

## ¿MUTUUM SUB CONDICIONE? A PROPÓSITO DE D.12,1,7 Y D.12,1,8

Jorge MENABRITO PAZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Exégesis*.

### I. INTRODUCCIÓN

El punto de partida es un fragmento del libro XXVI del *ad Edictum* de Ulpiano:

D. 12,1,7 (Ulp. 26 *ad ed.*)

*Omnia, quae inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniae, et ideo et condiciones*

(Todo lo que puede ser introducido en las estipulaciones también puede serlo en la entrega de una cantidad; así pues, también las condiciones)

Los compiladores justinianos colocaron dicho fragmento en el primer título del libro XII del Digesto, bajo el hilo conductor del *mutuum*. Su intención aparece clara si se lee el fragmento que le sucede. Se trata ahora de Pomponio, en el libro VI de su “Comentario a Plauto”:

D.12,1,8 (Pomp. 6 *ex Plaut.*)

*Proinde mutui datio interdum pendet, ut ex post facto confirmetur:*

*[V]eluti si dem tibi mutuos nummos, ut, si condicio aliqua exstiterit, tui fiant sisque mihi obligatus.*

*Item si legatam pecuniam heres crediderit, deinde legatarius eam noluit ad se pertinere, quia heredis ex die aditae hereditatis videntur nummi fuisse, ut credita pecunia peti possit. nam Iulianus ait et traditiones ab herede factas ad id tempus redigi, quo hereditas adita fuerit, cum repudiatum sit legatum aut adpositum.*

(Por lo tanto, a veces la dación en mutuo está pendiente, en cuanto resulte confirmada por un hecho posterior;

[P]or ejemplo, si te doy unas monedas en mutuo para que, si se hubiese cumplido una condición, se hagan tuyas y quedes obligado a mi favor.

Asimismo, si el heredero hubiese prestado <al legatario> la cantidad legada, y posteriormente el legatario no quisiese que esa <cantidad> le perteneciera; porque se entiende que las monedas fueron del heredero desde el día de la adición, para que pueda reclamarse la cantidad prestada. En efecto, Juliano afirma que las entregas realizadas por el heredero deben referirse al tiempo en el que la herencia hubiese sido adida, independientemente de que el legado sea repudiado o asignado.)

La conclusión de la lectura de ambos fragmentos en el orden que se nos presentan en la compilación de Justiniano es que, al igual que sucede con la estipulación, el mutuo puede ser puro y simple o bien puede estar sujeto a una condición. Esta afirmación no merece reparo alguno hoy en día; dentro de una teoría general de las obligaciones y una teoría general del contrato —como las que se estudian en las facultades de tradición civilista— se acepta sin más la distinción general entre obligaciones condicionales y obligaciones a plazo;<sup>1</sup> así como la división de los elementos o cláusulas esenciales, naturales y accidentales del contrato.<sup>2</sup> En ese contexto, entendido el mutuo como un contrato, se afirma abiertamente que la obligación u obligaciones nacies del mismo pueden estar sujetas a condición.<sup>3</sup> Sin embargo, una teoría general de las obligaciones y del contrato no logra prosperar en el particularismo propio del derecho romano. El alcance de la condición, por ejemplo, parece depender invariablemente de la naturaleza específica de cada negocio, por lo que a propósito del *mutuum* (como se tratará de demostrar a continuación), la “condicionalidad” de su eficacia debe ser entendida con el proverbial grano de sal.

## II. EXÉGESIS

¿Cuál es el verdadero alcance de las afirmaciones que leemos en los dos fragmentos del Digesto citados? Del contexto del primero, D.12,1,7, nada

---

<sup>1</sup> *V.gr.*, artículos 1,938 y 1,953 Cc.Fed.Mex.

<sup>2</sup> *V.gr.*, artículo 1,839 Cc.Fed.Mex.

<sup>3</sup> Es decir, independientemente de la postura dogmática con que se explique la naturaleza del mutuo, si como contrato real y unilateral (*v.gr.*, artículo 1,526 Cc.Yuc.), o como contrato consensual y sinalagmático (*v.gr.*, artículo 2,384 Cc.Fed.Mex.), la posibilidad de condicionar sus efectos se entiende siempre viable.

puede reconstruirse con certeza.<sup>4</sup> En cuanto al contexto del segundo fragmento, D.12,1,8, Lenel lo coloca en el *liber VI Pomponii ex Plautio*, al inicio de una cadena que incluye D.12,1,12 y D.46,3,66; sin embargo, ninguna conclusión puntual puede extraerse de dicha cadena sobre el punto que aquí interesa, es decir, sobre la dación en mutuo condicionada, pues el único elemento común presente en los tres pasajes, como lo refiere el mismo Lenel, es la *condictio* como medio procesal para reclamar una cantidad de dinero.<sup>5</sup>

Para precisar el sentido de la cuestión, debe recordarse que a consecuencia del carácter real del mutuo romano, de éste nace una sola obligación cuya conducta debida aparece siempre delimitada, o dicho de otro modo, cuya conducta es invariablemente la misma; a saber, la restitución de otra cantidad igual a la que se entregó y recibió para ser consumida, dando por resultado que las monedas carezcan de valor alguno en su individualidad para el *tradens* mutuante. En cambio, si bien es cierto que de la estipulación también nace invariablemente una sola obligación, la conducta por ella debida puede ser cualquiera que el estipulante se haga prometer solemnemente, siempre que la misma no sea imposible (“*quod natura fieri non concedit*”), ni ilícita (“*quod leges fieri prohibent vel contra mores*”).<sup>6</sup>

Ante esta realidad, no parece que haya sido necesario a lo juristas romanos el cavilar sobre la imposibilidad o ilicitud del mutuo. Ello, por una parte, porque una vez concretada la tradición de una cantidad que interesa

<sup>4</sup> Su autenticidad ha sido incluso puesta en tela de juicio. Véase Wylie, John Keer, *Solidarity and Correalty*, Edimburgo, Oliver & Boyd, 1923, pp. 365, p. 255.

<sup>5</sup> [352] D.12.1.8 *Proinde mutui datio interdum pendet, ut ex post facto confirmetur: veluti si dem tibi mutuos nummos, ut, si condicio aliqua exstiterit, tui fiant sisque mihi obligatus. Item si legatam pecuniam heres crediderit, deinde legatarius eam noluit ad se pertinere, quia heredis ex die aditae hereditatis videntur nummi fuisse, ut credita pecunia peti possit. nam Iulianus ait et traditiones ab herede factas ad id tempus redigi, quo hereditas adita fuerit, cum repudiatum sit legatum aut adpositum.* [353] D.12.1.12 *Si a furioso, cum eum compotem mentis esse putares, pecuniam quasi mutuam acceperis eaque in rem tuam versa fuerit, conditionem furioso acquiri Iulianus ait: nam ex quibus causis ignorantibus nobis actiones acquiruntur, ex isdem etiam furioso acquiri. item si is qui servo crediderat furere coeperit, deinde servus in rem domini id verterit, condici furiosi nomine posse. et si alienam pecuniam credendi causa quis dederit, deinde furere coeperit et consumpta sit ea pecunia, conditionem furioso acquiri.* [354] D.46.3.66 *Si pupilli debitor iubente eo sine tutoris auctoritate pecuniam creditori eius numeravit, pupillum quidem a creditore liberat, sed ipse manet obligatus: sed exceptione se tueri potest. si autem debitor pupilli non fuerat, nec pupillo condicere potest, qui sine tutoris auctoritate non obligatur, nec creditori, cum quo alterius iussu contraxit: sed pupillus in quantum locupletior factus est, utpote debito liberatus, utili actione tenebitur.* Lenel, Otto, *Palingenesia iuris civilis*, Bernhard Tauchnitz, Lipsia, 1889, t. II, pp. 1264, p.82, nt. 3.

<sup>6</sup> D.45,1,35 pr.-1 (Paul. 12 ad Sab.) *Si stipulor, ut id fiat, quod natura fieri non concedit, non magis obligatio consistit, quam cum stipulor ut detur quod dari non potest: nisi per quem stetit, quo minus facere id possit. Item quod leges fieri prohibent, si perpetuam causam servaturum est, cessat obligatio, veluti si sororem nupturam sibi aliquis stipuletur: quamquam etiamsi non sit perpetua causa, ut recidit in sorore adoptiva, idem dicendum sit, quia statim contra mores sit.*

más por su género que por su especie, es indudable que ese algo existe en la naturaleza y que su devolución es físicamente posible; por la otra, porque no se considera que sea ilícito restituir la *pecunia* que se recibió en préstamo<sup>7</sup> (aun cuando se es insolvente).<sup>8</sup> Si a quien hizo una entrega en mutuo se le llega a denegar acción en contra del *accipiens*, ello se debe a que —parafraseando una idea recurrente en otros pasajes del Digesto— la cantidad que entregó era de una cosa *extra commercium* (bien sea *omnium*,<sup>9</sup> como trigo público; o bien *in singulos*,<sup>10</sup> como dinero ajeno), lo que habría impedido que naciese obligación alguna a su favor.<sup>11</sup>

Una situación similar es la del reparo sobre el “mutuo condicionado”. La *condicio* suele ser tratada en *sedes materiae* de estipulaciones y cláusulas testamentarias, y en realidad, existe una cierta improcedencia “natural” de esa respecto al mutuo —digo “natural”, porque como es sabido, el *mutuum* no aparece en el famoso elenco papiniano de los *actus legitimi*.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> El Digesto no retoma en ninguno de sus pasajes el tópico filosófico que consideraba injusta la devolución del depósito, cuando, a pesar de actuar a instancia del depositante, se afectaba un interés mayor de éste o un interés mayor al deber de restitución del depositario (Plat. *Rep.* 1.331c; Cic. *De off.* 3.25.95; y, Sen. *De benef.* 5.10.1). La cuestión toma relevancia aquí, porque, si bien lo juristas romanos no entendieron el depósito como un préstamo (“*aliud est credere et aliud deponere*”, se lee en D.42,5,24,2), uno de los ejemplos expuestos por Cicerón implica un depósito de dinero; el que, como es sabido, podía convertirse en mutuo cuando se autorizaba a consumir las monedas en un momento posterior al de su entrega (Cfr. nota 20). Cic. *De off.* 3.25.95: “...*Si gladium quis apud te sana mente deposuerit, repetat insaniens, reddere peccatum sit, officium non reddere. Quid? si is, qui apud te pecuniam deposuerit, bellum inferat patriae, reddasne depositum? Non credo, facies enim contra rem publicam, quae debet esse carissima...*”

<sup>8</sup> D.42,8,6,6-7 (Ulp. 66 ad ed.) *Apud Labeonem scriptum est eum, qui suum recipiat, nullam videri fraudem facere, hoc est eum, qui quod sibi debetur receperat: [...]. Sciendum Iulianum scribere eoque iure nos uti, ut, qui debitam pecuniam recepit ante, quam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum* —el de la restitución de lo hecho en fraude de acreedores—: *sibi enim vigilavit. qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus: neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, cum iam par condicio omnium creditorum facta esset.*

<sup>9</sup> D.18,1,6 pr. (Pomp. 9 ad Sab.) *...quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeatur, ut est campus Martius.*”

<sup>10</sup> D.45,1,34 (Ulp. 48 ad Sab.) *Multum interest, utrum ego stipuler rem, cuius commercium habere non possum, an quis promittat: si stipuler rem, cuius commercium non habeo, inutilem esse stipulationem placet: si quis promittat, cuius non commercium habet, ipsi nocere, non mihi.* D.30,40 (Ulp. 2 fideic.) *Sed si res aliena, cuius commercium legatarius non habet...*

<sup>11</sup> D.12,1,2,4 (Paul. 28 ad ed.) *In mutui datione oportet dominium esse dantem...*

<sup>12</sup> D.50,17,77 (Pap. 28 quaest.) *Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem...* Pero Frag. Vat. 329 asimila a la *expensilatio* con la *mancipatio* y *acceptilatio*, precisamente por la imposibilidad de sujetarla a una condición: “*Sub condicione cognitor non recte datur, non magis quam mancipatur aut acceptum vel expensum fertur; nec ad rem pertinet, an ea condicio sit inserta,*

El efecto de la condición como hecho futuro de realización incierta lo suelen abordar los juristas romanos con las expresiones *cedere diem* y *venire diem*, en sus diversas variables sintácticas.<sup>13</sup> La explicación de la terminología la da Ulpiano en un conocido fragmento de una de sus obras de índole didáctica:

D.50,16,213 pr. (Ulp. 1 *reg.*)

“*Cedere diem*” significat incipere deberi pecuniam: “*venire diem*” significat eum diem venisse, quo pecunia peti possit. ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies: ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit: ubi sub condicione, neque cessit neque venit dies pendente adhuc condicione.

(“Que el plazo va” significa que empieza a deberse cantidad; “que el plazo viene”, significa que ha llegado el momento en que se puede exigir la cantidad. Cuando se estipula, sin condición ni término, el plazo va y viene a la vez; cuando se estipula con un término, va, pero no viene; cuando se estipula bajo condición, ni va ni viene, en tanto está pendiente la condición.)

Por consiguiente, una estipulación sujeta a condición no genera obligación, o lo que es lo mismo, no concede acción alguna para su exigencia; y en consecuencia, a diferencia de la sujeta a término, su pago implica una *solutio indebiti* cuando se hace por error,<sup>14</sup> o una donación, si se hace conscientemente.<sup>15</sup> Pero si, como ya se dijo, la entrega es connatural al mutuo, ahí donde hay dación de una cantidad propia para que el que reciba la consume a modo de restituir otro tanto, la obligación nace de manera ineludible, es decir, hay acción para repetir; por lo que, el *dies* necesariamente *cedet*, aunque con toda seguridad *non venit*, pues lo normal es que las partes pacten un término, que por ser regularmente a favor del deudor le significa una

---

*quae non expressa tacite inesse videatur.*” Que la *expensilatio* debió presuponer en origen un préstamo real o ficticio de dinero, se deduce de su propia etimología: <*pecunia*> *expensa lata*, es decir, suma “pesada y entregada”, cuando el negocio se realizaba aún mediante el rito del metal y la balanza (*per aes et libram*); posteriormente, el formalismo se redujo al registro del crédito (*transcriptio nominis*) en libros contables. Cfr. Cic. *Pro Rosc.* 5.4.13; Gel. *Noct. Att.* 14.2.7; y Gai. 3,128-130.

<sup>13</sup> *S.v.* “*cedere*” y “*venire*” en Heumann, Hermann & Seckel, Emil, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9ª ed., Jena, Gustav Fischer, 1907, pp. 643, pp. 62, 63 y 618.

<sup>14</sup> D.12,6,10 (Paul. 7 *ad Sab.*) *In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit.* D.35,1,1,1 (Pomp. 3 *ad Q. Muc.*): *Cum dies certus adscriptus est, quamvis dies nondum venerit, solvi tanem possunt, qui certum est ea debitu iri.* D.12,6,16 pr. (Pomp. 15 *ad Sab.*): *Sub condicione debitum per errorem solutum pendente quidem condicione repetitur, condicione autem existente repeti non potest.*

<sup>15</sup> D.50,17,53 (Paul. 42 *ad ed.*) *Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est.* D.39,5,29 pr. (Pap. 12 *resp.*) = D.50,17,82 (Pap. 9 *resp.*) *Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur.*

*exceptio*.<sup>16</sup> De este modo, sin tradición no puede haber mutuo; en todo caso, una promesa de mutuo, si se observa la solemnidad estipulatoria.<sup>17</sup>

De hecho, releendo con detenimiento los textos de los que partimos, se notará que sólo uno, D.12,1,8, habla de una *mutui datio*. El otro, D.12,1,7, se refiere a una *numeratio pecuniae*. La distinción no es en lo absoluto baladí, porque una cosa es decir que lo que queda sujeto a una condición es la causa de la “entrega de una cantidad” (la *causa traditionis* o *retentionis*); y otra, muy distinta, es decir que lo que está pendiente es la obligación de restituir lo que se recibió manifiestamente en mutuo. Esto, me parece, se aclara con dos pasajes; uno, del libro X de los *Digestos* de Juliano, en donde se habla de una *numeratio* que no siempre obliga (no de un *mutuum*); y, otro más, del libro segundo del *Comentario al Edicto* de Ulpiano, en donde no aparece determinada aún la causa por la que entregó el *tradens* y recibió el *accipiens* (si depósito o mutuo).

D.12,1,19 pr. (Iul. 10 *dig*)

*Non omnis numeratio eum qui accepit obligat, sed quotiens id ipsum agitur, ut confestim obligaretur.*

*Nam et is, qui mortis causa pecuniam donat, numerat pecuniam, sed non aliter obligabit accipientem, quam si exstisset casus, in quem obligatio collata fuisset, veluti si donator convaluisset aut is qui accipiebat prior decessisset.*

*Et cum pecunia daretur, ut aliquid fieret, quamdiu in pendenti esset, an id futurum esset, cessabit obligatio: cum vero certum esse coepisset futurum id non esse, obligabitur qui accepisset: veluti si Titio decem dedero, ut Stichum intra kalendas manumitteret, ante kalendas nullam actionem habeo, post kalendas ita demum agere potero, si manumissus non fuerit.*

(No toda entrega de una cantidad obliga al que la recibe <a su restitución>, sino siempre que se hace para que a la misma vez se esté obligado <a ello>.

En efecto, quien dona una cantidad a causa de muerte hace entrega de una cantidad, pero no obliga al que la recibe <a su restitución>, a no ser que se verificase la situación a la cual la donación hubiese sido referida; por ejemplo, si el donante hubiese convalidado o el que recibió <la cantidad> le premuriese.

Y cuando se da una cantidad para que se haga algo, en tanto está pendiente hacerlo, no hay obligación <de restituirla>; pero en cuanto comienza a ser cierto que no se hará, queda obligado <a restituir> el que hubiese recibido; por ejemplo, si hubiese dado diez mil sestercios a Ticio para que manumi-

<sup>16</sup> D.45,1,41,1 (Ulp. 50 *ad Sab.*) *Quotiens autem in obligationibus dies non ponitur, praesenti die pecunia debetur, nisi si locus adiectus spatium temporis inducat, quo illo possit perveniri. verum dies adiectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur: ex quo apparet diei adiectionem pro reo esse... D.50,17,186 (Cels. 12 *dig*) *Nihil peti potest ante id tempus, quo per rerum naturam persolvi possit: et cum solvendi tempus obligationi additur, nisi eo praeterito peti non potest.**

<sup>17</sup> Saccoccio, Antonio, “Mutuo reale, accordo di mutuo e promessa di mutuo in diritto romano”, en *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 4 (bajo el cuidado de Fiori, Roberto), Nápoles, Jovene, 2011, pp. 345-418.

tiese a Estico antes de las calendas; antes de las calendas no tendré acción y después de las calendas podré demandar <la restitución de los diez mil sestericios>, precisamente si no hubiese sido manumitido <Estico>.)

Como se puede apreciar, los dos casos referidos por Juliano en este fragmento son de negocios con una pendencia ínsita. Así, en el caso de la *donatio mortis causa* resulta incierto si por la *numeratio* nacerá o no la obligación de restituir la cantidad al *tradens* (*qui mortis causa pecuniam donat, numerat pecuniam, sed non aliter obligabit accipientem*), lo cual se encuentra supeditado a la condición casual de que convalezca éste o premuera el *accipiens* (*quam si exstitisset casus, in quem obligatio collata fuisset, veluti si donator convaluisset aut is qui accipiebat prior decessisset*).<sup>18</sup> En el segundo caso, se trata de una *datio ob rem*, es decir, una entrega para un fin determinado; aquí también resulta incierto si por la *numeratio* nacerá o no la obligación de restituir la cantidad al *tradens* (*cum pecunia daretur, ut aliquid fieret, quamdiu in pendenti esset, an id futurum esset, cessabit obligatio*), pero ahora, ello se supedita a una condición potestativa: la manumisión del esclavo Estico antes de las calendas (*veluti si [...] decem dederó, ut Stichum intra calendas manumitteret*); o sea, a la realización efectiva del fin para el cual se dio.<sup>19</sup>

D. 12.1.10 (Ulp. 2 ad ed.)

*Quod si ab initio, cum deponerem, uti tibi si voles permiseró, creditam non esse antequam mota sit, quoniam debitu iri non est certum.*

(Si desde un principio había de permitirte el hacer uso si lo quisieses de <la cantidad> que te depositara, no se entiende prestada antes de que dispongas de ella, puesto que no es cierto qué deuda tiene lugar.)<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Según Ulpiano, el mismo Juliano en sus mismos *Digestos* distingue entre aquellas donaciones a causa de muerte en las que se transfiere inmediatamente la propiedad al donatario (como la contemplada en D.12,1,19 pr.), y aquellas otras en las que el donante sigue siendo dueño hasta el momento de su muerte. D.39,6,2 pr. (Ulp. 32 ad Sab.) *Iulianus libro septimo decimo digestorum tres esse species mortis causa donationum ait, unam, cum quis nullo praesentis periculi metu conterritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat. aliam esse speciem mortis causa donationum ait, cum quis imminente periculo commotus ita donat, ut statim fiat accipientis. tertium genus esse donationis ait, si quis periculo motus non sic det, ut statim faciat accipientis, sed tunc demum, cum mors fuerit insecuta.*

<sup>19</sup> Y si nos atenemos a D.12,4,5 pr. (Ulp. 2 disp.) *Si pecuniam ideo acceperis, ut Capuam eas, [...] liceat paenitere ei qui dedit*; tendremos que afirmar que en las *datioes ob rem* la obligación de restituir nace no sólo al frustrarse la finalidad para la que se hizo la entrega, sino también por el arrepentimiento del *tradens*. Lo anterior, no obstante que en el fragmento de Juliano se lea “ante kalendas nullam actionem habebó”; basta considerar que incluso la manumisión puede frustrarse antes de las calendas, por lo que nacería la obligación de restituir precisamente antes de esa fecha; v.gr., si Estico muere antes de las calendas no habiendo sido manumitido.

<sup>20</sup> Sigo la interpretación de Gregorio Mayans, quien, ante la falta de concordancia con sustantivo alguno, lee en el segundo vocablo del sintagma “*quoniam debitu iri non est certum*” un

En este otro fragmento también hay una *numeratio*, sólo que a diferencia de la *donatio mortis causa* y de la *datio ob rem*, sabemos que el *tradens* puede repetir la cantidad que entregó, por lo tanto, la obligación de restituir existe; sin embargo, la incertidumbre radica en la acción para demandarla o, si se prefiere, en el negocio que la origina. Si el *accipiens* consume las monedas, la *causa traditionis* habrá sido un mutuo, por lo que la restitución se hará con otras monedas en la misma cantidad, que será reclamable a través de la *condictio*; si el *accipiens* no las consume, la *causa traditionis* habrá sido un depósito, debiendo entonces devolverse exactamente las mismas monedas entregadas, lo que podrá exigirse mediante la *actio depositi*.<sup>21</sup> La determinación de la causa de la entrega de las monedas (no de la obligación de restituirlas) depende de una condición potestativa: que el *accipiens* gaste o no las monedas recibidas (bien antes del termino acordado o bien, a falta de éste, antes de que el *tradens* las requiera).

Las palabras “*si ab initio*” son fundamentales en D.12,1,10, pues si la autorización de consumir las monedas es posterior a la entrega, entonces no habrá duda que hubo una *causa traditionis ex deposito* originaria, y que sólo en un segundo momento se convirtió por simple pacto en una *ex mutuo*.<sup>22</sup>

Regresemos ahora a D.12,1,8. Como se recordará, en él se exponen dos ejemplos para explicar su afirmación inicial; afirmación que en el discurso de los compiladores, tal como lo demuestra el adverbio *proinde*, está subordinada a la expresada en el fragmento anterior, D.12,1,7:

---

supino con apócope, no un pretérito pasivo. En ese mismo sentido, “*certum est ea debitu iri*” en D.35,1,1,1 (Pomp. 3 *ad Q. Muc.*), citado ya en la nota 14; así como, “*possit scire eam debitu ire*” en D.12,1,38 (Scaev. 1 *quaest.*), y “*legatum matri debitu iri*” en D.32,1,30,5 (Iav. 2 *post. Lab.*) Mayans e Isiscar, Gregorio, *Ejemplos de las conjugaciones de los verbos*, Valencia, Viuda de Josef de Orga, 1769, pp. 373 y ss.

<sup>21</sup> D.16,3,24 (Pap. 9 *quaest.*)... *Respondi depositi actionem locum habere: [...], si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur: nam si ut tantundem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos.*

<sup>22</sup> D.12,1,9,9 (Ulp. 26 *ad ed.*) *Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere. ergo transit periculum ad eum, qui mutua rogavit et poterit ei condici.* Por lo demás, ese cambio de la *causa traditionis* conlleva a la institución consensual del mutuo, mas no representa una vulneración manifiesta de su carácter real, pues la entrega de las monedas se realizó efectivamente entre las partes, fingiéndose únicamente su devolución y la realización de otra nueva tradición: “*videatur mihi data pecunia et a me ad te projecta*”, según Ulpiano en D.12,1,15 (31 *ad ed.*) Por el contrario, si no hubo una *numeratio* previa entre las partes, la *causa traditionis* originaria no podrá convertirse en mutuo por el simple acuerdo; a eso se refiere Africano en D.17,1,34 pr. (8 *quaest.*) cuando señala que: “*ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri non posse*”. Véase la opinión sobre el “*abire in creditum*” de D’Ors, Álvaro, “Credittum y contractus”, en *AHDE*, núm. 26, 1956, pp. 183-207.



*Omnia, quae inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniae, et ideo et condiciones. Proinde mutui datio interdum pendet, ut ex post facto confirmetur.*

En la entrega de una cantidad puede introducirse una condición; por lo tanto, la dación en mutuo a veces está pendiente (*mutui datio pendet*) hasta ser confirmada por un hecho posterior. Hasta aquí no hay mayor problema. En efecto, como ya se vió, la determinación de la causa por la que se entregó una suma de dinero puede depender del cumplimiento de una condición, y dicha causa puede ser un mutuo. La contrariedad aparece con el primer ejemplo:

*[V]eluti si dem tibi mutuos nummos, ut, si condicio aliqua exstiterit, tui fiant sisque mihi obligatus.*

Aquí, la *traditio* se supone (*si dem tibi*) y su causa es clara (*mutuos nummos*), por lo que la *mutui datio* se perfeccionó; no obstante ello, las monedas no se hacen del *accipiens* y no nace obligación, porque contradictoriamente, se nos dice, hay una condición de la cual depende el efecto de la *numeratio* (*ut, si condicio aliqua exstiterit, tui fiant sisque mihi obligatus*). Parfraseando a Juliano, en el citado D.12,1,19 pr., habrá que recordar que toda entrega de una cantidad obliga al que la recibe a su restitución cuando se hace para que a la misma vez se esté obligado a ello; y la entrega de una cantidad en mutuo obliga siempre a restituirla.<sup>23</sup> Así, mientras la primera parte de D.12,1,8 nos dice que realizada una entrega de dinero, el que la misma constituya un mutuo puede depender de un hecho futuro incierto; el primer ejemplo nos dice lo que ningún otro pasaje del Digesto: que cuando se entrega una cantidad en mutuo, la obligación de restituirla puede depender de un hecho futuro incierto. La discrepancia es tal a este punto que apenas puede aceptarse la mano de un mismo autor; difícilmente Pomponio (u otro jurista clásico), de quien, en todo caso, podría esperarse que dijera:

*Proinde mutui datio interdum pendet, ut ex post facto confirmetur:*

*[V]eluti si dem tibi nummos, ut, si condicio aliqua exstiterit, tui fiant <ex mutuo> sisque mihi obligatus.*

(Por lo tanto, a veces la dación en mutuo está pendiente, en cuanto resulte confirmada por un hecho posterior;

[P]or ejemplo, si te doy unas monedas para que, si se hubiese cumplido una condición, se hagan tuyas <por mutuo> y quedes obligado a mi favor.)

<sup>23</sup> D.12,1,2 (Paul. 28 *ad ed.*) *Mutuuum damus recepturi non eadem speciem [...], sed idem genus.* D.44,7,1,2 (Gai. 2 *res cott.*) = Gai. 3,90: *Re contrahitur obligatio mutui datione.*

En cambio, en el segundo ejemplo: “*si legatam pecuniam heres crediderit, deinde legatarius eam noluit ad se pertinere*”, lo que pende es la *causa traditionis ex mutuo* de una entrega de dinero (no la obligación de restituir lo que se recibió por una *mutui datio*).

Estamos frente a un legado de efectos reales o *per vindicationem*, como se deduce de la aclaración “*heredis ex die aditae hereditatis videntur nummi fuisse*”; pues si se tratase de un legado *per damnationem*, ninguna necesidad habría de suponer lo ineludible; a saber, que con la adición, el heredero se hace dueño de las monedas y, aceptado que sea el legado, también deudor de ellas frente al legatario. En ese supuesto la pendencia de la *causa traditionis* se resolverá o en un mutuo o en un pago. Si el *accipiens* repudia posteriormente el legado, la causa de la *numeratio* habrá sido *ex mutuo*; si lo acepta, la *causa traditionis* habrá sido *ex soluto*; y, en cualquier caso, el heredero habrá entregado dinero propio.

Por su parte, en el ejemplo en cuestión, repudiado que sea el legado por el *accipiens* después de haberse realizado la *numeratio*, adquirirá el heredero la propiedad de las monedas; pero entonces se dirá que ya era dueño desde su entrega, pues ésta se refiere en todo momento a la adición de herencia (*Iulianus ait et traditiones ab herede factas ad id tempus redigi, quo hereditas adita fuerit, cum repudiatum sit legatum aut adpositum.*) Por el contrario, si hecha la *numeratio* el *accipiens* acepta el legado, es él quien adquirirá las monedas directamente del testador, pues aunque la entrega se refiere al momento de la adición de herencia, las monedas quedan fuera de la misma por tratarse de un legado *per vindicationem*; en otras palabras, el heredero habrá entregado dinero ajeno.

Así, si el *accipiens* repudia posteriormente el legado, la causa de la *numeratio* habrá sido *ex mutuo* al igual que en el *per damnationem*. Aceptado el legado por el *accipiens*, la entrega no habrá ido más allá de una transferencia deliberada de la posesión a quien era dueño; no hay pago, porque el *tradens* no se encontraba obligado con el *accipiens* (el legatario nunca tuvo acción personal en contra del heredero para reclamarle las monedas).