Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/msw2zrrw

EL NUEVO CÓDIGO CIVIL CHINO Y LA REALIDAD DEL MUTUO*

Antonio SACCOCCIO**

SUMARIO: I. *La categoría del contrato real frente a los ataques de una falsa modernidad*. II. *El nuevo Código Civil de la República Popular China y el contrato*. III. *El mutuo en la Ley china de Contratos y en el Código Civil*. IV. *Conclusiones*.

I. LA CATEGORÍA DEL CONTRATO REAL FRENTE A LOS ATAQUES DE UNA FALSA MODERNIDAD

El marco dogmático del contrato de mutuo aún representa una cuestión que reviste cierta importancia dentro del sistema jurídico romanista, especialmente considerando los desarrollos de esta institución desde la época de la "fundación" del referido sistema en el derecho romano de Justiniano, hasta sus resultados dentro de los subsistemas jurídicos europeo, latinoamericano y chino.[1]

La realidad del mutuo romano ha sido durante años un pilar inexpugnable de la doctrina romanista. El legado más evidente de este enfoque es el hallazgo de la misma ubicación sistemática de nuestro contrato en todos los códigos civiles europeos de los últimos dos siglos, con excepción del OR suizo que, en cambio, abolió la categoría de los contratos reales.[2]

La elección suiza de calificar el mutuo como un contrato consensual fue seguida luego por otros legisladores europeos y latinoamericanos. Baste

* Agradezco mucho al Dr. David Fabio Esborraz por la revisión del texto en castellano. Una versión italiana se publicará en el *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, núm. 114, 2020.

** Universidad de Brescia.

[1] Recientemente me he ocupado de este particular en varias ocasiones. Para un resumen de mi pensamiento, véase Saccoccio, A., *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico. Profili di consensualità nel mutuo reale*, Torino, 2020, *passim*.

[2] Excepto para la donación manual (*cfr.* artículo 242, 1: "La donazione manuale si compie mediante la consegna della cosa dal donante al donatario").

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/msw2zrrw

recordar el Código Civil federal de México de 1928, o los códigos de Perú de 1984 o de Cuba de 1987, o el más reciente Código Civil y comercial de la República Argentina de 2015;[3] mientras que en Europa la reforma del derecho de las obligaciones en Alemania en 2002 avanzó también en esta dirección (más adelante se dará más contexto). Por el contrario, otros codificadores contemporáneos han optado por mantener la categoría de los contratos reales y colocar el mutuo dentro de ella: los ejemplos más evidentes de esta tendencia son los códigos de Paraguay de 1987 y el de Brasil de 2003,[4] así como la Ley china de los Contratos y el nuevo Código Civil chino, que examinaremos a continuación.

Me parece interesante señalar dos factores propios de la época contemporánea: por un lado, la resistencia de la realidad del mutuo en algunos ordenamientos modernos, no obstante las fuertes presiones doctrinales y/o jurisprudenciales —y, en algunos casos, incluso legislativas— en sentido contrario; por otro lado, el modelo sistemático adoptado en la Ley china de los Contratos de 1999 y ahora por el muy reciente Código Civil chino, que (también) admite una estructura real para el mutuo. Ambos datos aparecen como homólogos respecto a la construcción que deriva directamente del

[3] Sobre este particular, permítanme reenviar a lo que digo en Saccoccio, A., "Mutuo reale e mutuo consensuale nel sistema giuridico latinoamericano", *Roma e America. Diritto Romano Comune*, núm. 27, 2009, pp. 101 y ss. (trad. sp. en VV.AA., *Tra Italia e Argentina tradizione romanistica e culture dei giuristi*, bajo el cuidado de C. Cascione y C. Masi Doria, Nápoles, 2007, pp. 261 y ss.; trad. china *Lun Lameifa zhong de yaowu jiedai he nuocheng jiedai*, en *Xueshuo Huizuan-Digesta*, Pekín, 2011, pp. 21 y ss.; trad. port. en VV.AA., *Sistema jurídico romanistico e subsistema jurídico latinoamericano*, bajo el cuidado de S. Schipani y D. B. Santos G de Araujo, São Paulo, 2015, pp. 455 y ss.); *idem*, "La difusión del principio del consensualismo en América Latina: las categorías real y consensual en el derecho de los contratos", *Autónomía privada. Perspectivas del derecho contemporáneo*, bajo el cuidado de M. L. Neme Villareal, Bogotá, 2018, pp. 47 y ss.; *idem*, "Realità e consensualità nel diritto dei contratti alla luce del nuovo Cc. Argentino", *Nuovo Codice Civile argentino e sistema giuridico latinoamericano*, bajo el cuidado de R. Cardilli y D. F. Esborraz, Padova, 2017, pp. 475 y ss.; *idem*, "Dal «re contrahere» al contratto reale. Brevi note sulla categoria di «contratto reale» nel Codice civile di Cuba del 1987", *Costituzione e diritto privato. Una riforma per Cuba*, bajo el cuidado de A. Barenghi *et al.*, Nápoles, 2019, pp. 429 y ss.

[4] Para Paraguay *cfr.* artículo 1292 CC; en la doctrina *cfr.*: Torres Kimser, J. R. *et al.*, *Derecho bancario*, Asunción, 1999, pp. 226 y ss.; Pangrazio, M. A., *Código civil paraguayo comentado. Libro tercero*, Asunción, 1998, pp. 530 y ss. Para Brasil: artículo 586 CC; en la doctrina *cfr.* Gomes, O., *Contratos*, Río de Janeiro, 2002, p. 319; Rodrigues, S., *Direito civil. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*, III, São Paulo, 2002, pp. 35 y 262; Diniz, M. H., *Curso de direito civil brasileiro*, III: *Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*, São Paulo, 2002, pp. 17, 93 y 298; Roldão de Freitas Gomes, L., *Contrato*, Río de Janeiro-São Paulo, 2002, pp. 65 y 270; *idem*, *Tratado teórico e prático dos contratos*, III, São Paulo, 2002, p. 169; Villaça Azevedo, Á., *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos. Curso de direito civil*, São Paulo, 2002, pp. 71 y ss.; Rizzardo, A., *Contratos*, Río de Janeiro, 2005, pp. 79 y 599; Nader, P. *Curso de direito civil*, III: *Contratos*, Río de Janeiro, 2005, § 15, 48 y ss. (con dudas) y § 104 y 351.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/msw2zrrw

derecho romano. En particular, la reciente elección del legislador chino de sancionar la existencia de la categoría de contratos reales y colocar el mutuo, aunque con las precauciones que veremos, dentro de ella, me parece justificar las consideraciones que pretendo volver a realizar sobre este tema.

Además, las mismas oscilaciones entre el mantenimiento y la cancelación de la categoría de los contratos reales se pueden ver observando los proyectos más o menos recientes de unificación del derecho de los contratos que circulan en Europa, en los que el modelo de la consensualidad del mutuo parece ser, y lejos, el dominante, aunque no se ignora la idea de realidad.

El primero, de hecho, parece estar inspirado en los denominados Principios Unidroit de 1994:[5] en el punto tres del comentario "oficial", significativamente titulado "All contracts consensual", leemos que aunque algunos ordenamientos nacionales prevén la entrega entre los requisitos para el perfeccionamiento del contrato, "these rules are not easily compatible with modern business perceptions and practice and are therefore excluded by this Article".[6] Con respecto al párrafo 3.2 de los Principios Unidroit, se ha establecido expresamente en la doctrina que la disposición pretende deliberadamente "escludere che il completamento del procedimento di formazione [del contratto] possa… dipendere dalla consegna di una cosa".[7]

En el mismo sentido, los PECL (Principles of European Contract Law 1996/2000) prevén, en el artículo 2:101, en lo que se ha llamado "definizione nascosta di contratto",[8] que "il contratto è concluso quando: *a)* le parti hanno manifestato la volontà di vincolarsi giuridicamente e *b)* hanno raggiunto un accordo sufficiente. Non è richiesto alcun altro requisito". Es evidente que los PECL "do not recognize the legal category of «real contracts»".[9] Más matizada aparece la posición del DCFR (Draft Common Frame of Reference) de 2009, que al ofrecer una completa definición de

[5] *Cfr*. los *Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali* (la ultima versión consultada es de 2016), artículo 3.1.2 rubricado como "Validità del semplice accordo": "Un contratto è concluso, modificato o sciolto con il semplice accordo delle parti, senza bisogno di ulteriori requisiti". La referencia a la no necesidad de "ulteriori requisiti" me parece suficientemente clara en el sentido indicado en el texto.

[6] Los principios y su comentario son de fácil acceso, están disponibles en: *https://www.unidroit.org/contracts*. Sobre el valor científico del comentario en los Principios Unidroit, aquí es suficiente la referencia a M. J. Bonell, *Un "Codice" internazionale del diritto dei contratti*, Milano, 2006, pp. 64 y ss.

[7] D'angelo, A., "Principi Unidroit e regole causalistiche", *I contratti in generale: aggiornamento 1991-1998*, bajo el cuidado de G. Alpa y M. Bessone, Torino, 1999, p. 236.

[8] Castronovo, C., *Prefazione all'edizione italiana dei Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001, XXII.

[9] Antoniolli, L., *Principles of European Contract Law and Italian Law. A Commentary*, bajo el cuidado de L. Antoniolli y A. Veneziano, The Hague, 2005, p. 49.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/msw2zrrw

contrato, y que, por cierto, falta en los otros dos proyectos, sin duda lo identifica como un acuerdo (*agreement*).[10] Sin embargo, a nivel de técnica definitoria no se escapa que el DRAFT no pretende ofrecer una lista de todos los elementos constitutivos necesarios para la existencia de un contrato, sino simplemente "enucleare l'unico elemento costitutivo (o gli unici elementi costitutivi) che non possono mancare affinché il contratto esista".[11]

En cambio, el Code Européen des Contrats-Avant-Projet (el llamado Proyecto Gandolfi) de 2002[12] mantiene abierta la posibilidad de "desdoblar" un contrato real con un correspondiente —y atípico— modelo consensual: artículo 34, 2: "I contratti reali si perfezionano con l'effettiva consegna della cosa che ne costituisce l'oggetto, salvo che in base alla volontà delle parti o agli usi debba ritenersi che esse abbiano voluto concludere un contratto consensuale atípico".[13]

El referido artículo se titula "Forma especial requerida bajo pena de nulidad". Podría ser cierto que, desde un punto de vista puramente empírico, en el derecho romano arcaico las "formas" sirvieran para asegurar "la serietà, l'obiettiva riconoscibilità e l'efficacia della volontà e a rendere conseguentemente stabili i risultati ai quali si indirizzava il comportamento",[14] pero desde un punto de vista más dogmático, poner en común el uso de formas solemnes y la entrega como elementos de carácter objetivo que el legislador puede solicitar si considera que la causa es excesivamente frágil,[15]

---

[10] *Cfr*. DCFR II, 1: 101: "A contract is an agreement which is intended to give rise to a binding legal relationship or to have some other legal effect".

[11] *Cfr*. Marchetti, C., "Un'introduzione al contract del DCFR: la (necessaria) bilateralità della formazione del vincolo?", en Marchetti, C., *Il DCFR: lessici, concetti e categorie nella prospettiva del giurista italiano*, Torino, 2012, p. 2. Pero sobre este punto, véase particularmente Petrucci, A. y Luchetti, G. (bajo el cuidado de), *Fondamenti del diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft common Frame of Reference*, II, Bolonia, 2010; Petrucci, A., *Fondamenti romanistici del diritto europeo. La disciplina generale del contratto*, I, Torino, 2018.

[12] El libro I del Proyecto sobre los contratos en general se publicó por primera vez en francés en 1999; una secunda edición, con las relaciones del coordinador, los índices y las traducciones, ha visto la luz en 2002. Posteriormente, se completaron también el libro II, 1 relativo a la venta, y el libro II, 2, relativo a los "contratos de servicios". Sobre el Avant-projet, entre muchos ensayos del coordinador, *cfr*. Gandolfi, G., "Per un Codice europeo dei contratti", *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1992, pp. 781 y ss.; *idem*, "Sul progetto di un «codice europeo dei contratti»", *Rass. Di Dir. Civ.*, núm. 1, 1996, pp. 105 y ss.; *idem*, "Il progetto «pavese» di un codice europeo dei contratti", *Riv. Dir. Civ.*, núm. 47, 2001, pp. 455 y ss.

[13] Avant-projet disponible en: *http://www.eurcontrats.eu/acd2/notizie-generali/*, en los varios idiomas en que esta redactado.

[14] Corbino, A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, Torino, 2006, p. 55.

[15] *Cfr*. Garofalo, L., *Gratuità e responsabilità contrattuale*, TSDP, 5, 2012, pp. 35 y ss. (Garofalo, L., *Figure e tutele contrattuali fra diritto romano e contemporaneità giuridica*, Santiago de Compostela, 2015, 122). Pero para la entrega como forma necesaria para la vinculatoriedad de

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/msw2zrrw

me parece que podría dar lugar al malentendido de colocar al mismo nivel elementos relacionados con la estructura de un contrato (como la entrega en los contratos reales) y elementos relacionados con su validez (como la forma).[16] Asimismo, el hecho de que la ley china hable de "forma exigida bajo pena de nulidad", incluyendo en este título también la entrega en la estructura real del mutuo, me parece que implica la visión básica de enmarcar la entrega de la cosa no como un mecanismo necesario para la conclusión de un contrato, sino como requisito para su validez, con lo que no estoy de acuerdo (ver también *infra*, nota 62, sobre este punto).

En cualquier caso, según el texto del Proyecto, las partes podían elegir libremente si estructurar el mutuo como contrato real o como contrato consensual.[17]

II. El nuevo Código Civil de la República Popular China y el contrato

Como se sabe, el 28 de mayo de 2020, tras un largo y turbulento camino,[18] se aprobó el nuevo Código Civil chino, fruto de una fructífera interacción entre

---

la voluntad véase Forchielli, P., *I contratti reali*, Milano, 1952, pp. 87 y ss., con el cual está de acuerdo Mirabelli, G., *Dei contratti in generale*, en *Commentario del Codice Civile*, IV. 2. 2, Torino, 1958, p. 36. En cambio, para la entrega como elemento que ocupa el lugar de la causa o que la integra, *cfr.*, respectivamente, Sacco, R., "Il contratto", en Vassalli, F. (dir.), *Trattato di diritto civile italiano*, VI, 2, Torino, 1975, pp. 613 y ss.; Scozzafava, O. T., *Gli interessi monetari*, Nápoles, 1984, p. 159; Tilla, M. De, "Donazione-permuta-mediazione-mandato-mutuo-comodato", *Il diritto immobiliare. Trattato sistematico di giurisprudenza per casi*, Milano, p. 548; Teti, R., "Il mutuo", en Rescigno, P. (dir.), *Trattato di diritto privato*, XII: *Obbligazioni e contratti*, IV, Torino, 2007, p. 599 y por la primera posición; Roppo, V., "Il contratto", en Iudica, G. y Zatti P. (dir.), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2001, p. 201, por la segunda.

16 *Cfr.* por ejemplo, Cenni, D., *La formazione del contratto tra realità e consensualità*, Padova, 1998, pp. 63 y ss.

17 Sobre este punto, en un sentido crítico frente a la categoría, ver Ruffini Gandolfi, M. L., *I contratti reali nella prospettiva di una codificazione europea: elementi per una discussione*, *Jus*, 2000, pp. 341 y ss. (*Diritto Privato. Studi in onore di A. Palazzo*, III: *Proprietà e rapporti obbligatori*, Perugia, 2009, pp. 697 y ss.); Eadem, "I c. d. contratti reali: profili problematici", en Gandolfi G., *Académie des Privatistes Européens, Code européen des contrats-Avant-projet*, II: *Des contrats en particulier*, II: Rapports de membres de l'Académie et d'expert, Milano, 2008. Sobre el mismo tema ver también Gandolfi, G., "Contratti reali e a favore di terzi nel "Progetto" dell'Accademia dei Giusprivatisti Europei", *L'uniformazione del diritto contrattuale. Problematiche attuali e tendenze evolutive-Atti degli Incontri di Studio della Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università degli Studi di Napoli*, 2004.

18 Pazzaglini, H., "La recezione del diritto civile nella Cina del nostro secolo", *Mondo Cinese*, núm. 76, 1991, pp. 49 y ss. (que adolece, sin embargo, de evidentes lagunas bibliográficas); Fei Anling, "Gli sviluppi storici del diritto cinese dal 1911 ad oggi. Lineamenti di una

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/msw2zrrw

ciencia jurídica y legislación, que tiene en cuenta la multifacética —y completamente peculiar, aunque imputable al modelo socialista— articulación de las fuentes del derecho en ese país[19] y que no se limita a un mero "trasplante" jurídico de reglas derivadas del mundo occidental.[20] La ciencia jurídica china ahora se siente madura y, creyendo haber ya pasado la época del "trapianto acritico del diritto", se siente dispuesta a afrontar los desafíos sistemático-conceptuales que impone el lanzamiento de una codificación del derecho.[21]

Claras, y ahora ampliamente estudiadas por la doctrina, incluso fuera del estrecho círculo de juristas —y romanistas, en particular—,[22] son las influencias de la tradición jurídica romana en la legislación y en la doctrina china,[23] a la luz de las cuales ahora podemos considerar definitivamente su-

analisi relativa al diritto privato", *Roma e America. Diritto Romano comune*, núm. 23, 2007, pp. 111 y ss. Pero ver también *infra* abundantemente en el texto y en las notas siguientes.

19 Sobre este punto, *cfr.* Keller, P., "Sources of Order in Chinese Law", *The American Journal of Comparative Law*, núm. 42, 1994, pp. 711 y ss. (Keller, P. [bajo el cuidado de], *Chinese Law and Legal Theory*, Aldershot, 2001, pp. 239 y ss.); Antonelli, F. R., "La «legge sulla legislazione» ed il problema delle fonti nel diritto ciñese", *Mondo Cinese*, núm. 119, 2004, pp. 23 y ss.; Xu Guodong, "Le fonti del diritto civile nel sistema ciñese", *Diritto@Storia*, núm. 4, 2005; Toti, E., *Elementi di diritto cinese*, Roma, 2010, pp. 15 y ss.; más en general, sobre este tema ver también Ajani, G. *Le fonti non scritte nel diritto dei Paesi socialisti*, Milano, 1985; Toti, E., *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico. Tra legge e dottrina*, Roma, 2020, pp. 41 y ss. Sobre el "valor absoluto" (en el sentido de "valor jurídico vinculante") que han asumido las interpretaciones de la Suprema Corte en China, ver Yin Qiushi, "Le Interpretazioni della Suprema Corte del Popolo cinese e lo *ius* honorarium", *Roma e America. Diritto Romano Comune*, núm. 37, 2016, pp. 251 y ss.; Formichella, L., "La riforma giudiziaria in Cina e il ruolo della Suprema Corte Popolare", *Roma e America. Diritto Romano Comune*, núm. 39, 2018, pp. 167 y ss., y sobre todo, Porcelli, S., *Hetong e contractus. Per una riscoperta dell'idea di reciprocità nel dialogo tra diritto cinese e diritto romano*, Torino, 2020, pp. 84 y ss.

20 Timoteo, M., "Il Codice civile in Cina: oltre i legal transplants?", *Mondo Cinese*, núm. 167, 2019, pp. 13 y ss.; Ead., "La lunga marcia della codificazione civile nella Cina contemporánea", *BIDR*, núm. 110, 2016, pp. 35 y ss.

21 Xue Jun, *La polemica sulla codificazione del diritto civile cinese*, disponible en: *http://www.romanlaw.cn/sub2-35.htm*.

22 Ver, por ejemplo, Castello, M. G., "L'ombra di Roma. La cultura romana e la Cina", *Historia Magistra. Rivista di Storia Critica*, núm. 15, 2014, pp. 42 y ss.; Colangelo, L., "L'introduzione del diritto romano in Cina: evoluzione storica e recenti sviluppi relativi alla traduzione e produzione di testi e all'insegnamento", *Roma e America. Diritto Romano Comune*, núm. 36, 2015, pp. 175 y ss.; Eadem, "La ricezione del sistema giuridico romanistico e la relativa produzione di testi in Cina all'inizio del XX secolo: le fonti del diritto romano in due dei primi manuali in lingua ciñese", *BIDR*, núm. 110, 2016, pp. 195 y ss.

23 La literatura sobre este punto ahora se ha vuelto consistente. Al hacer una selección podemos partir de los ya clásicos escritos de Jan Ping, ex rector de CUPL, una de las universidades chinas más prestigiosas (*cfr.* Jian Ping, "Il diritto romano nella Repubblica Popolare Cinese", *Index*, núm. 16, 1988, pp. 367 y ss.; *idem*, "The Spirit of Roman Law in China" [en chino], *China Legal Science*, núm. 1, 1995, versión italiana en Formichella, L. *et al.* [bajo el cui-

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/msw2zrrw

perada la metáfora del "diritto che non c'è".[24] El elevado carácter científico del derecho romano, unido a su vocación tendencialmente universalista, centrada en el respeto a la persona humana, han constituido las razones básicas de esta opción, que es, claro está, atribuible a una libre elección.[25]

El Código Civil,[26] que entrará en vigor el 1o. de enero de 2021,[27] es de fundamental importancia tanto para la elección —nada obvia— de la regulación de lo jurídico a través de la "forma Código"[28] como para el papel

---

dado de], *Diritto Cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, Torino, 2005, pp. 49 y ss.; sobre la obra de Jian Ping, para la difusión del derecho romano en China ver extensamente Toti, E., *Diritto cinese dei contratti*, *cit.*, pp. 21 y ss.), para luego considerar los numerosos escritos sobre el tema de Sandro Schipani (*cfr. ex multis*, Schipani, S., *Diritto romano in Cina-XXI secolo*, *Treccani. it*, disponible en: *http://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-romano-in-cina*, XXI-Secolo, 2009; *idem*, "La Cina e il nuovo diritto romano", *Mondo Cinese*, núm. 145, 2011, pp. 50 y ss.; *idem*, "Fondamenti romanistici e diritto cinese (riflessioni su un comune lavoro nell'accrescimento del sistema)", *BIDR*, núm. 110, 2017, pp. 35 y ss.), y de Oliviero Diliberto (*cfr.* Diliberto, O., "La lunga marcia. Il diritto romano nella Repubblica popolare cinese", en Canfora L. y Cardinale, U. [bajo el cuidado de], *Disegnare il futuro con intelligenza antica. L'insegnamento del latino e del greco antico in Italia e nel mondo*, Bolonia, 2012, pp. 53 y ss.; *idem*, "Chiusura dei lavori. Diritto romano e codificazione cinese tra passato, presente e futuro. Alcune considerazioni", *BIDR*, núm. 110, 2016, pp. 293 y ss.). Sobre este punto ver, además, Mi Jian, "Diritto cinese e diritto romano", *Index*, núm. 19, 1991, pp. 343 y ss. (*Diritto cinese e sistema giuridico romanistico*, *cit.*, pp. 13 y ss.); Xue Jun, "Il diritto romano in Cina", *Cardozo Electronic Law Bulletin*, núm. 12, 2006, pp. 1 y ss.; *idem*, "La codificazione del diritto civile cinese e il diritto romano", *BIDR*, núm. 110, 2016, pp. 73 y ss.; Xu Guodong, "La base romanistica della parte generale del codice civile ciñese", *BIDR*, núm. 110, 2016, pp. 47 y ss.; Yang Zhenshan, "La tradizione filosofica del diritto romano e del diritto cinese antico e l'influenza del diritto romano sul diritto cinese contemporáneo", ahora en *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico cit.*, pp. 29 y ss.; Cardilli, R., "Diritto cinese e tradizione romanistica alla luce del nuovo Codice civile della RPC", *Mondo Cinese*, núm. 167, 2019, pp. 25 y ss.; Porcelli, S., *Hetong e contractus*, *cit.*, pp. 15 y ss., con más bibliografía también en chino.

[24] Ver, por ejemplo, Moccia, L., "Prologo breve sulla «originalità» del diritto (tradizionale) cinese e sull'importanza del suo studio in prospettiva storico-comparatistica", *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2004, pp. 991 ss., que retoma la vieja imagen de Montesquieu, según el cual es el garrote que gobierna China (*cfr. Esprit des lois*, I, 8, 21), y al cual, a su vez, la retoma (ver nota 273) del historiador orientalista Jean-Baptiste Du Halde (1674-1743).

[25] *Cfr.* S. Porcelli, *Hetong e contractus cit.*, XIII.

[26] Sobre el proceso que condujo a la elaboración del Código a partir de 2014, además de los autores citados antes, ver Porcelli, S., *Hetong e contractus cit.*, pp. 277 y ss., y Toti, E., *Diritto cinese dei contratti…*, *cit.*, pp. 34 y ss.

[27] El texto en chino se encuentra en el sitio de la Asamblea Nacional del Popolo Chino, disponible en: *http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202006/75ba6483b8344591abd07917e1d25cc8.shtml*. Para algunas primeras reflexiones sobre este Código, véase Porcelli, S., "Il nuovo Codice civile della Repubblica Popolare Cinese. Osservazioni dalla prospettiva del dialogo con la tradizione romanistica", *Studium Iuris. Riv. per la Formazione nelle Professioni Giuridiche*, núms. 7-8, 2020, pp. 811 y ss.

[28] *Cfr.*, por ejemplo, Rescigno, P., "La «forma Codice»: storia e geografia di un'idea", *Riv. Dir. Civ.*, 2002, pp. 29 y ss.; con referencia a China, véase también Irti, N., *La Cina verso l'unità*

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/msw2zrrw

de "pietra miliare di una nuova Cina, che vuole connotarsi per una autonomia dichiarata dai modelli esterni", expresión de una "identità nazionale, sull'onda della spinta storica che va spostando il baricentro economico (e politico) del mondo da Occidente verso Oriente".[29] Esta cuestión se percibe también por los colegas chinos.[30]

Incluso dentro de este nuevo Código el contrato sigue siendo una categoría ordenadora con un valor epistemológico y social fenomenal.[31] Ya de la propia construcción del Código resalta aún más el principio de libertad contractual que corresponde a una consecuente mayor distancia del modelo que conecta el contrato a los efectos vinculantes del acto realizado desde el punto de vista de una economía planificada,[32] en la que "i contratti costituivano soltanto i mezzi e le forme per regolare e realizzare le allocazioni pianificate".[33]

En Italia se han dedicado, hasta ahora, varios estudios a la noción de contrato en China, tanto desde una perspectiva civilista-comparadistica[34] como desde una óptica que mira más de cerca al derecho romano,[35] reconociendo su tortuoso desarrollo, articulado en diferentes fases temporales.[36]

---

di un codice civile, disponible en: *https://www.corriere.it/opinioni/17_gennaio_31/cina-l-unita-un-codice-civile-31b22dce-e705-11e6-b669-c1011b4a3bf2.shtml*.

29 Así, ver Timoteo, M. *Il Codice civile in Cina*, *cit*., p. 17.

30 *Cfr*., por ejemplo, Fei Anling, en la "Prefazione" al volumen de Porcelli, S., *Hetong e contractus cit*. Por otra parte, ya el jurista norteamericano Nathan Roscoe Pound (1870-1964), respecto al Código chino de 1931, había señalado que se trataba esencialmente de la culminación de una serie de desarrollos en los que se había asentado el precipitado del derecho romano a partir de la fundación del sistema con Justiniano: *cfr*. Pound, R., "Roman Law in China", *L'Europa e il diritto romano. Studi in onore di Paul Koschaker* I, Milano, 1954, pp. 441 y ss. Sobre la "conciencia" del jurista chino hoy, ver *supra*, nota 21.

31 Sobre la importancia del contrato como "istituzione sociale", ver Cores, C. de, *La teoría general del contrato a la luz de la historia*, Montevideo, 2017, citado de la traducción italiana *La teoria generale del contratto. Una prospettiva storica*, Torino, 2020, pp. 11 y ss.

32 Sobre este punto, véase particularmente Cardilli, R., "Precisazioni romanistiche su 合同 e 诚实信用", en Papa, M. *et al*. (bajo el cuidado de), *Il libro e la bilancia. Studi in memoria di Francesco Castro*, Roma, 2011, pp. 156 y ss., *idem*, "Diritto cinese e tradizione romanistica alla luce del nuovo Codice civile della RPC", *Mondo Cinese*, núm. 167, 2019, p. 36; sobre el "contrato económico" en China, véase también Ajani, G., "Contratto economico nei Paesi socialista", *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, vol. IV, Torino, 1989, pp. 259 y ss., y ahora extensamente Porcelli, S., *Hetong e contractus cit*., p. 44.

33 *Cfr*. Porcelli, S., *Hetong e contractus cit*., p. 47.

34 *Cfr*. Timoteo, M., *Il contratto in Cina e Giappone nello specchio dei diritti occidentali*, Padova, 2004.

35 *Cfr*. Toti, E., *Diritto cinese dei contratti*…, *cit*., y sobre todo Porcelli, S., *Hetong e contractus cit*.

36 *Cfr*. Timoteo, M., *Il contratto in Cina*… *cit*., pp. 254 y ss., y Porcelli, S., *Hetong e contractus cit*., pp. 41 y ss.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/msw2zrrw

Antes de la aprobación del Código, la materia contractual estaba esencialmente regulada en China por la Ley de Principios Generales de 1986 y por la Ley de Contratos de 1999, las cuales representaron un formidable instrumento de apertura del país.[37]

Así, el artículo 85 de la Ley de Principios Generales de 1986 definió el contrato como "l'accordo per mezzo del quale si costituisce, modifica estingue un rapporto di diritto civile tra le parti".[38] Por su parte, el artículo 2o. de la Ley de Contratos de 15 de marzo de 1999 definió el contrato de la siguiente manera: "Ai fini di questa legge, per contratto si intende un accordo per costituire modificare o estinguere rapporti civili di tipo obbligatorio tra persone fisiche, persone giuridiche od altre organizzazioni, in qualità di soggetti paritari".[39]

La definición se repite sustancialmente, salvo algunas variantes que no afectan a esta investigación,[40] en el artículo 464 del nuevo Código Civil de la República Popular China de 2020, según el cual: "Il contratto è l'accordo tra soggetti civili per stabilire, modificare o estinguere rapporti di diritto civile".

El modelo de referencia es claramente el franco-italiano, evidente herencia del derecho natural, del "contrato-convenio", aunque en el plano efectual la definición supera la generalización italiana —pero antes ya alemana—, partiendo de la "relación jurídica" italo-alemana hacia la "relación de derecho civil" de tipo obligatorio,[41] en una perspectiva que es más cercana al derecho romano.[42]

El "solitario consenso che egemonizza le definizioni", sin embargo, no puede reducirse al único elemento estructural necesario para la construc-

---

37 Sobre el punto, ver Porcelli, S., *Hetong e contractus cit.*, pp. 57 y ss.

38 合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。

39 *Cfr. Leggi tradotte della Repubblica Popolare Cinese: Legge sui contratti*, trad. de L. Formichella y E. Toti, Torino, 2002.

40 Por ejemplo, la referencia a "personas físicas, jurídicas, etcétera" se sustituye por la mención del "sujeto civil", mientras que la referencia a la igualdad de posición de las partes contratantes desaparece. Sobre este punto, *cfr.* Cardilli, R., *Diritto cinese e tradizione romanística*…, *cit.*, pp. 37 y ss.

41 Sobre la ausencia de la referencia expresa a la obligación en el Código por la reordenación derivada de la inclusión de la legislación sobre el contrato en el mismo Código, y por tanto sobre la necesidad de coordinación también con lo dispuesto, por ejemplo, en la parte general del mismo cuerpo legal (artículo 118) que menciona el contrato entre las fuentes de obligación, ver Cardilli, R., "Derecho chino y tradición romanista a la luz del nuevo Código Civil de la RPC", en prensa en *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 41/2020, § 5, pero *cfr.* también Porcelli, S., *Hetong e contractus cit.*, pp. 292 y 293.

42 *Cfr.* Cardilli, R., *Diritto cinese e tradizione romanística*…, *cit.*, 37.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/msw2zrrw

ción de la institución contractual, a menos que olvidemos la causa, la forma y el objeto, que también el mismo Código chino —así como los códigos europeos— recuerda y regula en otros puntos, o lo considera más o menos implícito.[43] Lo mismo puede decirse de la fuerza vinculante de la buena fe y de la "forza generatrice" y reequilibradora del sinalagma,[44] de modo que, más allá del dato meramente nominalista-definitorio, incluso para el ordenamiento jurídico chino se puede decir que no se corresponde con la verdad la perspectiva para la cual el contrato sería "sólo un acuerdo".[45] En consecuencia, parece evidente que incluso en este caso la "camicia di forza del volontarismo" no despliega plenamente sus efectos.[46]

Además, la elección terminológica realizada por el legislador chino ya parece confirmar esta perspectiva, incluso desde un punto de vista meramente lingüístico. En efecto, a partir de la década de 1950 comenzó a preferirse para la identificación del contrato el término "合同" (*hetong*), que indica, más bien, el acto jurídico plurilateral (*Gesamtakt*), con un mayor énfasis dado a la "comunidad de propósito", respecto al término "契约" (*qiyue-Vertrag*), utilizado hasta aquel momento para designar el contrato en general a partir de la época de la modernización Qing.[47]

Oportunamente se ha destacado "come mai la categoria generale di contratto ha soppiantato, eliminandola, la regolamentazione dei singoli tipi contrattuali",[48] por lo tanto, me ha parecido útil volver brevemente a la categoría del contrato real, teniendo en cuenta, en particular, el contrato de mutuo en el nuevo Código Civil para comprobar si y qué cambios ha introducido la promulgación del Código con respecto a la legislación anterior.

---

43 *Cfr.* Schipani, S., "La nuova legge cinese in materia di contratti e il diritto romano come base di essa e della comunicazione con i Codici del sistema romanistico", en *Roma e America. Diritto Romano Comune*, núm. 8, 1999, pp. 225 y ss., particularmente la 231.

44 *Cfr.* Cardilli, R., *Diritto cinese e tradizione romanística… cit.*, p. 38, el cual reinterpreta el sinalagma de la tradición greco-romana a la luz del principio chino (derivado del confucianismo) del "ciclo vital della reciprocidad" como "espressione concreta di una visione armonica del mondo". Sobre el punto ver, particularmente, Porcelli, S., *Hetong e contractus cit.*, pp. 259 y ss., 271 y ss., pero también la p. 58, por el rol "fondamentale, già radicato nella cultura cinese più antica" representado por la equivalencia en los intercambios.

45 *Cfr.* Porcelli, S., *Hetong e contractus cit.*, pp. 74, 91 y ss., a propósito de la excepción de incumplimiento y de la donación.

46 Así *cfr.* Timoteo, M., *Il contratto…*, *cit.*, p. 122. Sobre el punto, ver, además, Porcelli, S., *Hetong e contractus cit.*, p. 93.

47 *Cfr.* Porcelli, S., *Hetong e contractus cit.*, pp. 8 y ss., según el cual 契约 (*qiyue*) sería más adecuado para identificar el encuentro de voluntades no "paralelas", sino "opuestas".

48 Cardilli, R., *Diritto cinese e tradizione romanística…*, *cit.*, 2019, p. 38.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/msw2zrrw

III. El mutuo en la Ley china de Contratos y en el Código Civil

1. *La estructura: realidad y consensualidad*

Como es obvio, el contrato de mutuo ha estado presente en el tejido social en China desde tiempos inmemoriales. Singular es un caso de un préstamo concedido por un tal Cheng Minsheng a favor de un tal Lu Shi en la época de la dinastía Ming (1368-1644), en el que el magistrado que decidió la cuestión concluyó por la validez del contrato, incluso después de años.[49]

En épocas cercanas a nosotros, nuestro contrato estaba regulado en la Ley General de Contratos de 1999, que leí en la traducción italiana editada por Laura Formichella y Enrico Toti.[50]

En primer lugar, es interesante notar que el capítulo XII de la ley se titula expresamente "Mutuo de dinero", casi como para tomar nota de que los préstamos de cosas fungibles distintos del dinero son, hoy en día, casos de escasa aplicación, por lo que no valdría la pena codificarlos.[51]

La Ley china de Contratos identifica, dentro del préstamo monetario, una "subespecie" relativa al mutuo entre particulares, para la que prevé una disciplina *ad hoc*. Esto nos lleva a suponer, sin que el legislador lo diga con claridad, que la intención de diversificar, en las formas que veremos, el mutuo de dinero tomado por una institución de crédito o por un banco y que constituya una verdadera operación financiera del mutuo otorgado *inter amicos*.

En términos generales, el mutuo parece estructurarse en esta ley como un contrato consensual.[52] Ésta era, en realidad, la posición de algunos aca-

[49] Específicamente, el mutuario afirmó que la transición de la dinastía Ming a la Qing —y el consiguiente aumento del poder político-social que él asumió gracias a su mayor proximidad a la jerarquía imperial— había hecho que la obligación de restitución fuera incoercible. Sobre este punto ver Wang Guiguo, "A Survey of China's Economic Contract Law", *Pacific Basin Law Journal*, núm. 4, 1985, pp. 14 y ss.

[50] *Leggi tradotte delle Repubblica popolare cinese: la legge sui contratti*, *cit*. La prudencia con la que a veces, en el resto del trabajo, me veré obligado a expresarme depende necesariamente de la imposibilidad, por razones lingüísticas, de acceder a las fuentes citadas (así como a la doctrina) en su versión original.

[51] Sin embargo, vale la pena señalar que recientemente el *restyling* del BGB parece haberse movido en dirección opuesta, dividiendo el mutuo en *Geld* y *Sachdarlehen*: *cfr*. § 488 Abs. 1 y § 607 Abs. 1.

[52] Sobre este punto, por algunas observaciones en clave de comparación con el derecho mexicano, véase Mena Brito Paz, J., "Estudio sobre la naturaleza equívoca del contrato de

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/msw2zrrw

démicos chinos que se habían pronunciado en contra del mantenimiento de la categoría de los contratos reales, con especial referencia al mutuo.[53]

Nada en esta dirección en realidad se deriva de la definición del contrato que, contenida en el artículo 196, dice (en el texto traducido al italiano): "El préstamo es el contrato con el que el prestatario toma dinero prestado del prestamista y lo devuelve al vencimiento, pagando también intereses".

La norma no sólo no aclara cuál es el comportamiento debido por el mutuario, limitándose solamente a detectar el dato efectual de la devolución, pero tampoco ofrece elementos útiles para una calificación estructural de la *fattispecie*. La terminología utilizada en la traducción italiana ("prende in prestito"), de hecho, refiriéndose al momento del *accipere* y no del *dare*, no revela si la *traditio* (de la cual el *accipere* representa el momento final) es o no un elemento estructural necesario para la conclusión del contrato.

En todo caso, el siguiente artículo 201 de la ley parece aclarar suficientemente el punto, estableciendo, en el primer párrafo, que "qualora il mutuante non fornisca il denaro nel termine e nell'ammontare convenuti, provocando perdite al mutuatario, deve risarcirle", y en el segundo párrafo, que "qualora il mutuatario non ritiri il denaro alla data e nell'ammontare convenuti, deve pagare gli interessi da tale data e su tale ammontare".

De la lectura de estas reglas se desprende claramente que si el mutuante puede convenir con el mutuario el plazo dentro del cual realizar la *datio*, cuyo monto también es posible acordar, ésta última no puede elevarse a un elemento estructural de la *fattispecie*. Asimismo, la norma del segundo párrafo, que sanciona al mutuario que no respeta el acuerdo sobre la entrega, conduce al intérprete a considerar el contrato ya perfeccionado en el momento en que se llega a un acuerdo sobre el monto y los plazos de entrega, y sobre los términos de la dación y de la restitución (así como sobre los intereses, ver *infra*), degradando la *traditio* a un momento meramente ejecutivo del acuerdo.

Cabe señalar, de paso, cómo la obligación del mutuario de pagar intereses desde el momento del acuerdo, con independencia del desembolso real de la suma, aparece como una penalización excesiva para el mutuario, incluso en la hipótesis en la que es él quien se niega para ejecutar el acuerdo vinculante. Sobre este punto las fuentes romanas dejan en libertad al mu-

---

mutuo en el derecho civil mexicano y algunas consideraciones sobre su naturaleza consensual en el derecho chino", en el II Coloquio internacional de estudios chinos y mexicanos. Del diálogo al entendimiento, Pekín, 2017, pp. 247 y ss.

[53] Véanse, por ejemplo, Wang Hong, "Yaowu hetong de cun yu fei. Jianlun Woguo «Minfadian» de lifa jueze", *Shanghai Shifan Daxue Xuebao*, núm. 4, 2007, y Zhu Qingyu, "Yisi biaoshi yu falü xingwei", *Bijiaofa Yanjiu*, núm. 1, 2004 (ambos en chino).

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/msw2zrrw

tuario para no dar seguimiento al acuerdo obligatorio, aunque esté cubierto con las formas solemnes de la *stipulatio*, en caso de que él no quiera más recibir el dinero, que también se ha comprometido a devolver.[54]

Por otro lado, la práctica del mutuo consensual, que también está ganando popularidad en Italia en las formas de los *mutui di scopi* y de los mutuos para construir edificios (*mutui edilizi*), prevé el desembolso de las sumas por parte del mutuante "sobre la marcha" ("a stato di avanzamento lavori"), lo que permite al mutuario modular mejor, de acuerdo con sus necesidades, la percepción de los montos objetos del préstamo y que luego deberá devolver según sus necesidades.

Por último, no se puede pasar por alto que de la redacción del artículo de la ley china no queda claro cómo se sanciona a un mutuario que se niega a recibir las sumas en el tiempo y monto previstos. En particular si, como parece más que probable, el mutuante tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios derivados del incumplimiento del mutuario, y parece espontáneo imponer a éste último también la obligación de pagar intereses. Por otra parte, la obligación de pagar los intereses se justifica en ausencia de esta obligación indemnizatoria, pero entonces se trataría de un mutuo incumplido, pero capaz, de forma anómala, de generar intereses, los cuales hay que considerar no ya en términos de convencionalidad, sino de correspondencia.

Un argumento ulterior y definitivo en favor de la consensualidad del mutuo en estas normas lo proporciona, finalmente, el contraste que se establece con lo previsto hasta ahora en el artículo 210 de la ley, donde se especifica que "Il contratto di mutuo tra persone fisiche acquista efficacia dal momento in cui il mutuante dà il denaro".

La doctrina china, de hecho, parece querer orientar la lectura de este artículo en términos de realidad para el mutuo entre particulares.[55] Pero la traducción italiana habla de la "adquisición de eficacia" del mutuo a partir de la entrega. Esto significa, para nuestras categorías dogmáticas, que la entrega (*datio*) es un requisito requerido para la efectividad y no para la conclusión del contrato; es decir, que el contrato de mutuo se considerará concluido ya a partir del intercambio de consentimientos y la entrega se refiere únicamente a la ejecución del mismo contrato.

Ahora bien, todas las construcciones que se basan en la vigencia del contrato y que intentan desplazar luego del acuerdo el momento en el que

[54] *Cfr*. Paul., *5 ad Plaut.* D. 12, 1, 30: *Qui pecuniam creditam accepturus spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat.*

[55] Véase, por ejemplo, Jiang Ping, *Zhonghua Renmin Gongheguo Hetongfa Jing Jie* (en chino), Pekín, 1999, p. 164.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/msw2zrrw

el contrato realmente comenzará a desplegar sus efectos, incluidas las más refinadas que se apoyan en la *condicio iuris* o que construyen la entrega como una especie de "concausa di eficacia" o que hablan de "realidad diferida",[56] en última instancia no hacen más que aplicar el esquema del contrato real —según el cual el contrato desarrolla plenamente sus efectos sólo después de la entrega—, enmascarando así la intención de eliminar la categoría misma de la realidad del ordenamiento o del sistema.[57] Tampoco se da el argumento habitual del arrendamiento (*locatio conductio*), en el que, si bien no se trata de un contrato real, los efectos respecto al arrendatario no se producen hasta después de que el arrendador haya entregado el bien. Aquí, de hecho, estamos ante un contrato sinalagmático en el que una prestación (pago del alquiler) no puede surgir si no se realiza la otra (puesta a disposición del bien arrendado). Con respecto al mutuo, incluso si queremos reconocer su carácter bilateral en el caso de un préstamo oneroso (obligación de entregar contra la obligación de pagar intereses), el desplazamiento de la eficacia al momento de la entrega no tendría sentido en el caso de un mutuo gratuito, sino el de ocultar la recurrencia de un contrato real.

De ahí las propuestas de enmienda que han circulado en el contexto de la doctrina china. Me refiero, en particular,[58] al llamado Green Code Project, de Xu Guodong, profesor de derecho romano en la Universidad de Xiamen, quien aclara que el nombre de su proyecto deriva del deseo de definir, a través de su trabajo, "un equilibrio tra umanità e risorse, un rapporto di coesistenza pacifica tra l'uomo e gli altri esseri nonché un ridimensionamento dello status umano".[59] En el Proyecto de Código Verde, Xu Guodong, retomando una tesis circulada en Italia en el siglo pasado,[60]

[56] *Cfr*. Di Gravio, V., *Teoria, del contratto reale e promessa di mutuo*, Milano, 1989, pp. 83 y ss.; Luminoso, A., "I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito", en Iudica, G. y Zatti, P. (bajo el cuidado de), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1995, p. 704.

[57] En la doctrina, en este sentido, véase Maschi, C. A., *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano, 1973, p. 7; recientemente se habló de un "artifizio volto a soddisfare l'assorbente proposito di conciliare la categoria dei contratti reali con la regola generale per cui il contratto si perfeziona in forza del solo accordo delle parti", *cfr*. Cenni, D., *La formazione del contratto*…, *cit.*, p. 49.

[58] Pero ver también Liang Huixing (bajo el cuidado de), *Zhongguo Minfadian Cao'an Fuliyou (A Propositional Version with Reasons for Civil Code Draft of China)*, Pechino, 2013, p. 537.

[59] *Cfr*. Xu Guodong, "Un'esposizione sintetica del principio «verde» nel Progetto del Codice Civile Verde per la Cina", *Contratto Impresa Europa*, núm. 13, 2008, p. 421.

[60] La tesis, en realidad, es bastante antigua: Demelius, G., "Realkontrakte im heutigen Recht", *Jahrbücher für die Dogm. des Heut. Röm. und Deutsch. Privatrecht*, vol. III, 1859, pp. 399 y ss., y en particular pp. 405 y ss., y también Unger, J., "Realcontracte im Heutigen Recht", *Jahrbücher für die Dogmatik des Heut. Röm. und Deutschen Privatrechts (Jhering's Jahrb.)*, núm. 8, 1866, pp. 1 y ss. Creía que los contratos reales tenían una razón de ser solamente cuando

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/msw2zrrw

propone construir el mutuo gratuito como real y el mutuo oneroso como consensual; opinión que en China también parece estar respaldada por el apoyo de otros estudiosos.[61]

Ahora bien, independientemente de las críticas que esta tesis ha suscitado en algunos casos en nuestro país, y siempre que no sea una impresión debida a la traducción del chino al italiano, el articulado propuesto por Xu Guodong[62] parece plantear, en términos de validez, una cuestión que, en cambio, concierne a la estructura misma del contrato; es decir, a los elementos requeridos para su calificación jurídica, que, claro está, son distintos de los requisitos que el ordenamiento jurídico postula para su validez.[63]

En este sentido, cabe destacar cómo la promulgación del Código Civil de la República Popular China ha traído consigo una labor de depuración dogmático-conceptual por parte del legislador chino que no ha pasado desapercibida para la doctrina.[64] En la medida que aquí interesa, es importante señalar que con el artículo 679 del Código, que corresponde al artículo 210 de la ley, se abandona la perspectiva de la efectividad para mover, más apropiadamente, a la de la conclusión del contrato. El término utilizado, de hecho, es *chengli* (成立), que se emplea en el sentido de "constituir", tal como

---

implementaban una ventaja para el *accipiens*. En tiempos más cercanos, y con referencia al ordenamiento jurídico italiano, *cfr*. Nova, G. de, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, pp. 110 y ss.; D'amico, G., "La categoria dei contratti reali «atipici»", *Rass. Dir. Civ.*, 1984, p. 380; Galgano, F., "Il negozio giuridico", en Mengoni, L. (dir.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, ya dir. por Cicu, A. y Messineo, F., III.1, Milano, 1988, pp. 157 y ss. Se llegó así a decir, sobre la base de Sacco, R., "Il contratto", *cit.*, pp. 613 y ss.; *idem*, "*Causa e consegna nella conclusione del mutuo, del deposito e del comodato*", *Banca Borsa,* I, 1971, pp. 502 y ss., que la entrega "ocupa el lugar" de la causa: *cfr*. Teti, R., "Il mutuo", *Trattato*…, IV, 2, *cit.*, pp. 591 y ss.; Tilla, M. de, *Donazione*, *cit*., p. 548; Gaggero, P., *Mutuo* (dir. civ.), *Enc. Treccani*, 2013, disponible en: *https://www.treccani.it/enciclopedia/mutuo-dir-civ_%28Diritto-on-line%29/*.

61 Véase, por ejemplo, Liu Jia'an, "«Yaowu hetong» gainian de shenjiu", *Bijiaofa Yanjiu*, núm. 4, 2011, o las reflexiones realizadas por Zheng Yongkuan, "Yaowu hetong zhi cunzai xianzhuang jiqi jiazhi fansi", *Xiandai Faxue*, núm. 1, 2009 (ambos escritos están en chino).

62 Xu Guodong (ed.), 绿色民法典-*Green Civil Code Draft*, Social Sciences Documentation Publishing House, 2004, p. 559, artículo 407: "Il contratto del mutuo tra persone fisiche diventa valido quando il mutuatario consegna l'oggetto".

63 *Cfr*. sobre este punto, a Majello, U., *Custodia e deposito*, Nápoles, 1958, p. 283, y después también Mastropaolo, F., "I contratti reali", en Sacco, R. (dir.), *Trattato di diritto civile. I singoli contratti*, VII, Torino 1999, *o. c.* (nota 64), p. 36.

64 Sobre el punto, brillantemente, a Porcelli, S., "La nuova «Parte generale del diritto civile della Repubblica Popolare Cinese». Struttura e contenuti", *Riv. Dir. Civ.*, núm. 65, 2019, pp. 693 y ss., el cual ilustra bien la comprensión y el refinamiento cada vez mejores también en el derecho positivo en China de algunas categorías dogmáticas, como efectividad, validez, nulidad, anulación, etcétera, con importantes repercusiones en la terminología utilizada por el legislador chino.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/msw2zrrw

puede verse en el caso del artículo 136 del Código sobre negocio jurídico, donde se compara con el termino *shengxiao*, dogmáticamente diferente, en una formulación que establece que el negocio jurídico, a menos que la ley o las partes dispongan lo contrario, se hace efectivo (*shengxiao*) desde el momento de la "constitución" (*chengli*).[65] Por tanto, es un término diferente de *shengxiao*, que, en cambio, se encuentra en el artículo 210 de la ley y que, como se especificó antes, se refiere a la efectividad, creando ambigüedad sobre los diferentes perfiles dogmáticos de la conclusión del contrato/negocio y de su efectividad.

Para el resto de los artículos mencionados anteriormente existe una coincidencia entre la ley y el Código: el artículo 667 del Código Civil sigue al artículo 196 de la ley, y el artículo 671 reproduce, en los dos párrafos, el texto del artículo 201 de la ley.

En la valoración global de la cuestión, me parece posible sustentar como es muy apreciable la elección del legislador chino de intentar adecuar la configuración dogmática del mutuo a la operación concreta de préstamo puesta en marcha por las partes, diferenciando, según éste, el momento de perfeccionamiento del mismo contrato; es decir, previendo un mutuo real entre particulares y un mutuo consensual en el caso de que el contrato se estipule entre un ente prestamista y un particular o entre dos entes. La elección, aunque no exenta de críticas doctrinales,[66] no es nueva en el sistema

---

65 El artículo 136 del Código, de hecho, establece que:

民事法律行为自成立时生效，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

行为人非依法律规定或者未经对方同意，不得擅自变更或者解除民事法律行为。

Véase también el artículo 490 del Código en materia de conclusión del contrato, donde se encuentra, precisamente, el término *chengli* en este sentido:

当事人采用合同书形式订立合同的，自当事人均签名、盖章或者按指印时合同成立。在签名、盖章或者按指印之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。

法律、行政法规规定或者当事人约定合同应当采用书面形式订立，当事人未采用书面形式但是一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。

66 En verdad, en Italia la posibilidad de "desdoblar" un contrato real con un correspondiente (y atípico) contrato consensual siempre ha dividido a la doctrina. Para los defensores de esta posibilidad *cfr.*: Coviello, N., "Del contratto estimatorio", *RISG*, núm. 15, 1893, pp. 380 y ss.; Forchielli, P., *I contratti reali*, *cit.*, pp. 152 y ss.; Messineo, F., *Contratto* (dir. priv.), *ED*, 9, 1961, p. 107; Funaioli, C. A., "Deposito, sequestro convenzionale, cessione dei beni ai creditori", en Grosso, G. y Santoro-Passarelli F. (dir.), *Trattato di diritto civile*, vol. 6, Milano, 1961, pp. 47 y ss.; Dalmartello, A. y Portale, G. B., *Deposito (dir. vig.)*, *ED*, 12, 1964, pp. 252 y ss.; Mastropaolo, F., "Il deposito", en Rescigno, P. (dir.), *Trattato di diritto privato*, XII, *Obbligazioni e contratti*, IV, Torino, 1985, pp. 458 y ss.; *idem*, *I contratti reali…*, *cit.*, pp. 141 y ss.; D'amico, G., "La categoria dei contratti reali «atipici»…", *cit.*, pp. 368 y ss. Para la opinión contraria: Simonetto, E., *I contratti di credito*, Padova, 1953, *cit.*, pp. 212 y ss.; Benedetti, G., *Dal contratto al negozio unilaterale*, Nápoles, 1958, pp. 218 y ss.; Maschi, C. A., *La categoría…*,

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/msw2zrrw

jurídico romanista, pues, aunque de diferentes formas y modos, ya había sido adoptada en el ALR prusiano de 1794[67] y en el proyecto ítalo-francés de Código Civil de las obligaciones de 1927,[68] así como en el Proyecto de Código Civil italiano de 1936,[69] donde sólo con el texto definitivo del Código de 1942 se abandonó esta solución en favor de la elección codificada en el artículo 1813 Código Civil it., que inclinó la balanza (con excepción de la promesa de mutuo codificada en el artículo 1822 Código Civil it. 1942) de manera decisiva a favor de la realidad.[70]

Solamente me parece curioso observar que en un país que todavía pertenece al mismo sistema jurídico romanista, como es Cuba, tras la introducción del Código Civil de 1987, se llegó a la solución exactamente opuesta a la china, configurando el mutuo entre un particular y un banco como real y el mutuo entre particulares como consensual.[71] A nivel sistemático, entonces, la distinción entre los dos modelos de mutuo surge únicamente de la lectura de la norma sobre el mutuo entre particulares, que se sitúa casi al fi-

cit., pp. 18 y ss.; Galasso, A. y Galasso, G., "Deposito", en *Digesto delle Disc. Priv.-Sez. Civ.*, 5, Torino, 1989, p. 256; Castro, S., *I contratti di deposito*, Torino, 2007, p. 10; Scalisi, A., "Il contratto di deposito. Del deposito in generale, del deposito in albergo, del deposito nei magazzini generali", en Busnelli F. D. (dir.), *Il Codice civile. Commentario*, fund. por Schlesinger, P., Milano, 2011, pp. 17 y ss.; Rossi, M. G. y Bruno, C. E., "I contratti di finanziamento, il mutuo e il mutuo bancario. La tutela del consumatore", en Graziano, N. (bajo el cuidado de), *Il mutuo bancario*, Padova, 2013, pp. 20 y ss.

67 *Cfr. ALR 1794* I, 11, 1 § 653: "Das eigentliche Darlehn ist ein Vertrag, vermöge dessen Jemand gangbares ausgemünztes Geld… einem Andern zum Verbrauche übergibt"; § 654: "Hat Jemand durch einen gültigen Vertrag sich verpflichtet, einem Ander ein Darlehn zu geben, so ist er schuldig diesen Vertrag… zu erfüllen".

68 *Progetto di Codice delle obbligazioni e dei contratti. Testo definitivo approvato a Parigi nell'Ottobre 1927-Anno VI*, Roma, 1928, artículo 636, p. 294: "il mutuo è il contratto con cui una delle parti dà o si obbliga a dare…".

69 Sobre este punto, es suficiente aquí remitir a Teti, R., "Il mutuo", en Rescigno, P. (dir.), *Trattato di diritto privato*, XII, *Obbligazioni e contratti*, IV, 2, Torino, 2007, p. 646; ver también *infra*, nota siguiente.

70 Sobre este punto, para una síntesis con bibliografía: Saccoccio, A., "L'eredità del sistema romano dei contratti reali", *BIDR*, núm. 110, 2016, p. 137.

71 *Cfr.* artículo 379 Código Civil cub. 1987: "Por el contrato de préstamo una de las partes se obliga a entregar a la otra una cantidad de dinero o de bienes designados solamente por su género, y esta a devolver otro tanto de la misma especie y calidad dentro del plazo convenido"; artículo 447 Código Civil cub. 1987: "Por el contrato de préstamo bancario, el banco pone a disposición del interesado una suma de dinero para aplicarla a un determinado fin, obligándose este a su devolución y al pago del interés convenido, que no puede exceder del legal". Sobre este punto, me permito remitir a Saccoccio, A., "Dal «re contrahere» al contratto reale. Brevi note sulla categoria di «contratto reale» nel Codice civile di Cuba del 1987", en Barenghi, A. *et al.*, *Costituzione e diritto privato. Una riforma per Cuba*, Nápoles, 2019, pp. 429 y ss.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/msw2zrrw

nal del capítulo XII, dedicado a nuestro contrato. Quizá el legislador chino hubiera hecho mejor en aclarar de inmediato *ex professo* el punto, evitando cansadoras interpretaciones reconstructivas.

2. *Obligaciones preliminares y contenido del contrato*

El artículo 198 de la ley prescribe que el mutuante podrá solicitar al mutuario la prestación de garantías adecuadas, las cuales estarán sujetas a los requisitos establecidos en la ley de garantías. La disposición no se reproduce en el Código Civil y, de hecho, se podría dudar de su utilidad, dado que, por regla general, una garantía puede adaptarse a cualquier relación contractual que establezcan las partes y, además, en el mismo Código, como único texto normativo, se fusionaron tanto las normas sobre garantías reales, contenidas en la ley de derechos reales (ahora los capítulos 16-19 del libro II del Código dedicados precisamente a este tipo de derechos), como la mayoría de las contenidas en la ley de garantías, que han sido incluidas en el libro sobre contratos (el III), en la parte referida a los contratos típicos (capítulo XIII) y, por tanto, justo después del capítulo dedicado al contrato de préstamo (el XII).

El artículo 199, por otro lado, exige que el mutuario proporcione "informazioni veritiere sulla sua attività commerciale e situazione finanziaria, secondo quanto richiesto dal mutuante". La regla se reproduce sustancialmente en el artículo 669 del Código. Escapan algunos aspectos de esta reglamentación. La obligación de comportarse de buena fe está codificada en el Código Civil chino como un principio general, incluido en la parte general del Código, por lo que cualquier comportamiento fraudulento del mutuario parece ser punible ya a la luz de esto.[72] Además, la referencia a "quanto richiesto dal mutuante" no es clara, como si el mutuario pudiera, maliciosa pero legítimamente, callar sobre algunas criticidades financieras, las cuales podrían convencer al mutuante de no celebrar el contrato, si éste último no lo ha solicitado explícitamente, salvo el hecho de que la buena fe opera como principio general, y también se menciona en el artículo 500 como parámetro general para valorar la existencia de circunstancias que puedan dar lugar a una "responsabilidad" por *cul-*

[72] Ver artículo 7o.: 民事主体从事民事活动，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守承诺. Sobre el principio de buena fe desde la Ley sobre los Principios Generales de 1986 hasta la Ley sobre los Contratos de 1999 y ahora en el Código, véase Porcelli, S., *Hetong e contractus cit*., p. 283, y la bibliografía citada.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/msw2zrrw

pa in contrahendo.[73] Finalmente, la referencia a la "attività commerciale" (actividad comercial) y a la "situazione finanziaria" (situación financiera) parece inducir al intérprete a juzgar esta regla como limitada nada más a los préstamos que constituyen transacciones financieras, excluyendo su aplicación —y no está claro por qué— a los mutuos amistosos entre particulares que el Código trata en la parte final del título.

Desde el punto de vista del comportamiento esperado por el deudor, la regla contenida en el artículo 206 de la ley (igual al artículo 675 del Código Civil), donde se especifica que en caso de que no se haya convenido o no esté claro el plazo de reembolso, el mutuario puede cumplir en cualquier momento, mientras que el mutuante puede solicitar el reembolso dentro de un tiempo razonable. Sin embargo, observo que, por una parte, no está claro por qué, con vistas al mutuo consensual, no se han introducido disposiciones similares también con referencia a la obligación del mutuante de desembolsar las sumas. Por otro lado, desde un punto de vista práctico, parece decididamente improbable que alguna vez haya casos en los que un banco u otro organismo de crédito (refiriéndose la ley y el Código, en esta parte, esencialmente a este tipo de préstamos) no establezca el plazo de la devolución o lo haga con modalidades que no pueden aclararse de otra manera.

3. *La gratuidad*

En cuanto a la gratuidad, el mutuo era, como es sabido, un contrato naturalmente gratuito según el derecho romano, por lo que el mutuante que deseaba percibir intereses tenía que recurrir a otro contrato, la denominada *stipulatio usurarum*. Esto se debió, en mi opinión, no sólo a razones técnico-procesales, ya que el mutuo romano estaba amparado por la *condictio*, una acción de derecho estricto (*stricti iuris*) dirigida a restituir sólo lo que se había "dado", sino también a razones éticas y sociales vinculadas tanto al hecho de que el mutuo de cosas fungibles se basa en Roma en valores como la *fides*, la *amicitia*, etcétera, como al odio que los romanos atestiguan por las actividades llevadas a cabo por usureros (*foeneratores*), considerados dos veces ladrones.[74]

---

[73] Véase el n. 3 del artículo 500, cuyo texto completo es el siguiente:
当事人在订立合同过程中有下列情形之一，造成对方损失的，应当承担赔偿责任：
（一）假借订立合同，恶意进行磋商；
（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；
（三）有其他违背诚信原则的行为。

[74] Sobre el punto, por las fuentes y su discusión, ver lo que digo en Saccoccio, A., *Il mutuo nel sistema giuridico romanistico*…, *cit*., pp. 27 y ss.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/msw2zrrw

En este punto, como es sabido, el Código Civil it. de 1942 hace una elección decididamente opuesta,[75] debido, en mi opinión, a diversos factores sobre los que no es necesario investigar aquí y entre los que la ética del capitalismo y la reconocida productividad del dinero ciertamente jugaron un papel protagónico. La misma opción es adoptada por el legislador chino; después de todo, una vez que se hace una limitación de este contrato sólo al dinero, la elección parece casi consecuente, aunque en general ella no se deduzca con mucha claridad de los textos normativos.[76]

La ley de 1999 ya dispuso, en el artículo 197, 2 que "il contenuto del contratto di mutuo prevede clausole come…. il tasso di interesse", orientando la lectura hacia una onerosidad natural del contrato, regla esta que se reproduce servilmente en el artículo 668, 2 del Código Civil, donde también se destaca expresamente lo que en la redacción del artículo 197 de la ley estaba implícito; es decir, cómo esto sucede "generalmente" (一般, *yiban*). Es evidente que la presencia del adverbio ayuda mucho en la interpretación del texto, aclarando formalmente cómo el caso de onerosidad del mutuo debe considerarse opcional —aunque corresponda a la generalidad de los casos—.

Por la onerosidad "natural" del contrato, incluso en el caso de que el mutuo se celebre entre particulares, parece orientar, en todo caso, la lectura del artículo 211 de la ley, donde se establece que "Nel contratto di mutuo, qualora gli interessi non siano convenuti o lo siano in maniera non chiara, si presume che non si paghino". Por otro lado, en el Código Civil, donde la cuestión parece encontrar una solución más clara, se establece, con carácter general, en los párrafos segundo y tercero del artículo 680, que cuando las partes no se han puesto de acuerdo sobre los intereses, éstos se presumen no debidos (párrafo 2), mientras que en el caso de que lo pactado no sea claro y las partes

[75] *Cfr*. artículo 1815 Código Civil it. 1942: "Salvo diversa volontà delle parti, il mutuatario deve corrispondere gli interessi al mutuante". La norma no excluye, como es obvio, la posibilidad de configurar un mutuo gratuito, sino que estructura el contrato como naturalmente productivo de intereses, en caso de que las partes no hayan dispuesto lo contrario. De hecho, refiriéndose en específico a la provisión de intereses, el mutuo de cosas fungibles distintas del dinero debería, por el contrario, ser naturalmente gratuito. *Cfr*. M. Libertini, *Interessi*, *ED*, 22, 1972, pp. 95 y ss., y en particular p. 110, quien señala que en el Anteproyecto del Libro de Obligaciones la presunción de onerosidad del mutuo se preveía únicamente para el mutuo "comercial", y luego se generalizó en el borrador final como para dar testimonio de la adquisición a la conciencia social de la general onerosidad de las operaciones crediticias. Sobre el tema *cfr*. también Teti, R., "Il mutuo", *cit*., pp. 627 y ss.; Gardella Tedeschi, B., "Mutuo (contratto di)", *Dig. Disc. Priv Sez. Civ.*, Torino, 11, 1994, 2, p. 546 y nota 4.

[76] Evidentemente, aquí se hace referencia a los intereses convencionales, pues los intereses moratorios están previstos en el artículo 207 de la ley (igual que en el artículo 676 del Código Civil), donde se especifica que la tasa relativa la establecen las disposiciones estatales si no ha sido pactada por las partes.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/msw2zrrw

no lleguen a un acuerdo adicional sobre la cuestión, los intereses se establecen tomando en cuenta los usos del lugar o sector, las tarifas de mercado y otros elementos, con la aclaración expresamente establecida en la última parte del apartado tres, de que esta última opción no se refiere, sin embargo, al mutuo entre particulares, en cuyo caso, por tanto, cuando los acuerdos relativos a los intereses no sean claros, se presume que éstos no son exigibles.[77]

En verdad, lo que se ha dicho en el párrafo dos no está del todo claro. Si, de hecho, puede tener sentido interpretar como no oneroso un mutuo en el cual no está claro si y en qué medida se ha pactado el pago de intereses; es difícil, por el contrario, interpretar en un sentido distinto al de la gratuidad un mutuo que no prevé expresamente el pago de intereses. La regla, en este sentido, parece entonces una regla inútil.

El artículo 208 de la ley (correspondiente al artículo 677 del Código Civil) establece que si el mutuario reembolsa el capital por adelantado, los intereses se calcularán sólo sobre el periodo en el que haya tenido el dinero disponible, salvo que las partes acuerden lo contrario. No aparece claro el alcance de esta última especificación, que podría imponer al mutuario, en términos cuasi sancionadores —aunque convencional y preliminarmente acordados con el mutuante— del cumplimiento anticipado puesto en marcha, a tener que pagar intereses también por el periodo en que no disfrutó del dinero, privando, en efecto, de sentido a la práctica del reembolso anticipado.

Sobre la opinión de Xu Guodong, quien propone codificar el mutuo oneroso como consensual y el mutuo gratuito como real —a menos que las partes acuerden lo contrario o exista una diferente disposición legislativa—, me remito a lo ya dicho (*supra*, notas 55 y ss.); mientras que, nuevamente con referencia a la cuestión de la onerosidad/gratuidad, muy interesante es el artículo 200 de la ley, luego replicado en el artículo 670 del Código. Según esta norma: "Gli interessi del mutuo non possono essere dedotti in anticipo dal capitale. Qualora lo siano, il mutuatario deve restituire la somma effettivamente ricevuta e gli interessi vengono calcolati su tale somma". De esta forma, el legislador chino quiere combatir aquellas prácticas usureras que prevén la prededucción de intereses del capital prestado, que por tanto se paga por el mutuante en menor medida aunque el interés se calcula sobre el monto total y no sobre lo efectivamente pagado. Esta práctica también era conocida por los prestamistas romanos que se vieron facilitados en esto

[77] El artículo 680 del Código en los párrafos 2 y 3 prevé, de hecho, que:
借款合同对支付利息没有约定的，视为没有利息。
借款合同对支付利息约定不明确，当事人不能达成补充协议的，按照当地或者当事人的交易方式、交易习惯、市场利率等因素确定利息；自然人之间借款的，视为没有利息。

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/msw2zrrw

por la abstracción de la *stipulatio*, que permitía prometer la devolución de una cantidad calculada teniendo en cuenta conjuntamente el capital global y los intereses.[78]

Normas sobre intereses también se pueden encontrar en el artículo 204 de la ley, que obliga a la institución financiera acreedora a fijar la tasa dentro de los límites mínimos y máximos establecidos por el Banco Popular de China (norma que no aparece reproducida directamente en el Código) y en el artículo 205 de la ley (igual al artículo 674 del Código Civil), que establece los métodos y los plazos de pago de los intereses.

Sin embargo, cabe destacar un importante cambio de rumbo que ha realizado el Código Civil con respecto a la ley, introduciendo, en el artículo 680, primer párrafo, la prohibición de la usura, que, como se sabe, constituye una piedra angular del ordenamiento jurídico romano, como no ha dejado de señalar también aquí la doctrina más atenta.[79] El mismo artículo del Código también dispone, como se indicó, que si las partes no han pactado expresamente una tasa de interés, el contrato se considera gratuito y se refiere a los usos en caso de que la disposición de las partes no sea demasiado clara sobre este punto. Y, por tanto, conviene subrayar, al aclarar lo dicho antes sobre la natural onerosidad del mutuo en el derecho chino, cómo aquí aparece un perfil claramente diferente —aunque de forma algo farragosa— que orienta al intérprete hacia la presunción de gratuidad natural del mutuo entre particulares.

4. *Forma, indemnización por daños e* mutuo di scopo

El intérprete extranjero, entonces, queda impresionado —y a menudo positivamente— por otras normas chinas sobre el mutuo que marcan dis-

[78] Los documentos epigráficos ofrecen atestaciones de estos comportamientos, y aquí es suficiente hacer referencia a Gröschler, P., *Die Tabellae-Urkunden, aus den Pompejanischen und Herkulanensischen Urkundenfunden*, Berlín, 1997, pp. 157 y ss. (pero también *idem*, "Die Konzeption des mutuum cum stipulatione", *TR*, núm. 74, 2006, pp. 261 y ss.; *Il "mutuum cum stipulatione" e il problema degli interessi*, en *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto*, bajo el cuidado de Lamberti, F., Lecce, 2009, pp. 109 y ss.), el cual, entre las formas de calcular los intereses cobrados por los prestamistas romanos, distingue el llamado método de la "acreción" (*disagio*), en el que tiene lugar el mecanismo descrito anteriormente y el mutuario paga una tasa de interés más alta, del método de "capitalización de los intereses", en el que la tasa es menor porque se paga sólo sobre la cantidad efectivamente numerada. Para una posible aplicación práctica, véase Laurendi, R., "Mutuum cum pactum adiactum e nuovi formulari contrattuali in una Tabella cerata londinese", *Iuris Antiqui Historia. An International Journal on Ancient Law*, núm. 9, 2017, pp. 75 y ss.

[79] *Cfr.* Porcelli, S., *Il nuovo Codice civile, cit.*, p. 817.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/msw2zrrw

continuidades tanto con respecto al derecho romano como con relación al ordenamiento jurídico italiano. Por ejemplo, el artículo 197 de la ley (correspondiente, como se ha dicho varias veces, al artículo 668 del Código Civil), sin perjuicio de un acuerdo en contrario de las partes y sólo en caso de que se trate de personas naturales, exige expresamente la forma escrita del contrato, desvinculándose de aquella "informalidad" que ha guiado el establecimiento del instituto desde sus primeros pasos en el derecho romano.[80]

Ahora bien, permítanme volver brevemente al artículo 201 de la ley (reproducido en el artículo 671 del Código Civil). En este artículo, como hemos visto, el legislador chino establece que si el mutuante no entrega al mutuario el dinero prometido, causándole pérdidas, debe indemnizarlo. Al respecto, ya el jurista Paulo (ver *Paul., 2 ad ed.* D. 45, 1, 68) precisó que en este caso la indemnización no debe limitarse al monto pactado como préstamo, sino que debe incluir el *id quod interes*, expresión que corresponde a aquella con la que la doctrina moderna indica el denominado interés positivo;[81] es decir, el mutuante que no cumple con la obligación de entregar el dinero debe compensar al mutuario por todo lo que podría haber adquirido si hubiera tenido el monto prestado. Creo que esta es la interpretación que se debe dar a la norma china.

También son interesantes los artículos 202 y 203 (que ahora constituyen los artículos 672 y 673 del Código Civil), que codifican lo que la jurisprudencia y la doctrina italianas han llamado *mutuo di scopo*, en el cual las partes establecen un vínculo de destino para la suma prestada. En este caso, el mutuante recibe un poder genérico de "verificación" y "control" (检查, *jiancha*, y 监督, *jiandu*) sobre el uso efectivo de las sumas entregadas para los fines acordados. Dado que estos propósitos se hacen explícitos en el acuerdo que es la base del negocio, el incumplimiento de los mismos permite al mutuante, de acuerdo con el tenor de la ley y del Código, suspender el desembolso del préstamo —que, obviamente, se hace de acuerdo con el avance de la obra—, pedir la amortización anticipada de las sumas entregadas "o" —aunque para mí sería más correcto "y"— pedir la resolución del contrato. En mi opinión, el mutuante, cuando deja de desembolsar la suma y solicita la devolución de lo ya entregado, manifiesta de forma implícita su intención

[80] Para la terminología "mutuo informal" basta la referencia a Talamanca, M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1995, p. 543.

[81] *Cfr.* Saccoccio, A., "Mutuo reale, accordo di mutuo e promessa di mutuo in diritto romano", en Fiori, R. (bajo el cuidado de), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, IV, Nápoles, 2011, pp. 409 y ss.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/msw2zrrw

de desistir del contrato, por lo que la elección de una alternativa entre estos dos comportamientos no es muy clara. Se podría haber hecho mejor, previendo la posibilidad de resolución del contrato por parte del mutuante por incumplimiento del mutuario, lo que conlleva, en consecuencia, la devolución de lo ya dado y la falta de sumisión a la obligación de desembolso de la parte restante del capital.[82]

En cualquier caso, del contenido de estos textos legales no se desprende si se trata de una disposición general, válida para todos los mutuos, o de una regla particular, de aplicación únicamente para determinados tipos de mutuos, como ocurre en Italia. En verdad, tanto la referencia a lo pactado (约定, *yueding*) y la colocación sistemática como, finalmente, la repetición del mismo esquema expositivo en los artículos anteriores y siguientes, parecen orientar al intérprete a considerar las reglas aplicables a todos los mutuos, y no sólo a algunos tipos de préstamos. Además, una pista decisiva al respecto parece posible que derive del artículo 1972 (igual al artículo 6682 del Código Civil), donde se inserta la "finalidad del mutuo" entre las cláusulas que "el contenido del contrato de mutuo generalmente incluye".[83]

Por último, también hay que recordar que incluso las fuentes romanas preveían, en algunos casos muy particulares, limitaciones de destino para las sumas concedidas en mutuo.[84]

---

[82] La *Corte di Cassazione* italiana ha precisado que en el *mutuo di scopo*, la cesación o el agotamiento de la finalidad (*scopo*) prevista en el contrato implica el surgimiento de la obligación de restitución del mutuario (véase Cass. Civ., 12 de abril de 1988, núm. 2876, en *Arch. Civ.*, 1988, 1061: la Corte precisa que en el *mutuo di scopo* la finalidad se convierte en un elemento integrante del sinalagma contractual), mientras que la falta de consecución de la finalidad en sí da como resultado la nulidad del contrato (*cfr.* Cass. civ., 19 de octubre de 2017, núm. 24699, en *I contratti*, 2018, pp. 417 y ss., con nota de Renna, M., *Il mutuo di scopo convenzionale: elementi strutturali e funzionali*), así como la imposibilidad originaria de realización de la finalidad (*cfr.* Cass. civ., 30 de marzo de 2015, núm. 6395, en *Nuova giurispr. civ. comm.*, 2015, pp. 791 y ss., con nota de Wiles, J., *Il mutuo di scopo edilizio e l'impossibilità "ab origine" di realizzazione dello scopo legale*); en doctrina basta la referencia a Tilla, M. de, "Donazione-permuta-mediazione-mandato-mutuo-comodato", en *Il diritto immobiliare. Trattato sistematico di giurisprudenza per casi*, Milano, 1995, p. 570 —el cual, sin embargo, habla de resolución del contrato—, y sobre todo a Balestra, L., "Il mutuo di scopo tra «arricchimento» degli interessi perseguiti e deviazioni dal modello codicistico", *Riv. Trim di Dir. e Proc. Civ.*, 2019, pp. 1133 y ss.

[83] Sobre la aclaración mediante el uso del adverbio "generalmente" insertado en el Código, véase arriba en el texto.

[84] Ver, por ejemplo, *Ulp., 73 ad ed.* D. 20, 4, 6 (préstamo concedido para la compra de alimentos por los marineros o para el pago de fletes o mercancías a transportar; ver también *Hist. Aug.*, *Sev. Alex.* 21 (préstamo para la compra de fincas).

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/msw2zrrw

IV. Conclusiones

Desde un punto de vista más general, me parece que las consideraciones realizadas hasta ahora nos permiten confirmar algunas de las conclusiones que me había permitido adelantar en trabajos anteriores.[85]

El legislador chino, de acuerdo con la tradición de la que he tratado de hacer un esbozo parcial en las páginas precedentes, y aunque prevé la posibilidad de estipular mutuos consensuales, ha optado por dejar abierto el camino al mutuo real. Esto no implica, como también hemos visto, negar que se deba reconocer que, para determinadas hipótesis, el esquema consensual correspondiente no puede ser tuciorista, sino que eso sólo significa, en mi opinión, reconocer que esta circunstancia no puede conducir en modo alguno a proponer dejar de lado el mutuo real, o incluso, desde una perspectiva más general, la abolición o la superación de la categoría del contrato real.

En otro lugar he tratado de demostrar que el contrato real no parece ser fruto de un respeto vacío por la tradición, sino que representa una categoría que tiene un significado fundamental, llamada a desempeñar una función importante en el denominado mundo globalizado de hoy y que, por el contrario, su abolición representaría, aún en la actualidad, una abstracción no justificada ni por la realidad de los negocios ni por las necesidades emanadas de la sociedad ni por los datos normativos.[86] En cambio, es útil señalar que "lo schema basato sulla consegna è una scelta normativa consapevole in ordine ai fini e al significato della disciplina legale di questi contratti".[87]

En general, me parece aceptable la afirmación de que no es posible identificar una *ratio* unitaria de la categoría de los contratos reales, ya que "il giudizio sulla realità della singola operazione contrattuale può essere svolto solo in concreto", a fin de identificar la mayor correspondencia de la estructura efectiva del contrato con los intereses expresados concretamente por las partes involucradas.[88]

---

85 Véase, por ejemplo, Sacccoccio, A., "L'eredità del sistema romano dei contratti reali", *cit.*, pp. 161 y ss.

86 Ver nota precedente. Sobre el punto, *cfr.* también Maschi, C. A., *La categoria dei contratti reali*, *cit.*, pp. 16 y ss.; Guzmán Brito, A., "La consensualización de los contratos reales", *Revista de Derecho de la Pont. Univ. Católica de Valparaíso*, núm. 29, 2007, pp. 35 y ss.

87 *Cfr.*, en la línea de Benedetti, G., *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, pp. 64 y ss., en especial pp. 78 y ss.; Vettori, G., *Contratto e rimedi*, Padova, 2009, 2, 4 (en la tercera edición, Padova, 2017, la opinión del artículo no cambia, pero la cita textual es reformulada).

88 Cenni, D., *La formazione del contratto*…, *cit.*, p. 115, la cual hace que sea una cuestión de método; Gabrielli, E., *Il pegno*, en *Trattato di diritto civile* dir. por R. Sacco, *I diritti reali*, 5, *Il pegno*, Torino, 2005, p. 113, al cual pertenecen las palabras citadas en el texto.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/msw2zrrw

En particular, en el mutuo el esquema de la realidad permite al mutuante evaluar bien, hasta el momento de la entrega, el riesgo al que lo somete la operación de préstamo, pero también evitar anclar la operación concreta del contrato al cumplimiento por parte del mutuante, lo que constituye un hecho "di per sé insicuro e possibilmente dilatorio".[89] Por otro lado, sigo pensando que el mutuo real, en varios casos —que no se limitan sólo a la hipótesis de mutuo gratuito—,[90] presenta aspectos de mejor protección del mutuario respecto a la forma exclusivamente consensual que, además, protege una gama importante de intereses y que, por tanto, parece correcto preservar y regular.

En mi opinión, de hecho, los inconvenientes no se derivan de la previsión de un mutuo consensual, que tiene su razón de ser en algunos casos, sino de querer hacer de éste el único camino a seguir para quienes quieren concluir una operación de préstamo de dinero. Es decir, si el mutuo es sólo consensual, surgen algunos inconvenientes que vale la pena mencionar brevemente.

Por ejemplo, en el mutuo consensual el mutuante podría pactar que el mutuario que ha perdido interés en el préstamo lo obligue a aceptarlo; la cosa, si ya no parece muy clara en el mutuo oneroso, se vuelve decididamente incomprensible en el mutuo gratuito. No es casual que esta posibilidad fuera expresamente excluida de las fuentes romanas.[91]

Además, una vez configurado el mutuo sólo como contrato consensual, y consecuentemente establecido que el mutuante "se compromete a entregar al mutuario", éste último, ante el incumplimiento del primero, podrá solicitar, según las normas generales, la resolución del contrato y la indemnización del daño o el cumplimiento de lo prometido. No obstante, como

---

89 No parece convincente la objeción de Tilla, M. de, *Donazione-permuta-mediazione…*, *cit.*, p. 548, según el cual nuestro legislador ha dotado de carácter consensual al contrato de apertura de crédito, que cumpliría una función similar al préstamo. En realidad, mientras el mutuario pide la disponibilidad inmediata del dinero —y esto justifica la realidad—, la apertura del crédito es sólo una especie de tranquilidad para el mutuario respecto a compromisos futuros y, por lo tanto, bien puede estructurarse como un contrato consensual.

90 Así, en contra: Guzmán Brito, A., "La consensualización de los contratos reales", *cit.*, p. 52; ver también *supra*, nota 60.

91 *Cfr.*, por ejemplo, D. 12, 1, 30 (*Paul., 5 ad Plaut.: Qui pecuniam creditam accepturus spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat*), donde se reafirma la posibilidad para el deudor que había prometido la restitución, de no aceptar el monto en mutuo. Sobre este punto, remito, para más informaciones, a Saccoccio, A., "Mutuo reale, accordo di mutuo…", *cit.*, pp. 389 y ss. Evidentemente, en ningún caso se cuestionaría aquí la posibilidad de demandar al mutuario que no cumple por una eventual indemnización de daños. Ver también lo dicho anteriormente, nota 77.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/msw2zrrw

ambos casos son una obligación económica, ningún mutuante optaría por la segunda solución, en especial cuando se valora, como parece más correcto, que el daño compensable en este caso debe corresponder al denominado "interés positivo".[92]

Finalmente, en el mutuo consensual podrían surgir otros diferentes problemas; por ejemplo: una vez que el contrato se ha concluido con el simple intercambio de consentimientos, ¿el crédito del mutuante para el desembolso del préstamo podría ser embargado por sus acreedores? ¿Podría el mutuario pedir intereses por no cumplir el mutuante con prontitud? ¿Podría el mutuario oponer a este crédito la compensación de otro crédito que él tiene contra el mutuante o, peor aún, el mutuante podría oponer en compensación otro crédito que tiene contra el mutuario, frustrando así, de hecho, el sentido de la operación jurídica (préstamo de dinero) puesta en marcha?[93]

Por todas estas razones considero justificada la elección del legislador chino de prever algunos casos en los que, a pesar de los perfiles definitorios, la conclusión del contrato no coincide con el otorgamiento del acuerdo, requiriendo, más bien, la realización de un acto adicional en el procedimiento de conclusión del contrato; es decir, la entrega de la cosa,[94] entrega que debe consistir en el otorgamiento material de un bien y que no puede ser suministrada en modo alguno por un acto volitivo.[95]

En consecuencia, el mutuo real no puede ni debe ser considerado una reliquia del pasado, sino una necesidad concreta de la vida actual que el ordenamiento jurídico tiene el derecho y el deber de proteger.[96] En esto el legislador no debe ser engañado por el homenaje a falsos ídolos, como la adopción

92 Es difícil imaginar la situación de un mutuario que, en una hipótesis de mutuo consensual, ante el incumplimiento manifiesto del mutuante de entregarle la suma prometida, lo demanda por el cumplimiento, aunque puede solicitarle, previa resolución contractual, una indemnización del daño.

93 Para algunas de estas objeciones véase Simonetto, E., *I contratti di crédito*, *cit.*, p. 187; más recientemente, *cfr.* también Cenni, D., *La formazione del contratto…*, *cit.*, pp. 139 y ss. Me parece más problemático hablar de repugnancia hacia la posibilidad de ejercer de una acción ejecutoria contra el mutuante, como consecuencia de la creación de un crédito a la entrega del dinero a favor del mutuario. De hecho, me parece que, por un lado, el mutuante que incumple la promesa hecha de conformidad con el artículo 1822 encuentra, precisamente, esta consecuencia. Por otra parte, en los ordenamientos jurídicos que en la actualidad admiten el mutuo consensual (Suiza y México, en primer lugar, pero también Alemania, Holanda, Perú, Cuba y Argentina) esta eventualidad no se siente en modo alguno como repugnante.

94 Así, *cfr.* Natoli, U., *I contratti reali. Appunti dalle lezioni*, Milano, 1975, p. 45.

95 Dalmartello, A., *La consegna della cosa*, Milano 1950, p. 201.

96 Con una afirmación demasiado enfática, pero que, en mi opinión, no deja de ser verdadera: Guzmán Brito, A., "La consensualización de los contratos reales", *cit.*, p. 58, que define la categoría de los contratos reales como categoría inmortal.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/msw2zrrw

a priori de una noción general y abstracta de contrato para superponerse a esquemas de negociación individuales y concretos, cuya utilidad la vida concreta demuestra. Es por lo que la elección del legislador chino, que decide conscientemente no privar a los ciudadanos de la posibilidad de optar por el mutuo real, resulta, en mi opinión, mucho más moderna que muchos otros ordenamientos jurídicos contemporáneos. Por tanto, el codificador chino hizo bien en no cerrar esta puerta.

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas