

OBSERVACIONES SOBRE LA DACIÓN MUTUARIA *ALTERIUS*
NOMINE

[Remarks on the loan *alterius nomine*]

Adolfo WEGMANN STOCKEBRAND*
 Pontificia Universidad Católica de Chile

RESUMEN

El presente artículo aborda el caso, excepcional desde una perspectiva dogmática, aunque, con toda probabilidad, bastante difundido en la práctica comercial romana, consistente en la posibilidad de que adquiera la calidad de mutuante y, por tanto, de legitimado activo de la *condictio*, una persona distinta de quien efectivamente ha realizado la *datio*. Si bien lo anterior pudiera parecer *prima facie* en contradicción con el principio, ampliamente reconocido en las fuentes, según el cual la obligación restitutoria del mutuario nace de la *datio*, se funda más bien en el valor que la jurisprudencia romana otorgó al *consensus* en el ámbito del *mutuum*, no solo para configurar su estructura ne-

ABSTRACT

The present article deals with an exceptional case from a dogmatic perspective, but which was likely quite common in the Roman commercial practice: the possibility of acquiring the quality of lender, and therefore, the active legitimacy of the *condictio*, by a person different from that who took part in the *datio*. At first glances, this could appear contradictory with the widely recognized principle of Roman law, attested in the sources, according to which the obligation of the borrower to restate is an effect of the *datio*, but this is just an example of the value that the Roman jurisprudence gave to the *consensus* in the regulation of the *mutuum*, not only to configure its structure,

RECIBIDO el 8 de abril de 2022 y ACEPTADO el 7 de junio de 2022

* Doctor en Derecho, Universidad de Heidelberg, Alemania. Profesor de derecho civil y derecho romano en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Avenida Libertador Bernardo O'Higgins 340, Santiago, Chile. Correo electrónico: aawegman@uc.cl. Este artículo forma parte del proyecto Puente 012/2021, financiado por la Dirección de Investigación de la Vicerrectoría de Investigación de la Pontificia Universidad Católica de Chile, y del proyecto Fondecyt Regular N° 1220649, financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo de Chile, de los cuales el autor es investigador responsable. ORCID 0000-0001-8741-2099.

gocial, sino que también para determinar la persona a la cual se debe restituir el *tantundem*, aunque la dación mutuaría sea efectuada a nombre de otro (*alterius nomine*).

PALABRAS CLAVE

Dación mutuaría – *alterius nomine* – contrato real – *condictio*.

but also to determine the person to whom the *tantundem* must be restored, even if the loan is made in the name of another (*alterius nomine*).

KEY WORDS

Loan – *alterius nomine* – real contract – *condictio*.

INTRODUCCIÓN¹

El presente artículo aborda el caso, excepcional desde una perspectiva dogmática, aunque, con toda probabilidad, bastante difundido en la práctica comercial romana, consistente en la posibilidad de que adquiera la calidad de mutuante y, por tanto, de legitimado activo de la *condictio*, una persona distinta de quien efectivamente ha realizado la *numeratio pecuniae*. Si bien lo anterior pudiera parecer *prima facie* en contradicción con el principio, ampliamente testimoniado en las fuentes, en virtud del cual la obligación restitutoria del mutuario para con el mutuante nace de la *datio*, lejos de constituir una fractura en la estructura del *re contrahere* obedece más bien al valor que la jurisprudencia romana otorgó al *consensus* en el ámbito del *mutuum*, no solo para configurarlo como tal, sino que también para determinar aspectos tan importantes como, en lo que aquí interesa, la persona a la cual se debe restituir el *tantundem*, aunque la dación mutuaría haya sido realizada por el propietario de la *pecunia* a nombre de otro (*alterius nomine*).

Por consiguiente, nuestro plan de trabajo exige primeramente exponer la estructura negocial del mutuo en el derecho romano, con especial consideración de su carácter real, esto es, como supuesto de *re contrahere* protegido por la *condictio* (I), para luego analizar fragmentos escogidos del *Digesto* en los cuales se reconoce la eficacia de la así llamada dación mutuaría *alterius nomine* (II). Finalmente, se ofrecen conclusiones y perspectivas de investigación (III).

I. ESTRUCTURA NEGOCIAL DEL MUTUO EN EL DERECHO ROMANO

1. *Carácter real del mutuo: la “mutui datio” como causa de una “obligatio re contracta”*

Punto de partida para comprender la estructura del mutuo en el derecho romano es Gai. 3,90: “*Re contrahitur obligatio velut mutui datione; mutui autem datio proprie in his fere rebus contingit, quae [res] pondere, numero, mensura constant, qualis est pecunia numerata, vinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum; quas res aut nume-*

¹Lista de abreviaturas: *AUPA*. = Annali del Seminario Giuridico dell’Università di Palermo; *Index* = Index. Quaderni camerti di studi romanistici; *IP*. = Interpretatio Prudentium; *Iura* = Iura: Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico; *QLSD*. = Quaderni Lupiensis di Storia e Diritto; *RDP*. (*Externado*) = Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia; *REHJ*. = Revista de Estudios Histórico-Jurídicos; *TR*. = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis; *ZSS*. = Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (romanistische Abteilung).

*rando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit*².

La representación gayana del *mutuum* o, para ser más precisos, de la *mutui datio*, expresa fielmente los rasgos esenciales de su estructura negocial en el derecho romano clásico, como lo atestigua un fragmento de Paulo que, al margen de algunas variaciones lingüísticas, nos dice básicamente lo mismo que el maestro de época antonina³. El mutuo, fundamento del mercado romano del crédito, consiste en la transferencia del dominio sobre una cantidad determinada de cosas ciertas que se determinan por su peso, número o medida (*res, quae pondere numero mensura constant*: cosas fungibles, según la nomenclatura moderna) y que, por regla general (aunque no necesariamente), son también consumibles, con la finalidad de que el adquirente restituya otros tantos del mismo género y, en su caso, calidad⁴ (*tantundem eiusdem generis [et qualitatis]*). Por consiguiente, este negocio implica el nacimiento de una obligación restitutoria *credendi causa* y, de hecho, constituye su figura paradigmática⁵.

El elemento desencadenante de la obligación restitutoria del mutuuario, su *causa obligationis*, es un acto de disposición patrimonial (transferencia de dominio) por parte del mutuante, vale decir, una *datio rei* en sentido estricto⁶; de ahí

² Cfr. D. 44,7,1,2 (Gai. 2 *aur*); Gai Ep. 2,9,1.

³ D. 12,1,2,1 (Paul. 28 *ad ed.*): “*Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie: nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest*”. A juicio de NELSON, H.L.W.; MANTHE, Ulrich, *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktobligationen. Text und Kommentar* (Berlin, Duncker & Humblot, 1999), p. 81, la noción gayano-paulina de mutuo daría cuenta de cierta tradición escolar que se remontaría a varias generaciones.

⁴ La exigencia de calidad no es explicitada en Gai. 3,90; sí, en cambio, en D. 44,7,1,2 (Gai. 2 *aur*), donde se habla de *eiusdem generis et qualitatis*. En I. 3,14pr., por su parte, aparece la expresión *eiusdem naturae et qualitatis*. Cfr. D. 12,1,3 (Pomp. 27 *ad Sab.*).

⁵ Así se desprende de D. 12,1,2,3 (Paul. 28 *ad ed.*): “*Creditum ergo a mutuo differt qua genus a specie: nam creditum consistit extra eas res, quae pondere numero mensura continentur sic, ut, si eandem rem recepturi sumus, creditum est [...]*”. Sobre el mutuo como paradigma de las *causae credendi* véase p.ej. Gai. 3,124; D. 12,1,1,1 (Ulp. 26 *ad ed.*); D. 12,1,2pr.-1 y 3 (Paul. 28 *ad ed.*); D. 12,1,8 (Pomp. 6 *ad Plant.*); D. 12,1,20 (Iul. 18 *dig.*); D. 12,1,30 (Paul. 5 *ad Plant.*); D. 12,1,41 (Afr. 8 *quaest.*); D. 14,1,7,1 (Afr. 8 *quaest.*); D. 14,3,19,3 (Pap. 3 *resp.*); D. 14,6,1pr. (Ulp. 29 *ad ed.*); D. 16,1,17pr. (Afr. 4 *quaest.*); D. 17,1,34pr. (Afr. 8 *quaest.*); D. 17,1,48pr. (Cels. 7 *dig.*); D. 19,2,31 (Alf. 5 *dig. a Paul. epit.*); D. 19,5,24 (Afr. 8 *quaest.*); D. 20,5,12,1 (Tryph. 8 *disp.*); D. 24,1,50pr. (Iav. 13 *epist.*); D. 26,7,16 (Paul. 7 *ad Sab.*); D. 31,85 (Paul. 4 *resp.*); D. 42,5,24,2 (Ulp. 63 *ad ed.*); D. 45,1,126,2 (Paul. 3 *quaest.*). Un extenso análisis diacrónico en ALBANESE, Bernardo, *Per la storia del creditum*, en *AUPA*, 32 (Palermo, 1971), pp. 5 ss.

⁶ El significado técnico-jurídico de *dare* como transferencia de dominio se encuentra ampliamente documentado en fuentes que abarcan todo el espectro temporal de la jurisprudencia romana. Véase p.ej. Gai. 2,204; 4,4; D. 17,1,47,1 (Pomp. 3 *ex Plant.*); D. 22,1,4pr. (Pap. 27 *quaest.*); D. 32,29,3 (Lab. 2 *post. a Iav. epit.*); D. 45,1,75,10 (Ulp. 22 *ad ed.*) y, muy especialmente, D. 50,17,167pr. (Paul. 49 *ad ed.*): “*Non videntur data, quae eo tempore quo dentur accipientes non fiunt*”. Cfr. GROSSO, Giuseppe, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione, obbligazioni alternative e generiche*² (Torino, Giappichelli, 1955), pp. 19 ss.; PASTORI, Franco, *Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano* (Milano, Cisalpino, 1985), pp. 131 ss.; más recientemente WEGMANN

que, siguiendo a Viard, no sea exagerado afirmar que la esencia del mutuo se encuentra en la *datio*⁷ o, en palabras de Paulo, *si non fiat tuum, non nascitur obligatio*⁸. Por lo demás, en esto se funda la pseudoetimología *mutuum = quod ex meo tuum fit*. A mayor abundamiento, la naturaleza fungible del objeto del mutuo (por lo general, dinero: *pecunia numerata*) es una consecuencia lógica de la finalidad económica de este negocio en el ámbito del mercado crediticio, que solo se logra mediante la transferencia del dominio (...*ut accipientium fiant*, en palabras de Gayo): *quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt*¹⁰. En este sentido, la entrega de cosas fungibles con la finalidad de que se restituyan las mismas en especie y no simplemente otras tantas del mismo género y calidad, sería desconcertante: si bien es posible teóricamente, no se corresponde con la estructura jurídica y el papel económico que caracteriza a la *mutui datio*¹¹. Luego, la transferencia del dominio es una consecuencia de la función del mutuo en el tráfico jurídico y no una mera construcción abstracta¹².

Con todo, lo anterior no debiera conducir al error de creer que el acuerdo de las partes es absolutamente irrelevante; por el contrario, el *consensus* muestra su valor en el préstamo de consumo romano, en primer lugar, para configurarlo como tal y no como un negocio jurídico distinto y, secundariamente, en aspectos tales como la definición del lugar de la restitución del *tantundem*, el plazo o la cantidad a restituir y, en lo que aquí interesa, el titular de la acción correspondiente¹³. En efecto, una *datio rei* puede verificarse por distintas causas, de las cuales no todas conducen a una obligación restitutoria *credendi causa*¹⁴; así ocurre, por ejemplo, con la donación¹⁵. En cambio, la *mutui datio* supone un acuerdo de voluntades

STOCKEBRAND, Adolfo, *Obligatio re contracta. Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im römischen Recht* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2017), pp. 117 ss.

⁷VIARD, Paul-Émile, *La 'mutui datio'. Contribution à l'histoire du fondement des obligations à Rome. Première partie* (Paris, Sirey, 1939), p. 42: “Le contrat de prêt est essentiellement une datio. Le transfert constitue à lui seul la base de l'obligation”.

⁸D. 12,1,2,2 (Paul. 28 ad ed.). Por este motivo, la dación mutuaría de cosas ajenas es ineficaz. Así se lee en D. 12,1,2,4 (Paul. 28 ad ed.): “In mutui datione oportet dominum esse dantem [...]”. Otro tanto ocurre cuando el mutuante, siendo dueño de las cosas objeto del contrato, no se encuentra habilitado para transferirlas, como es el caso del pupilo que actúa *sine tutoris auctoritate*. Cfr. Gai. 2,82; 2,84; D. 12,1,19,1 (Iul. 10 dig.); UE 11,27. Para la creación de una obligación mutuaría por medio de *traditio brevi manu* véase D. 12,1,9,9 (Ulp. 26 ad ed.); D. 17,1,34pr. (Afr. 8 quaest.).

⁹Gai. 3,90 in fine; D. 12,1,2,2 (Paul. 28 ad ed.): “Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit: et ideo, si non faciat tuum, non nascitur obligatio”. Cfr. VARR., *ling. lat.* 5,179.

¹⁰D. 17,1,34pr. (Afr. 8 quaest.).

¹¹Con toda claridad se expresa en este sentido Paulo, en D. 12,1,2pr. (Paul. 28 ad ed.): “Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum), sed idem genus [...]”. Cfr. D. 12,1,18,1 (Ulp. 7 disp.).

¹²Cfr. VON LÜBTOW, Ulrich, *Die Entwicklung des Darlehensbegriffs im römischen und geltenden Recht, mit Beiträgen zur Delegation und Novation* (Berlin, Duncker & Humblot, 1965), p. 15.

¹³Para una visión de conjunto de la cuestión véase SACCOCCIO, Antonio, *Mutuo reale, accordo di mutuo e promessa di mutuo in diritto romano*, en FIORI, Roberto (ed.), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* (Napoli, Jovene, 2011), 4, pp. 349 ss., con amplia bibliografía.

¹⁴Cfr. GIUFFRÈ, Vincenzo, *La 'datio mutui'. Prospettive romane e moderne* (Napoli, Jovene, 1989), p. 71.

¹⁵D. 43,26,1,2 (Ulp. 1 inst.): “[...] qui donat, sic dat, ne recipiat [...]”.

dirigido a producir un efecto jurídico-práctico concreto (el *id quod actum est*), consistente en el nacimiento de una obligación restitutoria genérica (por el *tantundem*); la transferencia de la propiedad sobre las cosas objeto del mutuo es jurídicamente calificada por las partes (*inter consentientes*)¹⁶, a fin de engendrar la obligación restitutoria *credendi causa (ut obligatio constitutatur)*¹⁷. En este sentido, Salvio Juliano nos enseña que no toda *numeratio* obliga al *accipiens*, sino solo aquella que se encuentra dirigida a fundar una obligación de esta naturaleza¹⁸. En otras palabras: la *conventio* entre mutuante y mutuario (*hoc animo dari et accipi*) fija el objetivo de la *datio rei* como *causa credendi* y determina las modalidades de la restitución¹⁹, aunque no represente un elemento plenamente autónomo²⁰.

La estructura negocial someramente esbozada en las líneas precedentes implica que, antes de la transferencia dominical (*datio*), el (futuro) mutuario (*accipiens*) no ha contraído obligación alguna, motivo por el cual tampoco el (futuro) mutuante (*dans*) puede exigir la restitución ni, en consecuencia, está legitimado para entablar una acción. Si se nos permite el empleo de una expresión propia de la dogmática moderna, la *mutui datio* opera *contrahendi causa*, vale decir, como generadora de la relación obligatoria, en vez de *solvendi causa* (como cumplimiento de una obligación previamente contraída). Por lo mismo, la promesa de dar en mutuo solo es exigible en la medida que intervenga una *stipulatio (in faciendo)*²¹.

Esto es lo que, en el lenguaje de los clásicos, se conocía como *obligatio re contracta*, cuya traducción literal es obligación contraída por medio de una cosa, pero cuyo significado jurídico específico es el de una obligación contraída por

¹⁶ D. 12,1,32 (Cels. 5 *dig.*): “*Si et me et Titium mutuum 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 proptus 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*”.

¹⁷ En este sentido D. 44,7,3,1 (Paul. 2 *inst.*): “*Non satis autem est dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constitutatur. itaque si quis pecuniam suam donandi causa dederit mihi, quamquam et donantis fuerit et mea fiat, tamen non obligabor ei, quia non hoc inter nos actum est*”. Cfr. D. 12,1,18pr.-1 (Ulp. 7 *disp.*). Para el *quod actum* en el ámbito de la *mutui datio* véase VIARD, Paul-Émile, *La ‘mutui datio’*, cit. (n. 7), pp. 45 ss.; RABER, Fritz, *Hoc animo dare*, en TR., 33 (Leiden, 1965), pp. 58 ss.

¹⁸ D. 12,1,19pr. (Iul. 10 *dig.*): “*Non omnis numeratio eum qui accepit obligat, sed quotiens id ipsum agitur, ut confestim obligaretur. nam et is, qui mortis causa pecuniam donat, numerat pecuniam, sed non aliter obligabit accipientem, quam si existisset casus, in quem obligatio collata fuisset, veluti si donator convaluisset aut is qui accipiebat prior decessisset [...]*”. Véase también D. 12,1,20 (Iul. 18 *dig.*). Cfr. BABUSIAUX, Ulrike, *Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteivillens im klassischen römischen Zivilprozess* (München, C.H. Beck, 2006), p. 60; PRINGSHEIM, Fritz, *Id quod actum est*, en ZSS., 78 (Graz, 1961), pp. 77 ss.

¹⁹ Cfr. KASER, Max, *Mutuum und stipulatio*, en *Ernanion in honorem Georgii S. Maridakis* (Athenais, Kleisiune, 1963), pp. 169 ss. En términos similares VOCI, Pasquale, *Istituzioni di diritto romano* (Milano, Giuffrè, 2004), p. 431.

²⁰ Cfr. GIUFFRÈ, Vincenzo, *La ‘datio mutui’*, cit. (n. 14), pp. 70 ss.; ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford, Oxford University Press, 1996), pp. 156 ss.

²¹ D. 45,1,68 (Paul. 2 *ad ed.*). Cfr. TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1990), p. 540; recientemente in extenso SACCOCCIO, Antonio, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico. Profili di consensualità nel mutuo reale* (Torino, Giappichelli, 2020), pp. 149 ss.

medio de la transferencia del dominio de una cosa. En efecto, según el testimonio de las fuentes, el sentido del ablativo *re* en el contexto de la generación de una obligación contractual (*re contrahere*) se identifica más allá de toda duda con una *datio rei* en sentido técnico, excluyendo su aplicabilidad a *dationes* en sentido lato (mera entrega). De ahí que no deba extrañar que la *obligatio re contracta* (o, si se quiere, el contrato real romano) estuviera restringida al mutuo, único negocio calificado expresamente en las fuentes como supuesto de *re contrahere*, ya sea por Gayo²² o por cualquier otro jurista clásico²³, excluyéndose, por tanto, toda otra figura: la extensión del sintagma *re obligari/re teneri* (nunca del *re contrahere* en sentido propio) en las *res cottidianae* (solo allí) al comodato, el depósito y la prenda, obedeció muy probablemente a una consideración del aspecto procesal de la obligación restitutoria de la *res ipsa* en cada uno de estos tipos negociales, exigible por medio de acciones honorarias (*actiones commodati, depositi y pignoratitia in factum conceptae*, respectivamente) construidas según el modelo de la *condictio* del mutuante, más que a una asimilación del *commodatum*, el *depositum* y el *pignus* al *mutuum* como integrantes de una supuesta categoría de los contratos reales²⁴, de

²² Una exposición detallada de esta interpretación del *re contrahere* gayano en WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Obligatio re contracta*, cit. (n. 6), pp. 115 ss.; ÉL MISMO, *Sobre el así llamado contrato real en las Instituciones de Gayo*, en REHJ., 40 (Valparaíso, 2018), pp. 97 ss. Para el problema del pago de lo no debido, visto por Gayo como una fuente de *re obligari* no propiamente contractual, una suerte de reflejo extracontractual de la dación mutuaría (Gai. 3,91: “*is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur; nam proinde ei condicti potest si paret eum dare oportere, ac si mutuum accepisset [...]*”), ÉL MISMO, *En torno al carácter (cuasi)contractual de la solutio indebiti en las Instituciones de Gayo*, en REHJ., 39 (Valparaíso, 2017), pp. 85 ss.

²³ Así se desprende de un fragmento poco conocido de Paulo, en el cual el jurista severiano, a propósito de la eficacia puramente relativa de los pactos añadidos a un contrato protegido por una acción de derecho estricto, que no favorecen al acreedor, sino solo al deudor, expone la estructura esencial de la *obligatio re contracta*, aludiendo implícitamente al mutuo: D. 2,14,17pr. (Paul. 3 ad ed.): “*Si tibi decem dem et paciscar, ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem: re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit*”. De la lectura del texto se colige claramente que Paulo se está refiriendo a la *mutui datio*. Una exégesis detallada de la fuente en WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Re contrahere y credere en el pensamiento de Paulo*, en RDP. (Externado), 42 (Bogotá, 2022), pp. 43 ss.; ÉL MISMO, *En torno a la perspectiva accional de la ‘experiencia jurídica romana’, a propósito de D. 2,14,17 pr. (Paul. 3 ad ed.)*, en IP., 4/2 (Lisboa, 2019), pp. 35 ss. Otro tanto se deduce de Quinto Mucio Escévola, según el testimonio de Pomponio: D. 46,3,80 (Pomp. 4 ad Q. Muc.), donde el *re contrahere* queda restringido al mutuo: “[...] *ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat [...]*”.

²⁴ Cfr. WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Obligatio re contracta*, cit. (n. 6), pp. 218 ss.; ÉL MISMO, *Causae credendi y obligatio re contracta en las res cottidianae*, en REHJ., 41 (Valparaíso, 2019), pp. 87 ss. En términos similares, WUBBE, Felix, *I contratti reali alla fine della repubblica*, en MILAZZO, Francesco (ed.), *Contractus et pactum, Tipicità e libertà negoziale nell’esperienza tardo-repubblicana* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990), p. 119: “*La responsabilità introdotta con le nuove actiones in factum conceptae abitnerà i ginnisti all’idea che il detentore, siccome sarà debitore ove non restituisca la cosa, ha l’obbligazione contrattuale di restituire. Si tratta di una specie di riflesso [...]. Così depositario, comodatario e creditore pignoratizio potrebbero, a partire del momento in cui ricevono la cosa, essere considerati debitori, obbligati re in un senso debolissimo di tale espressione?*”. Cfr. ÉL MISMO, *Gaius et les contrats réels*, en TR., 35 (Leiden, 1967), pp. 500 ss.

la que aparte del mutuo no hay testimonio textual en las fuentes conservadas²⁵.

Ahora bien, con independencia de la discusión doctrinaria en torno a la extensión del *re contrahere* en el derecho romano clásico, no hay duda sobre el carácter real del mutuo, que es lo que interesa para efectos del presente trabajo; y esta naturaleza real es, a su vez, inseparable del carácter estrictamente restitutorio de la obligación del *accipiens*, que en su aspecto procesal se verifica en la ejercitabilidad de la *condictio* por parte del mutuante, como se ve a continuación.

2. Ejercitabilidad de la “*condictio*”

La *mutui datio* informal (esto es, no revestida de una *sponsio* o *stipulatio*) no siempre estuvo amparada por una acción propia. La protección de este negocio, que originalmente debió darse en el marco del *agere sacramento* o de la *iudicis postulatio*²⁶, alcanzó autonomía solo con la introducción del *agere per conditionem* por medio de las *leges Silia* (para una cantidad cierta de dinero: *certa pecunia*) y *Calpurnia* (para otras cosas ciertas distintas del dinero: *omnis certa res*)²⁷. El ámbito de aplicación de este nuevo *modus agendi* consistía en las pretensiones sobre un *certum*²⁸, las que podían nacer de una estipulación (*verbis*), de la anotación de una transferencia ficticia de dinero en el libro de cuentas del acreedor con el consentimiento del deudor (*litteris*) o de una dación mutuaria informal (*re*). En razón de lo dicho, aquí se encuentra muy probablemente el origen del mutuo como fuente inmediata de una *obligatio ex iure civili* respecto de un *certum dari* y, con ello, de la *obligatio re contracta* en el derecho privado romano.

Sin embargo, el *agere per conditionem* tuvo una existencia más bien efímera, ya que muy probablemente fue sustituido pocas décadas después de su creación por la *condictio* formular, como consecuencia de la dictación de la *lex Aebutia* (*de formulis*), en torno al 130 d.C. De hecho, la *condictio* representa en lo fundamental el desarrollo de la *legis actio per conditionem* en el marco del más flexible *agere per formulas*²⁹. Así, por ejemplo, como su predecesora de las acciones de la ley, la *condictio* clásica era una acción abstracta, lo que significa que no era necesario indicar la *causa petendi* en la fórmula, por lo que esta estaba desprovista de *demon-*

²⁵ En este sentido, conviene recordar las palabras de PEROZZI, Silvio, *Istituzioni di diritto romano*² (Roma, Athenaeum, 1928), II, p. 32 n. 1: “La frase: contratto che si fa colla cosa (*re*) non significa infatti nulla; ed è enorme in ogni caso riassumere in un'unica categoria per il modo di perfezionamento contratti che si perfezionano colla trasmissione del dominio e contratti che si perfezionano dando una cosa, di cui il dante conserva la proprietà e il possesso o sempre o agli effetti almeno dell'usucapione come nel pegno”.

²⁶ Véase Gai. 4,20.

²⁷ Gai. 4,19. Véase por todos ALBANESE, Bernardo, *Il processo privato delle legis actiones* (Palermo, Palumbo, 1987), pp. 5 ss.; KASER, Max; HACKL, Karl, *Das Römische Zivilprozessrecht*² (München, C.H. Beck, 1996), pp. 25 ss.

²⁸ Para el significado de *certum* (o *res certa*) en las fuentes romanas véase D. 12,1,6 (Paul. 28 *ad ed.*); D. 45,1,74 (Gai. 8 *ad ed prov.*). Para el *certum* en el contexto de las acciones de la ley véase VARVARO, Mario, *Per la storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili* (Torino, Giappichelli, 2008), pp. 153 ss.

²⁹ Un análisis diacrónico en LIEBS, Detlef, *The history of the Roman Condictio up to Justinian*, en MAC CORMICK, Neil; BIRKS, Peter (eds.), *The legal mind. Essays for Tony Honoré* (Oxford, Clarendon Press, 1986), pp. 163 ss.

tratio: todo *dare oportere* sobre una *certa pecunia* o una *certa res* distinta del dinero podía hacerse valer por medio de esta acción³⁰.

Pues bien, la dación mutuaría otorga un fundamento jurídico temporal para retener lo recibido; una vez cumplido el plazo acordado, el mutuario carece de *causa retinendi* y, por ello, debe restituir el *tantundem*³¹: [...] *in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur*, en palabras de Gayo³². Se trata, por tanto, como ya se vio, de una obligación restitutoria genérica que recae sobre cosas ciertas (*res certae*): el mutuante es titular de una pretensión sobre un *certum dare oportere*, por regla general respecto de una *certa (numerata) pecunia*, que se hace valer por medio de la *condictio*, una acción civil cuya *condemnatio* está restringida al valor del objeto litigioso al momento de la *litis contestatio (quanti ea res est)*³³, sin que entre en consideración el interés particular del acreedor (*id quod interest actoris*). Luego, la *condictio* tiene un carácter puramente restitutorio, lo que la convierte en una *actio stricti iuris*, si recurrimos a la nomenclatura bizantina³⁴.

Así se desprende con meridiana claridad de D. 12,1,11,1 (Ulp. 26 *ad ed.*): “*Si tibi dedero decem sic, ut novem debeas, Proculus ait, et recte, non amplius te ipso iure debere quam novem. sed si dedero, ut undecim debeas, putat Proculus amplius quam decem condici non posse*”³⁵. En el fragmento citado, Ulpiano, confirmando la opinión de Próculo, enseña que si se hubieren dado diez y se pactara que se deben nueve, el *accipiens* (mutuario) no estará obligado a restituir más que nueve; en cambio, si se dieran diez y se pactara que se deben once, no nace obligación ni, por tanto, se puede ejercer la *condictio*, más que por los diez efectivamente dados (*amplius quam decem condici non posse*). Si bien tradicionalmente se ha sostenido que lo anterior obedece a que el pacto añadido a un contrato protegido por una acción de estricto derecho (como es, precisamente, el caso del mutuo, amparado

³⁰ Así se lee en D. 12,1,9pr. (Ulp. 26 *ad ed.*): “*Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petitur sive ex incerto [...]*”. Cfr. SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petitur. Dalla condictio dei veteres alle condictiones giustinianee* (Milano, Giuffrè, 2002), pp. 54 ss.

³¹ Originariamente, el plazo debió ser convenido mediante pacto, de modo tal que el mutuario podía oponer la *exceptio pacti conventi* contra el mutuante que pretendía la restitución antes del vencimiento del término. En época clásica, esto forma parte del contrato mismo. Cfr. D. 12,1,22 (Iul. 4 *ex Min.*); D. 13,3,4 (Gai. 9 *ad ed. prov.*).

³² Gai. 3,90. Cfr. D. 12,1,2pr. (Paul. 28 *ad ed.*); D. 44,7,1,2 (Gai. 2 *aur.*).

³³ Gai. 4,41: “*Intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit, velut haec pars formulae: SI PARET NUMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO SESTERTIVM X MILLA DARE OPORTERE [...]*”; Gai. 4,17b: “*Per conditionem ita agebatur: AIO TE MIHI SESTERTIORVM X MILLA DARE OPORTERE [...]*”; Gai. 4,50: “*Certae pecuniae velut in ea formula, qua certam pecuniam petimus; nam illic ima parte formulae ita est: IVDEX, NUMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO SESTERTIVM X MILLA CONDEMNNA. SI NON PARET, ABSOLVE*”. Para la reconstrucción de la fórmula véase por todos LENEI, Otto, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³ (Leipzig, Tauchnitz, 1927), pp. 232 ss. Cfr. MANTOVANI, Dario, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*² (Padova, Cedam, 1999), pp. 48 ss.

³⁴ I. 4,6,28: “*Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris [...]*”.

³⁵ Se expresa en términos muy similares Paulo, en D. 2,14,17pr. (Paul. 3 *ad ed.*), cuyo texto es citado *supra*, n. 23.

por la *condictio*) favorece únicamente al deudor, por lo que este puede oponer la *exceptio pacti conventi* contra la pretensión del mutuante que excede la cantidad convenida (aunque se circunscriba al monto de la *datio*), recientemente se ha destacado que con el uso de la expresión *ipso iure*, Ulpiano habría buscado subrayar que de lo que se trataría no es de atribuir algún valor, aunque sea limitado (*pro reo*), al *pactum adiectum*, en virtud del cual la reducción del monto a restituir solo se verificaría *ope exceptionis*, sino más bien de un particular modo de operar del *consensus* considerado en sí mismo, que en la especie incidiría sobre la *datio*, limitando de pleno derecho la cantidad debida a nueve³⁶. Por el contrario, el pacto no incrementa la acreencia del *dans* (mutuante) bajo ningún respecto (ineficacia del pacto *pro actore* en este contexto), quien incurriría en *pluris petitio* en la eventualidad de demandar once si se han dado solo diez, a riesgo de que su derecho se extinga irrevocablemente por el efecto extintivo de la *litis contestatio*, sin que ello se vea afectado por los términos de la convención.

De esta naturaleza estrictamente restitutoria de la acción resulta que el mutuante no puede exigir más de aquello que efectivamente ha dado, presentándose una simetría o correspondencia formal³⁷ entre la dación *contrahendi causa* (la *mutui datio*) y la dación *solvendi causa* (la restitución por parte del mutuario)³⁸, como ya lo habría destacado Quinto Mucio Escévola, según el testimonio de Pomponio, en D. 46,3,80 (Pomp. 4 *ad Q. Muc.*): “*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 [...]*”. Por este motivo, la fórmula de la *condictio* de dinero (*actio certae creditae pecuniae*) indica la misma suma en la *intentio* y en la *condemnatio*, no quedándole margen alguno de apreciación al juez³⁹. Otro tanto cabe respecto de la *condictio* por cosas ciertas distintas del dinero (*condictio certae rei*, también llamada *triticaria*⁴⁰): el juez debe limitarse a avaluar las cosas indicadas en la *intentio*, atendida la naturaleza pecuniaria de la condena en el procedimiento formulario⁴¹: *quanti ea res est, tantam pecuniam condemna*⁴². Desde una perspectiva, por así decirlo, de derecho sustantivo, lo anterior se traduce en la gratuidad del mutuo romano, que estructuralmente no admitía el cobro de intereses⁴³, motivo por el cual los operadores del mercado financiero debieron recurrir, entre otras

³⁶ SACCOCCIO, Antonio, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico*, cit. (n. 21), pp. 55 ss. Véase también SACCONI, Giuseppina, ‘*Conventio*’ e ‘*mutuum*’, en *Index*, 15 (Napoli, 1987), p. 426.

³⁷ Cfr. KNÜTEL, Rolf, *Zum Prinzip der formalen Korrespondenz im römischen Recht*, en *ZSS.*, 88 (Graz, 1971), pp. 67 ss.

³⁸ En este sentido BRASIELLO, Ugo, *Obligatio re contracta*, en *Studi in onore di Pietro Bonfante* (Milano, Giuffrè, 1930), II, p. 583: “*Pei classici che si potesse contrarre un’obligatio re oltre la somma trasmessa egualmente non era ammissibile?*”. En términos similares TALAMANCA, Mario, *Istituzioni*, cit. (n. 21), p. 541: “[...] *l’obbligazione sorge nei limiti in cui è avvenuta la datio?*”.

³⁹ KASER, Max, *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht* (München, C.H. Beck, 1935), p. 86.

⁴⁰ Véase D. 13,3,1pr. (Ulp. 27 *ad ed.*).

⁴¹ Véase Gai. 4,48.

⁴² Cfr. Gai. 4,47; 4,51; 4,163.

⁴³ En detalle sobre esta característica del mutuo romano SALAZAR REVUELTA, María, *La gratuidad del mutuum en el derecho romano* (Jaén, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaén, 1999), *passim*; GIUFFRÈ, Vincenzo, *La ‘datio mutui’*, cit. (n. 14), pp. 75 ss.; MICHEL, Jacques,

figuras más o menos ingeniosas, al expediente de la combinación entre mutuo y estipulación, el llamado *mutuum cum stipulatione*⁴⁴, calificado en algunas fuentes con la extraña denominación de negocio *re et verbis*⁴⁵.

De lo expuesto se desprende la insoluble conexión entre la *mutui datio* (que implica un *re contrahere*), por una parte, y el carácter estrictamente restitutorio de la obligación del mutuuario (que se exige a través de la *condictio*), por la otra. En efecto, con independencia de algunas excepciones cuyo tratamiento excedería los márgenes de este trabajo, un requisito indispensable para la ejercitabilidad de la *condictio* es que se haya verificado una *datio*, ya sea contractual o extracontractual⁴⁶. En lo que concierne específicamente al mutuo, lo dicho significa que la legitimación del mutuante para ejercer la *condictio* contra el mutuuario depende, en una relación de causa-efecto, del hecho que el primero haya transferido el dominio de una cantidad determinada de cosas fungibles al segundo; en palabras de Paulo: *re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit*⁴⁷.

Lo anterior impone la necesidad de hacerse cargo de cierta anomalía que se aprecia en el sistema de la *condictio* romana, a partir de algunos textos jurisprudenciales de los cuales resulta que sería legitimada de esta acción y ostentaría la calidad de mutuante una persona distinta de aquella que realizó la *datio* a favor del mutuuario, problema al que nos referimos a continuación.

Gratuité en droit romain (Bruxelles, Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles, 1962), pp. 103 ss.

⁴⁴ En efecto, como el cobro de intereses debió constituir, evidentemente, el corazón y la razón de ser del mercado financiero romano, el *mutuum* era acompañado generalmente por una *stipulatio*, la cual tenía la virtud de hacer nacer *verbis* la obligación de pago de intereses, con total independencia de la cantidad que efectivamente hubiera sido transferida al mutuuario. De esta manera, bajo la forma estipulatoria se podía contraer válidamente ante el *ius civile* una obligación restitutoria por una cantidad de dinero mayor a aquella efectivamente dada (*mutua pecunia in stipulatum deducta*). Cfr. GRÖSCHLER, Peter, *Die Konzeption des mutuum cum stipulatione*, en TR., 74 (Leiden, 2006), pp. 261 ss.; ÉL MISMO, *Il 'mutuum cum stipulatione' e il problema degli interessi*, en *QLSD.*, 1 (Lecce, 2009), pp. 109 ss.

⁴⁵ Así se lee en D. 12,1,9,4 (Ulp. 26 *ad ed.*) y D. 44,7,52pr.-1 (Mod. 2 *reg.*). En realidad, la jurisprudencia clásica vio en este esquema negocial solo una *causa obligationis* (*unus contractus est*), a saber, la *stipulatio* (*una verborum obligatio*). Así se desprende, por ejemplo, de D. 45,1,126,2 (Paul. 3 *quaest.*); D. 46,2,6,1 (Ulp. 46 *ad ed.*); D. 46,2,7 (Pomp. 24 *ad Sab.*). En detalle sobre esta problemática TALAMANCA, Mario, *'Una verborum obligatio' e 'obligatio re et verbis contracta'*, en *Iura*, 50 (Nápoli, 1999, pero 2003), pp. 7 ss., con exégesis de las fuentes principales y amplia bibliografía.

⁴⁶ Véase especialmente DONATUTI, Guido, *Le cause delle conditiones*, en *Studi Parmensi*, 1 (Milano, 1951), pp. 33 ss.; SCHWARZ, Fritz, *Die Grundlage der Condictio im klassischen römischen Recht* (Münster-Köln, Böhlau, 1952); VON LÜBTOW, Ulrich, *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht* (Berlin, Duncker & Humblot, 1952); SANTORO, Raimondo, *Studi sulla condictio*, en *AUPA.*, 32 (Palermo, 1971), pp. 181 ss.; más recientemente SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur*, cit. (n. 30), pp. 234 ss.; HÄHNCHEN, Susanne, *Die causa conditionis. Ein Beitrag zum klassischen römischen Kondiktionenrecht* (Berlin, Duncker & Humblot, 2003). Una buena síntesis en HARKE, Jan Dirk, *Das klassische römische Kondiktionensystem*, en *Iura*, 54 (Nápoli, 2003), pp. 49 ss.

⁴⁷ D. 2,14,17pr. (Paul. 3 *ad ed.*). Cfr. D. 12,1,11,1 (Ulp. 26 *ad ed.*).

II. LA DACIÓN MUTUARIA *ALTERIUS NOMINE*1. “*Voluntate mea tu des pecuniam [...]*”

Como vimos precedentemente, la ejercitabilidad de la *condictio* por parte del mutuante supone que este haya efectuado una *datio* con cosas de su propiedad a favor del mutuario; en palabras de Gayo: [...] *unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit*⁴⁸. Sin embargo, en el *Digesto* se conservan fragmentos de los cuales se desprende que la jurisprudencia romana habría admitido la posibilidad de que la *datio* fuera realizada por una persona a nombre de otra (*alterius nomine*), adquiriendo esta última la calidad de mutuante y, por consiguiente, de legitimada activa de la *condictio*, a pesar de no haber llevado a cabo dación mutuaría alguna. Así leemos en D. 12,1,2,4 (Paul. 28 *ad ed.*): “*In mutui datione oportet dominum esse dantem, nec obest, quod filius familias et servus dantes peculiares nummos obligant: id enim tale est, quale si voluntate mea tu des pecuniam: nam mihi actio acquiritur, licet mei nummi non fuerint*”. Como se aprecia en el texto transcrito, Paulo, luego de explicitar el principio según el cual en la dación mutuaría es preciso que quien da sea dueño, lo que no obsta a que el hijo de familia y el esclavo puedan obligar a alguien (a restituir) dando dinero de su peculio, añade que, de hecho, esto sería lo mismo que si tú dieras dinero (de tu propiedad) por mi voluntad, porque en tal caso soy yo quien adquiere la acción (la *condictio*; específicamente, la *actio certae creditae pecuniae*), aunque las monedas no hayan sido mías.

Pues bien, de lo que se trata es que el jurista reconoce que la regla según la cual el mutuante debe ser propietario del dinero concedido al mutuario admite excepciones, algunas de ellas meramente aparentes. Un ejemplo de excepción aparente es el primer supuesto planteado en la fuente, a saber, la dación mutuaría realizada por un hijo de familia o un esclavo con dinero del peculio: como se sabe, la titularidad de la *condictio* corresponde al *pater familias* o al *dominus*, según el caso, ya que él es el propietario del dinero contenido en el peculio y entregado en mutuo, aunque la *datio* haya sido efectuada materialmente por su hijo o esclavo⁴⁹. Dicho en otros términos, es jurídicamente irrelevante que la *numeratio pecuniae* sea realizada directamente por un *sui iuris*, o que para perfeccionar el contrato de mutuo se sirva de personas *alieni iuris* sometidas a su potestad (*patria* o *dominica potestas*, según el caso). Una verdadera excepción a la regla la representa, en cambio, el segundo supuesto abordado por Paulo, cual es que alguien lleve a cabo una dación mutuaría con dinero propio en cumplimiento de un encargo de parte mía (*voluntate mea tu des pecuniam [...]* *licet mei nummi non fuerint*), puesto que en tal situación yo adquiriría la calidad de mutuante y, por ende, la titularidad de la *condictio*, con lo cual se verificarían, en la práctica, efectos análogos a los de la representación directa, institución en principio ajena a la experiencia jurídica romana⁵⁰.

⁴⁸ Gai. 3,90 *in fine*.

⁴⁹ SACCOCCIO, Antonio, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico*, cit. (n. 21), p. 57.

⁵⁰ *Ibid.*; BRIGUGLIO, Filippo, *Studi sul procurator I. L'acquisto del possesso e della proprietà* (Milano, Giuffrè, 2007), p. 472. Sintomáticamente, ninguna de las fuentes analizadas en este capítulo, relativas a la dación mutuaría *alterius nomine*, es tomada en consideración por MICELI, María, *Studi sulla 'rappresentanza' nel diritto romano* (Milano, Giuffrè, 2008), I. En cambio, ve en esta figura un

Si se lee con atención el fragmento, es posible establecer que el fundamento de la opinión de Paulo radica en que el acuerdo de voluntades entre el *dans* y quien asumirá en definitiva el papel de mutuante es capaz por sí solo de calificar jurídicamente la *datio* y determinar sus efectos, a tal punto de traer consigo que se genere una obligación *credendi causa* en favor de quien nada ha dado (al menos, no directamente), porque eso fue lo convenido con el *dans*. Desde esta perspectiva, por tanto, lo anterior no constituye propiamente una excepción al principio básico de que la obligación restitutoria del mutuario se contrae en virtud de una *datio* (*re contrahitur obligatio velut mutui datione*)⁵¹ y se limita al *tantundem* ([...] *cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat*)⁵², ni tampoco a la regla según la cual la *mutua pecunia* debe ser de propiedad del *dans*, como acabamos de ver, pero ciertamente representa un caso particularísimo desde un punto de vista dogmático (aunque, con toda probabilidad, bastante difundido en la práctica), en el sentido que la dación mutuaría bien puede ser efectuada por interpósita persona. En otros términos: el mutuo supone siempre y necesariamente que se verifique una *datio* y que esta sea efectuada por el dueño de la *pecunia*, pero no es imprescindible que esta persona sea la misma que aquella que asumirá la calidad de parte en la relación contractual de este modo engendrada.

En este orden de cosas, en un fragmento de Cervidio Escévola, maestro del propio Paulo, encontramos una aplicación práctica del principio recién esbozado: D. 39,5,35,2 (Scaev. 31 *dig.*): “*Avia sub nomine Labeonis nepotis sui mutuum pecuniam dedit, et usuras semper cepit et instrumenta debitorum a Labeone recepit, quae in hereditate eius inventa sunt: quaero, an donatio perfecta esse videatur. respondit, cum debitor Labeoni obligatus est, perfectam donationem esse*”. Escévola plantea el siguiente caso: Avia concedió a un sujeto un mutuo de dinero a nombre de su nieto Labeón. A juicio del jurista, el mutuario contrae la obligación de restituir el dinero recibido no respecto de Avia, quien realizó la *mutui datio* con *pecunia* de su propiedad, sino de Labeón, quien nada ha dado, de modo tal que se configura una donación (*donatio perfecta*) del capital entregado por la abuela en favor de su nieto. Al margen de cuestiones de detalle, de la lectura del pasaje se desprende el mismo mecanismo aludido por Paulo en la fuente anteriormente analizada: la mención del nombre del nieto al momento de realizar la *numeratio* (*sub nomine Labeonis nepotis sui mutuum pecuniam dedit*) sería suficiente para radicar la titularidad de la *condictio* y, consiguientemente, la calidad de mutuante, en Labeón, aunque Avia haya cobrado los intereses (*usurae*) y tenido en su poder la documentación que daba cuenta de la operación financiera (*instrumenta*)⁵³. Si bien el texto nada dice sobre la formalización del negocio a través

supuesto de representación directa RONCATI, Stefania, *Il principio consensualistico nella vicenda del mutuo: da contratto reale a contratto consensuale*, en REINOSO BARBERO, Fernando (ed.), *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual* (Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2014), p. 549. En opinión de BRAMANTE, Maria Vittoria, *Il mutuo nell'esperienza giuridica romana. Linee di studio, profili interpretativi e prassi* (Tesis doctoral, Università degli Studi di Napoli 'Federico II', Napoli, 2007-2008), p. 70, se trataría de un supuesto de mandato de crédito (*mandatum pecuniae credendae*).

⁵¹ Gai. 3,90.

⁵² D. 46,3,80 (Pomp. 4 *ad Q. Muc.*).

⁵³ SACCOCCIO, Antonio, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico*, cit. (n. 21), p. 58.

de una *stipulatio*, ni tampoco sobre la exigencia de una ratificación por parte de Labeón, la referencia expresa al cobro de *usuræ* (por parte de Avia) y a los *instrumenta* autoriza a asumir que en la especie bien pudo tratarse de un *mutuum cum stipulatione*⁵⁴, donde Labeón adquirió únicamente la calidad de mutuante a través de la *datio nomine nepotii*, mientras que Avia asumió la posición de estipulante y, por ende, de acreedora de los intereses⁵⁵, no así su nieto, a quien a través de esta ingeniosa fórmula solo se le donó el capital⁵⁶.

A mayor abundamiento, Paulo reitera la eficacia de la dación mutuaría *alterius nomine* en D. 45,1,126,2 (Paul. 3 *quaest.*): “[...] *respondi: per liberam personam quae neque iuri nostro subiecta est neque bona fide nobis servit, obligationem nullam acquirere possumus. plane si liber homo nostro nomine pecuniam daret vel suam vel nostram, ut nobis solveretur, obligatio nobis pecuniae creditae acquireretur: sed quod libertus patrono dari stipulatus est, inutile est [...]*”. Aquí, Paulo, luego de destacar que no podemos contraer una obligación por medio de una persona libre que no está bajo nuestra potestad ni nos sirve de buena fe creyéndose nuestro esclavo⁵⁷, así como de negar una *adiectio solutionis causa*⁵⁸, agrega que, sin embargo, la regla *alteri stipulari nemo potest* encuentra una excepción en la dación mutuaría a nombre de otro, toda vez que, si una persona libre diera una cantidad de dinero a título de mutuo a nombre nuestro (*nostro nomine pecuniam daret*), con la finalidad de que se nos pague (*ut nobis solveretur*), adquirimos el crédito y, por consiguiente, la calidad de mutuante (*obligatio nobis pecuniae creditae acquireretur*)⁵⁹. Al igual que en los casos anteriores, aquí la voluntad de las partes tendría la virtud de calificar la *datio*, al punto que la obligación restitutoria que nace de ella no encuentre su acreedor en el *dans* mismo, sino en un tercero, configurándose una suerte de *traditio longa manu* de parte de este último⁶⁰. Por lo demás, esta fuente reitera el principio según el cual el *mutuum cum stipulatione*, lejos de constituir un negocio mixto (así llamado *re et verbis*), supone el nacimiento de una única obligación *ex stipulatione (verbis)*⁶¹, circunstancia que apoya la hipótesis

⁵⁴ Véase *supra*, n. 44 y 45.

⁵⁵ Véase D. 19,5,24 (Afr. 8 *quaest.*): “[...] *respondit pecuniae quidem creditae usuras nisi in stipulationem deductas non deberi [...]*”. El *respondit* se refiere, evidentemente, a Salvio Juliano.

⁵⁶ Si bien no lo dice en estos términos, esta parece ser la interpretación de FLUME, Werner, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken* (Paderborn-München-Wien-Zürich, Ferdinand Schöningh, 1990), p. 98, cuando sostiene que el nieto solo adquiere la *condictio* por el capital prestado, no así por los intereses (los que, como es sabido, no pueden cobrarse por el mutuo, sino por la estipulación).

⁵⁷ Según el principio que nadie puede estipular a favor de otro, explicitado en D. 45,1,38,17 (Ulp. 49 *ad Sab.*): “[...] *Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum ut alii detur, nihil interest mea [...]*”.

⁵⁸ SCHMIDT-OTT, Justus, *Pauli Quaestiones. Eigenart und Textgeschichte einer spätclassischen Juristenschrift* (Berlin, Duncker & Humblot, 1993), p. 184.

⁵⁹ Cfr. GRÖSCHLER, Peter, *Die tabellae-Urkunden aus den pompejanischen und herkulanensischen Urkundenfunden* (Berlin, Duncker & Humblot, 1997), pp. 123 ss.

⁶⁰ SACCOCCIO, Antonio, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico*, cit. (n. 21), p. 59. Cfr. CLAUS, Axel, *Gewillkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht* (Berlin, Duncker & Humblot, 1973), pp. 247 ss.

⁶¹ D. 45,1,126,2 (Paul. 3 *quaest.*): “[...] *nam quotiens pecuniam mutnam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum [...]*”. Cfr. VON LÜBTOW, Ulrich, *Die Entwicklung des*

de una referencia implícita en el fragmento de Cervidio Escévola a una *stipulatio usurarum* de Avia de la que no fue parte su nieto Labeón.

Consecuencialmente, en las fuentes analizadas se advierte cierto grado de espiritualización del *mutuum*, en el sentido que el *consensus* logra configurar jurídicamente la *numeratio* a tal punto que se atribuye la legitimación activa de la *condictio* a una persona que, objetivamente, no ha realizado *datio* alguna. Lo anterior, en todo caso, no significa que estemos en presencia de una superación del esquema del *re contrahere* para dar lugar a la construcción del *mutuum* como una hipótesis de *obligatio consensu contracta*, ya que la ejercitabilidad de la *condictio* por parte del mutuante y la obligación restitutoria del mutuario (que no son sino dos caras de la misma moneda) se funda sin excepción alguna en la *datio*, aunque se presente la particularidad que esta no fue realizada por quien, en última instancia, asume la posición de mutuante.

2. “*Delegatio dandi?*”

Este carácter, por así decirlo, ambulatorio de la ejercitabilidad de la *condictio*, que se radica en el patrimonio de quien no es dueño del dinero ni ha efectuado la *numeratio pecuniae*, se aprecia con especial nitidez en un fragmento de Ulpiano, en el cual ni siquiera se exige el conocimiento de esta circunstancia por parte del mutuante. Así se lee en D. 12,1,9,8 (Ulp. 26 *ad ed.*): “*Si nummos meos tuo nomine dedero velut tuos absente te et ignorante, Aristo scribit adquiri tibi condictioem: Iulianus quoque de hoc interrogatus libro decimo scribit veram esse Aristonis sententiam nec dubitari, quin, si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dedero, tibi adquiritur obligatio, cum cottidie credituri pecuniam mutuam ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro*”. Según el testimonio de Ulpiano, Aristón escribió que, si *Ego* diera una cantidad de dinero a un tercero a nombre de *Tu*, como si fuera de este último (*velut tuos*), *Tu* adquiere para sí la *condictio* aunque estuviera ausente y lo ignorara. Añade el jurista severiano que la opinión de Aristón habría sido refrendada por Salvio Juliano, según el cual no cabría duda de que, si *Ego* ha dado su dinero a nombre y por voluntad de *Tu*, es este último quien asume la calidad de acreedor (*tibi adquiritur obligatio*) y, por ende, de titular de la acción, porque sería cosa de todos los días (*cottidie*) que para dar dinero en mutuo se pide a otro que lo entregue a nuestro nombre a quien ha de asumir la condición de deudor.

Se ha sostenido por la doctrina que muy probablemente este texto, en su versión original del comentario de Ulpiano al título edictal *de rebus creditis*⁶², hacía referencia a la actividad bancaria, donde la remisión al *argentarius* habría sido sustituida por los compiladores justinianos por un genérico *ab alio poscamus*⁶³, hipótesis interpolacionista que, en todo caso, se condice con la *praxis* financiera

Darlehensbegriffs, cit. (n. 12), p. 117, y la bibliografía citada *supra*, n. 44 y 45.

⁶² Este es, precisamente, el contenido del vigésimo sexto libro del comentario de Ulpiano al edicto del pretor urbano. Cfr. LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum*, cit. (n. 33), pp. 231 ss.

⁶³ RICCOBONO, Salvatore, *Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta in diritto romano*, en *AUPA.*, 14 (Palermo, 1930), p. 409. Cfr. SACCONI, Giuseppina, *Ricerche sulla delegazione in diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1971), p. 173; recientemente SACCOCCIO, Antonio, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico*, cit. (n. 21), p. 60.

romana y no impide considerar el pasaje como sustancialmente genuino. Pues bien, apoyándose (al menos hasta cierto punto, como veremos a continuación) en una opinión de Aristón, Salvio Juliano admite el perfeccionamiento de un *mutuum* donde el mutuante es una persona distinta del *dans*, en circunstancia que este último entregó dinero propio. Esta operación comercial, que se presenta como indubitada (*nec dubitari*) y de uso cotidiano (*cottidie*), constituye un supuesto de delegación, por medio del cual el delegado (el efectivo *dans*, seguramente un *argentarius*) anticipa al delegante (mutuante) el dinero que entregará al delegatario (mutuario): una *delegatio dandi*⁶⁴. En concreto, a través de una única *numeratio* se perfeccionan dos contratos de mutuo: uno, entre el sujeto que da el *iussum credendi* y aquel que lo ejecuta (mutuo delegante-delegado), y otro, entre quien asume la posición de mutuante y el *accipiens* de la *pecunia numerata* (mutuo delegante-delegatario)⁶⁵.

Ahora bien, leída la fuente con atención, la conexión entre los planteamientos de Salvio Juliano y Aristón parece ser más aparente que real, toda vez que, en la primera parte del fragmento, donde Ulpiano se remite a la opinión de Aristón, se menciona expresamente que la *numeratio* ha tenido lugar en ausencia e, incluso, en desconocimiento de quien en definitiva adquirirá la *condictio* (*absente te et ignorante*), de manera que no se puede suponer – y, de hecho, habría que descartar – la existencia de un *iussum credendi* de *Tu*⁶⁶, situación ante la cual se hace muy difícil asumir que en la primera parte del pasaje se estuviera hablando de un contrato de mutuo y no simplemente de una *condictio* extracontractual, a diferencia de Salvio Juliano⁶⁷. Luego, a la luz de lo expuesto en las fuentes analizadas en el acápite precedente, no todas las cuales aluden a la concurrencia de la voluntad expresa del mutuante⁶⁸, es posible sostener que la *ratio* de la opinión de Aristón no con-

⁶⁴ SACCONI, Giuseppina, *Ricerche sulla delegazione*, cit. (n. 63), p. 174.

⁶⁵ BRAMANTE, Maria Vittoria, *Il mutuo nell'esperienza giuridica romana*, cit. (n. 50), p. 51. RONCATI, Stefania, *Il principio consensualistico*, cit. (n. 50), p. 549, ve aquí una hipótesis de representación directa.

⁶⁶ Sin mayor sustento textual, VON LÜBTOW, Ulrich, *Die Entwicklung des Darlehensbegriffs*, cit. (n. 12), p. 151, intenta reemplazar el *velut tuos* del fragmento por *voluntate tua*, a fin de conciliar los supuestos de hecho de Aristón y Salvio Juliano.

⁶⁷ Cfr. SACCOCCIO, Antonio, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico*, cit. (n. 21), p. 63; ÉL MISMO, *Si certum petetur*, cit. (n. 30), pp. 323 ss. En cambio, WATSON, Alan, *Contract of Mandate in Roman Law* (Oxford, Oxford University Press, 1961), p. 83, parece pasar por alto esta diferencia entre las dos partes del pasaje ulpiano, cuando asume sin más que “*the fact that the loan was made in the name of another is enough to give him a right to the condictio*”. Por su parte, TORRES PARRA, María José, *El mandato de crédito como garantía personal* (Madrid, Dykinson, 1998), p. 124, asume sin mayor análisis del fragmento que las opiniones de Aristón y Salvio Juliano se refieren al “mismo supuesto”. En términos similares, ROSET, Jaime, ‘*Mutui datio*’ y otros supuestos de ‘*condictio*’, en PARICIO, Javier (ed.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994), p. 234, afirma que “el *accipiens* deviene mutuario, aunque aquél esté ausente e ignore el negocio”. La verdad es que en el *responsum* de Aristón (según el testimonio de Ulpiano) no se encuentra una referencia expresa a que *Tu* adquiriera la calidad de mutuante, a diferencia de la sección correspondiente a Salvio Juliano, que menciona la *pecunia mutua*.

⁶⁸ En D. 39,5,35,2 (Scaev. 31 *dig.*) encontramos una dación mutuaría a nombre del nieto (*Avia sub nomine Labeonis nepotis sui mutuum pecuniam dedit...*), sin que intervenga su consentimiento.

sistiría tanto en el consentimiento de *Tu* en la operación, que de hecho se niega, sino lisa y llanamente en la indicación hecha por el *dans* (*Ego*) de que los efectos obligacionales de la *numeratio* se radicarán en el patrimonio de *Tu*, aunque este no adquiera propiamente la posición de mutuante, sino de titular de la *condictio*, que no es lo mismo exactamente⁶⁹. En otros términos: en el *responsum* de Aristón *Tu* adquiere la *condictio*, pero no una *condictio* ‘*ex mutuo*’, a diferencia de lo que ocurre en la sección juliana del pasaje de Ulpiano, que se remite expresamente al mutuo (e, implícitamente, a la delegación), lo que justificaría que, mientras en la primera parte se alude genéricamente a un *adquirere conditionem*, en la segunda parte se habla específicamente de *adquirere obligationem* y de *pecunia mutua*⁷⁰.

En este orden de cosas, igualmente en un fragmento incluido por los compiladores en *sedes materiae* del *edictum de rebus creditis*, Ulpiano plantea dos hipótesis formalmente diferenciadas, aunque íntimamente relacionadas entre sí, en D. 12,1,15 (Ulp. 31 *ad ed.*): “*Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta*”. Si en la primera parte del pasaje el jurista tardo-clásico califica expresamente como un caso especial (*singularia*) la posibilidad de que el mutuante delegue a su deudor para que pague (vale decir, para que realice la *datio*) al mutuario, aunque las monedas no pertenezcan al mutuante, configurándose así una suerte de *traditio ficta* o, si se quiere, un crédito indirecto a través del expediente de la *delegatio dandi*⁷¹, en la segunda parte del texto encontramos un supuesto en el cual el mandante acuerda con su mandatario que este retenga a título de mutuo una suma de dinero debida *ex causa mandati*, con lo cual se produce el reemplazo de la obligación nacida del contrato de mandato

to, ni siquiera su ratificación., aunque no se puede descartar de plano su conocimiento de la operación. En D. 45,1,126,2 (Paul. 3 *quaest.*), por su parte, se alude sin más a un *nostro nomine pecuniam daret*, sin que de ello pueda deducirse el consentimiento del mutuante. En cambio, encontramos una referencia explícita a la voluntad del mutuante (*voluntate mea tu des pecuniam*) en D. 12,1,2,4 (Paul. 28 *ad ed.*). Véase *supra*, II.1.

⁶⁹ En este sentido, SACCOCIO, Antonio, *Si certum petetur*, cit. (n. 30), p. 331, cree encontrar la solución del problema de la coherencia entre los *responsa* de Aristón y Salvio Juliano en lo que él denomina la “*teoria della relazione giuridica oggettiva come base della condictio enunciata da Giuliano in D. 12,6,33*”, es decir, el *negotium contrahere/gerere* como fundamento de la *condictio*, que permitiría considerar el dinero como perteneciente a *Tu*. Cfr. KASER, Max, *Durchgangsverb (Neufassung)*, en *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode. Ausgewählte, zum Teil grundlegend erneuerte Abhandlungen* (Wien-Köln-Graz, Böhlau, 1986), p. 269 n. 50.

⁷⁰ SACCOCIO, Antonio, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico*, cit. (n. 21), p. 63: “*Ciò, nel caso di una coerente voluntas del terzo (cioè di Tu) renderebbe costui partecipe dell’operazione negoziale; diversamente, come nel caso per primo esaminato dal giurista, lo renderebbe soltanto titolare dell’azione di ripetizione: così si spiegherebbe la differenza tra l’adquirere conditionem della prima parte del passo e l’adquirere obligationem della seconda, in cui non a caso si fa espresso riferimento ad una mutua pecunia, riferimento che manca nella prima parte del passo*”. Cfr. ÉL MISMO, *Si certum petetur*, cit. (n. 30), pp. 326 ss.

⁷¹ Cfr. SACCONI, Giuseppina, *Ricerche sulla delegazione*, cit. (n. 63), pp. 30 ss., 46 ss.

por una nueva obligación *ex mutuo*⁷². Luego, en ambos casos de lo que se trata es que se considera como dada por el delegante/mandante una suma de dinero efectivamente entregada por el delegado/mandatario, sobre la base de un *insum dandi* del primero.⁷³

A mayor abundamiento, conviene tener presente lo señalado en D. 17,1,34pr. (Afr. 8 *quaest.*): “*Qui negotia Lucii Titii procurabat, is, cum a debitoribus eius pecuniam exegisset, epistulam ad eum emisit, qua significaret certam summam ex administratione apud se esse eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus: quaesitum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit et an usurae peti possint. respondit non esse creditam: alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. nec huic simile esse, quod, si pecuniam apud te depositam convenerit ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt: item quod, si a debitore meo iussero te accipere pecuniam, credita fiat, id enim benigne receptum est. his argumentum esse eum, qui, cum mutuum pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nibilo magis pecuniam creditam recte petiturum: et tamen pecuniam ex argento redactam periculo eius fore, qui accepisset argentum. et in proposito igitur dicendum actione mandati obligatum fore procuratorem, ut, quamvis ipsius periculo nummi fierent tamen usuras, de quibus convenerit, praestare debeat*”.

En un complejo pasaje de sus *Quaestiones* incluido por los compiladores en *sedes materiae* de *actio mandati*, Africano discute el caso en el cual el gestor de los negocios (*procurator*)⁷⁴ de un tal Lucio Ticio, habiendo cobrado a los deudores de este, le envió una carta señalando que tenía en su poder una suma de dinero que pretendía conservar a título de mutuo (*pecunia credita*) con un interés del seis por ciento anual. En primer lugar, se preguntó si ello era posible, vale decir, si el mandante podía demandar la suma de dinero como *pecunia credita* y si se podían exigir los intereses, ante lo cual el jurista (Salvio Juliano) respondió que no se considera prestado el dinero (*respondit non esse creditam*), ya que de lo contrario habría que admitir que, mediante un simple pacto, se pueda convertir en prestada una cantidad de dinero debida por cualquier contrato (*alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse*). Pues bien, en lo que aquí interesa, luego de negar que se pueda constituir una *mutua pecunia* por el solo acuerdo entre las partes, refrendando con ello el carácter de *re contrahere* del negocio⁷⁵, el jurista agrega que es distinto el caso en que por un acuerdo entre las partes se tenga como prestada una suma de dinero que se había entregado por causa de

⁷² Cfr. JUNG, Byoung-Ho, *Darlehensvaluation im römischen Recht* (Göttingen, Wallstein, 2002), pp. 136 ss., 142. A juicio de BRAMANTE, Maria Vittoria, *Il mutuo nell'esperienza giuridica romana*, cit. (n. 50), p. 55, se trataría de un caso de *mandatum pecuniae credendae*. Esa parece ser también la opinión de TORRES PARRA, María José, *El mandato de crédito*, cit. (n. 67), p. 122, aunque no lo diga así expresamente.

⁷³ SACCOCCIO, Antonio, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico*, cit. (n. 21), p. 70. Esto es lo que la doctrina alemana denomina como *Vereinbarungsdarlehen*. Véase VON LÜBTOW, Ulrich, *Ulpian's Konstruktion des sogenannten Vereinbarungsdarlehens*, en GUARINO, Antonio; LABRUNA, Luigi (eds.), *Syntheseleia Vincenzo Arangio-Ruiz* (Napoli, Jovene, 1964), II, pp. 1212 ss.

⁷⁴ Sobre el campo semántico del vocablo *procurator* véase KLINCK, Fabian, *Zur Bedeutung des Wortes procurator in den Quellen des klassischen Rechts*, en *Z.S.S.*, 124 (Graz, 2007), pp. 25 ss.

⁷⁵ Cfr. SACCONI, Giuseppina, *Ricerche sulla delegazione*, cit. (n. 63), p. 8 n. 19; VON LÜBTOW, Ulrich, *Die Entwicklung des Darlehensbegriffs*, cit. (n. 12), pp. 22 ss.

depósito, ya que entonces opera la transferencia del dominio sobre las monedas y, por ende, un *credittum* (*credita fiat, quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt*)⁷⁶. Lo mismo ocurre si *Ego* ordena a su deudor que transfiera a *Tu* una determinada cantidad de dinero, quedando en su poder como prestada, figura que habría sido admitida por la jurisprudencia atendida su benignidad⁷⁷ (*si a debitore meo iussero te accipere pecuniam, credita fiat, id enim benigne receptum est*).

Como se vio más arriba, Salvio Juliano parece haber exigido la concurrencia de la voluntad del (futuro) mutuante (su *iussum*, para ser exactos) a fin de que se le puedan atribuir los efectos de la *numeratio* llevada a cabo por su deudor (*si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dedero, tibi acquiritur obligatio*), lo que en su tiempo ya habría representado una práctica comercial habitual (*cottidie*), si es que esta última expresión no cabe atribuirla únicamente a Ulpiano⁷⁸. En el fragmento de Africano, donde se cita el *responsum* del maestro, se aprecia en este punto la misma línea argumental: se contrae un mutuo de dinero (*pecunia credita*) cuando un acreedor (delegante/futuro mutuante) ordena a su deudor (delegado) que entregue la suma debida a título de mutuo a un tercero (delegatario/futuro mutuuario), configurándose así una *traditio brevi manu* de la *pecunia*⁷⁹.

Luego, el fragmento de las *Quaestiones* da cuenta de ciertos casos particulares en los cuales, en la primera mitad del siglo II d.C., se reconocía la atribución de la *condictio* (*ex mutuo*) a quien no ha efectuado la *numeratio pecuniae*, al menos no directamente: ya sea en el marco del así llamado depósito irregular, por medio del cual se transfiere la propiedad del dinero al depositario (*nummi, qui mei erant, tui fiunt*), o en virtud de un *iussum dandi* del delegante al delegado en favor del delegatario (*si a debitore meo iussero te accipere pecuniam, credita fiat*), aquel es considerado técnicamente como mutuante y no simplemente como legitimado activo de una *condictio* extracontractual, lo cual supone que el *consensus* entre delegante y delegado es capaz de determinar el alcance de la *mutui datio* y, con ello, la dirección de la obligación restitutoria del delegatario *accipiens*, aunque sin alterar por ello la naturaleza estrictamente real del *mutuum*, con la —única, aunque notable— particularidad de que la dación se lleva a cabo a nombre de otro (*alterius nomine*).

III. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS

De las fuentes analizadas en el presente trabajo se colige una suerte de espiritualización del *mutuum* verificada en el seno de la jurisprudencia romana, en

⁷⁶ Supuesto de hecho que alude, evidentemente, al así llamado *depositum irregulare*. Para la bibliografía en la materia nos remitimos al amplio tratamiento de KLAMI, Hannu Tapani, *Mutua magis videtur quam deposita*. *Über die Geldverwahrung im Denken der römischen Juristen* (Helsinki, Societas Scientiarum Fennica, 1969), pp. 108 ss. para el fragmento de Africano.

⁷⁷ Como señala PALMA, Antonio, *Benignior interpretatio. Benignitas nella giurisprudenza e nella normazione da Adriano ai Severi* (Torino, Giappichelli, 1997), pp. 81 ss., la *benignitas* no constituye un acto de benevolencia o gracia respecto de una de las partes, sino más bien un criterio utilitarista de protección de la eficacia de las transacciones comerciales.

⁷⁸ D. 12,1,9,8 (Ulp. 26 *ad ed.*).

⁷⁹ Cfr. SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur*, cit. (n. 30), p. 400. Véase también ROSET, Jaime, *Mutui datio*, cit. (n. 67), p. 234.

el sentido que el *consensus* logra configurar jurídicamente la *datio* hasta el punto de radicar la exigibilidad de la obligación restitutoria del *accipiens* en una persona que, objetivamente, no ha realizado la *numeratio pecuniae*, aunque esta haya tenido su origen en el *iussum* o, al menos, en el consentimiento del (futuro) mutuante. Si bien lo anterior permite, en principio, hablar de cierto perfil de consensualización del mutuo en el derecho romano⁸⁰, únicamente en la medida que se utilice esta expresión en un sentido más bien amplio y general o, si se quiere, metafórico, con la finalidad de destacar la importancia de la voluntad en un contrato cuya esencia radica en la *datio*, ello no debe conducir al error de asumir que estos supuestos de la *praxis* comercial romana implican una superación del esquema del *re contrahere* y la configuración del *mutuum* como *obligatio consensu contracta*, fenómeno del que no hay testimonio en las fuentes⁸¹.

En efecto, en todos los pasajes estudiados se mantiene inalterada la idea de que es el acto de disposición patrimonial del dinero lo que propiamente hace nacer el mutuo, y que mientras esto no ocurra, no surge la obligación restitutoria *credendi causa* del *accipiens* por el *tantundem*⁸². En definitiva, difícilmente se podría ver aquí siquiera el germen de una verdadera tendencia consensualista, puesto que la obligación del mutuario encuentra siempre su causa en la *datio*, con independencia de que, excepcionalmente, esta no haya sido realizada por la persona que, en última instancia, asumirá la posición de mutuante y, por ende, la legitimación activa de la *condictio*. En el *mutuum* romano la *causa obligationis* se identifica indefectiblemente con la *datio*, incluso en su modalidad *alterius nomine*, lo que refuerza la naturaleza real de este contrato más que ponerla en entredicho⁸³: *re contrahitur obligatio velut mutui datione*⁸⁴.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBANESE, Bernardo, *Per la storia del creditum*, en *AUPA.*, 32 (Palermo, 1971), pp. 5-179. — *Il processo privato delle legis actiones* (Palermo, Palumbo, 1987).
- BABUSIAUX, Ulrike, *Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteivillens im klassischen römischen Zivilprozess* (München, C.H. Beck, 2006).
- BRAMANTE, Maria Vittoria, *Il mutuo nell'esperienza giuridica romana. Linee di studio, profili interpretativi e prassi* (Tesis doctoral, Università degli Studi di Napoli 'Federico II', Napoli, 2007-2008).
- BRASIELLO, Ugo, *Obligatio re contracta*, en *Studi in onore di Pietro Bonfante* (Milano, Giuffrè, 1930), II, pp. 539-587.

⁸⁰ En estos términos, SACCOCCIO, Antonio, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico*, cit. (n. 21), pp. 56 ss.

⁸¹ Con razón, ya advertía sobre este punto LONGO, Carlo, *Corso di diritto romano. Il mutuo* (Milano, Giuffrè, 1947), p. 28.

⁸² ROSET, Jaime, 'Mutui datio', cit. (n. 67), p. 234. *Cfr.* D. 12,1,10 (Ulp. 2 ad ed.): "Quod si ab initio, cum deponerem, uti tibi si voles permisero, creditam non esse antequam mota sit, quoniam debitum iri non est certum".

⁸³ WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, Recensión a SACCOCCIO, Antonio, *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico*, cit. (n. 21), en *ZSS.*, 139 (Graz, 2022), pp. 580 ss., 597.

⁸⁴ Gai. 3,90.

- BRIGUGLIO, Filippo, *Studi sul procurator I. L'acquisto del possesso e della proprietà* (Milano, Giuffrè, 2007).
- CLAUS, Axel, *Gewillkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht* (Berlin, Duncker & Humblot, 1973).
- DONATUTI, Guido, *Le causae delle condictiones*, en *Studi Parmensi*, 1 (Milano, 1951), pp. 33-169.
- FLUME, Werner, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken* (Paderborn-München-Wien-Zürich, Ferdinand Schöningh, 1990).
- GIUFFRÈ, Vincenzo, *La 'datio mutui'. Prospettive romane e moderne* (Napoli, Jovene, 1989).
- GROSSO, Giuseppe, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione, obbligazioni alternative e generiche²* (Torino, Giappichelli, 1955).
- GRÖSCHLER, Peter, *Die tabellae-Urkunden aus den pompejanischen und herkulanensischen Urkundenfunden* (Berlin, Duncker & Humblot, 1997).
- *Die Konzeption des mutuum cum stipulatione*, en *TR.*, 74 (Leiden, 2006), pp. 261-287.
- *Il 'mutuum cum stipulatione' e il problema degli interessi*, en *QLSD.*, 1 (Lecce, 2009), pp. 109-126.
- HÄHNCHEN, Susanne, *Die causa conditionis. Ein Beitrag zum klassischen römischen Kondiktionsrecht* (Berlin, Duncker & Humblot, 2003).
- HARKE, Jan Dirk, *Das klassische römische Konditionensystem*, en *Iura*, 54 (Napoli, 2003), pp. 49-86.
- JUNG, Byoung-Ho, *Darlehensvaluation im römischen Recht* (Göttingen, Wallstein, 2002).
- KASER, Max, *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht* (München, C.H. Beck, 1935).
- *Mutuum und stipulatio*, en *Eranion in honorem Georgii S. Maridakis* (Athenais, Kleisiune, 1963), pp. 155-182.
- *Durchgangserwerb (Neufassung)*, en *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode. Ausgewählte, zum Teil grundlegend erneuerte Abhandlungen* (Wien-Köln-Graz, Böhlau, 1986), pp. 255-300.
- HACKL, Karl, *Das Römische Zivilprozessrecht²* (München, C.H. Beck, 1996).
- KLAMI, Hannu Tapani, *'Mutua magis videtur quam deposita'. Über die Geldverwahrung im Denken der römischen Juristen* (Helsinki, Societas Scientiarum Fennica, 1969).
- KLINCK, Fabian, *Zur Bedeutung des Wortes procurator in den Quellen des klassischen Rechts*, en *ZSS.*, 124 (Graz, 2007), pp. 25-52.
- KNÜTEL, Rolf, *Zum Prinzip der formalen Korrespondenz im römischen Recht*, en *ZSS.*, 88 (Graz, 1971), pp. 67-104.
- LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung³* (Leipzig, Tauchnitz, 1927).
- LIEBS, Detlef, *The history of the Roman Condicio up to Justinian*, en *MAC CORMICK, Neil; BIRKS, Peter (eds.), The legal mind. Essays for Tony Honoré* (Oxford, Clarendon Press, 1986), pp. 163-183.
- LONGO, Carlo, *Corso di diritto romano. Il mutuo* (Milano, Giuffrè, 1947).
- MANTOVANI, Dario, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano²* (Padova, Cedam, 1999).
- MICELI, Maria, *Studi sulla 'rappresentanza' nel diritto romano* (Milano, Giuffrè, 2008), I.
- MICHEL, Jacques, *Gratuité en droit romain* (Bruxelles, Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles, 1962).
- NELSON, H.L.W.; MANTHE, Ulrich, *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktobligationen. Text und Kommentar* (Berlin, Duncker & Humblot, 1999).

- PALMA, Antonio, *Benignior interpretatio. Benignitas nella giurisprudenza e nella normazione da Adriano ai Severi* (Torino, Giappichelli, 1997).
- PASTORI, Franco, *Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano* (Milano, Cisalpino, 1985).
- PEROZZI, Silvio, *Istituzioni di diritto romano*² (Roma, Athenaeum, 1928), II.
- PRINGSHEIM, Fritz, *Id quod actum est*, en *ZSS.*, 78 (Graz, 1961), pp. 1-91.
- RABER, Fritz, *Hoc animo dare*, en *TR.*, 33 (Leiden, 1965), pp. 51-77.
- RICCOBONO, Salvatore, *Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta in diritto romano*, en *AUPA.*, 14 (Palermo, 1930), pp. 389-446.
- RONCATI, Stefania, *Il principio consensualistico nella vicenda del mutuo: da contratto reale a contratto consensuale*, en REINOSO BARBERO, Fernando (ed.), *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual* (Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2014), pp. 541-570.
- ROSET, Jaime, *Mutui datio*³ y otros supuestos de *'condictio'*, en PARICIO, Javier (ed.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994), pp. 227-250.
- SACCOCIO, Antonio, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle condictiones giustinianee* (Milano, Giuffrè, 2002).
- Mutuo reale, accordo di mutuo e promessa di mutuo in diritto romano*, en FIORI, Roberto (ed.), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* (Napoli, Jovene, 2011), 4, pp. 345-418.
- Il mutuo nel sistema giuridico romanistico. Profili di consensualità nel mutuo reale* (Torino, Giappichelli, 2020).
- SACCONI, Giuseppina, *Ricerche sulla delegazione in diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1971).
- 'Conventio' e 'mutuum'*, en *Index*, 15 (Napoli, 1987), pp. 423-438.
- SALAZAR REVUELTA, María, *La gratuidad del mutuum en el derecho romano* (Jaén, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaén, 1999).
- SANTORO, Raimondo, *Studi sulla condictio*, en *AUPA.*, 32 (Palermo, 1971), pp. 181-512.
- SCHMIDT-OTT, Justus, *Pauli Quaestiones. Eigenart und Textgeschichte einer spätklassischen Juristenschrift* (Berlin, Duncker & Humblot, 1993).
- SCHWARZ, Fritz, *Die Grundlage der Condictio im klassischen römischen Recht* (Münster-Köln, Böhlau, 1952).
- TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1990).
- 'Una verborum obligatio' e 'obligatio re et verbis contracta'*, en *Iura*, 50 (Napoli, 1999, pero 2003), pp. 7-112.
- TORRES PARRA, María José, *El mandato de crédito como garantía personal* (Madrid, Dykinson, 1998).
- VARVARO, Mario, *Per la storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili* (Torino, Giappichelli, 2008).
- VIARD, Paul-Émile, *La 'mutui datio'. Contribution à l'histoire du fondement des obligations à Rome. Première partie* (Paris, Sirey, 1939).
- VOCI, Pasquale, *Istituzioni di diritto romano*⁶ (Milano, Giuffrè, 2004).
- VON LÜBTOW, Ulrich, *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht* (Berlin, Duncker & Humblot, 1952).
- Ulpian's Konstruktion des sogenannten Vereinbarungsdarlehens*, en GUARINO, Antonio; LABRUNA, Luigi (eds.), *Synteleia Vincenzo Arangio-Ruiz* (Napoli, Jovene, 1964), II, pp. 1212-1224.

- Die Entwicklung des Darlehensbegriffs im römischen und geltenden Recht, mit Beiträgen zur Delegation und Novation* (Berlin, Duncker & Humblot, 1965).
- WATSON, Alan, *Contract of Mandate in Roman Law* (Oxford, Oxford University Press, 1961).
- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Obligatio re contracta. Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im römischen Recht* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2017).
- En torno al carácter (cuasi)contractual de la solutio indebiti en las Instituciones de Gayo*, en REHJ., 39 (Valparaíso, 2017), pp. 85-110.
- Sobre el así llamado contrato real en las Instituciones de Gayo*, en REHJ., 40 (Valparaíso, 2018), pp. 97-122.
- Causae credendi y obligatio re contracta en las res cottidianae*, en REHJ., 41 (Valparaíso, 2019), pp. 87-109.
- En torno a la perspectiva accional de la 'experiencia jurídica romana', a propósito de D. 2,14,17 pr. (Paul. 3 ad ed.)*, en IP., 4/2 (Lisboa, 2019), pp. 35-59.
- Re contrahere y credere en el pensamiento de Paulo*, en RDP. (Externado), 42 (Bogotá, 2022), pp. 43-63.
- Recensión a Saccoccio, Antonio, Il mutuo nel sistema giuridico romanistico. Profili di consensualità nel mutuo reale* (Torino, Giappichelli, 2020), en ZSS., 139 (Graz, 2022), pp. 580-600.
- WUBBE, Felix, *Gaius et les contrats réels*, en TR., 35 (Leiden, 1967), pp. 500-525.
- I contratti reali alla fine della repubblica*, en MILAZZO, Francesco (ed.), *Contractus e pactum, Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990), pp. 109-121.
- ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford, Oxford University Press, 1996).