

«CREDITUM» Y «CONTRACTUS»*

1. Cuando la romanística moderna, libre de las ataduras de la Pandectística, se aplicó a la palingénesis del Derecho clásico, tuvo necesariamente que prestar especial atención al texto de las *Institutiones* de Gayo, que se presentaba como el único libro de la jurisprudencia antigua conservado entero, o casi entero, y libre de las manipulaciones de los codificadores bizantinos. Mucho fué, en verdad, lo que gracias a esa fuente se pudo conseguir para una más completa visión del Derecho romano clásico. Pero no es menos verdad que esta segunda mitad del siglo xx parece haber empezado para la ciencia romanística con una grave reserva de desconfianza frente al testimonio gayano. No se trata ya de sospechas acerca de los pocos o muchos glosemas que se pueden haber introducido en una edición que, después de todo, es poco anterior a la compilación justiniana¹, sino de una reserva de mayor gravedad, pues afecta al mismo Gayo, el cual, precisamente por sus particulares objetivos pedagógicos, y quizá por haber vivido apartado del ambiente de la Urbe, nos presentó derecho clásico, sí, pero esque-

* Se reproduce aquí una comunicación presentada al «II. Deutscher Rechtshistorikertag» (Freiburg i. Br., sept. 1956). Como recojo en ella algunos resultados de trabajos anteriores, me remito con frecuencia a ellos, dispensándome de más amplias referencias a las fuentes y literatura. Por la misma índole de este escrito puede disculparse que muchas cuestiones tangenciales no hayan sido más que esbozadas.

1. Sobre la edición veronesa de las *Institutiones* de Gayo como fase de toda una serie de sucesivas reelaboraciones de unos apuntes escolásticos (DERNBURG, *Die Institutionen des Gaius ein Collegienheft aus den Jahre 161 n. C.* [1869]), vjd. mis *Presupuestos críticos*, 1102; WIEACKER, en *Festschr. Schulz*, 2, 101; y ahora, sobre todo, H. J. WOLFF, en *Studi Arangio Ruiz* 4, 171-196.

matizado en una forma bastante ajena a la costumbre de la jurisprudencia clásica, lo que fué precisamente la razón de su éxito en la época postclásica. Esta reserva, discutida recientemente por algunos romanistas², parece haber tomado arraigo entre los romanistas alemanes³. Por lo que a mí afecta, ya en el *Congreso Internacional de Verona*, el año 1948, tuve ocasión de manifestar mi opinión de que las Instituciones de Gayo, incluso depuradas, si se quiere, de los posibles glosemas, no nos dan un testimonio fidedigno para el punto de vista de la jurisprudencia clásica; su posición ante el derecho clásico tiene, en cambio, gran afinidad con la manera escolástica de los post-clásicos, y de ahí que yo haya venido calificando a Gayo como un «pre-postclásico», título que puede parecer paradójico, pero que corresponde a la realidad⁴.

Mi manifestación de 1948 acerca del problemático carácter clásico de Gayo se relacionaba con la crítica de la cuatripartición de los contratos—*re contrahitur obligatio, verbis, litteris, consensu*—, que, según creo haber probado en mi comunicación a aquel *Congreso* de Verona, no vuelve a aparecer en la jurisprudencia clásica, y, sólo partiendo de la mera hipótesis, podemos atribuir a un modelo pre-gayano. En mi opinión, la cuatripartición de los contratos, que sólo en Gayo aparece, es una invención gayana, que hubo de tener el más resonante éxito entre los autores postclásicos, que la completaron, y entre los compiladores justinianeos, que la transmitieron a la posteridad.

Pero aquella crítica de la cuatripartición afectaba especialmente a la categoría de la *obligatio re contracta*, es decir, del llamado «contrato real», y fruto de mis primeras reflexiones críticas en este punto son mis «Observaciones sobre el *edictum*

2. GUARINO, *Il classicismo dei giuristi classici*, en *Scritti per il centenario Jovene* (Napoli, 1954), 227-241; J. C. van OVEN, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 23 (1955) 240-248 [cfr. 398].

3. KASER, *Gaius und die Klassiker*, en *SZ*, 70 (1953) 127-178; M. FUHRMANN, en *SZ*, 73 (1956) 341.

4. Vid. mi trabajo *Re et verbis* en *Atti Verona*, 3, 267 (cfr. *AHDE*, 19 [1948-1949] 602). Ahora, *Gayo, pre-postclásico*, en *AHDE*, 25 (1955) 830 s.

de rebus creditis»⁵. La conclusión principal de ese estudio, en el que se contienen otras muchas conclusiones secundarias que pueden dar lugar—y ya empezaron—⁶ a interesantes discusiones, es la de que el hecho de hallarse, en el orden edictal, la *actio commodati* y la *actio pignoratitia* a continuación de la acción del mutuo, y netamente separadas, en cambio, de las acciones de los contratos consensuales, pero también de la *actio fiduciae* y de la *actio depositi*, se debe a una especial conexión de aquellas dos acciones con la acción crediticia, esto es, la *actio certae creditae pecuniae* o *condictio*⁷.

2. Gayo, al querer enumerar las *obligationes re contractae*, no consiguió pasar de la *mutui datio* y de la *solutio indebiti*; es decir, no pudo poner más ejemplo que el de la *condictio*. Esta limitación, que no debe explicarse suponiendo una intención puramente ejemplificativa en Gayo, ni tampoco se puede explicar por la razón de que algunas, pero no todas, de las figuras que podría mencionar eran de derecho pretorio y no podían, por tanto, considerarse fuentes de *obligatio*, resulta muy explicable si tenemos en cuenta que Gayo tomó, para construir el primer miembro de su cuatripartición, una expresión de la casuística del mutuo con estipulación: *re obligari*, como contrapuesto a *verbis tantum*⁸. Así, pues, no pudo dar más ejemplo de contrato real que el de aquella causa crediticia que era la *datio*. Como sabemos por Cicerón⁹, las tres causas del *creditum* eran: la *datio*, la *stipulatio* y la *expensilatio*; pues bien, Gayo tomó simplemente esta tripartición y, uniéndola a ella el cuarto miembro de los contratos consensuales, construyó su famosa cuatripartición: *re, verbis, litteris, consensu*.

5. En SDHI, 19 (1953) 134-201. Cfr. KADEN, en SZ, 71 (1954) 565 ss.

6. Por ejemplo, la crítica de mi posición (*Observaciones*, 185 ss.) acerca de las acciones contrarias, respecto al comodato y la prenda, de F. SCHWARZ, en SZ, 71 (1954) 118, 124 ss. (cfr. infra. n. 59 [sobre él, ahora, PROVERA, en *Labeo*, I (1955) 336]; respecto a la crítica acerca de la *mutui datio cum stipulatione*, vid. mi réplica al mismo en RIDA, III sér., I (1954) 537 s.

7. Para la identificación de *condictio* y *actio certae creditae pecuniae* vid. *Observaciones*, 137.

8. *Re et verbis*, 277.

9. Cic., *pro Roscio com.* 5,14; 4,13.

Gayo no habló para nada, a propósito de esta cuatripartición, ni del comodato, ni de la prenda, pero tampoco de la fiducia ni del depósito. Los seguidores de Gayo iban a ser quienes completaran su cuatripartición, colocando esas figuras (a excepción de la fiducia, de la que ya no sentían necesidad de hablar) dentro del primer miembro, del contrato real, al lado del mutuo, del que el caso de la *solutio indebiti*, una vez creada la categoría de las *variae causarum figurae* y, luego, del cuasicontrato, tendía inevitablemente a desligarse¹⁰. Naturalmente, esta extensión de la *datio*, propia del mutuo, a los nuevos contratos reales no se pudo hacer sin un notable relajamiento del concepto mismo de *datio*, que vino a significar, no ya una adquisición de propiedad, de *res* en el especial sentido de propiedad sobre la misma, sino una entrega de posesión, como ocurre en el caso de la prenda, o incluso de simple detención, como ocurre en los otros dos casos del comodato y del depósito.

Tenemos así, dentro de los cuatro llamados contratos reales, especies muy heterogéneas. En primer lugar, tenemos una *mutui datio*, que no es más que el caso prototipo de las *dationes* constitutivas del *creditum*; luego, el comodato y la prenda, sancionados por acciones *in factum* similares a la *condictio crediticia*, y por eso incluídas en el *edictum de rebus creditis*; por último, el depósito, cuya acción queda incluída en el *edictum de bonae fidei iudiciis*.

3. Mi afirmación¹¹ de que el comodato no fué nunca sancionado más que por una acción *in factum*, es decir, mi negación de que existiera en el derecho clásico una *actio commodati in ius*, la cual, a mi modo de ver, tenía necesariamente que haber sido, de haber existido, una acción *bonae fidei*, ha tenido hasta ahora poca aceptación¹². Esta inexistencia de una acción

10. Pseudo-Gayo, 2 *aur.* (D. 44, 7, 1); *Inst.* 3, 1: *quibus modis re contrahitur obligatio*.

11. *Observaciones*, 181-185.

12. Así, KASER (RPR, I, 446, n. 7), que se limita a calificar mi tesis como «unglaublich». Una argumentación más fundada tampoco se da en los otros autores que siguen la opinión común, remitiéndose a G. SEGRE, en *Studi Fadda*, 6, 333, quien, por lo demás, no dejaba de reconocer (pág. 374) la debilidad de los argumentos en que apoyaba su opinión. En PASTORI (*Il comodato nel diritto romano*, 1954), así como en sus críticos, incluso en

civil, que es prácticamente indiscutida para el caso de la prenda, tropiezo, para ser admitida en el caso del comodato, con la alusión gayana a que para el comodato existió una doble fórmula como para el depósito¹³. De este testimonio se quiere derivar una prueba firme de la existencia de una *actio commodati in ius*, por más que la misma analogía gayana obligaría a encontrar esa acción entre las de buena fe, lo que no ocurre, siendo el catálogo que Gayo hace de las acciones de buena fe perfectamente completo¹⁴. Quizá mi desconfianza ante el texto de Gayo me haga ser en este caso poco respetuoso con su testimonio incompleto, pero lo que sí resulta indiscutible es que, en el orden edictal y en los comentarios jurisprudenciales al Edicto, lo que determina la colocación del comodato es su *actio*

PASTORI, en *Labeo*, 2 (1956) 81 y 291 y LUZZATTO, *ibid.* 357, mi punto de vista no ha estado presente.

13. Gayo, 4,47: *similes etiam commodati formulae sunt*.

14. BIONDI (*Istituzioni*, 3 [11056] 466, n. 69) objeta que la omisión se podría explicar de otro modo que no dice, y que, además, no debe excluirse el posible error de copista, con lo cual me parece que este autor persiste en sus antiguas dificultades (cfr. *Observaciones*, 182 s.) ante el pasaje gayano. Por su parte, KASER (RPR, I, 446) parece haber retrocedido un poco (cfr. *Restituere als Prozessgegenstand*, 54) en la crítica de la hipótesis de una posible *actio commodati in ius* que no fuera *ex fide bona*; pero el hecho (RPR, I, 446, n. 8) de que la *actio tutelae* y la *actio negotiorum gestorum* no se hallen tampoco en el edicto XIX no es un argumento que pueda estimarse favorable a tal hipótesis; tales acciones, como también la *actio rei uxoriae*, tenían sedes más apropiadas que ésa dentro del Edicto pretorio; en todo caso, queda siempre por explicar qué clase de acción sería esa acción con fórmula *in ius*, pero no *ex fide bona* (cfr. *Observaciones*, 184).—Naturalmente, mi negación de la fórmula *in ius* para el comodato no es imprescindible para mi teoría general sobre la distinción entre *creditum* y *contractus*; cabe imaginar que, inventada una tal fórmula *in ius*, ésta hubiera sido atraída por la *actio in factum*, la cual habría seguido en el edicto XVII; pero esto me parece muy poco probable, y creo que, de haber existido una fórmula *in ius*, la encontraríamos, juntamente con la fórmula *in factum* a la que habría atraído, en el edicto XIX, al lado de las *actiones depositi*, atraídas éstas por la de la *fiducia*. Y lo mismo para el *pignus*, por cuya *actio in ius* ya nadie, francamente, intenta romper su lanza (cfr. la nota siguiente). Que tales acciones *in ius* hubieran sido inventadas en una fecha posterior a la ordenación definitiva del Edicto, es una posibilidad con la que no hay que contar, dado lo que podemos saber sobre el «esaurimento» del poder creador del Edicto.

in factum: si el comodato figura en el *edictum de rebus creditis*, ello se debe a que se tiene en cuenta su *actio in factum* similar a la *condictio*. Lo mismo ocurre con la *actio pignoratitia*¹⁵, así como también con la *actio de pecunia constituta*¹⁶.

Respecto al depósito, su *actio in factum* fué también la tomada en cuenta en los comentarios jurisprudenciales, por la razón de que su *actio in ius* apareció muy tardíamente, quizá ya en el siglo segundo del Imperio¹⁷, pero todavía a tiempo para atraer la figura del depósito al *edictum de bonae fidei iudiciis*; atracción para la cual debió de influir sin duda la presencia en cabeza de aquel edicto de la *actio fiduciae*, siempre *in ius*¹⁸, en mi opinión, que constituía el tipo originario de los juicios de buena fe¹⁹, por más que en su fórmula no estuvieran

15. *Observaciones* 179-181.—CJ., 4,24,6 (225 d. C.), no es, pese a la inesperada confianza de SCHULZ (CRL, 520), una prueba fidedigna; en su fondo genuino pudo referirse a la *fiducia*. Ahora, para KASER (RPR, I, 449), la existencia de una fórmula *in ius* para el *pignus* es «ungewiss», lo que me parece de una prudencia excesiva.

16. *Observaciones*, 177 s.

17. KASER, RPR, I, 447: «In der späten Republik oder eher in der frühen Klassik». Me parece que esta fecha debe retrasarse bastante. Cicerón desconocía (KASER, *ibid*, n. 8) evidentemente la fórmula *in ius*, contra lo que suponía erróneamente COSTA, *Cicerone giureconsulto*, I, 181 (los textos que invoca hablan de *officium* y no de *obligatio*). Respecto a Alfeno, vid. la negativa («molto probabilmente») de LONGO, en BIDR, 18 (1905) 152, n. 1.—De D.16,3,1,41, que trata del problema de si el contenido desconocido de una *cista signata* puede reclamarse como también depositado; parece deducirse que, no sólo Trebacio, sino también el mismo Labeón, desconocían la fórmula *in ius*. Es más, el mismo Neracio parece no tenerla presente en D. 16,3,1,41.—Aunque declaraciones como la de D. h. t. 1, 23—*hanc actionem bonae fidei esse dubitari non oportet*—dificilmente se pueden tomar por auténticas, la casuística en torno a la posibilidad de modificar por pacto la responsabilidad del depositario (limitada estrictamente al dolo en la *actio in factum*), en la medida en que se debe atribuir a los clásicos y no a los interpoladores (la crítica de ALBERTARIO, *Studi*, 4, 247, es excesiva), refleja como vió rectamente ROTONDI (*Scritti*, 2, 116 II.), la flexibilidad y el «*pacta insunt*» de una fórmula *in ius*. En todo caso parece evidente que en el siglo II la fórmula *in ius* existía ya. Sobre este tema tengo que ocuparme en otra ocasión.

18. En esto estoy contra LENEL, pero con la mayoría, quizá, de los romanistas, entre ellos ARANGIO-RUIZ, *Rariora*, 57 n.

19. Cicerón, *de off.* 3,15,61 y 3,17,20, que se refiere a Quinto Mucio Escé-

las palabras *ex fide bona*. Pero la *actio depositi in factum* no fué nunca una acción crediticia o cuasi-crediticia. No sabemos de qué zona del edicto procedía al quedar atraída al *edictum de bonae fidei iudiciis*, pero lo que sí parece claro es que era una acción de carácter más bien penal, lo que resulta, entre otros rasgos, de la restricción de la responsabilidad del depositario al dolo. Si pensamos un momento en el hecho de que el heredero del depositario²⁰ o el esclavo depositario una vez manumitido responden tan sólo de su propio dolo o dolo actual²¹, respectivamente, comprenderemos muy bien hasta qué punto era persistente el carácter penal de la acción del depósito²². Al crearse la *actio in ius*, que vino a superar muchas dificultades que presentaba la anterior y a hacer posible las modificaciones en los límites de la responsabilidad, dando entrada a los criterios de la culpa, el depósito quedó contractualizado. Pero sobre la historia de la acción del depósito espero tener ocasión de tratar en otra sede²³.

Todavía conviene tener presente aquel negocio de la *datio fiduciae causa*, que podía servir para fines semejantes, sea a los del *pignus* (*fiducia cum creditore*), sea a los del comodato o depósito (*fiduciae cum amico*²⁴), y cuya acción se hallaba en

vola, y, por tanto, a una doctrina formada probablemente, ya en el siglo II a. C.

20. D. 16,3,1,47; cfr. h. t. 14,1.

21. Este dolo actual es posible cuando el *manumissus* conserva la cosa en su poder (D. 16,3,21,1: *rem teneat*), pero si el dolo procede de la época en que era esclavo y no hay dolo actual por la no-devolución de la cosa depositada, tampoco se considera que subsista una responsabilidad delictual de aquellas que *caput sequuntur*.

22. El carácter penal aparece claramente en la *infamia* que implica la condena del depositario: D. 3,2,1; cfr. Gayo, 4,118 y *Coll.* 10,2,4. Si en la *Tab. Heracleensis* no se menciona expresamente la *actio depositi (in factum)*, ello se debe a que se consideraba incluida entre los casos de condena por dolo: *de(ve) d(olo) m(alo) condemnatus est erit*, y no a que, como se ha sugerido (KASER, en SZ, 73 [1956] 240), la única sanción del depósito siguiera siendo la antigua de las XII Tablas (*Coll.* 11,7,11), que podría bien ser la misma *actio furti (nec manifesti)*.

23. Cfr. supra n. 17.

24. Sea observado de paso que a la expresión *fiducia «cum amico»* (Gayo 2,60) no debe darse un valor de término técnico.

cabeza del *edictum de bonae fidei iudiciis* ²⁵. Si la fiducia no fué incluida entre los contratos reales, ello se debe, como queda dicho, a que en el momento en que se completó aquella categoría incoada por Gayo había perdido su vigencia a la vez que los negocios solemnes por medio de los cuales se practicaba: la *mancipatio* y la *in iure cessio*. Cabe decir, sin embargo, que su estructura de convención fundada en la *datio* podía configurarse como un contrato real. Hoy no se ha sentido escrúpulo en hacerlo así, y, si alguna vez se duda en hacerlo, es por dudarse del carácter contractual de la fiducia, mas esta duda no tiene otro motivo que el hecho de no aparecer mencionada por Gayo entre los contratos reales. Si prescindimos de esta infundada duda, nada impide considerar la fiducia como uno de los llamados contratos reales. Ahora bien: la fiducia, que, por ser un tipo especial de *datio ob rem*, podía aproximarse al campo de la *condictio*, no aparece colocada en el *edictum del creditum*, sino en el de los contratos de buena fe. Es probable que el fiduciante tuviera siempre a su disposición la *condictio* para reclamar una propiedad que otro retenía sin justa causa, pues tal es la situación un vez cumplido el fin para que se dió, pero la *condictio* no era lo bastante flexible para sancionar todo el conjunto de cláusulas pactadas que solían acompañar al negocio fiduciario, ni para sancionar las contrapretensiones del fiduciario, y el hecho es que desde antiguo, quizá desde las acciones de la ley, pero en todo caso, desde poco después de la Ley Ebuca, existió una acción propia para la fiducia ²⁶. Esta inde-

25. En mi opinión, la *actio depositi* fué colocada a continuación, y no antes (como quiere LENEL), de la *actio fiduciae*. Gayo, D. 50,17,16 del lib. 10 *ad Ed. prov.*, no tiene que referirse necesariamente a la *fiducia*. Del orden de las *Pauli Sententiae*, 2,12 (13 de los editores) no puede derivarse un argumento, dado el desorden evidente que aparece en aquella obra, todavía peor en las rúbricas (2,4: *de commodato et deposito pignore fiduciave*), las cuales reflejan el olvido absoluto del orden edictal en un momento posterior (probablemente se introdujeron las rúbricas en la reedición de las PS., que tuvo lugar a fines del siglo IV: «estrato B» de Levy).

26. Para la época preebuciana, me inclinaría a pensar (así, ya VOIGT, *XII Tafeln*, 2, 482) en una *legis actio per arbitri postulationem*, aparte la posibilidad de que la *fiducia*, como *datio ob rem*, diera lugar a una *legis actio*

pendencia procesal de la fiducia marca una clara diferencia respecto a las *dationes* crediticias y demás negocios similares incluidos en el *edictum de rebus creditis*.

Por lo tanto, nos encontramos así, dentro de la categoría de los llamados contratos reales, con una figura netamente crediticia (el mutuo), con dos negocios sancionados con acciones *in factum* similares a la *condictio* (comodato y prenda), con otro antiguo negocio que sirve de modelo para los juicios de buena fe (la fiducia) y, finalmente, con un negocio sancionado por una acción semejante a las acciones penales, pero que fué atraído al edicto de los contratos de buena fe, donde se hallaba ya la fiducia, por el hecho de haber sido creada, para ese negocio, una acción civil, la *actio depositi in ius*.

Este cuadro heterogéneo que ofrece la categoría de los llamados contratos reales supone una superación de fundamentales diferencias estructurales: una como fusión de distintas figuras de negocios obligacionales, desde el *creditum* hasta los contratos, pasando por acciones pretorias *in factum*, que no pueden considerarse sancionadoras de *obligationes* en sentido estricto. En realidad, la misma forzada y dificultosa formación de esa categoría de negocios nos delata un proceso histórico de la más alta importancia para el derecho de las obligaciones en el Derecho romano clásico: la contaminación de los negocios crediticios—*creditum*—con los negocios engendrados de obligación regidos por el principio de la recíproca lealtad contractual—*contractus*—.

4. Esta misma tensión que un proceso de simplificación multiseccular ha hecho olvidar se nos aparece de una manera intuitiva en un acto corriente en la práctica jurídica romana, que es el *abire in creditum*, es decir, aquel pacto por el que aquel dinero que el deudor debe a consecuencia de un contrato queda como mutuado, de suerte que se podrá ejercitar para recla-

per conditionem. La antigua cláusula «*uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem*» no tiene por qué pertenecer necesariamente a una acción y no a una *stipulatio* accesoria de la *mancipatio fiduciae causa*. La idea de una fórmula concebida, no *in ius*, sino «*in fidem*» (KASER, RPR., I, 387), no me resulta todavía del todo transparente.—Pero de todo esto hablaremos también en otro momento.

marlo, no ya la acción contractual, sino la *condictio* ²⁷. Si esto se realiza mediante una *stipulatio* o una *transcriptio nominum*, se puede hablar de novación, pero si se hace sin forma, mediante una *datio* abreviada como *traditio brevi manu*, no hay propiamente novación pero sí una sustitución de la antigua deuda pecuniaria contractual por otra crediticia con el mismo objeto ²⁸. Si no me equivoco, el *fidem emptoris sequi* de aquel pasaje de las Instituciones de Justiniano (2, 1, 41) donde se habla del traspaso de la propiedad de las *res venditae et traditae*, se refiere precisamente a este supuesto de dejar el precio debido como mutuado; en este supuesto, naturalmente, la propiedad puede adquirirse sin más, pues el precio como tal se da por pagado. Pero no es éste el lugar para explicar en qué sentido aquel discutido principio de supeditación al pago del precio, tan coincidente con el derecho griego, tiene cierta validez para el derecho clásico ²⁹.

La práctica del *abire in creditum*, por las ventajas que pre-

27. *Observaciones*, 158 y n. 78.

28. El caso es similar al de la llamada «novación» por *transcriptio nominum*, en el fondo de la cual hay también un pago abreviado o «Zahlungsfiktion» (KASER, RPR, I, 541, n. 2).

29. Llamo tan sólo la atención sobre el hecho de que, si admitimos el carácter «causal» de la *traditio* clásica, difícilmente puede el comprador, en un juicio petitorio frente al vendedor, alegar como *iusta causa traditionis* un contrato de compraventa que no fué completado por el pago del precio, pues tal alegación sería contraria a la *bona fides* del contrato que habría de servir de causa, e incluso podría considerarse como dolosa. Esto parece abrir una perspectiva para buscar un posible antecedente clásico (con aplicación parcial; pues afecta tan sólo a un litigio entre comprador y vendedor) del principio generalizado por Justiniano en obsequio a la tradición del derecho griego y helenístico, según la cual la compraventa se perfecciona por el pago del precio. El que el derecho romano oficial reaccione contra la práctica de reclamar mediante juicio petitorio del comprador que no paga (por ejemplo, CJ. 4,49,1, del 215 d. C.), no niega todavía el hecho que aquí se señala, ni siquiera para el supuesto de ser demandante el vendedor.—Es interesante observar cómo en el derecho vulgar de Occidente, tal como se nos presenta en el *Edictum* de Eurico (ca. 476 d. C.), se exige, para la perfección del contrato, la declaración de haberse recibido el precio más que el pago efectivo. Vid. mi explicación, siguiendo fundamente a Merêa, en mi estudio sobre *La territorialidad del derecho de los visigodos* («Cuadernos del Ins. Jur. Esp.», 5 [Roma-Madrid, 1955]), 155, n. 78.

sentaba para el acreedor, debió de ser muy frecuente. No vamos a detenernos aquí en examinar los textos de la jurisprudencia que se refieren a ese acto; únicamente, a modo de specimen, quisiera citar este texto de Ulpiano (Dig 14, 6, 3, 3) comentado el senadoconsulto Macedoniano, precisamente en una zona de su comentario *ad edictum* (lib. 26) intermedia entre el edicto del crédito y el de los juicios de buena fe. Dice así: «Is autem solus senatus consultum offendit qui mutuam pecuniam filio familias dedit, non qui [*alias contraxit, puta*] vendidit locavit vel alio modo contraxit: nam pecuniae datio pernicioosa parentibus eorum visa est. Et ideo etsi in creditum abii filio familias vel ex causa emptionis vel ex alio contractu in quo pecuniam non numeravi, etsi stipulatus sim, licet coeperit esse mutua pecunia, tamen quia pecuniae numeratio non concurrat, cessat senatus consultum.» El resto de párrafo se refiere a una excepción del principio en caso de fraude. Aparte otros posibles retoques que no es necesario señalar ahora, salta a la vista la frase *alias contraxit puta*, en repetición disonante con el siguiente *vel alio modo contraxit*.³⁰ Esta frase parece una glosa, inofensiva si se quiere, pero que nos indica cuál era el pensamiento del postclásico que la introdujo. En efecto, para Ulpiano el senadoconsulto Macedoniano no afectaba al *creditum* que tenía por causa una deuda contractual³¹; contraponía así la *datio crediticia* a las deudas contractuales; para el glossador, en cambio, aquella *datio* era ya una manera de contrato y de ahí que no tuviera inconveniente en añadir, al referirse al mutuo aquella frase *alias contraxit*: la venta era para él un

30. Cfr. *Ind. Interp.* Llama la atención que la crítica, consciente de la redundancia, haya incidido, no en la frase más sospechosa (*puta!*), sino en la segunda: *vel alio modo contraxit*.

31. Al fragmento de Ulpiano, cuyo último párrafo (§ 4) se refería a la exclusión del SC. en el caso de promesa estipulatoria por un mutuo hecho efectivamente al *pater*, añadieron los compiladores otro (h. t. 4), de Escévola, que dice así: *Quia quod vulgo dicitur filio familias credi non licere, non ad verba referendum est, sed ad numerationem.* Es decir, el SC. afecta al *creditum* que nace de la *datio*, no al que nace de la *stipulatio*; se trata así de la antítesis *re-verbis* antes referida, y cfr. infra. n. 52. El suplemento sugerido por HEIMBACH, *Die Lehre von dem Creditum* 83: *ad verba <vel ad litteras>*, resulta innecesario.

contrato como el mutuo, en tanto para Ulpiano la venta era contrato, pero el mutuo no lo era.

5. Así, pues, para los clásicos el mutuo no era un *contractus*³². Pero tampoco lo eran los otros negocios crediticios, incluyendo la *stipulatio certi*³³ y la *expensilatio*, sancionados por la misma *condictio*, siempre abstracta, por más que en al-

32. Los textos en que el mutuo aparece como *contractus* ya han sido en su mayoría reconocidos como espurios: D. 4,4,7 pr. (cfr. infra, n. 52); 5,1,18,1; 12,1,9,3 y 4 (cfr. *Re et verbis* 290 s.); 12,1,27; 20,4,20: *post primum contractum* es un añadido provocado por la supresión del antecedente; 20,6,15: *prioris contractus* es una aclaración necesaria al convertirse la fiducia de que habla Escévola en «otro» *pignus*, del «primer» mutuo, que hacía falta distinguir: 27,7,47,3: *si contractus provincialis esset* es de la misma mano que el final *respicere tamen*-fin; 44,4,4,4 (cfr. KUNKEL, SZ, 45, 279, n. 5); 46,2,6,1: *unus contractus est* no me parece ahora más intachable que el cit. D. 12, 1,9,4: *quasi duobus contractibus intervenientibus*; Ulpiano hablaba probablemente de una *obligatio*, como Paulo, D. 45,1,126, 2: *non duae obligationes nascuntur, sed una [verborum]*. CJ. 4,32,4,1 (cfr. NARDI, en *Arch. Giurid.*, 123 (1940), 110, y *Studi sulla ritenzione*, I, 208 s.). Luego hay una serie de textos que hablan más imprecisamente de *contrahere* (no de *contractus*), pero también aquí hay que tener reservas: D. 3,5,36,1 (cuya interpolación se prueba mediante el cotejo de *Pauli Sent.* 1,4,3; cfr. LEVY, *Pauli Sententiae, a Palingenesia...* [New York, 1945], p. 90; 12,1,3, lo que es esencial del *creditum* se hace depender de la voluntad de los contratantes; 16,1,8,14: *si cum essem tibi [contracturus] <creditorus>...*; 16,1,29 pr.: *mutuam pecuniam dare [et cum eis contrahere]*, explica el posterior *cum contrahere vellet*, etc. (observo de paso que *evitare*—por *vitare*—*heredes* es aquí, lo mismo que en D. 34,1,10 pr., indicio de alteración; cfr. GRUPE SZ, 14, 225); 26,9,5,1. Cfr. para estos textos el *Ind. Interp.* Cabría preguntarse entonces: ¿En qué momento se empezó a llamar *contractus* al mutuo? Si no me equivoco, el primer testimonio sería de la época de Alejandro Severo: CJ. 4,28,5 = C. Greg. 3,10,1: *ex contractu filii post mortem eius actio competere*. Se trataría, pues, de una terminología abusiva introducida en la cancillería imperial, es decir, del *ius novum*, que había olvidado ya la neta separación del Edicto Pretorio.

33. La *stipulatio* aparece como *contractus* tan sólo en textos alterados: D. 13,4,2, 8: *Nunc de officio iudicis huius actionis loquendum est, utrum quantitati contractus debeat servire* (cfr. mi crítica en RIDA, 4 = *Mélanges De Visscher*, 3, 442, n. 9). 14,6,9,3: *sed et si non donandi animo, patris tamen voluntate intercesserunt, totus contractus a patre videbitur comprobatus* (cfr. VASALLI, en *Studi Senesi*, 30 (1914) 48; mal referido al mutuo por VOCI, *Dottrina*, 53). 44-7,31: *non solum stipulationes... sed etiam ceteri quoque contractus* (cfr. *Ind. Interp.* y COSENTINI, *Conditio impossibilis*

gún caso, como el que hemos visto del senadoconsulto Macedoniano, la causa real pudiera tener todavía relevancia. La distinción introducida por la doctrina moderna entre una «condictio contractual» y una «condictio extra-contractual» es en absoluto ajena a la mentalidad de los clásicos. La *condictio* es siempre la misma, referida siempre a un *certum dare oportere* abstracto³⁴; lo mismo da que se dirija contra un mutuario, que contra un promitente estipulatorio, que contra un *accipiens ob rem*, que contra un *accipiens indebiti*, que incluso contra un *fur*; se trata siempre de personas que retienen algo *sine causa*, algo que, por el motivo que sea, no puede ser reivindicado. Si la *reivindicatio* es la acción de quien perdió la posesión contra el que la retiene sin causa, la *condictio* es la acción de quien perdió la propiedad—o la da por perdida—contra el que la retiene sin causa.

Por otro lado, si el comodato y la prenda están colocados al lado del mutuo y tampoco aparecen como contractuales en Gayo ni en las fuentes clásicas, ello permite pensar que esos dos negocios no eran tampoco contratos para el pensamiento clásico³⁵. Si tampoco para el depósito se habla claramente de con-

31 s.). 45,1,52: *in conventionalibus stipulationibus contractui formam contrahentes dant* (cfr. *Ind. Interp.*). 45,1,121,3: *stipulatio heredem eius tenet, sicut ex ceteris aliis contractibus* (idem). Sobre D. 46,2,6,1 vid. la nota anterior. SCHULZ (CRL, 466) habla de «*contractus stipulationis*» en relación con Aulo Gelio 4,4: *is contractus stipulationum sponsionumque dicebatur sponsalia*; pero aquí *contractus* no es cada *stipulatio* aislada, sino el complejo de las recíprocas promesas de los contrayentes en un sentido similar al del *ultrocitroque obligari* de que se trata en el número 12 de nuestro texto.

34. *Observaciones*, 138.

35. Antes de Modestino (*Coll.* 10,2,1; D. 13,7,39 y 20,1,25; 20,1,23,1) no parece haberse usado el término *contractus* para el comodato y la prenda. Como interpolados deben reputarse: D. 2,14,7,1 y 50; 4,4,9,2; 42,8,6,6; 45,2,9 pr.; 47,2,62, 5. i. f.; 50,17,23. Estos textos han sido ya delatados por la crítica anterior, y el mismo VOCI (*Dottrina*, 23, n. 2) reconoce que «muchos» de ellos están interpolados, y si con todo los invoca, ello se debe a que cree pueden estar convalidados por el testimonio de PRyl., 474, del que se habla en el texto más adelante. Hay que observar todavía que Pap. FVat. 9 parece referir *contractus* a la *emptio* de la cosa pignorada, que podía incluirse como condicionada en el mismo *pignus*; D. 15,1,36, por otro lado, debe referirse a la *fiducia* (cfr. *Observaciones*, 179, n. 157). Para el *pig-*

trato en las fuentes ³⁶, a pesar de la acción *ex fide bona*, eso ocurre, como queda dicho, por la tardía aparición de la fórmula *in ius*.

Llegamos así a la conclusión de que, para los clásicos, los llamados «contratos reales» no eran propiamente *contractus*. Más exactamente: sólo la fiducia pudo considerarse como tal ³⁷, y el depósito en la última época clásica.

6. Muy distinto es el punto de vista de los postclásicos. Para ellos, la cuatripartición gayana ha adquirido un valor canónico, y el mismo mutuo es ya un contrato. Así aparece en aquella introducción pseudo-ulpiana que encabeza el título 12, 1 del Digesto, relativo al primer *edictum de rebus creditis*. Dice allí la voz del Pseudo-Ulpiano (I): «Quoniam igitur multa ad contractus varios pertinentia iura sub hoc titulo praetor inseruit, ideo rerum creditarum titulum praemisit: omnes enim contractus quos alienam fidem secuti institimus complectitur; nam, ut libro primo quaestionum Celsus ait, credendi generalis appellatio est: ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit. Nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, *ex hoc contractu credere dicimur.*»

Esta es la voz del postclásico, para quien el mutuo, el comodato y la prenda son tan contratos como los otros. El hecho de que el Papiro Ryland 474 venga a testimoniar esa redacción en un momento anterior a Justiniano no demuestra más que,

nus resultaba un punto de partida fácil, a efectos de la extensión del término *contractus*, la expresión *pignus conventum*; así se veía en Ulp. frag. Argent. II^a (Fontes, II, 309): *sed si pignus in Italia contractum est, hoc est conventio de pignore*; pero también aquí hay que sospechar del reeditor de Ulpiano.

36. Aparte otros textos ya censurados anteriormente (D. 2,14,7,1 y 50; 4,4,9,2; 5,1,18,1; 45,1,121,3; 45,2,9 pr.; 50,17,23), y algún otro descaradamente espurio (D. 16,3,31 pr.), se podría ver acreditado el uso de «*contractus*» para el depósito en: Pap., D. 16,3,24 i. f.; Ulp. h. t. 1,6 y 13; h. t. 7,1; 17,1,8 pr.; pero tampoco todos estos textos son absolutamente seguros.

37. La calificación de la *fiducia* como *contractus* ha sido puesta en duda por algunos, como ERBE, *Die Fiduzia*, 20; pero hay algunos textos referibles a la *fiducia*, bajo la inevitable referencia al *pignus*, que presentan aquella calificación: Ulp., 13, 7, 24 pr. y 15, 1, 36 (ya mencionado en n. 35). Vid. supra en el número 3.

como han sostenido convincentemente Hans Julius Wolff³⁸ y F. Schulz³⁹, este papiro refleja una edición postclásica del *ad Edictum* de Ulpiano⁴⁰. A la misma mano pseudo-ulpianea podemos atribuir el glosema del libro 29 (Dig. 14, 6, 19, 2): «multo igitur magis severitate senatus consulti eius contractus improbabitur», en relación con el mutuo; así como también aquel otro glosema del libro sexto (Dig. 50, 16, 10): «creditores accipiendos esse constat eos quibus debetur ex quacumque actione vel persecutione, vel iure civili sine ulla exceptionis perpetuae remotioni vel honorario vel extraordinario, sive pure sive in diem vel sub condicione; quod si natura debeatur, non sunt loco creditorum»; en cuyo final emerge un eco del antiguo concepto clásico: «sed et si non sit mutua pecunia, sed contractus, creditores accipiuntur». A esto los compiladores añaden, a modo de inciso confirmatorio, otro dicho atribuido al primer libro de Gayo *ad edictum provinciale*: «creditorum appellatione non hi tantum accipiuntur qui pecuniam crediderunt sed omnes quibus ex qualibet causa debetur»; lo que difícilmente se puede atribuir a Gayo, quien decía en otro lugar (III, 124): «pecuniam autem creditam dicimus non solum eam quam credendi causa damus, sed omnem, quam tunc cum contrahitur obligatio certum est debitum iri». A continuación, sigue de nuevo el Pseudo-Ulpiano: «ut si cui ex empto vel ex locato vel ex alio ullo debetur...», y, aún más: «sed et si ex delicto debeatur mihi videtur posse creditoris loco accipi».

Así, pues, para los postclásicos, las dos categorías de *creditum* y *contractus* se hallan confundidas. De las antiguas causas crediticias, aquellas que correspondían a solemnidades del antiguo derecho—la *stipulatio* y la *expensilatio*—se han convertido ahora en simples formas documentales, que, en la medida en que resisten la impugnación, llegan a fundar obligaciones de carácter abstracto; luego, entre las *diationes*, aquellas que no se fundan en un acuerdo convencional, han quedado exiladas del campo contractual, pero la *mutui datio*, en cambio, se ha convertido en perfecto contrato, y así también aquellos

38. H. J. WOLFF, en *Scritti Ferrini* (Milano), 4, 69.

39. F. SCHULZ, en SZ, 68 (1951) 1.

40. *Observaciones*, 200.

otros negocios que podemos llamar cuasi-crediticios: el comodato y la prenda. Viceversa, el término *creditor* se ha extendido a las relaciones propiamente contractuales y todo aquel que puede exigir algo a consecuencia de un contrato—hasta de un delito, se atreve a insinuar el Pseudo-Ulpiano—puede llamarse *creditor*.

7. Lo que se ha dicho hasta aquí parece mostrar un proceso de confusión entre el *creditum* y el *contractus*. Intentemos precisar ahora un poco más ambos conceptos.

Para ello tenemos, como queda dicho, una base segura en la distinción edictal entre el edicto décimoséptimo, *de rebus creditis*, y el decimonono, *de bonae fidei iudiciis*. Entre ambos hay otro, el décimoctavo, que se refiere a las llamadas *actiones adiecticiae qualitatis* y al senadoconsulto Velejano, materias que estaban en estrecha relación con el *creditum*, lo que presenta algunas cuestiones interesantes, en las que no puedo entrar ahora. Pero, ¿qué es *creditum* y qué es *contractus*?

8. El concepto de *creditum*, *res credita*, resulta bastante claro. Muy acertada me parece la investigación etimológica del latinista Angel Pariente⁴¹, quien, demostrando que el sentido religioso de *credere* es de época cristiana y que ese término nace con una significación estrictamente jurídica, lo que excluye toda etimología de carácter espiritual, ve en esa palabra un compuesto de la misma raíz de *cerno-cretum-certum* y el verbo *dare*. Por tanto, *credere* es *cret(um)-dare*. Pero, como ya es evidente que el *dare* no puede tener un objeto que no sea *certum*, me inclino, por mi parte, a entender ese intensivo de certeza en el sentido de la certeza con que se da; *credere* sería, así, «dar con certeza». Es decir, se trata de aquel tipo de *datio* que espera la restitución. De ahí el matiz secundario que tiene ese término de «confiar» en alguien, de *fidem alicuius sequi*. Porque aquello que se da no va a confundirse definitivamente en el patrimonio del que recibe; para éste, aquello será algo que pertenece al *dans*: será *aes alienum*. La *res credita* espera así la restitución, una nueva *datio* en sentido inverso. La obli-

41. A. PARIENTE, *Sobre la etimología de «credere»*, en SDHI, 19 (1953) 340-342; cfr. *Observaciones*, 158.

gación crediticia es así una obligación de *dare* un *certum*; en efecto, la *intentio* de la *condictio* está concebida a un *certum dare oportere* ⁴².

Pero esta certeza esencial del *creditum* tiene todavía otra dimensión. No se trata ya de la certeza subjetiva del que confía en la recuperación de lo que dió, sino de la certeza objetiva de que la deuda existe como actualmente cierta. En ese sentido aclara el término Gayo, III, 124, en el texto antes citado, cuando, comentando la expresión *pecunia credita* que usaba la *lex Cornelia de sponsu*, dice que debe entenderse en todo caso en que, desde el momento en que contrae la obligación, *certum est debitum iri*. Este aspecto es el que seguirá fijando la idea del *creditum*, hasta el mismo eco que recoge San Isidoro en sus *Etymologiae* (5, 25, 14): «Res credita est quae in obligationem ita deducitur ut ex tempore quo contrahatur certum est eam deberi.» En realidad, se alude con esto a la posibilidad de una reclamación independiente, es decir, mediante una de estas acciones que llamamos de «derecho estricto»: propiamente, la *condictio*.

9. Si tratamos ahora de precisar cuál es el objeto sobre que versa el *dare* en que consiste la obligación crediticia, es evidente que el objeto originario de la relación crediticia fué la *pecunia*, es decir, una cantidad de aquellos bienes que no constituyen propiamente el haber familiar—y no quiero entrar aquí en más detalles sobre la correspondencia de *pecunia* y *res nec mancipii*—, sino que están destinados al consumo o al cambio; bienes fungibles, numerables y que se identifican, no individualmente, sino por una cierta cantidad. Frente a la *reivindicatio*, acción destinada a reclamar bienes no fungibles, sobre los que es posible la identificación individual que permite afirmar «*hoc meum esse aio*», la *condictio* sirve para reclamar originariamente cantidades ciertas de bienes fungibles, sobre los que no

42. El cumplimiento de este *certum dare oportere* constituye una *solutio* en sentido estricto. Me remito para este concepto al estudio de próxima publicación del romanista portugués S. CRUZ, *Carácter crediticio da solutio na época clássica do direito romano*. Allí se hacen también aclaraciones interesantes sobre el concepto de *datio*, no como acto traslativo, sino como resultado adquisitivo.

cabe una identificación individuada, respecto a los cuales, en cambio, es fácil una liquidación dineraria, *in pecunia numerata*. Esta estimación dineraria es siempre algo forzado en la reclamación de cosas no fungibles, y de ahí que, al aplicarse al sistema de la *condemnatio* pecuniaria a la *reivindicatio*, exigió el complemento del *iusiurandum in litem* y la cláusula arbitraria, recurso gracias al cual podía ser prácticamente evitada.

En realidad, las cosas pecuniarias no son reivindicables, y por eso dije antes que la *condictio* originaria presupone la irrevindicabilidad. Si decimos que presupone una pérdida de la propiedad, ello se debe a que la *condictio*, acción originariamente pecuniaria, fué extendida a la reclamación de cosas no pecuniarias cuya propiedad retiene sin causa el demandado⁴³. Si tuviéramos un conocimiento más exacto de las circunstancias económico-políticas de la *lex Calpurnia*, que operó esta extensión de la *condictio* a las *ceterae res*, podríamos explicarnos mejor esta ampliación del concepto del *creditum*; probablemente la medida fué inspirada por una corriente de signo capitalista que tendía a imponer una concepción dineraria de la riqueza. Después de esta reforma hubo que hablar de *res credita*, o mejor, el término *pecunia* fué extendido por los intérpretes a toda clase de cosas, incluyendo las no pecuniarias; en efecto, los comentarios del *edictum de rebus creditis* muestran esa interpretación extensiva⁴⁴.

10. El concepto de *creditum* quedó así notablemente ampliado, pero la ampliación se había operado todavía por otro lado: al extenderse la *condictio* a la *stipulatio certi* y a la *expensilatio*⁴⁵. Sancionada antiguamente la *sponsio-stipulatio* por la *legis actio per iudicis postulationem*⁴⁶, vino, a partir de un momento que no sabría determinar, a quedar bajo la sanción

43. La noción de *creditum* abarcó así figuras distintas del mutuo. Cfr. D. 12, 1, 2, 3: *creditum ergo a mutuo differt qua genus a specie: nam creditum consistit extra eas res, quae pondere numero mensura continentur*. La afirmación contraria (h. 1. pr.): *nam ceteris rebus ideo in creditum non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest*, es una inepta adición de un postclásico.

44. Sobre el concepto crediticio de «pecunia», *Observaciones*, 159 ss.

45. *Observaciones*, 154 ss., y RIDA III sér. I (1954) 537 s.

46. GAYO, 4, 17 (PSI.1182)

también de la *condictio*, siempre que el objeto fuera un *certum*. Si ya antes de la *lex Calpurnia* podía la *stipulatio pecuniae* fundar una *condictio* o si sólo después de aquella ley la *stipulatio certi* cobró dicha sanción, debe quedar por ahora sin resolver⁴⁷. Igualmente problemática es la cuestión del motivo que produjo tal extensión de la *condictio* a la estipulación y, consiguientemente, a la *expensilatio*. Por mi parte, he conjeturado⁴⁸ que la práctica de reforzar la obligación crediticia procedente de una *datio* mediante una *stipulatio* o, en el tráfico bancario, mediante una *expensilatio*, fué el motivo a que se debe la extensión de la acción crediticia a esos negocios. Sea como fuere, nos encontramos en la última época republicana con que el *creditum* puede surgir de tres negocios: *datio*, *stipulatio* y *expensilatio*. Con todo, la idea de que había ahí una extensión del concepto originario del *creditum* era algo que se siguió sintiendo hasta época avanzada. Todavía Paulo (Dig. 12, 1, 2) creía oportuno insistir en que hay *creditum*, no sólo en el mutuo, sino en caso de *datio* de cosas no fungibles y en caso de *stipulatio certi*.

Esta doble ampliación, con ser importante, dejaba, sin embargo, inalterado aquello que era la esencia de la idea del *creditum*, es decir, la certeza de una deuda de derecho estricto. Sólo los postclásicos iban a relajar del todo ese núcleo esencial⁴⁹.

II. En conclusión, la obligación crediticia es, en la época clásica, una obligación de *dare* un *certum* (incluso una *res certa*

47. El testimonio de PLAUTO: *Pseudolus*, 303 s.: *Perü! annorum lex me perdit quinavicina / Metuunt credere omnes*, que alude a la reciente *lex Plaetoria* (cfr. SCHULZ, CRL, 192), no me parece (contra, HEIMBACH, *Die Lehre von dem Creditum*, 70 s.) un testimonio seguro; pero no sería imposible que a principios del siglo II a. C. ya se hubiera operado la extensión.

48. *Observaciones*, 157 s.

49. Para la progresiva confusión entre *creditum* y *contractus* hubo de ejercer sin duda un poderoso influjo la expansión del concepto de *solutio*, que abarcaba las deudas crediticias, pero también aquellas otras deudas no crediticias que consistían en una cantidad de dinero (pago del *pretium*, de la *merces*, etc.) e incluso aquellas consistentes en un *dare operas*. Vid. sobre este aspecto el estudio citado en la n. 42.

individualmente determinada), que puede nacer de una *datio*, de una *stipulatio* o de una *expensilatio*, y está sancionada por la *condictio*, esto es, una acción de derecho estricto y perfectamente unilateral, a la que se aproximan, como acciones cuasi-crediticias, las acciones *in factum* propias de la *pecunia constituta*, del comodato y de la prenda. La falta de bilateralidad, la falta de reciprocidad en la relación obligatoria es, así, un rasgo esencial del *creditum*.

12. Si nos enfrentamos ahora con el concepto de *contractus*, la dificultad resulta mayor, precisamente porque la doctrina moderna ha intentado construir una dogmática, pero sobre una base textual insuficientemente depurada⁵⁰.

Si buscamos en las fuentes romanas una definición del *contractus*, la hallamos sin dificultad en el socorrido título *de verborum significatione*. Allí se reproduce, tomada del libro undécimo de Ulpiano *ad Edictum*, una definición de Labeón en el primer libro de su comentario edictal⁵¹. Labeón distingue los términos *actus*, *gestum* y *contractus*. Si *actus* es un término general, equivalente a cualquier declaración de voluntad, manifestada *sive verbis sive re*, y el *gestum* es la declaración *sine verbis*, el *contractus* se refiere a la *obligatio ultro citroque*, lo que los Griegos, dice el texto, llaman «*synállagma*». Sólo que este texto, sobre todo por su alusión al *synállagma* griego, ha sido gravemente desautorizado por la crítica. Debe advertirse, sin embargo, que no tenemos datos seguros para afirmar que ese concepto del contrato como fuente de obligaciones recíprocas no pudiera ser auténtico de Labeón y de los clásicos en general. Así, aunque el texto pueda estar algo retocado, me parece que

50. Vid. supra nn. 32 ss. Esta observación sigue siendo válida todavía frente a exposiciones modernas como la de P. VOCI, *La dottrina romana del contratto* (Milano, 1946).—Amplia liter. sobre el *contractus* en KASER, RPR, I, 435, n. 1.

51. D. 50, 16, 9: *Labeo libro primo <ad edictum> praetoris urbani definit quod 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 συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.*

es sustancialmente auténtico ⁵². El *contractus*, en mi opinión, es siempre sinalagmático ⁵³.

52. A primera vista, puede llamar la atención que, significando *verbis-re*, en relación con el *actus*, la diferencia entre *stipulatio* y *numeratio*, como expresamente se dice, se presente luego, en relación con *gestum*, con un valor aparentemente más general, como alusión a la declaración verbal o implícita, tal como aparece en muchos textos postclásicos (cfr. *Re et verbis*, 269 ss.). Sin embargo, me parece que esto se aclara si tenemos en cuenta la conexión concreta en que Ulpiano (que suele citar con frecuencia a Labeón) insertó la definición labeoniana de *actus-gestum-contractus* en su propio comentario. Como vió rectamente LENEL (*Palang.* II, pág. 462), esta referencia fué traída a propósito del término *gestum* (y esto explica quizá la alteración del orden labeoniano de los tres vocablos a fin de dejar en último lugar el *gestum*, que especialmente interesaba en aquel momento) que aparecía en el Edicto, pero no el de la rúbrica «*quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum dicetur*» (D. 4, 4, 7 pr.), a propósito del cual aparece una definición retocada (cfr. supra n. 32) de aquel término (*gestum sic accipimus qualiterqualiter (!) sive contractus sive quid aliud contigit*, etc.), en contradicción con la labeoniana, sino el de la rúbrica «*quod metus causa gestum erit*». El que, a este propósito, *gestum* sea la *res sine verbis facta* me parece debe entenderse en el sentido de excluir la *stipulatio* (*verba*), ya que, en efecto, la *restitutio in integrum* pertinente no se daba en caso de *promissio* conseguida por coacción, según sabemos por Pomponio (D. 4, 2, 9, 3), que Ulpiano debía sin duda seguir (cfr. U. VON LUEBTOW, *Der Ediktstitel «Quod metus causa gestum erit»*, 117 ss.). Es decir, Ulpiano aprovechó, para aclarar el Edicto y concretamente la exclusión de la *stipulatio* en el *gestum* edictal, una definición de Labeón, la cual, probablemente, tenía un alcance más general. Así, pues, aun admitiendo que el texto de Ulpiano haya sido algo retocado por un reeditor del *ad Edictum*, creo que no hay motivo para rechazar totalmente el contenido de nuestro fragmento. Ante todo, debe observarse que esta definición restrictiva del *contractus* no coincide con el sentido amplísimo de negocio convencional en general que a ese vocablo dieron los postclásicos y los compiladores bizantinos.

Por otro lado, la misma referencia al *synállagma* más bien me parece un indicio de autenticidad (cfr. PARTSCH, *Aus nachgelassenen und kleineren verstreute Schriften*, 9 ss.), dada la frecuencia de referencias a términos griegos en la obra de Labeón, cuyo interés por las aclaraciones verbales es conocido (Aulo Gelio, 13, 10). El que no se encuentre una correspondencia perfecta de esta definición en otros textos, no creo que valga como prueba de su carácter no-genuino (como pretende VOCI, *Dottrina*, 54, ss.), sobre todo si tenemos en cuenta que entre los otros posibles textos (dejando aparte el desorientador Gayo), no nos encontramos tampoco con un concepto unívoco de *contractus*. Para BESELER, en SZ, 52 (1953) 293 ss.,

Quizá se quiera recordar a este propósito aquel texto que aparece (Dig. 5, 1, 20) como procedente del libro 58 del *ad Edictum* de Paulo: «Omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est...» Esto parece estar en relación con el problema de la determinación del lugar en que debe realizarse la *bonorum venditio* ejecutiva⁵⁴, y por eso prosigue el texto: «ut, ubicumque aliquis obligatur, et contrahi videatur»; y termina diciendo: *quamvis non ex crediti causa debeat*. Se trata así de aclarar que la regla de que tal *venditio bonorum* debe realizarse allí donde tuvo lugar el contrato debe interpretarse extensiva a toda obligación⁵⁵. Pero, aunque Paulo pudiera dar quizá, para ese fin concreto, tal interpretación extensiva, lo que no puede menos de sorprender es esa frase final⁵⁶: *quamvis non ex crediti causa debeat*. El *non* resulta desconcertante, pues hace pensar, contra todo lo que venimos observando, que el *creditum* sería el prototipo del *contractus*, como si el calificar así a las relaciones no crediticias fuera por extensión. Más explicable resulta ese *non* si pensamos en un glosador que deseaba extender la regla incluso a las obligaciones cuasi-contractuales y delictuales, suponiendo que con el término *creditum* Paulo designaba ya todas las obligaciones contractuales.

Aunque no contamos con una base textual segura para fijar

la distinción de Labeón (una vez depurado el texto de ciertas manipulaciones) sería como una rectificación propia de un filólogo erudito a un uso generalizado pero incorrecto. El mismo H. J. WOLFF, en *Iura*, 2 (1951) 262, cree que la definición de Labeón fue un intento sin repercusión entre los clásicos, y lo mismo vienen a decir BIONDI, *Contratto e stipulatio*, 207 s., y KASER, RPR. I, 436. BETTI, en BIDR, 28 (1915) 3 ss., por su parte, había querido ver en este texto de Labeón una concepción propia de toda la escuela proculiana. Francamente, en todos estos esfuerzos por desvalorizar la definición labeoniana creo que estamos bajo el peso del influjo de Gayo.

53. En esto coincido con las ideas de GROSSO, *Il sistema romano dei contratti* (1945 y 1950), quien, sin embargo, no logra desembarazarse de la contradicción que existe entre su propio concepto del *contractus* clásico y el excesivo respeto por la cuatripartición gayana.

54. Vid. LENEL, *Palig.* I, pág. 1076; cfr. Gayo, D. 42, 5, 3.

55. Cfr. en el mismo libro de Paulo (D. 42, 4, 4) una extensión parecida: *sed et is qui miscuit se contrahere videtur*.

56. No reflejada en Bas. 7, 5, 20.

el concepto preciso de *contractus*, si es que los clásicos llegaron a formularlo alguna vez con precisión ⁵⁷, lo que sí parece evidente es que el término *contractus* es mucho más estricto que el término *contrahere*. El reducirlo a aquellas figuras que se recogen en el *edictum de bonae fidei iudiciis* me parece abonado por todo lo que hemos venido observando acerca de la antítesis *creditum-contractus*.

13. Admitido esto, hay que concluir, en primer lugar, que todos los contratos son de buena fe, y, en segundo lugar, que todos los contratos, como queda dicho, son bilaterales ⁵⁸. Buena fe y bilateralidad son ideas correlativas. Que esa bilateralidad sea, según distingue la doctrina moderna, perfecta, imperfecta o incluso plurilateral, como ocurre en la *societas*, no hace diferencia esencial; lo que en todos los casos domina la relación contractual es la posibilidad de liquidar compensatoriamente las recíprocas pretensiones de los dos contratantes, según el criterio de la buena fe equitativa ⁵⁹. Que el grado de responsabilidad

57. La posición negativa de LAURIA, en SDHI, 4 (1938) 163, a la que parece acercarse WOLFF, en *Iura*, 2 (1951) 262, según la cual *contractus* no fué, entre los clásicos, un término técnico, no deja de tener mucho a su favor, sobre todo si no se hace una crítica severa de los textos, realizada la cual, por lo demás, desaparece en buena parte la necesaria documentación. En este sentido, es posible que se me pueda censurar—como a Grosso—por esquematizar excesivamente el pensamiento de los clásicos al adoptar para las figuras del Edicto XIX el término *contractus* y excluir de este concepto las figuras del Edicto XVII. Si, consciente del riesgo de incurrir en tal censura, me decido con todo por aquella identificación restrictiva, ello se debe a que lo poco que sabemos acerca del valor que los juristas clásicos daban al término *contractus* señala hacia los contratos consensuales. De todos modos, es evidente que tal censura no afectaría a mi tesis fundamental de una esencial separación entre las figuras crediticias del Edicto XVII y las «otras» del Edicto XIX.

58. La bilateralidad parece expresarse también en aquella referencia a los *sponsalia* citada supra n. 33. Con esta bilateralidad funcional no debe confundirse la simple convencionalidad. D. 2, 14, 1, 3, se referiría probablemente, en su fondo genuino, a la *obligatio* y no al *contractus*.

59. La diferencia entre la bilateralidad «perfecta» y la «imperfecta» resulta, desde mi punto de vista, menos significativa, por cuanto yo niego las *actiones contrariae* para las figuras del Edicto XVII; cfr. *Observaciones*, 185-193. La crítica de SCHWARZ (cit. supra n. 6) a mi posición me parece que sirve para poner una vez en evidencia la debilidad de la base

contractual quede matizado según los casos, tampoco importa; se tratará siempre de gradaciones sobre el concepto fundamental de la *culpa*, que es totalmente extraño a las relaciones crediticias, incluso a aquellas relaciones cuasi-crediticias de comodato y de la prenda, para las que se exige al único deudor una responsabilidad objetiva por *custodia*⁶⁰. Es verdad que en el caso del contrato de depósito se habla de responsabilidad, no por culpa, sino por dolo tan sólo, pero ello se debe a la peculiaridad de la *actio depositi in factum*, que está más presente en la consideración de los juristas.

Reciprocidad, responsabilidad por culpa, *bona fides* son ideas conexas, propias todas ellas de las relaciones contractuales y ajenas a las relaciones crediticias. Y, sin embargo, también en el *creditum* se habla de *fides*, y se equipara *credere* a *fidem sequi*. En efecto, la *fides* supone aquella confianza del acreedor en el deudor, pero la *fides* sigue siendo aquí una lealtad unilateral, como en las relaciones internacionales, cuando se habla, por ejemplo, de *deditio in fidem*, o, en general, cuando se habla de la *fides* del patrono. La *fides* es siempre unilateral; el adjetivo *bona*, al agregarse a *fides*, tiene el efecto específico de hacerla recíproca⁶¹. De este modo, la *fides* es a las relaciones unilaterales del *creditum* lo que la *bona fides* es a las relaciones sinalagmáticas del *contractus*.

textual en que la doctrina se apoya para afirmar los *actiones contrariae* del comodato y la prenda. Espero poder ocuparme de este tema en otra ocasión, pero quisiera adelantar ya aquí esta indicación: Parece evidente que la llamada *actio contraria* sirve para una reclamación que podría tramitarse como reconvencción en caso de haberse ejercitado la llamada *actio directa*. Ahora bien: tal reconvencción era posible en los *iudicia bonae fidei*. Si negamos la fórmula *in ius ex fide bona* para las acciones del Edicto XVII, nos vemos en cierto modo constreñidos a negar las *actiones contrariae* en los mismos casos; para los mismos fines de la *actio contraria* quedaría, eventualmente, la posibilidad de una acción «extracontractual» (*a. doli* o *a. negotiorum gestorum*).

60. *Observaciones*, 195-199. También debe quedar para otro momento una discusión sobre este aspecto.

61. Esta concreción es independiente de cualquier razón semántica. En un momento histórico posterior («in der späten Republik»; KASER, RPR, I, 356), el mismo término alcanzó una concreción distinta, en relación con la *iusta causa usucapionis*.

14. Llegamos con esto al término de nuestra exposición. La fuerza de la escolástica y artificiosa cuatripartición gayana de los contratos tuvo por consecuencia el hacer olvidar la radical distinción entre el *creditum* y el *contractus*. Todavía entre los juristas bizantinos perduraba como una sombra de esta distinción en aquella otra que nos presenta, por ejemplo, un escolio de Estéfano⁶² entre unos «contratos fuertes» (*ischyrá synallágmata*) y unos «contratos débiles» (*sathrá synallágmata*): aquéllos, en los que hay una certeza de la obligación; los segundos, en los que no hay más que una esperanza incierta. La Glosa y la doctrina del derecho intermedio en general olvidó totalmente esta antítesis del Derecho romano clásico, y aunque el gran Savigny y, sobre todo, Heimbach, en su siempre útil *Lehre von dem Creditum* (Leipzig, 1849), hicieron un valioso esfuerzo por separar la noción del *creditum* dentro del cuadro general de las obligaciones, la doctrina romanística común, aun aquella que pretende reconstruir críticamente el derecho clásico, ha seguido ciegamente el esquema gayano. Con la presente exposición, en la que he procurado resumir algunas conclusiones de mis estudios sobre el tema, deseo hacer una llamada de atención sobre las necesidades de volver a la distinción clásica entre negocios crediticios y negocios contractuales, distinción sin la cual el sistema romano clásico de las obligaciones temo ha de quedar incomprendido, pero que presenta además un nuevo punto de vista para una recta consideración de las transformaciones del Derecho civil de nuestros días.

ALVARO D'ORS

62. Bas. 23, 1, 10 (ad D. 12, 1, 6), ed. Heimbach, II, 602; cfr. HEIMBACH, *Die Lehre von dem Creditum*, 63.