



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

**Grado en Derecho y Administración y
dirección de empresas**

El contrato de mutuo en Roma y su régimen actual

Presentado por:

Alba Ballesteros Lucas

Tutelado por:

Javier Hernanz Pilar

Valladolid, 23 de septiembre de 2020

RESUMEN

En el derecho romano el contrato de mutuo fue conocido como *mutuum*, figura que alcanzaría la plena autonomía jurídica a finales de la época preclásica. El *mutuum* se caracterizó como un contrato de carácter real, cuyo elemento esencial era la *datio* del *mutuo dans* al *mutuo accipiens*, de *pecunia* u otro elemento de carácter fungible, que producía la obligación al prestatario de devolver otro tanto de igual género y cantidad a lo entregado. Este préstamo era de carácter gratuito cuya protección procesal se articulaba a través de la *condictio*. Presento especialidades como la *pecunia traiecticia* o *foenus nauticum*, además, del supuesto especial que introdujo el Senadoconsulto Macedoniano.

En cuanto al régimen actual del contrato de mutuo se encuentra principalmente en el Código Civil Español y el Código Mercantil, y ha sido configurado como un contrato a través del cual el prestamista entrega al prestatario dinero u otra cosa fungible surgiendo la obligación a cargo del prestatario de restituir otro tanto de igual calidad y cantidad a lo entregado al finalizar el plazo establecido. Además, se establece la posibilidad de que el préstamo presente intereses si así lo pactan las partes.

ABSTRACT

In Roman Law, the loan was known as *mutuum*, it was a legal figure with full autonomy that would be recognized at the end of Republic. The *mutuum* had with characters of a real contract, whose essential element was *datio* from the *mutuo dans* to the *mutuo accipiens*, of *pecunia* or another fungible element. The *datio* produced the born of an obligation to the borrower, it consisted to return the same amount and quality of thing that it had been borrowed him. This loan wasn't interest, so it was free or charge due to this procedural protection was articulated through the *condictio*, actio of *stricti iuris*. *Mutuum* had some special shapes as the *pecunia traiecticia* or *foenus nauticum*. Also, the Macedonian Senateconsult made an exception in the application of the *mutuum*.

Currently, the Spanish regimen of loan can be found in Civil Code and Mercantile Code, and it is configured as a contract where the lender delivers to the borrower money or another fungible thing with the obligation of the borrower to return something with the same quality and amount at the end of the established term. Also, the parts of the loan can agree to put interest in it.

PALABRAS CLAVE

Mutuo, *mutuum*, *mutui datio*, *pecunia*, *condictio*, *mutuo dans*, *mutuo accipiens*, préstamo, interés, cosa fungible, prestamista, prestatario

Key words

Loan, *mutuum*, *mutui datio*, *pecunia*, *condictio*, *mutuo dans*, *mutuo accipiens*, interest, fungible thing, lender, borrower.

1. INTRODUCCIÓN	6
2. CUESTIONES INTRODUCTORIAS	8
2.1.Etimología del <i>mutuum</i>	8
2.2.Contratos reales en Roma	10
3. CONTRATO DE MUTUO EN EL DERECHO ROMANO	14
3.1.Origen del <i>mutuum</i>	14
3.2.Concepto y caracteres	19
3.2.1.Excepciones a la gratuidad del mutuo.....	24
3.2.1.1.Foenus nauticum o pecunia traiectica	25
3.2.2.El préstamo con interés en el derecho romano	29
3.3. Elementos del mutuo.....	32
3.3.1.Personales	32
3.3.2.Reales	34
3.4. Régimen jurídico del mutuo	34
3.5. Senadoconsulto Macedoniano	38
3.5.1.Origen de su promulgación	38
3.5.2.Régimen jurídico del Senadoconsulto Macedoniano	40
3.5.2.1.Ámbito de aplicación	40
3.5.2.2.Acciones	42
3.5.2.3.Supuestos de inaplicación del Senadoconsulto Macedoniano.....	44
4. RÉGIMEN ACTUAL DEL CONTRATO DE MUTUO	46
4.1.Concepto y caracteres en el derecho español	46
4.2.Elementos.....	52
4.2.1.Personales	52
4.2.2.Reales	53
4.2.3.Formales.....	54

4.3.Extinción del contrato de préstamo	55
4.4.El contrato de préstamo con pacto de intereses en el Derecho Español	58
5. COMPARACIÓN DEL CONTRATO DE MUTUO EN ROMA Y EN EL DERECHO ACTUAL	65
6. CONCLUSIONES	67
7. ÍNDICE DE FUENTES	73
7.1.Fuentes literarias	73
7.2.Fuentes jurídicas.....	73
8. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.....	77
9. ABREVIATURAS UTILIZADAS	77
10. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	78
10.1.Bibliografía	78
10.2.Webgrafía	81

1. INTRODUCCIÓN

El siguiente trabajo persigue el objetivo de estudiar y examinar una de las figuras jurídicas más antiguas del derecho romano, como es el contrato de mutuo o préstamo de consumo, y posteriormente, analizar cómo es actualmente la regulación que hace el ordenamiento jurídico español de esta figura, para finalizar con una comparación que permita ver las diferencias y semejanzas entre ambos contratos.

Para ello el trabajo está dividido en cinco bloques, el primero de ellos de carácter introductorio, el segundo de ellos dedicado al contrato de mutuo en Roma, el tercero dirigido a estudiar el régimen actual del contrato de mutuo, y el cuarto donde se lleva a cabo la comparación entre el contrato de mutuo en Roma y el contrato de mutuo actualmente.

El primer bloque tiene el objetivo de introducir en el contrato de mutuo mediante el conocimiento etimológico del *mutuum*, y los contratos reales en Roma.

El segundo bloque destinado al contrato de mutuo en Roma comienza con un estudio del origen de la figura jurídica, para a continuación realizar un análisis del concepto y de los caracteres que presentaba en Roma el contrato de préstamo. Dentro del cual se contemplan una serie de supuestos que se producían en el derecho romano configurados como excepciones al carácter gratuito del mutuo, donde el préstamo marítimo por su importancia se analiza con mayor atención. Por último, en este apartado se hace una breve mención al préstamo con interés en el derecho romano por su relación con el contrato de mutuo.

El estudio del contrato de mutuo en Roma continua con el examen de los elementos personales y reales del mutuo así como el régimen jurídico que presentaba. Para finalizar este segundo bloque, se hace referencia al Senadoconsulto Macedoniano, en cuanto a su origen y su regulación por los efectos que produjo en el contrato de mutuo tras su promulgación

El tercer bloque dedicado al régimen actual del contrato de mutuo presenta una estructura similar a la del contrato de mutuo en Roma, comenzando con el estudio del concepto y los caracteres, donde se hace una breve referencia a la cuestión planteada en la jurisprudencia y doctrina sobre el carácter real del mutuo actualmente, así como a las diferentes modalidades que puede presentar. A continuación, se analizan los elementos que presenta el contrato de mutuo, personales, reales y formales, así como lo relativo a su extinción; finalmente al igual que en el mutuo en Roma, se explica cómo el ordenamiento jurídico español ha concebido el préstamo con interés.

Por último, el cuarto bloque recoge la comparación entre ambos contratos de mutuo, destacando las semejanzas y diferencias entre ellos.

Para conseguir el objetivo se ha recurrido al conocimiento aportado por las asignaturas estudiadas a lo largo de los seis años de carrera, es especial, a las asignaturas de derecho romano y de derecho civil pero sobretodo ha sido vital el estudio de los textos jurídicos, tanto de las fuentes jurídicas y literarias de las diferentes épocas romanas (clásica, postclásica, justinianas...) hasta las fuentes jurídicas actuales. La mayoría de la documentación ha sido de carácter digital pero también físico dentro de la opciones que la situación producida por el Covid – 19 ha posibilitado.

2. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

2.1. Etimología del *mutuum*.

El estudio etimológico del *mutuum* ha sido algo complicado de esclarecer a lo largo del tiempo para los filólogos y romanistas que han investigado esta cuestión, parte de la dificultad se origina de lo establecido por Gayo (GAI. 3,90): “*mutuum appellatum est quia quod data tibi a me datum est, ex meo tuum fit*”, cuya intención era seguramente de carácter didáctica y orientada a relejar el significado del concepto jurídico que estaba definiendo, pues lo que quiere resaltar Gayo es “el fundamento de la relación jurídica: el traspaso de la cosa mutuada”.

Finalmente, su origen etimológico más aceptado partiría de la raíz indogermánica o indoeuropea -moi, cuyo significado es “cambio”, que da origen al verbo *movere*, cuyo participio arcaico es *mutus* y que podría dar lugar al verbo *muto*, *as*, *are*, *avi*, *atum*, cuyos significados podrían ser cambiar, mover de, trasladar, mudar o canjear¹.

Del verbo, se obtendría la forma adjetiva *mutuus*, cuyo neutro sería *mutuum* que con el paso del tiempo se sustantivaría y adquiriría el significado de “lo que se sustituye en términos de equivalencia”².

Siguiendo el objetivo de ejemplificar y ayudar al conocimiento del negocio jurídico con la palabra o expresión con la que se designa, las fuentes clásicas utilizaron en numerosas ocasiones la expresión “*mutui datio*” poniendo de relevancia el acto fundamental necesario para la constitución del mutuo, la *traditio* o entrega material a título de préstamo que es la base de este tipo de obligaciones reales.

Así se puede ver, en textos del jurista Paulo (D. 12,1,2,1) “*mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura, consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire...*” o

¹ SALAZAR REVUELTA, M. *La gratuidad del Mutuum en el derecho romano*. Jaén: Universidad de Jaén, 1999, pp: 60 y ss.

² CASTRESANA HERRERO, A. *800 años de Historia a través del Derecho Romano*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2018, pp: 42.

Ulpiano en el libro XXIX de sus Comentarios al Edicto (D. 14,6,7,3): “*Civitas mutui datione obligatori potest, si ad utilitatem eius pecuniae versae sunt; alioquin ipsi soli qui contraserunt, non Civitas, tenebuntur*”

A pesar de ello, la palabra *mutuum* fue pocas las ocasiones en las que se escribió de forma solitaria, sino que fueron numerosas las uniones con otras palabras, como la unión con “*darè*”, para ejemplificar el acto que lleva a cabo el prestamista, y las expresiones *mutuum accipere* o *mutuum sumere* para la diferenciar al prestatario del prestamista.

La adjetivación de la palabra *mutuus* también se produjo con el objetivo de acompañar a los sustantivos *pecunia* o *nummus*, con el primero de ellos “*pecunia mutua*” significaría “el doble movimiento de ida y vuelta de una misma suma o cantidad de dinero, restituido exactamente como ha sido recibido, sin interés”³, pero se haría numerosas variaciones como “*mutuam pecuniam accipere*” utilizadas en textos del Digesto y de las Constituciones de Antonino o de Elio Pertinax, y al igual que ocurría con el “*darè*” que diferenciaba entre el prestamista y prestatario, se utilizó la “*mutuam pecuniam sumere*” para hacer referencia al prestatario.

El segundo sustantivo *nummus*, fue también utilizado para mostrar la ausencia de interés en este negocio jurídico, como se muestra en textos del Digesto de Ulpiano (D. 12,1,13,1) : “*...maritus ei mutuos numos dedit...*” o Paulo (D. 46,1,56,2) : “*Si nummos alienos, quasi tuos, mutos dederis sine stipulatione, nex fideiussorem teneri Pomponius ait...*”

Estos son solo algunos de los ejemplos de las formas y expresiones que se pueden encontrar en los textos de los juristas clásicos en relación con el mutuo, de ello podemos ver el objetivo didáctico perseguido por los juristas al utilizar palabras que representaran lo que ocurría en dicho negocio jurídico, además de hacer hincapié en los rasgos más importantes del negocio jurídico en cuestión, que en el caso del *mutuum* sería lo que le dotaba de su carácter real, la *datio* o *traditio*.

³ SALAZAR REVUELTA. *La gratuidad del Mutuum en el Derecho Romano*. *Op.cit.*, pp: 66 y ss.

2.2. Contratos reales en roma

Durante la época arcaica y preclásica del derecho romano, no es posible entender la existencia de la configuración jurídica de contrato que entendemos en la actualidad, sino que sería con las Instituciones de Gayo cuando comenzaría a darse forma a la categoría técnica de contrato.⁴

En primer lugar, el jurista Gayo comienza dividiendo en dos las obligaciones en función de la causa que las origina distinguiendo, por un lado, las obligaciones nacidas de un contrato, y por otro lado las obligaciones nacidas de un delito (Gai. 3, 88): “*Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.*” Para Gayo esta sería la única clasificación existente, no existiendo para el más alternativas que la de ser una *obligación ex contractu* o *ex delicto*.⁵

Además, el jurista llevo a cabo una cuatripartición de estas *obligationes ex contractu* distinguiendo cuatro tipos de obligaciones que pueden nacer de un contrato (Gai. 3,90): “*Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu*”, dando lugar a:

- ❖ “Contratos reales”, *re contrahitur obligatio*, aquellos que surgirían por la entrega de una cosa donde se transfiere el dominio.

- ❖ “Contratos verbales”, *verbis*, aquellos que surgirían a raíz de una promesa verbal.

- ❖ “Contratos literales”, *litteris*, aquellos que surgirían a raíz de una promesa de forma escrita.

⁴ DE LOS MOZOS TOUYA, J.J. *Contractus, clasificación de los tipos de contratos y caracteres del vínculo contractual*. Disponible en: www.iustel.com (Base de conocimiento jurídico) [Consulta 7 agosto 2020].

⁵ WEGMAN STOCKEBRAND, A. Sobre el así llamado contrato real en las Instituciones de Gayo. [en línea]. *Revista de Estudios Histórico – jurídicos*. N°40. 2018, pp. 101. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php> [Consulta 9 de septiembre de 2020]

- ❖ “Contratos consensuales”, *consensu*, aquellos que surgirían de un acuerdo de voluntades entre los sujetos.

Esta clasificación de Gayo sobre los contratos, volverá Justiniano a introducirla en sus Instituciones (I. 3,13.2): “*Sequens divisio in quatuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio. Prius est, ut de iis, quae ex contractu sunt, dispiciamus. Harum aequae quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur aut verbis, aut litteris, aut consensu. De quibus singulis dispiciamus*”.

Para algunos autores como de D’Ors esta clasificación hecha por Gayo sería “una invención gayana, que hubo de tener el más resonante éxito entre los autores postclásicos, que la completaron, y entre los compiladores justinianos...”⁶ pues es cierto que Gayo únicamente recogió dos supuestos como aquellos que daban lugar a obligaciones contraídas *re*, al *mutui datio* (Gai.3,90) y a la *solutio indebiti*, y sería posteriormente en las *Res Cottidianae* cuando junto al mutuo (D. 44, 7, 2): “*Re contrahitur obligatio mutui datione...*” se añadirían las figuras de comodato (D. 44, 7, 3): “*Is quoque, cui rem aliquam commodamus, re nobis obligatur...*”, depósito (D. 44, 7, 5): “*Is quoque, apud quem rem aliquam deposimus, re nobis tenetur..*” y prenda (D. 44, 7, 6): “*Creditor quoque, qui pignus accepit, re tenetur...*” dentro de la categoría real de contratos.

Salazar atribuye esto a una intención por parte del jurista de enumerar las obligaciones reales y no tratar de ser exhaustivo, sino simplemente recoger algunos ejemplos de contratos reales.⁷ Mientras que D’Ors rechaza esta explicación, y establece como motivo la dificultad con la que se encontró el jurista pues solo pudo poner de ejemplo la *condictio*, acción que solo atribuía el *ius civile* a la *mutui datio*.⁸

Por tanto, es el concepto de *datio* entendido por Gayo es la fuente de conflicto, pues si bien es la base del contrato real y lo que fundamenta su existencia, no en todos los contratos

⁶ D’ORS, A. *Creditum y contractus*. *AHDH*, N°26, 1956, pp. 184

⁷ SALAZAR REVUELTA. *Contratos reales. El mutuo*. Disponible en: <https://www-iustel-com.ponton.uva.es/v2/c.asp> (Base de conocimiento jurídico). [Consulta 29 de julio 2020]

⁸ D’ORS. *op.cit.*, pp. 185 y ss.

incluidos en las *Res Cottidianae* como reales se produce con los mismos efectos, pues en el contrato de mutuo la entrega será de la propiedad, en la prenda será de la posesión y en el caso del comodato y del depósito de la mera detentación.⁹

Por ello, si partimos de la que la concepción de *datio* que Gayo recogió en sus Instituciones, era aquella que permitía la transmisión de la propiedad sobre la cosa, situación que solo se producía en la *mutui datio*, y no en las otras figuras jurídicas puede entenderse la sola referencia a dicha figura, siendo los juristas posteriores quienes ampliando el concepto de *datio*, admitieron la utilización de la *datio* no solo como un instrumento a través del cual se adquiriría la propiedad sino que también producía la entrega de la posesión o de la detención.¹⁰

La inclusión de la *solutio indebiti* por Gayo en Instituciones suponía dar eficacia a la posibilidad de reclamar cantidades de dinero o de cosa otra cosa fungible que habían sido adquiridos sin justificación¹¹, en este caso quien recibió por error se encuentra obligado a devolverlo pero no obedece a un supuesto buscando por las partes sino a una mera equivocación.

Por ello, la supresión de dicho negocio jurídico en las *Res Cottidianae*, puede deberse a su entendimiento ya fuera del ámbito de los contratos, ya vistos como un acuerdo de voluntades, donde esta figura no encajaba.

En cuanto a la protección procesal otorgada a cada uno de estos contratos reales, conviene hacer una breve mención. Pues, si bien en todas las figuras se producía una obligación de restitución, la cual podía exigir el mutuante a través de la *condictio* en el mutuo, acción del *ius civile* de *stricti iuris* donde la buena fe carecía de relevancia, a diferencia de lo que ocurría con las acciones que se daban en las figuras de comodato, prenda y depósito.

⁹ BERNAD MAINAR, R. *Derecho Romano. Curso de Derecho Privado Romano*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2001, pp. 275.

¹⁰ D'ORS. *Op.cit.*, pp. 186.

¹¹ DE LOS MOZOS TOUYA. *Op.cit.* Disponible en: <https://www-iustel-com.ponton.uva.es/v2/c.asp> (Base de conocimiento jurídico)

En estas figuras, la protección procesal fue articulada a través de acciones *in factum* de carácter parecido a la *condictio crediticia*¹², y que tuvo lugar posteriormente con la inclusión del pretor en el *edictum Rebus Creditis*, de la prenda y el comodato y en el *edictum de bonae fidei iudicis*, el depósito.

Además, de las acciones del *ius honorarium* para la exigir la restitución, *actio commodati* para el comodato y *depositi in factum concepta*, y *pigneraticia in factum conceptae* para la prenda, se establecen para el depósito y el comodato acciones civiles, *actio commodati* y *depositi in ius concepta ex fide bona*.¹³, sin embargo, en cuanto al comodato la existencia de una acción civil no hay un criterio unificado en la doctrina, siendo negada por minoría de la doctrina como D'Ors.

14

Por último, aunque los contratos reales son de carácter unilateral habría que destacar, que en el caso de los contratos reales de prenda, depósito y comodato las partes obligadas a la restitución podrían ejercer acciones para repercutirles al comodante, depositante y deudor pignoraticio los gastos que les hubiera acarreado el objeto durante el tiempo que estuvo en su poder mientras que en el contrato de mutuo esto no se contempla ya que el *mutuo accipiens* adquiere la propiedad el objeto de préstamo.¹⁵

¹² WEGMAN STOCKEBRAND. *Op.cit.*, pp. 115. : “Las fórmulas de las *actiones commodati, depositi* y *pigneraticia in factum conceptae* fueron construidas según el modelo de la *condictio* y, por consiguiente, la posición jurídica del comodatario, el depositario y el acreedor pignoraticio, contra el cual se ejerce, respectivamente, una acción honoraria de comodato, depósito o prenda, es análoga a aquella en la cual se encuentra el mutuuario o el falso acreedor en supuestos de pago de lo no debido, ya que todos están obligados a restituir el simple valor de las cosas recibidas en dominio (*mutuum* y *solutio indebiti*), posesión ad interdicta (*pignus*) o natural (*commodatum* y *depositum*), según el caso.”

¹³ WEGMAN STOCKEBRAND. *Op.cit.* pp. 99.

¹⁴ SALAZAR REVUELTA. *El mutuo. Contratos reales. Op.cit.* Disponible en: <https://www-iustel-com.ponton.uva.es/v2/c.asp> (Base de conocimiento jurídico), D'ORS. *Op.cit.*, pp. 187 y ss.

¹⁵ WEGMAN STOCKEBRAND. *Op.cit.* pp. 99.

3. CONTRATO DE MUTUO EN EL DERECHO ROMANO

3.1. Origen del *mutuum*.

Con la formación de la ciudad de Roma en el siglo VIII a.C, concretamente en el año 753 a.C da comienzo la época arcaica del derecho romano. Durante esta época nos encontramos como dice Kunkel con que el “estado romano en la época arcaica es uno de esos innumerables estados ciudad de la antigüedad que gravitan en torno a un único reducto fortificado, escenario del tráfico económico y de la totalidad de la vida política;”¹⁶, podemos decir, que estamos ante una sociedad primitiva, donde el derecho, la religión y la moral se encuentran entrelazados, hecho que podemos ver claramente reflejando en la actuación de las *comitia curiata* que “solo tenían funciones religiosas y jurídicas, como muestra el que se reunieran bajo la presidencia del *pontifex maximus*, jefe de la religión del estado”¹⁷.

Es por tanto, una sociedad donde el derecho que se crea se encuentra marcado por una serie de valores y principios que son de carácter ético más que jurídico pero que durante este período se encuentra muy presentes en la esfera jurídica, pues los sujetos se mueven entre la hostilidad y la amistad. Dentro de los principios que se encuentran en la sociedad arcaica romana habría conviene destacar, la *fides* y la *amicitia* por la importancia que tendrán para la evolución de los negocios jurídicos en el derecho romano, y en concreto para el contrato de mutuo.¹⁸

Por un lado, la *fidelitas* o *fides*, la cual para el pueblo romano “debe presidir tanto los acuerdos públicos de los pueblos, como los acuerdos privados y transacciones de los individuos”¹⁹, y tenía tanta importancia que Cicerón (Verr. 2,3,3,6) escribió: “*fidem sanctissiman in vita qui putat*”.

Su importancia radicaba en el valor que para el pueblo romano tenía la *fides*, definida como como “un pacto de alianza, confianza y lealtad” o una especie de juramento el cual

¹⁶KUNKEL,W. *Historia del Derecho Romano*. Barcelona: Editorial Ariel. 2003, pp. 9.

¹⁷KUNKEL. *Op.cit.*, pp. 17 y ss.

¹⁸CALASSO, F. *Enciclopedia del diritto*. Milano: A. Giuffrè. 1958-1993, pp. 416

¹⁹SALAZAR REVUELTA. *La gratuidad del Mutuum en el Derecho Romano*. *Op.cit.*,pp.89.

acompañaba la *datio* a un amigo o vecino, en el caso del préstamo significaría la promesa de restitución, que durante la época arcaica por la importancia que estos principios tenían era lo que producía una relación entre las partes, y no la *datio* o entrega como será más adelante en el derecho romano.

Ante una ruptura de la *fides*, que siguiendo el ejemplo del préstamo sería la no restitución, por lo tanto un incumplimiento del juramento dado, esta traía consigo sanciones de carácter religioso, y para una sociedad donde la religión era uno de sus ejes lo que sucedía es que “*crea un maggior vincolo a carico del debitore, che non adempiendo l’obbligo assunto è suscettibile di essere sottoposto a sanzioni sacrali.*”²⁰

Respecto a la *amicitia* resulta más complicado de definir como concepto, hay numerosos planteamientos, en la doctrina reciente “destaca Michel, el cual recoge un conjunto muy sólido de testimonios jurídicos relativos a la *amicitia*, entendiéndola como un factor sociológico de gran relieve, como un sustituto natural de la familia y un factor decisivo en la sociedad romana”²¹.

Con estos principios, podemos apreciar como los negocios jurídicos primitivos que se daban dentro de la sociedad arcaica eran de carácter amistoso, vecinal, sin un objetivo comercial donde lo fundamental para crear la relación era el juramento de restitución de la cosa prestada.

Y aunque se habla de préstamo en la época arcaica, la realidad es que resulta complicado establecer cuando comenzó su andadura en el derecho romano, primero por la carencia de fuentes y segundo, por la escasez de instituciones de la sociedad romana primitiva y de la poca individualización que había entre ellas.

²⁰ BRAMANTE, M.V. *Il mutuum nell’esperienza giuridica romana*. (Tesi di dottorato in diritto romano). Nápoles: Università degli studi di napoli federico II. 2008., pp. 34. [en línea] Disponible en: <<http://www.fedoa.unina.it/id/eprint/3251>> [Consulta 8 septiembre 2020]

²¹ SALAZAR REVUELTA. *La gratuidad del Mutuum en el Derecho Romano*. *Op.cit*, pp. 86.

Sin embargo, encontramos dos figuras que se pueden ver, una quizás más que otra, como el origen de lo que sería más adelante el contrato de préstamo. Por un lado, se encuentra la figura de la *mutui datio*, con un carácter más amistoso, entre familiares y vecinos, siendo “cesiones recíprocas de bienes, ...a raíz de distintos acontecimientos sociales o cuando determinadas necesidades coyunturales requiriesen tal tipo de cesiones”²². Se trata de una primera muestra de lo que sería el mutuo, pero con las características de la época arcaica realizadas entre individuos con relación de amistad, y en acontecimientos generalmente vinculados a la agricultura, actividad dominante en la sociedad romana arcaica.

Sin embargo, existe otra figura, que suena con más fuerza a la hora de ver un primer ejemplo de préstamo es el *nexum*.

Se considera una de las figuras básicas de la época arcaica, surgió tras la crisis económica de Roma de finales del siglo VI a.C, donde las clases más bajas de la sociedad se vieron en la obligación de pedir a las clases de poder una especie de préstamos, más bien eran un tipo de *mancipatio*, donde “el desconocimiento o escaso desarrollo de la moneda acuñada propiciaría el valor preponderante del trabajo físico como medio de liberación de los vínculos obligatorios”²³, y es precisamente esto lo que se daba en el *nexum* “una persona adquiría un poder de ejecución personal sobre un hombre libre a cambio de una cantidad de dinero...o más bien de un acto en virtud del cual un deudor insolvente se sometía al poder del acreedor”²⁴.

Sin entrar en cuestión sobre la naturaleza del *nexum*, ya que resulta un tema complicado, y donde existen numerosas teorías, este primitivo negocio jurídico permite ver el escaso desarrollo del derecho romano donde no se han desarrollado todavía las relaciones obligacionales y la responsabilidad que tienen los sujetos es de tipo material. No podemos por tanto, hablar de derechos reales sino únicamente de vinculaciones materiales o reales.

²² GÓMEZ ROYO, E. *El mutuo en las fuentes postclásicas bizantinas*. Valencia: Tirant lo blanch,1992, pp. 27

²³ SALAZAR REVUELTA. *Contratos reales. El mutuo*. Disponible en: <https://www-iustel-com.ponton.uva.es/v2/c.asp> (Base de conocimiento jurídico)

²⁴ DE LOS MOZOS TOUYA. *Op.cit.* Disponible en: <https://www-iustel-com.ponton.uva.es/v2/c.asp> (Base de conocimiento jurídico)

Junto con la *sponsio – stipulatio* fueron los únicos negocios de esta época que se entienden que creaban obligaciones entre las personas. Sin embargo, la *sponsio*, fue el único negocio que perduró más allá del periodo arcaico, y radica su importancia en el concepto de obligación que adquirió una vez superado el carácter religioso que tenía en la época arcaica y que es presupuesto de la idea romana de contrato.²⁵

Durante la época preclásica del derecho romano, que abarca los años V a.C y II a.C fue cuando el *nexum* tuvo su fin con la *lex poeelia papiria*, a la cual conviene hacer referencia ya que permitió, por los cambios que origino en relación con el concepto de obligación, desarrollarse al *mutui datio* como único instrumento para la realización de préstamos.

Su origen responde a varias causas tanto de carácter social, económico y jurídico, por un lado, Roma se encontraba sumida en una lucha de grupos sociales, donde el descontento de los plebeyos iba ganando fuerza debido a las duras condiciones a las que eran sometidos, en especial el *nexum* que propiciaba situaciones cercanas a la esclavitud.

Por otro lado, la económica romana iba evolucionando, el comercio de esclavos comenzaba a aumentar, haciendo que los sujetos sometidos al *nexum* fueran cada vez menos necesarios, y la aparición de la moneda permitió que los intercambios comerciales fueran mucho más rápidos que los que se realizaban a través del *nexum*.

Y por último, el derecho iba evolucionando acorde al desarrollo de Roma, dando paso a un tipo de justicia más publica, y donde se comenzaba a dar mayor importancia al patrimonio del deudor y no al propio cuerpo del sujeto como forma de garantía.

La importancia de la *lex poeelia papiria*, no solo para el contrato de *mutuum*, sino para el derecho romano, fue que supuso “la abolición de la prisión por deudas, es decir, en la superación de la responsabilidad personal, con el consecuente traslado del objeto de

²⁵ DE LOS MOZOS TOUYA. *Op.cit.* Disponible en: <https://www-iustel-com.ponton.uva.es/v2/c.asp> (Base de conocimiento jurídico)

satisfacción de la deuda desde el cuerpo del deudor – *nexus* a sus propios recursos económicos²⁶

Al recaer sobre los bienes del deudor la responsabilidad (LIVIO, 8,28,8): “*pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset.*”, se produjo una transformación del concepto de obligación hacia un concepto de obligación *iuris vinculum*, donde se unieron la condición de *debitor* y de *obligatus*²⁷ en un mismo sujeto, que permitió dar al derecho romano un paso más hacia lo que sería definido como *obligatio* durante el período clásico donde alcanzaría su plena concepción.

Con el aumento del tráfico comercial en Roma a partir del siglo III a.C se vio la necesidad de reconocer no solo a las nuevas figuras que habían surgido como consecuencia de nuevas relaciones entre los individuos como la *emptio-venditio*, la *locatio-conductio*, la *societas* y el *mandatum*, sino también a las que ya existían o tenían un germen como el *mutui datio*, que como consecuencia de la desaparición del *nexum*, de la aparición de la moneda y del tráfico comercial vio incrementado su uso como único vehículo para la realización de préstamos, ya no solo en el ámbito familiar y vecinal sino dentro del comercio.

Al mutuo, el *ius civile* según Gayo ya le otorgaba protección a través de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* y la *legis actio per sacramentum* (GAI 4,20): “*Quare autem haec actio desiderata sit, cum de eo, quod nobis dari oportet, potuerimus sacramento, aut per iudicis postulationem agere, valde quaeritur.*”

Pero sería con la *legis actio per condictionem* la cual Gayo atribuye su formación a las *lex Silia* y la *lex Calpurnia*,²⁸ con la que se produciría la homogeneización de las acciones, dando lugar a un sistema procesal unificado, y sobre la base que se asentarían las futuras: *actio certae creditae pecuniae* y *actio condictio certae rei* del contrato de mutuo. La unificación en la *legis actio per*

²⁶ SALAZAR REVUELTA. *La gratuidad del Mutuum en el Derecho Romano .Op.cit.*, pp. 129

²⁷ CUENCA BOY, F. *Obligaciones: concepto, objeto, clasificación*. Disponible en: <https://www-iustel-com.ponton.uva.es/v2/c.asp> (Base de conocimiento jurídico) [Consulta 6 agosto 2020]. Recoge que la teoría de Brinz que manifiesta que hay dos elementos dentro de la obligación: la responsabilidad y el débito que tanto en el concepto de obligación romana del período clásico como en el concepto actual se encuentran unidos, mientras que en la época arcaica y preclásica romana había una escisión entre ambos elementos, pudiendo ocasionarse de forma separada.

²⁸ Gai IV, 19

conditionem, a finales de la república, supuso para el mutuo el reconocimiento de su plena autonomía como *vinculum iuris*.

3.2. Concepto y caracteres

Se puede definir el contrato de mutuo en Roma como “un contrato real, unilateral, por el cual una persona (mutuante) entrega la propiedad de una cantidad de dinero u otras cosas fungibles a otra persona (mutuatario) que se compromete a devolver, pasado un cierto tiempo, igual cantidad de cosas del mismo género y calidad.”²⁹

En primer lugar, se trata de un contrato real, por lo que se perfecciona una vez que se produce la entrega o *datio* del mutuante a un mutuatario, momento donde surge el deber de restitución al igual que todas las obligaciones que nacen “por la entrega de la cosa” o *obligationes re*, como recoge Gayo (Gai, 3,89):

“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 eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. Unde etiam mutuuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit”.

Se entiende entonces la entrega de la cosa o *datio*, como el elemento esencial del contrato de mutuo, que si bien como he visto en el apartado del origen del mutuo durante el período arcaico y parte de la etapa preclásica, por si misma no tenía valor jurídico y era necesario que fuera acompañada de un juramente, en la época clásica, a través de la *traditio* se transmitía la propiedad del elemento objeto del préstamo (I.3,14): “*mutuum autem est, ut accipientis fiat dominus, sed nobis obligatus sit, non in eadem illa, sed in alia eiusdem substantiae et quantitis re*” sin que tuviera que llevarse a cabo ningún acto añadido, es decir, bastaba con la entrega efectiva de las cosas del mutuante al mutuatario, no se establecía ningún tipo de forma más que la entrega para la perfección del contrato.

²⁹ ARIAS RAMOS, J; ARIAS BONET, J.A. *Derecho romano II, obligaciones, Familia, Sucesiones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1986, pp. 594 y ss.

Para que esta *traditio* fuera válida, y se constituyera el mutuo, “el mutuante debía tener ser el propietario o al menos tener la facultad para poder enajenarlas”³⁰, pues si careciera de ello, el mutuo resultaría nulo como se deriva de lo establecido por Paulo (D. 12,1,2,4): “*In mutui datione oportet dominu esse dantem...*”.

Además, el mutuante debía tener la capacidad para dar cosas en mutuo, puesto que aunque fuera el propietario si carecía de facultad de disposición sobre la cosa, como ocurre para los pupilos que actúan sin la *auctoritas tutoris* como recoge Gayo (GAI 2,80): “*Nune admonendi sumus, neque feminam, neque pupillum sine tutore auctore rem Mancipi alienare posse; nee Mancipi uero feminam quidem posse, pupillum non posse.*”, la *datio* sería ineficaz, y el mutuo no llegaría a producirse.

Este supuesto de *datio* ineficaz por falta de disposición sobre la cosa, ocurre también en mutuos donde el mutuante es un loco o un pródigo.³¹

A medida que fue avanzando el derecho romano, dejan patente los juristas que se fue relajando la exigibilidad de la *datio*, permitiendo que se produjeran mutuos, “sin necesidad de una consignación material de lo prestado, a través de diversas modalidades de puesta a disposición del mutuuario de la cantidad dada en mutuo o con el consentimiento del mutuante”.³²

Prueba de ello, es la posibilidad de que el depósito pueda transformarse en mutuo, así lo recoge el jurista Ulpiano (D. 12,1,9,9):

³⁰ARIAS RAMOS. ARIAS BONET. *Op.cit.*, pp. 595.

³¹SALAZAR REVUELTA. *El mutuo. Contratos reales. Op.cit.* Disponible en: <https://www-iustel-com.ponton.uva.es/v2/c.asp> (Base de conocimiento jurídico)

³²FERNÁNDEZ BARREIRO,A. PARICIO, J. *Fundamentos de Derecho Privado Romano. 4ªEdición.* Madrid: El faro ediciones, pp. 345

El consentimiento del mutuante, o mutuo por delegación se estudia en el apartado 3.3.1 del presente trabajo.

“Deposui apud se decem, postea permiso tibi uti; Nerva, Proculus, etiam antequam moveantur, condicere quasi mutus tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur, animo enim coepit possidere, ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit, et poterit ei condici.”

En este caso, las partes pueden haber constituido un contrato de depósito en el cual se ha producido la entrega de *pecunia* u otra cosa fungible del depositante al depositario, si posteriormente el depositante permitiera al depositario hacer uso de ese dinero u objeto fungible se produciría la transformación en contrato de mutuo, donde el depositario adquiriría ahora la propiedad del objeto ya convertido en mutuario. Por tanto, debe ser un permiso posterior el que autorice la utilización del objeto, pues si esta inicialmente contemplado se hubiera constituido un contrato de mutuo y no de depósito.³³

De igual forma, admite la jurisprudencia la posibilidad de que el objeto de préstamo sea una cantidad de dinero cuyo origen fue la venta de un objeto que había sido previamente entregado por el mutuante al mutuario, y en virtud de un acuerdo previo hubieran establecido que el objeto de préstamo del mutuo fuera la cantidad que se obtuviera con la venta.³⁴

A pesar de que la entrega de la cosa es el aspecto fundamental del contrato de mutuo y sobre la cual se basa su existencia, no necesitando ninguna otra formalidad para darse, existe junto a él otro elemento que si bien no es esencial, si es necesario, la *conventio* o acuerdo de voluntades entre las partes con relación a la *causa credenti* de la *datio* ya que esta puede deberse a una causa distinta de la de constituirse un préstamo de consumo.

Por tanto, entre las partes debe haber un “*consensus*” de que el mutuante da para que se le devuelva y el mutuario recibe para restituir en virtud de la realización de un contrato de mutuo³⁵ como recogen los juristas Gayo (GAI 3, 90) “*in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur*” y Paulo (D. 44,7,3,1): “*non satis autem*

³³ GÓMEZ ROYO. *Op.cit.*, pp. 72 y ss.

³⁴ C. 4,2,8. D.12,1,11. D. 17,1,34

³⁵ ARIAS RAMOS; ARIAS BONET. *Op.cit.*, pp. 596.

est, dantis esse numos, et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari, et accipi, ut obligatio constituatur...”.

Si al realizar la entrega, se produce un desacuerdo entre las partes en cuanto al negocio que realizan, porque una de las partes realiza la *datio* con intención de llevar a cabo una donación, y la otra parte la recibe con la intención de llevar a cabo un contrato de mutuo, no se produciría ni la donación ni el contrato de mutuo³⁶, la *datio* sería ineficaz ya que el motivo que la origina para cada una de las partes era diferente, como recoge el jurista Ulpiano³⁷

A pesar de la importancia del *consensus* en la realización del contrato de mutuo, los pactos realizados por las partes, tales como *mutuo dando*, por el cual el mutuante se obliga a dar, o *mutuo accipiendo*, donde el mutuuario se obliga a tomar en préstamo, no tendrían vinculación jurídica para las partes ni constituirían el contrato de mutuo, siendo únicamente pactos donde las partes tenían libertad para aceptarlos o rechazarlos.³⁸

Además, lo que se debe restituir es algo “*tantundem eiusdem generis et qualitatis.*”, pues si se restituyera lo mismo que se entregó se daría lugar a otros negocios jurídicos como el comodato o el depósito como describe el jurista Paulo (D. 12,1,2.): “*mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum) sed idem genus; nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum.*”

El contrato de mutuo es de carácter unilateral, pues de él “nace una relación jurídica de carácter estrictamente unilateral, que se fundamenta en la entrega con obligación de restituir³⁹”. Esta obligación de restituir es a cargo del mutuuario que deberá entregar “igual cantidad de cosas del mismo género y calidad”, en el momento acordado por las partes.

³⁶ AZARA, A. EULA, E. NNDI. Torino, 1964-1975, pp. 1049

³⁷ D. 12,1,18: “*Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederim, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit, donationem non esse, sed an mutuam sit, videndum. Et puto, nec mutuam esse, magisque numos accipientis non fieri, quam alia opinione acceperit.*”

³⁸ SALAZAR REVUELTA. *El mutuo. Contratos reales. Op.cit.* Disponible en: <https://www-iustel-com.ponton.uva.es/v2/c.asp> (Base de conocimiento jurídico)

³⁹ FERNÁNDEZ BARREIRO. PARICIO. *Op.cit.*, pp. 346

Así pues las partes podían acordar el momento en que se debía llevar a cabo la obligación de restitución, si por el contrario las partes no lo establecían, la obligación podía ser exigible en cualquier momento, sin embargo, “teniendo en cuenta los valores extrajurídicos en este tipo de préstamos, normalmente el *mutuo accipiens* esperaría que el *mutuo dans* no ejerciera su posición jurídica con demasiada inmediatez.”⁴⁰ Dándole un margen de tiempo para cumplir con la obligación de restitución.

Si por el contrario, las partes acordaron un *dies* para la restitución, la obligación pasará a ser exigible por el mutuante una vez vencido el *dies* acordado, si el mutuante emprendiera una reclamación judicial de la prestación antes de que venza el momento acordado, mientras que el mutuatario podría utilizar la *exceptio pacti*, para rechazar la reclamación, el mutuante cometería *pluris petitio tempore*, produciéndose la pérdida del litigio y la extinción de la obligación por el término procesal de la acción.⁴¹

Sin embargo, aunque las partes hubieran pactado un *dies*, el mutuatario podía llevar a cabo la restitución antes del vencimiento, pues se entiende que el plazo es en beneficio del mutuatario, debiendo el mutuante aceptar la devolución.⁴²

Por último, de la *datio* que perfecciona el contrato de mutuo, surge la obligación para el mutuatario de restituir algo de la misma calidad y cantidad que fue entregada, obligación a cargo del mutuatario y que puede ser exigida a través de la *condictio*, por el mutante, pues este fue el instrumento procesal otorgado para la protección del mutuo.

La *condictio*, se caracteriza por ser una acción *stricti iuris*, no permitiendo reclamar más de lo que fue entregado en préstamo, ya que “en la *intentio* de la acción han de constar exactamente las dimensiones cuantitativas y cualitativas del *datum*”⁴³, así lo reflejan los juristas Ulpiano (D. 12,1,3), o africano (D. 14,5,24) entre otros.

⁴⁰ SALAZAR REVUELTA. *La gratuidad del mutuum en el Derecho Romano. Op.cit.*, pp. 241

⁴¹ FERNÁNDEZ BARREIRO. PARICIO. *Op.cit.*, pp. 346 y ss. SALAZAR REVUELTA. *La gratuidad del mutuum en el Derecho Romano. Op.cit.*, pp. 241 y ss.

⁴² FERNÁNDEZ BARREIRO. PARICIO. *Op.cit.*, pp. 346 y ss.

⁴³ SALAZAR REVUELTA. *La gratuidad del mutuum en el Derecho Romano. Op.cit.*, pp. 357 y ss.

Es por tanto, esta protección procesal la que otorga el carácter gratuito al mutuo no permitiendo reclamar más de lo que fue entregado. Sin embargo, algunos autores manifiestan que el carácter gratuito del contrato de mutuo no solo derivaría del ámbito procesal, sino que se deben de atenderse también a razones de orden ético – social como ocurre con otros contratos reales como son el comodato o el depósito, pues no se puede olvidar que la sociedad romana en la época arcaica se asentaba sobre principios tales como la *fides* y la *amicitia*, y aunque con el aumento de las relaciones comerciales fuera necesario dejar atrás la protección basada en sanciones de carácter sacral, el mantenimiento del carácter gratuito del contrato de mutuo puede entenderse como la necesidad de la sociedad romana de mantener los ideales éticos de la época arcaica de los cuales se sentía orgulloso como recoge Salazar Revuelta.⁴⁴

3.2.1. Excepciones a la gratuidad del mutuo

Si bien es cierto, que el contrato de mutuo mantuvo su carácter gratuito durante todo el derecho romano, se dieron lugar a una serie de supuestos especiales donde el contrato de mutuo podía ir acompañado por simple pacto de intereses era considerado válido, sin tener que asentarse sobre una *stipulatio*, como el *fenus*.

- ❖ En primer lugar, estarían los préstamos realizados por una *civitas*⁴⁵ (D. 22,2,5): “*Etiam ex nudo pacto debentur civitatibus usuare creditorum ab iis pecuniarum*”.

- ❖ En segundo lugar, los préstamos garantizados por prenda (D. 20,2,8): “*Quum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignoratæ ad modum legitimum usuarias retinere.*”⁴⁶

⁴⁴ SALAZAR REVUELTA. *La gratuidad del mutuum en el Derecho Romano. Op.cit.*, pp. 358 y ss.

⁴⁵ MARLASCA MARTÍNEZ, O. *El préstamo de géneros en la sociedad romana, visigoda y en algunos reinos cristianos de la Alta Edad Media*. La Coruña: Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, N°12, 2008, pp. 605.

⁴⁶ SALAZAR REVUELTA. *El mutuo. Derechos Reales. Op.cit.* Disponible en: <https://www-iustel-com.ponton.uva.es/v2/c.asp> (Base de conocimiento jurídico)

- ❖ En tercer lugar, se trataría de dos supuestos en los cuales, se permitiría a las partes llevar a cabo pactos de intereses en los contratos de mutuos, y posteriormente reclamar jurídicamente esos intereses, el primero de ellos en una Constitución de Alejandro Severo (C. 4,32,11): “*fumentis vel hordei mutuo datio accessio etiam ex nudo pacto parestanda est*”, donde se permite en el caso de que el objeto de préstamo fuera cebada o trigo. Y el segundo de ellos, en una constitución de Diocleciano y Maximiano (C. 4,32,23): “*Oleo quidem vel quibuscumque fructibus mutuo datis, incerti pretii ratio additamenta usurarum eiusdem materiae suasit admitti.*” En este caso en el caso de que los objetos de préstamo fueran oleo y otros frutos.

Por último, el derecho romano permitía otro supuesto que rompía la gratuidad del mutuo, el préstamo marítimo denominado como *pecunia traiectica* o *foenus nauticum*, cuya importancia hace necesario que se le haga un análisis mayor que a los supuestos anteriores, ya que presenta sus propias particularidades.

3.2.1.1. *Foenus nauticum* o *pecunia traiectica*

Ha sido definida como “un mutuo especial”⁴⁷ o “en lo económico, más que en lo jurídico,...como un negocio análogo al mutuo”⁴⁸ denominado como *pecunia traiectica* primero, y ya en la etapa justiniana como *foenus nauticum*, que en la actualidad correspondería al préstamo marítimo.

La sociedad primitiva romana carecía de dicho negocio jurídico, sería “al entrar en contacto, a partir del siglo III d.C., con el mundo mediterráneo y al desarrollar con él una intensa actividad comercial, cuando conoció el préstamo marítimo.”⁴⁹ Sin embargo, la inclusión de esta figura jurídica al derecho romano fue complicada por no existir en el ordenamiento dicha figura lo que hizo que se aproximara a figuras jurídicas existentes como el contrato de mutuo.

⁴⁷ ARIAS RAMOS; ARIAS BONET. *Op.cit.*, pp. 597

⁴⁸ IGLESIAS SANTOS, J. *Derecho romano. 16ª Edición*. Madrid: Editorial Ariel, 2004., pp. 255

⁴⁹ CASTRESANA HERRERO, A. *El préstamo marítimo griego y la pecunia traiectica romana*. Salamanca: Ediciones universidad de Salamanca. 1982, pp. 53

En esta situación nos encontramos con dos partes, por un lado los comerciantes marítimos, que en muchas ocasiones no disponían de los fondos necesarios para realizar los viajes, y por otra parte, personas con amplia disposición de capital para invertir.

Así pues, en la *pecunia traiectica* o *fenus nauticum*, los comerciantes se convertirían en prestatarios o mutuarios que recibía una cantidad de dinero del prestamista o mutuante, comprometiéndose a devolver al prestamista dicha cantidad más los intereses acordados, siempre que la nave hiciera la travesía de forma exitosa, algo que no siempre sucedía debido al riesgo que conllevaba el comercio marítimo.⁵⁰ Por tanto, podemos ver que si bien tiene similitudes con el mutuo, pues se trata de un préstamo pero que se diferencia en el establecimiento de intereses, y al recaer sobre el mutuante el riesgo del negocio.

A pesar de que las fuentes tratan el préstamo marítimo de una forma poco precisa, pues la mayoría es en referencia a los elementos que la forman, se puede hacer un breve esquema de cómo se llevaba a cabo en la sociedad romana el préstamo marítimo. En primer lugar, el jurista Modestino escribe uno de los textos que permite conocer este negocio (D. 22.2.1):

“Traiecticia ea pecunia est, quae trans mare vehitur; ceterum si eodem loci consumatur, non erit traiectica. Sed videntur, an merces ex ea pecunia comparatae in ea causa habentur? Et interest, utrum etiam ipsae periculo creditoris navigent, tunc enim traiectica pecunia fit”

De él, extraemos el objeto, que sería la “*pecunia*”, sin embargo, también hace referencia a la situación muy habitual que se daba en la época, donde ese dinero podía ser utilizado para la compra de mercancías, siendo también el objeto transportado⁵¹. La razón de esta actuación se debía a que generalmente las mercancías cambian más de valor en los mercados, algo que favorecía a los prestatarios al otorgarles la posibilidad de vender a un precio más alto, y así poder obtener beneficios, además de pagar los intereses pactados.

⁵⁰ CASTRESANA HERRERO. *El préstamo marítimo griego y la pecunia traiectica romana*. *Op.cit.*, pp. 53

⁵¹ CALASSO. *Op.cit.*, pp. 424 y ss.

Así pues, era o dinero transportado (*pecunia traiectica*) o las mercancías compradas con ese dinero, y a diferencia de lo que ocurría en el préstamo marítimo griego, el dinero no se podía utilizar para la reparación de la nave o para el pago de salarios a la tripulación sino únicamente para la compra de mercancías, porque “*ceterum si eodem loci consumatur, non erit traiectica.*”⁵² Este dinero debía entregarse como sucede en el mutuo al prestatario para que se produjera el negocio jurídico (C. 4,33, 1): “*Traiecticae quidem pecuniae, quae periculo creditoris mutuo datur...*”

En este mismo texto, Modestino (D. 22.2.3) hace referencia a uno de los elementos esenciales de la *pecunia traiectica* como es el riesgo o *peculium creditoris* que conlleva el comercio marítimo que en la *pecunia traiectica* recae sobre el acreedor “*...ipsae periculo creditoris navigent..*”, desde el momento en que la nave sale de puerto “*in nautica pecunia ex ea die periculum spectat creditorem, ex quo navem navigare conveniat.*” y que no cesara hasta el momento en que la nave llegue al puerto de destino (C. 4,33,1): “*traiecticiam pecuniam, quae periculo creditoris datur, tam diu liberam esse ab observatione communium usurarum, quamdiu navis ad portum appulerit, manifestum est.*”

Si durante la travesía ocurría algún suceso que provocaba la destrucción o desaparición de las *merces* o de la *pecunia*, si se producían por fuerza mayor o caso fortuito quedaría el prestatario liberado de su obligación pues el prestamista había asumido el riesgo inherente al comercio marítimo, sin embargo, si se producían un naufragio pero los objetos del préstamo se salvaban el mutuatario la obligación persistía de igual forma que si se producía por dolo o negligencia la pérdida de los objetos.⁵³

Para compensar este riesgo o *periculum creditoris* que los acreedores asumían, surgirían los intereses que “han de configurarse como un elemento esencial” y que rompen con la gratuidad que caracteriza al mutuo puesto que “la *pecunia traiectica* conlleva la presencia de unos intereses”⁵⁴

⁵² CASTRESANA HERRERO. *El préstamo marítimo griego y la pecunia traiectica romana. Op.cit.*, pp. 61 y ss.

⁵³ CASTRESANA HERRERO. *El préstamo marítimo griego y la pecunia traiectica romana.. Op.cit.*, pp. 87 y ss.

⁵⁴ CASTRESANA HERRERO. *El préstamo marítimo griego y la pecunia traiectica romana. Op.cit.*, pp. 100 y ss.

La relación entre el riesgo soportado por los acreedores y la tasa de interés fue directa, pues cuanto más riesgo fuera soportado, las partes solían pactar una tasa de interés más elevada siendo en muchas ocasiones por encima del legal, como se recoge Paulo : “*traiecticia pecunia propter periculum creditoris quamdiu navigat navis, infinitas usuras recipere potest*”⁵⁵.

No fue, por tanto, un tema muy regulado por el derecho romano durante los periodos clásico y postclásico, dando lugar a un marco legal escaso⁵⁶, y a una libertad que durante el período de Justiniano sería restringida con el establecimiento de una tasa máxima del 12%, (C. 4,32,26,2): “*in traiectionibus autem contractibus vel speciebus fenori dationibus usque ad centesimam tantummodo licere stipulari nec eam excedere, licite veteribus legibus hoc erat concessum...*”

Para finalizar con la estructura del negocio, habría que ver los otros dos elementos que junto con la entrega de dinero darían lugar a la *pecunia traiectionis* romana, por un lado, una *stipulatio*, como recoge Papainiano(D. 22,2,4,1): “*pro operis servi traiectionis pecuniae gratia secuti, quod in singulos dies in stipulatum...*” o “una estipulación oral que, al ser transcrita en la parte final de una *cautio*, adoptaba la forma de cláusula estipulatoria”.⁵⁷

El otro elemento, serían una serie de cláusulas contractuales las cuales acordarían las partes respecto de los aspectos más importantes del negocio, como nos muestra el texto de Scaevola a través de un préstamo marítimo entre Calimaco y Stico, donde fijan el tiempo que durara la travesía que iba desde Berito hasta Bridis, (D. 45,1, 122,1) : “*idque creditum esse in omnes navigii dies ducentos...*” así como el momento y lugar de donde debía salir la nave desde Bridis (D. 45,1, 122,1): “*convenitque inter eos, uti quum Callimachus Brentesium prevenisset, inde intra idus Septembrea, quae tunc proximae futurae essent...*”

⁵⁵ P.S: II, 14,3

⁵⁶ AZARA. EULA. *Op.cit.*, pp. 1049

⁵⁷ CASTRESANA HERRERO. *El préstamo marítimo griego y la pecunia traiectionis romana. Op.cit.*, pp.151. Establece que lo que se produce sería estipulación bajo la forma de cláusula estipulatoria, pues aparece el juego de la pregunta y respuesta, propio de la *stipulatio*.

Estos serían solo algunos de los ejemplos de cláusulas contractuales que las fuentes jurídicas nos han permitido conocer, mostrando como este negocio era configurado de forma jurídica.

3.2.2. *El préstamo con interés en el derecho romano*

Desde el principio de la sociedad romana durante la época arcaica destacaba la gratuidad de las *mutui datio* entre vecinos y amigos, antecedentes de lo que más adelante acabaría siendo el contrato de mutuo cuyo carácter gratuito se mantendría.

Sin embargo, con la República, Roma se encontraba cada vez más abierta al tráfico internacional, donde las relaciones comerciales comenzaron a llevarse a cabo con un círculo mucho más amplio formado por individuos de todas clases y condiciones, y donde se hacía necesario nuevas estructuras jurídicas mucho más rápidas encaminadas a aumentar las transacciones entre dichos individuos.⁵⁸

Al adquirir las relaciones una finalidad mercantil dejando de lado la función de subsistencia que poseía en la época arcaica, resulta comprensible la aparición de los intereses en estos intercambios pues el aumento del tráfico comercial provocaba una mayor fluidez de dinero entre los individuos, a pesar del carácter gratuito que poseía el contrato de mutuo.

La aparición de los intereses en el mutuo se daba a través de un *pactum* entre las partes, el cual podía ser utilizado para acordar que el mutuuario devolviera una cantidad inferior al mutante. Sin embargo, su utilización para aumentar la cantidad a devolver quedaba sin protección alguna, impidiendo que pudieran utilizarse para reclamar dicha cantidad por el *ius civile*, puesto que el *nudum pactum* carecía de protección procesal como refleja con claridad el jurista Ulpiano (D. 12,1,11,1):

⁵⁸ SALAZAR REVUELTA. *La gratuidad del Contrato de mutuum en el Derecho Romano. Op.cit.*, pp.225 y ss.

“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 Poculus, amplius, quam decem condici non posse”

Esto evidencia una carencia en el derecho romano preclásico y clásico pues la sociedad demanda una institución jurídica que permita formalizar la práctica de intereses en los contratos de préstamo, a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurría en el derecho griego donde se permitía que por acuerdo de las partes el carácter gratuito del contrato de préstamo pasara a ser oneroso por el pacto de *usuare*.⁵⁹ Será el pretor peregrino quien solucione el problema, dando “viabilidad jurídica a los préstamos usurarios a través de la figura de la *stipulatio*”.⁶⁰

Esta figura jurídica permitía que junto con el contrato de mutuo, las partes al realizar la *stipulatio* pudieran acordar una cantidad de restitución superior a la entrega, pues sería una deuda añadida, que no nacería de la entrega sino como consecuencia de la *stipulatio* realizada, siendo una causa separada de la *traditio* que daba lugar al mutuo.⁶¹ Esta *stipulatio* recibiría el nombre de *stipulatio usurarum*, pues ya Cicerón denominaba los intereses con el término *ususare* según Castresana.⁶²

Si acudimos a la jurisprudencia clásica podemos ver con cómo se diferenciaban las obligaciones que surgían de ambos negocios, dejando claro la necesidad de que el pacto sobre los intereses se hiciera bajo una *stipulatio* como recoge el jurista Ulpiano (D. 15, 3,10,5): “*esed di non sint promissae, utique non debebuntur, quia in stipulatum deductae non sunt.*”

Además, la inclusión de la estipulación como una figura jurídica del *ius civili*, permitió que los pactos realizados bajo ella pudieran tener protección procesal, lo que provocaba que la cantidad acordada bajo el contrato de mutuo fuera protegida por la acción del mutuo

⁵⁹ SALAZAR REVUELTA. *La gratuidad del Contrato de mutuum en el Derecho Romano*. *Op.cit.*, pp.227 y ss.

⁶⁰ SALAZAR REVUELTA. *La gratuidad del Contrato de mutuum en el Derecho Romano*. *Op.cit.*, pp.227 y ss.

⁶¹ LÓPEZ – RENDO, C. Intereses de préstamos de dinero. Limitaciones legales y efectos civiles de su abusividad en el Derecho Romano. [en línea] *RIDROM*, núm. 20, 2018, pp.431,. Disponible en: <http://www.ridrom.uclm.es> . [Consulta 28 agosto 2020]

⁶² CASTRESANA HERRERO, A. A vueltas con el *fenus* y la *usura*: ¿una semántica y dos realidades jurídicas? *Helmántica: Revista de filología clásica y hebrea*. Salamanca: Servicio de publicaciones de la Universidad pontificia de Salamanca, N° 194, 2014, p. 86.

(*condictio*) mientras, que los intereses pactados mediante la *stipulatio* estuvieran protegidos por la *ex stipulatio*, por tanto, otorgándose diferente acción procesal a ambos negocios.

La elección de la *stipulatio* como instrumento para formalizar el *pactum usuarum* pudo deberse a varios motivos como la capacidad de la *stipulatio* de originar obligaciones sin la transmisión de la propiedad entre las partes o por su fácil constitución de forma oral, donde el juego de pregunta y respuesta permitía la aparición de la obligación con fuerza y seguridad jurídica, como recoge Salazar.⁶³

Además, esta figura jurídica contaba con otras ventajas como la posibilidad de establecer el momento en que la obligación se cumpliría (D. 12,1,40): “*Lucius Titius scripsi, me accepisse a Publio Maevio quindecim mutua numerata mihi de domo; et haec quindecim proba recte dari Kalendis futuris stipulatus est Maevius Publius, sponpondi ego Lucius Titius...*”

Al realizar las partes un mutuo y una *stipulatio* el préstamo pasaba de gratuito a oneroso, dando lugar a la figura jurídica “*fenus*”, préstamo con interés, donde la jurisprudencia clásica mantendrá como negocios autónomos cuyo origen obedece a unas causas diferentes donde son las partes quien en función de sus preferencias y circunstancias acordaran el establecimiento de una u otra.

En cuanto al tipo de interés, fueron numerosas las disposiciones que se establecieron en el derecho romano para controlar los intereses⁶⁴ y sobre todo para evitar la usura.

⁶³ SALAZAR REVUELTA. *La gratuidad del Mutuum en el Derecho Romano. Op.cit.*, pp.238 y ss.

⁶⁴ LÓPEZ - RENDO. *Op.cit.*, pp. 440. SALAZAR REVUELTA. *La gratuidad del Mutuum en el derecho romano. Op.cit.*, pp. 175. La ley de la XII trataría de establecer un límite, el “*foenus unciarum*” el cual equivaldría a una duodécima parte del capital.

El tipo de interés se mantuvo entre el 12%, y el 6% anual, siendo el emperador Justiniano quien estableció como máximo el 6% anual⁶⁵. Esta bajada pudo deberse posiblemente al cristianismo y el rechazo que siempre había producido la usura.⁶⁶

En cuanto al control de la usura, se intentó prohibiendo que “los intereses debidos, junto con el capital que había que entregar, no excedieran del doble de la suma recibida”⁶⁷, como recoge Ulpiano (D. 12, 6,26,1): “*Supra duplum autem usurae, et usurarum usurae nec in stipulatum deduci, nec exigi possunt...*,” algo que continuaría el emperador Justiniano.⁶⁸

También, de lo dicho por el jurista Ulpiano en el párrafo anterior, se extrae la prohibición que comenzó en la época preclásica sobre que “...*et usurarum usurae ...*”, entendido por anatocismo, es decir, que los intereses produjeran intereses. Dicha prohibición, al igual que la *usare supra duplum*, continuaría hasta el período justiniano, que añadirá la prohibición de que se produzcan intereses a partir de la novación (C. 4,32,28): “*Quapropter hac apertissima lege definius, nullo modo licere eniquam usuras praeteriti temporis vel futuri in sortem redigere, et carum iterum usuras stipulari, sed etsi hoc fuerit subsecutum, usuras quidem Semper usuras maere, et nullum usurarum aliarum incrementum sentire, sorti autem antiquae tantummodo incrementum usurarum accedere.*”

3.3. Elementos del mutuo

3.3.1. Personales

Los elementos personales del contrato de mutuo son el mutuante o prestamista, *mutuo dans*, quien realiza la entrega de la cosa en préstamo, y el mutuuario o prestatario, *mutuo accipiens*, persona que recibe el préstamo y se obliga a restituir la cosa de igual especie y cantidad a la que recibió.

⁶⁵ C. 4,32,26

⁶⁶ AZARA. EULA. *Op.cit.*, pp. 1049. SALAZAR REVUELTA. *La gratuidad del Mutuum en el Derecho Romano. Op.cit.*, pp.196

⁶⁷ SALAZAR REVUELTA. *El mutuo. Derechos Reales. Op.cit.* Disponible en <https://www-iustel-com.ponton.uva.es/v2/c.asp>(Base de conocimiento jurídico)

⁶⁸ LÓPEZ - RENDO. *Op.cit.*, pp. 446: “Justiniano reafirmó la antigua prohibición de las *usurae supra duplum*, no concediendo de ninguna manera que los intereses superen en más del doble el capital prestado...”

El *mutuo dans* debe tener capacidad para prestar, y disposición sobre la cosa o al menos la facultad de poder enajenarla pues de lo contrario la *datio* sería ineficaz y no se produciría la constitución del contrato de mutuo, como ocurre en el caso de los pupilos que actúan sin autorización, de un loco o un pródigo.

En cuanto al *mutuo accipiens*, debe tener la capacidad para obligarse, es decir, para tomar dinero u otra cosa fungible en préstamo. En Roma la mujer tenía capacidad para transmitir sin autorización, sin embargo, carecía de la capacidad para obligarse al igual que sucede con el pupilo que carece de capacidad para prestar, pero también de la capacidad para obligarse.⁶⁹ Junto a estos dos supuestos, se encuentra la incapacidad de los *fili familias* para obligarse que originó el Senadoconsulto Macedoniano⁷⁰.

Cabe destacar que con el paso del tiempo se permitió que el contrato de mutuo fuera realizado por delegación⁷¹, seguramente como consecuencia del aumento del comercio y con ello de las relaciones comerciales entre individuos que hicieron necesario que se permitiera mutuos donde intervenían terceras personas en pos de facilitar la realización de préstamos. Fueron dos los supuestos permitidos:

- ❖ Por un lado, el caso en el que mutuante delegaría en el mutuuario, que no entregaría la cantidad prestada al mutuante sino a un tercero designado por el mutuante.
- ❖ Por otro lado, el segundo supuesto sería cuando el mutuante delegaría en un tercero para que fuera este quien llevara a cabo la *traditio* en su nombre a otra persona.

En ambos casos, aunque intervienen terceras personas, al perfeccionarse con la entrega de la cosa el contrato de mutuo, circunstancia que no se ve alterada en ninguno de los dos supuestos, el mutuo sería válido y desplegaría todos sus efectos.

⁶⁹ PANERO GUTIÉRREZ, R. *Manual de derecho romano. 5ª edición*. Valencia: Tirant lo blanch, 2015, pp. 528

⁷⁰ El Senadoconsulto Macedoniano es explicado con profundidad en el apartado 3.5 del presente trabajo.

⁷¹ AZARA. EULA. *Op.cit.*, pp. 1048

Finalmente, existe un supuesto en la jurisprudencia en cuanto a alguien que da en mutuo en nombre de un tercero que se encuentra ausente⁷², en este caso al tercero en nombre de quien se lleva a cabo el mutuo obtiene la acción para reclamar.

Este supuesto correspondería a la figura *negotiorum gestio*, donde si el tercero en nombre de quien se había llevado a cabo el mutuo, una vez conocido el acto lo ratificaba se producía la constitución de un mandato, mientras que si no era ratificado, aquel que dio en mutuo tenía la facultad de ejercitar la acción derivada del mutuo.⁷³

3.3.2. Reales

(D. 12,1,2): “*Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere número mensura consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie, nam in ceteris rebus in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest.*” , por tanto, son los elementos reales del contrato de mutuo las cosas fungibles y el dinero, ejemplo de ello es lo que nos dice Gayo al describir el contrato de mutuo (GAI 3,90) “...*qualis est pecunia numerata, uinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum...*”.

La fungibilidad de las cosas es la circunstancia que hace que el contrato de mutuo sea denominado como préstamo de consumo, ya que resulta imposible el uso de las cosas entregadas en préstamo sin consumirlas lo que obliga a devolver algo del mismo género y en igual cuantía.

3.4. Régimen jurídico del mutuo

El mutuo como contrato unilateral, genera obligaciones solo para una parte, en este caso para el mutuuario, cuya obligación era devolver lo que le fue prestado en igual cantidad y calidad a lo que recibió en préstamo en el plazo determinado por las partes⁷⁴.

⁷² D. 12,1,9,8

⁷³ GÓMEZ ROYO. *Op.cit.*, pp. 67 y ss.

⁷⁴ AZARA. EULA. *Op.cit.*, pp. 1049

Al término del plazo, el mutuatario deberá llevar a cabo la restitución, sin embargo, en el caso de no producirse, el mutuante contaba con la *condictio* formularia, para exigir la devolución de las cosas prestadas, ya que al ser el mutuo un contrato traslativo de dominio, el mutuatario se convertía en el propietario del objeto de préstamo, estando obligado a restituir algo en igual cantidad y calidad a lo que recibió, imposibilitando al mutuante llevar a cabo la acción reivindicatoria pues no era ya el verdadero propietario, con lo que la *condictio* otorgaba la posibilidad de que ese crédito que había surgido, esa obligación pudiera el mutuante hacerla efectiva.

La *condictio* fue la acción propia de las reclamaciones ciertas, siendo posiblemente la *mutui datio* la primera figura jurídica en aplicarla. Con el paso del tiempo, su utilización se extendería más allá de la *datio*, pudiendo utilizarse en negocios como la *stipulatio* y la *expensilatio*, productos de promesas verbales y escritas, llegando a ser la sanción de los contratos que provocaban relaciones unilaterales, siendo el mutuo el único de los contratos reales en usarla junto con los contratos *verbis* y *litteris*.

Es una acción *stricti iuris*, donde el formalismo de la *condictio* hará que el *iudex* no pueda establecer otra cantidad a pagar al mutuatario más alta de la que se haya entregado como préstamo como recoge el jurista Ulpiano (D.12,1,11,1.): “*si tibi dedero decem sic, ut novem debeas, Proculus ait, et recte, non amplius te ipso debere quam novem. Sed si dedero, ut undecim, debeas, putat Proculus amplius quam decem condici non posse*”

La *condictio* que protegía al *mutuum*, tenía dos vertientes en función del objeto de préstamo: una cosa fungible o dinero adquiere diferentes formas dándose lugar a la *actio certae creditae pecuniae* para reclamar cuando se produce el incumplimiento de restitución de dinero, y la *actio condictio certae rei* cuando el objeto de préstamo que no ha sido restituido son cosas fungibles.

c

La *actio certae rei* es posteriormente en las fuentes justinianeas es denominada como *condictio triticaria* (D. 13,3,1): “*qui certam pecuniam numeratam petit illa, actione utitur “si certum petetur”; qui autem alias res, per triticaram conductionem petit...*” algunos autores como Salazar

establece la posibilidad de que el origen de esta denominación por los autores a la acción sea por una fórmula pretoria que se había construido sobre el ejemplo del mutuo de una cantidad de trigo.⁷⁵

La base de la *condictio* formularia se encuentra en la *legis actio per conditionem* que fue introducida según Gayo a través de la *lex Silia* y posteriormente ampliada a través de la *lex Calpurnia* (GAI, 4,19): “*Haec autem legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam: lege quidem Silia certae pecuniae, lege uero Calpurnia de omni certa re*”

La *lex Silia* apareció en el siglo III a.C estableciendo que se podía reclamar una cantidad de dinero que se hubiera prestado simplemente con que hubiera existido una *datio pecuniae*. La ventaja que tenía esta acción era que no era necesario que se hiciera alusión a la causa ante el *iudex* lo cual reducía en tiempo el proceso de reclamación.

En torno al siglo I a.C surgiría la *Lex Calpurnia*, que extendería la *legis actio* a la reclamación de *omni certa re*, es decir, a las demás cosas fungibles que no eran dinero y que eran elementos reales del mutuo⁷⁶. La ampliación supuso para el juez una nueva actividad, puesto que al ser cosas que “*res quae pondere numero mensura constant*” debía realizar una estimación en términos dinerarios del valor de la cosa entregada en préstamo, por lo que se deduce que una vez hecha la reclamación el mutuuario no tendría que restituir la cosa sino su equivalente pecuniario.

A pesar de que la *condictio* formularia, al igual que la *legis actio per conditionem*, no exigía el conocimiento de la causa de la deuda, si era necesario demostrar la existencia de la deuda, por ello el mutuante al ejercitarla debía probar que se había producido la entrega en mutuo de *pecunia* o de las cosas fungibles objeto de préstamo, para lo cual normalmente se hacía a través de un documento que recogiera la entrega. Sin embargo, no siempre en los mutuos que se realizaban se registraba la dación en un documento, lo que dejaba sin prueba al

⁷⁵ SALAZAR REVUELTA. *El mutuo. Contratos Reales. Op.cit.* Disponible en <https://www-iustel-com.ponton.uva.es/v2/c.asp> (Base de conocimiento jurídico)

⁷⁶ FUENTESECA DEFENEFFE, M. El significado de la “*Lex Aebutia*” en el ordenamiento procesal romano. [en línea]. *RIDA*, núm. 54, 2007, pp. 248

mutuatario, para ello, la *condictio* formularia heredaría de la *legis actio per conditionem* el *iusiurandum necessarium*, una declaración jurada que serviría como último recurso para el mutuante para demostrar el mutuo y con la que se buscaba la aceptación del deudor atendiendo al valor tan importante que los juramentos tenían en la sociedad romana.⁷⁷

Finalmente, el derecho postclásico y justiniano llevó a cabo una formulación de varios tipos de *condictio* que había sido utilizada para diferentes causas crediticias durante el período clásico por el carácter abstracto que poseía la fórmula para reclamar la devolución de una dación, como son la *condictio indebiti*, *condictio ex causa furtiva*, *condictio causa data causa non secuta*, *condictio ob turpem vel iniustam causam*,...⁷⁸

En el contrato de mutuo nos encontramos la *condictio indebiti*⁷⁹, en aquellos supuestos en los cuales el mutuante carecía de poder de disposición de la cosa, como el pupilo sin autorización del *pater*, que constituía un mutuo nulo, y donde el propietario de la cosa, siguiendo con el ejemplo referido, sería el padre quien podía ejercitar la *reivindicatio* mientras no hubiera sido consumido por el *accipiens* el objeto de préstamo, pero en el caso de que se hubiera producido la consumición, se articulaba la *condictio indebiti*, ante el enriquecimiento injustificado que conllevaba para el *accipiens*.

Sin embargo, los juristas distinguían en función de la mala fe o buena fe del mutuante, pues si hubiera actuado de mala fe, no sería la *condictio indebiti*, sino la *condictio ex causa furtiva* como recoge el jurista Ulpiano (D. 13,1,1): “*in furtiva re soli domino condictio competit*” la acción que podría utilizar el verdadero dueño de la cosa⁸⁰, por ejemplo, es el caso del mutuo que lleva a cabo un ladrón⁸¹ donde el objeto de préstamo era el objeto robado, la *condictio indebiti* permitía al propietario conseguir el valor de la objeto que había sido robado y consumido por el *accipiens*.

⁷⁷ FERNÁNDEZ BARREIRO. PARICIO. *Op.cit.*, pp. 347

⁷⁸ FERNÁNDEZ BARREIRO. PARICIO. *Op.cit.*, pp. 347 y ss.

⁷⁹ D. 12,1

⁸⁰ D. 12,1,13

⁸¹ SALAZAR REVUELTA. *El mutuo. Contratos Reales. Op.cit.* Disponible en <https://www-iustel-com.ponton.uva.es/v2/c.asp>(Base de conocimiento jurídico)

3.5. Senadoconsulto Macedoniano

Es necesario al estudiar el contrato de mutuo en Roma hacer una referencia a este senadoconsulto por la importancia que supuso para los contratos de mutuo realizados por los hijos sometidos a la potestad paterna.

3.5.1. Origen de su promulgación

Conviene comenzar este apartado haciendo una breve referencia al papel del *pater familias* en la sociedad romana primitiva, para entender algunos de los posibles motivos que darían lugar a la promulgación del senadoconsulto en torno a la era de Vespasiano, año 70 d.C, como supone la mayoría de la doctrina.

Durante la época arcaica la “*società romana è costruita intorno alla figura autoritaria ed autorevole del pater – dominus*”⁸², esto tiene su explicación en el hecho de que la sociedad romana primitiva, como he manifestado al inicio del trabajo, se asentaba sobre principios y valores más allá de lo jurídico, con un origen más cercano a lo moral y a lo religioso.

Por tanto, en una sociedad con apenas relaciones fuera del grupo familiar, no resulta sorpresa que en las pocas ocasiones en las que se llevaban a cabo relaciones comerciales fueran los *paterfamilias* los únicos con capacidad para realizar negocios jurídicos y con la disposición sobre los bienes de la familia pues era la figura de autoridad durante este período y la que representaba la máxima expresión de cumplimiento moral de sus obligaciones.

Sin embargo, al igual que la sociedad romana primitiva fue creciendo hacía una sociedad más abierta, donde los intercambios comerciales comenzaban a ser cada vez más habituales. Y los jóvenes *fili* había experimentaron un cambio en su situación con la introducción del *peculium castrense* que les dio la oportunidad de “*contrarre vincoli obligatori in proprio con danaro del peculium o iussu patris.*” Pues antes estaban desprovistos de toda capacidad de actuación y disposición.

⁸² BRAMANTE. *Op.cit.*, pp. 82

Partiendo de esta situación, el motivo que dio lugar al senadoconsulto no es algo totalmente claro actualmente, si atendemos a lo dicho en las fuentes jurídicas como Ulpiano (D. 14,6,1.) “*Verba senatus consulti Macedoniani haec sunt: "Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur incertis nominibus crederet: placere, ne cui, qui filio familias mutuum pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo faenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen exspectata patris morte fieri."*

Según Ulpiano, el episodio de la muerte de un *pater familias* a manos de su hijo Macedo para así heredar y poder hacer frente a los numerosos acreedores que había cosechado a través de la realización de préstamos por su cuenta, habría causado una preocupación por la libertad con la que los *fili* llevaban a cabo contratos de mutuo y que habría llevado al senado a tener que promulgar un senadoconsulto por el cual no se pudiera prestar a los *fili* ante el temor de que se repitieran escenas parecidas.

Esto se repetiría también en las Instituciones de Justiniano al hablar del senadoconsulto macedoniano (I.4,7,7): “*...quae ideo senatus prospexit, quia saepe onerati aere alieno creditarum pecuniarum, quas in iuxuariam consumebant, vitae parentum insidiabantur.*” Por tanto, estaríamos ante una primera causa que sería el proteger la vida del *pater familias*, impidiendo la posibilidad de que los *fili* familia pudiera tomar dinero prestado, y así evitar que ocurriera un episodio como el de Macedo y su padre.

Sin embargo, se han establecido otras posibles finalidades para la promulgación del senadoconsulto, por un lado, la preocupación no sería por la posibilidad de que ocurrieran más parricidios sino por lo que había ocasionado el reconocimiento del *peculium castrense*, ya que ponía en riesgo las bases de la sociedad romana, en concreto la figura del *pater familias*, por lo que el senadoconsulto tendría como objetivo “ preservar a la *patria potestas*, institución básica en el esquema del derecho privado romano, de la descomposición que estaba

sufriendo por causa del crecimiento del protagonismo de los hijos de familia en el mundo económico y de la descomposición moral de la sociedad.”⁸³

Finalmente, otros autores como recoge Gómez Buendía verían el senadoconsulto con otra finalidad “Kaser apunta la finalidad de este SC. sería la de sancionar a los prestamistas, y en una línea similar de los Mozos destaca el fin antisocial de los préstamos de dinero a los *filius familias*”⁸⁴ opinión, que Gómez Buendía apoyándose en las siguientes fuentes jurídicas:

(D. 14,6,9,4): “*Sed et ipse filius, et tamen non repetit, quia hi demum solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum actione liberantur, non quoniam exonerare eos lex voluit*”

(D. 12, 6, 40): “*veluti si filiusfamilias contra Macedonianum mutuam pecuniam acceperit, et paterfamilias factus solverit, non repetit*”

En ambos casos, no se permite al *fili* recuperar el dinero pagado, lo cual parece reformar la teoría de la finalidad sancionadora del senadoconsulto hacia los prestamistas que llevaban a cabo mutuos con los *filius familia*.⁸⁵

3.5.2. Régimen jurídico del Senadoconsulto Macedoniano

3.5.2.1. Ámbito de aplicación

Respecto al ámbito de aplicación hay dos requisitos que resultan clave, por un lado, respecto al elemento real, el senadoconsulto solo se aplicaría a los mutuos pecuniarios “*quod senatusconsultum Macedonianum prohibuit mutuas pecunias dari ils*”, siendo posible estos mutuos pecuniarios tanto sin interés como con interés como establece también Ulpiano (D. 14,6,7,9): “*sive autem sub usuris mutua data sunt, sive sine usuris, ad Senatusconsultum spectat*”.

⁸³GÓMEZ BUENDÍA, C. “*Exceptio utilis*” en *el procedimiento formulario del Derecho Romano. (Tesis doctoral). Tarragona: Universitat Rovira I Virgili., 2011, pp. 106. Disponible en: www.tesisenred.net. [Consulta 24 de agosto de 2020]*

⁸⁴ GÓMEZ BUENDÍA, *Op.cit.*, pp. 106

⁸⁵ GÓMEZ BUENDÍA. *Op.cit.* pp. 107

El jurista también hace referencia a los mutuos cuyo objeto son cosas fungibles estableciendo (D. 14,6,7,9): “*sed verba videntur mihi ad numeratam pecuniam referi, ait enim senatus: mutuam pecuniam dedisset*”, por ello se excluye del ámbito de aplicación a tales mutuos aunque hubieran sido hechos por un hijo bajo la patria potestad del *pater*.

En cuanto a los elementos personales para que el senadoconsulto resulte de aplicación debe ser el mutuuario el que sea un *filius familias* como establece el jurista Ulpiano (D.14,6,3): “*...qui mutuam pecuniam filiofamilias dedit...*”, y respecto al mutuante (D. 14,6,15) “*nihil interest, quis filiofamilias crediderit, utrum privatus, an civitas...*”

De esta forma vemos, que lo importante dentro de los elementos personales es que el *mutuo accipiens* sea un *filius* bajo la patria potestad del padre en el momento en que se produce el préstamo, en cuanto a las características de este *mutuo accipiens* hay que hacer una serie de apreciaciones que desarrollo la jurisprudencia de la norma senatorial.⁸⁶

- ❖ Primero, respecto a la consideración de *filius familias* no solo se entiende al hijo, sino que abarca a todos los descendientes que se encontraran bajo *la patria potestas* de un padre (D. 14,6,14): “*Filium habeo et ex eo nepotem, nepote meo creditum est iussu patris eius, quaesitum est, an contra Senatusconsultum fieret? Dixi etiamsi verbis Senatusconsulti filii continerentur, tamen et in persona neptis idem servari debere, iussum autem huius patris non efficere, quominus contra Santusconsultum ereditum existimaretur, quum ipse in ea causa esset, ut pecuniam mutuam invito patre suo accipere non possit*”

- ❖ En segundo lugar, no establece el Sc. nada acerca del sexo que debieran tener los *filius*, pero según el jurista Ulpiano (D.14,6,9,2) “*hoc Senatusconsultum ad filias quoque familiarum pertinet...*”, por tanto, afectaría a ambos sexos.

⁸⁶ SALAZAR REVUELTA. *El mutuo. Contratos Reales. Op.cit.* [en línea]. Disponible en: <https://www-iustel-com.ponton.uva.es/v2/c.asp> (Base de conocimiento jurídico)

- ❖ En tercer lugar, respecto a si el mutuatario fuera un *adrogatus*, puesto que se encuentra también bajo la patria potestad de un padre, podría aplicarse el Sc. (D.14,6,1,2): “*certe si arrogatus mutuam pecuniam accepit, deinde sit restitatus, ut emanciparetur Senatusconsultum locum habebit; fuit enim filius familias*”
- ❖ Por último, daría igual la condición que ostentará padre (D. 14,6,1,3): “*nam etiamsi Consul sit*”, se seguirá aplicando el Senadoconsulto macedoniano (D. 14,6,1,3): “*nisi forte castrense peculium habeat, tunc enim Senatusconsultum cessabit.*”

Por tanto, hay que tener en cuenta este supuesto donde no se produciría la aplicación del Sc. M derivado del privilegio que supone el poseer el *peculium castrense*, pues según recoge el jurista Ulpiano, este sería el límite ya que (D. 14, 6,2): “*usque ad quantitatem castrensis peculii, quum filii familias in castrensi peculio vice patrum familiarum fungantur*”, entiende que no actuarían como jóvenes, sino como padres de familia.

3.5.2.2. Acciones

El Sc. M “encontró su realización en el plano del *ius honorarium* a través de la intervención del pretor, mediante la *exceptio* o la *denegatio actionis*.”⁸⁷, estos serían los dos instrumentos procesales que otorgaba el Sc. M para aquellos supuestos en que se habían llevado a cabo préstamos bajo la *patria potestas*, y aunque ambos no conllevan la nulidad del préstamo hecho contra *senatum consultum*⁸⁸, tiene origen y consecuencias diferentes como veremos a continuación.

Por un lado, la *denegatio actionis* se trataría de una creación del Sc. M, por la cual ante *actio certae creditae pecuniae* del *mutuo dans*, al *mutuo accipiens* que es *filius familias* esta sería denegada “*nam si reciderit in potestatem, Senatusconsulto locus est, si minus, cessat; interim igitur deneganda est actio*”

⁸⁷ GÓMEZ BUENDÍA. *Op.cit.*, pp.108

⁸⁸ SALAZAR REVUELTA. *El mutuo. Contratos Reales. Op.cit.* [en línea]. Disponible en: <https://www-iustel-com.ponton.uva.es/v2/c.asp> (Base de conocimiento jurídico). Recoge la idea de que se trata de instrumentos procesales que actúan precisamente en el proceso y no en el derecho sustantivo, ya que el Senado no tiene autoridad para modificar el derecho sustantivo, en este caso el contrato de préstamo llevado a cabo por las partes sería un negocio válido para *ius civile* y no podrá anularlo el través del Senadoconsulto Macedoniano.

, pues la acción iría contra el Sc. M al tratarse de un hijo bajo la *patria potestas* del padre, y el magistrado ante la petición, debía aplicarlo si entendía que se cumplían los requisitos del Sc.M pues se trataba de algo que se encuentra ante su discrecionalidad.

Una vez ejercida la *denegatio actionis*, su consecuencia fue “la paralización del proceso impidiendo la *litis contestatio*”, lo que significaba que en ese momento el proceso no continuaba pero no se producía ningún otro efecto, permitiendo en el futuro al mutuante presentar ante otro magistrado o el mismo otra vez la *actio certae creditae pecuniae*.

Este instrumento podía ser utilizado como manifiesta Ulpiano ante el *mutuo dans* pero también (D. 14,6,7,6): “*sed et successoribus eius deneganda est actio.*” y (D. 14,6,9,3): “*non solum filiofamilias et patri eius succuritur verum fideiussori quoque, et mandatori eius*”, algo que v que también ocurre con la “*exceptio*” extendiendo el beneficio más allá del *fili familias*.

Por el contrario, , la “*exceptio*” no aparece en el Sc. M sino que “habría sido construida por el pretor y la jurisprudencia sobre la base de la prohibición del SC.”⁸⁹ En la jurisprudencia podemos ver como los juristas hacen referencia a esta posibilidad (D. 12,6,40):

“Qui exceptionem perpetuam habet solutum per errorem repetere potest. Sed hoc non est perpetuum; nam si quidem eius causa exceptio datur, cum quo agitur, solutum repetere potest, ut accidit in Senatusconsulto de intercessionibus; ubi vero in odium eius, cui debetur, exceptio datur, perperam solutum non repetitur, veluti si filiofamilias contra Macedonianum mutuam pecuniam acceperit, et paterfamilias factus solverit, non repetit”

De este texto podemos extraer el carácter perpetuo que posee la *exceptio* de la que disponen los *fili familias* que les permitiría tanto a él como a sus herederos, aunque hubiera fallecido el padre de familia o hubiera fallecido el mismo hijo que llevo a cabo el mutuo como establece Ulpiano (D. 14,6,7,10): “*quamquam autem non declaret Senatus. Cui exceptionem det, tamen*

⁸⁹ GÓMEZ BUENDÍA. *Op.cit.*, pp. 109

sciendum est, et heredem filii, si paterfamilias decesserit, et patrem eius, si filiusfamilias decesserit, exceptione uti posee.” Sin un límite de tiempo.

Respecto a su utilización, según Gómez Buendía posiblemente “debía ser solicitada por el demandado y cuya prueba incumbía a este”, una prueba que consistiría en demostrar que en el momento en que se produjo el préstamo, el mismo se encontraba bajo un *paterfamilias*.⁹⁰

Además, a diferencia de lo que ocurría con la *denegatio actionis*, el utilizar la *exceptio* proporcionaba más seguridad y sensación de finalidad pues impedía que se pudiera volver a presentar el mismo caso ante un magistrado.

3.5.2.3. *Supuestos de inaplicación del Senadoconsulto Macedoniano*

Para acabar con el Sc.M conviene hacer una serie de referencias a una serie de supuestos de inaplicación del que hemos conocido gracias a la jurisprudencia clásica tanto la contenida en el Digesto como en el Codex como veré a continuación.

El Sc. M tuvo una gran aplicación durante las épocas clásica y postclásica, como puede verse de la gran cantidad de jurisprudencia al respecto que se conoce, sin embargo, a lo largo del tiempo fue cayendo en desuso y apenas se produce su aplicación.

Por un lado, nos encontraríamos con los supuestos de inaplicación planteados por la juristas comprendidos en el Digesto. Dentro de los supuestos podemos hacer diferenciación entre los supuestos donde de alguna forma interviene el *pater*, bien para dar su consentimiento o por que el préstamo le afecte de alguna forma:

- ❖ Por ello, nos encontramos con casos en que el préstamo sea en beneficio del padre (D. 14,6,12) : “*poinde si acceperit pecuniam, et in rem patris vertit, cessat Senatusconsultum, patri enim, non sibi accipit. Sed et si ab initio non sic accepit, verum postea in rem patris vertit, cessare Senatusconsultum, ...*”

⁹⁰ GÓMEZ BUENDÍA. *Op.cit.*, pp. 121.

❖ O sea cumpliendo una obligación que le corresponde al pater (D.14,6,17):
“Filiusfamilias si in id acceperit mutuam pecuniam, ut eam pro sorore sua in dotem daret, pater eius de in rem verso actione tenebitur: ipsi enim mortua in matrimonio puella repetitio dotis datur”

❖ Por otro lado, si el padre da el consentimiento no se podrá utilizar ninguno de los instrumentos procesales como recogen los juristas (D. 14,6,15):

“hoc amplius cessabit senatusconsultum, si pater solvere coepit, quod filiusfamilias mutuum sumserit, quasi ratum habuerit” Haciendo referencia al caso en que el hijo pida un préstamo por necesidad propia, y luego el padre de su consentimiento pagando la deuda.

Por último, recoge el jurista Ulpiano el caso del viaje de estudios donde el hijo puede que pidiera una cantidad en préstamo para hacer frente a sus gastos, en ese caso (D. 14, 6, 13): *“cessare Senatusconsultum, ita locum habet, si probabilem modum in mutua non excessit, certe, eam quantitatem, quam pater solebat subministrare.”*

Dentro del Codex, algunos de los supuestos de inaplicación del Sc. M que nos podemos encontrar serían los siguientes:

❖ Un de ellos sería el recogido en una constitución de los emperadores Severo y Antonino, donde se repetiría el motivo donde el *pater* diera su consentimiento como el texto de Ulpiano (D. 14,6,15) o en el caso del pago de una obligación relativa al pater (D. 14, 6, 17), ya que con el consentimiento, el Sc. M no actuaría como ya he visto anteriormente:

(C. 4,28,2): *“Zenodorus si, quum sui iuris esse publice videretur aut patris voluntate contraxit, aut in eam rem pecuniam accepit, quae patris oneribus incumberet, vel suae potestatis constitutus novatione facta fidem summa obligavit, vel alias agnovit debitum, non esse locum decreto amplissimi ordinis, rationis est.”*

- ❖ Otro de ellos lo encontraríamos en la constitución de Alejandro Severo, donde el motivo es el viaje de estudios del filii, pero es interesante pues en este caso se entendería que no procedería el Sc. M por un tácito consentimiento paterno(C. 4,28,5): “*Macedoniani Senatusconsulti auctoritas petitionem eius pecuniae non impedit, quae filiofamilias, studiorum vel legationis causa alibi degenti, ad necessarios sumtus, quos patris pietas non recusaret, credita est...*”

Estos serían solo algunos de los supuestos de inaplicación que dio lugar el Sc. M, que muestran la importancia que tuvo para la sociedad este Senadoconsulto en relación con el ámbito de los préstamos, y al contrato de mutuo en particular.

4. RÉGIMEN ACTUAL DEL CONTRATO DE MUTUO

4.1. Concepto y caracteres en el derecho español

Para conocer el régimen actual del contrato de mutuo, debemos acudir en primer lugar, al Código civil, pues su título X denominado “*Del préstamo*” es el encargado de sentar las bases de esta figura jurídica, siendo el primer artículo del título, el artículo 1.740 el encargado de establecer los dos tipos de contrato de préstamo que tenemos en la actualidad:

“Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de volver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo.

El comodato es esencialmente gratuito. El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés”

De este artículo se extraen los dos tipos de préstamos que actualmente distingue el ordenamiento jurídico español, por un lado, el préstamo de uso o comodato y el préstamo de consumo, o mutuo al que otorga el nombre de préstamo simplemente.

Junto con el artículo 1.753 del CC⁹¹ que inicia la escasa regulación que el Código Civil realiza del préstamo, podríamos fijar el concepto que posee actualmente el mutuo, que de ahora en adelante me referiré a él como préstamo.

Se trataría de un contrato por el que una de las partes, el prestamista, entrega a la otra parte, el prestatario, dinero u otra cosa fungible, adquiriendo su propiedad, con la condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad. El código civil, también establece el carácter gratuito del contrato, pero al establecer la posibilidad de que las partes lleven a cabo un “pacto de pagar interés”, deja la puerta abierta a la onerosidad del préstamo.

En primer lugar, el Código Civil dice en el artículo 1.740 CC “por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra...”, por tanto, el ordenamiento jurídico español le atribuye carácter real al contrato tanto de préstamo como al comodato, pues del artículo se deduce que el contrato ocurre porque se produce la entrega de la cosa, que como establece Ossorio Serrano sería lo que ocurre en un contrato real “aquellos para cuya perfección además del consentimiento, que es esencial a todo contrato, es necesaria la entrega de una cosa por uno de los contratantes al otro...”⁹²

Además, esta entrega hace que “el que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad”, por tanto, es un contrato traslativo de dominio, pues lo que luego devolverá el prestatario no será sino “otro tanto de la misma especie y calidad”, de lo que se extrae el carácter unilateral que posee el préstamo ya que solo produce obligaciones a cargo de una de las partes, en este caso del prestatario.

Respecto a la obligación del prestatario, el artículo 1.754 del CC diferencia entre la obligación si el objeto es dinero “se regirá por lo dispuesto en el artículo 1.170 del CC”, si acudimos al artículo 1.170 nos encontramos que “el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada”, por tanto, se deja libertad a las partes para que establecer la

⁹¹Artículo 1.753 del CC: “El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad.”

⁹² OSSORIO SERRANO, J.M.. *Curso de Derecho civil II. Contratos de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*. Valencia: Tirant lo blanch, 2018, pp. 134.

especie que ellos mismos deseen. Además, este artículo 1.170 del CC establece una regla subsidiaria para el caso en que no sea posible devolver la misma especie, estableciendo que será “en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España.”

En cuanto a la obligación si el objeto es una cosa fungible distinta del dinero, el artículo 1.754 del CC dice: “el deudor debe una cantidad igual a la recibida y de la misma especie y calidad, aunque sufra alteración en su precio.”, por tanto, recalca en ambos casos la obligación de que sea *tandundem eiu ndem generis et qualitatis*.

Por último, el Código Civil le otorga un carácter gratuito, aunque ya el artículo 1.740 del CC contempla la posibilidad de pactar intereses, algo que después apoya el artículo 1.755 al establecer que “no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactado”, sobre el tema de los intereses hablaré más adelante.

Sin embargo, aunque estos son los caracteres que se deducen de lo dispuesto en el Código Civil, hay una parte de la doctrina que defiende la idea de que el contrato de préstamo o mutuo sea concebido con carácter consensual.⁹³ otorgarle el carácter consensual al préstamo produce la modificación de su carácter unilateral, y por ende de las obligaciones que surgen a raíz del contrato, pues pasaría a ser de carácter bilateral.⁹⁴

La jurisprudencia se ha manifestado en numerosas ocasiones en cuanto a la naturaleza jurídica del préstamo defendiendo el carácter real del préstamo:

⁹³ GONZALEZ PORRAS, JM. *Curso de Derecho civil II. Contratos de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*. Valencia: Editorial Tirant lo blanch, 2018, pp. 352: “Aunque el tipo legal que recorta el C.c es solo el de mutuo como contrato real, tal cosa no dificulta que se pueda constituir un contrato de mutuo consensual...” BLASCO GASCÓ, F. DE P. *Instituciones de Derecho Civil Contrato en particular. Cuasi contratos. Derecho de daños*. Valencia: Editorial Tirant lo blanch, 2016, pp. 298. “La definición normativa no recoge sino la hipótesis normal: nada se opone a que las partes se obliguen, una entregar una determinada cantidad de dinero y, la otra, a devolver otro tanto, en el tiempo y forma estipulados, previa la recepción de dicha cantidad. En este caso, el contrato de préstamo mutuo es consensual: queda perfecto por el consentimiento de las partes, sin que sea necesaria la entrega de la cosa fungible...”

⁹⁴ GONZALEZ PORRAS. *Op.cit.*, pp. 352 y ss.

“ El contrato de préstamo o mutuo con o sin intereses es un contrato real, en cuanto sus efectos propios no surgen hasta que se realiza la entrega de la cosa, o sea que además del consentimiento precisan la entrega de la cosa por una de las partes a la otra y tal entrega implica un elemento esencial que sólo se da en algunos grupos de contratos. Además, es un contrato unilateral en cuanto sólo produce obligaciones para una de las partes, el mutuuario o prestatario. El pago de intereses no altera tal carácter, pues hace nacer una segunda obligación a cargo del mutuuario pero no dan al prestamista la posición de obligado.”⁹⁵

“El pacto de préstamo alcanza su perfección contractual por la entrega y transmisión de las cosas prestadas, generando el contenido obligacional esencial, de índole unilateral, a cargo del prestatario, en cuanto queda sujeto a devolver lo recibido, obligación que surge desde el momento de la perfección del contrato...”⁹⁶

En concreto, la sentencia del Tribunal supremo de Mayo de 2001, indica que a pesar de que la doctrina tanto francesa como parte de la italiana han admitido la bilateralidad del préstamo con interés, la jurisprudencia española no ha permitido la aplicación del artículo 1124 del CC pues el préstamo “es un contrato unilateral – sentencia de 22 de diciembre de 1997...que exige para su perfección la entrega de la cosa – sentencias de 4 de mayo de 1943, 28 de Marzo de 1983 y 7 de octubre de 1994, al punto que si no se entregó la cosa o el dinero, no existe contrato de préstamo -sentencia de 27 de octubre de 1994- y así surgido el contrato con la entrega, no produce obligaciones más que para el prestatario por tratarse de un contrato real -sentencia de 22 de diciembre de 1997.”⁹⁷

Como se deduce de la lectura de esta sentencia, la jurisprudencia ha dejado en numerosas sentencias la idea de que la naturaleza jurídica del contrato de mutuo es real, a pesar de ello se pueden encontrar otra serie de sentencias donde se recoge la posibilidad de que el contrato de préstamo sea real o consensual:

⁹⁵ STS 22 de mayo de 2001.

⁹⁶ STS de 6 de marzo de 1999

⁹⁷ STS de 22 de mayo de 2001

Así lo vemos en la STS de 22 de diciembre de 1997 que establece que , “el recurso exige recordar que en nuestro derecho, el préstamo puede ser consensual o real, según los casos, y que el de autos tiene este carácter puesto que se perfeccionó con la entrega del dinero. Surgido el contrato con la entrega, éste no produce obligaciones más que para el prestatario y en consecuencia, es contrato unilateral y por ello, mal puede aplicarse el artículo 1124 del Código Civil, que tiene como ámbito el de las obligaciones recíprocas.”⁹⁸

Si leemos esto podemos ver que para el Tribunal Supremo en esta sentencia podría tener carácter consensual el préstamo, algo que como nos dice González Porrás ocurre pues “nada impide calificar como mutuo el pacto por el que las partes acuerdan que una entregará a la otra en préstamo una determinada cantidad, lo que sucede es que la fase anterior a esa entrega carece de regulación legal específica, contemplando el C.c sólo las obligaciones del mutuuario a partir de ese momento...”⁹⁹

Para Blasco “la configuración del mutuo como contrato consensual es, en la actualidad, una exigencia del sistema económico”, pues “protege no solo el interés del prestamista o mutuante (a la de devolución de la cantidad dineraria) sino también el del prestatario o mutuuario a recibir dicha cantidad y aumentar así su disponibilidad económica”¹⁰⁰, mientras que Albadalejo en un comentario a la sentencia del TS del 12 de Julio de 1996 establece que la “aceptación por autores del mutuo consensual como del precontrato consensual del mutuo real...” sería la “admisión de que en nuestro Derecho el mutuo no es esencialmente real,” ya que “un contrato sólo es esencialmente real cuando lo pide la naturaleza de la cosa o lo impone así la ley”¹⁰¹, situaciones que no se dan en nuestro contrato de mutuo.

⁹⁸ STS de 22 de diciembre de 1997

⁹⁹ GONZALEZ PORRAS. *Op.cit*, pp. 352 y ss.

¹⁰⁰ BLASCO GASCÓ. *Op.cit*, pp. 298 y ss.

¹⁰¹ ALBADALEJO GARCÍA, M. La naturaleza real o no del contrato de préstamo: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 12 de julio de 1996. *Revista de Derecho Privado*, Madrid: Editorial de Derecho Reunidas, S.A., N°81, 1997, pp. 569.

Así pues, si se acepta el carácter consensual del contrato de préstamo, tendríamos que replantear el carácter unilateral que presenta el préstamo pues, surgirían obligaciones para ambas partes, y el préstamo sería de carácter bilateral.

Por un lado, el prestamista quedaría obligado a entregar el dinero o la cosa fungible acordada, mientras que el prestatario mantendría la obligación de devolver la misma cantidad de dinero o la cosa fungible con igual cantidad y calidad, junto con los intereses si se hubieran acordado.

Por último, aunque como bien he dicho el Código civil regula el contrato de préstamo, actualmente en nuestro ordenamiento existen diferentes modalidades que puede adoptar el préstamo, una de las más importantes es el contrato de préstamo mercantil, cuya regulación la realiza el Código de comercio en el *Título V: De los préstamos mercantiles, Sección primera: del préstamo mercantil*.

Desde el artículo 311 hasta el 324 podemos encontrar en el Cco., los artículos relativos a este tipo de préstamo, marcando el artículo 311 los supuestos donde el préstamo adquiere el carácter mercantil:

“1.ª Si alguno de los contratantes fuere comerciante.

2.ª Si las cosas prestadas se destinaren a actos de comercio.”

Sin embargo, la cuestión acerca del carácter mercantil de un préstamo no es una cuestión totalmente resuelta por los artículos que el Cco., dedica al préstamo mercantil, lo que provoca que no exista un criterio legal único que permita establecer la naturaleza mercantil de un contrato, ya que la doctrina no ha conseguido ponerse de acuerdo con la jurisprudencia para paliar esta laguna jurídica como recoge Estévez Torres, J.J., a pesar de ello sería una cuestión con escasa relevancia judicial y práctica que afectaría sobre todo a pólizas de préstamo, de leasing... que al final poco importa su naturaleza civil o mercantil para sus consecuencias judiciales y trámites procesales.¹⁰²

¹⁰² ESTÉVEZ TORRES, J.J. *El contrato de préstamo bancario celebrado con consumidores y usuarios*. (Tesis). Córdoba: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2015., pp. 122 y ss.

Además, del sometimiento de los préstamos a estos dos códigos en función de su naturaleza civil y mercantil, habría que añadir el sometimiento a la Compilación foral de Navarra a la que se someterían algunos préstamos.

Por último, la figura del se engloba dentro de los contratos de crédito que realizan habitualmente entidades bancarias y de crédito, ámbito con una amplia regulación la cual afectará al contrato de préstamo que se verá afectado por leyes especiales como la Ley 16/2011 de créditos al consumo¹⁰³, la Ley 2/2009, sobre la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito y la ley de ventas a plazos de bienes muebles

¹⁰⁴

Por el análisis tan amplio que habría que realizar al analizar los préstamos especiales a los que dan lugar las leyes que regulan préstamos vinculados al ámbito financiero y crediticio, el trabajo se centrará en los aspectos que tanto el Código civil como el Código mercantil le otorgan al contrato de préstamo.

4.2. Elementos

4.2.1. Personales

Los elementos personales son, prestamista (o mutuante) como la parte que lleva a cabo la entrega de una cantidad de dinero u otra cosa fungible, al prestatario (o mutuuario) que será la otra parte de la contrato, al recibirla como ya he dicho anteriormente, adquiere la propiedad y deberá restituir un bien de igual cantidad y calidad, ya que al ser bienes fungibles se consumen, y no podrá devolverse el mismo bien que le fue entregado.¹⁰⁵

¹⁰³ Art. 1.1 LCCC: Por el contrato de crédito al consumo un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación.

¹⁰⁴ BERROCAL LANZAROT, A.I. La usura y su aplicación al simple préstamo o mutuo. (REDS). Madrid, Madrid: Editorial Dykinson, N° 8, 2016, pp. 218. [en línea] Disponible: <https://dialnet-unirioja-es>. [Consulta 27 agosto 2020]

¹⁰⁵ DE VERDA Y BEAMONETE, J.R. CHAPARRO MATAMOROS, P. *Derecho Civil II (obligaciones y contratos)*. Valencia: Tirant lo blanch, 2019, pp. 453

Desde el punto de vista del prestamista debe tener plena capacidad para contratar y facultad de disposición sobre la cosa objeto de préstamo pues el mutuo produce la transmisión de la propiedad, en caso de no estar en disposición del bien objeto del préstamo como marca el artículo 1.160 del CC “en las obligaciones de dar no será válido el pago por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla”.¹⁰⁶

Y en cuanto al prestatario o mutuuario, debe tener capacidad plena de obrar que es la que se requiere para recibir el objeto del préstamo. Por ello, ante los supuestos de un menor, cuando el menor es emancipado (art. 323 CC): “hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo...sin el consentimiento de sus padres, y a falta de ambos, sin el de su curador.”

En el caso de que el menor se encuentre bajo tutela, el tutor necesitará autorización judicial (art. 271.8 CC): “para dar y tomar dinero a préstamo”.

4.2.2. Reales

En cuanto a los elementos reales, ante lo dispuesto en los artículos 1.740 y 1.753 del Código Civil, el objeto de préstamo puede ser tanto dinero como otra cosa fungible.

El Cco., a través del artículo 312 recoge la posibilidad de realizar el “préstamo en dinero...”, el “préstamos en especie” o “préstamo de títulos o valores...”, respecto al préstamo de título valores recoge González Porrás que “la doctrina ha puesto de manifiesto que estamos ante un problema de interpretación determinar si el objeto de mutuo es la cantidad de dinero que aquellos representan o el número igual de valores de la misma clase.”¹⁰⁷.

Por lo que establece el Cco., en el artículo 312: “en los préstamos de títulos o valores pagará el deudor devolviendo otros tantos de la misma clase e idénticas condiciones, o sus equivalentes si aquéllos se hubiesen extinguido, salvo pacto en contrario.”, si lo que se

¹⁰⁶ BLASCO GASCÓ. *Op.cit.*, pp. 300

¹⁰⁷ GONZALEZ PORRAS. *Op.cit.*, pp. 355.

devuelve es otros tanto de igual clase y condiciones podemos suponer que los títulos valores podrán ser el objeto del préstamo.

4.2.3. Formales

Al contrato de préstamo se le aplica el principio de libertad de forma del artículo 1.278 del CC “Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez”.

Sin embargo, según el artículo 1280 del CC: “También deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas”, que en la actualidad equivaldría a unos 9 euros por lo que se puede deducir que la mayoría de los contratos de préstamo serán por escrito pues seguramente superarán dicha cantidad.

En cuanto a los préstamos especiales habría que atender a lo especificado en cada uno de ellos, por ejemplo, en el caso del préstamo con garantía hipotecaria requiere escritura pública para su validez siendo de aplicación el artículo 1.279 del CC¹⁰⁸ y el artículo 1.280 del CC.

Finalmente, se deja a las partes con la libertad para establecer el plazo que durara el contrato de préstamo, sin embargo, si no hay un plazo establecido como el Código Civil no regula la duración que debe tener el préstamo, al ser un contrato a plazo se le aplicará con carácter subsidiario el artículo 1.128 del CC:

“Si la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquél. También fijarán los Tribunales la duración del plazo cuando éste haya quedado a voluntad del deudor.”

¹⁰⁸ Art. 1.279 del CC: “Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez”

Ahora bien, habrá que diferenciar si el préstamo es oneroso o gratuito pues al fijar los tribunales el plazo, si el préstamo conlleva intereses, debe ser un plazo que beneficie a las dos partes, y se permite al prestamista rechazar la devolución anticipada pues supone un perjuicio, ya que conllevaría una menor cantidad de intereses.

Mientras que si el préstamo es gratuito, el plazo según De Verda y Beamonete y Chaparro “se considera en beneficio del prestatario, lo que implica que no debe haber inconveniente en que este pague de manera anticipada”¹⁰⁹ pues en este caso dará igual cuando se produzca la devolución ya que el prestamista recibirá la misma cantidad siempre.

4.3. Extinción del contrato de préstamo

Considerando al préstamo como un contrato de carácter real, que provoca el surgimiento única obligación a cargo del prestatario como es la devolución objeto de préstamo y los intereses si se hubieran acordado, la extinción del contrato se produce en el momento en el cual se produzca dicha devolución, momento que puede haber sido pactado por las partes o según lo dispuesto en el artículo 1.128 del CC¹¹⁰ al que los tribunales hubieran pactado.

Al tratarse de una obligación se debe atender a lo dispuesto en el artículo 1.156 del CC que regula con carácter general la extinción de las obligaciones, “las obligaciones se extinguen:

- Por el pago o cumplimiento
- Por la pérdida de la cosa debida
- Por la condonación de la deuda
- Por la confusión de los derechos de acreedor y de deudor
- Por la compensación

¹⁰⁹ DE VERDA Y BEAMONETE. CHAPARRO MATAMOROS. *Op. cit.*, pp. 455.

¹¹⁰ Art. 1.128 CC: Si la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquél. También fijarán los Tribunales la duración del plazo cuando éste haya quedado a voluntad del deudor.

- Por la novación.”

Todos estos supuestos serían de aplicación al contrato de préstamo, salvo el supuesto de pérdida de la cosa debida, pues al tratarse de una obligación de devolver “otro tanto de la misma especie y calidad”, carece de sentido su aplicación pues el prestatario siempre podrá estar en disposición de restituir el objeto de préstamo más los intereses si los hubiera al prestamista.¹¹¹

En cuanto al incumplimiento de la obligación, el prestamista tiene la acción para reclamar la cantidad que no le ha sido devuelta, atendiendo al artículo 1.113 del CC “ será exigible desde luego toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado, que los interesados ignoren”, por lo que el prestamista podrá reclamar la cantidad no restituida por el prestatario. El código civil no especifica ningún plazo particular por lo que habrá que remitirse al artículo 1964 del CC¹¹² que establece un plazo de cinco años para las acciones personales. Puesto que el prestamista no puede hacer uso de la reivindicatio al ser el préstamo un contrato traslativo de dominio.

Sin embargo, el Código Mercantil establece en el artículo 313 del Cco. la siguiente regla: “En los préstamos por tiempo indeterminado o sin plazo marcado de vencimiento, no podrá exigirse al deudor el pago sino pasados treinta días, a contar desde la fecha del requerimiento notarial que se le hubiere hecho. ” por lo tanto, en los préstamos mercantiles será necesario que se produzca el requerimiento notarial para poder exigir el cumplimiento de la obligación si no se ha acordado un plazo para la devolución.

Ahora bien, en el caso de incumplimiento de la obligación del prestatario, se produce una escisión entre el contrato de préstamo gratuito y el contrato de préstamo oneroso, ya que como recoge Fernández Costales, “en el contrato de préstamo con interés es posible

¹¹¹ DE VERDA Y BEAMONETE. CHAPARRO MATAMOROS. *Op. cit.*, pp. 459.

¹¹² Art. 1964.2 del CC: “2. Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación”

pactar la resolución para el supuesto de incumplimiento de la obligación del prestatario”¹¹³, por tanto, las partes pueden introducir la cláusula en el contrato.

Sin embargo, existe en la doctrina y la jurisprudencia un debate en relación con la aplicación artículo 1.124 del CC a los préstamos con intereses ya que el artículo establece: “la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. ”.

Ya he hablado en el epígrafe 4.1 sobre el carácter real o consensual del préstamo, por lo que si se aceptara el préstamo como contrato consensual, al provocar obligaciones en ambas partes, y mientras el prestamista “asume el compromiso de entregar dinero”, y cumple su obligación si el prestatario “asume el compromiso de pagar intereses”¹¹⁴ y no cumple con su obligación, podría resultar de aplicación el artículo 1.124 del CC y darse la resolución del contrato.

Ante esto como recoge Fernández¹¹⁵ se ha manifestado la jurisprudencia en STS como la de 10 de Julio de 1990 que establece que “no puede ser de aplicación la doctrina jurisprudencial relativa al citado art. 1.124 del CC por dos grupos de razones: la primera, de tipo doctrinal, al estar referido dicho precepto a las obligaciones recíprocas y ser el préstamo un contrato unilateral, según la unanimidad de autores...”¹¹⁶, sin embargo, no puede olvidarse que la jurisprudencia en otras sentencias como la de STS del 22 de diciembre de 1997, se plantea la posibilidad de que el préstamo pueda ser de carácter consensual al igual juristas como Albadalejo o Blasco Gascó.¹¹⁷

¹¹³FERNÁNDEZ COSTALES, J. *El contrato de préstamo*. Disponible en: <https://www-iustel-com.ponton.uva.es/v2/c.asp> (Base de conocimiento jurídico) [Consulta 20 agosto 2020]

¹¹⁴ Revista de Derecho del Mercado Financiero. *De la aplicación del art. 1.124 CC al contrato de préstamo*. [en línea]. Disponible en: <http://www.rdmf.es/>

¹¹⁵ FERNÁNDEZ COSTALES. *Op.cit.* Disponible en: <https://www-iustel-com.ponton.uva.es/v2/c.asp> (Base de conocimiento jurídico)

¹¹⁶ STS de 10 de Julio de 1990.

¹¹⁷ ALBADALEJO. *Op.cit.*, pp. 569 y ss. BLASCO GASCÓ. *Op.cit.* pp. 298

4.4. El contrato de préstamo con pacto de intereses en el Derecho Español

Tanto el Código Civil en los artículos 1.740 y 1.755 como el Código Mercantil en los artículos 314 y 315¹¹⁸ admiten la posibilidad de realizar un contrato de préstamo con intereses. Si bien para el préstamo civil deberán ser “expresamente pactados” y en el caso del préstamo mercantil “no devengarán interés si no se hubieran pactado por escrito.”

Además, el Código Civil deja claro en el artículo 1.756 que “ el prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados no puede reclamarlos ni imputarlos al capital.” Para Echevarría esto se entendería porque que “quien paga intereses es porque implícitamente está reconociendo la existencia de un pacto de pagarlos, el cual, por lo tanto, no ha de ser expreso.”¹¹⁹

Sin embargo, es necesario definir el concepto de intereses, el jurista Blasco Gascó hace una definición con un gran contenido económico pues establece que “son el precio por la disponibilidad del dinero prestado, por lo que su cuantía está en función de la cantidad prestada y del tiempo en que se tarde en devolverla”, y el jurista Fernández Costales partiendo de un punto económico lo une con el derecho pues para él, “el interés puede conceptuarse como un rendimiento de una obligación de capital o pecuniaria, siendo considerado por nuestro Código Civil como un fruto civil”¹²⁰, opinión que secunda Berrocal Lanzarot ya que “aunque no figuren expresamente recogidos los intereses en la enumeración que de los frutos hace el artículo 355 del Código Civil, estos tienen la consideración de frutos civiles del crédito que los produce”¹²¹.

Así pues, podríamos decir que en los préstamos con pacto de intereses surgen dos obligaciones a cargo del prestatario, la obligación de restituir la cantidad de dinero o de otra cosa fungible dada en préstamo, que podemos entender como obligación principal y la

¹¹⁸ Art. 314 del Cco. “Los préstamos no devengarán interés si no se hubiere pactado por escrito.” Y Art. 315 del Cco. “Podrá pactarse el interés del préstamo, sin tasa ni limitación de ninguna especie. Se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor.”

¹¹⁹ ECHEVERRÍA SUMMERS, F.M. *Comentarios al Código Civil. Tomo VIII. (art.1485 a 1759)*. Valencia: Tirant lo blanch, 2013, pp. 11997

¹²⁰ FERNÁNDEZ COSTALES. *Op.cit.* Disponible en: <https://www-iustel-com.ponton.uva.es/v2/c.asp> (Base de conocimiento jurídico)

¹²¹ BERROCAL LANZAROT. *Op.cit.*, pp. 227

obligación de carácter accesorio en que consistiría la entrega de los intereses que se hubieran estipulado.

En nuestro ordenamiento jurídico se admiten tres tipos de intereses: remuneratorios, moratorios y procesales.

- ❖ En primer lugar, los intereses remuneratorios o compensatorios son de carácter convencional o voluntario, pues son las propias partes quienes los originan a través de un pacto, fijando su cuantía dentro de los límites que establecen las leyes. Las partes los pactan con el objetivo de “evitar la pérdida de valor del importe prestado como consecuencia del transcurso del tiempo previsto para su restitución.” , permitiendo, por tanto, retribuir el dinero prestado. ¹²².

- ❖ En segundo lugar, los intereses moratorios son los pactados para los supuestos en que el prestatario no lleve a cabo su obligación de devolución del objeto de préstamo o en el caso de lo que haga con posterioridad a la fecha en que se acordó su devolución. Su objetivo, es doble, por un lado evitar que se produzca esas dos situaciones (tanto el incumplimiento como el retraso) pero en el caso de que se produzca, poder compensar el daño que se haya producido en el prestamista. ¹²³

Para que comiencen a producirse estos intereses, como recoge Echeverría “requiere la previa reclamación del acreedor, por lo que, si ésta se realiza judicialmente, se originara desde el momento de la interposición de la demanda, pidiéndose el pago de lo debido, a partir de lo cual se devengarán intereses moratorios.” ¹²⁴, la reclamación puede llevarse a cabo también de forma extrajudicial.

Las partes pueden pactar su cuantía, sin embargo, si no estuvieran pactados actuaría el artículo 1.108 del CC con carácter subsidiario “Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de

¹²²BERROCAL LANZAROT. *Op.cit.*, pp. 228; BLASCO GASCÓ. *Op.cit.*, pp. 302

¹²³BLASCO GASCÓ. *Op.cit.*, pp. 303

¹²⁴ ECHEVERRÍA SUMMERS. *Op. cit.*, pp. 12000.

daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal. ”

- ❖ Y en tercer lugar, los intereses procesales o de demora procesal que encontramos en el artículo 576 LEC¹²⁵, “cuya finalidad es la de fomentar el cumplimiento por parte del deudor, de las sentencias de condena al pago de una suma de dinero, disuadiéndole de presentar recurso con el único objetivo de retardar la ejecución del fallo condenatorio”.¹²⁶ Son a diferencia de los intereses remuneratorios y moratorios aplicados de “oficio”, pues surgen como establece el artículo 576.1 de la LEC “desde que fuera dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinada en favor del acreedor.”

El Código Civil admite en el artículo 1109.1¹²⁷ la posibilidad de que se produzca el fenómeno conocido como anatocismo que Llamas Pombo define como “interés compuesto, en el que los intereses vencidos se capitalizan y devengan, a su vez nuevos intereses,”¹²⁸ este anatocismo puede ser legal como refleja el artículo 1.109. 1 “los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados”, y como recoge Llamas Pombo el final del artículo “aunque la obligación haya guardado silencio sobre ese punto, ” se entendería como una aceptación implícita por parte del Código Civil a que sean las partes quien pacten el anatocismo, dando lugar al anatocismo convencional.¹²⁹

¹²⁵ Art. 576 LEC: 1. Desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley.

2. En los casos de revocación parcial, el tribunal resolverá sobre los intereses de demora procesal conforme a su prudente arbitrio, razonándolo al efecto.

3. Lo establecido en los anteriores apartados se aplicará a todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional, los laudos arbitrales y los acuerdos de mediación que impongan el pago de cantidad líquida, salvo las especialidades legalmente previstas para las Haciendas Públicas.

¹²⁶ BERROCAL LANZAROT. *Op.cit.*, pp. 231.

¹²⁷Art. 1.109 CC: “Los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto.”

¹²⁸ LLAMAS POMBO, E. *La prestación (III)*. Disponible en: www.iustel.com (Base de conocimiento jurídico) [Consulta 1 de septiembre 2020]

¹²⁹ LLAMAS POMBO. *Op.cit.* Disponible en: <https://www-iustel-com.ponton.uva.es/v2/c.asp> (Base de conocimiento jurídico): Establece que la jurisprudencia también se ha manifestado al respecto en especial cabe destacar la STS del 25 de mayo de 1945 que dice: “ El artículo 1109 no prohíbe el pacto sobre capitalización de intereses a efectos de que también los devenguen desde la

Echeverría también admite la posibilidad de que el artículo recoja ese supuesto entendiendo que se “produce cuando la partes pactan que la capitalización de los intereses se produzca, no desde el momento en que estos judicialmente reclamados (como prevé la norma), sino desde el momento en que resultaron impagados...”¹³⁰

A diferencia de lo que ocurre con el préstamo civil con el anatocismo, el Código Mercantil es claro al respecto pues permite el anatocismo convencional (art. 317 Cco.): “Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, como aumento de capital devengarán nuevos réditos”, pero deja fuera al anatocismo legal (art. 319 Cco.): “Interpuesta una demanda, no podrá hacerse la acumulación de interés al capital para exigir mayores réditos.”

Respecto al pago de los intereses, tienen las partes la posibilidad de elegir el momento en que se produzca, sin embargo, si no pactan el pago se produciría cuando estos se devenguen, teniendo el acreedor un plazo de cinco años para poder reclamar el pago de intereses pues la jurisprudencia se ha inclinado por aplicar el artículo 1966. 3 del CC “Por el transcurso de cinco años prescriben las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones siguientes: 3. La de cualesquiera otros pagos que deben hacerse por años o en plazos más breves.”¹³¹

A pesar de que el artículo 315 del Código de Comercio establece que “podrá pactarse el interés del préstamo, sin tasa ni limitación de ninguna especie.”, el ordenamiento jurídico español si ha puesto en funcionamiento diferentes instrumentos para controlar la usura cuando se pactan intereses.

Uno de los instrumentos principales es la Ley de la Usura de 23 de julio de 1908, conocida como Ley Azcárate, cuyo ámbito de aplicación será (art. 4 LU): “toda operación

fecha de la acumulación, sino que regula el supuesto de inexistencia de tal pacto, y manda que en tal caso produzcan interés legal los intereses vencidos desde que sean judicialmente reclamados”

¹³⁰ ECHEVERRÍA SUMMERS. *Op. cit.*, pp. 12003

¹³¹ ECHEVERRÍA SUMMERS. *Op. cit.*, pp. 12002

sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualquiera que sea la forma de revista de contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido.”

En esta ley el legislador español optó “por un sistema de fijación judicial más flexible y adaptable a las circunstancias de cada momento y en cada caso concreto, atribuyendo a los tribunales la facultad de anular los contratos de préstamo...que revistan ciertas características...”¹³², para ello, el artículo 1 de la LU establece los supuestos circunstancias donde se daría lugar a un préstamo usurario, dando lugar a tres clases de contratos usurarios pues como recoge Berrocal la mayor parte de doctrina cree que en la no confluencia de todas las circunstancias del artículo 1 en un mismo supuesto.¹³³

- ❖ La primera clase de préstamo usurario la encontramos en la primera parte del artículo 1 de la LU: “Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado...”, en este caso, el carácter usurario dependerá de “la desproporción del interés pactado en relación con el normal del dinero...”, la jurisprudencia a través de STS como la del 2 de octubre de 2001 ha establecido que “la comparación no debe tener lugar con el denominado interés legal, sino con el intereses normal o habitual...” como recoge Echeverría¹³⁴, y como apunta Berrocal se podría ser utilizado como interés real el que practican las entidades de crédito, ya que pueden ser verificados a través de los instrumentos ofrecidos por el Banco de España.¹³⁵

La ley se aplica en cuanto a los intereses remuneratorios, sin embargo, su aplicación a los intereses moratorios es un tema discutido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Sin embargo, aunque la doctrina en su mayoría, defienden la idea de

¹³² BERROCAL LANZAROT. *Op.cit.*, pp. 233

¹³³ BERROCAL LANZAROT. *Op.cit.*, pp. 234

¹³⁴ ECHEVERRÍA SUMMERS. *Op.cit.*, pp. 12003

¹³⁵ BERROCAL LANZAROT. *Op.cit.*, pp. 235

no aplicar la ley a los intereses moratorios, mientras que la jurisprudencia no acaba de establecer un criterio claro.¹³⁶

- ❖ El segundo de los préstamos usurarios se extrae de la continuación del artículo 1 de la LU, siendo ese préstamo con interés “...en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.”

En estos casos, la usura vendrá determinada por la situación si puede ser considerada angustiosa, si el prestatario presenta una falta de experiencia en este ámbito o si el prestatario es una persona con facultades mentales limitadas.

- ❖ El último supuesto que recoge este artículo 1 de la LU es: “será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias.”

El objetivo del legislador es sancionar los préstamos falseados y de carácter fraudulento, que pueden llevar a cabo las partes. Recoge Berrocal las diferentes posturas que existen en la doctrina respecto a este tercer supuesto, mientras que una parte de la doctrina defiende que con la mera diferencia entre las cantidades declaradas y entregadas el préstamo adquiere carácter usurario, otra parte de la doctrina necesitaría además de la divergencia entre las cantidades la presencia de un desmesurado tipo de interés.¹³⁷

Estos supuestos que dan lugar a la configuración del préstamo como usurario deberán producirse en el momento de perfección del contrato, por ser el momento en que otorgándose el consentimiento se puede estimar si este estaba o no viciado atendiendo a lo

¹³⁶ ECHEVERRÍA SUMMERS. *Op.cit.*, pp: 12004: Recoge que el Tribunal Supremo en Sentencias como la de 2 de octubre de 2001 establece la aplicación únicamente a los intereses remuneratorios, excluyendo del ámbito de aplicación de la ley a los intereses moratorios, mientras que en otras Sentencias como la de 7 de mayo de 2002 establece que la ley se aplica “a la estipulación de un interés, sin distinguir su clase o naturaleza”, mostrando, por tanto, posturas opuestas en ambas sentencias, sin aportar una solución al problema.

¹³⁷ BERROCAL LANZAROT. *Op.cit.*, pp. 238.

que establece Fernández¹³⁸ en relación con lo establecido por la STS del 29 de septiembre de 1992.

Una vez establecido el carácter usuario, como recoge el artículo 1 de la LU el contrato de préstamo será nulo, y el artículo 3 de la LU establece los efectos que esto producirá para las partes: “el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado.”

¹³⁸FERNÁNDEZ COSTALES. *Op.cit.* Disponible en: <https://www-iustel-com.ponton.uva.es/v2/c.asp> (Base de conocimiento jurídico)

5. COMPARACIÓN DEL CONTRATO DE MUTUO EN ROMA Y EN EL DERECHO ACTUAL

Tras el estudio del mutuo en Roma y el estudio del régimen que le ha otorgado nuestro derecho al mutuo, podemos ver que la definición que establece el artículo 1.740 del Código civil no dista mucho de la establecida por Gayo en sus Instituciones, configurando en ambos regímenes el contrato de mutuo como un contrato constituido con la entrega de una cosa fungible del prestamista al prestatario, de la que surge la obligación a cargo del prestatario de devolver otro tanto del mismo género y calidad, así pues, tanto el mutuo en Roma como el mutuo en nuestro derecho actual se configura con los caracteres real y unilateral, además, de que en ambos se produzca la adquisición de la propiedad por parte del mutuuario o prestatario.

Sin embargo, el contrato de mutuo no es exactamente igual en ambos regímenes en cuanto a sus caracteres puesto que el derecho español, tanto en el CC como en el Cco. se admite la posibilidad de que el contrato de mutuo pueda adquirir el carácter oneroso mediante un pacto de intereses entre las partes. Así pues, aunque el derecho español sigue la idea de un préstamo gratuito como el derecho romano, la posibilidad de añadir un pacto con intereses al contrato y convertirlo en un préstamo de carácter oneroso, difiere de la regulación que en el derecho romano se hacía del préstamo con intereses, pues los romanos configuraron este tipo de préstamos como una figura jurídica diferente, el *fenus*, donde el simple pacto de intereses no podía añadirse al mutuo sino que debía recogerse a través de la figura jurídica de la estipulatio. A pesar de ello, aunque durante todas las épocas los romanos llevaron a cabo una regulación del tipo de interés, lo hicieron a través del establecimiento de unos tipos de interés fijos, mientras que el derecho español regula el tipo de interés pero siguiendo un sistema flexible atendiendo a las circunstancias de cada caso para determinar el carácter usurario del préstamo. En cuanto al anatocismo, el derecho romano lo prohibió con carácter general, mientras que actualmente, se encuentra prohibido en cuanto a los préstamos mercantiles pero respecto a los préstamos civiles el CC sí que admite que se puedan producir intereses de los intereses.

En ambos contratos podemos observar los mismos elementos reales, pudiendo ser objeto de mutuo tanto el dinero como otras cosas de carácter fungible, donde la restitución debe hacerse no de lo mismo que se entregó, sino de otro tanto de igual calidad y cantidad a la que fue entregada. Los elementos personales, tanto los romanos como el derecho español establecen el mutuante o prestamista y el mutuuario y prestatario, siendo necesario que tengan ambos capacidad para realizar contratos, y el mutuante disposición sobre la cosa. Tanto para el mutuo en Roma como actualmente en el artículo 1.160 del CC , aquellos contratos en los que el mutuante o prestamista carezca del poder de disposición sobre la cosa serán nulos y se entenderán como no producidos. Sin embargo, mientras que los romanos establecían el préstamo de mutuo sin ninguna otra forma más que la realización de la *traditio*, aunque el derecho español configura inicialmente el contrato de mutuo sin requisitos de forma, el artículo 1.128 del CC requiere que todos aquellos préstamos que superan la cantidad de 1.500 pesetas se realicen de forma escrita lo que provoca que realmente la mayoría de los préstamos acaben adquiriendo una forma escrita.

Para los romanos el contrato de mutuo con la restitución se entendía finalizado al igual que se contempla en el derecho español, en el momento en que se producía la restitución, momento que tanto los romanos como actualmente se deja a la voluntad de las partes, con la diferencia de que en el derecho romano si no existía ningún plazo la restitución podía ser exigible en cualquier momento, y si bien el Código Civil sigue la idea del derecho romano, el Código mercantil establece que deberá hacerse un requerimiento notarial, y esperar 30 días a partir de ese momento para poder hacer exigible la obligación de restitución. Por último, la reclamación que pueden hacer las partes para el exigir el cumplimiento de la obligación, mientras que en el derecho romano se diferenciaba en función del objeto de préstamo, actualmente tiene el prestamista la misma acción independientemente de lo que haya sido prestado.

6. CONCLUSIONES

- i. El origen etimológico del *mutuum* más aceptado es el del verbo *movere*, cuyo origen a u su vez encuentra en la raíz indoeuropea o indogermánica -moi que significa cambio. La denominación del negocio jurídico como *mutuum* perseguiría un objetivo didáctico que describiera en qué consistía dicho negocio jurídico, por ello en ocasiones los juristas utilizaron *mutui datio* para referirse al *mutuum*, destacando el elemento esencial del negocio, la *datio*.

- ii. La partición de Gayo en cuatro tipos a las obligaciones que pueden nacer de contratos supuso la aparición de los contratos reales, con el mutuo como principal figura de la categoría. Sería posteriormente cuando la ampliación del concepto de *datio* permitió englobar bajo contratos reales a los contratos de prenda, comodato y depósito. De estos cuatro contratos, el mutuo es el único contrato que con la entrega se produce la transmisión de la propiedad, pues en los contratos de comodato y depósito solo se transmite la detentación y en la prenda la posesión. En cuanto a las acciones procesales, el mutuo contaba con la acción de la *condictio*, otorgada por el *ius civile* mientras que en los contratos de comodato, prenda y depósito fue el pretor quien les reconoció protección procesal a través de las acciones *in factum*. A las figuras de depósito y comodato se les atribuyen también acciones del *ius civile*, siendo discutida por parte de la doctrina la existencia de la acción civil del comodato. Aunque, los contratos reales presentan un carácter unilateral, solo el mutuo es siempre unilateral, ya que en los contratos de prenda, depósito y comodato pueden surgir obligaciones a cargo del comodante, depositante y acreedor pignoraticio.

- iii. A pesar de que durante las primeras épocas del derecho romano, no es posible diferenciar plenamente figuras jurídicas, y las relaciones que se producían entre los individuos estaban marcadas por los principios de la *fides* y la *amicitia* dentro de una sociedad poco desarrollada económicamente y de carácter agrario, podemos encontrar el germen contrato de mutuo en la *mutui datio*, una relación de intercambio que se producía entre dos sujetos vecinos o familia, generalmente de productos agrarios, ante situaciones de necesidad. Sin embargo, estos intercambios fueron escasos fuera del ámbito familiar, y no fue hasta la abolición del *nexum* por la *lex poetelia papiria*, el aumento de comercio en Roma y la

aparición en circulación de la moneda cuando se vio la necesidad de reconocer una figura jurídica que permitiera realizar préstamos de forma más rápida, lo que hizo que la *mutui datio* adquiriera protagonismo y que tras otorgarle la protección la *legis actio per condictionem*, adquiriera plena configuración como figura jurídica.

- iv. El mutuo en Roma se englobaba dentro de los contratos reales, donde la *datio* se constituía como el elemento esencial para su constitución. La entrega producía la adquisición de la propiedad por parte del mutuuario, para ello la entrega debía ser válida, siendo necesario que el mutuante tuviera capacidad, pero sobre todo la disposición sobre el objeto de préstamo, resultando el mutuo nulo ante la falta de disposición sobre la cosa del mutante. Con el paso del tiempo, la *datio* se flexibilizó permitiendo que se produjera la transformación de un contrato de depósito en mutuo si se producía en un acuerdo entre las partes, y se permitía al depositario utilizar el dinero dado en depósito. Al igual, que se admitió que las partes pudieran acordar la entrega de un objeto para su venta, y el dinero obtenido fuera el objeto del mutuo.

Las partes, debían estar de acuerdo en cuanto a la *causa credenti* de la entrega, por lo que el desacuerdo de las partes en cuanto al negocio constituido provocaba que la entrega fuera calificada de ineficaz, y por ende el mutuo nulo.

Como contrato real el mutuo producía una única obligación a cargo del mutuuario la cual era la restitución de algo de igual calidad y cantidad a lo dado en préstamo, de ahí su carácter unilateral. La restitución debía de hacerse en el momento acordado por las partes, o si no hubiera sido determinado podía ser exigible por el mutuante en cualquier momento, aunque implícitamente se entendía que debía darse un tiempo suficiente para que pudiera el mutuuario cumplir con la obligación. Si la reclamación de la restitución se producía antes de lo acordado, el mutuuario podía parar la acción utilizando la *exceptio dolí*, y el mutuante habría cometido *pluris petitio tempore*.

La gratuidad que presenta el contrato de mutuo se explica por la protección procesal que presenta, pues la *condictio* no permitía reclamar más que lo que había sido el objeto del mutuo, sin embargo, una parte de la doctrina mantiene la idea de que la gratuidad del mutuo podía responder también a un intento de la sociedad romana de mantener los valores éticos que habían regido durante el período arcaico, tales como la *fides* y la *amicitia*.

- v. Existieron durante el derecho romano una serie de supuestos que rompieron con el carácter gratuito del contrato de mutuo, al aceptarse el acuerdo de intereses mediante un

pacto. El que más trascendencia tuvo y que poseyó sus propias características fue el préstamo marítimo.

La figura del préstamo marítimo o *pecunia traiecticia*, fue importada del mundo griego a partir del siglo III d.C. así como incorporada al derecho romano, sin que hubiera un antecedente. Se configuró de forma similar al mutuo, ya que a través de una *stipulatio*, con unas cláusulas contractuales las partes acordaban la entrega de dinero, que podía utilizarse para comprar objetos, los cuales debían ser necesariamente transportados, para que a la vuelta del barco a puerto se devolviera la cantidad prestada más intereses, pues lo que caracterizó a este negocio fue que el mutuante aceptaba el riesgo del negocio por lo que en contraprestación se pactaban intereses, que escaparon de los límites legales hasta el período justiniano.

vi. Con el aumento de las relaciones con carácter comercial entre los individuos, comenzaron a aparecer los intereses en el contrato de mutuo mediante pacto entre las partes, y sin protección ninguna ya que la *condictio* no lo permitía. Para darle protección a esos pactos de intereses, el pretor admitió la posibilidad de utilizar una *stipulatio* para pactar los intereses y poder gozar de protección ante un incumplimiento de la obligación. La realización del contrato de mutuo junto con la *stipulatio usurarum* permitió dar cabida al contrato de préstamo con interés en el derecho romano, denominado como *fenus*, donde el tipo de interés fue regulado en todas las épocas, prohibiendo la usura y el anatocismo, y manteniéndose entre el 6% y el 12%.

vii. Los elementos personales del mutuo en Roma fueron el mutuante o *mutuo dans*, quien llevaba a cabo la entrega del objeto en préstamo, debía tener capacidad para prestar, además, de la disposición sobre la cosa mientras que quien recibía era el *mutuo accipiens* para lo que debía poseer la capacidad para obligarse.

Tras el aumento del tráfico comercial en Roma, se vio la necesidad de admitir la figura del mutuo por delegación, en cuanto que se permitió que el mutuuario restituyera a una tercera que designará el mutuante y no a él mismo, o que el mutuante no llevara a cabo la entrega sino que fuera un tercero quien entregará en su nombre. También fue aceptada la figura *negotiorum gestio*, por la que un individuo llevaba a cabo un mutuo en nombre de un tercero ausente que al ser conocedor podía ratificar el acto y constituir un mandato, o no aceptarlo y que el tercero se convirtiera en el mutuante.

Respecto a los elementos reales, el mutuo en Roma acepto que fuera de cosas fungibles, entre las que se encuentra el dinero que sería uno de los objetos de mutuo más utilizados tras su puesta en circulación.

- viii. Para la protección del mutuo otorgaba el derecho romano al mutuuario la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación a través de la *condictio*, ya que al ser un contrato traslativo de dominio el mutuante perdía la posibilidad de utilizar la reivindicatio. La *condictio* se articula como una acción *stricti iuris* proveniente del *ius civile*, por lo que solo se podrá reclamar la cantidad y calidad que se entregó. Para la reclamación de dinero, se establecía la *actio condictio certae rei*, mientras que para las reclamaciones de otras cosas fungibles se otorgaba la *actio certae rei* o *condictio triticaria*.

La base de la *condictio* se encuentra en la *legis actio per conductionem*, que había sido creada por las *lex Silia* y la *lex Calpurnia*, de la que heredo un proceso donde no se le requería al mutuante alegar la causa de la reclamación pero sí debía aportar pruebas que permitieran determinar la existencia de la deuda, permitiendo como última opción de prueba la realización del *iusiurandum necessarium* por el *mutuo dans* como prueba de la deuda.

Además, se articulaban dos acciones para el caso de que el mutuo resultara inválido, y se produjera por el mutuo accipiens la consumición del objeto de préstamo. Diferenciando si el *mutuo dans* había sido a buena fe, donde se utilizaría para recuperar el valor del objeto real del mutuo, la *condictio indebiti*, y si el *mutuo dans* había sido a mala fe, se utilizaría la *condictio ex causa furtiva*.

- ix. Respecto al motivo que originó la promulgación del Senadoconsulto Macedoniano, el cual impidió a todos aquellos que se encontraran bajo la patria potestas tomar dinero en préstamo, no ha sido determinado con claridad. Mientras la jurisprudencia clásica alegaba motivo evitar las muertes de los *pater familias* a manos de sus hijos para heredar y pagar las deudas. La doctrina actual aporta dos posibles motivos, uno de ellos, mantiene la intención de proteger con el Sc.M la figura del padre de familia tan importante en la sociedad romana, y otro, establece un objetivo sancionador a los prestamistas que llevaban a cabo mutuos con los sujetos bajo la *patria potestas*.

El Senadoconsulto macedoniano afectaba a todos aquellos sujetos que se encontraran bajo la *patria postestas*, sin influir su sexo o edad que hubieran realizado mutuos de dinero, y proporcionaba dos acciones para impedir la *actio condictio certae pecuniae*, la *denegatio actionis* y la *exceptio*. Ambas acciones impedían que la acción prosperara, pero mientras la *exceptio* actuaba de forma permanente, con la *denegatio actionis* no se evitaba que la *actio condictio certae pecuniae* pudiera presentarse ante otro magistrado.

A pesar del carácter general del Sc.M no siempre se produjo su aplicación cuando los *fili familias* pedían dinero en préstamo existiendo unos supuestos de incapacidad, generalmente por la intervención posterior del *pater*.

- x. El contrato de mutuo o préstamo en el derecho español se encuentra regulado en el Código Civil, en el Código Mercantil y en leyes especiales que crean unos mutuos con carácter especial.

Tanto el Código Civil como el Código Mercantil regulan el préstamo como un contrato real, unilateral y de carácter gratuito con la posibilidad de pactar intereses por las partes. Sin embargo, el carácter real del contrato de préstamo es un tema ampliamente discutido, mientras la doctrina en su mayoría se inclina por la admisibilidad de que el contrato de préstamo se pueda concebir como consensual, la jurisprudencia mantiene y defiende en la mayor parte de sus sentencias el carácter real del contrato de préstamo.

- xi. Los elementos personales que forman el contrato de mutuo son el prestamista que al transmitir el mutuo la propiedad es necesario que tenga la capacidad de disposición sobre la cosa, y el prestatario que debe poseer la capacidad para obligarse, siendo el menor emancipado sin consentimiento de sus padres un supuesto de incapacidad para obligarse al igual que los tutores que no tengan la autorización judicial para realizar préstamos.

El préstamo español tanto en modalidad mercantil como civil admite la posibilidad de constituir préstamo sobre dinero y sobre otros elementos fungibles, siendo la obligación del prestatario devolver otro tanto de igual calidad y cantidad.

Por último, el contrato de préstamo tanto mercantil como civil no está sometido a ninguna formalidad, sin embargo, en virtud del artículo 1.280 del CC al superar la cantidad de 1.500 pesetas deberán adquirir la forma escrita, y su plazo se dejará al arbitrio de las partes estableciéndolo de forma subsidiaria por los tribunales.

- xii. La extinción del contrato se producirá con la restitución del objeto en préstamo, pudiendo ocasionarse también la extinción por los supuestos del artículo 1.156 del CC que regula la extinción de las obligaciones con carácter general. Ante el incumplimiento de la obligación, el prestamista podrá reclamar mediante las acciones personales, ya que al transmitir la propiedad no podrá hacer uso de la reivindicatio. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han discutido si resulta de aplicación a los contratos con interés, el artículo 1.124 del CC que permite la resolución ante el incumplimiento cuando hay obligaciones recíprocas, entendiendo este este préstamo de carácter consensual. Pero jurisprudencia durante los últimos años ha mantenido una negativa a aceptar la aplicación del artículo.
- xiii. El préstamo con intereses se regula en ambos Códigos tanto el civil como el mercantil, y su construcción se articula a través de un pacto expreso entre las partes si fuera de carácter civil, y con un pacto escrito si fuera de carácter mercantil. Del, surgen para el prestatario dos obligaciones, siendo la obligación de pagar intereses accesoria de la principal, que es la devolución de otro tanto del cosa fungible dada en préstamo. Los intereses que las partes pueden pactar son remuneratorios cuando tengan como objetivo compensar el tiempo que no dispone el prestamista de la cosa prestada, o de carácter moratorio para sancionar en caso de que se produzca el incumplimiento de la obligación o en el caso de que el cumplimiento se produzca una vez vencido el momento previsto para la restitución. Por último, pueden aparecer intereses procesales, que no son pactados por las partes sino establecidos de oficio por los tribunales cuando se obligue al pago de una cantidad al acreedor.
- Los intereses en el derecho español se encuentran protegidos por la Ley de la Usura que proporciona tres supuestos donde el préstamo será nulo al calificarse con el carácter de usurario.
- xiv. De la comparación realizada entre el contrato de mutuo en Roma y el régimen actual que le otorga el derecho español podemos ver que el derecho español mantiene en líneas generales la misma estructura que presentaba el contrato de mutuo en Roma, sin embargo, el contrato de mutuo actual se presenta como un préstamo más flexible en cuanto a los caracteres sobre todo en torno a su carácter gratuito.

7. ÍNDICE DE FUENTES

7.1. Fuentes literarias

CICERÓN, Verr. 2,3,3,6

Livio 8,28,8

7.2. Fuentes jurídicas

CLÁSICAS

GAI INSTITUTIONES

II, 80

III, 88

III, 89

III, 90

III, 90

IV, 19

IV, 20

POSTCLÁSICAS

PAULI SENTENTIAE

II, 14,3

JUSTINIANEAS

INSTITUTIONES DE JUSTINIANO

I,3,14

I. 3,13,2

I,4,7,7

DIGESTA

12,1,2,1	14, 6,13
12,1,2,4	14,6,14
12,1,9,9	14,6,15
12,1,3	14,6,17
12,1,11,1	15, 3, 10, 5
12,1,13,1	20,2,8
12,1,40	22,2,1
12,6,26,1	22,2,4,1
12,6,40	22,2,5
13,3,1	22,2,5
14,5,24	44,7,2
14,6,1	44,7,3
14,6,1,2	44,7,3,1
14,6,1,3	44,7,5
14,6, 2	44,7,6
14,6,3	45,1,122,1
14,6,7,3	46,1,56,2
14, 6,7,6	
14,6,7,9	
14,6,7,10	
14,6,9,2	
14, 6,9,3	
14,6,9,4	
14,6,12	

CODEX

4,28,2

4,28,5

4,32,11

4,32,23

4,32,26

4,32,26,2

4,32,27

4,33,1

 **MODERNAS**

CÓDIGO MERCANTIL ESPAÑOL (1885)

Art. 311

Art. 312

Art. 313

Art. 314

Art. 315

Art. 317

Art. 319

Art. 320

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL (1889)

Art. 271. 8º

Art. 323

Art. 1.108

Art. 1.109

Art. 1.113

Art. 1.124

Art. 1.156

Art. 1.160

Art. 1.170

Art. 1.279

Art. 1.280

Art. 1.740

Art. 1.753

Art. 1.754

Art. 1.755

Art. 1.756

Art. 1.964

LEY DE LA USURA (1908)

Art. 1

Art. 3

Art. 9

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (2000)

Art. 576

8. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

- STS del 10 de Julio de 1990
- STS del 22 de diciembre de 1997
- STS del 6 de marzo de 1999
- STS del 22 de mayo de 2001
- STS del 2 de octubre de 2001

9. ABREVIATURAS UTILIZADAS

AHDE	Anuario de Historia del Derecho Español
Art.	Artículo
C.	Codex de Justiniano
CC	Código Civil
Cco.	Código de Comercio
D.	Digesta
Gai	Instituciones de Gayo
I.	Instituciones de Justiniano
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LU	Ley de la Usura
NNDI	Novissimo Digesto Italiano
REDS	Revista de Derecho, Empresa y Sociedad
RIDA	Revue Internationale des droits de l'antiquité
RIDROM	Revista Internacional de Derecho Romano
Sc. M	Senadoconsulto Macedoniano
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

10. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

10.1. Bibliografía

ALBADALEJO GARCÍA, M. La naturaleza real o no del contrato de préstamo: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 12 de julio de 1996. *Revista de Derecho Privado*, Madrid: Editoriales de derecho reunidas S.A. ,Nº81, 1997.

D' AMELIO, M. *Nuovo digesto italiano*. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese. 1937-1940

ARIAS RAMOS, J; ARIAS BONET, J.A. *Derecho romano II, obligaciones, Familia, Sucesiones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1986.

AZARA, A. EULA, E. *Novissimo digesto italiano*. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1964-1975.

BASOZABAL ARRUE, X. *Estructura básica del préstamo de dinero (sinalagma, interés, usura)*. Valencia: Editorial Tirant lo blanch, 2004.

BERCOVIZT RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentarios al Código Civil. Tomo VIII. (art.1485 a 1759)*. Valencia: Tirant lo blanch, 2013.

BERNAD MAINAR, R. *Derecho Romano. Curso de Derecho Privado Romano*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2001

BLASCO GASCÓ, F. DE P. *Instituciones de Derecho Civil Contrato en particular. Cuasi contratos. Derecho de daños*. Valencia: Editorial Tirant lo blanch, 2016

CALASSO, F. *Enciclopedia del diritto*. Milano: A. Giuffrè. 1958-1993

CASTRESANA HERRERO, A. *El préstamo marítimo griego y la pecunia traiecticia romana*. Salamanca: Ediciones universidad de Salamanca., 1982

CASTRESANA HERRERO, A. A vueltas con el fenus y la usura: ¿una semántica y dos realidades jurídicas? *Revista de filología clásica y hebrea*. Salamanca: Servicio de publicaciones de la Universidad Pontificia de Salamanca, N° 194, 2014.

CASTRESANA HERRERO, A. *800 años de Historia a través del Derecho Romano*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2018.

ESTÉVEZ TORRES, J.J. *El contrato de préstamo bancario celebrado con consumidores y usuarios*. (Tesis). Córdoba: Servicio de Publicación de la Universidad de Córdoba, 2015.

FERNÁNDEZ BARREIRO, A. PARICIO, J. *Fundamentos de Derecho Privado Romano*. 4ª Edición. Madrid: El faro ediciones.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho privado romano. 6ª edición*. Madrid: Editorial Iustel, 2013.

FUENTESECA DEGENEFFE, M. El significado de la “*Lex Aebutia*” en el ordenamiento procesal romano. *RIDA*, núm. 54, 2007.

GOMEZ ROYO, E. *El mutuo en las fuentes postclásicas bizantinas*. Valencia: Editorial Tirant lo blanch, 1992.

IGLESIAS SANTOS, J. *Derecho romano. 16ª Edición*. Madrid: Editorial Ariel, 2004.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. *La usura. Evolución histórica y patológica de los intereses*. Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2010.

KUNKEL, W. *Historia del Derecho Romano*. Barcelona: Editorial Ariel, 2003

MARLASCA MARTÍNEZ, O. *El préstamo de géneros en la sociedad romana, visigoda y en algunos reinos cristianos de la Alta Edad Media*. La Coruña: Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, N°12, 2008.

MIQUEL, J. *Derecho privado romano*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 1992.

MORENO QUESADA, B. OSSORIO MORALES, J. GONZALEZ PORRAS, J.M, OSSORIO SERRANO, J.M. RUIZ-RICO RUIZ – MORO, J. GONZALEZ GARCÍA, J. HERRERA CAMPOS, R. MORENO QUESADA, L. *Curso de Derecho civil II. Contratos de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*. Valencia: Editorial Tirant lo blanch, 2018.

D'ORS, A. *Creditum y contractus. Anuario de Historia del Derecho Español*, N°26, 1956

D'ORS, A. *Creditum. Anuario de Historia del Derecho Español*, N° 33, 1963

PANERO GUTIÉRREZ, R. *Manual de derecho romano. 5ª edición*. Valencia: Tirant lo blanch, 2015.

SALAZAR REVUELTA, M. *La gratuidad del Mutuum en el derecho romano*. Jaén: Universidad de Jaén, 1999.

DE VERDA Y BEAMONETE, J. ATIENZA NAVARRO, M^a L.CARRIÓN OLMOS, S. CHAPARRO MATAMOROS,P. CLEMENTE MEORO, M. ESTRUCH, J.GUILLÉN CATALÁN, R.MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a T.MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M^a. MONFORT FERRERO, M^a J. PLAZA PENADÉS, J. REYES LÓPEZ, M^a J. SERRA RODRÍGUEZ, A. TAMAYO CARMONA, J. A. *Derecho Civil II (obligaciones y contratos)*. Valencia: Editorial Tirant lo blanch, 2019.

WARNKCENIG, L.A. *Institutionees. Iuris Romani Privati. Editio quarta*. Bonnae. 1860

10.2. Webgrafia

BERROCAL LANZAROT, A.I. La usura y su aplicación al simple préstamo o mutuo. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*. Madrid: Editorial Dykinson, N^o 8, 2016, pp. 214-245. [en línea]. Disponible: <https://dialnet-unirioja-es>. [Consulta 27 agosto 2020]

BRAMANTE, M.V. *Il mutuum nell' esperienza giuridica romana*. (Tesi di dottorato in diritto romano). Nápoles: Universita' degli studi di napoli federico II. 2008. Disponible en: <<http://www.fedoa.unina.it/id/eprint/3251>> [Consulta 8 septiembre 2020]

CUENCA BOY, F. *Obligaciones: concepto, objeto, clasificación*. [en línea]. Disponible en <https://www-iustel-com.ponton.uva.es/v2/c.asp> (Base de conocimiento jurídico) [Consulta 6 agosto 2020]

DE LOS MOZOS TOUYA, J.J. *Contractus, clasificación de los tipos de contratos y caracteres del vínculo contractual*. [en línea]. Disponible en: <https://www-iustel-com.ponton.uva.es/v2/c.asp> (Base de conocimiento jurídico) [Consulta 7 agosto 2020]

FASOLINO, F. *Profili giuridici del mutuo di derrate*. [en línea]. Disponible en: <https://dialnet-unirioja-es.ponton.uva.es/> [Consulta 10 agosto 2020]

FERNANDEZ DE BUJÁN, A. *Concepto. Etapas históricas del Derecho Romano. Fuentes. Métodos de estudio*. [en línea]. Disponible en: <https://www-iustel-com.ponton.uva.es/v2/c.asp> (Base de conocimiento jurídico) [Consulta 31 Julio 2020]

FERNÁNDEZ COSTALES, J. *El contrato de préstamo*. [en línea]. Disponible en: <https://www-iustel-com.ponton.uva.es/v2/c.asp> (Base de conocimiento jurídico) [Consulta 20 agosto 2020]

GÓMEZ BUENDÍA, C. *“Exceptio utilis” en el procedimiento formulario del Derecho Romano*. (Tesis doctoral). Tarragona: Universitat Rovira I Virgili, 2011. [en línea]. Disponible en: www.tesisenred.net

LLAMAS POMBO, E. *La prestación (III)*. [en línea]. Disponible en: <https://www-iustel-com.ponton.uva.es/v2/c.asp> (Base de conocimiento jurídico [Consulta 1 de septiembre 2020]

LÓPEZ – RENDO, C. Intereses de préstamos de dinero. Limitaciones legales y efectos civiles de su abusividad en el Derecho Romano. *Revista internacional de Derecho Romano*, núm. 20, 2018, pp. 426-464. [en línea]. Disponible en: <http://www.ridrom.uclm.es> . [Consulta 28 agosto 2020]

SALAZAR REVUELTA, M. *Contratos reales. Mutuo*. [en línea]. Disponible en: <https://www-iustel-com.ponton.uva.es/v2/c.asp> (Base de conocimiento jurídico) [Consulta 29 de julio 2020]

Revista de Derecho del Mercado Financiero. *De la aplicación del art. 1.124 CC al contrato de préstamo*. Editado en Madrid por Zunzunegui. 23 de Julio [en línea]. Disponible en: <http://www.rdmf.es/> [Consulta 27 agosto 2020]

WEGMAN STOCKEBRAND, A. Sobre el así llamado contrato real en las Instituciones de Gayo. *Revista de Estudios Histórico – jurídicos*. 2018. N°40. [en línea]. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php> [Consulta 9 de septiembre de 2020]