

C R E D I T U M *

SUMARIO: I. Terminología y concepto general.—II. El *edictum de rebus creditis*: 1. La *condictio*. 2. Las acciones pretorias similares a la *condictio*.—III. Las causas del *creditum*: 1. *Dationes* crediticias. 2. *Expensilatio* y *stipulatio certi*.—IV. El concepto crediticio de *pecunia*.—V. *Credere* y *solvere*.—VI. El *creditum* y la generalización de *contractus*.

I. Terminología y concepto general. La etimología de *credere* es insegura. Su hipotética derivación de un término religioso indoeuropeo carece de fundamento. Más verosímil parece la explicación de *Pariente* (*Studia et Documenta Hist. et Iuris* 19 [1953] 340 ss.), que supone un compuesto de *cernere* y *dare*, como **cret(o)-dare* > **credere* > *credere* (con síncope y simplificación de consonante geminada). *Credere* sería así *certum dare*, entendida la certeza en un sentido ambivalente: de determinación concreta del objeto dado, así como de seguridad subjetiva de la per-

* Este es el texto castellano del artículo que se publica en el *Supplb. X* 1, col. 1151-1168, de la *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*.

BIBLIOGRAFIA: G. E. *Freimbach* Die Lehre von dem Creditum nach gemeinen in Deutschland geltenden Rechten (1849). W. *Girtaner* Die Stipulation und ihr Verhältniss zum Wesen der Vertragsobligatio, insbesondere zum Creditum (1859). Ph. E. *Huschke* Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehn und den dazu gehörigen Materien (1882). A. *Pernice* *Labeo* II, 2, 1^o, 93 ss.; III 1, 202 ss. Th. *Kipp* RE IV 847 ss., s. v. *condictio*. L. *Leonhard* RE IV 1.699 ss., s. v. *creditor*. M. *Freudenthal* Zur Entwicklungsgeschichte der römischen *Condictio* (1910). O. *Lenel* Das *Edictum Perpetuum*³ 231 ss. G. *Donatuti* Le causae delle *condictiones*, *Studi Parmensi* I (1951) 35 ss. U. v. *Lübnow* Beiträge zur Lehre von der *Condictio* nach römischen und geltendem Recht (1952). F. *Schwarz* Die Grundlage der *Condictio* im klassischen römischen Recht (1952). A. *d'Ors* Observaciones sobre el *edictum de rebus creditis*, *Stud Doc. Hist. et Iur.* 19 (1953) 134 ss.; *Creditum und Contractus*, *Ztschr. Sav.-Stift.* 14 (1957) 73 [= *Anuario de Hist. del Derecho Esp.* 26 (1956) 5 ss.]. M. *Kaser* Das Geld im römischen Sachenrecht, *Tijdschr. voor Rechtsgeschiedenis* 29 (1961) 169 ss. S. *Cruz* Da *solutio* (1962).

sona que da: el sentido subjetivo podría ser derivado del objetivo, que parece el fundamental y originario. Esta explicación aclara el sentido fundamental de *credere* como *datio certi*. El término pertenecería a la serie de compuestos de *dare* conocidos en el vocabulario jurídico: *tradere, reddere, mandare, etc.*

Credere equivale a *fidem sequi*. Esto indica la relación con el concepto de *fides*, en torno al cual gira todo el sistema jurídico del *ius gentium*, y de ahí la posibilidad de que también los *peregrini* pudieran ejercitar la acción crediticia, la *condictio*, sin necesidad de fórmula ficticia ni otro recurso complementario. Esta acción puede ser considerada como dirigida contra el que faltó a la *fides*, y, en este sentido, no debe establecerse una contraposición excesivamente tajante entre *ius* y *fides*, ni siquiera para explicar el origen de los *iudicia bonae fidei* (extraños al *creditum*); sobre el origen *sine lege* *Wieacker Ztschr. Sav.-Stift. 80 (1963) 1*. Las relaciones crediticias pertenecen al *ius civile*, pero, por no suponer actos solemnes, resultan accesibles a los extranjeros, y pertenecen así al *ius gentium* también. Con todo, la idea de un *credere* vinculativo para el accipiente pertenece al fondo arcaico del *ius*, en relación con las deudas que nacen de un delito, en especial el *furtum*. El desarrollo clásico de la teoría del *creditum*, sancionado siempre por acciones del llamado "derecho estricto" viene caracterizado por ese origen arcaico, en contraposición con los más modernos y progresivos contratos de buena fe. Las relaciones del *ius* fundadas en la *fides* tienen carácter unilateral; las obligaciones fundadas en la *bona fides* se caracterizan por la consideración de reciprocidad entre los contratantes.

El sentido religioso de *credere*, como acto de creencia o acto de fe, es posterior, aunque fue favorecido por el uso antiguo, pero no-técnico, de *credere* = "dar crédito a lo que se dice", "consentir", "opinar". A pesar de ello, la etimología jurídica del término permite comprender la esencia de la creencia religiosa, no como simple aceptación intelectual del "credo" propuesto, sino como verdadero acto de entrega cierta, y por tanto de vinculación individual ("engagement"), fundado en la confianza personal.

Gai. 3, 124: *Pecuniam autem creditam dicimus non solum eam quam credendi causa damus, sed omnem quam tum cum contrahitur obligatio certum est debitum iri.*—Aparecen

aquí dos sentidos de *credere*: uno estricto, de *causa credendi*, otro más amplio, de *certum debitum*.

α) *Causa credendi* es aquella *iusta causa* de la *traditio* que justifica que ésta tenga efecto traslativo, pero no definitivo, ya que la *datio* en este supuesto implica ciertamente una *obligatio* de *dare* en restitución: se trata así de un préstamo que, al mismo tiempo de dar la disponibilidad de lo prestado, obliga al *accipiens* a restituir. El patrimonio de éste no obtiene con ello un aumento real, pues lo adquirido por el prestatario sigue siendo “ajeno” a él (*aes alienum*). Esta temporabilidad de la adquisición crediticia impide ver la *causa credendi* como *iusta causa usucapionis*, y aun hace que se olvide en las exposiciones ordinarias de las *iustae causae traditionis* (no así en K a s e r Zur “*iusta causa traditionis*”, Bull. Ist. Dir. Rom. 64 [1961] 84).

A la *causa credendi* se refiere D. 12, 1, 1, 1 (= PRyl. 474 b recto: sobre el cotejo de ambas versiones, W i e a c k e r Textstufen 250 ss.): *Practor et de commodato et de pignore edixit, nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid* (erróneamente PRyl.: [qui]a) *ex hoc contractu credere dicimur.*—El texto (PRyl. es un *codex* de hacia el año 400 d. C.) puede no ser íntegramente ulpiano (sobre *contractus*, infra VI), pero la frase *mox recepturi quid* da perfecta idea de esa *datio* con recuperación del *quid* que se ha dado (cantidad o cosa específica), y no debe ponerse en relación con la teoría bizantina del contrato innominado: ese *quid* es la misma *res data* o *credita*. Con ese concepto de la *causa credendi* se comprende, no sólo la *mutui datio*, sino también los otros supuestos en que surge una obligación estricta de un *quid* recibido en préstamo, que puede ser también una cantidad de género, pues los géneros se identifican por la cantidad: incluso supuestos de derecho pretorio, en los que no se traspasa la propiedad al prestatario y por ello el *reddere* a que éste se obliga no consiste en una retransmisión de la propiedad, sino simplemente de la posesión o de la detentación de la cosa prestada. El *credium* rebasa así los límites del mutuo. Paul 24 ed.—D. 12, 1, 2, 3: *Credium ergo a mutuo differt qua genus a specie, nam creditum consistit <et> extra eas res quae pondere numero mensura continentur sic ut, si eandem rem recepturi sumus, creditum est.*

β) Con el sentido del *creditum* como préstamo es congruente el segundo sentido de *debitum certum*. Como aclara el citado pasaje de Gai. 3, 124: *...certum est debitum iri, id est, quae (pecunia) sine ulla condicione deducitur in obligationem*. La obligación de restituir el objeto prestado puede y suele someterse a un *dies*, y esto no altera su certeza, pero no puede someterse a una *condicio*, pues la posibilidad de no restituir desvirtúa la esencia del préstamo. Si la *causa credendi* se refiere al momento constitutivo de la obligación por préstamo, el *debitum certum* se refiere al momento de la acción. Esto da a este segundo sentido una mayor amplitud, ya que la acción crediticia sirve para reclamar créditos que no nacen de un préstamo, sino también de una promesa de *res certa*. En una promesa de un *certum* la condición no desvirtúa el acto del mismo modo que desvirtúa al préstamo: un préstamo con restitución condicional es a la vez una donación condicional, en tanto una estipulación *sub condicione* no es nada más que eso, y, si se frustra la condición, no subsiste nada. Así también, cuando un depositante de monedas permite al depositario que use del dinero "si quiere", el mutuo queda condicionado al acto de efectiva disposición, y por eso dice Ulp. 2 ed. que *creditam (pecuniam) non esse antequam mota sit, quoniam debitu iri non est certum* (D. 12, 1, 10), a diferencia de lo que ocurre en el caso de las monedas depositadas, que se convierten sin más, por el permiso incondicionado de usarlas, en prestadas: por haber entonces certeza en la obligación procede la acción crediticia incluso antes de que se haya hecho uso del dinero (Ulp. 26 ed.—D. 12, 1, 9, 9, siguiendo la opinión de Nerva y Próculo).

Esta ampliación del *creditum* por la extensión de la acción más allá de los préstamos (*causa credendi*) se relaciona con la generalización de la palabra *creditor*, que se extiende más allá del *creditum*. El que ha estipulado *sub condicione* (a diferencia de lo que ocurre con el legado) es *creditor* incluso *pendente condicione* (D. 44, 7, 42 pr.), pero la palabra se relaja hasta considerar *creditores* a todos los que disponen de una acción *in personam* que no puede paralizarse mediante una *exceptio*. Pero esta extrema generalización no parece clásica (vid. infra VI).

II. El *edictum de rebus creditis* es la base más

segura para fijar el ámbito del concepto de *creditum* en la época clásica (ed. XVII según la reconstrucción de Lenel). La forma de la rúbrica general se deduce, aparte los comentarios en esta sede a la palabra *res* y *res credita*, de la rúbrica de D. 12, 1: *de rebus creditis, si certum petetur et de condictione*, y de la de CJ. 4, 1: *de rebus creditis et de iureiurando* (donde se ha unido la de D. 12, 2: *de iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali*), la cual aparece ya en las *Pauli Sententiae* (2, 1) del *Breviarium* visigótico.

Conocemos la serie de acciones que comprendía este edicto: en primer lugar la *petitio certi*; en segundo lugar, tres acciones *in factum* similares a la anterior.

1. La *condictio*. En una primera cláusula de este edicto debía de hallarse sin duda la frase “*si certum petetur*”. Con ella se alude precisamente a la fórmula de la *condictio*. D. 13, 3, 1 pr.: *illa actione... “si certum petetur”*; 12, 1, 24: *illa (itp. condicticia) actione... per quam certum petitur*. Una reminiscencia de esta cláusula edictal se conserva en CTh. 2, 27: *si certum petatur de chirografis*, y 2, 29: *si certum petatur de suffragiis*; en CGreg. 12, en cambio, se lee: *si... creditum petatur* (única vez que se registró *creditum* en las fuentes comprendidas en Levy y Ergänzungindex zu Ius und Leges).

Nos consta (p. ej. Gai. 4, 41 y 43) la siguiente fórmula de una acción personal, abstracta y de objeto cierto: “*Si paret NmNm AoAo sestertium x milia dare oportere, iudex, NmNmAoAo condemna. Si non paret absolve*”. No hay motivo para dudar de que esta fórmula *in ius concepta* fue introducida en los *iudicia legitima* en virtud de la ley Ebuca, para sustituir la antigua fórmula oral de la *legis actio per conductionem*, cuyo comienzo (Gai. 4, 17a, ex PSI. 1182) era así: “*Aio te mihi sestertiorum x milia dare oportere. Id postulo aies an neges*”. Esto permite identificar aquella fórmula escrita con la *condictio*, de la que se sigue hablando en época clásica, aunque no en la época republicana, durante la cual se habla, en cambio, de una *actio certae creditae pecuniae*, cuya fórmula era idéntica. En realidad, sólo abusivamente se podía seguir hablando de *condicere*, pues el verdadero *denuntiare* había desaparecido (Gai 4, 18: *non proprie conductionem dicimus <esse qua> intendimus dari nobis oportere*).

Aunque se llega reiteradamente a la sospecha de una posible diferencia entre *condictio* y *actio certae creditae pecuniae*, parece lo más probable que no la haya, aunque las dos designaciones no concurren contemporáneamente, y en el lenguaje clásico se habla simplemente de *certum petere*, reservándose el nombre de *condictio* para aquellos supuestos en que funciona como acción de recuperación. Las aparentes aplicaciones de la *condictio* que resultan incompatibles con la antigua *actio certae creditae pecuniae*, o bien se deben a deformaciones post-clásicas (*condictio incerti, possessionis, liberationis*, etc.), o bien pueden explicarse desde el punto de vista clásico de la *datio* (*condictio ex causa furtiva*, y muchos supuestos de las *condictiones* bizantinas).

Sabemos (Gai. 4, 19) que la *legis actio per conditionem* fue introducida por la ley Silia para reclamaciones de *pecunia certa* y extendida por la ley Calpurnia para las reclamaciones de *omni certa re*. No conocemos la fórmula oral de esta segunda aplicación, pero podemos suponer que la designación de la *certa res* ocupaba el lugar de la mención de la cantidad reclamada (p. ej.: *modios tritici x* o bien *hominem Stichum, fundum Cornelianum*, etc., en lugar de *sestertiorum x milia*). Lo mismo debía de ocurrir en la fórmula escrita, y aun es posible que el Edicto contuviera un modelo de fórmula crediticia no-pecuniaria (la llamada *condictio certae rei* o *triticiaria*); en ella la *condemnatio*, necesariamente pecuniaria, debía referirse, no a una cantidad cierta, sino a *quanti ea res est*, según resultara de un *arbitrium liti aestimandae*. Era siempre la misma acción, aunque presentara modificaciones accidentales, como seguía siendo siempre la misma *condictio* la acción por la que un estipulante con *adiectio loci* recordaba esa particularidad en la fórmula (la llamada *actio de eo quod certo loco*) o aquella otra por la que el banquero introducía la *compensatio* en su fórmula, a fin de evitar la *plus petitio*. Estas particularidades debían de estar previstas en el edicto de la *condictio*, según se nos refleja en los comentarios jurisprudenciales al mismo, así como también debía de referirse el mismo edicto al *iusiurandum in iure* y quizá también a las *sponsiones* y *restipulationes tertiae partis*, ambas instituciones típicas de la acción crediticia.

2. En la segunda parte del *edictum de rebus creditis* el pretor anunciaba tres acciones *in factum* similares a la

condictio, por este orden: *actio de pecunia constituta*, *actio commodati* y *actio pignoratitia (in personam)*. Aunque son acciones pretorias, su semejanza funcional con la *condictio* hizo que se incorporaran al *creditum*, con la consiguiente ampliación de este concepto, como explica Ulpiano (D. 12, 1, 1, 1, cit. supra I α).

El *constitutum* era en realidad una forma pretoria de asunción de deuda crediticia (propia o ajena), es decir, como un préstamo de aplazamiento, con efectos, naturalmente, mucho más enérgicos que los de un simple pacto *de non petendo in diem* y más graves para el deudor que los de la *condictio* (pena de la *dimidia*, en lugar de la *tertia pars*). Es evidente que este negocio es un complemento del *creditum*, y cuando se admitió para las deudas de causa no-credita, sirvió para convertirlas en crediticias por derecho pretorio.

También el *commodatum* y la *pignoris datio* son similares a la *causa credendi*. En ellos el deudor, aunque no está obligado a *dare*, pues el acreedor sigue siendo propietario, sí está constreñido por la acción pretoria a un *reddere* la cosa recibida y retenida sin causa. Ambos negocios pueden ser considerados como préstamos (de uso y de garantía, respectivamente). Que, en un momento posterior a la codificación juliana del Edicto, se agregaran en estos dos negocios las correspondientes acciones *in ius (ex fide bona)* parece debe excluirse decididamente para el *pignus*; respecto al comodato, el testimonio aparentemente favorable a tal acción de Gai. 4, 47 produce cierta perplejidad frente a la ausencia de tal acción en el catálogo de *iudicia bonae fidei* que da como completo el mismo Gai. 4, 62; por lo demás, la creación de nuevas fórmulas procesales en época post-adrianea, cuando el progreso jurídico sigue ya los cauces de la *cognitio extra ordinem*, parece poco probable.

III. Las causas del *creditum*. El edicto de *rebus creditis* comprendía, pues, una acción civil, la *condictio*, más otras tres acciones pretorias similares a la *condictio*. Esta unidad permite hablar de “negocios de préstamo”. Pero la *condictio* se aplica también, como prueban los comentarios jurisprudenciales de aquel edicto, a otras *dationes* que no consisten en un negocio de préstamo. Por otro lado, la *actio certae creditae pecuniae*, que iden-

tificamos con la *condictio*, podía tener por causa actos distintos de una *datio*.

1. *Dationes crediticias*. El prototipo de estas *dationes* crediticias es la *mutui datio*, préstamo de consumo de cosas fungibles; pero la *condictio*, acción abstracta, no indicaba en su fórmula esa *causa credendi*, y no se diferenciaba en nada de la acción que se podía dar en otros supuestos de obligación de un *certam rem dare oportere*. De ahí que se aproximen al mutuo, negocio crediticio por excelencia, otros supuestos de *dationes* varias, cuyo elemento común es tan sólo el de ser causa de la *condictio*. La aproximación más clara es la de la *solutio indebiti*, que el mismo Gai. 3, 91 considera como causa de *obligatio re contracta*, por la razón de que *proinde ei (qui per errorem solvit) condici potest "si paret eum dare oportere" ac si mutuum accepisset*. No se trata, en realidad, de un supuesto excepcional, sino de uno más entre otros que presentan como rasgo común el de una falta de causa para retener una propiedad adquirida, pues lo que justifica la *condictio*, incluso en el supuesto de mutuo, no es tanto un negocio convencional básico cuanto el hecho de carecer el adquirente de una causa para retener la propiedad recibida del demandante. Esto permite hablar de la *condictio* como de una acción general contra el enriquecimiento injusto, pero esta consideración de la acción crediticia ilumina la conexión con el origen delictual de las obligaciones. El prestatario que no devuelve lo prestado (*aes alienum*), en una concepción primitiva, puede equipararse a un ladrón que no devuelve lo hurtado: en uno y otro caso hay un daño patrimonial semejante. El derecho griego, como menos elaborado jurisprudencialmente, se presenta mucho más próximo a esa fase primitiva que funda la acción primitiva más en el daño que en la promesa (vid. sobre la *δίκη βλάβης* H. J. Wolff Die Grundlagen des griechischen Vertragsrechts, Ztschr. Sav.-Stift. 74 [1957] 26 ss.). Fue la aparición en Roma de la fuerza vinculante del juramento como acto secularizado lo que permitió la obligación en virtud de promesa y todo el ulterior desarrollo del sistema de reciprocidad contractual.

Dentro de la categoría general de las *dationes* crediticias se pueden distinguir cuatro grupos de causas que sirven de fundamento a la *condictio*, y que los clásicos consideran precisamente desde este

punto de vista procesal, más que desde el de las *dationes* mismas, por lo que nuestra terminología para esta clasificación debe considerarse como convencional:

a) En primer lugar, el prototipo de la *datio mutui* o préstamo de consumo de géneros. Esta *datio* puede ser directa, del mutuante al mutuario, o indirecta, mediante una forma de delegación a un tercero (*iussum credendi*), en virtud de la cual, si sigue la *numeratio*, surge un mutuo entre el delegante que autoriza y el delegatario que recibe, a la vez que otro mutuo entre el delegado que dió y el delegante que autorizó, a no ser que el delegado fuese un acreedor, en cuyo caso, en lugar de este segundo mutuo, se produce una *solutio* (D. 50, 17, 180: *quod iussu alterius solvitur pro eo est quasi ipsi solutum esset*). Importa, no quien entrega, sino en nombre de quien se da. El mutuo supone la confianza del que da en el que recibe (*fidem alicuius sequi*): el mutuante se desprende de una cantidad a cambio de un “nombre” de deudor (*nomen*), cuya solvencia acepta (*nomen agnoscere*) o se hace garantizar por prendas o fiadores. El mutuo jurídicamente relevante en la vida práctica se reviste de una *stipulatio*, en la que se fija el plazo de restitución y los intereses debidos. Los intereses (*usurae*), aunque deban ser estipulados para poder ser exigidos, son naturales al mutuo (*fenus*), pero no son considerados como “frutos” del capital (*sors*), sino como precio del uso; si son espontáneamente pagados, no pueden repetirse como indebidos.

β) En segundo lugar, una serie de *dationes ob rem*, es decir, de transferencias de propiedad de cosas fungibles o no-fungibles con el fin de conseguir una contraprestación de cualquier clase a cambio de lo dado: si el accipiente realiza la contraprestación convénida, a la que no está obligado, puede retener la propiedad recibida; pero si no la realiza, carece de causa para retener y queda entonces obligado por la *condictio* a restituir lo recibido. En algunos supuestos de este grupo, como, por ejemplo pero quizá no exclusivamente, la *datio in aestimatum* y la *permutatio*, el pretor dio una acción *in factum* para conseguir la contraprestación convenida y no la restitución de lo dado: esto supone una contractualización de tales negocios, los futuros contratos “innominados”; por eso tales acciones pretorias aparecen aproximadas en el Edicto a las acciones del contrato de compraventa.

γ) En tercer lugar, hay unas *dationes ob causam*, cuyo efecto permanente depende de la subsistencia de la causa, fallando la cual, el adquirente viene a quedar privado de la causa de retener y obligado a restituir, siempre en virtud de la *condictio*. La *solutio indebiti* es quizá el ejemplo más notorio de este grupo: en ella viene a fallar, no la *solutio* misma, *iusta causa traditionis* (pues, si la *traditio* careciera de causa, no podría operarse el efecto traslativo y procedería contra el que cobró indebidamente la *reivindicatio* del pagador, el cual no habría dejado de ser propietario), sino la causa de la *solutio* que es el *debitum*, de suerte que, al quedar la *solutio* sin causa (por ser una *solutio indebiti*), el accipiente carece, no de causa de adquirir, pero sí de una causa de retener, y queda expuesto así a la *condictio*.

δ) Un último grupo puede hacerse con todos aquellos supuestos en los que se da la *condictio*, aun faltando un negocio convencional básico, por el mismo hecho de que la reivindicatoria se ha hecho imposible, por ejemplo, a consecuencia de una *consumptio* o de una *usucapio* subsiguientes, pero la adquisición consolidada se considera de retención injusta, y, en lugar de la reivindicatoria que se ha hecho imposible, se da la *condictio*. Hay en estos casos una *datio* precisamente porque un propietario pierde la reivindicatoria en provecho de otra persona que se considera haber adquirido la propiedad, a consecuencia de un hecho subsiguiente, y de ahí que se pueda hablar de *dationes ex eventu*. Porque la *datio* no consiste en un convenio de transferencia de la propiedad, sino precisamente en el resultado adquisitivo, y aquí este resultado se produce aunque sea de una manera involuntaria para el *dans*. El caso extremo de este grupo es el de la exclusión de la reivindicatoria contra el *fur* por el efecto consuntivo de la misma *litis contestatio* de la *condictio* que llamamos *ex causa furtiva*, y en la cual se presupone que el demandado ha venido a hacerse propietario, pues se pretende de él un *dare oportere* y sólo puede *dare* el que tiene la propiedad y a quien no la tiene.

Todas estas *dationes* dan lugar a la *condictio* y por ello se incorporan al *creditum*, aunque la figura central del mismo siga siendo la *datio mutui*. *Credere* en el sentido más estricto se refiere al mutuo. Con este negocio se relaciona también el acto de conversión de una deuda no-crediticia en crediticia, sin estipulación novatoria,

que se designa con la frase *abire in creditum*: una conversión no-formal por la que una deuda pecuniaria nacida de un contrato, p. ej., la de pagar el precio el comprador o transferir los capitales cobrados el mandatario, se convierte en deuda de mutuo, con substitución de la acción contractual por la *condictio*. Este acuerdo equivale a una doble *numeratio*: una primera para satisfacer la obligación contractual y otra segunda *credendi causa* a cargo del mismo que cumplió y a favor del antiguo acreedor, que dispone ahora de una acción de *certum* en lugar de una acción de buena fe.

Por su misma relevancia, el mutuo atrae hacia sí otras figuras de negocios afines, como ocurre entre los contratos con el de compraventa. En especial resulta notable esta atracción al mutuo en dos negocios crediticios importados de las costumbres comerciales helenísticas: el *fenus nauticum* y el depósito de dinero. El primero o *pecunia traiectica* es un tipo especial de préstamo con fuerte riesgo del que presta, ya que asume el de los frecuentes accidentes de la navegación que pueda sufrir el capital, o más frecuentemente la mercancía comprada con él, que se transporta por mar, para equilibrar el cual riesgo se permiten los intereses sin tasa. Que hiciera falta una estipulación formal para tal tipo de préstamo y para los intereses que debía producir, no parece lo más probable, aunque debemos suponer la existencia ordinaria de un documento caucional. Que la acción para este negocio fuera distinta de la *condictio* tampoco resulta de los datos que tenemos. Lo más probable es la aproximación al mutuo, pero conservando ciertos rasgos peculiares de la costumbre marítima internacional. Similar atracción se produce con la *pecunia deposita*, es decir, depositada con permiso de usarla. En tanto el depósito no tuvo más acción que la acción *in factum* de origen delictual contra el depositario doloso, ese negocio se equiparaba al mutuo; tan pronto apareció una *actio depositi in ius (ex fide bona)*, lo que no debió de ocurrir mucho antes de la codificación del Edicto, la nueva acción se acomoda mejor a la verdadera función del depósito pecuniario, y se constituye entonces un tipo especial de depósito, que llamamos "irregular". En efecto, el mutuo es un negocio hecho a iniciativa del mutuuario, que necesita el dinero, en tanto el depósito irregular es a iniciativa del depositante, que quiere le guarden el dinero que no necesita, y de

ahí que los intereses (que no hace falta sean estipulados, dado el carácter de buena fe de la nueva acción) suelen ser muy inferiores a los del *fenus*.

2. *Expensilatio* y *stipulatio*. Las *datationes* crediticias no son las únicas que pueden fundamentar la *condictio*. Si admitimos que esta acción y la *actio certae creditae pecuniae* son la misma, debemos admitir también que la *condictio* puede fundarse en los mismos negocios que la *a.c.c.p.* Sabemos por una declaración expresa de Cic. pro Rosc. com. 4, 13 y 5, 14 que la *a.c.c.p.* podía fundarse en una *pecunia data* o *stipulata* o *expensilata*, y no hay razón para dar a este testimonio una interpretación restrictiva, por ejemplo, para reducirlo a los límites de la novación. La Fórmula Bética de mancipación fiduciaria (CIL. II Supp. 5406 = A. d'Ors Epigr. Jur. de la Esp. Rom. 431 ss.) habla a este propósito de *pecunia data, credita, expensilata*, de lo que resulta que *credita* se refiere precisamente a la *stipulata*.

a) La *expensilatio* es un negocio típicamente crediticio y aun bancario, que se practicó en Roma durante el siglo I a. C. y el I d. C. Cuando la erupción del Vesubio (79 d. C.) todavía era un negocio en plena vida, pero a mediados del siglo II d. C. se recuerda ya como caído en desuso. Las tablillas de Herculano ofrecen una documentación del acto constitutivo, que consistía en un apuntamiento, en un *codex accepti et expensi*, de una cantidad como prestada (*expensum ferri*) a alguien que ya la debía por otra causa, o que la asumía para liberar a otro deudor; de este apuntamiento surgía una obligación crediticia para el apuntado como prestatario. A este acto correspondía el complementario de apuntar como recibida una cantidad (*acceptum referri*), acto similar al *acceptum ferri* de la fórmula verbal por la que se cancelaban sin consideración causal las obligaciones de estipulación (*acceptilatio*); mediante este apuntamiento de recepción el acreedor podía imputar el pago, y deducir el saldo, ya que el banquero debía *agere cum compensatione* para no incurrir en *plus petitio*. Por esta *transcriptio nominum* surgía una nueva obligación civil independiente de la anterior, por lo que este tipo de novación resulta algo diferente de la verdadera novación estipulatoria (para la que se requiere una antigua obligación válida), al mismo tiempo que, por el carácter formal del acto, sólo impropriamente se puede hablar aquí

de una modalidad de *abire in creditum*; por igual motivo, tampoco puede identificarse en una de sus funciones con la asunción bancaria de deuda ajena (*receptum argentarii*).

β) La *stipulatio* se remonta de una forma u otra a la promesa jurada, y se erige en el sistema de las obligaciones romanas como una figura central, no como negocio típico que no es, sino como forma general de obligarse, susceptible de cualquier contenido. Cuando la estipulación tiene por objeto una *certa pecunia* o *certa res*, constituye una obligación crediticia, exigible por la *actio certae creditae pecuniae*. La identificación que mantenemos entre *condictio* y *a.c.c.p.* presenta la dificultad de que las fuentes no hablan de *condictio* como acción propia de la *stipulatio certi*, sino incluso de *agere ex stipulatu* como cuando tiene por objeto un *incertum*. Sin embargo, no puede mantenerse la idea de que los clásicos conocieran una propia *actio ex stipulatu*, con fórmula causal y no abstracta como la de la *condictio*, para exigir el cumplimiento de la *stipulatio certi*, ni parece tampoco muy probable que fuera aquél el nombre técnico para designar la acción propia de la *stipulatio incerti* (vid. Schulz Class. Rom. Law 476 ss.; cfr. A. d'Ors *Condictio ex stipulatione*, *Studia et Docum. Hist. et Iuris* 26 [1960] 323 ss., contra J. C. van Oyen *Tijdschr. voor Rechtsgeschiedenis* 27 [1959] 391 ss.). Justiniano, *Inst.* 3, 15 pr., afirma claramente que la *stipulatio certi* da lugar a la *condictio*. Quizá sea lo menos inseguro pensar que los juristas clásicos hablaron genéricamente de *certum* o *incertum petere*, y que distinguían, por otro lado, un *agere ex testamento* (para el legado damnatorio) y un *agere ex stipulatione* o *ex stipulatu*, pero que la fórmula procesal para el *agere ex stipulatione certi* era exactamente la misma fórmula abstracta de la *condictio*, por más que el nombre de *condictio* se reserva para las aplicaciones recuperatorias, y que el nombre de *actio certae creditae pecuniae* haya sido abandonado por la jurisprudencia para designar el *certum petere*. En todo caso, es cierto que la *stipulatio certi* es causa del *creditum*. Así se nos dice en D. 12, 1, 2, 5: *verbis quoque credimus quodam actu ad obligationem comparandam interposito, veluti stipulatione*. Este § 5 parece una glosa explicativa del anterior § 3 (Ulp. 28 ed.), donde se distingue: *mutuum non potest esse nisi proficiscatur pecunia, creditum autem interdum etiam si nihil proficiscatur, veluti si post*

nuptias dos promittatur, en referencia a la estipulación de la dote, concretamente la de restitución de la misma después del divorcio (A. d'Ors Eranion Maridakis I 227 ss.). Que la antigua *legis actio per condictioem* se aplicara a la *stipulatio certi* no se discute, y la cuestión se reduce entonces, a la de la continuidad de la antigua y nueva *condictio*.

De hecho, la *pecunia data* solía ser además, sin novación, *stipulata*, de modo que *datio* y *stipulatio* venían a constituir un solo negocio, sancionado por una misma acción. Sobre este negocio de *Mutuum und Stipulatio* vid. M. Kaser Eranion Maridakis I 155 ss.

Lo que permitió la extensión del *creditum*, ya en época temprana, a la *stipulatio certi* fue precisamente la certeza del *credere*, de modo que allí donde se pedía una deuda de *certa res*, sin relación con las obligaciones bilaterales *ex fide bona*, podía hablarse de un *certum petere*, de *condictio* y de *creditum*. Por eso se habla, tanto a propósito de la *stipulatio certi* como de la *expensilatio* de "préstamos ficticios".

IV. El concepto crediticio de *pecunia*. Una dificultad para hacer de la *actio certae creditae pecuniae* la misma acción que la *condictio* podría parecer el empleo para designar aquella acción de la palabra *pecunia*, pues la *condictio* (ya desde la ley Calpurnia) se aplicaba también a todas las cosas. Los juristas romanos se dieron cuenta de esta dificultad, y se esforzaron en consecuencia por dar a *pecunia* la mayor amplitud.

La palabra *pecunia* se presenta con distinto sentido según los contextos. Dejando aparte el amplio sentido arcaico de *pecunia* como conjunto de bienes en contraposición a los de la *familia*, en relación con la contraposición entre *res nec mancipi* y *res mancipi*, la acepción más ordinaria en los textos de la época clásica es la de *pecunia*=cantidad de dinero o de otro género; este sentido tiene, p. ej., cuando se habla del mutuo como *pecunia credita* y también en la relación *pecunia constituta*. Que la ley Silia abarcara cualquier cantidad o sólo la de *nummi* no resulta claro, pero lo primero no es en modo alguno imposible. En relación con la ley Cornelia sobre los fiadores dice Gai, 3, 124 (a continuación de la definición cit. supra I): *appellatione autem pecuniae omnes res in*

ea lege significantur; itaque <et> si vinum vel frumentum aut si fundum vel hominem stipulemur, haec lex observanda est. La ley Cornelia prohibía al fiador *in ampliorem summam obligari creditae pecuniae quam in xx milia*, en favor de un mismo deudor y dentro de un mismo año. Es claro, pues, que la interpretación de la palabra *pecunia* a propósito de aquella ley se refería a la *pecunia credita*. Esto induce a afirmar que la jurisprudencia había dado a esa expresión un sentido muy amplio, que abarcaba todos los géneros, pero también todas las cosas específicas: una amplitud determinada por los posibles objetos de la *condictio*. Consecuentemente, no hay razón para reducir el ámbito de la *actio certae creditae pecuniae* en comparación con la *condictio*, pues precisamente la jurisprudencia romana se había preocupado de excluir tal interpretación estrecha de la palabra *pecunia*. Que ésta era una preocupación común de cuantos comentaban el *edictum de rebus creditis* parece indicarlo la conexión entre la definición de *credere* de Ulp. (cit. supra II) y la afirmación *rei quoque verbum ut generale praetor elegit*, que comenta la rúbrica edictal. En PRyl. 474 b verso, que recoge comentarios a aquel edicto (el frag. a que parece referirse a la *pecunia constituta*, seguiría al b), ese breve comentario aparece como glosa: [...] *n v(er)b(um) gener[ale] est*, pero a final del mismo frag. del verso se puede leer: [*e*]l[*egi*]t [*r*]em [*u*]t [*verbum generale*]. Más próximo al texto de Ulp. parece la parte anterior del mismo texto: [*U*]lp(ianus) *ad ed(ictum):* [*“rem” pr(aetor) a*]it: *potu[it aute]m et pecuniae [appel]lacione uti, nam [pecunia]e appellatio[ne q]uicquid in pat[rimoni]o e[st] (o i[n]est) significa[tur]*. Esta misma advertencia se repite en otros muchos lugares: Ulp. 49 Sab.—D. 50, 16, 178 pr.; Paul. 28 ed.—D. 12, 1, 2, 3 (cit. supra) y 2 ed.—D. 50, 16, 5 pr.; y el compendiador de la jurisprudencia clásica, Hermogeniano, la recoge en estos términos: “*pecuniae*” *nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res tam soli quam mobiles et tam corpora quam iura continentur* (D. 50, 16, 222).

V. *Credere* y *solvere*. De la relación entre estos dos términos la aproximación gayana entre *mutuo* y *solutio indebiti* como *obligationes re contractae* no es más que una consecuencia.

La *numeratio pecuniae* puede ser tanto *credendi* como *solvendi causa*, pero también cualquier *datio*. Esto se debe a que si el *credere* consiste en un *certum dare* que engendra la obligación de dar la propiedad, el *solvere* es precisamente ese *certum dare* inverso por el que se cumple aquella obligación; esta íntima conexión entre el acto que crea y el acto que extingue la obligación se remonta a una concepción arcaica que sigue influyendo sobre el desarrollo clásico del *creditum*.

Como ha explicado S. Cruz Da Solutio (1962), el *solvere* se refiere, en la época clásica, al cumplimiento total de la obligación crediticia, pero se extendió también al cumplimiento de otras obligaciones de *dare certum* que tenían origen contractual, como la de pagar el *pretium* o la *merces*, e incluso a las *operae certae*, las cuales también pueden ser objeto de un *datio*, en un sentido especial, y por tanto igualmente de una *solutio* (*solvere operas*). Las otras obligaciones, en cambio, son objeto, no de *solutio*, sino de *satisfactio*.

La obligación de *solvere* no se rige por las reglas de la buena fe contractual, sino por el llamado "derecho estricto". La estimación de la cosa debida, a efectos de la *condemnatio*, se fija en el momento de la *litis contestatio*. El demandante que *plus petit* pierde el litigio. La *litis contestatio* puede operar sus efectos *ipso iure*, y extingue la obligación aunque sea solidaria. Las excepciones deben ser expresamente formuladas.

La responsabilidad del deudor es, en principio, total. Esto se explica teniendo en cuenta que las relaciones crediticias son primeramente de objeto pecuniario, es decir, de géneros, que "no perecen". El problema del riesgo aparece tan pronto la *condictio* se extiende a objetos específicos, en especial los muebles, que son más susceptibles de pérdida. La regla jurisprudencial se fija en el sentido de que el deudor de cosa específica que se pierde queda liberado de su obligación *si per eum non steterit quo minus daret* (también para la *solutio operarum*); pero esta excepción se entiende en un sentido muy restrictivo: el deudor, que es propietario, se libera tan sólo cuando la cosa perece antes de incurrir él en mora, y perece por una causa extraña al deudor. Este *pericimientum per causa extraña al deudor* es, en realidad, por sucesos como la muerte de un esclavo o del animal debido,

o la destrucción de la cosa por fuerza mayor; porque si la cosa subsiste, aunque esté deteriorada, el deudor sigue debiéndola tal como está, y se libera dándola así, quedando a salvo la *actio de dolo* cuando el deterioro se debe al dolo malo del deudor (D. 4, 3, 7, 3). Si la cosa ha sido hurtada y subsiste, el deudor sigue obligado. Si la cosa ha sido adquirida por el acreedor en virtud de otra causa ajena al deudor, ya sea a título lucrativo como oneroso, el deudor queda liberado por la imposibilidad de *dare* al acreedor lo que ya es suyo. En ningún caso interviene en la obligación crediticia una consideración de la *culpa* o negligencia; tampoco para apreciar la mora. En principio, la obligación del deudor existe desde el plazo estipulado, pero cuando no se ha estipulado ningún plazo o se ha pactado simplemente, la acción crediticia puede quedar paralizada, si resulta intempestiva la reclamación, por una *exceptio (doli o pacti)*. En ningún caso la *mora debitoris* puede agravar la deuda, y el deudor moroso puede liberarse dando estrictamente lo que debe, salvo cuando pueda apreciarse dolo por su parte y quede justificada la negativa del acreedor a aceptar tal pago en mora.

En las obligaciones pretorias de *reddere* incorporadas al *creditum (actio commodati y pigneraticia)*, el deudor tiene una posición parecida, pero la jurisprudencia entiende que la restitución de la cosa deteriorada equivale a una no-restitución. Por otro lado, el criterio de responsabilidad es el de la *custodia*, en virtud de la cual queda liberado el deudor por la pérdida anterior a su mora y causada por un caso de fuerza mayor. Si la cosa es hurtada, responde de ella, pero dispone de la acción penal contra el ladrón. La estimación de la cosa reclamada se hace mediante *iusiurandum in litem* y, en consecuencia, el pago de la *litis aestimatio* por parte del demandado vencido en el proceso, le defiende en su posesión y aun le da (a partir de Juliano) una justa causa (*pro emptore*) para usucapir o, en su caso, ejercitar la acción Publiciana. El problema del riesgo, en estos supuestos de préstamos de cosas específicas, es mucho más relevante, y la jurisprudencia ha elaborado aquí una rica casuística.

VI. El *creditum* y la generalización del *contractus*. El *creditum* se nos presenta así como una categoría

especial de obligaciones, aunque con tendencia a progresivas ampliaciones. Comprende las obligaciones unilaterales de objeto *certum*, sancionadas por acciones que llamamos de "derecho estricto", y se contrapone al grupo de obligaciones de objeto *incertum*, en especial, las bilaterales, sancionadas por acciones de buena fe. Esta distinción procede de la que existía en tiempo de las *legis actiones* entre la *iudicis arbitrive postulatio*, origen de las fórmulas de objeto *incertum* provistas de *demonstratio*, y la antigua *condictio*, de donde procede la fórmula abstracta de la *petitio certi*, que, al menos en ciertas aplicaciones, se sigue llamando *condictio* en la época clásica.

En la terminología clásica, la palabra *contractus* no resulta ni muy frecuente ni muy precisa; desde luego, no siempre que existe una *obligatio contracta* se habla de *contractus*, y se observa cierta tendencia a reservar la palabra para designar las convenciones que engendran obligaciones bilaterales, no-crediticias. Esta tendencia aparece muy claramente en el jurista más interesado por las cuestiones terminológicas, Labeón. De él se nos refiere (D. 50, 16, 19) esta clara distinción: *quaedam agantur, quaedam gerantur, quaedam contrahantur: et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συναλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam*. Esta distinción dista tanto de la mentalidad post-clásica que no podemos sospechar una falsa atribución de la misma a Labeón. La reducción del *contractus* al sinalagmático, con exclusión de los negocios crediticios (*stipulatio* y *numeratio*), se confirma con la observación de una neta separación en el orden edictal entre las acciones crediticias (ed. XVII) y el de las acciones bilaterales de buena fe (ed. XIX). Si a este texto de Labeón no suele darse toda la importancia definitoria que pretende tener, y aun se procura reducirlo al rango de opinión aislada sin trascendencia (a pesar de la que siempre tienen los asertos de Labeón), ello se debe evidentemente a la incompatibilidad con la terminología gajano-justiniana, que generaliza el término *contractus* por la fuerza de la antítesis *delictum-contractus*, cuya omnicompresividad que-

da pronto desvirtuada por la inclusión de un tercer miembro de *variae causarum figurae* (divididas ulteriormente en cuasicontratos y cuasidelitos). En la definición de Labeón se distingue el *actus verbis* y el *actus re*, con los correspondientes ejemplos de *stipulatio* y *numeratio*, esta última que puede referirse tanto al mutuo como a la *solutio*; Gayo parte de esta distinción, pero, generalizando el término *contractus*, completa aquella distinción *re-verbis* con otros dos miembros más: *litteris* (para designar los antiguos *nomina transcripticia* y los actuales, aunque no-romanos, documentos constitutivos de obligación) y *consensu* (para designar precisamente los contratos de buena fe, con olvido, sin embargo, de la *fiducia*). En virtud de esta cuatripartición gayana, las obligaciones crediticias, en la medida en que se fundaban en un negocio convencional, se convierten en obligaciones *re contractae*, es decir, que surgen de una *numeratio* (por tanto, a pesar de ciertas reservas, la *solutio indebiti* también), y se alcanzó así la configuración del llamado "contrato real", dentro del cual se incluyeron, no sólo negocios pretorios como el comodato y la prenda, sino incluso el contrato de depósito, que nada tenía que ver con el *creditum*, y aun, en cierto modo, los nuevos contratos "innominados", que sí tenían que ver con el *creditum* por cuanto proceden en parte de las antiguas *datationes ob rem*.

La generalización post-clásica del *contractus*, preparada ya por el afán escolástico de Gayo, produjo el olvido de la noción clásica de *creditum* como categoría especial de las obligaciones. En consecuencia, se consumó la tendencia a extender el nombre de *creditor* más allá de los verdaderos límites del *creditum*: "*creditorum*" *appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed omnes, quibus ex qualibet causa debetur* (D. 50, 16, 10, 12). La rúbrica de *rebus creditis* se redujo al primer título de D. 12, siendo así que las materias de aquel edicto alcanzan hasta el último título de D. 13, (*de pignoratitia actione*), pero una nueva rúbrica de *rebus* vino a comprender (libros 12-19, Tercera Parte del Digesto) toda la materia crediticia y contractual (ed. XVII-XIX). El comodato y la prenda, donde podía introducirse una consideración de la bilateralidad, entraron plenamente en el sistema contractual dominado por los criterios de la buena fe, en tanto el

mutuo se mantuvo distinguido como contrato "unilateral"; y si la *stipulatio* no pudo ser tan intensamente contractualizada, ello se debió a que siguió siendo una forma, aunque ahora ya escrita. A pesar de todo, la antigua noción de *creditum* persistió vagamente en aquella acepción, ya subrayada por Gayo, de obligación cierta y no condicional. En Occidente, Isid. etym. 5, 25, 14 repite todavía: *res credita est quae in obligationem ita deducitur ut ex tempore quo contrahetur certum est eam deberi*. En Oriente, la idea de certeza crediticia produce la distinción entre contratos "fuertes" (*ισχυρά*) y contratos "débiles" (*σαθρά*), según vemos en Estéfano, sch. ad D. 12, 1, 6 = Bas. 23, 1, 10.

La *condictio* desaparece del lenguaje post-clásico de Occidente (Levy Weström. Vulgarrecht: Das Obligationenr. 299) y *condicere* cede el paso en algunas fuentes medievales a *condicare* (Du Cange II 487). Resulta interesante la aparición de este término en una pizarra visigótica del siglo VI/VII, donde se lee: *reddere ab eo ... te condicet sic...iniuriis...erga...* (Diaz Zephyrus 9 [1958] 59 ss. núm. 2), a no ser que, a pesar de la proximidad del *reddere*, carezca de sentido técnico y signifique como en algunos escritores cristianos "anunciar" o incluso "convenir". En Oriente, en cambio, la *condictio* adquiere una gran expansión (p. ej., Justiniano la interpola en CJ. 5, 3, 15, 1, del año 319 = CTh. 3, 5, 2, 1), convertida en una acción general contra el enriquecimiento injusto (aparte siempre la del mutuo, que ahora se considera "contractual"), y tipificada, gracias al olvido de la fórmula abstracta, por distintas aplicaciones causales (*condictio ob turpem causam, causa data causa non secuta, triticiaria, furtiva*, etc.), incluso más allá de su antiguo campo (*c. liberationis, incerti*, etc.) y hasta como acción dada por la ley (*c. ex lege*). El aspecto material hizo olvidar el procesal hasta el extremo de llegar a hablarse de una *actio conductionis, condicticia*, etc.

Al mismo proceso de olvido de los límites del antiguo *creditum* corresponde la generalización de la *solutio* como modo general de extinguir las obligaciones.

A. D'ORS