pretorios afectan directamente al *ius...*”⁸⁰

A continuación se expone la reconstrucción del Edicto considerada por Álvaro d’Ors, como se enuncia enseguida:

		Paul.	Ulp.	Gai.	Iul.
	<i>XVII De rebus creditis.</i>				
95.	<i>Si certum petetur.</i>	28	26	9	10
96.	<i>Si quod certo loco dari oportet peterur.</i>		27		11
97.	<i>Si argentarius petet</i>				
98.	<i>De pecunia constituta</i>	29			
99.	<i>Commodati</i>		28		
100.	<i>De pigneraticia</i>				
	<i>XVIII Quod cum magistro navis, institore eove qui in aliena potestate est negotium gestum erit.</i>				
101.	<i>De exercitoria actione</i>				
102.	<i>De institoria</i>	30			
103.	<i>De tributoria</i>		29		12
104.	<i>De peculio, de in rem verso, quod iussu</i>				
105.	<i>Ad senatus consultum Vellaeorum</i>				
	<i>XIX. De bonae fidei iudiciis</i>				
106.	<i>Fiduciae.</i>	31	30		13
107.	<i>Depositum.</i>				
108.	<i>Mandati.</i>	32	31	10	14
109.	<i>Pro socio.</i>				
110.	<i>Empti venditi.</i>	33	32		15
111.	<i>De permutacione.</i>				
111 bis.	<i>De aestimato.</i>				
112.	<i>Locati conducti.</i>	34			

Cuadro 3.1.

D’ORS, Álvaro, “Observaciones sobre el Orden del Edicto”, en Anuario de Historia del Derecho Español, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Tomos XXVII y XXVIII, 1957-58, págs.1156 y 1157.

⁸⁰ D’ORS, Álvaro. Derecho Privado Romano, *Op. Cit.*, págs. 69 a la 72

En relación con la estructura del Edicto mencionada anteriormente d'Ors comenta que: "Para la fijación de este orden, se tomaba por base, como es natural, el orden de materias de los comentarios *ad Edictum*, pero también el de los títulos del Digesto y hasta del libro II de la *Sententiae Pauli*..."⁸¹

Entrando en materia de los autores clásicos y los textos que estos aportaron para esta reconstrucción hay que comenzar por lo considerado en las *Sententiae de Paulo*, el orden es el siguiente "...: (1) *iusiurandum*, (2) *pecunia constituta*, (3) *stipulatio* 'la rúbrica suplida 'de contractibus' es falaz', (4) *commodatum* y *datio in aestimatum* 'la rubr. suplida 'de commodato et deposito pignore fiduciave' es evidentemente inexacta'y (5) *compensatio*..."⁸²

En este orden de ideas d'Ors comenta "Es evidente que Paulo dedicó al *edictum de rebus creditis* los libros 28 y 29 de sus comentarios y Ulpiano los libros 26,27 y 28..."⁸³

Respecto a los libros de "Paulo trata en el libro 28 de todo lo referente a la *condictio* y en el 29 de las acciones de *pecunia constituta*, *commodati* y *pigneraticia*... Sólo que, como esas acciones similares a la *condictio* tenían un comentario menos extenso y el *liber* era una unidad material regular, la última parte del libro 29 trata ya del *edictum* (XVIII) relativo a las llamadas *actiones adiecticiae qualitatis*..."⁸⁴

Por último "Ulpiano, por su parte, ocupó tres libros con la misma materia, dedicando el libro central (27) a la supuesta *condictio certae rei*, a la llamada acción de *eo quod certo loco* y a la *actio de pecunia constituta*. Tendríamos así una prueba de que la *condictio certae pecuniae* (*actio certae creditae pecuniae*), de la que trataba Ulpiano y sólo de ella, en el libro 26..."⁸⁵

En relación con el Edicto Álvaro d'Ors le dedica un artículo muy importante llamado "...'Observaciones sobre el *edictum de rebus creditis*'...la conclusión principal a la que llega en el mencionado artículo es: "...la de que el hecho de hallarse, en el orden edictal, la *actio commodati* y la *actio pigneraticia* a continuación de la acción del mutuo, y netamente separadas, en cambio, de las

⁸¹ D'ORS, Álvaro, "Observaciones sobre el *Edictum de Rebus Creditis*", en *Studia Et Documenta Historiae et Iuris*, Romae Pontificia Universitas Lateramensis, Roma, Volúmen 19, 1953, pág. 137.

⁸² *Idem*.

⁸³ *Ibidem*, 165

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ *Idem*.

acciones de los contratos consensuales, pero también de la *actio fiduciae* y de la *actio depositi*, se debe a una especial conexión de aquellas dos acciones con la acción crediticia, esto es, la *actio certae creditae pecuniae* o *condictio*.⁸⁶

Hay que precisar que “El Edicto del Pretor contenía dos títulos y dos acciones separadas referentes a las obligaciones unilaterales y a las bilaterales. El título XVII que llevaba la rúbrica De *rebus creditis* (de los préstamos) contemplaba una acción civil, la *actio certae creditae pecuniae*, que servía para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de negocios que se perfeccionaban por la entrega en propiedad y retención temporal de una cosa determinada (en cuyo caso era también llamada por los juristas clásicos *condictio*), como el mutuo y las demás daciones crediticias y también para exigir el cumplimiento de una estipulación de objeto cierto. Además contenía otras acciones pretorias *in factum* para exigir la devolución de cosas cuya posesión, sin propiedad, había sido entregada, que eran la acción de *pecunia constituta* (para exigir la entrega de una cosa cierta debida por mutuo o estipulación después de vencerse un plazo adicional prestado), la acción del comodato y la de la prenda. Por otra parte, el título XIX del Edicto que llevaba el nombre de *bonae fidei iudicis* (de los juicios de buena fe) contenía las acciones para exigir el cumplimiento de los cuatro contratos consensuales (mandato, sociedad, compraventa y arrendamiento) además de la acción para el antiguo negocio de fiducia, que fue el primero sancionado por una acción de buena fe, y la acción del depósito, que se contractualizó tardíamente...”⁸⁷

“...El esquema contractual inventado por Gayo y perpetuado por Justiniano fue la causa de que la distinción entre el *edictum de rebus creditis* y el *editum de bonae fidei iudiciis* no fuera suficientemente valorada y aprovechada, y que, incluso cuando se quiere reconstruir el sistema jurídico clásico, se sigan empleando esquemas extraños a la época clásica...”⁸⁸

Para culminar este subtema hay que considerar lo siguiente: es necesario conocer la distinción que el Edicto refleja de las acciones correspondientes por

⁸⁶ D’ORS, Álvaro, “*Credidum y contractus*”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, Tomo XXVI, 1956, págs. 184 y 185

⁸⁷ ADAME GODDARD, Jorge, *Esbozo de una nueva teoría del contrato*, México, 2005, Publicación electrónica en: www.bepress.com/jorge_adame_goddard, pág. 6.

⁸⁸ D’ORS, Álvaro, “Observaciones sobre el *Edictum de Rebus Creditis*”, *Op. Cit.*, pág. 199.

un lado las acciones crediticias, y por el otro las acciones de buena fe se encuentran en títulos separados, por lo que podemos localizar dos fuentes distintas de las obligaciones: negocios crediticios o préstamos y contratos.

3.3.2.-TEXTOS DEL DIGESTO QUE UTILIZA D'ORS PARA LA RECONSTRUCCIÓN DE LAS FUENTES CLÁSICAS.

Después de considerar lo dicho en el Edicto, y considerando como dice d'Ors que el Edicto pretorio no agotaba toda la realidad jurídica romana, es conveniente precisar los textos del Digesto que sirvieron a d'Ors para su reconstrucción, son los que se exponen a continuación:

Primero.- *D.44.7.25.1. "ULPIANUS libro singulari regularum. Actionum autem quaedam ex contractu, quaedam ex facto, quaedam in factum sunt. ex contractu actio est, quotiens quis sui lucri causa cum aliquo contrahit, veluti emendo, vendendo, locando, conducendo, et ceteris similibus ex facto actio est, quotiens ex eo teneri quis incipit, quod ipse admisit, veluti furtum vel iniuriam commisit vel damnum dedit. In factum actio dicitur, qualis est, exempli gratia actio, quae datur patrono adversus libertum, a quo contra edictum praetoris in ius vocatus est".*⁸⁹

"Hay unas acciones que nacen de un contrato, otras de un hecho y otras que son por el hecho. La acción es de contrato siempre que uno contrata con otro por alguna ganancia que espera obtener, como en la compraventa, arrendamiento, etc. La acción es de hecho siempre que queda uno obligado por algo que ha cometido, como un hurto, una lesión o un daño. Se dice que la acción es por el hecho como en el caso, por ejemplo, de la que se da al patrono contra el liberto que le ha citado a comparecer entre el magistrado contra lo dispuesto en el edicto del pretor. (*Ulp., reg.*)"⁹⁰

En el anterior texto como nos dice d'Ors podemos encontrar una clasificación post-clásicas distinta de la gayano-justiniana, en esta clasificación se puede destacar lo siguiente Ulpiano reconoce dos fuentes de las obligaciones en relación con las acciones, por un lado a los contratos que asocia con la obtención de una ganancia y ejemplifica con la compraventa y el arrendamiento; por otro lado otra fuente que reconoce son los hechos y los

⁸⁹ *Corpus Iuris Civilis, Op. Cit.*, pág. 766.

⁹⁰ D'ORS, Álvaro. *et al.*, *El Digesto de Justiniano, versión castellana*, Editorial Aranzadi, Pamplona, España, Tomo III, 1975, pág. 478.

identifica con los delitos. En ella se ve el desconocimiento de la clasificación gayana.⁹¹

Segundo.- D.44.7.52pr. *“MODESTINUS libro secundo regularum. Obligamur aut re, aut verbis aut simul utroque aut consensu aut lege aut iure honorario aut necessitate aut ex peccato”*.⁹²

“Quedamos obligados o por recibir una cosa, o por unas palabra, o por las dos cosas a la vez, o por el consentimiento, o por la ley, o por derecho honorario, o por necesidad (del mismo derecho), o por una falta. (*Mod. 2 reg.*)”⁹³

En el anterior texto Modestino realiza una clasificación de las obligaciones distinta a la gaya-justiniana, y en esta se exponen las siguientes fuentes:

- a). Recibir una cosa, que equivale a un préstamo;
- b). Por unas palabras, se refiere a la estipulación;
- c). Por recibir una cosa y cambiar unas palabras a la vez *ret et verbis*, es decir, préstamo con estipulación;
- d). Por consentimiento;
- e). Por la ley algo conforme a lo preceptuado;
- f). Por derecho honorario lo que el magistrado o el edicto perpetuo ordenan o prohíben hacer;
- g). Por una falta, un hecho delictivo.⁹⁴

Tercero.- D.2.13.6.3. *“ULPIANUS libro quarto ad edictum. Rationem autem esse Labeo ait ultro citro dandi accipiendi, credendi, obligandi solvendi sui causa negotiationem: nec ullam rationem nuda dumtaxat solutione debiti incipere. nec, si pignus acceperit aut mandatum, compellendum edere: hoc enim extra rationem esse. sed et quod solvi constituit, argentarius edere debet: nam et hoc ex argentaria venit.”*⁹⁵

“Dice Labeón que las cuentas se refieren a lo que una y otra parte han de dar o cobrar recíprocamente a causa de préstamo, obligaciones y pagos; y que no hay ninguna cuenta solamente porque se haya hecho un simple pago de lo debido; y que no debe obligarse a nadie a que comunique si ha recibido prenda

⁹¹ D’ORS, Alvaro. *Derecho Privado Romano. Op. Cit.*, pág. 420.

⁹² *Corpus Iuris Civilis, Op. Cit.*, pág. 768.

⁹³ D’ORS, Álvaro. *et al., El Digesto de Justiniano, versión castellana (tomo III), Op.Cit.*, pág. 482.

⁹⁴ GARCIA GARRIDO, Manuel Jesús, *Derecho privado romano: casos, acciones, instituciones*, 13ª ed., Académicas, Madrid, España, 2004, pág. 314.

⁹⁵ *Corpus Iuris Civilis, Op. Cit.*, pág. 55.

o mandato (de garantía), pues esto se halla fuera de las cuentas. Pero también debe comunicar el banquero la asunción de deudas, pues este negocio es propio de los bancos. (*Ulp. 4 ed.*)”⁹⁶

Ulpiano refiere la doctrina de Labeón de que lo que debe constar en las *rationes* del *argentarius* es:

- a). Lo relativo a las cantidades debidas recíprocamente por los contratantes (*ultra citro dandi accipiendi*).
- b). Las cantidades debidas unilateralmente a causa de préstamo.
- c). A causa de *transcriptio nominum*, que a efectos de la cantidad bancaria hace las veces de la estipulación.⁹⁷

Cuatro.- *D.17.1.59.1. “Paulus libro quarto responsorum. Paulus respondit, fideiussorem, qui rem pignoris iure obligatam a creditore emit, mandati iudicio conventum ab herede debitoris ablato omni debito restituere cum fructibus cogendum neque habendum similem extraneo emptori, cum in omni contractu bonam fidem praestare debeat.”*⁹⁸

“Paulo respondió que el fiador que compró del acreedor una cosa pignorada, al ser demandado con la acción de mandato por el heredero del deudor, si ofrece el pago de toda la deuda, ha de ser forzado a restituir con los frutos y no debe ser tenido como si fuera un comprador extraño, puesto que debe responder de su buena fe en todo el contrato. (*Pap. 4 resp.*)”⁹⁹

Al respecto del texto anterior Alvaro d’Ors comenta que entre los clásicos no había más *contractus* que los sancionados por acciones de buena fe: *in omni contractu bonam fidem praestare*.¹⁰⁰

Quinto.- *D.40.7.29pr. “POMPONIUS libro octavo decimo ad Quintum Mucium. Statuliberi a ceteris servis nostris nihilo paene differunt. et ideo quod ad actiones vel ex delicto venientes vel ex negotio gesto contractu pertinet, eiusdem condicionis sunt statuliberi, cuius ceteri et ideo in publicis quoque iudiciis easdem poenas patiuntur, quas ceteri sevi.”*¹⁰¹

⁹⁶ D’ORS, Álvaro. *et al.*, *El Digesto de Justiniano, versión castellana (tomo I)*, *Op.Cit.*, pág. 113.

⁹⁷ D’ORS, Álvaro. *Derecho Privado Romano. Op. Cit.*, Pág. 420.

⁹⁸ *Corpus Iuris Civilis, Op. Cit.*, pág. 255.

⁹⁹ D’ORS, Álvaro. *et al.*, *El Digesto de Justiniano, versión castellana (tomo I)*, *Op.Cit.*, pág.638.

¹⁰⁰ D’ORS, Álvaro. *Derecho Privado Romano. Op. Cit.*, Pág. 421.

¹⁰¹ *Corpus Iuris Civilis, Op. Cit.*, pág. 679.

“En los ‘estadoslibres’ no se diferencian en casi nada de nuestros demás esclavos, y por esto, en lo que toca a las acciones que proceden de un delito, de un negocio (o) de un contrato, los ‘estadoslibres’ son iguales a los otros esclavos, por lo que también en los juicios público sufren la misma penas que los otros esclavos. (Pomp. 18 ad Q. Muc.)”¹⁰²

La distinción entre negocios crediticios y contratos parece vislumbrarse cuando Pomponio distingue *ex delicto*, *ex negotio gesto* y *ex contractu*.¹⁰³

Sexta.- D.50.16.10. “*ULPIANUS libro sexto ad edictum. ‘Creditores’ accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacumque actione vel persecutione, vel iure civili sine ulla exceptionis perpetuae remotione vel honorario vel extraordinario, sive pure sive in diem vel sub condicione. quod si natura debeatur, non sunt loco creditorum sed si non sit mutua pecunia, sed contractus, creditores accipiuntur.*”¹⁰⁴

“Consta que debe entenderse por ‘acreedores’ los que pueden exigir una deuda por medio de una acción o persecución, sea por derecho civil sin la exclusión por medio de una excepción perpetua, sea por derecho honorario o condición, sea sin ellos; mas si la obligación natural, no se habla de acreedores; se llama acreedores no sólo los que lo son por préstamo, sino también por contrato. (Ulp. 6 ed.)”¹⁰⁵

Ulpiano que distingue la *mutua pecunia del contractus*, cuando menciona que para ambas indistintamente se usa el término de acreedor.¹⁰⁶

Séptimo.- D.12.4.16. “*CELSUS libro tertio digestorum. Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et ventionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum: et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non*

102 D'ORS, Álvaro. *et al.*, El Digesto de Justiniano, versión castellana (tomo III), *Op.Cit.*, pág. 255.

103 D'ORS, Alvaro. Derecho Privado Romano. *Op. Cit.*, Pág. 421.

104 Corpus Iuris Civilis, *Op. Cit.*, pág. 909.

105 D'ORS, Álvaro. *et al.*, El Digesto de Justiniano, versión castellana (Tomo III), *Op.Cit.*, pág. 845.

106 D'ORS, Alvaro. Derecho Privado Romano. *Op. Cit.*, Pág. 421.

feceris: et rursus si tuus est Stichus et pro evictione eius promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possim."¹⁰⁷

“Te di una cantidad para que me dieras el esclavo Etico. ¿Es este contrato en parte una especie de compraventa o no hay aquí más obligación que la que surge de la dación para conseguir otra cosa que no se ha cumplido? Me inclino a esto último. En consecuencia, si Estico murió, puedo repetir, porque yo te di para que tú me dieras el esclavo Estico. Supongamos que Estico es de otro pero tú no obstante lo hubieras entregado: podré repetir la cantidad porque no hiciste propietario de él al que lo recibió; o también: si Estico es tuyo y no quieres garantizar de su evicción, no quedarás liberado de que pueda no repetir de ti la cantidad dada. (*Cels. 3 dig.*)”¹⁰⁸

Celso distingue entre *contractus* y *datio ob rem*.¹⁰⁹

Merece una mención especial un texto del Digesto que es pilar de la teoría de d’Ors, este texto es D.50.16.19 donde Ulpiano cita a Labeón, en este apartado solo se abordara respecto a la trascendencia que este texto tiene para la reconstrucción fuentes de obligaciones que considera d’Ors, más adelante se citara nuevamente en relación con la teoría del crédito, aclarado lo anterior el texto mencionado se transcribe a continuación:

D.50.16.19. “ULPIANUS libro undecimo ad edictum. Labeo libro primero praetoris urbani definit, quod quaedam ‘agantur’, quaedam ‘gerantur’, quaedam ‘contrahantur’. et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione, vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci synallagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.”¹¹⁰

“Labeón distingue entre hacer actos, gestos y contratos, y lo define así: acto es un término general, hágase con palabras o de hecho, como la estipulación y el pago de dinero; contrato es la obligación recíproca, que los Griegos llaman *synallagma*, como la compraventa, la locación-conducción (o arrendamiento), la

¹⁰⁷ *Corpus Iuris Civilis, Op. Cit.*, pág. 200.

¹⁰⁸ D’ORS, Álvaro. *et al.*, *El Digesto de Justiniano, versión castellana (tomo I)*, *Op.Cit.*, pág.638

¹⁰⁹ D’ORS, Álvaro. *Derecho Privado Romano. Op. Cit.*, Pág. 421.

¹¹⁰ *Corpus Iuris Civilis, Op. Cit.*, pág.909.

sociedad; *gestum* (o gestión) quiere decir lo que se hace sin declaración de palabras. (*Ulp. 11 ed.*)”¹¹¹

Respecto al texto de Labeón Adame comenta lo siguiente: “En este párrafo Labeón claramente distingue los “actos” que dan lugar a obligaciones unilaterales y que requieren de la entrega de una cosa (*re*, como la entrega – *numeratio*, dice el texto latino- de dinero) o una forma verbal (*verbis*, como la estipulación), de los contratos que son las obligaciones recíprocas; de éstos menciona tres de los cuatro contratos consensuales (falta el mandato). Es muy interesante la contraposición entre ambos tipos de obligaciones, máxime que entre las obligaciones unilaterales se refiere al mutuo y a la estipulación, que según Gayo eran contratos, uno real y el otro verbal. Menciona además una tercera fuente de obligaciones que son los “hechos” (*gesta*), que contrapone directamente a los actos, que siempre requieren de palabras, es decir de un entendimiento entre las partes que lo celebran, en tanto que aquéllos se realizan sin convenio entre el acreedor y el deudor (como la gestión de negocio ajeno o la comisión de un ilícito) y dan lugar a obligaciones que no fueron asumidas voluntariamente.”¹¹²

Se puede concluir que los juristas clásicos consideraban fuentes de obligaciones distintas a las que menciona Gayo y que después consideraría Justiniano.

3.3.3.- CRÍTICA A LA CLASIFICACIÓN GAYANO-JUSTINIANEA DE LAS FUENTES DE LA OBLIGACIONES Y A LA POSTERIOR DIVISIÓN DE LOS CONTRATOS.

Antes de comenzar hay que tomar en cuenta nuevamente la clasificación Gayano-Justiniana de las obligaciones y la posterior clasificación de los contratos, como se exponen a continuación:

INSTITUCIONES DE GAYO.	INSTITUCIONES DE JUSTINIANO.
FUENTES DE LAS OBLIGACIONES.	
a). Contratos. b). Delitos. c). <i>Variae causarum figuræ</i> .	a). Contrato. b). Como de un Contrato. c). Delito. d). Como de un delito.

Cuadro 3.2

Fuentes de las obligaciones en las Instituciones de Gayo y en las de Justiniano.

¹¹¹ D'ORS, Álvaro. et al., *El Digesto de Justiniano, versión castellana (tomo III)*, *Op.Cit.*, pág.

¹¹² ADAME GODDARD, Jorge. *Esbozo de una teoría del contrato*, *Op. Cit.*, pág. 3.

III INSTITUCIONES DE GAYO.	III INSTITUCIONES DE JUSTINIANO.
ESPECIES DE CONTRATOS	
<ul style="list-style-type: none"> ❖ Por la cosa. ❖ Por palabra ❖ Por escritura. ❖ Por acuerdo. 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Por la entrega de la cosa. ❖ Por medio de palabras. ❖ Por medio de la escritura. ❖ Por medio del consentimiento.

Cuadro 3.3.

Especies de contratos en las Instituciones de Gayo y en las de Justiniano.

Como ya se aprecia en los cuadros anteriores, la clasificación de obligaciones y de los contratos que expone Gayo y que después seguiría Justiniano no es la considerada por d'Ors, él estima que no solo: "...faltan testimonios de que la cuatripartición sea anterior a Gayo, sino que también faltan para la época posterior. La cuatripartición propiamente dicha no aparece en ningún texto."¹¹³

Es muy importante mencionar lo que piensa d'Ors llevo a Gayo a realizar su clasificación, como expone d'Ors "...Gayo, el cual, precisamente por sus particulares objetivos pedagógico, y quizá por haber vivido apartado del ambiente de la Urbe, nos presentó derecho clásico, sí, pero esquematizado en una forma bastante ajena a la costumbre de la jurisprudencia clásica, lo que fue precisamente la razón de su éxito en la época postclásica..."¹¹⁴

Para iniciar es conveniente considerar la antítesis *re-verbis* que se refiere –dice d'Ors- "...concreta y exclusivamente a un negocio muy corriente de la vida jurídica en los romanos: al *mutuo cum stipulatione*..."¹¹⁵

Al respecto del *mutuo cum stipulatione* también conocido como *fenus* d'Ors menciona: "...el mutuo profesional, el *fenus*, se formalizaba en una *cautio* estipulatoria ya que, entre otras razones necesitaba de la estipulación para poder engendrar una reclamación de *usurae*... Para los clásicos en este acto no existían dos contratos (real y verbal), para los clásicos la antítesis *re-verbis* aludía a la distinción entre *numeratio* y *stipulatio* en aquel negocio único que es

¹¹³ D'ORS, Álvaro, "Re et Verbis" (Resumen de la comunicación presentada del Congreso Internacional de Derecho Romano, en Verona, septiembre 1948), en Anuario de Historia del Derecho Español, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, Tomo XIX, 1948, Pág. 603.

¹¹⁴ D'ORS, Álvaro, "Credidum y contractus", *Op. Cit.*, pág. 184.

¹¹⁵ D'ORS, Álvaro. *Re et Verbis* (Resumen de la comunicación presentada del Congreso Internacional de Derecho Romano, en Verona, septiembre 1948), *Op. Cit.*, pág. 603.

el *fenus*; tan único, que la *stipulatio* posterior no producía en él efectos novatorios...¹¹⁶

De los razonamientos anteriores d'Ors considera: "...la cuatripartición. Esta fue inventada por Gayo como extensión abusiva de la conocida antítesis *re –verbis*, pero no se puede decir, al revés, que ésta sea un reflejo de la cuatripartición."¹¹⁷

Para hacer su clasificación cuatripartita, d'Ors dice que: "Gayo alteró, pues, el valor de la antítesis *re-verbis* al aprovechar esta antítesis para, combinándola con la antigua clasificación de las causas de la *actio certae creditae pecuniae*..."¹¹⁸

Al respecto de la antigua clasificación de las causas de la *actio creditae pecuniae* d'Ors refiere "...Como sabemos por Cicerón, las tres causas del *creditum* eran: la *datio*, la *stipulatio* y la *expensilatio*; pues bien, Gayo tomó simplemente esta tripartición y, uniendo a ella el cuarto miembro de los contratos consensuales, construyó su famosa cuatripartición: *re, verbis, litteris, consensu*."¹¹⁹

Ahora bien un signo inequívoco de que la clasificación de Gayo fue inventada por él se demuestra en la incapacidad que tuvo Gayo de completar sus 'contratos reales y verbales' al respecto d'Ors nos comenta: "...La cuatripartición Gayana resulta, no sólo heterogénea, sino también incompleta. Su esquema, en efecto, fue completado por la escolástica de la época post-clásica, para la que Gayo resultó un autor favorito..."¹²⁰

Nos menciona d'Ors "Gayo no habló para nada, a propósito de esta cuatripartición, ni del comodato, ni de la prenda, pero tampoco de la fiducia ni del depósito. Los seguidores de Gayo iban a ser quienes completaran su cuatripartición, colocando esa figuras (a excepción de la fiducia, de la que ya

¹¹⁶ D'ORS, Álvaro. *Re et Verbis* (Resumen de la comunicación presentada del Congreso Internacional de Derecho Romano, en Verona, septiembre 1948), *Op. Cit.*, pág.s. 603 y 604.

¹¹⁷ D'ORS, Álvaro, "Réplicas Panormitanas VI: Sobre la suerte del contrato real en el Derecho", en *Revista de Derecho Notarial*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, España, Volumen 88, Abril-Junio 1975, pág. 20.

¹¹⁸ D'ORS, Álvaro. *Re et Verbis* (Resumen de la comunicación presentada del Congreso Internacional de Derecho Romano, en Verona, septiembre 1948), *Op. Cit.*, págs. 603 y 604.

¹¹⁹ D'ORS, Álvaro, "*Creditum y contractus*", *Op. Cit.*, pág.185

¹²⁰ D'ORS, Álvaro, *Elementos de Derecho Privado Romano*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, España, 1975, pág. 370.

no sentían necesidad de hablar) dentro del primer miembro, del contrato real, al lado del mutuo...”¹²¹

Una vez expuesto las consideraciones sobre las Instituciones de Gayo es conveniente analizar que es lo que agregaron los post-clásicos a esta clasificación, al respecto de las fuentes añadidas por los post-clásicos hay que enunciar lo siguiente: “...Pero con el añadido de las tres nuevas figuras, cambiaba a la vez el sentido de *re contracta*, puesto que *res* era para Gayo ‘la propiedad’, es decir, la *datio*, y ahora, en la prenda se deba tan sólo la posesión, y en el depósito y comodato tan sólo la mera detentación. El esquema gayano completado así con la nueva categoría de los cuatro ‘contratos reales’, fue recogido por Justiniano, que lo transmitió a la posteridad, a pesar de resultar del todo anacrónico, ya que la *obligatio verbis contracta* había desaparecido con la forma de la estipulación oral (*stipulatio*) y, en cambio, no entraban en ese esquema otros contratos configurados en la época tardía...”¹²²

Respecto de los contratos reales modificados por los post-clásicos dice d’Ors: “Tenemos así, dentro de los cuatro llamados contratos reales, especies muy heterogéneas. En primer lugar, tenemos una *mutui datio*, que no es mas que el caso prototipo de las *dationes* constitutivas de *creditum*; luego, el comodato y la prenda, sancionados por acciones *in factum* similares a la *condictio* crediticia, y por eso incluidas en el *edictum de rebus creditis*; por último, el depósito, cuya acción queda incluida en el *edictum de bonae fidei iudiciis*.”¹²³

De esta forma es como surgen los ‘contratos reales’, en relación con esto d’Ors opina: “...En virtud de esta cuatripartición gayana, las obligaciones crediticias en la medida en que se fundaban en un negocio convencional, se convierten en obligaciones *re contractae*, es decir, que surgen de una *numeratio* (por tanto, a pesar de ciertas reservas, la *solutio indebiti* también), y se alcanzó así la configuración del llamado ‘contrato real’, dentro del cual se incluyeron, no sólo negocios pretorios como el comodato y la prenda, sino incluso el contrato de depósito, que nada tenía que ver con el *creditum*, y aun, en cierto modo, los

¹²¹ D’ORS, Álvaro, “*Creditum y contractus*”, *Op. Cit.*, pág. 186.

¹²² D’ORS, Alvaro. *Elementos de Derecho Privado Romano*, *Op. Cit.*, Págs. 370 y 371.

¹²³ D’ORS, Álvaro, “*Creditum y contractus*”, *Op. Cit.*, 186.

nuevos contratos ‘innominados’, que sí tenían que ver con el *creditorum* por cuanto proceden en parte de las antiguas *datationes ob rem...*”¹²⁴

“Por lo tanto, nos encontramos así, dentro de la categoría de los llamados contratos reales, con una figura netamente crediticia (el mutuo), con dos negocios sancionados con acciones *in factum* similares a la *condictio* (comodato y prenda), con otro antiguo negocio que sirve de modelo para los juicios de buena fe (la fiducia) y, finalmente, con un negocio sancionado por una acción semejante a las acciones penales, pero que fue atraído al edicto de los contratos de buena fe, donde se hallaba ya la fiducia, por el hecho de haber sido creada, para ese negocio, una acción civil, la *actio depositi in ius*.”¹²⁵

Respecto a la inclusión del comodato, la prenda y el depósito a los contratos reales d’Ors considera “Pero, al hacer así, no sólo rompe con concepto *re*, sino con el de *obligatio*...la inclusión del comodato y, si admitimos el texto del Digesto, del *pignus* introduce en la distinción de los contratos negocios exclusivamente pretorios...”¹²⁶

Para terminar esta crítica a la clasificación gayana-justiniana es conveniente considerar las siguientes apreciaciones que realiza d’Ors al respecto: la primera consideración se refiere a la importancia que tenía Gayo para los post-clásicos: “...Los post-clásicos conocían y amaban a Gayo, precisamente porque veían en él el ideal escolástico que ellos anhelaban...”¹²⁷

La segunda consideración es en relación al valor que tiene la clasificación gayana-justiniana: “...la clasificación gayana de las obligaciones *ex contractu*, luego perpetuada por las Instituciones de Justiniano, la famosa cuatripartición *re-verbis-litteris-consensu*...con un valor puramente escolástico, pero de ningún modo científico...”¹²⁸

La última consideración en relación con la clasificación gayana-justiniana es respecto al apego que algunos autores aún actualmente tienen por esta clasificación, y para ejemplificar esta inclinación basta considerar la opinión

¹²⁴ D’ORS, Álvaro, “*Creditorum*”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, Tomo XXXIII, 1963, pág. 363..

¹²⁵ D’ORS, Álvaro, “*Creditorum y contractus*”, *Op. Cit.*, 191.

¹²⁶ D’ORS, Álvaro. Réplicas Panormitanas VI, Sobre la suerte del contrato real en el derecho romano, *Op. Cit.*, pág. 25.

¹²⁷ D’ORS, Álvaro. *Re et Verbis* (Resumen de la comunicación presentada del Congreso Internacional de Derecho Romano, en Verona, septiembre 1948), *Op.Cit.*, pág. 605.

¹²⁸ D’ORS, Álvaro. *Re et Verbis* (Resumen de la comunicación presentada del Congreso Internacional de Derecho Romano, en Verona, septiembre 1948), *Op.Cit.*, Pág. 602.

A.G. Archi, que es la siguiente: “...*ma siamo propio, sicuri che Gaio sai una figura cosi secundaria como i colleghi d’Ors e Kaser mostrano di credere. Io non voglio turbare le loro convinzioni; chiedo a loro solo di lasciare ancora in sospenso la questione per gli altri romanitsi, che accanto alla tesi della mediocrità di Gaio si vedono prospettata anche quella della sua vivace originalità.* (Pero asegurar que Gayo es una figura casi secundaria como los colegas d’Ors y Kaser creen mostrar. Yo no quiero perjudicar sus convicciones, quiero a ellos solo decirle que todavia hay cuestiones en suspenso para los demás romanistas y que junto a la tesis de la mediocridad de Gayo aparece tambien demostrada su vigorosa originalidad).”¹²⁹

Al respecto de lo que piensa Archi d’Ors responde lo siguiente: “A Gayo, naturalmente, hay que juzgarle por su obra, y yo dejo libertad, como no puede ser menos, para que cada cual haga esta estimación por su propio criterio. Únicamente deseo aclarar que la mediocridad es compatible con la originalidad, en este sentido: Gayo no es un jurista clásico como los demás, no fue conocido por sus contemporáneos ni por las generaciones inmediatamente siguientes...su gran fama es sobrevenida. Pero Gayo parece haber inventado muchas cosas –entre ellas, la cuatripartición de los contratos- y, en este sentido, es un innovador, lo que le da esta especial valor de precursor, de ‘pre-postclásico’”¹³⁰

“Como podrá entenderse, lo que más ha impedido que toda esta teoría sea admitida ha sido el prestigio de Gayo...”¹³¹

3.4.- LISTADO DE ACTOS CONCRETOS DE DONDE PROVIENEN LAS OBLIGACIONES (FUENTES CONCRETAS).

A continuación se presenta un cuadro donde se contiene la reconstrucción de d’Ors sobre las fuentes, pero antes es conveniente explicarlas, brevemente.

“D’Ors, haciendo un análisis de las acciones personales existentes en el Edicto del pretor urbano, y considerando diversos textos clásicos procedentes del

¹²⁹ D’ORS, Álvaro, “*Re, verbis, litteris, consensu*”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Tomos XXVII y XXVIII, 1957-58, pág.1158.

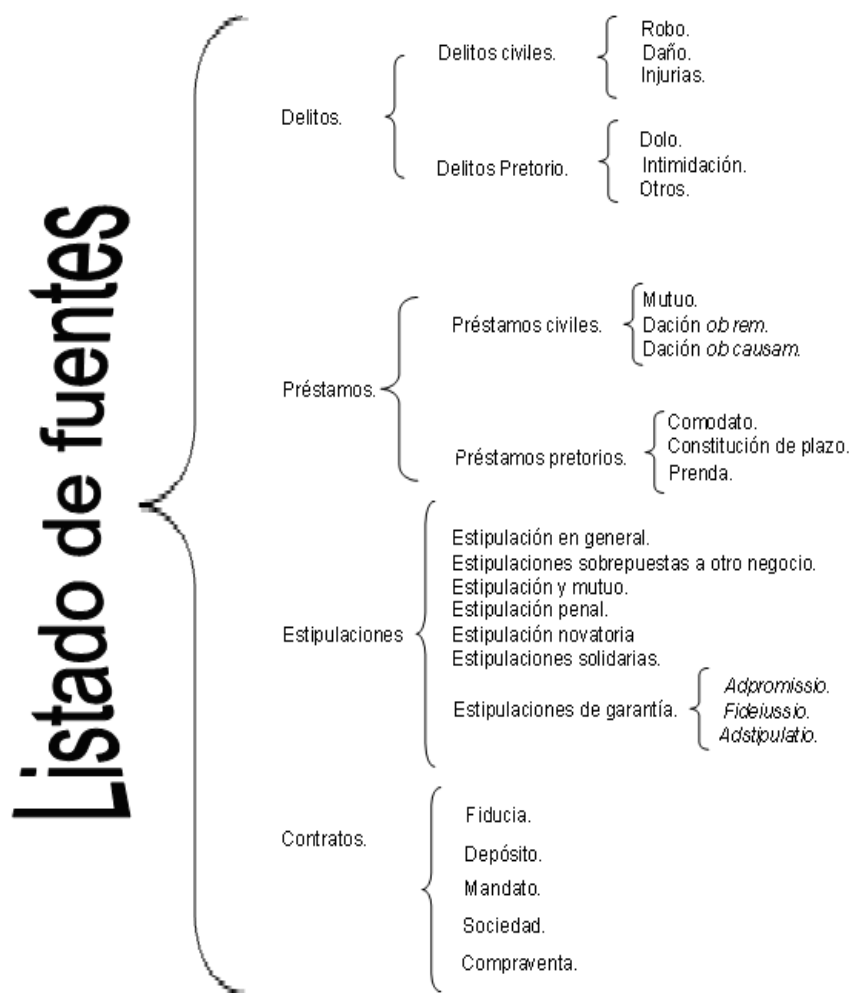
¹³⁰ D’ORS, Álvaro, “*Re, verbis, litteris, consensu*”, *Op.Cit.*, pág.1158.

¹³¹ D’ORS, Álvaro, “Réplicas Panormitanas I, De nuevo sobre ‘*Creditum*’ (Réplicas a la crítica de Albanese)”, *Studia Et Documenta Historiae et Iuris, Romae Pontificia Universitas Lateramensis*, Roma, Italia, Volumen 41, 1975, pág. 208.

Digesto, demuestra que los juristas clásicos, al menos desde tiempo de Labeón, consideraban que las fuentes de las obligaciones se clasifican en:

- a). Delitos, en lo cual coincide con la clasificación gayana;
- b). Préstamos, que son convenios en los que el deudor se obliga a devolver una cosa que le fue previamente dada, como el préstamo de dinero;
- c). Estipulaciones o promesas, que son un negocio formal por el que una persona se obliga a dar o hacer algo a favor de otra, y
- d). Contratos, que son convenios informales en los que las dos partes se obligan recíprocamente.”¹³²

A continuación se presenta un cuadro con la reconstrucción de las fuentes clásicas que reconstruyó Álvaro d’Ors:

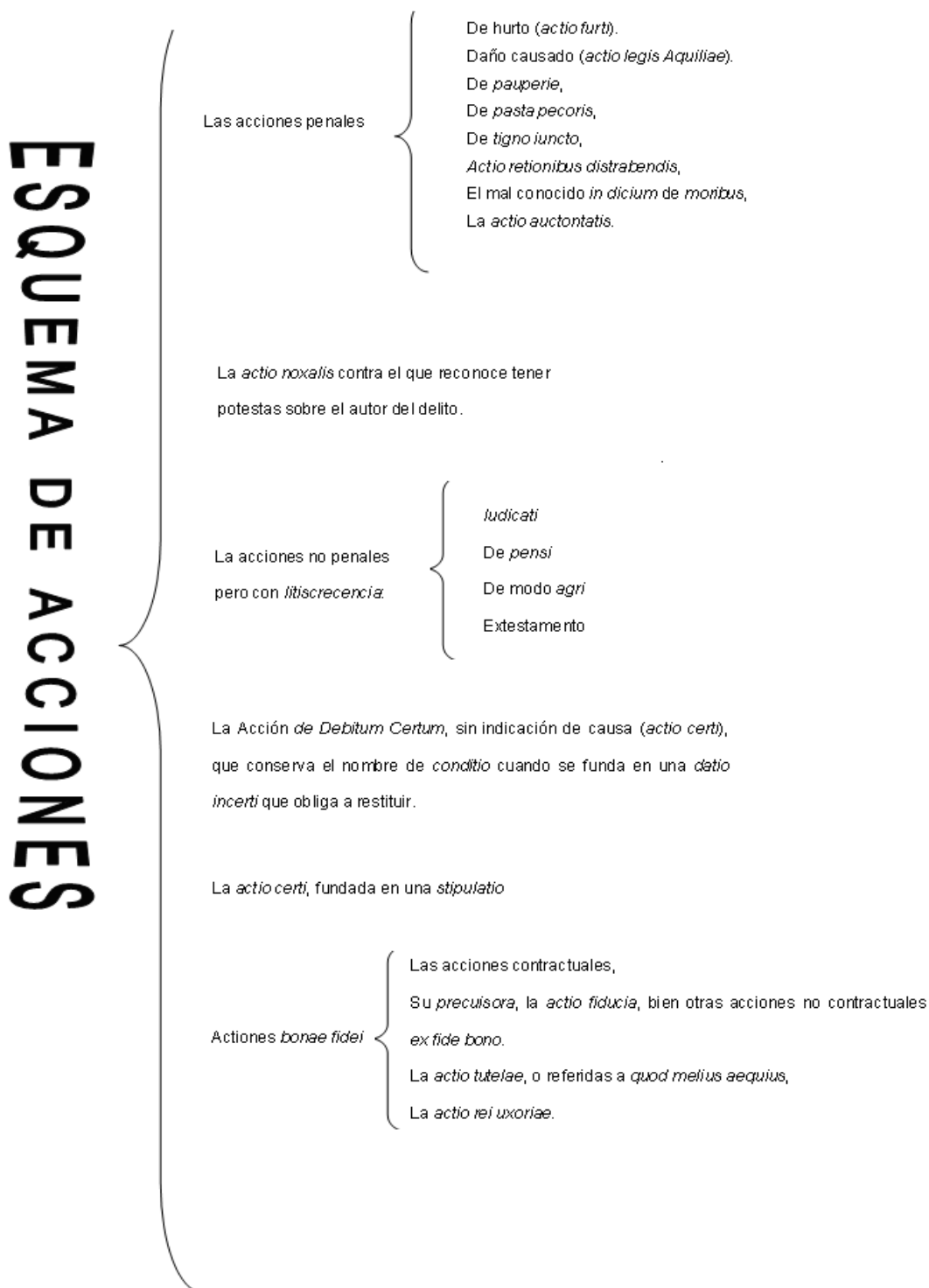


Cuadro 3.4.

Tomado de: ADAME GODDARD, Jorge. Curso de derecho romano clásico II (Sucesiones, liberalidades y obligaciones), Op.Cit, pág. 61.

¹³² ADAME GODDARD, Jorge. Curso de derecho romano clásico II (Sucesiones, liberalidades y obligaciones), Op.Cit, págs. 59 y 60.

Considerando como dice Álvaro d'Ors que el derecho romano debe ser estudiado como un sistema de acciones posibles resulta conveniente agregar a las fuentes de las obligaciones un cuadro que exponga las acciones que considera d'Ors para el Derecho Romano Clásico, como se enuncian a continuación:



Cuadro 3.5.

Tomado de: D'ORS, Alvaro. Derecho Privado Romano. *Op. Cit.*, Pág. 413.

3.5.- LA TEORÍA DEL CRÉDITO.

3.5.1.- TERMINOLOGÍA Y CONCEPTOS GENERALES.

Resulta conveniente antes de comenzar a tratar la Teoría del Crédito de Álvaro d'Ors precisar algunos aspectos importantes.

Para comenzar d'Ors considera respecto al término crédito lo siguiente: “Este término puede adoptarse por comodidad, pero es cierto que las fuentes hablan mejor de *pecunia* o *res credita*, y que *creditum* aparece en giros hechos como *crediti nomine* o *abire in creditum*.”¹³³

Una vez hecha la anterior aclaración, es conveniente mencionar el significado de la palabra crédito, al respecto considera Álvaro d'Ors lo siguiente: “...Pariente (*Studia et Documenta Hist. et Iuris* 19, 1953, 340 ss.), que supone un compuesto de *cerniere* y *dare*, como *cret (o)-dare*; *credere*; *creyere* (con síncopa y simplificación de consonante germinada). *Credere* sería así *certum dare*, entendida la certeza en un sentido ambivalente de determinación concreta del objeto dado así como de seguridad subjetiva de la persona que da; el sentido subjetivo podría ser derivado del objetivo, que parece el fundamental y originario. Esta explicación aclara el sentido fundamental de *credere* como *datio certi*...”¹³⁴

De esta manera “...la investigación etimológica del latinista Angel Pariente, quien, demostrando que el sentido religioso de *credere* es de época cristiana y que ese término nace con una significación estrictamente jurídica, lo que excluye toda etimología de carácter espiritual...Por tanto, *credere* es *cert(um)-dare*. Pero, como ya es evidente que el *dare* no puede tener objeto que no sea *certum*, me inclino, por mi parte, a entender ese intensivo de certeza en el sentido de la certeza con que se da; *credere* sería, así, ‘dar con certeza’. Es decir, se trata de aquel tipo de *datio* que espera la restitución. De ahí el matiz secundario tiene ese término de ‘confiar’ en alguien, de *fidem alicuius sequi*. Porque aquello que se da no va a confundirse definitivamente en el patrimonio del que recibe; para éste, aquello será algo que pertenece el *dans*: será *aes alienum*. La *res credita* espera así la restitución, una nueva *datio* en sentido

133 D'ORS, Álvaro. “Réplicas Panormitanas I, De nuevo sobre ‘Creditum’ (Réplicas a la crítica de Albanese)”, *Op. Cit.*, pág. 205

134 D'ORS, Álvaro. “Creditum”, *Op.Cit.*, págs. 345 y 346.

inverso. La obligación crediticia es así una obligación de *dare* un *certum*; en efecto, la *intentio* de la *condictio* está concebida a un *certum dare oportere*.¹³⁵

Para precisar más el significado de *credere* hay que considerar lo siguiente: "...el término *credere*, en cambio, se refirió siempre, entre los clásicos, y también en las formas participiales de *pecunia credita* o *res credita*, a las *dationes* convencionales y a *stipulatio certi*...Ni los negocios sancionados por acciones *in factum* que se agregaron a la *actio certi* en el edicto XVII, ni probablemente las mismas *dationes* 'ex eventu' quedaron incluidas en el *credere*: las primeras, porque no eran de derecho civil, y las segundas, porque no presentaban un *negotium contractum*."¹³⁶

En ese sentido podemos considerar el significado de la raíz *cred-* "...Los etimologistas tienen la palabra, pero no parece imposible ver en *cre-* la misma raíz del verbo *cerno*, es decir, la idea del *certum*. No podía ser de otro modo, pues sólo un *certum* puede ser objeto de *datio*. Así, esa idea de *certum* que se hallaría en la misma raíz del *creditum* habría hecho posible la atracción de toda obligación de un *certum dare*, como la engendraba la *stipulatio* consistente en un *certum dare*."¹³⁷

Hay que precisar que "...Dare, en su sentido más originario, quiere decir, como ya es sabido, 'dejar tomar', y *accipere* (como también *emere*) supone un acto de apoderamiento (*capere*)..."¹³⁸

Resulta conveniente precisar la relación de *fides* en el *creditum*: "...la *fides* supone aquella confianza del acreedor en el deudor, pero la *fides* sigue siendo aquí una lealtad unilateral, como en las relaciones internacionales, cuando se habla de la *fides* del patronato. La *fides* es siempre unilateral..."¹³⁹

"...la acción crediticia, la *condictio*...Esta acción puede ser considerada como dirigida contra el que faltó a la *fides*..."¹⁴⁰

A *credere* suelen dársele dos sentidos: el primero se refiere a *Credere* como *causa credendi*: "es aquella *iusta causa* de la *traditio* que justifica que ésta tenga efecto traslativo, pero no definitivo, ya que la *datio* en este supuesto

¹³⁵ D'ORS, Álvaro. "Credidum y contractus", *Op.Cit.*, 198 y 199.

¹³⁶ D'ORS, Álvaro. Réplicas Panormitanas I, De nuevo sobre 'Creditum' (Réplicas a la crítica de Albanese), *Op.Cit.*, Pág. 242.

¹³⁷ D'ORS, Álvaro, "Observaciones sobre el Edictum de Rebus Creditis", *Op.Cit.*, pág. 158

¹³⁸ *Ibidem*, pág. 150

¹³⁹ D'ORS, Álvaro. "Credidum y contractus", *Op.Cit.*, pág. 206.

¹⁴⁰ D'ORS, Alvaro. "Creditum", *Op.Cit.*, pág. 346.

implica ciertamente una *obligatio* de *dare* en restitución: se trata así de un préstamo que, al mismo tiempo de dar la disponibilidad de lo prestado, obliga al *accipiens* a restituir. El patrimonio de éste no obtiene con ello un aumento real, pues lo adquirido por el prestatario sigue siendo 'ajeno' a él (*aes alienum*). Esta temporalidad de la adquisición crediticia impide ver la *causa credendi* como *iusta causa usucapionis*. Con este concepto de la *causa credendi* se comprende, no sólo la *mutui datio*..."¹⁴¹

El segundo sentido de *credere como debitum certum*: "...la posibilidad de no restituir desvirtúa la esencia del préstamo. Si la *causa credendi* se refiere al momento constitutivo de la obligación por préstamo, el *debitum certum* se refiere al momento de la acción. Esto da a este segundo sentido una mayor amplitud, ya que la acción crediticia sirve para reclamar créditos que no nace de un préstamo, sino también de una promesa de *res certa*..."¹⁴²

Una vez considerados los sentidos de *credere* es conveniente vislumbrar la relación entre crédito y préstamo, al respecto de esta consideración Teresa Giménez Candela expresa: "La causa originaria de los préstamos es el *creditum*, término que designa una obligación por derecho civil (*oportere*) que nace de una *datio*; es decir, una entrega efectiva de propiedad, que espera restitución..."¹⁴³

Por lo anteriormente dicho, es conveniente por tanto precisar algunos aspectos acerca de los préstamos.

"El nombre genérico de 'préstamo' es convencional...alude, en todo caso a la repetibilidad de una cosa dejada a otro..."¹⁴⁴

Ahora es conveniente destacar las características de los préstamos. El primer aspecto importante a destacar es la diferencia entre préstamos civiles y pretorios.

Los préstamos pretorios "Se trata de convenios de retención temporal de una cosa, por los que se entrega la posesión de una cosa, que posteriormente debe ser devuelta. La obligación surge, al igual que en los préstamos civiles, no por el mero convenio, sino por la retención indebida de la cosa recibida. Como no

¹⁴¹ D'ORS, Alvaro. "*Creditum*", *Op.Cit.*, pág. 347.

¹⁴² *Ibidem*, pág. 348.

¹⁴³ GIMÉNEZ CANDELA, Teresa, *Derecho privado romano*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1999, pág. 403.

¹⁴⁴ D'ORS, Alvaro. *Derecho Privado Romano*, *Op. Cit.*, pág. 439.

hay dación, no procede la *condictio*, por lo que el pretor otorga acciones por el hecho (*actiones in factum*) de la retención indebida.”¹⁴⁵

Por otro lado los préstamos civiles son los “...sancionados por la *condictio*, suponen una entrega en propiedad o «dación» (*datio*). La acción se da cuando quien recibió (el «*accipiente*») retiene indebidamente la propiedad recibida, por ejemplo cuando ya venció el plazo. La obligación de devolver no surge del convenio, aunque ordinariamente haya un convenio que sea causa de la dación, sino de la retención indebida de una cosa previamente dada. Quien tiene la cosa prestada es propietario de la misma, pero en cuanto debe devolver la propiedad, cabe decir que la cosa no es suya, que es una cosa ajena.”¹⁴⁶

Dentro de los préstamos civiles que son los que nos atañen en esta tesis encontramos las siguientes daciones:

- a). El mutuo (*mutui datio*);
- b). La dación hecha para obtener algo del *accipiente* (*datio ob rem*),
- c). La dación hecha en atención a un convenio o causa previa (*datio ob causam*);
- d). Hay además otros casos en los que falta una dación inicial, porque se hace solo una entrega posesoria, que posteriormente, por algún evento, se convierte en una verdadera dación, y se habla entonces de una dación eventual (*datio ex eventu*).

En preciso en este punto, previo a abordar la teoría del crédito precisar los aspectos generales de los préstamos, que son los siguientes:

Comenzando con la *Condictio*: “La *condictio* es una acción civil que sanciona la obligación crediticia. *Condicere* quiere decir emplazamiento para un juicio...”¹⁴⁷

Adame define a la *condictio* de la siguiente manera: “La acción personal que sirve para reclamar la obligación derivada de un préstamo civil o crédito es la acción de objeto cierto (*actio certi*), que también se da para exigir un objeto cierto debido por una promesa o un legado, pero cuando se usa para reclamar una cosa previamente dada en propiedad se llama ‘condición’ (*condictio*). Esta acción la tiene quien dio en propiedad algo (una cosa específica o una cantidad

¹⁴⁵ ADAME GODDARD, Jorge. Curso de derecho romano clásico II (Sucesiones, liberalidades y obligaciones), *Op.Cit*, pág. 81.

¹⁴⁶ *Ibidem*, pág.78.

¹⁴⁷ D’ORS, Alvaro. Elementos de Derecho Privado Romano, *Op. Cit.*, pág. 275.

de cosa genérica), y se da contra quien lo recibió. Quien reclama es un 'no propietario' que exige que se le de la propiedad de lo que él previamente había dado."¹⁴⁸

Hay que considerar el pago de la obligación crediticia, que es la *solutio*: "El cumplimiento de la obligación crediticia se llama *solutio* o pago. *Credere* y *Solvere* son así actos simétricos: el presupuesto y el cumplimiento, respectivamente, de una obligación de *dare certum*."¹⁴⁹

Apoyando lo anterior Jorge Adame comenta lo siguiente: "...el acto de prestar o crédito (*creditum*) y el acto de pagar (*solvere*) son simétricos: tanto se dio en préstamo, tanto se paga."¹⁵⁰

En el plazo de los préstamos hay que considerar que "Cuando no se ha estipulado plazo para el cumplimiento de la deuda crediticia, se debe desde el primer momento, pero el deudor puede oponer al acreedor una *exceptio pacti* cuando aquel reclama antes del día que se convino, o una *exceptio doli* cuando, aunque no se haya pactado plazo, el acreedor reclame en forma intempestiva..."¹⁵¹

En el mismo tenor de plazo hay que considerar a la mora de las partes: en el caso del deudor (*Mora solvendi*), es decir, cuando el deudor no cumple en el momento debido, lo efectos de la mora del deudor son:

- a). La deuda que tiene el deudor no aumenta por su mora (sólo en los juicios de buena fe se pueden exigir intereses moratorios).¹⁵²
- b). Impide la liberación por pérdida del objeto específico extraña a su conducta (*per eum non steterit quominus solveretur*).¹⁵³

Cuando se niega a aceptar el acreedor una *solutio*, es decir, el pago que realiza el deudor; los efectos de la mora del acreedor (*Mora accipiendi*) son:

- a). Carga al acreedor del riesgo de la cosa debida, incluso de la genérica cuando ha sido debidamente especificada.
- b). En consecuencia del anterior efecto, el deudor queda liberado de los efectos de su mora (*purgatio morae*).¹⁵⁴

¹⁴⁸ ADAME GODDARD, Jorge. Curso de derecho romano clásico II (Sucesiones, liberalidades y obligaciones), *Op.Cit*, pág. 78.

¹⁴⁹ *Idem*.

¹⁵⁰ *Ibidem*, pág. 79.

¹⁵¹ D'ORS, Alvaro. Derecho Privado Romano, *Op. Cit.*, pág. 443

¹⁵² D'ORS, Alvaro. Elementos de Derecho Privado Romano, *Op. Cit.*, pág. 278.

¹⁵³ D'ORS, Alvaro. Derecho Privado Romano, *Op. Cit.*, págs. 443 y 444

c). Le hace perder al acreedor las garantías reales o personales que tuviera.¹⁵⁵

Una vez precisado lo anterior es conveniente abordar la teoría del crédito.

3.5.2.-PLANTEAMIENTO DE LA TEORÍA DEL CRÉDITO.

En este apartado se mencionaran los aspectos más importantes en los que d'Ors fundamenta su teoría del crédito.

Antes de comenzar el estudio de esta teoría resulta propicio mencionar un recuento que el propio Álvaro d'Ors elabora del desarrollo de la teoría del crédito, como se enuncia a continuación: "La teoría del '*creditum*' que he venido elaborando desde hace años, y que encontró su exposición más sistemática en mi artículo '*creditum*' y '*contratus*', tuvo su punto de partida en una crítica de la construcción gayana del 'contrato real' y de la clasificación general de los contratos. Se consolidó luego en la consideración de la separación edictal entre los edictos XVII y XIX (según la numeración leneliana) y en el estudio de las causas de la *condictio*... Posteriormente, me ha servido esta teoría para aclarar aspectos especiales y textos concretos que parecían difíciles de explicar sin ellas."¹⁵⁶

Por lo anteriormente citado y para seguir el orden considerado por d'Ors y una vez ya analizada la crítica de la construcción gayana del 'contrato real' y de la clasificación general de los contratos (apartado 3.3 de esta tesis), hay que comenzar a explicar esta teoría a partir de la contraposición que existe entre los créditos y los contratos.

"*Creditum* y *contractus*. Con esta contraposición parece iluminarse aquella distinción de Labeón recogida por Ulpiano (11 Ed.-D.50.16.19), según la cual, en el Edicto del pretor se distinguía entre: '*actus*' que es un *verbum generale*, que puede referirse a la *stipulatio* o a la *numeratio*, luego el '*contractus*', que supone un *ultra citroque obligari* –lo que equivale al *synallagma* griego-, como la compraventa, la sociedad, etc., y, por último, el '*gestum*' que es un acto en el que no hay declaraciones verbales. Las fuentes del *creditum* son 'actos' pero no son, en sentido estricto, '*contratus*'."¹⁵⁷

¹⁵⁴ D'ORS, Alvaro. *Elementos de Derecho Privado Romano*, Op. Cit., pág. 278.

¹⁵⁵ D'ORS, Alvaro. *Derecho Privado Romano*, Op. Cit., págs. 443 y 444

¹⁵⁶ D'ORS, Álvaro. "Réplicas Panormitanas I, De nuevo sobre '*Creditum*' (Réplicas a la crítica de Albanese)", Op.Cit., pág. 206

¹⁵⁷ D'ORS, Álvaro, "Observaciones sobre el *Edictum de Rebus Creditis*", Op.Cit., pág. 200.

Al respecto resulta oportuno mencionar el ya indicado D 50.16.19, que al tenor dice:

D50.16.19.- *ULPIANUS libro undecimo ad edictum. Labeo libro primero praetoris urbani definit, quod quaedam 'agantur', quaedam 'gerantur', quaedam 'contrahantur'. et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione, vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci synallagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.*" ¹⁵⁸

"Labeón distingue entre hacer actos, gestos y contratos, y lo define así: acto es un término general, hágase con palabras o de hecho, como la estipulación y el pago de dinero; contrato es la obligación recíproca, que los Griegos llaman *synallagma*, como la compraventa, la locación-conducción (o arrendamiento), la sociedad; *gestum* (o gestión) quiere decir lo que se hace sin declaración de palabras. (*Ulp. 11 ed.*)" ¹⁵⁹

Para explicar estos supuestos d'Ors dice que "...Labeón distingue los términos *actus, gestum, contractus*. Si *actus* es un término general, equivalente a cualquier declaración de voluntad, manifestada *sive verbis sive re*, y el *gestum* es la declaración *sine verbis*, el *contractus* se refiere a la *obligatio ultro citroque*, lo que los Griegos, dice el texto, llaman '*synallagma*'. Sólo que este texto, sobre todo por su alusión al *synallagma* griego, ha sido gravemente desautorizado por la crítica. Debe advertirse, sin embargo, que no tenemos datos seguros para afirmar que ese concepto del contrato como fuente de obligaciones recíprocas no pudiera ser auténtico de Labeón y de los clásicos en general." ¹⁶⁰

Del texto de Labeón se desprenden dos aspectos muy importantes el primero es identificar tres fuentes de obligaciones distintas, ya considerado en un subtema de este capítulo y el segundo su concepto de contrato, al respecto dice d'Ors: "...la defición de *contractus* (o de lo *contractum*) que nos da Ulpiano en D.50.16.19, tomada de Labeón, es una pieza de escándalo para cuantos admiten que los juristas romanos de época clásica tenían una noción de

¹⁵⁸ *Corpus Iuris Civilis. Op. Cit.*, pág.909.

¹⁵⁹ D'ORS, Álvaro. et al., *El Digesto de Justiniano, versión castellana (tomo III)*, *Op.Cit.*, pág.

¹⁶⁰ D'ORS, Álvaro, "*Creditum y contractus*", *Op. Cit.*, pág. 202.

‘contrato’ aproximadamente tan amplia como la que tenemos hoy, a consecuencia de la tradición gayano-justiniana del concepto: en efecto, Labeón nos define allí el contrato como la *ultra citroque obligatio*, lo que sólo cabe entender como obligación recíproca...”¹⁶¹

En el apartado anterior se profundizó en los conceptos y términos relacionados con el *creditum*, en este subtema hay que considerar el término que se le contrapone que es *contractus*.

Para precisar el concepto del *contractus* “...lo más razonable es acudir a los testimonios más antiguos, que son:

Primero.- “Servio Sulpicio Rufo (Gelio 4.4.2 presenta la palabra por primera vez en la historia del Latín, y referida a los sponsales, que se configuran como *contractus sponsionum stipulationumque*. Esto significa bilateralidad funcional, aunque sea todavía en la forma de estipulaciones recíprocas. El interés de este testimonio para el problema del origen de los contratos de buena fe (únicos verdaderos ‘contratos’), no necesita ser subrayado.”¹⁶²

Segundo.- “Labeón (D.50.16.19): define el *contractus* como *ultra citroque obligari*. El padre de Labeón había sido discípulo de Servio; pero hay una diferencia entre este *contractus* y el citado de Servio, pues aquí se trata ya de verdaderos contratos y no de estipulaciones recíprocas...”¹⁶³

Tercero.- “Aristón (D.2.14.7.2): seguidor de Labeón, persiste en la idea de la bilateralidad, pero aun la lleva más allá que Labeón, pues cree que se pueden contractualizar algunos supuestos de *dationes ob rem*, mediante la extensión de una acción contractual, civil, probablemente con alguna modificación en la fórmula (*praescriptis verbis agere*, en su germen clásico)...”¹⁶⁴

En relación con este texto de Ariston, d’Ors enuncia: “Precisamente la noción de ‘sinalagmático’ con que caracterizamos los contratos recíprocos tiene su origen en el reconocimiento de la bilateralidad de los contratos innominados, a propósito de los cuales Aristón (según la referencia de Ulp., 4 ad ed. D 2.14.7.2) utilizaba ese término griego:...de *di ut aliquid facias: hoc synallagma*

¹⁶¹ D’ORS, Álvaro, “Réplicas Panormitanas I, De nuevo sobre ‘*Creditum*’ (Réplicas a la crítica de Albanese)”, pág. 18.

¹⁶² D’ORS, Álvaro, “G. Grosso: Il sistema romano dei contratti”, en *Rivista Intenazionale di Diritto Romano e Antico*, Editore Jovene, Nápoles, Italia, Volumen XV, 1964, pág. 392.

¹⁶³ *Idem.*

¹⁶⁴ *Idem.*

*esse...dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas...esse enim contractum quod Aristo synallagma dicit...*¹⁶⁵

Además hay que considerar que en "...los dos únicos textos de la Jurisprudencia clásica en que aparece la palabra *synallagma*, ésta se relaciona con la idea de reciprocidad."¹⁶⁶

Concluye el jurista español mencionado lo siguiente: "Así, pues, no sólo el *synallagma* es compatible con la *ultra citroque obligatio*, sino que es su esquema característico, el que permite la contractualización de negocios atípicos que no cuadraban exactamente en el esquema de la compraventa, pero que eran similares a ella..."¹⁶⁷

Cuarto.- "Pedio (D.2.14.1.3): afirma 'elegantemente' (lo que no quiere decir 'singularmente') que, no sólo los contratos, sino todas las *obligationes* contienen un acuerdo. Que la idea de la convencionalidad se relaciona con la de la bilateralidad es claro; pero no coincide, pues es más amplia. Lo que, en mi opinión, resulta más interesante de este texto es que, como sin duda hacía Pedio, se distingue *contractus* de *obligatio* (*nullum esse contractum, nullam obligationem quae non habeat in se conventionem*), y que se añada; *sive re sive verbis fiat, nam et stipulatio...*, es decir, sin aludir a los contratos consensuales. Lo entiendo así: los contratos consensuales son ya los *contractus*, la *obligatio* no-contractual puede ser *re* o *verbis*..."¹⁶⁸

Aunque no se refiere al significado de la palabra *contractus* resulta conviene mencionar el texto del Digesto ya citado en esta tesis D.2.13.6.3 ya que es necesario porque distingue entre cantidades debidas recíprocamente por los contratantes (*ultra citro dandi accipiendi*) y las cantidades debidas unilateralmente a causa de préstamo. Respecto a este texto d'Ors aclarar: "...los banqueros intervenían muy frecuentemente en los contrato de compraventa, y que las relaciones correspondientes entraban en sus *rationes*. Dentro del carácter abstracto que tenían todas las relaciones pecuniarias del banquero, éstas que procedían de contratos que se solían celebrar con su intervención debían de aparecer referidas a la causa contractual que las

165 D'ORS, Álvaro, "Réplicas Panormitanas I, De nuevo sobre 'Creditem' (Réplicas a la crítica de Albanese)", *Op.Cit.*, pág. 23.

166 *Ibidem*, pág. 23 y 24.

167 *Ibidem*, pág. 24.

168 D'ORS, Álvaro, "G. Grosso: Il sistema romano dei contratti", *Op.Cit.*, págs. 392 y 393.

determinaba, y de ahí que se pudiera hablar de relaciones ‘contractuales’ registradas en la *rationes* bancarias. A ellas me parece que podía referirse Labeón al hablar de un ‘dar y recibir recíprocamente’, y si esto es así, la relación entre los dos textos, del mismo libro de Labeón, de obligaciones *ultra citro* me parece bastante admisibles.”¹⁶⁹

“Estas obligaciones verdaderamente contractuales serían las designadas en primer lugar (*ultra citro dandi accipiendi*). Luego, parece indiscutible que la *causa credendi* no podía referirse más que a las cantidades dadas en préstamos por el banquero (sea por *datio mutui*, sea por *delegatio*)...”¹⁷⁰

D’Ors menciona que esta bilateralidad que caracteriza a los contratos surge por la aparición en Roma de la fuerza vinculante del juramento como acto secularizado lo que permitió la obligación en virtud de promesa y todo el ulterior desarrollo del sistema de reciprocidad contractual.¹⁷¹

Es conveniente hacer mención de las características principales que diferencian a la bilateralidad de la unilateralidad, como se menciona a continuación:

- a). La confianza: “Cuando la obligación es unilateral solo una parte confía en la otra, y cuando es bilateral ambas confían entre sí ...”¹⁷²
- b). Responsabilidad de las partes: “...cuando la obligación es unilateral, el incumplimiento se plantea solo como responsabilidad de una parte, pero cuando la obligación es recíproca, el incumplimiento de una obligación tiene que examinarse como posible responsabilidad de ambas partes...”¹⁷³

“Reciprocidad, responsabilidad por culpa, *bona fides* son ideas conexas...Y, sin embargo, también en el *creditum* se habla de *fides*, y se equipara *credere* a *fidem sequi*...La *fides* es siempre unilateral; el adjetivo *bona*, al agregarse a *fides*, tiene el efecto específico de hacerla recíproca. De este modo, la *fides* es a las relaciones unilaterales del *creditum* lo que la *bona fides* es a las relaciones sinalagmáticas del *contractus*.”¹⁷⁴

¹⁶⁹ D’ORS, Álvaro, “Réplicas Panormitanas I, De nuevo sobre ‘*Creditum*’ (Réplicas a la crítica de Albanese)”, *Op.Cit.*, págs. 30 y 31.

¹⁷⁰ *Ibidem*, pág. 31.

¹⁷¹ D’ORS, Álvaro, “*Creditum*”, *Op.Cit.*, pág. 352.

¹⁷² ADAME GODDARD, Jorge, Esbozo de una nueva teoría del contrato, *Op.Cit.*, pág. 8.

¹⁷³ *Idem*.

¹⁷⁴ D’ORS, Álvaro, “*Creditum* y *contractus*”, *Op.Cit.*, pág. 206.

c). La causa: “La necesidad de distinguir las fuentes es de sentido común. Cuando alguien declara su voluntad de obligarse con otro, es evidente que lo hace por alguna causa...”¹⁷⁵

“Cuando se trata de una obligación unilateral, la causa es algo distinto del convenio obligacional y de la obligación misma, y puede ser, entre otras, la existencia de una deuda previa, el haber recibido o la esperanza de recibir algo, o incluso la mera voluntad de donar. El contenido y la validez de la obligación dependen de la causa de la misma... En las obligaciones unilaterales se debe en consecuencia considerar una causa externa a ellas, y por eso conviene distinguir las según sea su causa.”¹⁷⁶

“En las obligaciones bilaterales, en cambio, la causa no es algo distinto de la misma obligación recíproca. La causa de la obligación de una parte es la obligación de la otra, y viceversa... Lógicamente, el contenido y validez de estas obligaciones depende de ellas mismas y no hace falta acudir a la consideración o prueba de una causa ajena a ellas.”¹⁷⁷

d). Acciones distintas para exigir el cumplimiento.

Antes de comenzar con la sucesiva consideración sobre la teoría del crédito conviene concluir con la siguiente reflexión de Álvaro d’Ors: “...La fuerza de la escolástica y artificiosa cuatripartición ganaya de los contratos tuvo por consecuencia el hacer olvidar la radical distinción entre el *creditum* y el *contractus*...”¹⁷⁸

En relación con las acciones destaca d’Ors: “No sólo el Edicto, sino el mismo *ius civile* de la jurisprudencia clásica se presenta como un sistema de acciones posibles.”¹⁷⁹

Partiendo de esta concepción mencionada anteriormente, d’Ors dice “En efecto, si todo el derecho romano debe ser concebido como sistema de acciones, el estudio del Edicto, y concretamente de la contraposición entre el edicto XVII, de las acciones crediticias, y el XIX, de las acciones contractuales

¹⁷⁵ ADAME GODDARD, Jorge. Esbozo de una teoría del contrato, *Op.Cit.*, pág. 8.

¹⁷⁶ *Idem.*

¹⁷⁷ *Ibidem*, pág. 9.

¹⁷⁸ D’ORS, Álvaro, “Cretidum y contractus”, *Op.Cit.*, pág. 207.

¹⁷⁹ D’ORS, Álvaro, “Réplicas Panormitanas II. El contractus según Labeón. (A propósito de una crítica de Albanese)”, Revista Chilena de Estudios Histórico-Jurídicos, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, Chile, Volumen 1, 1976, pág. 17.

de buena fe, debe ser acometido desde el punto de vista de la acción, es decir, de la fórmula procesal.”¹⁸⁰

Por todo lo anterior se puede percibir que había acciones específicas para los negocios crediticios y otras para los contratos, es decir, como lo dice Jorge Adame: “Las acciones que surgían de los negocios contemplados en uno y otro título eran diferentes, lo que implicaba un régimen jurídico propio para las obligaciones unilaterales previstas en el título XVII (sancionadas por las llamadas acciones “de derecho estricto”) y otro distinto y propio de los contratos y negocios asimilados previstos en el título XIX (sancionados por las acciones “de buena fe”).”¹⁸¹

Tal es la importancia que da d’Ors a esta diferencia proveniente del Edicto que llega a considerarla la clave de su teoría “La clave de toda la teoría está en la distinción entre las acciones (no negocios) contractuales del edicto XIX, acciones de buena fe que corresponden bien al concepto labeoniano de ‘*contratus*’, y, por otro lado, las acciones personales de derecho estricto, las del edicto XVII ‘*de rebus creditis*’, en especial, la *condictio*, la cual es aquella misma *actio certi* que puede surgir de la estipulación y negocios asimilados a ella, diferenciada a su vez de la *actio incerti* que solemos llamar *ex stipulatu...*”¹⁸²

Una vez analizado el texto Laboneano y el Edicto en relación con la teoría formulada por d’Ors, conviene mencionar cual es el aporte de los mismos, primero respecto a los contratos se considera que: “...todos los contratos son de buena fe, y, en segundo lugar, que todos los contratos, como queda dicho, son bilaterales. Buena fe y bilateralidad son ideas correlativas...lo que en todos los casos domina la relación contractual es la posibilidad de liquidar compensatoriamente las recíprocas pretensiones de los dos contratantes, según el criterio de la buena fe equitativa...el grado de responsabilidad contractual quede matizado según los casos, tampoco importa; se tratará siempre de gradaciones sobre el concepto fundamental de la *culpa*, que es totalmente extraño a las relaciones crediticias, incluso a aquellas relaciones

¹⁸⁰ D’ORS, Álvaro. “Réplicas Panormitanas I, De nuevo sobre ‘*Creditum*’ (Réplicas a la crítica de Albanese)”, *Op.Cit.*, págs. 17 y 18.

¹⁸¹ ADAME GODDARD, Jorge, *Esbozo de una nueva teoría del contrato*, *Op.Cit.*, pág. 6.

¹⁸² D’ORS, Álvaro. “Réplicas Panormitanas I, De nuevo sobre ‘*Creditum*’ (Réplicas a la crítica de Albanese)”, *Op.Cit.*, pág. 207.

cuasi-credicias de comodato y de la prenda, para las que se exige al único deudor una responsabilidad objetiva por *custodia...*”¹⁸³

Respecto de los créditos o préstamos se puede concluir que son unilaterales, es decir generan obligaciones para una sola de las partes, además las acciones que se generan de los mismos se caracterizan por ser de *stricti iuris*.

Una vez expuesta la diferencia que presentaba el Edicto en relación con las acciones de buena fe y la *condictio* hay que considerar individualmente a la *condictio* que como dice d’Ors: “El estudio de la *condictio*, base primordial para una reconstrucción de la teoría romana del *credutum...*”¹⁸⁴

Conviene estudiar la *condictio* ya que “...resulta necesaria tal determinación para ver con claridad todo lo que quedaba excluido del campo del *credutum...*”¹⁸⁵

Hay que precisar que “Las *dationes* que pueden dar lugar a una *condictio* son de cuatro tipos: I) la *datio mutui*, II) la *datio ob rem*, III) la *datio ob causam*, IV) y la que llamamos *datio “ex eventu”*, según se trate de I) un préstamo, II / III) de una dación destinada un fin (*ob rem*) o dependiente de una causa (*ob causam*), fallados cuyos fin o causa remota procede la repetición por la *condictio*, o finalmente, IV) de un dación que resulta de un hecho posterior, pero inicialmente no prevista.”¹⁸⁶

Pero hay que mencionar “...La *condictio* es siempre la misma, referida siempre a un *certum dare oportere* abstracto; lo mismo da que se dirija contra un mutuario, que contra un promitente estipulatorio, que contra un *accipiens ob rem*, que contra un *accipiens indebiti*, que incluso contra un *fur*, se trata siempre de personas que retienen algo *sine causa*, algo que, por el motivo que sea, no puede ser reivindicado. Si la *reivindicatio* es la acción de quien perdió la posesión contra el que la retiene sin causa, la *condictio* es una acción de quien perdió la propiedad –o la da por perdida- contra el que la retiene sin causa.”¹⁸⁷

¹⁸³ D’ORS, Álvaro, “*Credutum y contractus*”, *Op.Cit.*, pág. 206.

¹⁸⁴ D’ORS, Álvaro, “Observaciones sobre el *Edictum de Rebus Creditis*”, *Op.Cit.*, pág. 134.

¹⁸⁵ *Ibidem*, pág. 135.

¹⁸⁶ D’ORS, Álvaro, “Réplicas Panormitanas IV. Sobre la supuesta *condictio sin datio*”, *Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico*, Editore Jovene, Nápoles, Italia, Volumen XXV, 1974, pág. 2.

¹⁸⁷ D’ORS, Álvaro, “*Credutum y contractus*”, *Op.Cit.*, pág. 195.

También es necesario decir que “La romanística parece admitir, y con razón, que la *actio certae pecuniae* no es una acción distinta de la *condictio*, y que este último nombre se refiere al carácter procesal de la fórmula personal, abstracta y con *intentio* cierta, distinta del *oportere ex fide bona*, en tanto el otro nombre se refiere al contenido y función material de ese tipo de *petitio*...”¹⁸⁸

Un problema que ha aquejado a la *condictio* es la fragmentación que de ella hicieron los postclásicos “La *condictio* fue una acción general para repetir, en determinados supuestos, una *certa res*, pero los post-clásicos, a la vez que la dividieron en distinta *condictiones* calificadas por sus causa, la generalizaron a todo de acciones *in personam*; aquello es tan contrario al carácter abstracto de la *condictio* clásica esto a la certeza de su *intentio*”¹⁸⁹

Al respecto d’Ors es tajante al decir “...Esta se nos presenta como una acción única, siempre la misma, sea cual sea el supuesto de hecho en que se funde, siempre una *actio certae creditae pecuniae*...”¹⁹⁰

Reitera d’Ors “...La *condictio* es siempre la misma; las clasificaciones causales que hacia la jurisprudencia en su tratamiento casuístico ha servido a los post-clásicos para individuar varias *condictiones* tipificadas. Por tanto, si todos los supuestos sancionados por la *condictio* entraran en el *edictum de rebus credits* y la *condictio* es siempre la misma y única acción, creo que debemos admitir que la acción crediticia, la *actio certae creditae pecuniae*, se debe indentificar con esa *condictio* general.”¹⁹¹

Además agrega que si los postclásicos fueran consecuentes “...tendríamos que admitir tantas *condictiones* distintas como pueden ser los objetos reclamables, *condictio tritici, servi, vini, aedium, vasorum, etc.*”¹⁹²

Una vez estudiada la importancia de la *condictio*, es necesario recordar que d’Ors al realizar su recuento sobre la realización de la teoría del crédito menciona que esta sirve para aclarar algunos casos especiales de la *condictio* como en el supuesto de la *condictio ex causa furtiva*.

La *condictio ex causa furtiva* se caracteriza por excepción por corresponder al propietario “...una formulación poco exacta. No quiero decir que el *furtum* sea

¹⁸⁸ D’ORS, Álvaro, “Observaciones sobre el *Edictum de Rebus Creditis*”, *Op.Cit.*, pág. 137

¹⁸⁹ *Ibidem*, pág. 163.

¹⁹⁰ *Ibidem*, pág. 176.

¹⁹¹ *Ibidem*, pág. 138.

¹⁹² *Ibidem*, pág. 164.

un modo de adquirir la propiedad (y no olvido que las *res furtivae* no se pueden usucapir), pero si que la *condictio* se entabla cuando de por imposible la *reivindicatio*. Si, después de entablada la *condictio*, la cosa hurtada aparece, la *reivindicatio* ya no es posible, pues las acciones reipersecutorias no son acumulables. Así, una vez entablada la *litis contestatio*, no resulta absurdo decir que el ladrón debe *dare*, pues retiene *sine causa* un objeto cuya propiedad ha perdido (no por el hurto, sino por la renuncia a la *reivindicatio*) el hurtado. Como el acto ilícito no queda cancelado por el hecho de esa renuncia a la *reivindicatio*, la falta de *causa retinendi* subsiste y funda la *condictio*...¹⁹³

Al respecto de este supuesto hay que aclarar "...Frente a la *reivindicatio*, acción destinada a reclamar bienes no fungibles, sobre los que es posible la identificación individual que permite afirmar '*hoc deum esse aio*', la *condictio* sirve para reclamar originariamente cantidades ciertas de bienes fungibles, sobre los que no cabe una identificación individuada, respecto a los cuales, en cambio, es fácil una liquidación dineraria, *in pecunia numerata*..."¹⁹⁴

Hasta esta instancia se ha precisado primero la diferencia entre *credita* y *contractus*, la trascendencia de la separación de las acciones crediticias de las contractuales en el *Edictum*, la importancia de la *condictio* para la teoría del crédito, ha todos estos elementos hay que agregar y con ello destacar que la obligación de los negocios crediticios nace de la retención indebida de la cosa al respecto de la retención d'Ors menciona lo siguiente: "...rasgo común el de una falta de causa para retener una propiedad adquirida pues lo que justifica la *condictio*, incluso en el supuesto de mutuo, no es tanto un negocio convencional básico cuanto el hecho de carecer el adquirente de una causa para retener la propiedad recibida del demandante..."¹⁹⁵

Como se aprecia en el contenido del anterior texto la *condictio* no se funda en el convenio previo sino en la retención sin causa; incluso d'Ors nos dice que esta retención se puede equipar con la de un ladrón: "...El prestatario que no devuelve lo prestado (*aes alienum*), en una concepción primitiva, puede equipararse a un ladrón que no devuelve lo hurtado..."¹⁹⁶

¹⁹³ D'ORS, Álvaro, "Observaciones sobre el *Edictum de Rebus Creditis*", *Op.Cit.*, pág. 151

¹⁹⁴ D'ORS, Álvaro, "*Credita* y *contractus*", *Op.Cit.*, págs. 199 y 200.

¹⁹⁵ D'ORS, Álvaro, "*Credita*", *Op.Cit.*, pág. 353.

¹⁹⁶ *Idem*.

Para complementar lo dicho debemos percatarnos de que: “La *condictio* tiene como causa una *datio*. En efecto, todas las *dationes*, es decir, los actos que directa o indirectamente producen la adquisición de la propiedad a favor de otros, pueden fundar una *condictio* cuando esa propiedad adquirida es retenida sin causa. No es la idea de enriquecimiento lo que guía aquí a los clásicos –la *locupletatio* es bizantina-, sino simplemente la falta de causa en la retención.”¹⁹⁷

Una vez expuesto lo anterior acerca de la teoría del crédito hay que considerar las siguientes conclusiones sobre la misma, las cuales se exponen a continuación: la importancia del texto de Labeón D.50.16.19 junto con el apoyo de algunos otros textos del Digesto donde se identifica al contrato con las obligaciones recíprocas en contraposición con el *creditum* donde surge una obligación unilateral.

Respecto a una segunda consideración hay que destacar el contenido del Edicto en donde en dos títulos por separado aparecen la *condictio* y acciones similares a la *condictio* y por otro lado las acciones de buena fe. Existe una separación esencial, claramente marcada por la colocación edictal distanciada (ed. XVII y XIX).

También es importante destacar la importancia del nacimiento de la obligación que en los negocios crediticios nace de la retención indebida de la cosa.

Como consecuencia de las dos consideraciones anteriores debemos como dice d’Ors descartar: “...la obligación crediticia es, en la época clásica, una obligación de *dare* un *certum* (incluso una *res certa* individualmente), que puede nacer de una *datio*, de una *stipulatio* o de una *expensilatio*, y está sancionada por la *condictio*, esto es, una acción de derecho estricto y perfectamente unilateral...La falta de bilateralidad, la falta de reciprocidad en la relación obligatoria es, así, un rasgo esencial del *creditum*.”¹⁹⁸

Es conveniente exponer la siguiente precisión de d’Ors: “Si es aceptada esta contraposición que mantenemos, con las debidas rectificaciones de detalle, es claro que debemos abandonar de una vez el esquema gajo-justiniano de la

¹⁹⁷ D’ORS, Alvaro. Los precedentes clásicos de la llamada ‘Condictio Possessionis’, en Anuario de Historia del Derecho Español, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, Tomo XXXI, pág. 632.

¹⁹⁸ D’ORS, Álvaro, “Credidum y contractus”, Op.Cit., págs. 201 y 202.

clasificación de las obligaciones. Pero esto no sería más que reconocer, para el derecho clásico, la mayor importancia del Edicto y de los grandes juristas como Labeón, frente a las simplificaciones escolásticas de un Gayo, el descubrimiento de cuyas *Institutiones* ha producido en la romanística moderna un deslumbramiento parecido al que produjo el descubrimiento del antiguo desconocido autor provincial en al decadencia jurídica del siglo IV.”¹⁹⁹

Para terminar este apartado cito a Álvaro D’Ors: “...deseo hacer una llamada de atención sobre las necesidades de volver a la distinción clásica entre negocios crediticios y negocios contractuales, distinción sin la cual el sistema romano clásico de las obligaciones ha de quedar incomprendido, pero que presenta además un nuevo punto de vista para una recta consideración de las transformaciones del Derecho civil de nuestros días.”²⁰⁰

3.6.- EL MUTUO EN LA TEORÍA DEL CRÉDITO, EL MUTUO COMO NEGOCIO CREDITICIO.

Para aceptar al mutuo como un negocio crediticio es conveniente analizarlo a través de su naturaleza, concepto, características y distintos elementos que lo conforman, además resulta conveniente realizar una comparación del mutuo con otro préstamo como es el comodato y también realizar una comparación del mutuo con el contrato por excelencia, es decir, la compraventa.

3.6.1.- NATURALEZA Y CONCEPTO DEL MUTUO.

Concepto de mutuo de Álvaro d’Ors: “El mutuo, o préstamo de consumo, es el prototipo de los negocios crediticios. Consiste en la dación de una cantidad (*pecunia mutua*) por parte de un mutuante a un mutuario, el cual debe restituir una cantidad igual del mismo género recibido. Lo realmente prestado es la cantidad, es decir, el valor de la misma...”²⁰¹

Concepto de mutuo de Jorge Adame: “El mutuo, o préstamo de consumo, consiste en la dación de una cantidad de cosa genérica, hecha por el mutuante a favor del mutuario, que debe devolver una cantidad igual del mismo género.

¹⁹⁹ D’ORS, Álvaro, “Réplicas Panormitanas I, De nuevo sobre ‘*Creditum*’ (Réplicas a la crítica de Albanese)”, *Op.Cit.*, pág. 242.

²⁰⁰ D’ORS, Álvaro, “*Creditum y contractus*”, *Op.Cit.*, pág. 207.

²⁰¹ D’ORS, Alvaro. Derecho Privado Romano, *Op. Cit.*, pág. 446.

Ordinariamente el mutuo versa sobre una cantidad de dinero, pero puede ser una cantidad de cualquier otro género, como granos, aceite, etc.”²⁰²

Los elementos que hay que destacar en relación a la teoría del crédito de las definiciones anteriores son los siguientes:

Primero.- El mutuo es un préstamo de consumo

El mutuo es un préstamo, como ya se menciona el préstamo “...sirve para abarcar los negocios crediticio...alude, en todo caso a la repetibilidad de una cosa dejada a otro...”²⁰³

La característica de la repetibilidad la encontramos en la naturaleza del mutuo en la obligación que tiene el mutuuario de restituir lo prestado.

Se considera que el mutuo es un préstamo de consumo pues trasmite la propiedad, “Todos los préstamos civiles, sancionados por la *condictio*, suponen una entrega en propiedad o ‘dación’ (*datio*)...”²⁰⁴

Segundo.-Prototipo de los negocios crediticios.

Es conveniente explicar el por qué se considera al mutuo como el prototipo de los negocios crediticios, primero hay que precisar que: “...*Credere* en el sentido más estricto se refiere al mutuo...”²⁰⁵

Además como lo menciona d’Ors el mutuo es el prototipo de las daciones crediticias, como se cita a continuación: “...El prototipo de estas *dationes* crediticias es la *mutui datio*, préstamo de consumo de cosas fúngibles...”²⁰⁶

Es muy importante mencionar lo dicho por Paulo quien considera al mutuo como un crédito, lo anterior lo menciona d’Ors: “Otra prueba suficiente de lo que decimos, nos da Paulo en su comentario correspondiente, cuando nos aclara que el mutuo no es más que una especie de *creditum* (D.12.1.2.3)...”²⁰⁷

D.12.1.2.3 “*Creditum ergo a mutuo differt qua genus a specie: nam creditum consisit extra eas res, quae pondere numero mensura continentur sic, ut, si eandem rem receptruri sumus, creditum est. Item mutuuum non potest esse nisi*

²⁰² ADAME GODDARD, Jorge. Curso de derecho romano clásico II (Sucesiones, liberalidades y obligaciones), *Op.Cit*, pág. 82.

²⁰³ D’ORS, Alvaro. Derecho Privado Romano, *Op. Cit.*, pág. 439.

²⁰⁴ ADAME GODDARD, Jorge. Curso de derecho romano clásico II (Sucesiones, liberalidades y obligaciones), *Op.Cit*, pág. 78.

²⁰⁵ D’ORS, Álvaro. “*Creditum*”, *Op.Cit.*, pág. 354.

²⁰⁶ *Ibidem*, pág. 352.

²⁰⁷ D’ORS, Álvaro. “Réplicas Panormitanas I, De nuevo sobre ‘*Creditum*’ (Réplicas a la crítica de Albanese)”, *Op.Cit.*, pág. 214.

proficiscatur pecunia, creditum autem interdum etiam si nihil pronciscatur, veluti si post nuptias dos promittatur.”²⁰⁸

“En consecuencia, el préstamo se distingue del mutuo como lo general de lo especial, pues el préstamo tiene por objeto también aquellas cosas que no constan por peso, número o medida; de manera que, si hemos de recuperar la misma cosa, hay préstamo. Asimismo, no puede haber mutuo si no se traspasa una cantidad, en tanto a veces hay préstamo aunque nada se traspase; por ejemplo, si se promete ‘la restitución de’ la dote después de ‘disolverse’ el matrimonio (Paul.28 ed.)”²⁰⁹

Es de suma trascendencia descartar la idea de que el crédito abarco negocios contractuales como lo enuncia d’Ors“...La idea que parece persistir en otros autores reciente –de que ‘en un principio’ *credere* abarcaba otros negocios (incluso contractuales) además del mutuo, es un mito; quizá inventado para explicar la ampliación conceptual que se quiere dar después al término...”²¹⁰

Aunque hay muchos negocios que comparten con el mutuo la característica de ser préstamo, al respecto dice d’Ors: “...El comodato y la prenda, donde podía introducirse una consideración de la bilateralidad, entraron plenamente en el sistema contractual dominado por los criterios de la buena fe, en tanto el mutuo se mantuvo distinguido como contrato ‘unilateral’...”²¹¹

Tercero.- La dación de cosa genérica del mutuante al mutuario (*pecunia mutua*) y la consecuente obligación del mutuario de restituir una cantidad igual del mismo género.

Como se enuncio con anterioridad uno de los pilares fundamentales de la Teoría del Crédito es la Unilateralidad, perceptible claramente en la obligación que tiene el mutuario de restituir lo prestado, al respeto hay que considerar que la trasmisión de la propiedad al mutuario no es definitiva: “...efecto traslativo, pero no definitivo, ya que la *datio* en este supuesto implica ciertamente una *obligatio* de *dare* en restitución: se trata así de un préstamo que, al mismo tiempo de dar la disponibilidad de lo prestado, obliga al *accipiens* a restituir.”²¹²

²⁰⁸ *Corpus Iuris Civilis, Op. Cit.*, pág.191.

²⁰⁹ D’ORS, Álvaro. *et al.*, *El Digesto de Justiniano, versión castellana (tomo I)*, *Op.Cit.*, pág.467.

²¹⁰ D’ORS, Álvaro. “Réplicas Panormitanas I, De nuevo sobre ‘*Creditum*’ (Réplicas a la crítica de Albanese)”, *Op.Cit.*, pág. 212.

²¹¹ D’ORS, Álvaro, “*Creditum*”, *Op.Cit.*, págs. 363 y 364.

²¹² *Ibidem*, pág. 347.

Por lo anterior se considera que lo prestado es dinero ajeno (u otro bien genérico ajeno) al respecto manifiesta Alvaro d'Ors en su libro de Elementos de Derecho Privado Romano: "...la identidad de las cosas fungibles está en la cantidad y no en la especie. Por ello puede decirse que el prestatario de consumo debe restituir 'lo mismo' que recibió, y la cantidad de dinero prestada aparece como *aes alienum*..."²¹³

Es muy importante considerar la unilateralidad de la obligación ya que es propia de la naturaleza del mutuo, incluso se demuestra antes de que se origine el mutuo, así lo expresa Álvaro d'Ors: "...En efecto, el mutuo es un negocio hecho a iniciativa del mutuario, que necesita el dinero..."²¹⁴

Para continuar con esta consideración del mutuo caracterizado por una obligación unilateral hay que hacer mención de nueva cuenta de las características principales que diferencian a la bilateralidad de la unilateralidad, como se mencionan enseguida:

La confianza: "Cuando la obligación es unilateral solo una parte confía en la otra, y cuando es bilateral ambas confían entre sí..."²¹⁵

En el mutuo el mutuante confía en que el mutuario restituirá lo prestado, "...El mutuo supone la confianza del que da en el que recibe (*fidem alicuius sequi*): el mutuante se desprende de una cantidad a cambio de un 'nombre' de deudor (*nomen*), cuya solvencia acepta (*nomen agnoscere*) o se hace garantizar por prendas o fiadores..."²¹⁶

Responsabilidad: cuando la obligación es unilateral: "...el incumplimiento se plantea solo como responsabilidad de una parte..."²¹⁷

En el mutuo la responsabilidad recae en una de las partes. "La responsabilidad del deudor es, en principio, total. Esto se explica teniendo en cuenta que las relaciones crediticias son primeramente de objeto pecuniario, es decir, de géneros, que 'no perecen'..."²¹⁸

La causa: "Cuando se trata de una obligación unilateral, la causa es algo distinto del convenio obligacional y de la obligación misma, y puede ser, entre otras, la existencia de una deuda previa, el haber recibido o la esperanza de

²¹³ D'ORS, Alvaro. *Elementos de Derecho Privado Romano*, Op. Cit., pág. 283.

²¹⁴ D'ORS, Álvaro, "*Creditum*", Op.Cit., págs.355.

²¹⁵ ADAME GODDARD, Jorge, *Esbozo de una nueva teoría del contrato*, Op.Cit., pág. 8.

²¹⁶ D'ORS, Álvaro, "*Creditum*", Op.Cit., pág. 353.

²¹⁷ ADAME GODDARD, Jorge, *Esbozo de una nueva teoría del contrato*, Op.Cit., pág. 8.

²¹⁸ D'ORS, Álvaro, "*Creditum*", Op.Cit., pág. 360.

recibir algo, o incluso la mera voluntad de donar. El contenido y la validez de la obligación dependen de la causa de la misma... En las obligaciones unilaterales se debe en consecuencia considerar una causa externa a ellas, y por eso conviene distinguir las según sea su causa.”²¹⁹

Al respecto de la causa es conveniente mencionar lo dicho por Cerami: “Un último progreso sería el de Aristón D.2.14.7.2, en el cual habría considerado *contractus* aquellos negocios convencionales que engendraban una acción (aunque no tuvieran un nombre conocido), siempre que una de las dos partes tuviera ‘causa’ para reclamar la contraprestación.”²²⁰

Acción para reclamar el cumplimiento del mutuo: *Condictio*. Como ya se mencionó Adame refiere lo siguiente “mientras que en las acciones o juicios de derecho estricto, la acción la tiene sólo una de las partes, en los juicios de buena fe, cada parte tiene acción, por lo que cualquiera de ellas puede iniciar el juicio...”²²¹

En el mutuo, el mutuante es el único que cuenta con acción para demandar al mutuario la retención indebida de la cosa.

3.6.2.- CARACTERÍSTICA Y DISTINTOS ELEMENTOS DEL MUTUO.

El mutuo cuenta con elementos diversos que demuestran su particularidad y nos ayudan a percatarnos de lo distinto que es de los contratos.

El mutuo es un negocio de naturaleza gratuita: “Por este préstamo, ni el mutuante ni el mutuario se enriquecen o empobrecen. El mutuante deja de tener la cantidad prestada, pero adquiere a su favor el crédito de cobrarla; y el mutuario obtiene la ventaja de tener la cantidad, pero tiene la obligación de devolverla. Como ninguna de las partes se enriquece, se afirma que el mutuo no es un negocio lucrativo. Pero además, como el mutuario no tiene que pagar algo por tener la ventaja de disponer de la cantidad recibida, se afirma que el mutuo es un negocio gratuito.”²²²

²¹⁹ ADAME GODDARD, Jorge, *Esbozo de una nueva teoría del contrato*, *Op.Cit.*, pág. 8.

²²⁰ D’ORS, Álvaro, “Replicas Panormitanas III. Convenciones y *contractus*”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, Tomo XLVI, 1976 pág. 126.

²²¹ ADAME GODDARD, Jorge. Curso de derecho romano clásico II (Sucesiones, liberalidades y obligaciones), *Op.Cit.*, pág. 124.

²²² *Ibidem*, pág. 82.

D'Ors nos dice que realmente el acreedor no se desprende de lo que es suyo, sino que tan solo lo convierte en crédito (*nomen*) lo que antes era una *res tangible*.²²³

Hay que destacar la naturaleza gratuita del mutuo, y en relación con las diferencias que hay entre el mutuo y los contratos Ulpiano menciona lo siguiente en D.44.7.25.1: "...*Ex contractu actio est, quoties quis sui lucri causa...*" "...La acción es de contrato siempre que uno contrata con otro por alguna ganancia que espera obtener..."²²⁴

Conviene enunciar otra característica del mutuo que es que puede pactarse con intereses, "como ya fue mencionado, el mutuo es un negocio gratuito, donde el mutuario no obtiene un lucro, porque debe lo que tiene y su patrimonio no aumenta por el mutuo mismo, pero supone, sin embargo, una ventaja, por cuanto el uso del dinero, que puede producir un aumento en el patrimonio del mutuario. Por lo anterior es natural que quien presta dinero reciba el 'precio del uso' que cede o *usura*, pero la *mutuo datio* misma, por el carácter estricto de la *condictio*, no permite aumentar la deuda con las *usurae* o intereses simplemente pactados. Si el que presta quiere hacer exigibles aquellos intereses, debe acudir a formalizar el mutuo con una *stipulatio*."²²⁵

La *stipulatio* nos dice d'Ors: "se remota de una forma u otra a la promesa jurada, y se erige en el sistema de obligaciones romanas como una figura central, no como negocio típico que no es, sino como forma general de obligarse, susceptible de cualquier contenido. Cuando la estipulación tiene por objeto una *certa pecunia* o *certa res*, constituye una obligación crediticia, exigible por la *actio certae creditae pecuniae*."²²⁶

Esto quiere decir que "...la *stipulatio certi*, en sí misma, una causa de *creditum*. Si el ser causa de *creditum* se debiera a que servía para novar obligaciones crediticias, no se entendería cómo se dice que hay un *abire in creditum* cuando se nova una obligación crediticia. No; aunque la *stipulatio certi* haya llegado a ser considerada causa de *creditum* por su relación con los actos crediticios,

²²³ D'ORS, Alvaro. *Elementos de Derecho Privado Romano*, Op. Cit., pág. 283.

²²⁴ D'ORS, Alvaro. *Derecho Privado Romano*. Op. Cit., pág. 420.

²²⁵ D'ORS, Alvaro. *Elementos de Derecho Privado Romano*, Op. Cit., págs. 284 y 285.

²²⁶ D'ORS, Álvaro, "Creditum", Op.Cit., pág. 357.

una vez que le fue extendida la *condictio*, se convirtió en causa de *credittum* del todo independientes y *per se*.”²²⁷

El mutuo con *usurae* se llama *fenus*, d’Ors dice que cuando se trata de un préstamo entre amigos, se formaliza siempre en una *stipulatio*, en la que el mutuuario promete no sólo el pago de intereses, sino también el del mismo capital (*sors*) recibido, el cual viene a deberse una sola vez, pero por dos causas: la *datio* y la *stipulatio (re y verbis)*.²²⁸

Es muy importante considerar que “...Los intereses (*usurae*), aunque deban ser estipulados para poder ser exigidos, son naturales al mutuo (*fenus*), pero no son considerados como ‘frutos’ del capital (*sors*), sino como precio del uso...”²²⁹

Es conveniente comentar que el *fenus* dio la oportunidad Gayo de divisar en la antítesis *re-verbis* dos contratos, “la cuatripartición gayana ha producido el pernicioso efecto de que durante siglos y siglos nos hayamos acostumbrado a decir que el mutuo era un contrato real...”²³⁰

“De este modo, el mutuo se convirtió en un contrato puramente real y la *stipulatio*, que era una forma contractual, se convirtió en una clase de contrato típico. Dos errores que han pesado sobre la doctrina durante siglos y siglos”²³¹

Como se menciona d’Ors no lo consideraba al *fenus* como dos contratos, sino como un negocio que nace de dos causas por lo anterior es preciso considerar que: “como consecuencia de la *datio* y la *stipulatio* el acreedor tenía dos acciones: la *condictio* derivada del mutuo para exigir la devolución de lo prestado, y la acción derivada de la estipulación para exigir los intereses.”²³²

En relación con el *fenus* hay que considerar que “...la *stipulatio* documentada – la *cautio* usual del prestamista- sirve para facilitar la prueba y que por eso la obligación se presenta ante todo como estipulación, pero no es cierto...que ‘el contrato verbal extingue por novación el precedente contrato real de mutuo, de forma que sólo queda un negocio que es únicamente *verbis*’...No es cierto, pues sabemos que esta estipulación no extingue la deuda de mutuo: si ésta tenía garantías, no se extinguen las garantías por la posterior estipulación. Y no

²²⁷ D’ORS, Álvaro, “Observaciones sobre el *Edictum de Rebus Creditis*”, *Op.Cit.*, pág.158.

²²⁸ D’ORS, Alvaro. *Elementos de Derecho Privado Romano*, *Op. Cit.*, pág. 285.

²²⁹ D’ORS, Álvaro, “*Creditum*”, *Op.Cit.*, pág. 353.

²³⁰ D’ORS, Alvaro. “*Re et Verbis* (Resumen de la comunicación presentada del Congreso Internacional de Derecho Romano, en Verona, septiembre 1948)”, *Op.Cit.*, pág. 603.

²³¹ *Ibidem*, pág. 604.

²³² ADAME GODDARD, Jorge. *Curso de derecho romano clásico II* (Sucesiones, liberalidades y obligaciones), *Op.Cit*, pág. 83.

haya novación precisamente porque la cantidad debida no aparece expresamente identificada por el estipulante. Así, la *obligatio re* funciona aquí como *causa* de la *stipulatio* que la formaliza, y de ahí la posible *exceptio doli* en caso de *non numerata pecunia* (hasta que aparece el nuevo régimen de Caracala de la *querella* y *exceptio non numeratae pecuniae*).²³³

Una de las características más importantes del mutuo es que la obligación nace con el incumplimiento del mutuario, es decir, con la retención indebida, y contra esta retención procede la *condictio*, en este tenor menciona d'Ors: "...la obligación del mutuario no nace del convenio, sino de la retención sin causa del *aes alienum*, como la *solutio indebiti* y las otra *dationes* que dan lugar a la *condictio*..."²³⁴

"...Y es que entre un mutuario que no devuelve la cantidad que debe y un ladrón que no devuelve lo que debe no hay una diferencia esencial; si la hubiera, no se podría da la misma acción en los dos casos..."²³⁵

Lo anterior "...no quiere decir que los clásicos llamaron al hurto *datio*, pues la *datio* no es en ese caso un elemento constitutivo del acto que intercede entre las partes, sino resultante de la renuncia a la *reivindicatio* frente al ladrón."

Hay que recordar que "...no hay que perder de vista la situación procesal concreta en que se presenta el caso. Cuando un acreedor estipulante de un mutuo entabla la *condictio*, no se sabe si realmente hizo la *numeratio* o no; eso sólo se sabrá *apud iudicem*. El demandante dice que se le debe, y por eso entabla la *condictio*; toca al demandado demostrar ante el juez que no llegó a haber *numeratio*, pero si, llega a demostrarlo, eso no ha podido influir en la *intentio*. En ésta sólo cabe introducir una *exceptio*."²³⁶

Aspecto importante a destacar en el mutuo es la situación que el mismo presenta en relación con las condiciones: "...el mutuo sin más, como hemos dicho, no puede quedar afectado por condiciones más allá de lo que puede ser el efecto de una renuncia por pacto a la acción contra el mutuario. Si la simple entrega se hace de manera que haya mutuo si se cumple una condición,

²³³ D'ORS, Álvaro, "Réplicas Panormitanas VI: Sobre la suerte del contrato real en el Derecho", *Op.Cit.*, págs. 19 y 20.

²³⁴ D'ORS, Álvaro, "G. Grosso: *Il sistema romano dei contratti*", *Op.Cit.*, pág. 395.

²³⁵ D'ORS, Álvaro, "Observaciones sobre el *Edictum de Rebus Creditis*", *Op.Cit.*, pág.152.

²³⁶ *Ibidem*, pág.156.

podemos tener una *datio ob rem* previa al mutuo, pero no un mutuo *sub condicione*.²³⁷

Por las características mencionadas y de acuerdo al estudio histórico que hasta ahora se ha realizado concluye d'Ors: "Así, pues, para los clásicos el mutuo no era un *contractus*..."²³⁸

3.6.3.- COMPARACIÓN DEL MUTUO PRÉSTAMO CIVIL CON EL COMODATO PRÉSTAMO PRETORIO.

Previo a realizar la comparación entre el mutuo y el comodato es necesario conocer la naturaleza, concepto y características propias del comodato.

Para comenzar se debe precisar que el comodato es un préstamo pretorio, como ya se menciona -con anterioridad en este capítulo- los préstamos pretorios se caracterizan por ser "...convenios de retención temporal de una cosa, por los que se entrega la posesión de una cosa, que posteriormente debe ser devuelta. La obligación surge, al igual que en los préstamos civiles, no por el mero convenio, sino por la retención indebida de la cosa recibida. Como no hay dación, no procede la *condictio*, por lo que el pretor otorga acciones por el hecho (*actiones in factum*) de la retención indebida."²³⁹

Hay que destacar que tanto en los préstamos pretorios como en los civiles se hace falta la retención sin causa para justificar la acción y no es necesario el convenio previo.

En relación con los préstamos pretorios hay que considerar que no son causa del *credutum*, sin embargo son negocios crediticios en sentido amplio, como lo dice d'Ors: "En el edicto de *rebus creditis* siguen a la *actio certi* tres convenios de préstamo no sancionados por el *ius civile*: no son causa de *credutum*, en sentido estricto, pero si pueden llamarse negocios crediticios en sentido amplio..."²⁴⁰

Como ya se menciona en los préstamos pretorios se otorgan acciones *in factum*, al respecto es conveniente precisar que no interviene medidas de *bona*

²³⁷ D'ORS, Álvaro. "Réplicas Panormitanas I, De nuevo sobre '*Credutum*' (Réplicas a la crítica de Albanese)", *Op.Cit.*, pág. 238.

²³⁸ D'ORS, Álvaro, "*Credutum* y *contractus*", *Op.Cit.*, pág. 194.

²³⁹ ADAME GODDARD, Jorge. Curso de derecho romano clásico II (Sucesiones, liberalidades y obligaciones), *Op.Cit.*, pág. 81.

²⁴⁰ D'ORS, Álvaro. Derecho Privado Romano, *Op. Cit.*, pág. 458.

fides “...En todos estos negocios se da una reclamación de deuda cierta, en la que no interviene la medida de la *bona fides*.”²⁴¹

Una vez precisadas las peculiaridades de los préstamos pretorios, es conveniente ocuparse de uno de estos préstamos pretorios: el comodato.

Concepto: “El *commodatum* es una forma de dación o préstamo, pero no de propiedad (*datio rei*), sino de la ventaja que supone un uso temporal y gratuito (*commodum*): es un préstamo de uso.”²⁴²

De acuerdo a lo conceptualizado sobre comodato se entiende que lo prestado se da “...sin facultad de consumo, lo que implica que sólo pueden ser objeto de este negocio los inmuebles y los muebles no-consumibles...”²⁴³

Las partes en el comodato son el comodante, el que presta el uso y el comodatario quien recibe lo prestado “...éste no se hace poseedor de la cosa, sino simple detentador...”²⁴⁴

La posición del comodatario, como ya se enuncio es de un detentador, por lo que el comodante “...sigue siendo propietario y poseedor...”²⁴⁵

Las características principales del comodato son:

Primera.- No es una *datio*: “...A pesar de que figura el *datum*, el comodato no es una *datio*...”²⁴⁶

Segunda.- Versa sobre objetos no consumibles: “Como préstamo de uso, el comodato sólo puede versar sobre objetos no consumibles...Se dice que puede versar sobre monedas u otras cosas consumibles cuando intervienen como específicas, es decir para un uso anormal que no las consume p.ej. para exhibirlas (*ad pompam vel ostentationem*: D.13.6.3.6).”²⁴⁷

Tercera.- El objeto prestado tiene un fin convenido: “...el uso del comodatario debe ajustarse a lo expresa o tácitamente convenido con el comodante: su abuso constituye un tipo de hurto (*furtum usus*)...”²⁴⁸

Cuarta.- Responsabilidad por pérdida: “...la pérdida de las cosas muebles, prestadas salvo si es por accidente imprevisible (*vis maior*), responde el

²⁴¹ D´ORS, Alvaro. Elementos de Derecho Privado Romano, Op. Cit., pág. 290.

²⁴² D´ORS, Alvaro. Derecho Privado Romano, Op. Cit., pág. 461.

²⁴³ D´ORS, Alvaro. Elementos de Derecho Privado Romano, Op. Cit., pág. 292.

²⁴⁴ D´ORS, Alvaro. Derecho Privado Romano, Op. Cit., pág. 461

²⁴⁵ D´ORS, Alvaro. Elementos de Derecho Privado Romano, Op. Cit., pág. 292.

²⁴⁶ D´ORS, Alvaro. Derecho Privado Romano, Op. Cit., pág. 462.

²⁴⁷ Ibidem, pág. 462.

²⁴⁸ Idem.

comodatario por *custodia*; en consecuencia, dispone de las acciones penales contra quien le haya hurtado la cosa prestada...”²⁴⁹

Quinta.- La custodia: “...la responsabilidad por custodia supone una agravación respecto a la responsabilidad contractual por culpa...”²⁵⁰

Sexta.- *Vis maior* : “...Como caso exceptuados (llamada *vis maior*) se indican el derrumbamiento, incendio o inundación, la guerra, naufragio, asalto pirático, motín, plaga de animales, la muerte natural de un esclavo o animal también libera al que responde por custodia”.²⁵¹

Mora: “...Al incurrir en mora el comodatario responde ya sin limite según la regla de la mora...”²⁵²

Séptima.- Acciones de las partes:

- a). Comodante: “...Para exigir del comodatario la devolución de la cosa así prestada, el Pretor da al comodante una acción *in factum*: la *actio commodati*.”²⁵³
- b). Comodatario: “El comodatario debe soportar igualmente los gastos de manutención de la cosa prestada, pero si realiza gastos excepcionales, dispone de la *actio negotiorum gestorum contraria*, y si el comodante le ocasiona dolosamente algún perjuicio con la cosa prestada, dispone de la *actio de dolo*.”²⁵⁴

Una vez realizado el análisis del comodato resulta preciso comparar al mutuo con este negocio:

²⁴⁹ D´ORS, Alvaro. Derecho Privado Romano, *Op. Cit.*, pág. 462.

²⁵⁰ *Idem*.

²⁵¹ *Ibidem*, pág. 463

²⁵² *Idem*.

²⁵³ *Ibidem*, pág. 461

²⁵⁴ *Ibidem*, pág. 463

SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE MUTUO Y COMODATO.	MUTUO.	COMODATO.
Aunque ambos son préstamos su regulación y sanción es distinta.	Es un negocio regulado y sancionado por el <i>Ius Civile</i> .	Es un negocio regulado y sancionado por el <i>Ius Honorarium</i> .
Distinción en su relación con el crédito.	Es una especie de crédito, es el prototipo de los negocios crediticios.	No es una causa del <i>creditorum</i> en sentido estricto, pero es considerado un negocio crediticio en sentido amplio.
Mismo motivo del surgimiento de la obligación.	Retención indebida de la cosa recibida por el mutuario, no por el mero convenio de las partes.	Retención indebida de la cosa recibida por el comodatario, no por el mero convenio de las partes.
Naturaleza distinta en relación con la dación.	Préstamo de uso, suponen una entrega en propiedad o «dación» (<i>datio</i>).	Dación o préstamo de uso, entrega la posesión de una cosa.

SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE MUTUO Y COMODATO.	MUTUO.	COMODATO.
Diferente condición del sujeto pasivo de la obligación.	El mutuario se hace propietario.	El comodatario es detentador de la cosa prestada.
Diferente naturaleza en la relación obligacional.	Es un negocio Unilateral.	Es un convenio Bilateral.
Distinta naturaleza de las acciones para exigir el cumplimiento.	Para exigir la restitución de la casa prestada procede la acción civil: <i>Condictio</i> .	Para exigir la devolución de la cosa prestada el pretor da al comodante la acción <i>in factum</i> : la <i>actio commodati</i> .
Similitud en la finalidad de la acción.	Su acción se dirige contra el que retiene sin causa.	Su acción se dirige contra el que retiene sin causa.

SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE MUTUO Y COMODATO.	MUTUO.	COMODATO.
La naturaleza del objeto prestado es distinta.	Su objeto son cosas genéricas y consumibles.	Versa sobre objetos no consumibles y específicas, por excepción sobre consumibles cuando intervienen como específicas.
Disposición distinta de la cosa prestada.	El mutuario puede disponer libremente de la cosa prestada.	El comodatario debe ajustarse a lo expresamente convenido con el comodante.
Responsabilidad distinta.	La responsabilidad del deudor es total.	El comodatario responde por custodia.
Son negocios de naturaleza gratuita.	Negocio gratuito.	Negocio gratuito.

Al realizar la comparación entre el mutuo y comodato se logra esclarecer más la naturaleza única del mutuo. Antes de concluir hay que considerar la siguiente opinión de Álvaro d'Ors: "Cabe preguntar si, por el hecho de figurar estas acciones *in factum* en el edicto '*de rebus creditis*', puede decirse que en los negocios correspondientes hay también un *credere*... En mi opinión, el *credere* se refiere... a las *dationes* sancionadas por la *condictio*.. correspondencia siempre a una *obligatio*, es decir, de *ius civile*, y estas otras acciones *in factum* se aproximaron a la *condictio* por cierta similitud de su función, pues también ellas se dirigen contra quien retiene sin causa, pero no ya la propiedad, sino un pago, en el *constitutum*, la detentación, en el comodato, y la posesión pretoria, en la prenda. No se trata en estos casos de obligaciones de *dare*, que puedan ser objeto de una *solutio*, sino de un *accione teneri*. Puede decirse que estas acciones *in factum* son 'similares a la *condictio*', pero quizá no debemos hablar propiamente de *credere* en relación con ellas, sino, en un sentido menos estricto, de 'acciones pretorias crediticias'."²⁵⁵

Una vez mencionado lo anterior se puede concluir este apartado destacando los aspectos fundamentales que apoyan al mutuo como un negocio crediticio, como se enuncia a continuación:

Primero.- El mutuo es un negocio unilateral, solo tiene obligaciones el mutuuario, en el comodato surgen obligaciones para el comodante, en el mutuo no surgen obligaciones para el mutuuario. Lo anterior es muy importante para destacar lo *sui generis* del negocio de mutuo.

Segundo.- El comodato es agregado al Edicto XVII de *Rebus Creditis* debido a que su acción era similar a la *codictio*, "...si el comodato figura en el *edictum de rebus creditis*, ello se debe a que se tiene en cuenta su *actio in factum* similar a la *condictio*..."²⁵⁶

Tercero.- Como ya se mencionó una de las características más importantes del mutuo es la transmisión de la propiedad de la cosa, el comodato no la transmite, el comodatario solo es un simple detentador. Otro aspecto fundamental para considerar al mutuo como un negocio crediticio.

²⁵⁵ D'ORS, Álvaro. "Réplicas Panormitanas I, De nuevo sobre '*Creditum*' (Réplicas a la crítica de Albanese)", *Op.Cit.*, págs. 217 y 218.

²⁵⁶ D'ORS, Álvaro, "*Creditum y contractus*", *Op.Cit.*, pág. 188.

Cuarto.- Como dice d'Ors puede decirse que la acción *in factum* del comodato es similar a la *condictio* pero no hay en el comodato propiamente un *credere*, sino en un sentido menos estricto de acciones pretorias crediticias.

Quinto.- El comodato al contener obligaciones bilaterales se asemeja a los contratos, el mutuo aunque añadido a los contratos por la clasificación gayano-justiniana se ha mantenido aislado de los demás como el único 'contrato unilateral', vislumbrando así su verdadera naturaleza.

3.6.4.- COMPARACIÓN DEL NEGOCIO CREDITICIO MUTUO CON EL CONTRATO DE COMPRAVENTA.

Antes de realizar la comparación entre el mutuo y la compraventa hay que considerar los aspectos propios de los contratos.

Como contrato se entiende: "...los convenios que producen obligaciones recíprocas, en las que ambas partes son acreedoras y deudoras..."²⁵⁷

Hay que considerar a esta bilateralidad como funcional: "...dos partes ligadas por un negocio único, que podemos llamar contrato. No se trata simplemente de dos promesas en sentido contrario, como podría hacerse mediante dos estipulaciones..."²⁵⁸

Se deben destacar las siguientes características de los contratos:

Primera.- Dependencia entre las obligaciones de las partes: "...un negocio único, que crea una interdependencia entre las dos obligaciones recíprocas, de suerte que cada obligación prometida actúa como causa de la recíproca..."²⁵⁹

Segunda.- La vinculación de las partes reside en la reciprocidad: "...Por lo demás, el fundamento vinculante no está aquí en la forma (como ocurre en la estipulación), ni en la retención sin causa (como en las obligaciones crediticias) sino en la misma reciprocidad..."²⁶⁰

Tercera.- Nacen obligaciones recíprocas: "...Por el hecho de que los contratos generan obligaciones recíprocas, se distinguen radicalmente de las otras fuentes de obligaciones (delitos, préstamos y estipulaciones) que dan lugar a obligaciones unilaterales..."²⁶¹

²⁵⁷ ADAME GODDARD, Jorge. Curso de derecho romano clásico II (Sucesiones, liberalidades y obligaciones), *Op.Cit*, pág. 120.

²⁵⁸ D'ORS, Álvaro, Elementos de Derecho Privado Romano, *Op.Cit.*, pág. 331.

²⁵⁹ *Idem.*

²⁶⁰ *Idem.*

²⁶¹ ADAME GODDARD, Jorge. Curso de derecho romano clásico II (Sucesiones, liberalidades y obligaciones), *Op.Cit*, pág. 120.

Cuarta.- La bilateralidad no se refiere a un interés equilibrado: "...no implica el equilibrio del interés de los contratantes: al lado de contratos de interés equilibrado, u onerosos, hay otros que interesan a uno solo de los contratantes, o gratuitos."²⁶²

Quinta.- Acciones para ambas partes: "...En los juicios de buena fe, cada parte tiene acción, por lo que cualquiera de ellas puede iniciar el juicio. Por eso se dice que los contratos son 'sinalagmáticos' o recíprocos..."²⁶³

Sexta.- El fundamento de la bilateralidad radica en la acciones de los contratos: "Esta bilateralidad o reciprocidad tiene su fundamento en el tipo de acción que sanciona los contratos: los *iudicia bonae fidei*..."²⁶⁴

Séptima.- La *bonae fides* se refiere a "la lealtad recíproca que se deben los dos contratantes en el cumplimiento de sus recíprocas obligaciones."²⁶⁵

Octava.- Las acciones de buena fe se encuentran en el título XIX del Edicto del pretor urbano. Se llaman de 'buena fe' (*bona fides*) porque exigen del deudor un mayor cuidado en el cumplimiento de sus obligaciones (*bona fides*, como una *fides* calificada).²⁶⁶

Respecto a las acciones de los contratos es conveniente mencionar lo que caracteriza a estas acciones. En estas acciones de buena fe es fundamentalmente el mayor arbitrio que se concede al juez para tener en cuenta todas las circunstancias que deben influir en la sentencia, ya sea para agravarla, ya sea para mitigarla, siempre según las exigencias de esa lealtad recíproca de los contratantes.²⁶⁷

De esta libertad que se le concede al Juez surgen las siguientes características de las acciones de buena fe:

- a). Puede el juez hacer una interpretación más flexible de las declaraciones de las partes, a fin de adecuar sus efectos al tipo de negocio que realmente quisieron hacer y a las modalidades accidentales que quisieron positivamente introducir en él; en consecuencia se presentan las siguientes peculiaridades: en primer lugar la *Pacta adiecta*: Los

²⁶² D'ORS, Álvaro, Elementos de Derecho Privado Romano, *Op.Cit.*, págs. 331 y 332.

²⁶³ ADAME GODDARD, Jorge. Curso de derecho romano clásico II (Sucesiones, liberalidades y obligaciones), *Op.Cit.*, pág. 123.

²⁶⁴ D'ORS, Álvaro, Elementos de Derecho Privado Romano, *Op.Cit.*, págs. 332.

²⁶⁵ *Idem.*

²⁶⁶ ADAME GODDARD, Jorge. Curso de derecho romano clásico II (Sucesiones, liberalidades y obligaciones), *Op.Cit.*, pág. 120.

²⁶⁷ D'ORS, Alvaro, Elementos Derecho Romano, *Op.Cit.*, pág. 332.

pactos que las partes agregan son tenidos en cuenta por el juez sin necesidad de modificar la fórmula; como segunda peculiaridad la *pacta insunt*: considerando como punto de partida lo anterior, a los pactos que acompañan al contrato los sancionan las mismas acciones del contrato; las *expcetiones* no han de ser necesariamente introducidas en la fórmula, sino que se pueden alegar ante el juez; los distintos efectos del contrato pueden supeditarse a términos y condiciones suspensivos.

Respecto a los pactos hay que considerar: “Los pactos iniciales convenidos al hacerse el contrato, son propiamente las *leges* del mismo...”²⁶⁸

- b). El juez puede modificar el contenido de la condena según las circunstancias: Puede hacer una compensación entre las deudas recíprocas nacidas de aquel contrato; puede condenar al deudor en mora al pago de intereses legales por su retraso en las deudas contractuales pecuniarias. Y al de los frutos desde la mora (y no sólo desde la *litis contestatio*); debe apreciar el interés del demandante en el momento de la sentencia (y no en el de la *litis contestatio*); debe contar para la fijación de la condena, no sólo el daño emergente por el incumplimiento, sino también el lucro cesante.²⁶⁹
- c). El juez puede tener en cuenta el cumplimiento posterior a la *litis contestatio*, para absolver al demandado que cumple (como ocurre en los juicios de derecho estricto con cláusula arbitraria), lo que expresa la máxima: “*Omnia iudicia sunt absolutoria*”.²⁷⁰
- d). El juez puede resolver conjuntamente las acciones recíprocas de las partes, en el juicio único (concentración procesal de acciones).²⁷¹

Novena.- En relación con lo anterior hay que considerar: “...Las acciones de buena fe tienen un régimen flexible, que concede al juez un mayor *arbitrium*...”²⁷²

Décima.- Respecto al incumplimiento “...en los juicios de buena fe...las partes se deben un comportamiento de lealtad que es incompatible con una desconsideración del interés de la otra parte contratante. Para designar este

²⁶⁸ D´ORS, Alvaro. *Derecho Privado Romano, Op. Cit.*, pág. 458.

²⁶⁹ Cfr. D´ORS, Álvaro, *Elementos de Derecho Privado Romano, Op.Cit.*, págs. 332 y 333.

²⁷⁰ *Ibidem*, pág.333.

²⁷¹ *Idem*.

²⁷² D´ORS, Alvaro. *Derecho Privado Romano, Op. Cit.*, pág. 463

comportamiento desleal, la jurisprudencia clásica acudió primeramente al término “fraude” (fraus), pero este término no resultaba adecuado porque se equiparaba demasiado fácilmente el dolo, siendo así que la lealtad del contratante debía medirse con una medida más exigente que la del simple engaño. Por ello, la jurisprudencia clásica desarrollada acudió a aquel término que ya había utilizado para apreciar la responsabilidad del delito de la ley *Aquilia*, es decir la culpa...²⁷³

Décima primera.- “La ‘culpa’ en las obligaciones contractuales se entendió como la falta de cuidado o diligencia, es decir la negligencia, para cumplir. El grado de cuidado o diligencia que se exige a las partes, varía según el tipo contractual, el interés o utilidad de cada parte en el contrato y lo que ellas hubieran convenido...²⁷⁴

Décima segunda.-Retraso en el cumplimiento: “...El criterio de la culpa se adopta tanto para juzgar el incumpliendo como el retraso en el cumplimiento (*mora*)...²⁷⁵

Décima tercera.- “El cumplimiento de las obligaciones contractuales constituye una *solutio* tan sólo cuando se trata de dar la propiedad, lo que ocurre, por ejemplo, en el pago del precio por el comprador, pero en los demás casos, teniendo la obligación por objeto un *facere* o *praestare*, no hay propiamente *solutio*, sino una *satisfactio*...²⁷⁶

Décima cuarta.- *Periculum*: “...Más allá de la responsabilidad por culpa o custodia se habla de *periculum*; éste carga normalmente sobre el propietario de la cosa, pero puede cargarse también al que debe la devolución...²⁷⁷

Después de mencionar las características generales de los contratos es preciso lleva a cabo un análisis de la compraventa para poder compararla con el mutuo. La compraventa “consiste en el convenio de cambiar una cosa (*merx*) que se entregará al comprador (*emptor*) por una cantidad de dinero (*pretium*) que se pagará al vendedor (*venditor*).²⁷⁸

²⁷³ D’ORS, Álvaro, *Elementos de Derecho Privado Romano*, *Op.Cit.*, pág. 333.

²⁷⁴ ADAME GODDARD, Jorge. *Curso de derecho romano clásico II* (Sucesiones, liberalidades y obligaciones), *Op.Cit*, pág. 120.

²⁷⁵ D’ORS, Alvaro. *Derecho Privado Romano*, *Op. Cit.*, pág. 460.

²⁷⁶ D’ORS, Álvaro, *Elementos de Derecho Privado Romano*, *Op.Cit.*, pág. 335.

²⁷⁷ D’ORS, Alvaro. *Derecho Privado Romano*, *Op. Cit.*, pág. 460.

²⁷⁸ *Ibidem*, pág. 486.

Una vez mencionadas las características de los contratos es conveniente considerar las particularidades de la compraventa, para comenzar es un contrato oneroso: debido a que hay un equilibrio en el interés económico de las partes.²⁷⁹

En relación con lo anterior “ninguno de los dos contratantes puede exigir la prestación del otro sin ofrecer al mismo tiempo el cumplimiento de su propia obligación: el comprador que reclama debe ofrecer el precio debido (D.19.1.13.8) y el comprador puede rechazar al vendedor que le reclama el precio sin ofrecer la entrega...”²⁸⁰

La compraventa es un contrato consensual: se perfeccionan, es decir que generan obligaciones, por el mero consentimiento de las partes, sin que sea necesaria la entrega de una cosa o el cumplimiento de una forma.²⁸¹

Al respecto de la consensualidad d’Ors menciona la procedencia de esta: “Cómo se alcanzó esta idea no se puede determinar con seguridad, pero parece probable que el punto de partida fue la conexión de estipulaciones interdependientes. Tal conexión servía para disminuir el carácter abstracto de las estipulaciones, cada una de las cuales servía como causa para la otra, y este apoyo causal recíproco hacía innecesaria la forma que venía exigida precisamente por la función de promesa abstracta. Habría sido, pues la reciprocidad de obligaciones la que habría hecho posible la consensualidad.”²⁸²

Los efectos de la consensualidad contractual, son los siguientes:

- a). La importancia de los pactos: “...Si bien el mero consentimiento genera las obligaciones, el contenido de éstas se determina por los pactos que las partes hacen al momento de convenir el contrato o posteriormente; por ejemplo, la obligación del vendedor de entregar una mercancía, se puede ir precisando mediante pactos sobre la fecha, lugar o modo de entrega, o la obligación del comprador de pagar el precio, por pactos sobre el tiempo o la forma de pago...”²⁸³

²⁷⁹ ADAME GODDARD, Jorge. Curso de derecho romano clásico II (Sucesiones, liberalidades y obligaciones), *Op.Cit*, pág. 125.

²⁸⁰ D’ORS, Alvaro. Derecho Privado Romano, *Op. Cit.*, pág. 487.

²⁸¹ ADAME GODDARD, Jorge. Curso de derecho romano clásico II (Sucesiones, liberalidades y obligaciones), *Op.Cit*, pág. 125.

²⁸² D’ORS, Alvaro. Derecho Privado Romano, *Op. Cit.*, pág. 463.

²⁸³ ADAME GODDARD, Jorge. Curso de derecho romano clásico II (Sucesiones, liberalidades y obligaciones), *Op.Cit*, pág. 126.

- b).** La costumbre contractual: “La misma consensualidad hace que se entienda que las partes convienen todo aquello que es costumbre convenir en un determinado tipo contractual, por ejemplo que el vendedor responde por la ‘evicción’, es decir si el comprador pierde ante un tercero en un juicio reivindicatorio respecto de la cosa comprada...”²⁸⁴
- c).** Resolución del contrato por consentimiento: “Como las obligaciones se generan por el solo consentimiento, también pueden deshacerse o resolverse por el consentimiento ‘resolutorio’ (*contrarius consensus*) de las mismas partes, o puede pactarse que una de ellas tenga la posibilidad de resolver unilateralmente el contrato (*dissensus*), sujeta a una condición suspensiva, por ejemplo el comprador que compra reservándose la posibilidad de resolver el contrato si la cosa no le sirve para un fin específico...”²⁸⁵

Hay que precisar respecto de las acciones de la compraventa: “Como el contrato de compraventa es sinalagmático perfecto, genera dos acciones con nombre propio cada una. La acción de compra (*actio empti*) que tiene el comprador para exigir la entrega de la mercancía, y la acción de venta (*actio venditi*) que tiene el vendedor para exigir el pago del precio.”²⁸⁶

Respecto al objeto: “La compraventa tiene como objeto propio las mercancías, es decir cosas fungibles, aunque sean de género limitado, que suelen venderse y comprarse. También se daba respecto de cosas que aun no existían pero que el vendedor debía fabricar o producir o que esperaba obtener, es decir cosas futuras.”²⁸⁷

La obligación del comprador: “...consiste en pagar el precio convenido.”²⁸⁸

Respecto al precio “...Sin un precio determinado u objetivamente determinable, no hay compraventa; pero la determinación se deja al libre acuerdo de las partes contratantes.”²⁸⁹

²⁸⁴ ADAME GODDARD, Jorge. Curso de derecho romano clásico II (Sucesiones, liberalidades y obligaciones), *Op.Cit*, pág. 126.

²⁸⁵ *Idem*.

²⁸⁶ *Ibidem*, pág. 143.

²⁸⁷ *Idem*.

²⁸⁸ D’ORS, Alvaro. Derecho Privado Romano, *Op. Cit.*, pág. 489.

²⁸⁹ *Idem*.

La obligación del vendedor es: "...entregar al comprador la posesión libre e indiscutida (o 'pacífica posesión') de las mercancías, o, si se trata de cosas inmuebles, la posesión libre de arrendatarios u otros usuarios (la *vacua possessio*)."²⁹⁰

El riesgo de la cosa es mayor: "Más allá de la responsabilidad por culpa, está el problema de la atribución del riesgo (*periculum*), al vendedor o al comprador, en caso de que la cosa se deteriore o perezca por caso fortuito."²⁹¹

Hay que destacar que la compraventa es un contrato mercantil: "La compraventa es el contrato mercantil por excelencia, pues sirve precisamente al cambio de productos mediante la estimación en dinero..."²⁹²

En relación con el cumplimiento "... de esta obligación es de dar (*dare*) el precio es, pues, una *solutio*."²⁹³

A continuación se presenta un cuadro donde se expresan las diferencias entre el mutuo y la compraventa:

²⁹⁰ ADAME GODDARD, Jorge. Curso de derecho romano clásico II (Sucesiones, liberalidades y obligaciones), *Op.Cit*, pág. 144.

²⁹¹ *Ibidem*, pág. 145.

²⁹² D'ORS, Alvaro, Derecho Privado Romano, *Op. Cit.*, pág. 488.

²⁹³ *Ibidem*, pág. 489.

SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE MUTUO Y COMPRAVENTA.	MUTUO.	COMPRAVENTA.
Naturaleza distinta.	Préstamo / Negocio Crediticio.	Contrato.
Fundamento vinculante distinto.	El fundamento vinculante es la retención indebida.	El fundamento vinculante es la reciprocidad.
Distinta causa.	La obligación de devolver no surge del convenio, aunque ordinariamente haya un convenio que sea causa de la dación, sino de la retención indebida de una	La causa es la obligación recíproca, la causa de la obligación de una parte es la causa de la obligación de un parte es la obligación de la otra y viceversa.
Comparten una bilateralidad genérica.	Existen dos partes: mutuante y mutuario.	Existen dos partes: comprador y vendedor.

SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE MUTUO Y COMPRAVENTA.	MUTUO.	COMPRAVENTA.
Difieren en la bilateralidad funcional.	Solo queda obligado el mutuario.	El vendedor y comprador están recíprocamente obligados.
Generan obligaciones distintas.	Obligación unilateral. Solo el mutuario esta obligado a restituir lo prestado.	Obligaciones bilaterales o sinalagmáticas. El vendedor esta obligado a entregar la posesión pacifica del objeto de la compraventa. La obligación del comprador es pagar la cantidad de dinero convenida como precio.
En ambos negocios hay fe pero en la compraventa es más significativa.	<i>Credere</i> se interpretaba por los romanos como <i>fidem sequi</i> , es decir, seguir la <i>fides</i> de otros o fiarse.	La <i>bonae fides</i> implica algo más, es decir, una lealtad recíproca.

SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE MUTUO Y COMPRAVENTA.	MUTUO.	COMPRAVENTA.
Interés de realizar el negocio distinto.	El mutuo nace del interés del mutuario en obtener el préstamo.	Ambas partes tienen interés pues ambos obtendrán beneficios.
Naturalezas distintas.	El mutuo es naturalmente gratuito.	La compraventa es onerosa. La compraventa es el contrato mercantil por excelencia.
Confianza distinta	Solo el mutuante confía.	Ambas partes comprador y vendedor tienen confianza.
El cumplimiento de ambos es la <i>solutio</i> .	El pago del crédito generado por el mutuo es llamado <i>solutio</i> .	Las obligaciones contractuales constituyen una <i>solutio</i> tan sólo cuando se trata de dar la propiedad como ocurre en el pago del precio al vendedor o la entrega en propiedad del bien al comprador.

SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE MUTUO Y COMPRAVENTA.	MUTUO.	COMPRAVENTA.
Responsabilidad distinta en el incumplimiento.	El incumplimiento es responsabilidad de una parte, del mutuario.	El incumplimiento de la obligación tiene que examinarse como posible responsabilidad de <u>ambas partes.</u>
Acciones distintas para exigir cumplimiento.	Acciones de derecho estricto: la <i>condictio</i> .	Acciones de buena fe: <i>actio empti</i> (acción de compra) y <i>actio venditi</i> (acción de venta).
Cantidad de acciones diferente.	Acción sólo para el mutuario.	Acciones para comprador y vendedor.
Distinto fundamento de la acción.	La <i>condictio</i> se funda en la retención indebida.	Las acciones se fundan en incumplimiento de alguna de las partes.
Distinto arbitrio del juez en las acciones.	Mayor arbitrio del juez.	Menor arbitrio del juez.

SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE MUTUO Y COMPRAVENTA.	MUTUO.	COMPRAVENTA.
Valor distinto de pactos	Los pactos se piden a través de excepciones.	Los pactos surgen de acciones contractuales.
Compensación opera distinto.	Los créditos no se extinguen por compensación, con la excepción del crédito celebrado con banquero.	Puede realizarse una compensación entre las deudas recíprocas nacidas del aquel contrato.
Responsabilidad distinta en juicios.	En los juicios de derecho estricto los deudores tienen una responsabilidad plena mitigada por obra de la jurisprudencia.	En los juicios de buena fe, en cambio las partes se deben un cumplimiento leal, por ello la responsabilidad se aprecia con la culpa.
Diferente situación por mora.	La deuda que tiene el deudor no aumenta por su mora	Se exigen intereses moratorios.
Diferente valoración en la mora.	Cuando la cosa se pierde antes de la mora del deudor el queda liberado, sino intervino.	La liberación procede por ausencia de culpa.

Al analizar el cuadro anterior podríamos concluir que el mutuo y la compraventa son negocios completamente diferentes, sus pocas similitudes no son vitales y sus diferencias son significativas. Esta comparación demuestra lo distinto que es el mutuo de los contratos, además permite exponer que el mutuo es incompatible con las características de los mismos. Resulta muy conveniente comprar al mutuo con la compraventa porque como enuncia d'Ors: "La compraventa (*emptio venditio*) presenta la estructura más definida de un contrato, con sus rasgos de consensualidad e interdependencia de dos obligaciones recíprocas."²⁹⁴

Para terminar este apartado sobre el mutuo cito a Jorge Adame quien enuncia: "La necesidad de distinguir diversos tipos no es meramente teórica, puesto que se basa en la realidad de las relaciones humanas. La realidad que significa la palabra obligación es la relación que vincula a las partes a prestarse una conducta entre sí. Esa conducta es diferente si ambas partes están recíprocamente obligadas, que si solo lo está una de ellas."²⁹⁵

3.7.- RÉPLICAS PANORMITANAS.

3.7.1.-INTRODUCCIÓN A ESTE APARTADO.

Ciertos romanistas italianos se cuestionan acerca de la veracidad de la teoría del crédito, es apropiado mencionar una serie de artículos publicados en diversas revistas jurídicas donde d'Ors hace frente a todas estas críticas, esta serie de artículos es conocida como Réplicas Panormitanas, al respecto de esta Réplicas d'Ors menciona: "Recogemos bajo este título general una serie de artículos (que publicarán en distintas revistas) acerca de las críticas dirigidas a mi teoría del *creditum* por algunos insignes romanistas italianos, cuyo epicentro puede colocarse en Palermo."²⁹⁶

En este apartado se expondrán los artículos dedicados a estos autores, este estudio resultara conveniente para afirmar los fundamentos de la teoría del crédito y del mutuo como negocio crediticio.

3.7.2.-RÉPLICAS PANORMITANAS IV. SOBRE LA SUERTE DEL CONTRATO REAL EN EL DERECHO ROMANO.

²⁹⁴ D'ORS, Alvaro, *Derecho Privado Romano*, Op. Cit., pág. 486.

²⁹⁵ ADAME GODDARD, Jorge, *Esbozo de una nueva teoría del contrato*, Op.Cit., pág. 8.

²⁹⁶ D'ORS, Álvaro, "Réplicas Panormitanas I, De nuevo sobre '*Creditum*' (Réplicas a la crítica de Albanese)", Op.Cit., pág. 205.

Es conveniente comenzar este análisis a las réplicas panormitanas con el autor C.A. Cannata. D'Ors realiza la réplica a este autor en relación con los siguientes artículos de Cannata: *La "distinctio" re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique*, en *Sein und Werden im Rech: Festgabe U. von Lübtow* (1970) pág.431-455 y "*Creditum*" e "*obligationes*", en *Labeo*, 1974, páginas 104-125.

Junto con Cannata d'Ors en el mismo artículo realiza una réplica a Mashi en relación con sus artículos: *Studi volterra IV* (pub.1971) págs. 667 y *La categoría dei contratti reali*, 1973.

Respecto a esto autores d'Ors escribe las Réplicas Panormitanas VI, Sobre la suerte del Contrato Real en el Derecho Romano.

Entrando en materia hay que exponer lo planteado por Cannata: "...presenta una larga serie -30 - de textos 'de una manera u otra utilizan' la cuatripartición, pero como él mismo señala, son sólo cinco los textos que presentan la distinción *re – verbis – consensu*, a la que habría que añadir *litteris...*"²⁹⁷

Es muy importante realizar la siguiente comparación entre los textos del Digesto que propone Cannata y los mencionados por d'Ors para evitar confusiones y destacar que d'Ors ya había considerado y criticado algunos de estos textos, por ello se presenta el siguiente cuadro:

CANNATA.		D'ORS.
No considera válido para el derecho clásico el pasaje D.44.7.1.1	⇒	D.44.7.1.1
D.46.1.8.1	⇒	D.46.1.8.1
D.46.2.1	⇒	D.46.2.1
D.46.3.80	⇒	D.46.3.80
D.2.14.1.3	⇒	No lo considera.
D.50.16.19	⇒	Considera el texto, pero no con el fin que lo considera Cannata

Cuadro 3.6

²⁹⁷ D'ORS, Álvaro, "Réplicas Panormitanas VI: Sobre la suerte del contrato real en el Derecho", *Op.Cit.*, pág. 15.

Una vez realizada la anterior comparación hay que ir analizando los pasajes del Digesto señalados en el cuadro que antecede, considerando el pensamiento de Cannata y la crítica que realiza d'Ors respecto del mismo.

Comencemos con el multicitado D.50.16.19 al respecto “Cannata ve la serie *consensu- verbis-re* en la distinción labeoniana entre *contractus* (=consensu) y *actum* (=generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur)...”²⁹⁸

Al respecto de esta consideración de Cannata, d'Ors menciona que hay que observar que este caso “...*ultrocitroque obligatio* del *contractus* no corresponde a la de los contratos consensuales, pues, en opinión, tanto la fiducia como el depósito son *contractus* (están en el edicto XIX), aunque no sean ‘consensuales’. Así, me parece –dice d'Ors- inexacto alegar este texto como testimonio de la cuatripartición, y el mismo Cannata, a pesar de alegarlo, piensa como yo, pues cree que Labeón no conocía la cuatripartición.”²⁹⁹

Respecto al pasaje D.50.16.19 se ha abundado en esta tesis su significado y la importancia supina que tiene para la teoría del crédito, por lo que es conveniente pasar al considerar otro texto D.2.14.1.3, en él se expone la consideración de Pedio de *conventio* “...quiere ver Cannata una alusión más clara a la cuatripartición, por hablarse allí de *contractus* (=consensu) por un lado, y de la *obligatio* ‘sive re sive verbis’ por *otro...*”.³⁰⁰

Al respecto considera d'Ors que en efecto, se distingue entre el *contractus* y otro tipo de *obligatio*, pero puede repetirse lo dicho para el texto anterior, es decir, que Pedio tampoco conocía la clasificación de Gayo y que por tanto no hacía referencia a la mismas.³⁰¹

Una vez aclarado lo anterior, es conveniente hacer mención del siguiente:

*D.46.2.1.1. “ULPIANUS Libro quadragensimo sexto ad Sabinum. Illud non interest, qualis processit obligatio, utrum naturalis an civilis an honoraria, et utrum verbis an re an consensu: qualiscumque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter: ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit.”*³⁰²

²⁹⁸ D'ORS, Álvaro, “Réplicas Panormitanas VI: Sobre la suerte del contrato real en el Derecho”, *Op. Cit.*, pág. 15.

²⁹⁹ *Idem.*

³⁰⁰ *Ibidem*, pág. 16.

³⁰¹ *Idem.*

³⁰² *Corpus Iuris Civilis, Op. Cit.*, pág. 791.

“No interesa como sea la obligación precedente, si natural, civil u honoraria, y si verbal, real o consensual; así, pues, de cualquier clase que sea la obligación precedente puede novarse verbalmente, con tal de que la nueva obligación sea valida civil o naturalmente; por ejemplo, si un pupilo hubiera prometido sin la autoridad del tutor.(Ulp.46 Sab.).³⁰³

Ha este texto no conviene dedicarle mucho análisis, porque como dice d’Ors “...este texto es reconocidamente espurio.”³⁰⁴

“Quedan así dos textos (D.46.1.8.1 y 46.3.80), que son también los únicos que alega Maschi...”³⁰⁵

Respecto al D.46.1.8.1 que a la letra dice:

*“ULPIANUS libro quadragesimo septimo ad Sabinum. Praeterea sciendum est fideiussorem adhiberi omni obligationi posse, sive re sive verbis sive consensu”*³⁰⁶

“Debe saberse también que se puede salir fiador de cualquier obligación, sea real, sea verbal, sea consensual. (Ulp. 47 sab.)”³⁰⁷

En relación con el anterior texto Cannata no lo aduce como prueba válida.³⁰⁸

D’Ors comenta contundentemente que este texto es un ‘eco de Gayo’, “... de modo tan impresionante, en verdad, repite Ulpiano lo dicho por Gayo, que, si no admitimos que Ulpiano pudo citar a Gayo, hay que censurar este texto como espurio.”³⁰⁹

Al respecto de los textos mencionado d’Ors destaca que “así, queda un solo texto que valga la pena volver a ver: D.46.3.80. Ciertamente, muy poco para una distinción tan importante como hubiera sido la cuatripartición si hubiera sido conocida por los clásicos...”³¹⁰

En relación con este texto D.46.3.80 d’Ors realiza un análisis, consta de dos partes claramente diferentes:

³⁰³ D’ORS, Álvaro. *et al.*, El Digesto de Justiniano, versión castellana (tomo III), *Op.Cit.*, pág.548.

³⁰⁴ D’ORS, Álvaro, “Réplicas Panormitanas VI: Sobre la suerte del contrato real en el Derecho”, *Op.Cit.*, pág. 16.

³⁰⁵ *Idem.*

³⁰⁶ *Corpus Juris Civilis*, *Op. Cit.*, pág. 788.

³⁰⁷ D’ORS, Álvaro. *et al.*, El Digesto de Justiniano, versión castellana (tomo III), *Op.Cit.*, pág.534.

³⁰⁸ D’ORS, Álvaro, “Réplicas Panormitanas VI: Sobre la suerte del contrato real en el Derecho”, *Op.Cit.*, pág. 16.

³⁰⁹ *Idem.*

³¹⁰ *Idem.*

D.46.3.80 (Segmento primero) “POMPONIUS libro quarto ad Quintum Mucium. *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet, veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat, et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum quod promisit...*”³¹¹

“La obligación debe ser pagada del mismo modo que fue contraída; de forma que, cuando la hemos contraído por la recepción de algo, como cuando hemos dado en mutuo para que deba devolverse la misma cantidad; cuando la hemos contraído verbalmente, deba pagarse entregando algo o también verbalmente: esto último cuando se hace aceptación al promitente y mediante entrega cuando el deudor paga lo que ha prometido; (Pomp. 4 ad Q. Muc.)”³¹²

D.46.3.80 (Segmento segundo) “POMPONIUS libro quarto ad Quintum Mucium...*Aeque cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest.*”³¹³

“...así también, cuando se ha contraído una compraventa o un arrendamiento, como se puede contraer por el mero consentimiento, también puede disolverse por el disenso contrario (Pomp. 4 ad Q. Muc.)”³¹⁴

Cannata respecto del texto anterior considera que es “...evidente...la ‘diferencia de perspectiva’ entre las dos partes de este texto...”³¹⁵

Las dos primeras consideraciones que sugiere d’Ors respecto al texto del Digesto mencionado son: la primera en la parte inicial “...se habla del cumplimiento ordinario de la obligación; respecto a las obligaciones consensuales, en cambio, de la posibilidad, no de cumplirlas, sino de disolverlas: allí se habla de *solvi* y aquí de *dissolvi*. Esto obliga a pensar que ambas partes no son del mismo autor...”³¹⁶

La siguiente consideración se relaciona con el segundo segmento del pasaje mencionado al respecto “...la segunda –parte del texto- presenta, además, la grave incorrección del redundante *dissensus contratrius* (aparte el superfluo *vel*

³¹¹ *Corpus Iuris Civilis, Op. Cit.*, pág. 802.

³¹² D’ORS, Álvaro. *et al.*, *El Digesto de Justiniano, versión castellana (tomo III)*, *Op.Cit.*, pág. 569.

³¹³ *Corpus Iuris Civilis, Op. Cit.*, pág. 802.

³¹⁴ D’ORS, Álvaro. *et al.*, *El Digesto de Justiniano, versión castellana (tomo III)*, *Op.Cit.*, pág. 569.

³¹⁵ D’ORS, Álvaro, “Réplicas Panormitanas VI: Sobre la suerte del contrato real en el Derecho”, *Op.Cit.*, pág. 17.

³¹⁶ *Idem.*

entre *emptio* y *venditio*), parecía razonable pensar que Pomponio, autor de la primera parte, en que se hablaba, como en otros tantos textos, de *datio* y *stipulatio* (*re – verbis*), no podía ser el autor de la segunda, sino que ésta debía atribuirse a alguien que deseaba generalizar el principio del *contrarius actus*, extendiéndolo a los contratos consensuales.”³¹⁷

Mashi considera no ver nada “...anómalo en este texto –excepto, como siempre, la supresión de *litteris...*-, ni siquiera la expresión *dissensu contrario...*”³¹⁸

Como ya se menciona Cannata si encuentra algo raro en este pasaje pero trata de rescatarlo “...señala acertadamente la incompatibilidad de la dos partes, el texto se puede salvar atribuyendo la primera, como cita literal (‘*Quintus Mucius scribit:*’) a Escévola, y la segunda (‘*Pomponius*’) a Pomponio. Es decir: Escévola no conocía todavía la cuatripartición, pero sí Pomponio, pues aquella debió de introducirse en la doctrina en s. I, hacia la época de Pedio, cuya idea de la *conventio* (D.2.14.1.3) reflejaría ya la cuatripartición.”³¹⁹

La explicación de Cannata no convence a Álvaro d’Ors incluso la considera ingeniosa. D’Ors reflexiona en relación con lo dicho por Cannata que”... si vemos todo el conjunto de fragmentos del comentario de Pomponio a Escévola, podemos observar que, cuando se cita a Escévola, se señala expresamente, así como el comienzo del comentario añadido por Pomponio, pero esto no ocurre en nuestro texto más que por la conjetura de Cannata, que no tiene más apoyo que el deseo de salvar la segunda parte del texto de una lógica atribución a un post-clásico...”³²⁰

Una vez refutado lo considerado por Cannata, d’Ors explica el sentido de este pasaje del Digesto de la siguiente forma “...sigo creyendo –dice d’Ors- que la primera parte es de Pomponio y la segunda insiticia. Así, Pomponio no presentaría la cuatripartición, sino la consabida distinción entre la obligación nacida de una *datio* y la nacida de una *stipulatio*; no pensaba aquí en los contratos ‘consensuales’, ni tampoco tenía por qué hablar de los ‘literales’...”³²¹

³¹⁷ D’ORS, Álvaro, “Réplicas Panormitanas VI: Sobre la suerte del contrato real en el Derecho”, *Op.Cit.*, pág. 17.

³¹⁸ *Ibidem*, págs. 17 y 18.

³¹⁹ *Idem*.

³²⁰ *Ibidem*, pág. 18.

³²¹ *Idem*.

Es preciso considerar la tajante conclusión de d'Ors quien al descartar los textos del Digesto alegados por los defensores de Gayo concluye "...Gayo se ha quedado sólo, y me parece que es justo atribuirle su invención."³²²

Una vez exceptuados los textos del Digesto que apoyan a Gayo, hay que considerar lo estimado respecto a la antítesis *re-verbis*, Mashí al ser un seguidor de la cuatripartición gayana se horroriza "...ante la idea de un 'contrato monstruoso' que sea a la vez real y verbal: llega a decir que si hubiera existido tal negocio, 'la cuatripartición no tendría valor jurídico alguna' y 'sería falsa'..."³²³

Por lo anteriormente mencionado acerca del pensamiento de Mashí, d'Ors explica "...que no se trata de un 'contrato' híbrido, sino de un negocio en el que la obligación única nace a la vez de la *datio* y de la *stipulatio*..."³²⁴

Mashí no considera lo dicho por d'Ors, él explica la existencia de este 'contrato híbrido' de la siguiente forma: "...que 'el contrato verbal extingue por novación el precedente contrato real de mutuo, de forma que sólo queda un negocio que es únicamente *verbis*'..."³²⁵

D'Ors comenta que no hay novación "...pues sabemos que esta estipulación no extingue la deuda de mutuo: si ésta tenía garantías, no se extinguen las garantías por la posterior estipulación. Y no haya novación precisamente porque la cantidad debida no aparece expresamente identificada por el estipulante..."³²⁶

Dice d'Ors, que no solo no hay novación, sino que "...la *obligatio re* funciona aquí como *causa* de la *stipulatio* que la formaliza, y de ahí la posible *exceptio doli* en caso de *non numerata pecunia*..."³²⁷

Por tanto lo anteriormente dicho, d'Ors atribuye la clasificación *re-litteris-consensu-verbis* a Gayo al respecto manifiesta "Por lo tanto, no cabe alegar estos textos de *re-verbis* para probar la cuatripartición. Esta fue inventada por Gayo como extensión abusiva de la conocida antítesis *re – verbis*..."³²⁸

3.7.3.- RÉPLICAS PANORMITANAS III. 'CONVENTIONES' Y 'CONTRACTUS'.

³²² D'ORS, Álvaro, "Réplicas Panormitanas VI: Sobre la suerte del contrato real en el Derecho", *Op.Cit.*, pág. 17.

³²³ *Ibidem*, págs. 19 y 20.

³²⁴ *Idem*.

³²⁵ *Idem*.

³²⁶ *Idem*.

³²⁷ *Idem*.

³²⁸ *Ibidem*, pág. 20.

Una vez analizado a Cannata y Mashí resulta conveniente comenzar con otra réplica panormitana, ahora es preciso mencionar a Pietro Cerami quien d'Ors dedica el artículo que lleva por nombre Réplicas Panormitanas III: 'Convetiones' y 'contractus', réplica realizada al siguiente artículo de Cerami: D.2.14.5 (Ulp. 4 ad ed.) *Congetture sulle "tres species conventionum"*.

En relación con el artículo mencionado de Cerami d'Ors considera que "...no incide expresamente en una crítica de mi distinción entre *creditum* y *contractus*, ha venido a interferirse en el concepto de *contractus* la conjetura de Cerami sobre la clasificación de las *conventiones* que se inserta en el comentario ulpiano el título edictal *de pactis*"³²⁹

Es necesario comenzar con lo expuesto por Cerami, según él (p.316 y ss.) "...la *ultra citroque obligatio* de Labeón (D.50.16.19) no se debe entender en el sentido de la bilateralidad funcional, sino –como ya se ha sostenido alguna vez– en el de la bilateralidad genética: sería así '*la vera matrice storica della doctrina classica della conventio*'. No entrarían en tal concepto labeoniano aquellos negocios en los que no se da un 'encuentro de voluntades recíprocas', sino la iniciativa de una parte seguida por la otra parte, como ocurre en la estipulación, el mutuo, el depósito, el comodato, la prenda y el mandato."³³⁰

Para explicar lo anterior Cerami considera que el multicitado D.2.14.1.3 y enuncia: "Habría sido Pedio (D.2.14.1.3) quien puso la clave del *contractus=conventio* en el simple 'acuerdo' de voluntades, y no en el 'encuentro', de suerte que abarcase todo los actos bilaterales fuentes de obligación: *nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem* (donde *contractus-obligatio* como mera hendíadis, sería la obligación contractual). Esta 'aportación crítica' de Pedio representaría la clave central de todo el desarrollo histórico de la doctrina general de la *conventio* (p.319). Quedarían excluidos del concepto de *conventio* sólo los negocios de efecto real, y aquellos que engendran obligación tan sólo por un acto unilateral."³³¹

Complementa lo anterior Cerami mencionando que para "Para Ulpiano, por lo tanto, *contractus* habría sido ya todo acuerdo de voluntades productivo de

³²⁹ D'ORS, Álvaro, "Replicas Panormitanas III. *Conventiones* y *contractus*", *Op.Cit.*, pág.125.

³³⁰ *Ibidem*, págs.125 y 126.

³³¹ *Ibidem*, pág. 126.

obligación. Estos acuerdos tendrían ya su *proprium nomen contractus*, salvo algunos que carecían de él, pero que, siguiendo a Aristón, podían ser llamados *contractus* (los que acabarán por llamarse ‘innominados’).”³³²

Por sus consideraciones anteriores Cerami considera al mutuo un contrato “...El carácter ‘consensual’ (en este sentido de convencional) de la estipulación aparecería probado por la misma declaración de Ulpiano (D.2.14.1.3 i. f.): *nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*. Y el del mutuo y otros contratos reales, por lo que decía el mismo Ulpiano en D.12.1.1.1 – Cerami sigue la interpretación de Albanese- de que el edicto ‘*de rebus creditis*’ abarcaba *contractus* varios constitutivos de un *credere* (*ex hoc contractu credere dicimur*).”³³³

Respecto de las *conventiones* Cerami considera que “...Ulpiano comprendía como *conventiones* todos los negocios convencionales que engendraban una obligación, y sólo ellos entraban, junto con los pactos, en el concepto de las *conventiones privatae ex iure gentium* a las que se refiere D.2.14.7. De éstas habría que distinguir las *conventiones privatae legitimae*, que, como dice Paulo (frag.6), son aquellas cuya eficacia apoyan en una ley o senadoconsulto. No se trataría (p.297) de negocios del *ius civile*, sino, bien de pactos con efecto *ipso iure*...”³³⁴

Continua Cerami explicando el texto de Ulpiano y al respecto dice: “Por lo demás, aparte estas *conventiones privatae (legitimae o iuris gentium)*, Ulpiano distingue las *publicae*, que, según Cerami (p.283 y ss.), serían los tratados internacionales (*per pacem*) o (‘aut’ añade Cerami) los ‘acuerdos bélicos’”.³³⁵

Respecto del texto de Ulpiano Cerami concluye: “Esta dicotomía *publicae-privatae* contrasta con la tricotomía anunciada por el mismo Ulpiano: *tres sunt species*. Aunque suele entenderse que esta tres clases vienen de la siguiente subdivisión de las convenciones privadas en dos (*legitimae-iuris gentium*), Cerami cree que el texto debe explicarse por la caída de tercera *species* enunciada por Ulpiano pero omitida por los compiladores: *ex publica causa fiunt ‘aut ex fiscali’ aut ex privata*. En realidad, este punto de restablecer la categoría de los contratos fiscales como tercera *species*, en relación con la

³³² D’ORS, Álvaro, “Replicas Panormitanas III. *Conventiones y contractus*”, *Op.Cit.*, pág.126.

³³³ *Ibidem*, págs. 126 y 127.

³³⁴ *Ibidem*, pág. 127.

³³⁵ *Idem*.

monografía de Cerami sobre '*contrahere cum fisco*', es el que ha movido al autor a una revisión de toda la problemática que presenta el comentario ulpiano a la rúbrica *de pactis*.”³³⁶

Una vez expuesta la consideración de Cerami, es oportuno considerar que al respecto opina d'Ors: primero "...del comentario de Ulpiano a la rúbrica del título edictal *de pactis* se deduce que la Jurisprudencia clásica consideraba como *conventio* negocial, distinta del *pactum*, todo negocio que engendraba una acción personal civil, referida, por tanto, a una *obligatio*; no los negocios reales ni aquellos obligacionales pretorios consistentes en un *actione teneri*..."³³⁷

Dentro de las *conventio* negocial "...esta categoría, constituían una especie las *conventiones iuris gentium*, que eran aquellos *contractus* cuyas acciones se recogían en el edicto XIX (menos la *fiducia*), incluyendo los contratos atípicos que engendraban una acción civil desde que una de las partes contratantes cumplía su prestación, cuyas acciones parecen haber tenido acogida también en ese mismo título XIX del Edicto pretorio.”³³⁸

Para aclarar con precisión este asunto de las convenciones es conveniente considerar lo mencionado por Jorge Adame: "Ulpiano dice que la palabra *conventio* es un término general (*verbum generale*, lo mismo decía Labeón respecto de la palabra *actus*) que significa que varias personas consienten en algo determinado; luego cita a Pedio (jurista del siglo primero igual que Aristón) quien afirma que no hay contrato ni hay obligación sin que haya una convención, sea que la obligación se contraiga por la entrega de una cosa, sea por palabras (*nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat*). Aquí Pedio, por una parte, distingue los contratos de las obligaciones, las cuales, según el mismo Pedio, pueden contraerse por la entrega de una cosa o por palabras, y por la otra, señala que hay un elemento común a las obligaciones y los contratos, que es el convenio, que se requiere en unas y otros. Como en palabras de Ulpiano la convención es el término general, resulta que en este texto propone una clasificación de los actos jurídicos, semejante a la de Labeón, pues comprende una categoría

³³⁶ D'ORS, Álvaro, "Replicas Panormitanas III. *Conventiones y contractus*", *Op.Cit.*, págs. 127 y 128.

³³⁷ *Ibidem*, pág. 143.

³³⁸ *Idem*.

general, la convención, y dos especies: los contratos y las obligaciones que se contraen por la entrega de una cosa o por palabras. Luego aclara Ulpiano, y como concluyendo esta idea, que muchas de estas convenciones tienen un nombre propio, como la compra y el arrendamiento (contratos), la prenda (*obligación re contracta*) y la estipulación (*obligación verbis contracta*).³³⁹

La segunda aclaración importante que realiza Adame es: “Pasando adelante en su explicación del término *conventio*, Ulpiano presenta otra distinción entre los contratos y las demás obligaciones. Él dice (párrafo 5) que hay tres tipos de convenciones: las públicas, y las privadas, y éstas pueden ser legítimas o de derecho de gentes (*iuris gentium*). Los compiladores quitaron el párrafo donde Ulpiano explicaba qué eran las convenciones “legítimas” pero dejaron el que explica (actual párrafo 7) qué son las convenciones *iuris gentium*. Ahí dice que estas convenciones pueden dar lugar a una acción o a una excepción, y que las que generan acción tienen el nombre propio de contrato, como la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato; las que generan solo excepción son los pactos que se dan respecto de una obligación ya contraída o por contraer. De modo que aquí Ulpiano contrapone nuevamente los contratos con otro tipo de negocios, llamando a los primeros convenciones de derecho de gentes y a los otros convenciones legítimas, que bien podrían ser, como sugiere d’Ors, los negocios que dan lugar a las obligaciones reconocidas por el derecho civil, como la estipulación, el mutuo y otras.”³⁴⁰

Para concluir la crítica hecha a Cerami d’Ors menciona: “Así, debemos agradecer a la conjetura de Cerami el habernos obligado a reflexionar de nuevo sobre esta tema, y haber podido confirmar desde un nuevo punto de vista la identificación de *contractus* con los negocios del edicto XIX, a la vez que podemos ver mejor la correspondencia de estos *contractus* con las *conventiones iuris gentium*: son *iuris gentium* precisamente porque se fundan de una manera expresa (por los términos mismo de su fórmula) en la *bona fides*.”³⁴¹

3.7.4.- REPLICA PANORMITANAS IV. SOBRE LA SUPUESTA ‘CONDICTIO’ SIN ‘DATIO’

³³⁹ ADAME GODDARD, Jorge, *Esbozo de una nueva teoría del contrato*, *Op.Cit.*, pág. 4.

³⁴⁰ *Idem*.

³⁴¹ D’ORS, Álvaro, “Replicas Panormitanas III. *Conventiones y contractus*”, *Op.Cit.*, pág. 143.

Como ya se menciona en los apartados anteriores de este capítulo la *condictio* es fundamental para la teoría del crédito, en este tenor se mencionara dos replicas panormitanas que se refieren a esta acción.

Es propicio comenzar por la replica realizada por el autor Santoro R., esta replica se realiza en el artículo que lleva por nombre “Sobre la supuesta ‘*condictio*’ sin ‘*datio*’.”

Para comenzar el análisis de esta replica hay que comenzar por lo que expone Santoro quien considera la posibilidad de una *condictio* sin *datio*: “Una afirmación general de la procedencia de la *condictio* sin necesidad de *datio* sería –atribuida a Sabino y a Celso –la que ofrece Ulp. (18 ad Sab.) D.12.5.6: ‘*Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id quod ex injusta causa apud aliquem sit posse condici: in qua sententia etiam Celsus est*’. ‘Constantemente aprobó Sabino la opinión de los antiguos según la cual se puede reclamar por condición lo que alguien retiene con causa injusta: opinión en la que está también Celso (Ulp. 18 Sab.)’.”³⁴²

“Dice con razón Santoro (arg.: D.50.16.63) que el *apud aliquem esse* no implica la propiedad, ni siquiera la posesión. Así, contra la exigencia de una *datio* – exigencia que acabó por imponerse pero sólo se habría introducido con Prócuro (p.478) -, la opinión antigua, mantenida por Sabino (y Celso), admitía una *condictio* contra el que de algún modo retenía algo recibido *ex injusta causa* aunque no hubiera adquirido la propiedad...”³⁴³

La consideración de Santoro “...parte de la idea gayana de que sólo en el caso de la *condictio furtiva* se daba una *condictio* a favor del propietario...”³⁴⁴

Respecto a lo considerado por Santoro en el párrafo anterior d’Ors considera: “Pero no debemos olvidar que el mismo libro de Gayo (2.79) da semejante *condictio* contra los *possessores*, con lo que, una vez más, vuelve Gayo a ponerse en contradicción consigo mismo, a no ser que optemos, como hace Santoro (p.459 ss.), por suponer alteraciones glosemáticas...”³⁴⁵

Para comenzar con su replica d’Ors nos dice que “La *codictio*, como es sabido, fue introducida (por la ley Sila en época de las *Legis actiones*) como acción

³⁴² D’ORS, Álvaro, “Réplicas Panormitanas IV. Sobre la supuesta *condictio* sin *datio*”, *Op.Cit.*, pág. 3.

³⁴³ *Idem.*

³⁴⁴ *Idem.*

³⁴⁵ *Idem.*

para reclamar cantidades y sólo posteriormente se extendió (por la ley Calpurnia) a la repetición de objetos específicos...”³⁴⁶

Continuando con su explicación d’Ors aclara la situación de la reivindicatoria y la *condictio* “...Respecto a las cantidades, es claro que la reivindicatoria sólo puede ser concebida en un plano puramente especulativo, pues de hecho, el dinero y demás cosa fungibles, precisamente por la dificultad de su identificación, no pueden ser reivindicadas. Si lo son, es porque se identifican por los recipientes que los contienen, y entonces dejan propiamente de ser genéricas. Se habla siempre de la *consumptio* como hecho que viene a impedir la reivindicatoria y da paso a la *condictio* del valor, pero no se debe olvidar que también la confusión o conmixtión de géneros hace imposible la reivindicatoria, y que, normalmente, sólo mediante la especificación por los recipientes puede impedirse la confusión o conmixtión.”³⁴⁷

Cuando se trata de objetos no-pecuniarios dice Álvaro d’Ors “...respecto a los objetos no-pecuniarios en aquellos casos en que vemos intervenir la *condictio* a favor del que podríamos pensar que no había perdido la propiedad: en realidad, si ejercita la *condictio* en vez de la *vindicatio*, es porque el demandante reconoce haber perdido la propiedad, aunque sea contra su voluntad, y podemos considerar consiguientemente que el demandado llegó a hacerse propietario del objeto cuya repetición se reclama.”³⁴⁸

“Podemos concluir, pues, que esos aparentes supuestos casos de *condictio* sin *datio* alegados por Santoro deben explicarse como supuestos de *dationes* ‘*ex eventu*’, cuando no *ob causam*...”³⁴⁹

3.7.5.- REPLICAS PANORMITANAS V. SOBRE D.12.1.9.1.

Otra replica donde también se exponen consideraciones acerca de la *condictio* son las Replicas Panormitanas V, Sobre D.12.1.9.1, dedicadas a Frezza.

Respecto de esta réplica d’Ors comenta que la idea de una antíquisima *condictio* plurivalente, es decir, que amparaba una variada serie de negocios, aparece planteada por Frezza, con una nueva argumentación.³⁵⁰

³⁴⁶ D’ORS, Álvaro, “Réplicas Panormitanas IV. Sobre la supuesta *condictio* sin *datio*”, *Op.Cit.*, pág. 4

³⁴⁷ *Idem.*

³⁴⁸ *Idem.*

³⁴⁹ *Ibidem*, pág. 44.

³⁵⁰ Cfr. D’ORS, Álvaro, “Réplicas Panormitanas V. Sobre D.12.1.9.1”, *Op.Cit.*, en *Ressegna di Diritto Romano*, Editore Jovene, Nápoles, Volumen 23, 1977, págs. 54 y 55.

“Según Frezza, la fórmula de la *condictio* introducida por la ley Ebuca (que él data no mucho después de la ley Silia), vino a unificar la acción civil de la *pecunia credita* (*legis actio per condictioem* para ciudadanos y asociados *ex foedere*, y con ficción para los extranjeros) y la reclamación introducida en el edicto del pretor peregrino consistente en el ‘*solvere aut iurare cogam*’ (con la coacción de una posible *missio in bona*). Se habría convertido así en una acción muy general, que justificaría la dicotomía doctrinal *vidicatio-condictio*.³⁵¹

A la consideración de Frezza, d’Ors arguye: “En mi opinión, es cierto que la *condictio* clásica no es ni más ni menos que la *actio certi* o *certae creditae pecuniae*, que puede surgir de una *datio*, de una *stipulatio certi* o de la *expensilatio*, aunque la Jurisprudencia suele llamar *condictio* a esa acción cuando se funda en una *datio* mejor que en los otros casos. La fórmula abstracta permitía abarcar los supuestos de *dationes* y los de la estipulación o expensilación, ellas mismas actos abstractos, pero no podía extenderse a aquellos supuestos en que se debía incluir una referencia a la causa...³⁵²

Frezza llega a considerar “En un sistema de *ius civile*, según Frezza, la *condictio* comprendería las reclamaciones delictuales por hurto, daño Aquiliano, *iniuriae*, etc.; junto a (además del mutuo) los legados y las estipulaciones: dos grupos que luego Gayo llamará *ex maleficio* y *ex contractu*. La misma rúbrica ‘*de religiosis et sumptibus funerum*’ que precede a la ‘*de rebus creditis*’ del Edicto (tit.XVII), se explicaría por una aplicación antigua de la *condictio* al supuesto de la *actio funeraria*.³⁵³

D’Ors explica que “...incluso en acciones del *furtum* sí entra en juego la *condictio* (llamada *furtiva*) precisamente por haber en ese supuesto una *datio* ‘*ex eventu*’; pero no se concibe qué papel puede tener en el daño Aquiliano, pues con la acción penal (no referida a un *certum*, sino aun valor máximo que habrá de estimar el juez) no concurre otra acción reipersecutoria D.9.2.27.21 que alega Frezza no habla de *condictio*, sino de la conocida *actio in factum* complementaria de la acción civil de la ley Aquilia . Como ya decía Lenel, la litiscrescencia de la acción penal (proveniente de la antigua *manus inectio*) no es compatible con la *condictio*; hasta el punto de que, como es sabido, esa

³⁵¹ D’ORS, Álvaro, “Réplicas Panormitanas V. Sobre D.12.1.9.1”, *Op.Cit.*, pág. 55.

³⁵² *Ibidem*, págs. 56 y 57.

³⁵³ *Ibidem*, pág 55.

acciones con litiscrescencia excluyen el posible fraude de plantear la misma discusión (previo pago) en sede de *condictio indebiti*. Podría pensarse que, en caso de no haber *infitiatio*, sino simple discusión sobre el alcance de la estimación, pero esta acción (el *arbitrium litis aestimandae*) no podría ser nunca la *condictio*, precisamente por no referirse a un *certum*.”³⁵⁴

Al respecto de la conjeturas que presenta Frezza d’Ors nos dice que el fundamento de las mismas es “...la posición de la *condictio* en el orden Sabiniano: D.12.1.9.1 que conviene transcribir entero (aunque Frezza no lo haga así), incluyendo incluso el pr. de ese mismo fragmento atribuido a Ulpiano (26 ad ed.), que él omite (diría yo por cierto pudor): ‘*Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligationes, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto: licet enim nobis ex onmin contractu certum condicere, dummodo praesens sit obligatio: ceterum, si in diem sit vel sub condicione obligatio, ante diem vel condicionem non potero agüere (I) Competit haec actio etiam ex legati causa ex lege Aquilia. Sed et ex causa furtiva per hanc actionem condicitur. Sed et si ex senatus consulto agetur, competit haec actio, veluti si is cui difuciaría hereditas restituta es agere volet.*’ ‘La condicción de cosa cierta compete por cualquier causa, por cualquier obligación por la que se pide cosa cierta, ya se pida por un contrato cierto o incierto, pues podemos demandar por la condicción con tal de que la obligación esté vencida, porque si es obligación a término o bajo condición, no podré demandar antes del término o la condición. ‘Compete también esta acción por causa de legado o por la ley Aquilia; pero incluso se demanda por, esta condicción por causa de hurto; y si se demanda en virtud de un senadoconsulto, también compete esta acción; por ejemplo, si quiere demandar aquel a quien se restituyó una herencia fiduciaria.’”³⁵⁵

Y aunque de este texto del Digesto Frezza realiza sus conjeturas d’Ors explica “...no saca la consecuencia total de la generalización de la *condictio* presentada por el texto en que funda su teoría, como sería la de que también los contratos consensuales deberían haber caído bajo la órbita de la *condictio*...”³⁵⁶

³⁵⁴ D’ORS, Álvaro, “Réplicas Panormitanas V. Sobre D.12.1.9.1”, *Op.Cit.*, págs. 56 y 57.

³⁵⁵ *Ibidem*, pág. 56.

³⁵⁶ *Ibidem*, pág. 57.

Al igual de d'Ors Frezza "...cree, en cambio, que, aunque también las acciones de buena fe procedan de la jurisdicción peregrina, no han tenido como antecedente la *condictio*, en el procedimiento de las *legis actiones*, y deben, por ello, mantenerse diferenciadas de la *condictio*, en lo que estoy enteramente de acuerdo, pues es precisamente de es diferencia radical de donde parte mi distinción *creditum-contractus*".³⁵⁷

En relación con estas acciones de buena fe Frezza manifiesta "De todos modos, fuera del campo de las *condictio*, quedarían las acciones de buena fe, que también habrían aparecido en la jurisdicción peregrina, y luego habrían pasado a la pretoria. Estas acciones, fundadas en la *fides* (la *demosia pistis* del comercio mediterráneo), presentaban, a diferencia de la *condictio*, la cuestión del *quid actum sit*, y no simplemente del *an contractum sit* de la *condictio*, y habrían quedado fuera del ámbito de esta última."³⁵⁸

Considerando las conjeturas de Frezza, d'Ors manifiesta "Así, pues, el intento de Frezza de reconstruir el orden Sabiniano partiendo de una sección dedicada a la *condictio* delictual y otra a al contractual, me parece absolutamente forzado, aunque la separación respecto a los juicios de buena fe pudiera parecer favorable a mi tesis. La comparación con el orden Luciano, donde sería más probable, de haber existido, esa unidad de materias por razón de la *condictio*, pero no se da, resulta aleccionadora. Es verdad que la inserción, tras la *condictio*, de unos fragmentos de legados y relativos al edicto no son fáciles de explicar, pero tampoco Frezza ha conseguido aclarar este problema desde su propia teoría."³⁵⁹

D'Ors considera que "En el fondo del pensamiento de Frezza parece estar la idea de justificar la división ganaya de las obligaciones, la cual –dice- mereció el gran éxito que tuvo, pues cree y en esto estoy con él que fue '*un prodotto originale del pensiero di questo giurista*', del '*buon Gaio*' (p.195 y nt.53), dice él. Pero que sea una división '*di precisa, incisiva esaustivita*' (p.195), eso, francamente, resulta excesivamente optimista, y la misma comparación con la *res cottidianae* viene a demostrar que la división de la 'Instituciones' no pasa de

³⁵⁷ D'ORS, Álvaro, "Réplicas Panormitanas V. Sobre D.12.1.9.1", *Op.Cit.*, pág. 57.

³⁵⁸ *Ibidem*, pág. 55.

³⁵⁹ *Ibidem*, pág. 58.

ser un expediente didáctico bastante provisional, y, al parecer, ignorado por la Jurisprudencia clásica.”³⁶⁰

Concluye d’Ors respecto de esta réplica “En fin *tractatus*, como ese de D.12.1.9.1 nunca llegaremos a tener un idea aceptable de lo que fue la *condictio*.”³⁶¹

3.7.6.- RÉPLICAS PANORMITANAS I Y II: DE NUEVO SOBRE EL ‘CREDITUM’ Y EI ‘CONTRACTUS’ SEGÚN LABEÓN.

Resulta conveniente mencionar como ultima réplica la que se relaciona con el jurista Albanese, a quien d’Ors le dedica dos artículos para realizar su replica, por orden cronológico se debe hacer referencia al publicado en la revista italiana *Studia et documenta Historiae et Iuris* llamado “De nuevo sobre el ‘*Creditum*’”, donde d’Ors analiza y se contrapone al artículo de Albanese “*Per la storia del ‘Creditum’*”.

Después de considerar este artículo se expondrán las consideraciones pertinentes respecto al segundo artículo dedicado a esta replica hecha a Albanese, que consta en la revista de Estudios Históricos-Jurídicos de 1976 cuyo artículo lleva por nombre “El ‘*contratus*’ según Labeón” en este artículo d’Ors considera lo dicho por Albanese principalmente en su artículo “‘*Agere*’, ‘*genere*’ e ‘*contrahere*’ in D.50.16.19, *congetture su una definizione de Labeone*”. Otro artículo de Albanese al que hace referencia d’Ors es “El ‘*contratus*’ según Labeón” es ‘*Ancora su D.12.1.1.1 Celso e il credere (tercero de tre Studio celsini)*’.

Como ya se menciona se comenzara por el análisis de lo contenido en el artículo “De nuevo sobre el ‘*Creditum*’”, antes de mencionar la replica de d’Ors es conveniente destacar lo que sugiere Albanese, después de considerar a éste autor se expondrá lo que considera Álvaro d’Ors.

Uno de los más importante planteamientos de Albanese es lo que él manifiesta respecto al pasaje del Digesto 12.1.1.1. “Según Albanese, este texto ilustra perfectamente la noción de *res credita* en el Edicto, y en el mismo Juliano que se encargó de su última ordenación. La unidad de los negocios comprendidos en el edicto XVIII, ‘*de rebus creidtis*’ –mutuo, comodato y prenda- estaría determinada precisamente por estos tres elementos: I) un asentir a la

³⁶⁰ D’ORS, Álvaro, “Réplicas Panormitanas V. Sobre D.12.1.9.1”, *Op.Cit.*, pág. 58

³⁶¹ *Idem*.

propuesta negocial de otra persona: *cuicumque rei adsentiri*; II) por confiar en esa otra persona: *alienam fidem secuti*; III) con una entrega en espera de restitución: *mox recepturi quid*. Este último elemento –la entrega implícita en la expectativa de recuperación- es el que habría excluido de los negocios crediticios a los contratos consensuales, en los que no se presupone una entrega como elemento perfectivo del contrato; a pesar –reconoce Albanese (p.161)- de que la expresión *onces contratus...complectitur* es lo suficientemente vaga para autorizar eventualmente su aplicación a los contratos consensuales’.”³⁶²

Respecto a esta característica tres ‘contratos’ cumplen “Sólo en estos tres ‘contratos’ –mutuo, comodato y prenda- se daría ese asentir a las propuesta del que recibe algo con obligación de restituir. No, en cambio, en la fiducia (p.154 n.7), porque su carácter formal impide que se hable de ella –dice Albanese- como de un simple contrato. Tampoco del depósito (p.154 y 159 n.6), porque en el depósito el depositante lleva la iniciativa del negocio y no ‘asiente’ a una propuesta ajena. Tampoco, en fin, del *constitutum* (p.150 n. 5), pues, según el mismo Albanese, se trata, no de un contrato distinto, sino de una ‘eventual particularidad’ de la *condictio*, al igual que la *actio de eo quod certo loco*, de la que se habla también bajo la misma rúbrica ‘*si certum peteru*’.”³⁶³

Apoyando lo mencionado por Albanese encontramos al ya comentado Maschi “Así pues, como ya había sostenido Albanese y ahora reitera en crítica a Maschi, ‘el desarrollo del *creditum* y el de las *obligationes re* se realizan en planos independientes”.”³⁶⁴

Antes de expresar su crítica hacia Albanese d’Ors nos plasma el texto del Digesto D.12.1.1.1 traducido por Kaser: “Requiere esta materia, antes de entrar en la interpretación de las palabras, decir algo sobre la significación de este Título. (1) Puesto que el Pretor ha colocado bajo este Título muchas relaciones jurídicas relativas a los contratos, le ha antepuesto la rúbrica de *res creditae*, pues todos los contratos que allí comprende son aquellos cuya conclusión se relaciona con una concesión de confianza. Como Celso...dice, el término *credere* es general, y por eso puede el pretor dar un edicto bajo este Título

³⁶² D’ORS, Álvaro. “Réplicas Panormitanas I, De nuevo sobre ‘*Creditum*’ (Réplicas a la crítica de Albanese)”, *Op.Cit.*, pág. 220.

³⁶³ *Idem.*

³⁶⁴ *Idem.*

sobre el comodato y la prenda. *Credere* en base a un contrato puede decirse siempre que unimos una concesión de confianza con una entrega de cualquier clase, al objeto de recibir luego alguna cosa...³⁶⁵

Lo primero que considera d'Ors respecto de este texto es lo tortuoso de la secuencia que tiene por lo que lo divide e inciso como se expone en la siguiente cita: "...a) puesto que (*quoniam*) este edicto comprende muchos derechos contractuales, el pretor le puso la rúbrica de '*res creditae*', b) pues (*enim*) comprende todos los contratos de confianza, c) ya que (*nam*), como dice Celso, '*credere*' es un término general, d) y por eso (*ideo*) incluye el comodato y la prenda, e) ya que (*nam*) llamamos '*credere*' a asentir en algo, fiados de alguien, para recibir luego algo"³⁶⁶

Como se menciona en el párrafo anterior d'Ors fragmenta el texto en incisos y después realiza el siguiente análisis: "Debe señalarse que las frases a) b) y d) se refieren al mismo hecho de que el pretor comprende varios tipos contractuales en este edicto, en tanto las cláusulas c) y e) se refieren al sentido amplio de *credere*..."³⁶⁷

Dice d'Ors que el sentido del texto no suena lógico como ya se menciona argumentando primero "No creo que sea caer en un exceso crítico si decimos que Ulpiano hubiera podido ordenar ambas ideas sin este fraccionamiento."³⁶⁸

Y en segundo lugar sugiere que el texto del Digesto 12.1.1.1 Ulpiano no analiza como comúnmente lo hacía, es decir, Ulpiano plasmaba el texto del Edicto que analizaba y después hacía sus comentarios.³⁶⁹

Para otorgarle coherencia d'Ors propone separar el texto, de esta manera se puede apreciar más fácilmente que la primera parte del texto es de Ulpiano y la segunda no, por lo dicho d'Ors expone lo siguiente: "Tanto el texto de Ulpiano como la paráfrasis que en él se introdujo ganan en coherencia si los separamos en las siguiente forma:"³⁷⁰

³⁶⁵ D'ORS, Álvaro. "Réplicas Panormitanas I, De nuevo sobre '*Creditum*' (Réplicas a la crítica de Albanese)", *Op.Cit.*, pág. 222.

³⁶⁶ *Ibidem*, págs. 221 y 223.

³⁶⁷ D'ORS, Álvaro. "Réplicas Panormitanas I, De nuevo sobre '*Creditum*' (Réplicas a la crítica de Albanese)", *Op.Cit.*, pág.223.

³⁶⁸ *Idem*.

³⁶⁹ *Cfr. Idem*.

³⁷⁰ *Ibidem*, pág. 225.

ULP.

“E re est, priusquam ad verborum interpretationem perveniamus, pauca de significatione ipsius tituli referre ‘et’.

Ut libro primo quaestionum Celsus ait, ‘credendi’ generalis appellatio est, nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid ‘credere’ dicimur. ‘rei’ quoque verbum ut generale praetor elegit.”

PARAPHR.

“Quoniam igitur multa ad contractus varia pertinentia iura sub hoc titulo praetor inseruit, ideo rerum creditarum titulum praemisit.

Onmes enim contractus quos alienam fidem secuti instituimus complectitur ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit.”

“Como el pretor comprendió bajo este título muchas disposiciones relativas a diversos contratos, le puso el título de ‘cosas prestadas’; abarca, en efecto, todos los contratos que hacemos confiando algo a alguien.

Porque, como elegantemente dice Celso.1.quaest., la denominación de ‘préstamo’ en general.”

“Por ello dio el pretor, bajo este título, edictos sobre el comodato y la prenda, pues cuando convenimos confiar algo a alguien para, en virtud de este contrato, recuperarlo después, se dice que prestamos; también eligió el pretor la palabra ‘cosa’ como más general. (Ulp.26.ed).”

Al respecto del texto anterior d’Ors dice que “Lo que importa observar, sobre todo, es que Ulpiano trataba de explicar la ‘rúbrica’ –las palabras *credere* y *res*– y no el contenido de este ‘edicto’. En consecuencia, no puede derivarse que él comprendiera –ni mucho menos Celso – el comodato y la prenda dentro del *creditum*. Albanese, al creerlo así, se ve obligado a admitir una acepción totalmente excepcional de *credere*, que, naturalmente, no habría tenido

ninguna influencia en el lenguaje de los juristas, siendo así que no se concibe que el Edicto dejara de tener influencia en ellos.”³⁷¹

Como explica d’Ors lo que convirtió a la explicación de la ‘rubrica’ del título en una explicación del edicto “Fue sólo la tendencia ‘figuralista’ del post-clásico...”³⁷²

Y como consecuencia de lo anterior “...causó la inclusión del comodato y la prenda en el *credere*.”³⁷³

Comenta d’Ors que la peor inclusión en el *credere* fue la prenda “...resultaba chocante, puesto que en esa relación de garantía, precisamente, el *creditum* es siempre lo garantizado y no la garantía.”³⁷⁴

Lo anterior llevaba a “la generalidad del *credere* se refería precisamente a que cualquier *datio* convencional –que fuera un *negotium contratum* -, y no el mutuo exclusivamente, entraba en el concepto de *credere*...”³⁷⁵

Al respecto en esta consideración del pasaje D.12.1.1.1 d’Ors concluye “Por último, sólo el autor post-clásico de la paráfrasis habría calificado de *contractus* los negocios comprendidos en el título XVII del Edicto.”³⁷⁶

Resulta conveniente mencionar otra consideración que realiza Albanese, él considera haber encontrado cuatro pasajes del Digesto donde se confirma la denominación de *contractus* para el mutuo. A continuación se mencionaran los textos considerados por Albanese respecto al mutuo como contrato:

Primero.- D.12.1.20. “*Iulianus libro octavo decimo digestorum. Si tibi pecuniam donassem, ut tu mihi eandem crederes, an credita fieret? dixi in huiusmodi propositionibus non propriis verbis nos uti, nam talem contractum neque donationem esse neque pecuniam creditam: donationem non esse, quia non ea mente pecunia daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret: creditam non esse, quia exsolvendi causa magis daretur quam alterius obligandi igitur si is, qui pecuniam hac condicione accepit, ut mihi in creditum daret, acceptam dederit, non fore creditam: magis enim meum accepisse intellegi debeo. sed*

³⁷¹ D’ORS, Álvaro. “Réplicas Panormitanas I, De nuevo sobre ‘*Creditum*’ (Réplicas a la crítica de Albanese)”, *Op.Cit.*, pág. 226.

³⁷² *Idem.*

³⁷³ *Idem.*

³⁷⁴ *Idem.*

³⁷⁵ *Idem.*

³⁷⁶ *Ibidem*, pág. 228.

*haec intellegenda sunt propter suptilitatem verborum: benignius tamen est utrumque valere.*³⁷⁷

Si yo te donara una cantidad y tú me la prestaras ¿resultará prestada? Dije: en estos supuestos no usamos de palabras ajustadas, pues tal contrato no en donación ni en cantidad prestada. No hay donación porque no se da la cantidad con el pensamiento de que quede de todos modos en propiedad del que recibe; no es cantidad prestada porque se da más para pagar que para obligar a otro. Consiguientemente, si quien recibió la cantidad bajo la condición de dármela en préstamo la diera por recibida, no queda prestada, porque parece debe entenderse que ha recibido lo que es mío. Pero estas cosas deben entenderse así por rigor de las palabras; es, sin embargo, de mayor benignidad que ambos negocios valgan (*Iul. 18 dig.*)³⁷⁸

D'Ors considera "...Creo que Albanese se ha precipitado: Juliano no llama *contratus* al mutuo, sino a un contrato atípico (*do ut des*) de donación a cambio de mutuo, que, dice Juliano, no es donación ni mutuo; sólo un post-clásico (de acuerdo en esto Albanese) sostuvo lo contrario..."³⁷⁹

Segundo.- D.14.6.3.3. "*ULPIANUS libro vicensimo nono ad edictum. Is autem solus senatus consultum offendit, qui mutuam pecuniam filio familias dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit locavit vel alio modo contraxit: nam pecuniae datio pernicioosa parentibus eorum visa est. et ideo etsi in creditum abii filio familias vel ex causa emptionis vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravi, etsi stipulatus sim: licet coeperit esse mutua pecunia, tamen quia pecuniae numeratio non concurrat, cessat senatus consultum. quod ita demum erit dicendum, si non fraus senatus consulto sit cogitata, ut qui credere non potuit magis ei venderet, ut ille rei pretium haberet in mutui vicem.*"³⁸⁰

"Solo obra contra el senadoconsulto el que dio dinero en préstamo a un hijo de familia, no el que contrato de otro modo; por ejemplo, vendio, arrendo o de otro modo contrato, porque es la entrega de una cantidad al hijo lo que pareció resultar peligroso para sus padres; por consiguiente, aunque haya dejado en crédito a un hijo de familia, ya sea a causa de una compra o de otro contrato en

³⁷⁷ *Corpus Iuris Civilis, Op. Cit.*, pág. 192.

³⁷⁸ D'ORS, Álvaro. *et al.*, *El Digesto de Justiniano, versión castellana (tomo I)*, *Op.Cit.*, págs. 471 y 472.

³⁷⁹ D'ORS, Álvaro. "Réplicas Panormitanas I, De nuevo sobre 'Creditum' (Réplicas a la crítica de Albanese)", *Op.Cit.*, pág. 228.

³⁸⁰ *Corpus Iuris Civilis, Op. Cit.*, pág. 226

que no di cantidad ninguna, incluso si me lo hice prometer por estipulación; pues aunque hubiese quedado la cantidad prestada, cesa sin embargo el senadoconsulto porque no ocurre la entrega de la cantidad. Pero esto solamente se habra de decir si no se trato de defraudar el senadoconsulto vendiendo a quien no se podia prestar, para que retuviese el precio en prestamo. (Ulp.29 ed.)”³⁸¹

Al respecto del pasaje anterior del Digesto d’Ors expone: “Aquí (aparte las posibles críticas) se distingue el mutuo de otros tipos de obligaciones ‘contraídas’ por el *filius familias*. No se habla de (*alius*) *contractus*, sino de *alias contrahere*, y nadie discute que el verbo *contrahere* abarca mucho más que el *contractus*, y que todas las obligaciones y una otras no-obligaciones pueden ser *contractae*.”³⁸²

Hay que destacar que *contractus* y *contrahere* tienen significados distintos. *Contrahere* tiene un significado más amplio.

Tercero.- D.12.1.32. “*CELSUS libro quinto digestorum. Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.*”³⁸³

“Si nos rogaras, a Ticio y a mí, te prestáramos una cantidad, y yo autorizase a mi deudor para que te la prometiera y tú estipularas creyendo que era el deudor de Ticio ¿quedarás acaso obligado a mi favor? Lo dudo, si es que no has contraído negocio conmigo. Pero es más probable que estime que te obligas, no porque yo te preste una cantidad (lo que sólo puede ocurrir entre los que están de acuerdo), sino porque es bueno y justo que me restituyas aquella cantidad mía que se hizo tuya (Cels.5 dig.)”³⁸⁴

En este texto se aprecia la “...la ‘*condictio luventiana*’, que se da por apreciarse que hubo una *datio* del demandante al demandado, aunque no haya habido

³⁸¹ D'ORS, Álvaro. *et al.*, El Digesto de Justiniano, versión castellana (tomo I), *Op.Cit.*, pág. 560.

³⁸² *Idem.*

³⁸³ *Corpus Iuris Civilis, Op. Cit.*, pág. 193.

³⁸⁴ D'ORS, Álvaro. *et al.*, El Digesto de Justiniano, versión castellana (tomo I), *Op.Cit.*, pág. 473.

mutuo. Esto no prueba que el mutuo, que no se da aquí, sea un *contractus*; en efecto, vuelve a hablarse de *contrahere* y no de *contractus*...”³⁸⁵

Cuarto.- D.42.8.6.6. “*ULPIANUS libro sexagensimo sexto ad edictum. Apud Labeonem scriptum est eum, qui suum recipiat, nullam videri fraudem facere, hoc est eum, qui quod sibi debetur receperat: eum enim, quem praeses invitum solvere cogat, impune non solvere iniquum esse: totum enim hoc edictum ad contractus pertinere, in quibus se praetor non interponit, ut puta pignora venditionesque.*”³⁸⁶

“Escribe Labeon que el que recupera lo que es suyo no parece cometer fraude, es decir, aquel que ha cobrado lo que el deudor le debe, pues el deudor a quien el gobernador obliga a pagar a la fuerza, es injusto que deje impunemente de pagar, porque este edicto todo el se refiere a los actos en los que no interviene la orden del pretor, como son las entregas de prendas y las ventas. (Ulp.66 ed.)”³⁸⁷

“Se trata del edicto fraudatorio, para la revocación de las enajenaciones en fraude de acreedores. Labeón excluye las enajenaciones hechas en virtud de una obligación del deudor concursado. Un glosador post-clásico (que piensa en un ambiente provincial: *paeses*) añade la exclusión de las enajenaciones hechas por orden del magistrado (en virtud del Edicto, por lo que se habla ahora de *praetor*). Para este glosador post-clásico sí que todo era *contractus*, incluso el pago de una deuda.”³⁸⁸

Haciendo una consideración más general d’Ors dice que: “No pretendo resolver con esto toda la cuestión de algunos textos en que aparece un mutuo como *contractus*, pero sí me atrevo a decir que no son tan seguros y decisivos como para conmovir la idea de que el mutuo no fue considerado por los clásicos como un verdadero ‘*contractus*’.”³⁸⁹

Con lo anterior se puede concluir la crítica que d’Ors responde a Albanese en el primer artículo, que ya se menciono. En el año de 1976 es publicada la Réplica

³⁸⁵ D’ORS, Álvaro. “Réplicas Panormitanas I, De nuevo sobre ‘*Creditum*’ (Réplicas a la crítica de Albanese)”, *Op.Cit.*, pág.241.

³⁸⁶ *Corpus Iuris Civilis, Op. Cit.*, pág. 724.

³⁸⁷ D’ORS, Álvaro. *et al.*, El Digesto de Justiniano, versión castellana (tomo III), *Op.Cit.*, pág. 370.

³⁸⁸ D’ORS, Álvaro. “Réplicas Panormitanas I, De nuevo sobre ‘*Creditum*’ (Réplicas a la crítica de Albanese)”, *Op.Cit.*, pág.241.

³⁸⁹ *Idem.*

Panormitana II, donde d'Ors continua su replica a lo dicho por Albanese, el nombre del artículo es "El *contractus* según Labeón" como ya se menciona.

Como ya se menciona en múltiples ocasiones en esta tesis el pasaje del Digesto 50.16.19, donde Labeón define al contrato, es uno de los pilares de la teoría del crédito. Albanese realiza una crítica respecto al sobrevaloración de este pasaje del Digesto y uno de los argumentos que utiliza es mencionar que Labeón manejaba *contractus* para negocios sin reciprocidad, para demostrar su afirmación Albanese expone una serie de texto del Digesto donde según él se demuestra su dicho.

D'Ors precisa que "de estos textos habría que eliminar los que presentan el verbo *contrahere*, pues nunca se ha discutido que ese verbo es mucho más amplio que el sustantivo *contractus* o que incluso el participio substantivado *contractum...*"³⁹⁰

Es conveniente mencionar los textos en que según Albanese, Labeón utilizaba *contractus* para negocios sin reciprocidad, que a continuación se citan:

Primero.- D.13.4.2.8 "(Ulp., 27 ad ed.): Nunc de officio iudicis huius actionis (sc.:de eo quod certo loco) loquendum est, utrum quantitati contractus debeat servire an vel excedere vel minuere quantitatem debeat ut, si interfuisset rei Ephesi potius solvere quam eo loci quo conveniebatur, ratio eius haberetur. Iulianus Labeonis opinionem sequutus etiam actoris habuit rationem, cuius interdum potuit interesse Ephesi recipere: itaque utilitas quoque actoris veniet, etc." "Tenemos que hablar ahora de lo que toca al deber del juez en esta acción: de cómo ajustarse a la cuantía del contrato, aumentarla o disminuirla, como se tendría en cuenta, por ejemplo, si el demandado hubiera tenido interés en pagar en Efeso y no en el lugar donde se le demandó. Juliano, siguiendo la opinión de Labeón, tuvo en cuenta también el interés del demandante, el cual pudo tenerlo en cobrar en Efeso; así, entrará también la utilidad del demandante... (Ulp.27 ed.)"³⁹¹

Albanese en vía de conjetura atribuye al mismo Labeón la expresión *quantitas contractus*.³⁹²

³⁹⁰ D'ORS, Álvaro, "Réplicas Panormitanas II. El *contractus* según Labeón. (A propósito de una crítica de Albanese)", *Op.Cit.*, pág. 21.

³⁹¹ *Cfr. Idem.*

³⁹² *Cfr. Idem.*

Al respecto d'Ors replica que ese 'contrato', dado que la llamada '*actio de eo quod certo loco debetur*' no es más que una modalidad formularia de la *condictio*, sería un negocio crediticio ³⁹³

Segundo.- D.15.1.3.1 (Ulp., 29 ad ed.): si...cum eo (sc.servo) contractum sit, a efectos de la fórmula de peculio...*si cum servo hereditario contractum sit ante aditam hereditatem*"³⁹⁴

Respecto del texto anterior hay que tomar en cuenta dos situaciones primero "...Se trata aquí de *contrahere* y no de *contractus*, aparte de que no se indica el tipo de negocio que se ha 'contratado' con el esclavo, y podría tratarse de compraventa, como en D.5.1.19.3 (un caso tomado también de Labeón): *institor vendendarum mercium gratia...quod cu eo servo contractum est.*"³⁹⁵

Y la segunda consideraciones es en relacion con que en los "...textos de Ulpiano la referencia a una expresión del propio Labeón es siempre dudosa..."³⁹⁶

Tercero.- D.17.1.8 pr. (Ulp., 31 ad ed.). "Si yo hubiese nombrado un procurador y éste no me devolviera los documentos del litigio ¿por qué acción podré demandarle? Labeón opina que por la de mandato, y que no es probable la opinión de los que creen que se puede demandar por esta causa con la acción de depósito, pues ha de mirarse en cada contrato el momento inicial y su causa."³⁹⁷

Albanese considera que aunque "...*contratus* se refiere al deposito y al mandato (verdaderos contratos), pero Albanese cree que no son 'recíprocos'..."³⁹⁸

Al respecto de lo considerado por Albanese resepecto a este texto d'Ors expone: "Por lo que se refiere al mandato, no creo que la reciprocidad deba buscarse en el cumplimiento o en la perfección del contrato, sino en la acción, que es la misma para las dos partes sirve para exigir por compensación las obligaciones del demandante. Aunque pensemos en el mandante como demandante, sus obligaciones, teóricamente eventuales, son muy ordinarias (p.ej., el reembolso

³⁹³ Cfr. D'ORS, Álvaro, "Réplicas Panormitanas II. El *contractus* según Labeón. (A propósito de una crítica de Albanese)", *Op.Cit.*, pág. 21.

³⁹⁴ *Ibidem*, págs. 22 y 23.

³⁹⁵ *Ibidem*, pág. 21.

³⁹⁶ *Ibidem*, págs. 22 y 23.

³⁹⁷ D'ORS, Álvaro. *et al.*, *El Digesto de Justiniano, versión castellana (tomo I)*, *Op.Cit.*, pág.621.

³⁹⁸ D'ORS, Álvaro, "Réplicas Panormitanas II. El *contractus* según Labeón. (A propósito de una crítica de Albanese)", *Op.Cit.*, págs. 21 y 22.

de los gastos y de la anticipación de fondos que haya podido hacer el mandatario).”³⁹⁹

Cuarto.- “D.18.1.78.2 (Lab.,4 post. a lav. epit):...nec, si partem solvat, ex empto cum venditore agat (sc.emptor), quoniam ita contractum aes alienum dividi non potuit.”⁴⁰⁰

En razón del anterior pasaje del Digesto d’Ors es tajante: “Aquí se trata de un verdadero contrato, de compraventa...”⁴⁰¹

Quinto.- D.19.2.58.1 (Lab., 4 post. a lav. epit.). “En el arriendo de una obra no se había establecido el plazo dentro del cual debería hacerse; después había prometido el arrendatario, para el caso de no llevarla a cabo, una indemnización igual al interés del arrendador. Opino que se obliga tan sólo por el plazo que un hombre recto estimase, porque parece haberse establecido que fuese hecha dentro del plazo mínimo para que pudiese ser realizada.”⁴⁰²

D’Ors comenta que en este texto “...*obligationem contrahi* se refiere a un verdadero contrato, de locación de obra.”⁴⁰³

Sexto.- “D.18.1.80.3 (Lab., 5 post. a lav. epit.):...*sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus.*”⁴⁰⁴

En opinión de “...Albanese, al no tratarse necesariamente del contrato de sociedad, ese *aliud genus contractus* excede ya del campo de la *ultra citroque obligatio*...”⁴⁰⁵

Relativo a lo mencionado por Albanese d’Ors manifiesta lo siguiente: “...Si no me equivoco, se está pensando en un negocio atípico, es decir, innominado, pero Albanese (p.221) no reconoce tampoco la reciprocidad de los contratos reales innominados...”⁴⁰⁶

Séptimo.- “D.19.5.19 pr. (Ulp., 31 ad ed.):...*tutius est ita agere, ut Labeo ait praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus.*”⁴⁰⁷

³⁹⁹ D’ORS, Álvaro, “Réplicas Panormitanas II. El *contractus* según Labeón. (A propósito de una crítica de Albanese)”, *Op.Cit.*, pág. 23

⁴⁰⁰ *Ibidem*, pág. 22.

⁴⁰¹ *Idem*.

⁴⁰² D’ORS, Álvaro. *et al.*, El Digesto de Justiniano, versión castellana (tomo I), *Op.Cit.*, pág. 726.

⁴⁰³ D’ORS, Álvaro, “Réplicas Panormitanas II. El *contractus* según Labeón. (A propósito de una crítica de Albanese)”, *Op.Cit.*, pág. 21.

⁴⁰⁴ *Idem*.

⁴⁰⁵ *Idem*.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, pág. 22.

⁴⁰⁷ *Ibidem*, pág. 21.

A cerca del anterior pasaje d'Ors afirma que "Aparte del problema crítico del texto, de nuevo tenemos aquí un contrato innominado..."⁴⁰⁸

Octavo.- "D.42.8.6.6 (Ulp., 66 ad ed.):...*totum enim hoc edictum (sc. de fraudatorio interdicto) ad contractus pertinere in quibus se praetor non interponit, ut puta pignora venditionesque.*"⁴⁰⁹

D'Ors comenta que "La referencia de Ulpiano no sabemos hasta qué punto corresponde al texto de Labeón, pero, en todo caso, es un texto corrompido. Es incomprensible que Ulpiano ponga precisamente la prenda y la venta como contratos sin intervención del magistrado."⁴¹⁰

De acuerdo con d'Ors de los texto alegados "...resulta la siguiente: en los tres textos tomados directamente de Labeón (cuarto al sexto) se trata siempre de verdaderos contratos (cuarto: compraventa, quinto: arrendamiento y sexto: contrato innominado). En los otros cinco textos de Ulpiano la referencia a una expresión del propio Labeón es siempre dudosa, pero en dos de ellos se trata también de verdaderos contratos (tercero: depósito y mandato, séptimo: contrato innominado); otro (segundo) no se sabe de qué negocio se trata; los dos (primero y octavo) son textos que parecen corrompidos. Esto equivale a decir que la afirmación de que Labeón utilizaba *contractus* para negocios sin reciprocidad, se reduce a dos textos corrompidos en los que la autoridad de Labeón no fuera consecuente con la definición del contrato que él mismo nos dio en el texto recogido por Ulpiano en D.50.16.19."⁴¹¹

En relación esta replica d'Ors menciona: "Como ya decía hace veinte años, toda posible censura a mi esquemática contraposición entre *res credita* y *contractus* 'no afectaría a mi tesis fundamental de una esencial separación entre las figuras crediticias del edicto XVII y las 'otras' del edicto XIX'. Esto no ha sido tenido en cuenta generalmente, y mis críticos no han entrado en el fondo de la cuestión, sino que se han limitado a censura la distinción terminológica por mi defendida entre *creditum* y *contractus* como excesivamente estricta y en

⁴⁰⁸ D'ORS, Álvaro, "Réplicas Panormitanas II. El *contractus* según Labeón. (A propósito de una crítica de Albanese)", *Op.Cit.*, pág. 21.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, pág. 22.

⁴¹⁰ *Ibidem*, pág. 22.

⁴¹¹ *Ibidem*, págs. 23 y 24.

contradicción con el uso más laxo que de esos términos hace la Jurisprudencia, con lo que se está pensando, naturalmente, en Gayo.”⁴¹²

Para concluir su crítica a Albanese d’Ors menciona “...En mi opinión, los clásicos no hablaron de *contractus* a propósito de los negocios extraños al edicto XIX, y si acaso excedieron ese ámbito, sólo fue en la medida en que una relación obligacional, aunque no fuera propiamente convencional estuviera sancionada por una fórmula *ex fide bona*, como ocurre con la *actio tutelae*...”⁴¹³

Para concluir estas replicas Panormitanas es conveniente considerar las siguientes opiniones contundentes de Álvaro d’Ors primero: “...una contradicción que asoma en algunos de mis críticos...la que creer que Gayo es un jurista original y digno de aprecio...Para ello conviene tener siempre presente que, en una tradición de autoridad como es la de la jurisprudencia romana, la nota de originalidad no es lo más decisivo. Por lo demás, siempre será un buen principio metodológico el de atenerse a los textos que tenemos y, sin negar la posibilidad de que otros perdidos dijeran lo mismo, no extraer conclusiones de tal mera posibilidad”.⁴¹⁴

Respecto de los críticos de d’Ors, él precisa que en ellos hay un desenfoque de la crítica que se debe principalmente a que no ha entrado a considerar la diferencia esencial entre las acciones de derecho estricto (*condictio* y similares acciones *in factum*) del edicto XVII y las acciones de buena fe del edicto XIX... en el mismo tenor menciona Álvaro d’Ors que sus retractores se preocupan demasiado de la sistemática de las figuras (como ya Gayo) y demasiado poco en las acciones, que es lo que realmente interesaba a los clásicos. En efecto, si todo el derecho romano debe ser concebido como sistema de acciones, el estudio del Edicto, y concretamente de la contraposición entre el edicto XVII, de las acciones crediticias, y el XIX, de las acciones contractuales de buena fe, debe ser acometido desde el punto de vista de la acción, es decir, de la fórmula procesal...”⁴¹⁵

Y para terminar d’Ors nos plantea la siguiente posibilidad“...toda nuestra discusión viene a suponer una decisión entre Labeón y Gayo; como el segundo

⁴¹² D’ORS, Álvaro, “Réplicas Panormitanas II. El *contractus* según Labeón. (A propósito de una crítica de Albanese)”, *Op.Cit.*, pág. 17.

⁴¹³ *Ibidem*, págs. 31 y 32.

⁴¹⁴ D’ORS, Álvaro, “*Re, verbis, litteris, consensu*”, *Op. Cit.*, pág. 1158.

⁴¹⁵ *Cfr.* D’ORS, Álvaro, “Réplicas Panormitanas II. El *contractus* según Labeón. (A propósito de una crítica de Albanese)”, *Op.Cit.*, pág. 17.

ha influido mucho más (desde el siglo IV d.C.) en el pensamiento jurídico que el gran Labeón, es natural que los que defendemos la mayor validez de Labeón para el derecho clásico encontremos todavía hoy fuertes resistencias.”⁴¹⁶

⁴¹⁶ D'ORS, Álvaro, “Réplicas Panormitanas II. El *contractus* según Labeón. (A propósito de una crítica de Albanese)”, *Op.Cit.*, pág. 32.

CUARTO CAPÍTULO. EL MUTUO EN LA LEGISLACIÓN Y DOCTRINA CIVIL MEXICANA.

4.1.-INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO.

El capítulo comenzara con las consideraciones necesarias para abordar el mutuo, configuradas en los siguientes tópicos: obligación, fuentes de las obligaciones y contratos. Una vez analizadas las consideraciones anteriores se expondrá la naturaleza, conceptos y características del mutuo. Todo lo mencionado anteriormente se analizara en base al Código Civil Federal y considerando los siguientes autores: Rafaél Rojina Villegas, Manuel Borja Soriano, Ramón Sánchez Medal, Miguél Ángel Zamora y Valencia y Bernardo Pérez Fernández del Castillo. Una vez considerado el mutuo en la legislación y doctrina civil mexicana, se expondrán ciertas imprecisiones de la noción civilista mexicana respecto al mutuo. Para terminar el capítulo, utilizando la teoría del crédito de Álvaro d'Ors (expuesta en el capítulo anterior) y el artículo Esbozo de una teoría del contrato de Jorge Adame se intentaran resolver las imprecisiones de la noción civilista mexicana de mutuo.

4.2.-TERMINOLOGÍA, CONCEPTOS Y CONSIDERACIONES PREVIAS.

4.2.1.- CONSIDERACIÓN PREVIA.

Es conveniente precisar que la nociones civilistas de obligación y contrato en la doctrina y legislación mexicana devienen de: Gayo (Gai 3,88 y 89), quien consideró que todo convenio era un contrato, de las Instituciones de Justiniano (Inst. 3,13) y la doctrina moderna.⁴¹⁷

4.2.2.- CONCEPTO DE OBLIGACIÓN.

Para comenzar este apartado hay que considerar lo que contempla el Código Civil Federal sobre el término de obligación, al respecto el Código no ofrece un concepto pero menciona el término obligación, conviene precisar la localización del mismo en el Código: "LIBRO CUARTO. De las obligaciones. PRIMERA PARTE. De las obligaciones en General."

La doctrina mexicana respecto a este concepto de obligación ofrece distintas definiciones, dos son las más difundidas, mismas que se mencionan a continuación, la primera definición dice: "Tradicionalmente se ha definido la obligación como un vínculo jurídico por virtud del cual una persona denominada

⁴¹⁷ ADAME GODDARD, Jorge, Esbozo de una nueva teoría del contrato, *Op. Cit.*, pág. 7.

deudor, se encuentra constreñida jurídicamente a ejecutar algo a favor de otra persona, llamada acreedor.”⁴¹⁸

La segunda concepción de obligación expone: “...Podríamos decir que los tratadistas modernos definen la obligación como la relación jurídica por virtud de la cual un sujeto llamado acreedor, está facultado para exigir de otro sujeto denominado deudor, una prestación o una abstención...”⁴¹⁹

En relación con estas definiciones Borja Soriano menciona “Si comparamos estas definiciones podemos observar que en unas se caracteriza la obligación como un vínculo; en otras se sustituye la palabra vínculo por relación jurídica...En todas se alude al objeto de la obligación diciéndose que por virtud de la obligación el deudor debe dar, hacer o no hacer, o en otros términos, ejecutar una prestación o someterse a una abstención...”⁴²⁰

4.2.3.- FUENTES DE LA OBLIGACIONES.

El Código Civil Federal considera las siguientes fuentes de las obligaciones:

- a). Contratos.
- b). Declaración unilateral de la voluntad.
- c). Enriquecimiento ilegítimo.
- d). Gestión de negocios.
- e). Obligaciones que nacen de los actos ilícitos.

En relación con las fuentes de las obligaciones, la doctrina considera en su mayoría las mismas que el Código, por lo que sería ocioso mencionarlas nuevamente.

4.2.4.-CONTRATOS, CONCEPTO, NATURALEZA, CARACTERÍSTICAS Y CLASIFICACIÓN.

Antes de precisar un concepto de contrato hay que destacar lo que menciona Zamora y Valencia “La primera consideración que hay que hacer en este estudio, es que no es posible dar un concepto general del contrato con validez universal, ya que éste varía necesariamente de país en país y de época en época, de acuerdo con sus leyes y costumbres respectivas.”⁴²¹

⁴¹⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de derecho civil, 27ª ed., Editorial Porrúa, México, Tomo tres Teoría general de las obligaciones, 2007, pág. 9.

⁴¹⁹ *Ibidem*, pág. 11

⁴²⁰ BORJA SORIANO, Manuel, Teoría general de las obligaciones, 20ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 2006, pág. 71.

⁴²¹ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, Contratos civiles, 11ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 2007, pág. 19

Una vez hecha la anterior precisión hay que acudir al Código Civil Federal que en artículo 1793 enuncia: “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos.”

Y al referirse a convenio menciona en el artículo 1792: “Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.”

De acuerdo a lo anterior “El contrato se define como un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derecho y obligaciones; es una especie dentro del género de los convenios. El convenio es un acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos reales o personales.”⁴²²

Al respecto de esta consideración Pérez Fernández del Castillo menciona “desde mi punto de vista la distinción entre contrato y convenio como género y especie es inútil, toda vez que a ambos se les aplican las mismas reglas, pues al decir del artículo 1859 que a la letra dice: ‘Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos’....”⁴²³

En relación con los contratos hay que considerar: “El Código Civil vigente en su artículo 1794 requiere para la existencia del contrato: I.-Consentimiento y II.- Objeto que pueda ser materia del contrato...En una forma elíptica se dice por el artículo 1824 que: ‘Son objeto de los contratos: I. La cosa que el obligado debe dar; II. El hecho que el obligado deba hacer o no hacer’. En realidad la cosa el hecho son los objetos indirectos de la obligación que crea el contrato, pues el objeto directo consiste en la prestación positiva o negativa, como forma de conducta. A su vez, dicha prestación recae o tiene por materia una cosa o un hecho, es decir, se refiere a amabas manifestaciones. En el artículo 1825...estatuye dicho precepto: ‘La cosa objeto del contrato debe: 1.Existir en la naturaleza, 2.Ser determinada o determinable en cuanto a su especie, 3.Estar en el comercio.’...el artículo 1827 al referirse al ‘El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser: 1.Posible; 2.Lícito.”⁴²⁴

⁴²² ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, 8ª ed., Editorial Porrúa, México, Tomo sexto, Contratos, 2001, pág. 9.

⁴²³ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Contratos civiles, 11ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 2006, pág.7.

⁴²⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de derecho civil, *Op.Cit.*, pág.11

Es ocasión de mencionar tres importantes clasificaciones de los contratos primero la que clasifica a los contratos en unilaterales y bilaterales; segundo la que los divide en onerosos y gratuitos, y por último real en oposición a consensual. Las primeras dos clasificaciones son reconocidas por el Código Civil Federal, las localizamos en LIBRO CUARTO. De las Obligaciones PRIMERA PARTE. De las Obligaciones en General TITULO PRIMERO. Fuentes de las Obligaciones CAPITULO I. Contratos. De la división de los contratos. En lo que respecta a la clasificación o división de los contratos en real en oposición a consensual es mencionada por la doctrina. Para los fines de esta tesis resulta suficiente con analizar estas clasificaciones, ya que son las de utilidad para la misma, aunque es necesario mencionar que la doctrina mexicana reconoce muchas otras clasificaciones o divisiones.

Una vez mencionadas estas clasificaciones se pueden analizar en lo que respecta a la división de unilaterales y bilaterales, el Código los menciona en los artículos siguientes:

“Artículo 1835 El contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada.”

“Artículo 1836 El contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente.”

“Antes de seguir clasificado los contratos, conviene señalar la importancia que tiene su división fundamental en unilaterales y bilaterales, porque se presentan ciertos problemas y características que son propios o del grupo de contratos bilaterales o de los unilaterales.”⁴²⁵

Primero.- El riesgo. “La primera cuestión que se presenta y que es exclusiva de los contratos bilaterales, se conoce en el derecho con el nombre de problema de los riesgos...sólo en los contratos bilaterales se puede plantear la cuestión de los riesgos. Esta cuestión la hemos planteado de la siguiente manera: cuando en un contrato existen obligaciones recíprocas que impliquen la transmisión de una cosa, si ésta se destruye por caso fortuito o de fuerza mayor ¿quién debe sufrir la pérdida? ¿El enajenante o el adquirente? En otras palabras, si la cosa perece por causas ajenas al enajenante ¿debe el adquirente pagar el precio de la misma o por el contrario, queda liberado de

⁴²⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, *Op.Cit.*, pág. 9

pagar un precio en virtud de que la cosa no le fue entregada? La solución en este problema es la siguiente: la cosa siempre perece para el acreedor; en los contratos traslativos de dominio, el acreedor es el dueño; en los contratos traslativos de uso, el acreedor a la restitución es el dueño y la cosa perece siempre para él. Al solucionar la cuestión diciendo que la cosa siempre perece para el acreedor, es decir, para el dueño, se indica que éste debe pagar el precio aun cuando no la reciba. Si el contrato fuere unilateral, no habría posibilidad de plantear el problema, porque esta cuestión supone que siendo las obligaciones recíprocas, una parte no cumple entregando la cosa, por un caso de fuerza mayor y en atención a esto la otra parte debe cumplir, ya que no es imputable el incumplimiento al deudor.”⁴²⁶

Segundo.- La excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*). “Si una de la partes no cumple con la obligación a su cargo, no puede tampoco exigir judicialmente a la otra que cumpla con la obligación a cargo de ella y a que en este caso podría ésta última oponer la excepción dilatoria de ‘*on adimpleti contractus*’ (de contrato no cumplido)...”⁴²⁷

“La *exceptio non adimpleti contractus*, no puede presentarse en los contratos unilaterales, por la sencilla razón de que en ellos sólo una de las partes está obligada, y si no cumple, la otra judicialmente exigirá ese cumplimiento, sin que pueda sufrir la excepción de contrato no cumplido, ya que el actor, no tiene por su parte ninguna obligación que realizar...”⁴²⁸

Tercero.- Recíprocidad de las partes. En los contratos bilaterales las obligaciones son recíprocas ‘La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes’ (1797). Por lo tanto se deben aplicar los principios señalados en los artículos 1944 y 1949 que se refieren a la condición potestativa y al pacto comisorio; y en relación con el contrato de compraventa el 2254 que dice: El señalamiento del precio no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.”⁴²⁹

“Por lo que refiere a la resolución del contrato, el mencionado artículo 1949 establece que para el caso de incumplimiento, se debe exigir ya sea la

⁴²⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, *Op.Cit.*, págs. 14 y 15.

⁴²⁷ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles: teoría general del contrato, contratos en especial, registro público de la propiedad*, 23ª ed., Editorial Porrúa, México, 2008, pág. 115.

⁴²⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, *Op.Cit.*, pág.15

⁴²⁹ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Contratos civiles*, *Op.Cit.*, pág.43.

ejecución forzosa o bien la rescisión del contrato. Esta opción la tiene que hacer valer expresamente el afectado por el incumplimiento.”⁴³⁰

Como ya se menciona otra clasificación de los contratos es en onerosos y gratuitos, esta también es considerada por el Código en el artículo que a continuación se menciona:

“Artículo 1837. Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito aquel en que él provecho es solamente de una de las partes.”

Es importante hacer hincapié en la diferencia entre bilateral y oneroso “Con frecuencia se confunde el contrato bilateral con el oneroso pero como ya mencioné anteriormente, el bilateral se refiere a las obligaciones recíprocas, y el oneroso a las ganancias o las pérdidas. Así por ejemplo es bilateral y gratuito el mutuo simple.”⁴³¹

Aunque no sea una clasificación mencionada por el Código es considerada por la doctrina esta es sobre contratos reales y consensuales. Los contratos reales “...son aquellos que se constituyen por la entrega de la cosa. Entre tanto no exista dicha entrega, sólo hay un antecrtrato, llamado también contrato preliminar o promesa de contrato.”⁴³²

En los contratos consensuales “si la entrega no es un elemento constitutivo del contrato, sino que es una obligación que nace del mismo, se entiende que el contrato se perfeccionó por el simple acuerdo de voluntades y se clasifica como consensual. En otras palabras no es un elemento constitutivo del contrato, sino que es una obligación que nace del mismo, se entiende que el contrato se perfeccionó por el simple acuerdo de voluntades y se clasifica como consensual.”⁴³³

Es trascendente mencionar que “la importancia práctica de esta clasificación, obedece a conocer en qué momento se perfecciona el contrato y como consecuencia, en qué momento nacen, como efecto del mismo, la obligaciones de las partes.”⁴³⁴

⁴³⁰ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Contratos civiles, *Op.Cit.*, pág.43.

⁴³¹ *Ibidem*, págs. 44 y 45.

⁴³² ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, *Op.Cit.*, pág.13.

⁴³³ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, Contratos civiles, *Op.Cit.*, pág.58.

⁴³⁴ *Idem*.

Antes de poder comenzar el tema que sigue es conveniente mencionar las diversas especies de contratos que se consideran en el Código Civil Federal: “...la Segunda Parte del Libro Cuarto, denominada ‘De las diversas especies de contratos’ va enumerado cada uno de los contratos típicos o nominados, mismo que por la forma como se encuentran clasificados, los podemos agrupar de la siguiente manera: I. Contratos preparatorios: la promesa. II. Traslaticos de dominio: la compraventa, permuta, donación y mutuo. III. Traslatico de uso temporal: arrendamiento y comodato. IV. Los que tienen como objeto una obligación de prestación de servicio: a) de gestión: mandato, prestación de servicios profesionales, obra a precio alzado, y transporte. b) de custodia: depósito, secuestro, y hospedaje. V. Con un fin común: asociación, sociedad y aparcería. VI. Aleatorios: juego, apuesta, renta vitalicia, y compra de esperanza. VII. Los de garantía: fianza, prenda e hipoteca. VIII. Los que previenen o resuelven una controversia: transacción y compromiso en árbitros. IX. Sociedad conyugal...”⁴³⁵

4.3.-ANÁLISIS DEL MUTUO.

4.3.1.-ANTECEDENTES.

Es importante conocer las características que el mutuo tenía en el Código Civil para el Distrito Federal de 1884 (que era utilizado para el ámbito Federal), pues el mutuo ha tenido modificaciones vitales, además como menciona Manuel Borja Soriano: “El Código de 1884, aunque derogado, conserva gran importancia, porque durante su larga vigencia se han celebrado numerosísimos contratos y otros actos jurídicos que se rigen por él...”⁴³⁶

“Según el Código de 1884 (arts. 2661 y 2685), el mutuante concede un bien fungible al mutuuario, quien se obliga a devolver otro tanto del mismo género y calidad de lo que recibió. Para que haya mutuo se necesita que el mutuante entregue la cosa al mutuario y, como esta entrega es elemento consuetudinario del contrato mismo, el mutuante no contrae obligación alguna; sólo el mutuario se obliga a hacer la devolución...”⁴³⁷

En “...el Código de 1884, el mutuo era un contrato traslativo de dominio, gratuito u oneroso, siempre unilateral, pero con la característica de unilateral

⁴³⁵ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Contratos civiles*, Op.Cit., Pág.42.

⁴³⁶ BORJA SORIANO, Manuel. *Teoría general de las obligaciones*, Op.Cit., Pág. 15.

⁴³⁷ *Ibidem*, pág. 114.

imperfecto: real en oposición a consensual y consensual en oposición a formal.”⁴³⁸

“...El mutuo era un contrato real, es decir, no existía sino hasta el momento en que se entregaba la cosa. La entrega de la misma era elemento constitutivo del contrato y, por consiguiente, no era una obligación nacida del mismo, a *posteriori*, pues sin la entrega no había contrato y, por tanto, no podía formarse o nacer obligación alguna.”⁴³⁹

Otra característica era que el mutuo era considerado un préstamo “...bajo la denominación de préstamo comprendió las dos especies: mutuo y comodato. Consideraba el citado Código (1884) que existían características comunes, tomando en cuenta que en el mutuo había la transmisión del dominio de una cosa fungible, con la obligación del mutuuario de restituir otra de la misma especie y calidad, y en el comodato, había la transmisión gratuita del uso de una cosa no fungible, con la obligación de restituir ésta individualmente. El artículo 2661 del citado Ordenamiento anterior declaraba: ‘Bajo el nombre de préstamo se comprende 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.’⁴⁴⁰

“También, el mutuo era unilateral, pues no podía reputarse como una obligación a cargo del mutuante la relativa a entregar la cosa (cuya entrega se había ejecutado antes, como un elemento constitutivo del contrato), y sólo el mutuuario tenía la obligación de restituir y pagar en su caso un interés...”⁴⁴¹

4.3.2.-NATURALEZA Y CONCEPTO.

La ubicación del mutuo en el Código Civil Federal es: SEGUNDA PARTE. De las diversas especies de contratos. TÍTULO QUINTO. Del Mutuo. Capítulo I. Del mutuo simple. Capítulo II. Del mutuo con interés. Del artículo 2384 a 2397 del Código Civil Federal.

El artículo 2384 proporciona la definición de mutuo: “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 mutuuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad.”

⁴³⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, *Op.Cit.*, pág.481.

⁴³⁹ *Ibidem*, págs. 481 y 482.

⁴⁴⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, *Op.Cit.*, pág.479.

⁴⁴¹ *Ibidem*, pág. 483.

El concepto que considera la mayoría de la doctrina mexicana no dista mucho del mencionado en el Código, por lo que es conveniente proseguir y enunciar la siguiente característica que recae sobre el objeto del mutuo que es "...sólo pueden ser objeto del mutuo los bienes fungibles, tanto corporales como incorporales, los consumibles por el primer uso, como los que no lo son. En éste, como en algunos otros contratos, se suele confundir el carácter de bien consumible con el de fungible, y es que la fungibilidad generalmente corresponde con la consumibilidad."⁴⁴²

En este tenor, además conviene aclarar "Por bien consumible se entiende aquel que se agota con el primer uso y por fungibles, aquel que tiene un poder liberatorio equivalente en los pagos, es decir, que en el cumplimiento de la obligaciones tiene igual valor al de otro bien y, por tanto, puede intercambiarse, ser fungible, es decir, fungir el uno por el otro."⁴⁴³

"El mutuo debe recaer sobre bienes fungibles. Aquellos bienes consumibles que no sean fungibles, no pueden ser objeto de este contrato. Tenemos así por ejemplos clásicos de la última barrica de vino de la última cosecha que no es fungible –y, sí es consumibles –, porque no habrá otra barrica equivalente. En cambio, tenemos la vasta cantidad de bienes fungibles de la industria moderna, como los accesorios de las maquinarias que son intercambiables, que tienen un mismo poder liberatorio y que son consumibles."⁴⁴⁴

4.3.3.-CARACTERISTICAS.

La clasificación del mutuo como contrato tiene varias consideraciones por la doctrina, una precisa es la otorgada por Rojina "...El contrato se clasifica bajo el Código actual, a diferencia de legislación anterior y de la caracterización tradicional del derecho romano, como un contrato traslativo de dominio, gratuito, u oneroso, bilateral, consensual en oposición a real y a formal..."⁴⁴⁵

Clasificación del 'contrato de mutuo', como se enuncia en seguida:

- a). Traslato de dominio: "Por medio del mutuo se transfiere la propiedad de una cantidad de dinero o de algún bien fungible para ser restituida individualmente."⁴⁴⁶

⁴⁴² ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, *Op.Cit.*, pág. 487.

⁴⁴³ *Ibidem*, pág. 488.

⁴⁴⁴ *Idem*.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, pág.481.

⁴⁴⁶ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Contratos civiles, *Op.Cit.*, Pág.164.

- b).** Gratuito: “El contrato de mutuo es gratuito por naturaleza, pues el mutuario no está obligado a pagar contraprestación alguna si ésta no se pacta expresamente.”⁴⁴⁷
- c).** Oneroso: “La onerosidad hace al mutuo contrato con prestaciones recíprocas, a concebirse los intereses como contraprestación del derecho real (sin límites) sobre el capital (dinero u otra cosa) adquirido por el mutuario...”⁴⁴⁸
- d).** Bilateral: “El contrato de mutuo es bilateral, porque engendra de inmediato la obligación para el mutuante de entregar cosa y para el mutuario al obligación de restituir otra de la misma especie y calidad...”⁴⁴⁹
- e).** Consensual en oposición a real: “...No siendo un contrato real no requiere para su perfeccionamiento de la entrega de la cosa, sino el simple consentimiento de partes, y al perfeccionarse en esa forma, crea la obligación de entrega para el mutuante. Si al momento de perfeccionarse el contrato no se entrega la cosa, se origina para el mutuante de la obligación de entregarla, pero existirán para el mutuario obligaciones, y la existencia de éstas, se hace depender del cumplimiento de la obligación del mutuante de entregar la cosa, ya que al puede restituir el que no ha recibido...”⁴⁵⁰
- f).** Consensual en oposición a formal: “Para la validez del contrato de mutuo no se requiere formalismo alguno, de tal manera que puede realizarse verbalmente, por escrito privado o en escritura pública.”⁴⁵¹

Otra consideración importante acerca del mutuo son las obligaciones de las partes. Por una parte según la doctrina y la legislación el mutuante tiene las siguientes obligaciones:

Primera.- “Transmitir la propiedad de la cosa mutuada: Como en todo contrato traslativo de dominio, en el mutuo se siguen las mismas reglas. Si se trata de cosas ciertas y determinadas éstas se transmiten por mero efecto del contrato (2014); si son de alguna especie indeterminada, como es el caso del mutuo, la

⁴⁴⁷ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Contratos civiles*, *Op.Cit.*, Pág.164.

⁴⁴⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, *Op.Cit.*, pág.486.

⁴⁴⁹ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos civiles*, *Op.Cit.*, pág.162.

⁴⁵⁰ *Idem.*

⁴⁵¹ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Contratos civiles*, *Op.Cit.*, pág.164.

propiedad se transfiere hasta que la cosa mutuada se hace cierta y determinada con conocimiento del acreedor (2015).”⁴⁵²

Segunda.- De los riesgos: “Tiene interés determinar en el mutuo, el momento en que se trasmite la propiedad al mutuario, para resolver el problema de los riegos y, también, para el caso de evicción. En cuanto al primer problema, existe el principio general de que los géneros nunca perecen. Como el mutuo recae sobre géneros, tenemos la aplicación inmediata de este principio para dicho contrato. La regla de que nunca perecen los géneros, supone que no ha existido la entrega real, jurídica, virtual o ficta, puesto que si se hace la entrega en cualquiera de esas formas, o el mutuario manifiesta conocer la cosa, de tal manera que ésta se individualice, ya la regla deja de tener aplicación. La cosa genérica se convierte por la entrega o por el conocimiento que de la misma tenga el mutuario, en un bien individualmente determinado. El principio citado, en este caso, no se aplica por dos razones: primera, por que ya no se trata de géneros, segunda, porque la cosa perece siempre para el dueño de la misma, que en el caso es el mutuario, a quien se le transmitió el dominio desde el momento en que la cosa se hizo cierta y determinada con su conocimiento. Antes de que la cosa se determine, cuando simplemente es un bien fungible, no se ha transmitido la propiedad al mutuante, ni tampoco se ha individualizado. Los géneros que tuviese el mutuante disponibles para la entrega, si ésta no se ejecuta en alguna de las formas previstas por el Código, pueden perecer, y su pérdida la sufre él, porque se trata de bienes fungibles que sólo estuvieron disponibles para el contrato en la mente del mutuante. De tal manera que no puede decirse que aquellos bienes que pensaba entregar, pero que no llegó a entregar, fueran ya del mutuatario, y que, por consiguiente, la pérdida por caso fortuito o fuerza mayor deba ser sufrida por éste. Si el mutuante tiene una obligación de entregar 100 cargas de maíz, por ejemplo, y las tiene en una bodega destinadas *in mente* para el mutuo y sin antes de ejecutar la entrega, aquellos cereales perecen, como simplemente estaban en la mente del mutuante a disposición del mutuario, él es quien sufrirá la pérdida, porque se trata de géneros que, como tales, son sustituibles y no puede alegar que los iba a entregar; pues puede adquirir otros bienes equivalentes para

⁴⁵² PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Contratos civiles, *Op.Cit.*, pág.168.

cumplir con el contrato. Además, aún la propiedad no se había transmitido al mutuario, por lo que se sigue el principio general de que la cosa perece para su dueño. A partir del momento en que se hace cierta y determinada con conocimiento del mutuario, aun cuando materialmente no se haya recibido perece para él, y tiene la obligación de restituir cosa equivalente al terminarse el contrato, si poder alegar que no recibió valor alguno. Los preceptos generales también se hallan en el capítulo relativo a las obligaciones de dar y son respectivamente los artículos 2015 y 2017; éste supone la translación de la propiedad y dice en su fracción V que ‘si la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación queda sin efecto y el dueño sufre la pérdida a menos que otra cosa se haya convenido.’ También el artículo 2022 es estrictamente aplicable al caso.”⁴⁵³

Tercera.- Entrega de la cosa: “Transmitir la propiedad de la cosa, mediante la individualización de la misma, por tratarse de géneros (2015), al hacerse la entrega de ella. Para transmitir la propiedad u otro derecho real sobre un cuerpo cierto, no hay necesidad de hacer entrega de ese bien, sino que la transmisión de él opera por virtud del mismo contrato (2014). En cambio, para transmitir la propiedad de géneros o de cosa genéricas, son necesarias la ‘especificación’ o ‘individualización’ de los bienes en cuestión (2015) y la entrega de los mismos bienes (2284).”⁴⁵⁴

“El modo, el tiempo y el lugar de entrega, deben de ser según lo convenido por las partes, y sólo a falta de convenio expreso, la ley supletoriamente establece: Deben entregarse bienes precisamente de la especie y calidad pactados, sin que el acreedor (mutuario) tenga la obligación de recibir otros diferentes, aunque sean mayor valor (2012). El lugar de la entrega debe de ser en donde se encuentren los bienes al momento de celebrarse el contrato (2387, frac. I). el tiempo de entrega, como no existe una disposición especial dentro del capítulo del mutuo, se aplicarán las reglas generales en materia de obligaciones, esto es el mutuante debe entregar los bienes, tan pronto sea requerido para ello, pero el mutuario no puede exigir la entrega sino después

⁴⁵³ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, *Op.Cit.*, pág. 503.

⁴⁵⁴ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los contratos civiles: teoría general del contrato, contratos en especial, registro público de la propiedad, *Op.Cit.*, pág. 228.

de los treinta días siguientes a la interpelación que haga judicial a extrajudicial ante el notario o ante dos testigos (2080).⁴⁵⁵

Cuarta.- Vicios ocultos y defectos de la cosa: “Otra obligación del mutuante consiste en responder de los vicios o defectos ocultos de la cosa enajenada, siempre y cuando los conozca y no los manifieste al mutuario. Dice al efecto el artículo 2390 del Código vigente: ‘El mutuante es responsable de los perjuicios que sufra el mutuario por la mala calidad o vicios ocultos de la cosa prestada, si conoció los defectos y no aviso oportuno al mutuario’. Se trata de una responsabilidad subjetiva que tiene relaciones con el hecho ilícito. En la compraventa la responsabilidad es objetiva para el caso de que la cosa tenga vicios, de tal manera que el vendedor responde, conozca o no los vicios, proceda de buena o mala fe. En cambio, en el mutuo, el mutante sólo responde: 1. Si conoce los vicios, situación subjetiva; 2. Si oculta esos vicios al mutuario, situación ilícita. Esta obligación en el mutuo se explica bajo el Código de 1884 y en el Derecho romano, diciendo que el mutuo no perdía su carácter de contrato unilateral. El mutante tenía la obligación de pagar daños y perjuicios cuando conociendo los vicios los ocultaba por un hecho ilícito que, como tal, es fuente autónoma de obligaciones. Es decir, la obligación no nace del contrato, sino de un hecho ilícito cometido en ocasión de un contrato, de la misma suerte que si al celebrarlo se comete un fraude, habrá obligaciones propias de este delito, además de las inherentes al contrato mismo, salvándose así el carácter unilateral del mutuo en la legislación anterior. Actualmente debe considerarse también que no es obligación derivada del mutuo, sino del hecho ilícito, ya que si la cosa tiene vicios pero son desconocidos por el mutuante, o bien, si siendo conocidos, los manifiesta al mutuario, no responderá de daños y perjuicios. La regla general para la compraventa y la permuta es la de responder objetivamente por la sola existencia del vicio, aun cuando se proceda de buena fe. En los contratos de donación, de mutuo y de comodato existen normas especiales. En el mutuo con interés podría decirse que como contrato oneroso, la obligación de responde por vicios o defectos ocultos sigue la regla general, de tal suerte que, como en la compraventa, existiría la acción *quanti minoris* o la rescisoria. Sin embargo, como en el mutuo sin interés como

⁴⁵⁵ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, Contratos civiles, *Op.Cit.*, Pág.54.

contrato gratuito existe también la obligación de responder cuando se conocen los vicios o defectos ocultos y no se manifiestan al mutuario, debemos concluir que no se trata de una obligación propia del contrato oneroso, sino en el caso, lo mismo que en la donación y en el comodato, de una obligación nacida de un hecho ilícito...”⁴⁵⁶

Quinta.- “Saneamiento: El mutuante tiene además la obligación de responder por la evicción, es decir, siguiendo la regla general, si el mutuario es privado de la cosa por virtud de sentencia ejecutoriada anterior a la translación de dominio, el mutuante debe responder, excepto si categóricamente por pacto expreso, el mutuario acepta los riesgos de la evicción, o cuando no renuncia el pleito oportunamente al mutuante, cuando celebra transacción, compromiso en árbitros, o cuando sea anterior al contrato de causa que motiva la evicción, o imputable al mutuario. Simplemente aplicamos la regla general de la evicción, pero con la siguiente moralidad: como el mutuo no transmite el dominio sino hasta el momento de la entrega, real, jurídica, virtual o ficta, puede haberse celebrado el contrato, pero si no se ha hecho la entrega en alguna de esas formas, no es el mutuario quien sufre evicción. En ese caso directamente el mutuante quedaría imposibilitado para entregar la cosa que había pensado dar en mutuo, así como en el caso de pérdida por caso fortuito o fuerza mayor antes de la entrega, y continuaría obligado a entregar cosa equivalente, ya que los géneros nunca perecen y sólo *in mente* los había signado al contrato, cuando sufrió la evicción.”⁴⁵⁷

Sexta.- Obligaciones fiscales. “Una especial obligación del mutuante del orden fiscal, consiste en pagar el impuesto sobre la renta. Esta especialidad radica en que ya no es una obligación a favor del mutuario, sino del fisco...”⁴⁵⁸

También es conveniente mencionar las obligaciones del mutuario como se enuncian en seguida:

Primera.- Restitución de la cosa: “El mutuario tiene como principal obligación la de restituir bienes de la misma especie, calidad y cantidad, de los que haya

⁴⁵⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, *Op.Cit.*, págs. 504 y 505.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, pág. 505 y 506.

⁴⁵⁸ *Ibidem*, pág. 506.

recibido en mutuo. Esta restitución por equivalente tiene su aplicación tanto para bienes fungibles en general, como para obligaciones en dinero.”⁴⁵⁹

Además debe “devolver otro tanto de la misma especie y calidad, haciendo también entrega y transmitiendo la propiedad de la cosa debe hacerse también en el lugar y tiempos pactados. A falta de convenio expreso por lo que hace al lugar la devolución ha de hacerse en el domicilio del mutuario (2082 y 2085), si se trata de dinero (2387-II) o en donde se recibió por dicho contratante la cosa si ésta consistió en géneros o efectos (2387-II); y en falta de pacto expreso acerca del tiempo, una vez que transcurran treinta días después de la interpelación por el mutuante al mutuario (2385-III y 2080), a menos que se trate de frutos o productos del campo, porque en tal caso la devolución ha de hacerse al término de la siguiente cosecha (2385, I y II).”⁴⁶⁰

Segunda.- Vicios y defectos ocultos: “Otra de las obligaciones del mutuario consiste en responder de los vicios y defectos ocultos de la cosa restituida y de la evicción. Aunque el Código no lo diga de manera especial aplicamos las reglas generales: como la restitución implica el cumplimiento de una obligación de dar, en todos los casos en que derive de un contrato conmutativo, el enajenante está obligado a responder de los vicios o defectos ocultos de la cosa enajenada y del saneamiento para el caso de evicción.”⁴⁶¹

Tercera.- Saneamiento: “Respecto de la evicción también el mutuario estará obligado al saneamiento, cuando el mutuante la sufra, es decir, cuando un tercero lo prive de la cosa por sentencia ejecutoriada y en razón de un derecho anterior a la restitución. La evicción que padece el mutuante en este caso, se equipara a un no pago, y tendrá, por tanto, expedita nuevamente su acción para exigir el pago en la forma y términos convenidos.”⁴⁶²

Cuarta.- Pago de intereses: “Finalmente, en el mutuo con interés hay obligación de pagar el resto cuyo monto pueden por regla general fijar libremente las partes que sólo a falta de pacto expreso rige el interés legal del 9% anual (2394 y 2395).”⁴⁶³

⁴⁵⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, *Op.Cit.*, pág. 506.

⁴⁶⁰ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los contratos civiles: teoría general del contrato, contratos en especial, registro público de la propiedad, *Op.Cit.*, págs. 228 y 229.

⁴⁶¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, *Op.Cit.*, pág. 512.

⁴⁶² *Ibidem*, pág. 505.

⁴⁶³ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los contratos civiles: teoría general del contrato, contratos en especial, registro público de la propiedad, *Op.Cit.*, Pág. 229.

Por último es muy importante precisar las clases de mutuo que considera las disposiciones jurídicas mexicanas:

- a).** “Civil. Tiene el carácter civil por exclusión, es decir, cuando no sea mercantil o esté regulado por leyes especiales, se regirá por las disposiciones del Código Civil...Simple o con interés. Tiene el carácter de mutuo simple, cuando el mutuuario no está obligado a pagar ninguna contraprestación por lo recibido. Es mutuo con interés, cuando el mutuuario se obliga expresamente a pagar una retribución que puede consistir en una cantidad de dinero u otros bienes.”⁴⁶⁴
- b).** “Mercantil, cuando:
- ❖ El préstamo ‘se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinan a actos de comercio y no por necesidades ajenas de éste’ (Art. 358 del Cód. de Comercio).
 - ❖ Se celebra entre comerciantes, en cuyo supuesto se presume, salvo prueba en contrario, dicho destino o finalidad (Arts. 7-XXI y 358, *in fine*, del Cód. de Comercio).
- c) Se trata de algunas operaciones pasivas de los bancos (Art. 75-XIV del Código de Comercio)...”⁴⁶⁵
- c).** “Bancario. La Ley de Instituciones de Crédito establece que una de las finalidades de los bancos, es otorgar préstamos, los cuales se regulan por la propia ley y supletoriamente por las leyes mercantiles. No obstante que las operaciones bancarias están dentro de los actos de comercio (Art.75), tienen sus propias peculiaridades. Por ejemplo el artículo 5 de la Ley Federal de Protección al Consumidor las excluye de su regulación al decir: Quedan exceptuadas de las disposiciones de esta ley, los servicios que se presten en virtud de una relación o contrato de trabajo, los de las Instituciones y Organizaciones cuya supervisión o vigilancia esté a cargo de las Comisiones Nacionales Bancarias, de Valores o de Seguros y Fianzas; así como los servicios profesionales que no sean de carácter mercantil.”⁴⁶⁶

⁴⁶⁴ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Contratos civiles, *Op.Cit.*, págs. 165 y 166.

⁴⁶⁵ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los contratos civiles: teoría general del contrato, contratos en especial, registro público de la propiedad, *Op.Cit.*, Págs. 224 y 225.

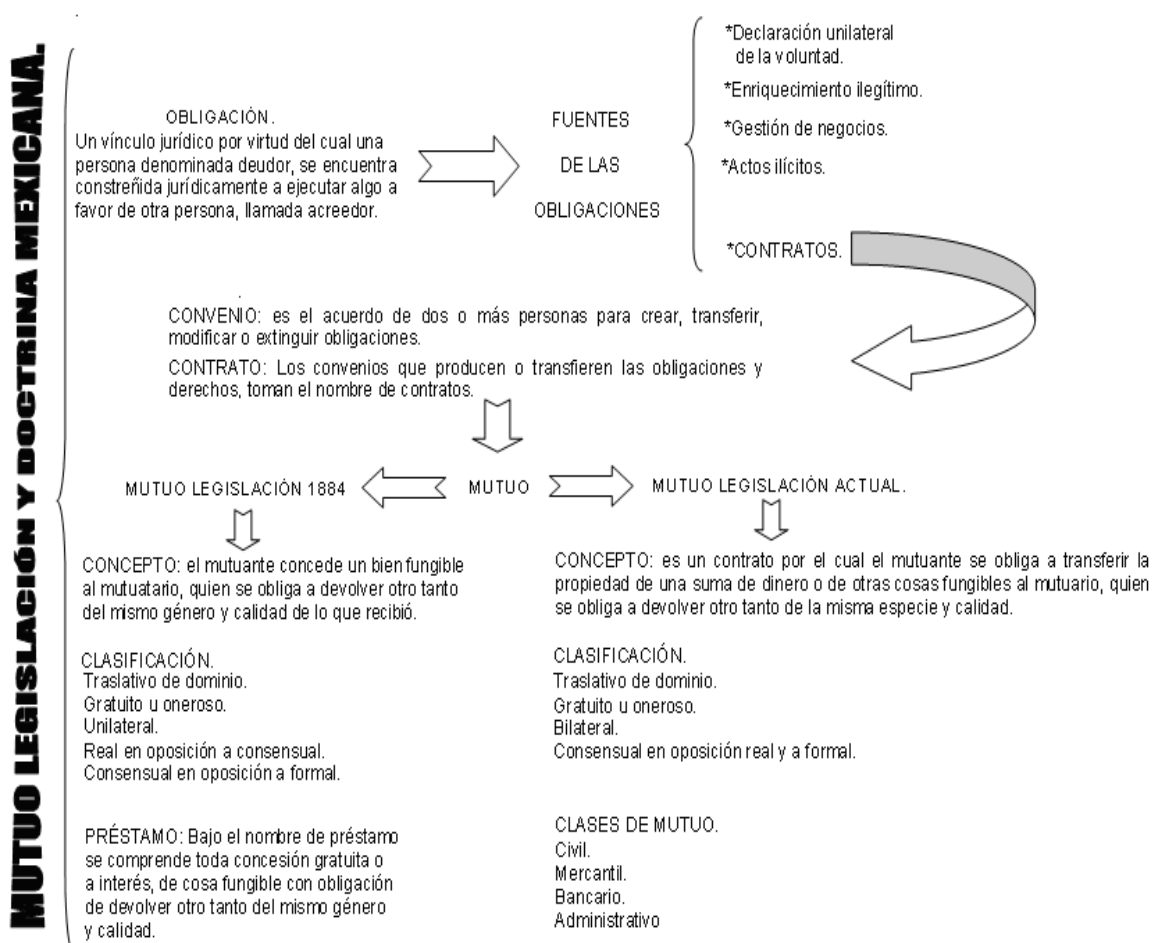
⁴⁶⁶ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Contratos civiles, *Op.Cit.*, pág.166.

- d). “Administrativo. Estos contratos son los que otorgan algunas organizaciones de la administración pública federal, como el INFONAVIT, ISSTE, FOVISSSTE, etcétera, que están regulados por sus propias leyes, en las que se determinan las garantías, plazos, interés, seguro de vida, circunstancias que los hacen distintos al mutuo civil, aunque sus normas se aplican supletoriamente.”⁴⁶⁷

Es de suma importancia precisar que el mutuo al que se hace referencia en esta tesis es exclusivamente al mutuo civil.

4.3.4.-CUADRO SINÓPTICO DEL MUTUO EN LA LEGISLACIÓN Y DOCTRINA MEXICANA.

Una vez analizado el mutuo en la legislación y doctrina mexicana, resulta apropiado resaltar los aspectos más importantes del mutuo como se expresan a continuación en el siguiente cuadro:



Cuadro 4.1
El mutuo en la legislación y doctrina mexicana.

⁴⁶⁷ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Contratos civiles*, Op.Cit., pág.166.

4.4.- CRÍTICA A LA NOCIÓN CIVILISTA MEXICANA DEL MUTUO.

En este apartado se analizarán las imprecisiones que se presentan en el mutuo y su entorno en la noción civilista mexicana.

Primero hay que mencionar de nueva cuenta que en la legislación y doctrina mexicana no se reconoce como fuente de las obligaciones a los préstamos, por lo tanto el mutuo es considerado un contrato.

¿A qué se le atribuye que los préstamos no sean una fuente en la legislación y doctrina mexicana y que por lo tanto el mutuo sea considerado un contrato? Primero al seguimiento en el Derecho Civil mexicano de las Instituciones de Gayo y Justiniano, Gayo en sus Instituciones nunca menciona a los préstamos o negocios crediticios, y precisa como ya se mencionó en el capítulo primero de esta tesis, como único contrato real al mutuo, durante el capítulo tercero de esta tesis se demostró que el mutuo no era un contrato para el derecho romano clásico, el único que lo consideró así fue Gayo y las Instituciones de Justiniano se encargaron de difundir este error.

Una vez aclarado lo anterior hay que retomar la consideración del Derecho Civil Contractual Mexicano que en las fuentes de las obligaciones considera al contrato y lo define en el artículo 1793 del Código Civil Federal que enuncia: “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos.” Al respecto de esta definición Adame aclara que el contrato “es una especie del género convenio, y éste se define como ‘el acuerdo de dos o más personas para crear, modificar o extinguir obligaciones’ (art. 1792). De ellos resulta que el contrato es el acuerdo de voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones, mientras que el acuerdo que los modifica o extingue no tiene nombre propio y es simplemente un convenio.”⁴⁶⁸

Por lo anterior se podría considerar que “...todo convenio que genere una obligación es un contrato.”⁴⁶⁹

Esta consideración que “al equiparar el contrato con el convenio productor de obligaciones, el código viene a perder la distinción de las fuentes de las obligaciones y de los tipos de las obligaciones. Si todo convenio productor de obligaciones es contrato y toda obligación voluntaria es producto de un contrato, resulta entonces que solo hay una fuente de las obligaciones

⁴⁶⁸ ADAME GODDARD, Jorge, Esbozo de una nueva teoría del contrato, *Op.Cit.*, pág. 7.

⁴⁶⁹ *Idem.*

voluntariamente asumidas, el convenio o contrato, y un solo tipo de obligaciones, las contractuales, las cuales pueden ser unilaterales o bilaterales. En consecuencia parece que todas las obligaciones, al provenir de la misma fuente, son necesariamente iguales y su régimen debe ser idéntico.”⁴⁷⁰

Como se menciona en el párrafo anterior en la legislación y doctrina mexicana parece que solo es reconocida una fuente de las obligaciones el contrato, por lo tanto obligación, convenio y contrato parecen significar lo mismo.

Aclarado el problema que se suscita respecto de considerar al mutuo un contrato, es conveniente profundizar en el concepto y características que le reconoce la noción civil mexicana al mutuo, de esta forma se podrán identificar elementos que no son precisos en la concepción del mutuo.

En el Código Civil Federal se define al mutuo en el artículo 2384 que a la letra dice: “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.”

La primera crítica a este concepto radica en lo ya mencionado en los párrafos anteriores, es decir, el equívoco seguimiento de las Instituciones de Gayo y Justiniano y la confusión de los términos obligación, convenio y contrato en la legislación y doctrina mexicana.

La segunda crítica a esta concepción de mutuo es en relación con las obligaciones del mutuante, en realidad el mutuante no tiene ninguna obligación con el mutuario, si bien es cierto existe una bilateralidad genérica entre las partes, también es cierto que no existen obligaciones recíprocas, por ello a los tratadistas mexicanos les cuesta tanto trabajo identificar obligaciones para el mutuante. ¿Cuáles son las razones que considera la legislación y la doctrina para atribuirle al mutuo una bilateralidad funcional? La primera razón es la consideración del mutuo como un contrato, de esta primera razón deviene la segunda que es la errónea consideración de que la obligación nace actualmente de la simple consensualidad y en el Código Civil de 1884 de que nacía de la entrega de la cosa, en realidad la obligación en el mutuo nace de retención indebida como ya se ha demostrado en el capítulo tercero.

⁴⁷⁰ ADAME GODDARD, Jorge, Esbozo de una nueva teoría del contrato, *Op.Cit.*, pág. 8.

La tercera crítica a esta noción de mutuo es que no destaca su gratuidad, el mutuo por su pristina naturaleza es gratuito, esta consideración puede ser comprendida si regresamos al origen del mutuo donde el mutuante era un amigo o alguien cercano del mutuario que no tenía ningún interés de obtener un beneficio.

Como se demostró el concepto de mutuo en la legislación mexicana no es el adecuado, por ello ha sido tan complicado mantener las características y el concepto del mutuo en las legislaciones civiles, solo basta considerar lo que exponía sobre el mutuo el Código de 1884 y como el Código de 1924 lo varía casi por completo y es que el mutuo no encontraba ni encuentra cabida, porque no está correctamente concebido.

El Código de 1884 siguiendo lo dicho por Gayo consideraba al mutuo como un contrato real, unilateral y un préstamo, esta última consideración haría pensar que el mutuo iba por el camino indicado, pero incluso era aberrante ya que consideraba a los préstamos como contratos.

Sin embargo el Código de 1924 no se queda atrás en su grave error de entendimiento del mutuo, el Código de 1924 lo considera como un contrato consensual, bilateral y desaparece la consideración de préstamos donde se consideraba al mutuo y al comodato, y los reubica, al mutuo que es el que nos ocupa lo sitúa en la división contractual denominada "Traslaticios de dominio" junto a la compraventa, ¿Por qué destacar que ahora el mutuo está en la misma división que la compraventa? Porque el prototipo ideal de los negocios crediticios es el mutuo y el prototipo perfecto de los contratos es la compraventa. No hay duda de que el mutuo transmite la propiedad, pero realmente no hay una merma en el patrimonio del mutuante, quien adquiere un crédito contra el mutuario, y respecto al mutuario no hay un aumento en su patrimonio ya que el dinero que tiene es considerado dinero ajeno.

Han sido abordadas todas las características del mutuo en la legislación y doctrina mexicana y se ha demostrado que el mutuo no parece poder ser correctamente determinado en el derecho civil mexicano.

4.5.- CONSIDERACIONES FINALES DEL CAPÍTULO.

Una vez expuestas todas las consideraciones pertinentes sobre el mutuo en la legislación y doctrina mexicana, es conveniente intentar resolver las imprecisiones que surgen de estas consideraciones en el entorno del mutuo.

Para comenzar es necesario precisar un concepto de obligación que no se confunda con el convenio y contrato, considerando lo siguiente: “Se puede afirmar que una persona está jurídicamente obligada cuando puede ser constreñida judicialmente a prestar una determinada conducta a favor de otra. La obligación consiste en ese vínculo o relación establecida entre dos personas. La relación es algo real, aunque accidental. Es real porque modifica o afecta a las personas relacionadas, moviéndolas a comportarse entre sí de una determinada manera, y por eso pueden distinguirse las personas según el papel que tengan en la relación: una es el acreedor y la otra el deudor. Es algo accidental porque la relación no existe por sí misma sino solo en las personas relacionadas.”⁴⁷¹

Determinado el concepto de obligación, es necesario afrontar la imprecisión de las fuentes de las obligaciones. Para resolver el problema de las fuentes de las obligaciones sería conveniente considerar lo mencionado en el capítulo tres de esta tesis en donde se menciona que en derecho romano clásico eran considerados por separado los créditos o préstamos y los contratos, en la misma temática en su libro *Una introducción al Derecho*, Álvaro d’Ors menciona: “La causas de las relaciones de obligación son tres: los préstamos, las promesas unilaterales y los contratos. También la ley puede imponer ciertos deberes de prestación obligatoria que, en la medida en que no exceden del derecho propiamente dicho, suelen dar lugar a que se hable de la ley como una causa más de obligación.”⁴⁷²

Con la aseveración anterior se reitera al préstamo y al contrato como fuentes de las obligaciones autónomas, por ello conviene precisar los terminos de convenio y contrato, para que resulte preciso y de esta forma no haya posibilidad de confundirlo con los préstamos o créditos.

Respecto del convenio, es preciso aclarar que “si es verdad que las personas se obligan entre sí jurídicamente cuando así lo quieren, es preciso distinguir...los casos en que convienen que se obligue una sola de las partes de aquellos en que convienen que ambas queden recíprocamente obligadas. En los primeros, el convenio por sí mismo no genera obligación pero mueve a las partes (a la

⁴⁷¹ ADAME GODDARD, Jorge, *Esbozo de una nueva teoría del contrato*, *Op.Cit.*, pág. 11.

⁴⁷² D’ORS, Álvaro, *Nueva introducción al estudio del derecho*, Civitas, Madrid, España, 1999, pág. 85.

que corresponda) a que proporcione la causa necesaria (entrega o acto formal) para generar la obligación; en los otros el convenio es causa de las obligaciones recíprocas. Hay por consiguiente obligaciones unilaterales que resultan de un convenio más una causa adicional al mismo y obligaciones bilaterales, o contratos, que proceden del mero convenio.”⁴⁷³

Es necesario precisar al contrato por lo que es conveniente profundizar en el segundo supuesto, es decir que ambas partes queden recíprocamente obligadas, al respecto Adame enuncia lo siguiente: “...el convenio es causa de las obligaciones recíprocas...”⁴⁷⁴

“El hecho de que el convenio de obligarse recíprocamente vincule a las partes naturalmente (es decir por la propia naturaleza de la relación bilateral o recíproca) sin ninguna otra formalidad, no impide que las mismas partes o las leyes prevengan ciertos requisitos formales, como el escrito firmado por ambas partes, para que el contrato sea vinculante; pero esta exigencia de formalidad es algo añadido a la relación contractual.”⁴⁷⁵

“Partiendo de esta doble distinción entre obligaciones unilaterales y obligaciones bilaterales y entre convenios que no obligan por sí mismos y convenios que obligan por sí mismos, se puede proponer esta noción: el contrato es el convenio informal (o meramente consensual) por el que dos o mas personas se obligan recíprocamente.”⁴⁷⁶

Aclarada la noción de contrato hay que considerar los diferentes tipos contractuales, y los principios del régimen contractual.

En relación con los arquetipos contractuales “como afirma Alvaro d’Ors, todas las obligaciones recíprocas o contratos pueden reducirse a tres tipos fundamentales que corresponden a las posturas corporales que pueden tener dos personas entre sí: pueden estar una frente a otra, una al lado de la otra o una detrás de la otra.”⁴⁷⁷

A continuación se enuncian los arquetipos contractuales:

- a). Contratos de intercambio de bienes (postura de una persona frente a otra): “El contrato más antiguo de este arquetipo es la permuta, al que

⁴⁷³ ADAME GODDARD, Jorge, Esbozo de una nueva teoría del contrato, *Op.Cit.*, pág. 12.

⁴⁷⁴ *Idem.*

⁴⁷⁵ *Idem.*

⁴⁷⁶ *Ibidem*, pág.13.

⁴⁷⁷ *Idem.*

siguen en el tiempo la compraventa y el arrendamiento de bienes (intercambio de un precio o renta por el uso de una cosa) o de obra (intercambio de un precio por la ejecución de una obra). En este arquetipo, las partes contractuales están en un plano de igualdad formal (aunque puede ser que una esté económicamente subordinada a otra, como el colono de una tierra respecto del propietario) y tienen intereses contrapuestos pero equilibrados; por esto una regla fundamental de estos contratos es el equilibrio o equidad en las prestaciones.”⁴⁷⁸

b). Contratos asociativos (una persona al lado de otra): “...en los que las partes se obligan a prestaciones recíprocas con el fin de obtener un beneficio común. Es el caso del contrato de sociedad (que no requiere necesariamente de crear una persona jurídica distinta de los socios) y de las diversas formas de asociación. En este tipo de contrato las partes mantienen una posición de igualdad; no hay subordinación jurídica entre ellas (aunque frecuentemente una sea económicamente o socialmente más poderosa que otras), ni intercambio de bienes. Puede, por efecto del contrato, constituirse una comunidad de bienes, pero puede también faltar; lo decisivo es que exista una participación o comunicación en el beneficio común, y de ahí que le sea necesario un régimen de reparto de beneficios.”⁴⁷⁹

c). Contratos de representación (postura de una persona detrás de otra): “...en los que una persona actúa por encargo y a nombre de otra, cumpliendo gratuitamente una gestión en provecho de la primera. El representante, al cumplir la gestión ante un tercero, puede obligar directamente al representado con el tercero (representación directa), o bien obligarse él mismo ante el tercero y transmitir los resultados de la gestión al representante (representación indirecta). Este arquetipo comprende el contrato de mandato, así como diversas formas de comisión mercantil, “poder” o agencia. De estos contratos resulta una subordinación jurídica ya que el representante tiene la obligación de rendir cuentas al representado; no hay en ellos equilibrio entre las prestaciones, ni reparto de beneficios; la regla principal es la fidelidad

⁴⁷⁸ ADAME GODDARD, Jorge, Esbozo de una nueva teoría del contrato, *Op.Cit.*, pág. 13.

⁴⁷⁹ Ibidem, pág. 14.

del representante a las instrucciones recibidas, que pueden ser limitadas a un negocio o generales.”⁴⁸⁰

Esta estructura permite reducir al contrato en “...uno de estos arquetipos: intercambio de bienes, asociación o representación...”⁴⁸¹

Una vez especificados los arquetipos contractuales es conveniente mencionar los principios del régimen contractual, son los siguientes:

Primero.- “Principio de consensualidad: Afirma que las partes de un contrato se obligan por el mero consentimiento...”⁴⁸²

Segundo.- Principio de la reciprocidad de las obligaciones: Indica que cada obligación contractual se explica y se mide por la obligación recíproca, de modo que debe haber cierta equidad o igualdad proporcional entre prestaciones que suelen ser diferentes...”⁴⁸³

Tercero.- Principio de la responsabilidad agravada (o responsabilidad por culpa) por incumplimiento de las obligaciones contractuales: “En las obligaciones contractuales o recíprocas cada parte se obliga confiando que la otra cumplirá su obligación, y en el cumplimiento recíproco está la utilidad del contrato que cada parte espera para sí. Por eso, se exige de las partes una responsabilidad mayor en el cumplimiento de las obligaciones contractuales que en las obligaciones unilaterales...”⁴⁸⁴

De todo lo mencionado hasta el momento se puede concluir: “El contrato es el convenio de obligarse recíprocamente. Los contratos se reducen a tres arquetipos: contratos de intercambio de bienes, asociativos o de representación. El régimen contractual se conforma a partir de tres principios: de consensualidad, de reciprocidad de las obligaciones y de responsabilidad agravada por incumplimiento...”⁴⁸⁵

Una vez precisado el concepto de contrato, sus arquetipos y principios, es necesario precisar al mutuo.

Al reconocer la existencia de obligaciones unilaterales proveniente de un convenio se puede dar cabida a los: Préstamos consisten en una concesión temporal y gratuita de una cosa, con obligación de devolución por parte de

⁴⁸⁰ ADAME GODDARD, Jorge, Esbozo de una nueva teoría del contrato, *Op.Cit.*, pág. 14.

⁴⁸¹ *Idem.*

⁴⁸² *Ibidem*, pág. 15.

⁴⁸³ *Ibidem*, pág. 16.

⁴⁸⁴ *Ibidem*, pág. 17.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, pág. 19.

quien lo recibe, ya se trate de una cantidad fungible de bienes consumibles (préstamos de consumo o mutuo), ya de una cosa específicamente determinada cuyo uso gratuito se prestó (préstamo de uso o comodato), o cuya retención se dejó en garantía (prenda), o, en general, cuando se da algo con una previsión cuya frustración obliga a restituir.”⁴⁸⁶

Dentro de los préstamos encontramos los siguientes actos:

- a). Préstamos de consumo o Mutuo.
- b). Préstamos de uso o comodato.
- c). Prenda.

El mutuo se identifica con los préstamos y podría ser concebido como un préstamo consistente en una concesión temporal y gratuita de una cosa, con obligación de devolución por parte de quien lo recibe, ya se trate de una cantidad fungible de bienes consumibles (préstamos de consumo).

Por lo tanto, el mutuo sería concebido como un préstamo de naturaleza gratuita, que genera obligaciones unilaterales, distinto a los contratos que generan obligaciones recíprocas y bilaterales.

Para concluir es conveniente mencionar lo que enuncia Jorge Adame Goddard acerca del contrato que también es aplicable al mutuo: “...Lo verdaderamente importante para saber qué es el mutuo no es lo que las leyes digan acerca de él sino lo que el mutuo es en sí mismo. Las leyes pueden regular muchas realidades y de muy diversa índole, como el agua, el petróleo, las asociaciones, los medicamentos, el poder político, los bienes, el dinero, etcétera, etcétera, **pero las leyes no cambian la naturaleza de las cosas**; una cosa es el agua y otra su régimen jurídico, una es el petróleo y otra lo que las leyes disponen acerca de él...”⁴⁸⁷

⁴⁸⁶ D'ORS, Álvaro, Nueva introducción al estudio del derecho, *Op.Cit.*, pág. 85.

⁴⁸⁷ ADAME GODDARD, Jorge, Esbozo de una nueva teoría del contrato, *Op.Cit.*, pág. 1.

CONCLUSIONES.

- 1.- El mutuo en el Derecho Romano clásico era un negocio crediticio, es decir un préstamo.
- 2.- Los negocios crediticios en el Derecho Romano Clásico eran unilaterales y su fundamento vinculante era la retención indebida y contra esta retención procedía la *condictio* acción *stricti iuris*.
- 3.- El negocio crediticio o préstamo en el Derecho Romano Clásico era considerado una fuente de las obligaciones autónoma y diferente al contrato.
- 4.- Los contratos en el de Derecho Romano Clásico se caracterizaban por ser bilaterales y su fundamento vinculante era la reciprocidad. Las acciones que procedían contra el incumplimiento de los contratos eran acciones de buena fe.
- 5.- La concepción precisa del mutuo como un negocio crediticio en el Derecho Romano Clásico permite solucionar la problemática ubicación que ha presentado la noción de mutuo en el Derecho Civil mexicano, concibiendo al mutuo en el Derecho Civil Mexicano como préstamo, que genera obligaciones unilaterales.
- 6.- Relacionado con lo anterior convendría en el Derecho Mexicano Civil reconocer la diferencia entre entre obligaciones bilaterales y unilaterales y asignarles su propio régimen jurídico a cada tipo de obligación.
- 7.- En relación con la anterior conclusión en el Derecho Civil Mexicano sería conveniente reconocer los préstamos como una fuente de las obligaciones con un régimen jurídico propio y distinto a los contratos.
- 8.- Considerando lo mencionado en la anterior conclusión, sería favorable adoptar una acción semejante a la *condictio* para exigir el cumplimiento en los préstamos, es decir una acción por la que se exija la restitución de un objeto (cosa específica o cantidad determinada).
- 9.- Es necesario precisar la definición de los contratos en el Derecho Civil Mexicano para evitar la confusión con los préstamos, y otras obligaciones unilaterales, aclarando que los contratos son convenios de obligarse recíprocamente, y no cualquier convenio productor de obligaciones y todos pueden reducirse a tres arquetipos que son: contratos de intercambio de bienes, contratos asociativos y contratos de representación.
- 10.- Por todo lo anteriormente dicho el mutuo en el Derecho Mexicano debe concebirse como un préstamo consistente en una concesión temporal y gratuita

de una cosa, con obligación de devolución por parte de quien lo recibe, ya se trate de una cantidad fungible de bienes consumibles (préstamos de consumo).

BIBLIOGRAFIA.

ABELLAN VELASCOS, Manuel, *et. al.*, Instituciones de Gayo, *Civitas*, Madrid, España, 1985.

ADAME GODDARD, Jorge. Curso de derecho romano clásico II (Sucesiones, liberalidades y obligaciones), México, 2010. Publicación electrónica en www.bepress.com/jorge_adame_goddard.

ADAME GODDARD, Jorge, Esbozo de una nueva teoría del contrato, México, 2005, Publicación electrónica en: www.bepress.com/jorge_adame_goddard.

BIALOSTOSKY, Sara, Panorama de derecho romano, 4ª ed. y 9ª ed., Editoriales Porrúa y UNAM, México, D.F., 2007.

BORJA SORIANO, Manuel, Teoría general de las obligaciones, 20ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 2006.

Corpus Iuris Civilis, *Apud Weidmannos*, Dublín, Alemania, Volumen. 1, 1965.

D'ORS, Álvaro, "*Creditum*", en Anuario de Historia del Derecho Español, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, Tomo XXXIII, 1963

D'ORS, Álvaro, "*Creditum y contractus*", en Anuario de Historia del Derecho Español, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, Tomo XXVI, 1956.

D'ORS, Álvaro, Derecho Privado Romano, 5ª ed., Ediciones Universidad de Navarra Pamplona, Pamplona, España, 1983.

D'ORS, Álvaro. *et al.*, El Digesto de Justiniano, versión castellana, Editorial Aranzadi, Pamplona, España, Tomo I y III, 1968-1975.

D'ORS, Álvaro, Elementos de Derecho Privado Romano, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, España, 1975.

D'ORS, Álvaro, "G. Grosso: *Il sistema romano dei contratti*", en Rivista Intenazionale di Diritto Romano e Antico, Editore Jovene, Nápoles, Italia, Volumen XV, 1964

D'ORS, Alvaro. Los precedentes clásicos de la llamada '*Condictio Possessionis*', en Anuario de Historia del Derecho Español, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, Tomo XXXI.

D'ORS, Álvaro, Nueva introducción al estudio del derecho, Civitas, Madrid, España, 1999.

D'ORS, Álvaro, "Observaciones sobre el *Edictum de Rebus Creditis*", en Studia Et Documenta Historiae et Iuris, *Romae Pontificia Universitas Lateramensis*, Roma, Volúmen 19, 1953.

D'ORS, Álvaro, "Observaciones sobre el Orden del Edicto", en Anuario de Historia del Derecho Español, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Tomos XXVII y XXVIII, 1957-58

D'ORS, Álvaro, "*Re, verbis, litteris, consensu*", en Anuario de Historia del Derecho Español, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Tomos XXVII y XXVIII, 1957-58

D'ORS, Álvaro, "*Re et Verbis*" (Resumen de la comunicación presentada del Congreso Internacional de Derecho Romano, en Verona, septiembre 1948), en Anuario de Historia del Derecho Español, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, Tomo XIX, 1948.

D'ORS, Álvaro, "Réplicas Panormitanas I, De nuevo sobre '*Creditum*' (Réplicas a la crítica de Albanese)", Studia Et Documenta Historiae et Iuris, *Romae Pontificia Universitas Lateramensis*, Roma, Italia, Volumen 41, 1975.

D'ORS, Álvaro, "Réplicas Panormitanas II. El *contractus* según Labeón. (A propósito de una crítica de Albanese)", Revista Chilena de Estudios Histórico-Jurídicos, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, Chile, Volumen 1, 1976.

D'ORS, Álvaro, "Replicas Panormitanas III. *Conventiones y contractus*", en Anuario de Historia del Derecho Español, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, Tomo XLVI, 1976

D'ORS, Álvaro, "Réplicas Panormitanas IV. Sobre la supuesta *condictio sin datio*", Rivista Intenazionale di Diritto Romano e Antico, *Editore Jovene*, Nápoles, Italia, Volumen XXV, 1974.

D'ORS, Álvaro, "Réplicas Panormitanas V. Sobre D.12.1.9.1", en Ressegna di Diritto Romano, *Editore Jovene*, Nápoles, Volumen 23, 1977.

D'ORS, Álvaro, "Réplicas Panormitanas VI: Sobre la suerte del contrato real en el Derecho", en Revista de Derecho Notarial, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, España, Volumen 88, Abril-Junio 1975.

DI PIETRO, Alfredo, Derecho Romano Privado, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1996.

GARCIA GARRIDO, Manuel Jesús, Derecho privado romano: casos, acciones, instituciones, 13ª ed., Académicas, Madrid, España, 2004.

GIMENEZ CANDELA, Teresa, Derecho privado romano, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1999.

HERNÁNDEZ TEJERO JORGE, Francisco, Las Instituciones de Justiniano (Versión española), Editorial Comares, Granada, España, 1998.

IGLESIAS, Juan, Derecho romano. Instituciones de Derecho Romano Privado, 15ª ed., Editorial Ariel, Barcelona, España, 2004.

MARGADANT, Guillermo Floris, El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea, 26ª ed., Editorial Esfinge, México, 2005.

ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, Derecho Privado Romano, 2ª ed., Ediciones en General, España, 2007.

PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Contratos civiles, 11ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 2006.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de derecho civil, 27ª ed., Editorial Porrúa, México, Tomo tres Teoría general de las obligaciones, 2007.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, 8ª ed., Editorial Porrúa, México, Tomo sexto, Contratos, 2001.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los contratos civiles: teoría general del contrato, contratos en especial, registro público de la propiedad, 23ª ed., Editorial Porrúa, México, 2008.

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, Contratos civiles, 11ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 2007.

LEGISLACIÓN.

Código Civil Federal, México, en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>