

ORÍGENES PROCESALES DE LA *MUTUI DATIO**María Salazar Revuelta*

I.- INTRODUCCIÓN

La presente comunicación tiene por objeto analizar, a modo de esquema evolutivo, la protección procesal de la relación jurídica de la *mutui datio* en sus primeras manifestaciones¹.

El estudio de los orígenes procesales de la *mutui datio* se encuentra condicionado por la carencia de fuentes directas, propia de la época precívica, lo que provoca un acercamiento al problema en base a juicios que no van más allá del campo de las hipótesis.

Las figuras subsumibles en el ámbito de los préstamos, presentes en la más primigenia forma de organización de la *civitas*, no responden a los perfiles de una auténtica categoría contractual, tal y como fue construida por la dogmática. Antes bien, las situaciones de hecho reconducibles a la noción de préstamo conocidas durante este período, deben de ser interpretadas como puras y simples relaciones de sujeción, entre amigos, vecinos o miembros de otras gentes o *familiae*, cuyo sustrato inmediato es la concepción de la *fides* y de la *amicitia* como criterios metajurídicos de imperatividad, conformes a una rudimentaria percepción de la justiciabilidad de los comportamientos debidos, desprovista de toda objetividad y acorde con una sociedad de base económica puramente agrícola y autárquica que, al no conocer la moneda acuñada, otorga un valor preponderante al trabajo físico como medio de liberación de los vínculos obligacionales.

En estos primeros momentos históricos los cauces de exigibilidad de las relaciones de préstamo obedecen a la más elemental autodefensa impelida por la *vis*, fundamentada en la convicción grupal del ejercicio legítimo de la fuerza; de forma que la autoridad del recurso a la autodefensa proviene, en estos primeros tiempos, de la necesidad de un poder suprapuesto (por encima de los individuos) que, de manera efectiva, impone las trazas de una actuación jerárquicamente ordenada o formalizada por esta vía.

Esta necesidad de asociar el uso de la *vis* a una autoridad jerárquica-superior tiene como primer efecto evolutivo el de someterla a las formalidades del rito, propio de un primitivo y minúsculo ordenamiento político de carácter puramente religioso, expresado bajo el término *fas*². En efecto, este derecho sacral viene a sustituir la lucha violenta por la ordalía, que legitimaba a través del cumplimiento de determinados ritos solemnes el uso de la violencia. El recurso a la ordalía implicaba la intervención divina en las relaciones huma-

¹- Abordar los orígenes de cualquier figura contractual obliga, paralelamente al estudio del desarrollo del concepto de *actio*, a plantearse la fundamentación misma de la primitiva *obligatio romana*, considerada por la doctrina desde dos puntos de vista diversos, por un lado como vínculo de naturaleza material y, por otro, de carácter religioso o mágico. Vid. FUENTESECA, *Visión procesal de la historia del contrato en Derecho Romano clásico*, Estudios D'Ors I (Pamplona 1987) pp.470 y 471.

²- Para la delimitación del término *fas* en relación con el concepto de *ius*, vid., BISCARDI, *Proceso civil romano, piedras angulares de su historia*, Temas de Derecho romano (Trad. esp. J. Paricio). Barcelona 1987 p.17.

nas, concepción propia de los pueblos de la antigüedad que, transportada al concreto campo del derecho procesal, supone la invocación del poder sobrenatural a fin de que se manifieste acerca de la culpabilidad o inocencia de la persona. De ahí, el rigor en la observancia de las formalidades que conllevaba el rito, que traía consigo la frecuente inhibición del litigante inseguro por temor a ofender a la divinidad³.

II.- EL FORMALISMO COMO BASE DE LAS PRIMITIVAS RELACIONES DE PRÉSTAMO

II.1.- LA EJECUTIVIDAD INHERENTE AL *NEXUM*

Aun cuando la laicización posterior del proceso operante en el ámbito del *Ius*⁴, reduce los ritos a mínimos estereotipados, se aprecian rasgos que inducen a no dar por extinguida una mentalidad jurídica influenciada por la Religión.

Buena prueba de la persistencia y operatividad de los elementos rituales la encontramos en la figura del *nexum*. El hecho de que sea una de las primeras y más antiguas manifestaciones de la idea de *obligatio*, no en el sentido técnico de *vinculum iuris* sino en el de ligamen personal tal y como lo expresa Cicerón en *De Orat.* 3,40,159: *Nam si res suum nomen et vocabulum proprium non habet... ut nexum, quod per libram agitur*⁵, lleva a plantearnos su posible empleo en la realización de los primitivos préstamos así como su protección procesal.

Las fuentes a él referidas (por un lado, Festo, *verb. signif.* 176 (181), aludiendo a Elio Galo y a Manilio y, por otro, Varrón, *ling. lat.* 7,105, refiriéndose a M. Escévola) lo ponen en conexión con la *mancipatio*; negocio formal por excelencia presumiblemente utilizado para todo acto jurídico en el marco de la confusión o indiferenciación entre los derechos reales y los derechos de obligaciones, correspondiente a los primeros desarrollos del pensamiento jurídico romano desconocedores de la economía crediticia en la cual surge la noción de *obligatio*⁶.

³.- Sobre el concepto de ordalía y su aplicación en el ámbito jurídico del proceso, vid. ALVARADO PLANAS *Ordalías y Derecho en la España visigoda, De la antigüedad al medievo (Siglos IV-VIII)*. III Congreso de Estudios Medievales. Fundación Sánchez de Albornoz. (León 1993) pp.439-540; Vid., asimismo, TOMULESCU, *Les ordalies, le sacramentum, et la Lex Pinaria*, RIDA 21 (1974) pp.323 ss; FREZZA, *Ordalia e legis actio sacramento*, AG 142 (1952) pp.83 ss.

⁴.- En torno al momento en el que se produce la secularización del Derecho Romano existen diferentes opiniones. La mayoritaria la sitúa en la época de positivación de los *mores maiorum*, correspondiente a las XII Tablas, a partir de la cual tenemos fuentes de comprobada veracidad. Vid. MURGA, *Derecho Romano clásico. II. El proceso*. Zaragoza, 1983 p.23 y CAMACHO EVANGELISTA, *Derecho y rito (A propósito de Gayo 1,119)*, AESJ 7 (Granada, 1977) pp.7-11. Éste último recoge las dos grandes teorías existentes en la doctrina romanística en relación al Derecho primitivo romano, antes y después de 1930, -teoría materialista y teoría sociológica, respectivamente- así como sus máximos representantes, entre los que destacan: de la primera corriente GIRARD, *Manuel élémentaire du Droit romain*. Paris, 1929 y de la segunda, NOAILLES, "*Fas*" et "*ius*". Paris, 1948. Vid., también, KASER, *Religión e diritto in Roma arcaica*, Annali Catania 3 (1949) pp.77 ss; GIOFFREDI, *Religione e diritto nella piú antica esperienza romana. (Per le definizioni del concetto di ius)*, SDHI 20 (1954) pp.259 ss.

⁵.- Para LUZZATTO, *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*. Milano, 1934 p.223, no parece que la palabra *nexum* tuviera un sentido técnico como término adecuado para designar un determinado negocio jurídico, al menos por cuanto resulta de las fuentes ciceronianas.

⁶.- En este ámbito jurídico sitúa TORRENT, *Manual de Derecho Privado romano*. Zaragoza, 1991 p.401, la figura del *nexum*, considerándola como un híbrido entre los derechos reales y los de obligación.

La sumisión al formalismo no sólo se manifiesta en el acto constitutivo del *nexum* sino también en el *actus contrarius* de la *nexi liberatio* a través de la *solutio per aes et libram*, de la que da testimonio Gayo en Instituciones 3,174. En el caso de que dicha *solutio* no tuviera lugar procedía la ejecución inmediata de la deuda a través de la reducción del deudor a una condición prácticamente servil, en virtud de la relación directa de coerción o sujeción de su persona por parte del acreedor existente, al menos potencialmente, desde el momento de perfeccionamiento del acto de constitución del *nexum*⁷.

Para ello trataremos de determinar, con exactitud, la aplicación de la acción ejecutiva más antigua, reminiscencia de la primitiva venganza privada: *la legis actio per manus iniectio*⁸, como actividad de autosatisfacción formalizada bajo el control de la comunidad que, hasta bien entrada la época postdecemviral, no se cristaliza en la intervención del magistrado autorizando a la ejecución sobre la persona del deudor⁹.

Es descartable el recurso a la *manus iniectio* como la acción de ley ejecutiva que establecen las XII Tablas (T. III, 2-6), recogida asimismo en Gayo 4, 21 y que se resolvía en la *addictio* del *obligatus* al actor (Aulio Gelio, *Noctes Atticae* 20,1,41-45). Dicha *manus iniectio* no legitimaba a una inmediata *secum (o domum) ductio* sino cuando hubiera sido precedida de una *in ius ductio* y no hubiera tenido lugar la intervención, *in iure*, de un *vindex* (T. III,2). El Código decemviral se refiere, únicamente, a los casos de deudas de dinero reconocidas en un previo procedimiento seguido en ejercicio de una acción declarativa, momento a partir del cual el actor tendría un plazo de treinta días para aprehender a su deudor pronunciando la correspondiente fórmula ante el pretor: *Quod tvmihi iudicatus siue damnatus es sestertium X milia, qvandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertivm X milivm iudicati manvm inicio*¹⁰.

Además del caso del *iudicatus*, al que expresamente alude este fragmento, queda comprendida también en las XII Tablas la figura del *confessus* (T. III,1), equiparada al primero por lo que a efectos ejecutivos se refiere. Por el contrario, las XII Tablas no mencionan en ningún caso el supuesto del sujeto al vínculo del *nexum*. Por lo que podemos calificar de excesivamente forzada, la aplicación precoz de una *manus iniectio iudicati* a la tutela procesal de las relaciones de préstamo surgidas como consecuencia de este acto *per aes et libram*.

⁷- Toda eficacia ejecutiva otorgada al *nexum* residía tanto en la publicidad de la que se revestía el solemne *gestum* del pesaje físico en su origen y más tarde, con la introducción de la *pecunia numerata*, de forma simbólica - ante no menos de cinco testigos, ciudadanos romanos y el *librepens* (Gayo 1,119), como en el valor jurídico otorgado por las XII Tablas a la *nuncupatio*, coetánea al acto de aprehensión. (T. VI,1: *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*). Queda patente, pues, el sesgo formal.

⁸- Vid. NOAILLES, *Manus iniectio*, RH 21 (1942) pp.1 ss; KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*. München, 1966 pp.94 ss; BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*. Torino, 1968 pp.50 ss; TALAMANCA, s. v. *Processo civile*, EdD 36 (1987) pp.4 ss; ALBANESE, *Il processo delle "legis actiones"*. Palermo, 1987 pp.36-51. Vid, asimismo, PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale. Debiti e debitori nei primi due secoli della Repubblica romana*. Milano, 1981; PUGLIESE, *Il processo civile romano I. Le "legis actiones"*. Roma, 1962; CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano, I. Le "legis actiones"*. Torino, 1980; NICOSIA, *Il processo privato romano, I. Le origini y II. La regolamentazione decemvirale*. Torino, 1986.

⁹- Vid. NICOSIA, *Il processo privato romano. I. Le origini*. Torino, 1986 pp.93-95.

¹⁰- Gayo 4,21.

Asimismo, es aún más difícil admitir una *manus iniectio pro iudicato dimanante del nexum*¹¹, teniendo en cuenta que los supuestos de este tipo especial de *manus iniectio* surgen con posterioridad a la judicial establecida en las XII Tablas y de forma taxativa, tal y como se desprende de Gayo 4,22. En efecto, el jurista emplea el adverbio *postea* (como introductorio) para indicar que los créditos privilegiados que disponen de fuerza ejecutiva a través de *manus iniectio* sin necesidad de sentencia previa que los reconozca suceden, en el tiempo, al reconocimiento de los accionables a través de *manus iniectio iudicati*. A ello debe añadirse la omisión del *nexum* en la enumeración que Gayo 4,22 hace de estos casos especiales, y que tienen como denominador común su introducción por dos *leges*: *Lex Publilia* y *Lex Furia de sponsu*¹². Por otro lado, la afirmación *et denique conplures aliae leges in multis causis talem actionem dederunt*, no aclara nada en torno a la cuestión porque no se sabe con certeza cuáles son estas otras leyes ni se especifican las *multae causae* que legitiman una *manus iniectio pro iudicato* en vía ejecutiva.

Siguiendo el mismo razonamiento, aunque se acepta la existencia de otras leyes análogas a la *Lex Furia* testamentaria¹³ y la *Lex Marcia*¹⁴, como expresamente se determina en Gayo 4,24: *Ex quibus legibus et si quae aliae similes essent...*, tampoco disponemos de datos objetivos que induzcan a pensar en la utilización contra los *nexi* de la *manus iniectio* pura.

Por otra parte, se ha querido justificar la existencia de una *manus iniectio* (judicial o extrajudicial) en relación con el *nexum*, como simple contrato de préstamo, en función de la *damnatio* que lo acompañaba, intentando encontrar su fundamento en Gayo 3,174: *Qvod ego tibi tot milibus sestertium iudicio condemnatus sum...* y 4,21, que alude expresamente a la figura del *damnatus*: *Qvod tu mihi iudicatus siue damnatus...*¹⁵. Sin embargo, la ejecutividad del *nexum* no obedece a una ninguna actuación procesal, sino sólo al cumplimiento de determinadas formalidades en el momento de su constitución, en concreto a las palabras solemnes (*nuncupatio*) que debían de ser pronunciadas por el acreedor y a las que se vinculaba la efectividad del acto, en tanto eran reconocidas por las costumbres y, posteriormente, por la fuerza soberana de la ley (*Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto.*)¹⁶. En este sentido, el *nexum* reportaría una ventaja no sólo al deudor que no tuviera otros medios para subsistir o realizar sus contratos, sino también al acreedor que encontraría mano de obra gratuita, análoga a la servil, sin tener que soportar las incertidumbres y la lentitud de un procedimiento¹⁷.

11.- En un sentido contrario, IMBERT, *Fides et nexum*, Studi Arangio-Ruiz I (Napoli 1952) p.340.

12.- Vid. ROTONDI, *Leges publicae populi romani*. Hildesheim, 1962 p.473 y p.475 respectivamente.

13.- *Ibid.*, p.282.

14.- *Ibid.*, p.326.

15.- Vid. FUENTESECA, *¿Existió la denominada legis actio sacramento in personam?*, Investigaciones de Derecho procesal romano. Salamanca, 1969, p.35, el cual, siguiendo las opiniones de HUSCHKE *Über das Recht des Nexum und das alte römische Schuldrecht*. Leipzig, 1846 y de NOAILLES "Nexum", NRHD 1940 pp.205 ss admite la existencia de una *manus iniectio damnati* en contra de la tesis de LUZZATTO, *Procedura civile romana. II. Le "legis actiones"*. Bologna, 1948 pp.40 ss.

16.- Ley de las XII Tablas (T. VI,1).

17.- Vid., IMBERT, *op.cit.*, pp.341-343 y 355-363, considerando el NEXUM como vinculum fidei de naturaleza social, rechaza toda conexión con una *manus iniectio* inmediata o aplazada, judicial o extrajudicial. De otra forma no se explicaría, por ejemplo, la sorprendente multiplicación de los casos de *manus iniectio pro iudicato* a partir de la *lex Poetelia Papiria*.

Dentro del desarrollo evolutivo del *nexum*, la ejecución a él aparejada vendrá modificada en el siglo IV a. C., en virtud de la *Lex Poetelia Papiria*¹⁸, la cual supuso un paso importante hacia la patrimonialización de las obligaciones¹⁹ en virtud del principio *pecu-niae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset*²⁰. De manera que, produciéndose un desplazamiento del objeto de satisfacción del *debitum* desde la persona del deudor a sus bienes -lo que tiene lugar con carácter definitivo en la jurisdicción pretoria con la *missio in bona*²¹-, comenzaría a desvirtuarse la finalidad del *nexum*. Si bien el papel que se le viene atribuyendo a la *Lex Poetelia Papiria* es diferente según la concepción que se tenga de la naturaleza del *nexum*. Considerado como un contrato de préstamo²² que sirve, por sí sólo, de título ejecutivo para el ejercicio de la *manus iniectio*, la *Lex Poetelia* lo privaría de esa fuerza ejecutiva siendo, por ello, necesaria una sentencia previa en la que se reconociese el correspondiente derecho de crédito. Por el contrario, visto como un negocio de autopignoración del deudor²³ para evitar la *addictio* procesal, la *Lex Poetelia* sólo modificaría -dejando invariable la situación del deudor por causa de delito- la posición del que lo fuera en virtud de un contrato, permitiéndole quedar liberado mediante el juramento de pagar la deuda con sus bienes (*iusiurandum copia bona*)²⁴. De cualquier modo, el *nexum* era el único medio de que disponía la población plebeya, insolvente o poco acaudalada, para obtener préstamos, ya que ofrecía al acreedor la garantía de poder contar, en caso de incumplimiento de la obligación, con la capacidad laboral del deudor o los recursos económicos de éste²⁵. Por esta razón, se viene afirmando que la abolición del *nexum* entrañaría el *initium libertatis* de la plebe²⁶.

¹⁸.- *Ibid.*, p.230.

¹⁹.- Vid, en este sentido, la transcendencia de esta *lex* como transformadora del régimen de las deudas observada por MAGDELAÍN, *La Loi Poetelia Papiria et la Loi Iulia de pecuniis mutuis*, Estudios D'ORS II (Pamplona 1987) pp.811-817.

²⁰.- Tito Livio, *Ab urb. cond.* 8,28,8.

²¹.- Para FERNÁNDEZ BARREIRO, *Las fuentes de las obligaciones en relación con el sistema de acciones en Derecho clásico*, Estudios Murga Gener. (Madrid, 1994). p. 30, la *lex Poetelia Papiria* no llega a suprimir la ejecución personal, sino que ésta "se reconvierte en una autorización del magistrado mediante la cual, en caso de insolvencia, el deudor era asignado al acreedor (*ductio iussu praetoris*) para la prestación sustitutoria de servicios en su provecho".

²².- Doctrina encabezada por HUSCHKE, *Über das Recht des "nexum" und das alte römische Schuldrecht*. Leipzig, 1846.

²³.- Según corriente doctrinal a partir de MITTEIS; *Über das nexum*, ZSS 22 (1901) pp.100 ss.

²⁴.- Vid. ÁLVAREZ SUÁREZ, *Curso de Derecho romano*. Madrid, 1955. pp. 258-259, nt. 216.

²⁵.- Vid. PASTORI, *op. cit.* pp. 372-376.

²⁶.- Expresión que a juicio de MASCHI, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*. Milano, 1973 p.141, no resulta del todo exacta ya que, en ella, se están aplicando conceptos sociales y jurídicos modernos a una institución arcaica.

II.2.- LA *SPONSIO*: HACIA LA LAICIZACIÓN DEL *AGERE IN PERSONAM*

Del *nexum* como negocio formal que, a través de la sujeción puramente física, asegura una específica protección procesal a las operaciones crediticias primitivas, pasaremos, a continuación, al tratamiento algunos aspectos relacionados con la *sponsio*²⁷ en tanto constituye, para el viejo *ius civile*, otro instrumento importante de garantía en orden al cumplimiento del contenido del vínculo obligacional al que se llega en virtud de la relevancia que la mentalidad romana primitiva atribuye a la palabra dada.

La importancia concedida, en el más antiguo Derecho romano, a la observancia de determinados ritos para otorgar juridicidad a las relaciones del tráfico económico, tal y como hemos tenido ocasión de ver en relación al *nexum*, se percibe también en el ámbito de la *sponsio*²⁸ ya que el pronunciamiento de los *certa verba* requería la presencia de las partes (D.45,1,1,1) y una *unitas actus* (D. 45,1,137), además del empleo preceptivo de la lengua latina y de su uso limitado a los *cives* (Gayo, 3,93), requisitos éstos últimos predicables, en opinión de Biondi²⁹, de todo acto religioso y que nos llevan a considerar la impronta mágico-religiosa de la *sponsio* de la que habla Cicerón en *De leg.* 2,16 (*voti sponsio qua obligamur deo*).

La *sponsio* es calificada de negocio abstracto, permitiendo su adaptabilidad a las específicas exigencias de cualquier convenio *inter partes* a la vez que obligaba a la prestación debida, en base únicamente a los *verba* pronunciados. Para hacer valer *in iure* la pretensión del acreedor no se requiere, por tanto, probar la causa de ésta sino solamente el negocio que la justifica, esto es, la *sponsio*. Esta irrelevancia *iure civile* de la causa queda corroborada, en el ámbito de las *legis actiones* por Gayo 4,17 a), en relación a la prestación de dar una suma determinada de dinero, cuando determina que el *oportere* surge *ex sponsione*, silenciando la razón jurídica que le sirve de fundamento (*mutui o venditionis causa, ad exemplum*): *Ex sponsione te mihi X milia sestertium dare oportere aio...*

Asentados en estas premisas, ambos negocios formales (*nexum* y *sponsio*), bajo los que subyacen criterios metajurídicos, han venido siendo considerados como precedentes del advenimiento de la *datio mutui* como figura contractual, constituyendo de hecho o idealmente, el vínculo que, por coerción psicológica o por efecto del pronunciamiento de determinadas palabras respectivamente, costrañe al deudor a devolver lo prestado. No obstante existen diferencias sustanciales entre los mencionados antecedentes del *mutuum*. Por una parte, la *sponsio*, al contrario del *nexum*, no podía ser fundamento inmediato de la ejecución personal sobre la persona del incumplidor a través de la *manus iniectio* sino después de una declaración judicial acordada tras una *confessio in iure* o una *condemnatio*³⁰. Por otro lado, a diferencia del *nexum*, que no supone un concepto técnico jurídico de obligatio, la *sponsio* como juramento secularizado por las XII Tablas configura la obligación como *vinculum iuris* desde la aplicación a la misma de la *legis actio per iudicis arbitrive*

²⁷- Vid., la bibliografía al respecto contenida en BISCARDI, *La dottrina romana dell' "obligatio rei"*. Milano, 1991 p.25 nt.38.

²⁸- En torno al formalismo requerido en la *sponsio*, vid CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*. Torino, 1994 pp.63-72.

²⁹- *Sponsio e stipulatio*. Divagazioni intorno alla storia del contratto, dell'obligatio, delle garanzie personali, *Scritti Giuridici* 3 (1965) pp.257-281.

³⁰- Vid. GIUFFRÉ, *La "datio mutui"*. *Prospettive romane e moderne*. Napoli, 1989 p.39.

*postulationem*³¹. A esta sanción judicial, puramente laica, representada por las XII Tablas y a la que se llega tras una evolución del proceso, precede una sanción sacral acorde con la naturaleza primigenia de la *sponsio* como juramento mágico-religioso o *affirmatio* religiosa desprovista de valor jurídico (Cicerón *Off.* 3,29). Posteriormente, con el reconocimiento de la *sponsio* en el ámbito de la jurisprudencia pontifical, opera su transformación de vínculo religioso a *vinculum iuris*, aducible como causa de un deber jurídico fundamento de una reclamación pecuniaria y objeto de la intentio de una *actio in personam*: la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. Gayo 4,17 a) reproduce la fórmula de dicha *legis actio*: *Per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset, sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur; eaque res talis fere erat, que agebat sic dicebat: EX SPONSIONE TE MIHI X MILIA SESTERTIVM DARE OPORTERE AIO. ID POSTVLO AIAS AN NEGES; aduersarius dicebat non oportere; actor dicebat: QVANDO TV NEGAS, TE PRAETOR IVDICEM SIVE ARBITRVM POSTVLO VTI DES. Itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat. Item de hereditate diuidenda inter coheredes eadem lex per iudicis postulationem agi iussit. Idem fecit lex Licinnia, si de aliqua re communi diuidenda ageretur. Itaque, nominata causa ex qua agebatur, statim arbiter petebatur*. Del testimonio gayano se pueden extraer las siguientes consideraciones: En primer lugar, el jurista pone de manifiesto el régimen de las sanciones civiles, compuesto de fórmulas laicas previstas por la ley, condicionando, como presupuesto previo, el empleo de esta acción a su autorización por la ley (*si qua de re ut ita ageretur lex iussisset*). Asimismo, especifica aún más, cuando exige para la utilización de la *legis actio per iudicis* su otorgamiento por la Ley de las XII Tablas en relación a deudas contraídas *ex stipulatione* (*sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur*), de donde resulta que la palabra *sponsio* figuraba ya en el texto decemviral con el sentido análogo al de estipulación, esto es, como *obligatio verbis*³¹. En segundo lugar, la mención *ex sponsione* en la fórmula de la *actio*, transcrita por Gayo, revela la transmisión de términos propios de las XII Tablas a las fórmulas laicas a través de la *accomodatio verborum*³². Igualmente, con respecto a la cantidad de dinero expresada en la fórmula (*decem milia sestertivm*) se infiere el uso de la acción en época en la que ya existía la moneda acuñada. Por último, la alusión a la ausencia de pena (*Itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat*), esto es, la apuesta sacramental que, a título de *poena sacramenti*, pierde la parte sucumbiente en el litigio en favor del patrimonio sagrado, en un principio, y en de la *civitas* más tarde, sólo puede entenderse como una ventaja más, aparte de la mayor rapidez en la elección del juez, de esta forma de accionar en relación a la, más antigua, *legis actio per sacramentum*.

Por lo que se refiere a ésta última, teniendo en cuenta su carácter de *actio generalis* revelado por Gayo 4,13 (*Sacramenti actio generalis erat;...*)³³, surge la duda sobre la posi-

³¹.- Vid. FUENTESECA, *Visión procesal...*, cit. pp. 471-472, el cual revela un paso más hacia la laicización del proceso romano por el hecho de que "el vínculo religioso nacido del juramento se convirtió en vínculo jurídico *ex sponsione*"

³².- *Ibid.* pp.186-187.

³³.- En opinión de ALBANESE, op. cit. p.58 nt.202, "la generalità, ovviamente, deriva dal fatto che la l. a. in questione fu, in origine, l'unica forma per un processo d'accertamento e decisione".

ble aplicación de la *legis actio sacramento in personam* a la protección de los préstamos, y en general de los créditos, nacidos y formalizados a través de *sponsio*, acrecentada por la laguna que la Instituta presenta en relación con la tramitación de este tipo de acción sacramental.

La solución a partir de época decemviral, puede extraerse del reconocimiento expreso que hacen las XII Tablas de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* en estos casos (T. II,1b), confirmado por Gayo 4,17a), y que dejaría la aplicación de la *legis actio sacramento in personam* únicamente como facultativa, en manos de las partes litigantes. Para argumentar dicha aseveración es necesario poner en conexión Gayo 4,13 con Gayo 4,17 a). En Gayo 4,13 se determina el carácter de *actio generalis* de la *legis actio per sacramentum* para aclarar, a continuación, qué se entiende como tal, el ejercicio de tal acción en todos los casos salvo que la ley no hubiese previsto otra expresamente (...*de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur.*). Lo que concuerda con Gayo 4,17 a), donde la Ley de las XII Tablas faculta a la utilización de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* para este tipo de reclamaciones. La opinión contraria³⁴ a la expuesta descansa en la consideración de la *sponsio* con función de garantía y no como tipo de obligación laica en forma de *obligatio verbis*, con precedentes en el juramento religioso, de ahí que excluya su regulación por las XII Tablas y su protección procesal a través de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. Esta hipótesis choca con la expresión *ex stipulatione* que Gayo inserta en Instituciones 4,17 a) con la finalidad de constatar la naturaleza similar a la del *obligare verbis* que, en las XII Tablas, tendría la *sponsio*.

Tampoco faltan sectores doctrinales que defienden la coexistencia de ambas *legis actiones*³⁵ para la protección procesal de los créditos derivados de una *sponsio* en el Derecho de las XII Tablas basándose en el testimonio que ofrece Gayo 4,20: *Quare autem haec actio desiderata sit, cum de eo quod nobis dari oportet potuerimus aut sacramento aut per iudicis postulationem agere, ualde quaeritur*. Sin embargo, el jurista reconoce el recurso a ambas acciones, genéricamente, para reclamar lo que se nos debe, sin especificar causa alguna, no para reclamar lo que se nos debe en virtud de *sponsio*.

Más difícil de resolver es la cuestión relativa a la posibilidad de hacer valer, en época predecemviral, el crédito resultante de una promesa solemne como la *sponsio* a través de la *legis actio sacramento in personam*, ya que a la imprecisión de las fuentes gayanas se añade el oscuro problema del origen de la *stipulatio* en lo referente a si dicho contrato verbal existió con anterioridad o no a la ley de las XII Tablas o, si por el contrario, fue ésta quien primeramente lo sancionó³⁶.

³⁴.- Vid. SCIALOJA, *Procedimiento civil romano*. Buenos Aires, 1954. p.143.

³⁵.- Destaca, entre otros MAGDELAIN, op. cit. pp.192-196, que ve posible explicar la doble sanción de la *sponsio* en el Derecho de las XII Tablas por la correspondencia de ambas *legis actiones*: *sacramento in personam* y *per iudicis arbitrive postulationem* con la distinción entre *lites* y *jurgia* (T.VII,5) respectivamente. Apoya, también, su tesis en aspectos puramente económicos, cuando subraya que el *sacramentum in personam* no sanciona más que deudas superiores a ciento veinticinco sestercios, en virtud de la Ley Crepereya (Gayo 4,95) y, en cambio los deudas sin relevancia económica contraídas entre amigos o parientes son sancionadas por la *iudicis arbitrive postulationem*. Lo que no concuerda con la cantidad establecida en la fórmula de dicha acción de la que Gayo nos da testimonio (Gayo 4,17 a).

³⁶.- Duda que mantiene la doctrina como cuestión insoluble. Vid. ÁLVAREZ SUÁREZ, op. cit. p. 248 nt.203. y ARANGIO-RUIZ, *Las acciones en el Derecho privado romano*. Madrid,1945 pp. 38-39.

Situado el origen de la *stipulatio* como el punto final de un proceso evolutivo que arranca de la *sponsio* como juramento religioso de naturaleza abstracta, se puede admitir razonablemente la posibilidad de que la *legis actio sacramentum in personam* tutelase las relaciones de crédito nacidas de esta figura solemne, en tanto que su atipicidad encontraría cabida dentro del *agere sacramento* considerado como *generalis* independientemente de la causa jurídica que lo motivase³⁷, así como su carácter religioso se amoldaría a la primitiva naturaleza sacral del *sacramentum*³⁸.

El recurso a este instrumento procesal tendría su explicación en una etapa previa al surgimiento de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*³⁹ que, como consecuencia de una fase avanzada de la laicización del *agere sacramento*⁴⁰, vendrá a ser reconocida a partir de las XII Tablas como la acción correspondiente a los casos de reclamaciones de créditos formalizados a través de *sponsio*. No es descartable que la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, además de traer consigo una notable simplificación en el procedimiento de elección del *iudex*, supusiera un progreso con respecto a la *legis actio sacramento in personam* en cuanto permitiera prescindir de la apuesta en los casos de créditos incontrovertidos como los emanados de *sponsio*; quedando, por tanto, la *legis actio sacramento in personam* como procedimiento más severo para hacer valer únicamente los créditos surgidos de delito⁴¹.

III.- DATIO MUTUI INFORMAL: EVOLUCIÓN A UNA RESPONSABILIDAD NEGOCIAL

Planteada la tutela jurídica de las primigenias figuras donde la *mutui datio* encontró su expresión juridizada formalmente, procede ahora afrontar la cuestión relativa a la protección procesal de los préstamos de cosas fungibles no sometidos a forma alguna.

Este tipo de préstamos es el que responde al modelo de *dationes* recíprocas entre *amici* propio de una época primitiva en la que la obligación de restituir lo prestado se fundamenta

³⁷.- Para PASTORI, op. cit. pp.401-402, l'atipicità della *sponsio* trova espressione nel carattere *generalis* della *legis actio sacramentum*.

³⁸.- El significado originario que debe atribuirse al *sacramentum* es, pues, el de acto que implica el resultado de un *sacrare* (*sacratio*) realizado a través de un juramento (*ius iurandum*) mediante el cual se ofrecía a la divinidad, en un principio, el sacrificio de una cierta cantidad de animales que, posteriormente, se traducirá en el depósito de una suma de dinero en lugar sacro, con destino al erario público (Gayo 4,13 y Varron, *De ling. lat.* 5,180). Vid. ALBANESE, op. cit., pp. 10-11 y 58-61. y NICOSIA, op. cit., pp.123-128.

³⁹.- Para ALBANESE, op. cit., p.102 nt.356, "la previsione in T.II,1b (Cfr. Gai 4,17a) della *l.a. per iusicis arbitrive postulationem* per i crediti *ex sponsione* non esclude certo che già prima, per potesse usarsi la *l.a. sacrameti in personam*; e tale uso è provocato da Gai 4,20 (... *cum de eo quod nobis dari oportet, potuerit sacramentum...agi*)".

⁴⁰.- Vid. FUENTESECA, *Las legis acciones como etapas del proceso romano*, Investigaciones de Derecho procesal romano. Salamanca, 1969 p.54, para el cual "el *agere sacramento* queda circunscrito ya desde las mismas XII Tablas con el nacimiento de la *postulatio iudicis*, que implica una nueva concepción procesal en que la realización de la justicia se desliga de toda relación con la divinidad y de la idea de *poena sacramenti*; es el paso definitivo en la secularización de la justicia y, por tanto, el nacimiento del deber jurídico laico como tal en los casos de *sponsio-stipulatio*". En el mismo sentido, como paso importante hacia la laicización del proceso romano y precedente del *agere formulario*, vid., SCHERILLO, *La legis actio per iudicis arbitrive postulationem e le origini del processo formulare*, IURA 20 (1969) 5-48.

⁴¹.- Vid. SCIALOJA, op. cit. p.144.

en la observancia de los valores metajurídicos de la *fides* y la *amicitia*. Por consiguiente, el venir a menos a la promesa de restitución conlleva una violación de la *fides* (*rupta fides*) suficiente para integrar un ilícito sacral y desencadenar la reacción de la otra parte sometida a la aprobación de la comunidad. Bajo estos parámetros, la sanción correspondiente al prestatario incumplidor no se sitúa en un plano técnico-jurídico, sino en uno puramente social que encuentra en la sacralidad⁴² sus medios de reacción frente al ilícito.

Esta primitiva protección mantendría su efectividad mientras el volumen y la importancia económica de los préstamos de cosas fungibles fueran relativamente moderados⁴³. Sin embargo, la extensión de éstos en lo que respecta tanto a los sujetos, al poner en relación partes de diferente *status*, como al objeto, al generalizarse los préstamos de dinero, demanda una tutela más enérgica de los derechos correspondientes al prestamista, a la que se llegaría con la inclusión de la *mutui datio* informal dentro del marco jurídico. Para cierto sector doctrinal, encabezado por Pernice⁴⁴, siguiendo a Ihering⁴⁵, y en el que destacan entre otros Longo⁴⁶ y D'Ors⁴⁷, esta incorporación tendría lugar a través de la asimilación de la falta de restitución del tantumdem a un supuesto de *furtum* o de "apropiación indebida"⁴⁸. Se trata, por tanto, de una equiparación en vía de "paradelictualización", en palabras de Roset⁴⁹, de una conducta que, en definitiva, se considera un ilícito generador de una responsabilidad extracontractual en base al hecho de haber infringido el principio de *iustitia* de que "nadie puede enriquecerse a costa de dañar a otros"⁵⁰. Ahora bien, la hipótesis seña-

42.- Sobre los vínculos protegidos por la *fides* sacra en las obligaciones re, vid. MASCHI, op. cit. pp.97 ss.

43.- Vid. GARCÍA GONZÁLEZ, *Creditum, fides*. Alicante, 1984 p.185 nt.3, el cual sostiene la eficacia tenue del mutuo sin formalidades hasta el momento en el que se produce la normalización y generalización de los préstamos dinerarios.

44.- Marcus Antistius Labeo. *Dās rōmische privat recht im ersten Jarrhunderte der Kaizerzeit*. Halle, 1895 p. 416.

45.- *Geist des rōmischen Rechts*. Darmstadt, 1953-1954.

46.- LONGO, C, *Corso di diritto romano. Il mutuo*. Milano, 1947 p.2.

47.- "Creditum", AHDE 33 (1963) p.352., estableciendo un paralelismo entre el mutuario incumplidor y el ladrón, aporta las bases del argumento a favor del origen delictual de las obligaciones.

48.- Vid. KASER, *Derecho romano privado*.(Trad. esp. de Santa Cruz Teijeiro). Madrid, 1982 p.181, para el cual, una vez desaparecido el *nexum* se abre paso al *mutuum* libre de forma cuya accionabilidad se basó, primeramente, en la "apropiación indebida" del dinero ajeno y, por tanto, tendría un carácter delictual del que, más tarde, no quedan vestigios. También del mismo autor vid., *Mutuum und stipulation*, *Ausgewählte Schriften* 2 (1976) pp.271-300.

49.- *La mutui datio y otros supuestos de condictio*, Estudios Murga (Madrid 1994) p.229.

50.- La tesis contraria, hoy ampliamente aceptada por la doctrina, no ve el enriquecimiento injusto como una causa de obligación, sino más bien como una consecuencia de la falta de cumplimiento de la misma. Destacan, entre otros, VOCI, *La dottrina romana del contratto*. Milano, 1946 pp. 89-91 que niega la posibilidad de que el Derecho romano primitivo conociese la prohibición del enriquecimiento injusto como norma general, sosteniendo que fue precisamente la *mutui datio* la institución que precedió y sirvió de modelo al régimen del enriquecimiento injusto; BRASIELLO, *Obligatio re contracta*, *Studi Bonfante* 2 (1930) p.545, para el cual poner como raíz de la obligación el enriquecimiento indebido significaría, en rigor, decir que durante todo el tiempo de la detención de la cosa no ha surgido aún el vínculo obligatorio, extrayendo la siguiente consecuencia: "Si può ugualmente dire indebitamente arricchito il conduttore se allo spirar del termine non renda la cosa locatagli..." (Ibid., p.545 nt.17) y VIARD, *La mutui datio*. Paris, 1939 p.62 que ve en la noción de enriquecimiento injusto "una notion à manipuler" en el sentido de que si se toma de manera extensiva todo el sistema de obligaciones podría ligarse a él.

lada no puede entenderse sino en relación a una época originaria en la que impera la concepción de una especie de "propiedad retenida" del prestamista, latente en las cosas dadas en préstamo de consumo⁵¹.

La conducta reprochable del prestatario que no devuelve la misma cantidad y calidad de lo prestado determina, pues, en un primer estadio procesal, la operatividad incontrovertida de la *manus iniectio* (T. III, 1-6; Gayo 4,21-24) que, en paralelismo con su admisión en los casos de *furtum manifestum* (Gayo 3,189 y Aulo Gelio, *Noct. Att.* 11,18,8), revela un carácter más de tipo penal, sancionador, esto es, represor que protector de los intereses del prestamista. Esta reacción procesal es congruente con una responsabilidad de tipo delictual que sólo se convertirá en responsabilidad negocial⁵² en un momento más avanzado en el desarrollo del proceso romano.

Es muy probable que el paso hacia este tipo de responsabilidad creada negocialmente viniera de la mano de la *legis actio sacramento in personam* que comenzando, inicialmente, como procedimiento incidental para verificar la validez o no del motivo de la aprehensión del deudor por parte del que reclama la devolución de la misma cantidad y género de cosas dadas en préstamo de consumo, llegará a adquirir sustantividad propia al exigirse la publicidad de la prueba de dicho motivo o causa, apoyada en un *oportere*, como requisito previo y necesario para llegar a la ejecución. De nuevo aparece, aquí, patente el carácter generalis de la *legis actio sacramento* y la adaptación de la *legis actio sacramento in personam* a todos los casos en que el *ius civile* reconoce una obligación, incluso nacida de delito excepto del *furtum manifestum*.

IV.- LA LEGIS ACTIO PER CONDICTIONEM: PRIMERA PROTECCIÓN PROCESAL DEL MUTUO COMO VINCULUM IURIS AUTÓNOMO

De lo hasta ahora expuesto se desprende un régimen procesal heterogéneo correspondiente a las reclamaciones derivadas de préstamos de cosas fungibles, en la medida en que la tutela jurisdiccional difería según dichas reclamaciones de *certa res*, provinieran de un préstamo de consumo formalizado a través de *sponsio*, como causa jurídica en la que se apoyaba la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, o bien derivaran de una *datio mutui* informal y por tanto sin causa que, en virtud de la asimilación al *furtum* de la retención injustificada de la pecunia mutua (considerada *aes alienum*), encontraba su sanción en la *legis actio sacramento in personam*.

Así mismo, vid., VOLTERRA, *Instituciones de Derecho privado romano*. (Trad. esp. Daza Martínez). Madrid, 1986 p.485 nt.78, que determina que no está confirmada por las fuentes la teoría de IHERING aduciendo, en primer lugar, que de los pasajes de los juristas del siglo II d.C. aparece la convicción de que el acuerdo era elemento esencial del mutuo (D. 12,1,32); en segundo lugar, sostiene que la prohibición del enriquecimiento injusto no existe en el Derecho romano antiguo y en tercer lugar, la simple *datio* no puede por sí sola tener otros efectos que la transferencia de la propiedad y no puede llevar consigo la obligación de restituir.

⁵¹.- Vid. GIUFFRÉ, op. cit., p.34 y v. *Mutuo*, EdD 27 (Milano 1977) p.416 nt.9, donde plantea el problema de coordinar, en época primitiva, la propiedad retenida (no material) del prestamista y el hecho de que "l' uomo antico difficilmente separi la proprietà sulle cose dalla possibilità di usarle", idea en la que se basa la opinión contraria que sostiene la idea de que la propiedad de las cosas fungibles pasa necesariamente al *accipiens*, vid., STANOJEVIC, *La mutui datio du droit romain*, Labeo 15 (1969) p.314.

⁵².- Vid., KASER, *Derecho privado romano...*, cit., p.149.

La unificación de esta dualidad de sanciones tiene lugar en el último estadio evolutivo del proceso romano arcaico a través de *la legis actio per condictionem*⁵³. La razón de ser de esta homogeneización⁵⁴ que se discutió en época de Gayo y que éste deja como cuestión abierta en Instituciones 4,20⁵⁵, obedece a un desarrollo masivo de la *datio mutui* pecuniaria como operación corriente en el tráfico crediticio que demanda la conversión del *reddere* en deber jurídico exigible independientemente de la causa que lo motivase⁵⁶. La reclamación abstracta de un *reddere oportere* en el caso de deudas de *certa pecunia* vino establecido por una *Lex Silia* cuya datación se sitúa entre el siglo III a.C. y la mitad de la centuria siguiente. En virtud de esta *Lex*, la simple *datio* de una suma determinada de *pecunia* es suficiente motivo para provocar un *agere per condictionem* donde el acreedor-actor se limita, en la fase *in iure*, a afirmar la existencia de su derecho de crédito (*condicere creditum*), omitiendo toda alusión a la causa, y a requerir⁵⁷ al deudor que ha negado la deuda a presentarse delante de un *iudex* después de treinta días, en conformidad a la observancia de una fórmula, similar a la de la *iudicis arbitrive postulationem* pero con omisión de la expresión *ex sponsione*, que aparece recogida en Gayo 4,17 b): *Per condictionem ita agatur: AIO TE MIHI SESTERTIVM X MILIA DARE OPORTERE. ID POSTVLO AIAS AN NEGES; aduersarius dicebat non oportere; actor dicebat: QVANDO TV NEGAS, IN DIEM TRICENSIMUM TIBI IVDICIS CAPIENDI CAVSA CONDICO; deinde die tricenisimo ad iudicem capiendum praesto esse debebant...* Posteriormente, adquirirá mayor relevancia la segunda parte del litigio (fase *apud iudicem*) con el examen por el *iudex* de la prueba del hecho fundamentador del *certum* que se reclama, es decir, el *iudex* valorará si se ha producido una *datio* de una suma cierta que suponga una obligación de *condemnare* a dicha cantidad.

Más tarde, una *Lex Calpurnia* extiende la tutela de *la legis actio per condictionem* al *reddere oportere* de *omni certa re*, tal y como queda expresado en Gayo 4,19: *Haec autem legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurnia, lege quidem Silia certae pecuniae, lege uero Calpurnia de omni certa re*⁵⁸. En estos casos de *repetitio rei*⁵⁹ el *iudex* se veía

⁵³.- Vid. PRICHARD, *The origin of the legis actio per condictionem*, Synteleia ARANGIO-RUIZ 1 (Napoli 1964) pp.260-268.

⁵⁴.- A primera vista, la aparición de esta nueva *legis actio* parece ir en contra del llamado principio de economía procesal según el cual "cuando una concreta pretensión jurídica queda cubierta con las acciones existentes no hay ninguna razón para la aparición de una nueva vía litigiosa". Vid. MURGA, op. cit., p.133.

⁵⁵.- SCHULZ, *I principii del diritto romano*. (Trad. italiana de Arangio-Ruiz). Firenze, 1946 pp.87-88 considera dicho pasaje postclásico. Vid, FUENTESECA, *Las legis acciones como etapas del proceso romano...*, cit., p.60 y *¿Existió la denominada legis actio sacramento in personam?...*, cit. p.30 nt.21, quien considera falso el empleo del verbo *desiderare* en este pasaje gayano.

⁵⁶.- Para LUZZATTIO, *Procedura...*, cit. pp.150 ss, no hay otro motivo para la introducción de la *legis actio per condictionem*, al lado de las demás *legis acciones*, que el carácter abstracto de ésta. Cfr. FUENTESECA, *¿Existió la denominada legis actio sacramento in personam?...*, cit. p.31, para el cual "no se halla una explicación convincente de la coexistencia de tres *legis acciones* en materia de crédito, más que suponiendo inexistente la llamada *legis actio sacramento in personam*".

⁵⁷.- El significado de *condictio* de la denominación *legis actio per condictionem* es el de una *denuntiatio* y no el que la palabra tendrá, posteriormente, de *actio in personam...qua intendimus nobis dari oportere*. Vid. MASCHI, op. cit., p.138.

⁵⁸.- ALBANESE, op. cit., p.110 nt.381, ve en el término *constituta* la expresión de la idea de introducción *ex novo* de esta *legis actio*.

⁵⁹.- Expresión con la que MASCHI, op. cit., p.138, expresa la idea del traspaso de la propiedad de las cosas dadas

obligado a hacer una *aestimatio pecuniaria* y *condemnare a quanti ea res (tantam pecuniam darem)*.

Lo que unifica, pues, este tipo de reclamaciones es la determinación no de la causa sino del objeto debido, esto es, un *certum*⁶⁰. Se da, así, un paso más en el procedimiento *in personam* de las viejas *legis actiones*: desde una *legis actio generalis* (la *legis actio sacramento in personam*) a una *legis actio specialis* (la *per conditionem*) que abarca los supuestos en que el *certum dare oportere dimana re*.

No discute, pues, la doctrina⁶¹ el avance que supuso este nuevo *modus agendi* con respecto a las anteriores *legis actiones*. Además de conllevar una tramitación más breve y rápida, arbitró la posibilidad de que las partes, en lugar de realizar una apuesta sacramental con destino al erario público, llegarán a un convenio por el cual la parte perdedora del litigio abonara a la otra, en concepto de pena, un tercio de la suma debida (*sponsio et restipulatio tertiae partis*), lo que supuso un paso decisivo hacia la liberación del gravamen que suponía la apuesta sacramental. Asimismo, permitió terminar el debate en la etapa *in iure* a través del juramento necesario cuya utilización debió comenzar con esta *legis actio*⁶². De igual forma, es indiscutible la ventaja que conllevaba su carácter abstracto que, con la posibilidad de omitir la causa sobre la cual el crédito se fundaba, eximía al actor del riesgo de no poder probarla en la fase *apud iudicem*⁶³. En suma, dada la frecuencia e importancia de los préstamos de cosas fungibles en el tráfico comercial con los extranjeros, significó la apertura del procedimiento de las *legis actiones* a los *peregrini*, en virtud del reconocimiento del antiguo sistema de actuación judicial conocido por las XII Tablas bajo el *status dies cum hoste*⁶⁴.

Por otro lado, queda ampliamente acogido el papel fundamental que el *agere per conditionem* desarrolló en la evolución hacia el procedimiento per formulas, antes atribuido únicamente a la *Lex Aebutia*⁶⁵. Esta consideración descansa en la ampliación del *officium iudicis* provocado por la simplificación de los *certa verba*, propios del *agere* formalista, concretados en un esquema de conceptos mínimos que determinaban la actuación del *iudex*. De esta manera, la *legis actio per conditionem* sienta las bases de la futura *condictio* formularia como *actio certi* por excelencia, creando un sistema procesal unificado para las reclamaciones crediticias, donde la figura del mutuo alcanza su pleno desarrollo como *vinculum iuris autónomo*⁶⁶.

en mutuo al mutuante, en contraposición a las cosas objeto de comodato, depósito y *pignus* que quedan siempre en manos del actor.

⁶⁰.- De ahí que las reclamaciones derivadas de delitos no pudieran ser objeto de esta *legis actio*, ya que éstos no generan créditos ciertos. Vid., MASCHI, *Ibid.*, 137 nt.43 aceptando la tesis de ARANGIO-RUIZ, *Il nuovo Gaio*, BIDR 42 (1935) p.621, y en contra de la opinión de Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht...*, cit. p.80 a favor de la operatividad de la *legis actio per conditionem* para hacer valer créditos nacidos de delito.

⁶¹.- Vid. ÁLVAREZ SUÁREZ, op. cit., pp. 251-252 ; ARANGIO-RUIZ, op. cit., p.42 nt.1; SCIALOJA, op. cit., p.148.

⁶².- El empleo del *iusiurandum necessarium* en este tiempo parece probable, según testimonios de Plauto: Rud., 14, Persa, 4,3,9; Curcul, 4,2,10.

⁶³.- Vid., PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto romano*. Torino, 1994 p.133.

⁶⁴.- Vid, FUENTESECA, *Las legis acciones como etapas del proceso romano...*, cit., pp.61-62.

⁶⁵.- Vid. ROTONDI, op. cit., p.304.

⁶⁶.- Vid. GARCÍA GONZÁLEZ, op. cit., pp.187-191.

V.- RECAPITULACIÓN

Finalmente, la concreción de la sustantividad propia a la *mutui datio* en los primeros desenvolvimientos del proceso romano nos lleva a matizar las siguientes cuestiones como reflexiones conclusivas.

La tutela jurídica de las manifestaciones originarias del préstamo de consumo, como relaciones de sujeción basadas en los valores metajurídicos de la *fides* y de la *amicitia*, obedece a una concepción primitiva de la justiciabilidad reflejada en el uso privado de la *vis* sometida, únicamente, al control social del grupo pero sin ningún tipo de intervención por parte de poder político alguno.

Por otro lado, el sometimiento de la *vis* al rito, en un segundo estadio evolutivo del proceso romano arcaico, revela el carácter religioso del mismo patente, aún después del comienzo de su progresiva laicización, en la exigencia de la observancia de rigurosos esquemas formalistas. Así pues, para garantizar, en la época en la que nos situamos, la juridicidad de las operaciones de préstamo de cosas fungibles se recurre a negocios formales como el *nexum* o la *sponsio*.

La eficacia ejecutiva del primero, que se manifiesta en la aprehensión material del *nexus* y en su sometimiento a un estado de cuasiesclavitud, no supone la aplicación de la *manus iniectio* como *legis actio* regulada por las XII Tablas (T.III,2-6 y Gayo 4,21) ni tampoco la de una *manus iniectio pro iudicato* (Gayo 4,22) ni siquiera "pura" (Gayo 4,23-24), sino que nace y se estructura como actividad de autosatisfacción inmediata del acreedor, formalizada y actuable en base a presupuestos legítimos de razón pública, exclusivamente sometida al control de la comunidad misma, fuera de la intervención de un órgano del poder político.

Por lo que respecta a los préstamos de consumo formalizados a través de la *sponsio*, como juramento secularizado por las XII Tablas, encuentran su protección procesal en las mismas a través de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, en virtud de la eficacia jurídica atribuida a los *verba* requeridos. La aplicación de la *legis actio sacramento in personam*, en tanto *actio generalis*, sólo cabría en época predecemviral, previamente al surgimiento de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, consecuencia de una fase ya avanzada de laicización del *agere sacramento*. En consecuencia, el reconocimiento por las XII Tablas de un acción específica para la reclamaciones de créditos formalizados a través de *sponsio* que suponía, además, un notable avance en cuanto a que permitía prescindir de la apuesta sacramental en estos casos, reduciría la aplicación de la *legis actio sacramento in personam* a las reclamaciones de los créditos nacidos de delito.

Asimismo, el recurso a la *legis actio sacramento in personam* en los casos de mutuos informales, operado por la asimilación a un *furtum* del incumplimiento de la obligación de devolver del deudor como retención injustificada de lo prestado, evidencia el paso de una responsabilidad de tipo delictual a una responsabilidad negocial.

En definitiva, el carácter abstracto de la *legis actio per conditionem* viene a unificar el régimen de protección procesal de la *mutui datio*, momento a partir del cual alcanza plena autonomía como *vinculum iuris*.