



Universitat de Girona

LA FORMA ESTIPULATORIA. UNA
APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DEL LENGUAJE
DIRECTO EN EL DIGESTO

Núria COCH ROURA

ISBN: 84-689-0767-7
Dipòsit legal: GI-51-2005

NÚRIA COCH ROURA

La forma estipulatoria.

Una aproximación al estudio del lenguaje directo en el Digesto

Memoria para optar al grado de Doctor en Derecho
Director: Dr. José L. Linares Pineda

3.5.4. “ <i>Habere licere</i> ”	215
3.5.5. “ <i>Tot stipulationes quot res</i> ”	221
3.5.6. Objeto imposible	224
3.5.7. Objeto inmoral	229
3.5.8. Objeto indeterminado	230
3.5.8.1. La determinación del objeto en la <i>Fideiussio</i>	243
3.6. El establecimiento de condiciones	245
3.6.1. A voluntad del promitente	251
3.6.2. Con relación a intereses	253
3.6.3. Relativas a la devolución de la dote	256
3.6.4. Carácter inmoral	260
3.6.5. Condición imposible negativa	261
3.6.6. Transmisibilidad de las deudas pendiente la condición.....	263
3.6.7. Pluralidad de condiciones en una misma estipulación	265
3.6.8. Condición y <i>Fideiussio</i>	265
3.7. El establecimiento de término	271
3.7.1. Término implícito	275
3.7.2. Término ambiguo	288
3.7.3. En beneficio del promitente.....	291
3.7.4. En beneficio del estipulante.....	300
3.7.5. “ <i>Cum morieris</i> ”	301
3.8. Circunstancias y garantías de la relación obligatoria	305
3.8.1. En cuanto a la forma de determinar el lugar.....	305
3.8.2. La forma en las estipulaciones penales.....	306
3.8.3. La <i>acceptilatio</i>	334
3.9. Elementos extraños en un contrato de derecho estricto.....	336
3.9.1. Buena fe	336
3.9.2. Dolo	337
3.10. Cláusulas que suelen establecerse	340
3.11. Conclusiones del capítulo tercero.....	350

Índice de Fuentes	362
----------------------------------	-----

Bibliografía consultada	368
--------------------------------------	-----

1. INTRODUCCIÓN

La elección de la *stipulatio* como objeto de estudio se debe a la sugerencia del Dr. José Luis Linares, que estaba entonces dedicado al estudio del arbitraje romano, como forma alternativa para la resolución de controversias¹. Esta decisión en cuanto al tema de investigación dio sus primeros frutos en un primer trabajo sobre el sistema contractual romano², que nos permitió partir de los resultados allí obtenidos y nos sirvió, a su vez, para delimitar el objeto de nuestra investigación. Porque éste era el principal problema con el que nos íbamos a encontrar; evidentemente un tema de la entidad del descrito en el título no puede afrontarse globalmente, como lo delata la falta de monografías al respecto³; pero sí encontramos bastantes trabajos que estudian aspectos parciales de la *stipulatio*⁴. Nosotros, como ya lo iremos indicando a lo largo del trabajo, escogimos como objeto de estudio la **forma o estructura externa de la *stipulatio***⁵, pero este aspecto era aún demasiado vasto para ser objeto de un trabajo de investigación que debía conducir a la redacción de una tesis doctoral.

Como explicaremos más adelante, la relación entre el contrato verbal de *stipulatio* y su substrato lingüístico es más intenso⁶ que en otras figuras contractuales⁷. Este motivo es

¹ LINARES *Compromisum y receptum arbitri*, en Homenaje al Profesor Murga (Madrid 1994) pag. 709 a 721; LINARES Nota sobre la *poena compromissi* en nuestro Derecho histórico, en Seminarios Complutenses. VI (1995) pag.83 a103.

² COCH La flexibilidad del sistema contractual romano. Estudio especial de la *stipulatio*. Trabajo de investigación que fue defendido en la Universitat de Girona el 16 de julio de 1999.

³ Queremos indicar simplemente que no encontramos muchas monografías sobre la *stipulatio*, aunque BIONDI B, *Contratto e stipulatio* Milano (1953); PASTORI F, *Sponsio e stipulatio*. Storia e struttura giuridica degli istituti. Milano (1958); Appunti in tema di *sponsio e stipulatio* (1961); Il negozio verbale in diritto romano (1994); SACCONI G, *Ricerche sulla stipulatio*. Univ. Camerino (1989)

⁴ A modo de ejemplo de los que iremos citando a lo largo del trabajo: SIMON Studien zur Praxis der Stipulationsklausel (München 1964); WOLF, J.G. *Causa stipulationis* (Köln/Wien 1970); STURM *Stipulatio Aquiliana* (München 1972); KNÜTEL *Stipulatio poenae* (Köln/Wien 1976); KASER *Mutuum und stipulatio*, en *Ausgewählte Schriften II*. (Napoli 1976); MOLLA NEBOT Extinción formal de las obligaciones verbales. La *acceptilatio* (Madrid 1993); DOBBERTIN Zur Auslegung der Stipulation im klassischen römischen Recht, (Zurich 1987).

⁵ Desde esta perspectiva han aparecido recientemente trabajos como: ANKUM La forma dell'*acceptilatio* nella realtà giuridica di Roma nel periodo classico, en. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*. 45 (1998) y Was *Acceptilatio* an informal act in Classical Roman Law, en *Essays in Honour of Alan Watson* (Oxford 2001) pag. 3-13.

⁶ V. gr. ZIMMERMANN *The Law of Obligations* (Oxford 1996) pag. 69 ss.: "The Latin language does not provide any equivalent for this abstract affirmation (yes). It made allowance only for the concrete way of affirmatively responding to what had been asked in each particular instance by forming a small sentence consisting at least of subject and verb: An interesting example of how language reflects (or moulds?) a people's mind." Los filólogos han llegado a la conclusión que primero se aprende a negar antes que afirmar; esto podría explicar que en latín no exista el adverbio *sí*.

⁷ Así también en un interesante trabajo WACKE El pluralismo lingüístico y su reglamentación jurídica

el que nos decidió a abordar el estudio de la *stipulatio* desde la perspectiva de la transmisión de las distintas formas estipulatorias en las fuentes romanas, de la manera más semejante posible a como en realidad éstas debieron producirse (al tratarse de un contrato verbal) y, como consecuencia, a tomar únicamente en cuenta las reflejadas en lenguaje directo⁸.

La abundancia de testimonios, dado el vasto campo de aplicación de la *stipulatio*, nos ha llevado, sin embargo, a acotar la muestra; nos centraríamos en el Derecho de obligaciones⁹, dejando fuera de nuestro estudio otros ámbitos dónde la estipulación también se manifiesta, como los negocios del derecho de familia, la sucesión *mortis causa*, los derechos reales¹⁰.

Por ello mismo, tampoco entraremos en el terreno de las estipulaciones pretorias¹¹, que constituyen un núcleo aparte de las estipulaciones propiamente negociales¹².

Aún con esta delimitación, el trabajo era inabarcable: la *stipulatio*, como veremos a lo largo del primer capítulo, fue la piedra angular del sistema contractual romano¹³; estudiarla en estos términos arrastraría, indirectamente, todo el sistema contractual romano, por lo que nos limitaremos estudiar los siguientes aspectos:

en el imperio romano, en Seminarios Complutenses de Derecho Romano XI (Madrid 1999) PAG. ¿??. dedicado en su mayor parte a la estipulación (en el ámbito de los negocios *inter vivos*).

⁸ El uso de las ‘comillas simples’ para denotar el estilo directo facilita su localización en bases de datos como el proyecto Digesten-computer de la Universidad de Linz (MENNER/MEINHART).

⁹ Aceptamos, en este sentido, las dificultades que se pueden suceder al partir de una categoría que no existía propiamente en Derecho romano (cf. Gai. 3,88).

¹⁰ Se recurre a paráfrasis, ya que al utilizar expresiones como derecho de personas o derecho de obligaciones se está empleando terminología moderna. Esto no quiere decir que no aparezcan esporádicamente textos que se refieran a estos ámbitos, si son útiles para nuestro trabajo.

¹¹ BIONDI *Contratto e Stipulatio* (Milano 1953) pag. 273 ss. “Talune *stipulationes* per svariatissime esigenze e diverso contenuto sono imposte dal pretore. Data la ripuganza alla coscienza giuridica romana che una *obligatio*, ossia un vincolo della persona e del patrimonio, possa derivare direttamente dalla legge senza atto o fatto di colui sul quale dovrebbe cadere il vincolo, il pretore nei casi e tra le persone contemplate dall’editto impone una *stipulatio* con quel contenuto stabilito dallo stesso editto. Sorge e si sviluppa la serie assai numerosa delle *stipulationes praetoriae*, que hanno avuto la importante funzione di ampliare l’ordinamento giuridico.” Entre otros trabajos BORTOLUCCI, Sulla *Cautio usufructuaria* BIDR 21 (1901) pag. 110 ss.; SOLAZZI Note minime sulla *cautio legatorum servandorum causa*, en Scritti di diritto romano V (Napoli 1972) pag. 186 ss., entre otros. KASER/HACKL, Das römische Zivilprozessrecht (München 2ª ed. 1996).

¹² Si bien no todas las estipulaciones pretorias están asociadas a la marcha del proceso, v. KASER/KNÜTEL Römisches Privatrecht (München 17ª ed. 2003) pag. 492 marg. 11.

¹³ BIONDI B, *Contratto e stipulatio* (Milano 1953) “la Stipulatio è una delle più geniali creazioni, forse il capolavoro dello spirito giuridico latino, senza riscontro in altri sistemi giuridici”; ZIMMERMANN The Law of Obligations (Oxford 1996) pag.68 “The stipulation was one of the most important and original creations of Roman law”.

En el primer capítulo (1.), con carácter introductorio, haremos una aproximación a los aspectos del contrato de *stipulatio* que consideramos más relevantes para nuestro estudio, en especial el origen del contrato verbal romano y el examen de determinadas funciones típicas (garantía personal, novatoria y de garantía por evicción), indicando a grandes trazos la evolución de la doctrina romanística.

En el segundo capítulo (2.) analizaremos los requisitos de forma de la *verborum obligatio*. En uno y otro caso, desde el prisma de las fuentes jurisprudenciales clásicas.

El tercer capítulo (3.), se dedica al análisis de la forma en los textos jurisprudenciales del Digesto, que incluyan, en lenguaje directo, estipulaciones negociales según la delimitación anteriormente hecha. Este capítulo constituye el núcleo de nuestro trabajo.

Teniendo en cuenta la delimitación anterior, nos centraremos en las estipulaciones negociales¹⁴; pero hay que hacer una precisión: podríamos caer en la tentación de hacer una selección de los contratos o actos negociales junto a los cuales la *stipulatio* se nos muestra, es decir, de lo que, a lo largo de nuestras investigaciones¹⁵ hemos venido denominando ‘formas negociales complejas’, y hay que matizar que esta aproximación es más propia del derecho moderno que del derecho romano, el cual es un sistema de acciones, en el cual los problemas se enfocan desde un punto de vista dinámico¹⁶. Además debemos tener en cuenta los distintos estratos jurídicos que existían en Roma, con lo cual hay que considerar que esta aproximación no es totalmente fiel al ‘sistema’ romano, aunque nos sirva para profundizar en nuestro estudio sobre la forma de la *stipulatio*¹⁷.

1.1. LA *STIPULATIO*: ORÍGENES, EVOLUCIÓN Y ESTUDIO DE ALGUNAS FUNCIONES TÍPICAS

¹⁴ V.gr. negocios que se encuentren en el ámbito del Derecho de obligaciones, prescindiendo, como se ha dicho, de estipulaciones relativas a la tutela, la dote, etc.

¹⁵ En nuestro primer trabajo de investigación “La flexibilidad del sistema contractual romano. Estudio especial de la *stipulatio*” cit. supra.

¹⁶ MIQUEL Dret Privat Romà. (Madrid 1995) pag. 165.

¹⁷ Emplearemos, con estas precisiones, la sistemática de Savigny, que utilizaron también la Pandectística, el Código civil alemán (BGB), la mayoría de tratados de Derecho civil y también utilizan predominantemente los tratados de Derecho romano. No podemos dejar de mencionar, sin embargo, que existen importantes manuales de Derecho romano que no siguen este orden como D’ORS, A. Derecho Privado Romano (Pamplona 1983 5ed); GARCIA-GARRIDO Derecho Privado Romano. Acciones, casos, instituciones, (Madrid 1995).

1.1.1. GENERALIDADES

La *stipulatio* fue el contrato verbal más importante¹⁸ y no encontramos ningún rastro de discrepancia en la doctrina, al respecto. Hay autores que más allá de la anterior afirmación consideran que, la *stipulatio* es la clave y piedra angular del sistema contractual romano¹⁹

La mejor definición moderna de *stipulatio* es sin duda, la de Kaser²⁰, el cual la definía como “...das mündliche, an eine feste Frage- und Antwortform gebundene Leistungsversprechen des klassischen Rechts...”.

A pesar de la aversión, que sienten los romanos por los conceptos abstractos²¹, como podemos apreciar muy claramente en el caso de la *possessio*²², encontramos en las fuentes romanas distintos intentos de definir la *stipulatio*, así en Pomp D.45,1,5,1 ; PS.2,3 y, en la misma óptica formal Gai 3,92, sin embargo consideramos más neutra y adecuada como punto de partida, la definición de Kaser

¿Por qué partir de una definición tan amplia? Hay varias e importantes razones que además nos servirán para comprender mejor el enfoque de nuestro estudio.

En primer lugar la *stipulatio* es una de aquellas instituciones (y en el ámbito contractual sin duda la más) genuinamente romanas, donde más se pone de manifiesto el genio jurídico de Roma, por lo que, al tratarse de una institución que podemos encontrar en distintos ámbitos del ordenamiento jurídico (derecho de obligaciones, derechos reales etc...) tiene un carácter transversal, que hace conveniente una definición de éste tipo.

¹⁸ V.gr. KUNKEL *Römisches Privatrecht* (Berlin 4ª ed 1987) pag. 235: “Der wichtigste Anwendungsfall des Verbalvertrag ist die Stipulation, der an eine solenne Wortform gebundene einseitig verpflichtende Vertrag”.

¹⁹ BIONDI *Contratto e stipulatio*. (1953) pag. 270 ss.

²⁰ KASER *Römisches Privatrecht*. (München. 1989) pag. 188 ss.

²¹ Cf. El conocidísimo D. 50,17,202 (Iav. 11 epist.) *Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset*.

²² No debe olvidarse que en este caso, como pone de manifiesto MIQUEL *Derecho Privado romano* (Madrid 1992), “en el fondo late la oposición entre lo fáctico y lo normativo, la institución jurídica de la posesión, aún emanando de un hecho tan tangible como es la tenencia material, el contacto físico con la cosa, se separa de este punto de partida al no vincular necesariamente a esa tenencia material consecuencias jurídicas”.

Por otra parte, la *stipulatio* es definida, por la mayoría de autores, como un contrato abstracto²³; sin embargo, hemos de matizar esta afirmación, ya que la *stipulatio* es, en realidad, un contrato eventualmente abstracto²⁴, es decir, se puede poner de manifiesto cual es la causa, la finalidad económico social que persigue, aunque, en la mayoría de los casos, no se exprese²⁵. Esta característica, junto a otras que pondremos de manifiesto a lo largo de este primer capítulo, hizo posible un extraordinario desarrollo del sistema contractual romano, permitiendo que cualquier convención o prestación lícita²⁶, fijada por las partes, pudiese gozar de tutela jurídica. Creemos que, debido a ésta circunstancia, se propició la aparición del principio del derecho moderno según el cual “toda convención lícita genera acción”²⁷, teniendo en cuenta sin embargo que la *stipulatio*, aunque facilitaba la apertura del sistema contractual romano, nunca dejó de ser considerada como una forma típica individualmente considerada²⁸.

²³ PUGLIESE Istituzioni di Diritto Romano (Torino 3ª ed. 1991) pag. 551 ss “Poiche il valore costitutivo dell’*obligatio* era attribuito nella *stipulatio* alla pronuncia dei *verba*, se nella stessa formula verbale non era contenuta menzione della causa sottostante, cioè dell’assetto di interessi sostanziali fra le parti da cui scaturiva la solenne promessa della prestazione, l’obbligazione così assunta risultava *astratta*.” En éste caso Pugliese prevé claramente la posibilidad de una *stipulatio* causal.

²⁴ TALAMANCA *Conventio e stipulatio* nel sistema dei contratti romani, en *Le droit roman et sa réception en Europe*. (Varsovia 1973) pag. 196 “Anzitutto, a differenza di tutti o quasi tutti i negozi a cui si è dianzi accenato, la *stipulatio*, almeno nella forma in cui noi la conosciamo, è un atto eventualmente astratto: la *causa obligationis*, e cioè in definitiva in concreto assetto d’interessi perseguito dalla parti, può esser esclusa dalla forma verbale del negozio, ma può anche rientrare in pieno a seconda dei diversi modelli di *verborum obligatio*.”

²⁵ La abstracción *iure civili* podrá ser corregida, en determinados casos, por el pretor. Trataremos y matizaremos sobre esta cuestión a lo largo del capítulo I, al tratar de la flexibilidad de la *stipulatio* en el Derecho clásico, pero, en cualquier caso, encontramos ejemplos de estipulaciones causales en las fuentes romanas:

D. 45,1,21 (Pomp. 15 Sab.) *Si divortio facto ea, quae nihil in dote habeat, dotis nomine centum dari stipuletur, vel quae centum dumtaxat habeat, ducenta dotis nomine dari stipuletur: Proculus ait, si ducenta stipuletur quae centum habeat, sine dubio centum quidem in obligationem venire, alia autem centum actione de dote deberi. dicendum itaque est, etiamsi nihil sit in dote, centum tamen venire in stipulationem, sicuti, cum filiae vel matri vel sorori vel alii cuilibet dotis nomine legaretur, utile legatum esset.*

²⁶ D. 45,1,26 (Ulp. 42 Sab.) *Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti: D. 45,1,27 pr. (Pomp. 22 Sab.) veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat. Sed et officio quoque praetoris continetur ex huiusmodi obligationibus actionem denegari.*

Por lo que hace al contenido inmoral, D. 45,1,97,2 (Cels. 26 dig.) ‘*Si tibi nupsero, decem dari spondes?’ causa cognita denegandam actionem puto, nec raro probabilis causa eiusmodi stipulationis est. item si vir a muliere eo modo non in dotem stipulatus est.*

²⁷ RICCOBONO *Stipulatio ed instrumentum* nel diritto giustiniano, en SZ 35 (1914) pag. 268.

²⁸ TALAMANCA *Conventio e stipulatio*, en *Atti del Convegno di diritto romano (Siena) ‘Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea’* (Napoli 1991) pag 164, distingue entre “una tipicità formale que trova la sua massima espressione nella *stipulatio* e la tipicità causale delle *obligationes re e consensu contractae*”.

También es considerada la estipulación como el prototipo de contrato formal; esta característica, que suele citarse en la mayoría de manuales de Derecho romano, deberá ser matizada en nuestro trabajo. Esta cuestión se relaciona con la del origen de la *stipulatio*. La mayoría de autores considera la *stipulatio* como una institución recibida en el *ius gentium*²⁹ y el respeto a las formalidades establecidas por el arcaico *ius civile* no es precisamente un rasgo distintivo de este estrato jurídico. La explicación la podemos encontrar en los orígenes de esta institución y especialmente en el tránsito de la *sponsio* primitiva a la *stipulatio iuris gentium*³⁰.

La *stipulatio* es un contrato verbal se perfecciona, en la época clásica, pronunciando determinadas palabras. Sin embargo, hay autores que, al examinar la llamada "degeneración"³¹, (nosotros preferimos llamarla simplemente 'evolución') de la estipulación, terminan concluyendo que la estipulación se convertirá en la época post-clásica y justiniana en un contrato escrito, debido a la influencia creciente de la *praxis* de documentar las estipulaciones por escrito (*cautio, instrumentum, scriptura*). Nosotros defenderemos que, si la evolución de la *stipulatio* la lleva a modificaciones importantes en su estructura y funcionamiento, estas más bien conducirán a una relajación de las formalidades orales y, consecuentemente, a incrementar la importancia del elemento consensual. La generalización del uso del documento (con un carácter probatorio), junto a la utilización por los juristas romanos de ciertas 'presunciones'³², lleva a hacernos pensar que, ya en la época clásica, el documento y la relevancia de la voluntad de las partes tuviesen una importancia superior a la estimada por la doctrina.

²⁹ KASER *Ius gentium* (Köln/Weimar/Wien 1993) pag. 116 ss., establece los distintos orígenes de las normas que forman parte de este estrato. BIONDI *Contrato e stipulatio* (Milano 1953) pag. 273 ss. Paradójicamente Talamanca considera interpolada la referencia a la estipulación entre los *ceteris contractus* por no considerarla institución del *ius gentium*. *Conventio e stipulatio*, en *Atti del Convegno di diritto romano* (Siena) 'Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea' (Napoli 1991) pags. 210 y ss.

³⁰ GROSSO *Syngraphae stipulatio e ius gentium* (comunicación a la XXV sesión de la Société d'histoire des droits de l'antiquité 'Fernand De Visscher' [Viena 1970] *Labeo* 17, (1971) pag. 13 "La *stipulatio* con forme diverse dallo *spondere* era già nota a Catone e l'apertura di essa ai peregrini dovè essere ben rapida, da potersi dire immediata".

³¹ RICCOBONO *Stipulatio ed instrumentum* nel diritto giustiniano, en ; *SZ* 35 (1914) pag..214 *SZ* 43 (1922) pag..262 es un trabajo de referencia aunque, debido a la época en que fue escrito, está muy influido por las corrientes interpolacionistas; lo que hace que muchas de sus afirmaciones no pueden ser aceptadas en la actualidad, aunque sigue manteniendo un gran valor como exposición de conjunto.

³² V. DIOSDI *Giustiniano e la stipulatio*, en *Labeo*17(1955) pag.39 y ss. A pesar del título de este magnífico artículo, Diosdi estudia los cambios de la *stipulatio* desde la época clásica hasta Justiniano.

El carácter unilateral es considerado también como uno de los rasgos definitorios de la *stipulatio*, propio de los actos y contratos romanos más antiguos; así los contratos formales e incluso los contratos reales tienen esta consideración³³. En las Instituciones de Gayo (3,137) se trata la unilateralidad de los contratos formales al contraponerla a la bilateralidad de los contratos consensuales: *Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur alius promittat...*

La última circunstancia que vamos a poner de manifiesto en este apartado se refiere a que la *stipulatio* es un contrato de derecho estricto; sin embargo no vamos a centrar nuestro estudio en este aspecto, al menos por lo que se refiere a la tutela procesal de la *stipulatio*.³⁴ Esto nos apartaría de nuestro principal objetivo: el estudio de la forma en la estipulación; sin embargo deberemos hacer referencia a su carácter de negocio de derecho estricto cuando lo requiera nuestra investigación, como veremos al hablar de la influencia de la forma estipulatoria en la novación de otros contratos, en especial de los contratos de buena fe.

1.1.2. ORÍGENES Y EVOLUCIÓN

El origen de la *sponsio* es un problema que ha preocupado a los romanistas desde hace ya tiempo, pero presenta grandes dificultades por la falta de noticias directas, por lo que el resultado de las investigaciones llevadas a cabo debe considerarse como hipótesis posibles al problema suscitado, desde luego algunas más plausibles y generalmente aceptadas por la romanística pero siempre consideradas como tales hipótesis³⁵.

Podemos considerar aceptado que la *stipulatio* tiene sus orígenes en la *sponsio*, aunque no faltan autores como Pastori que observa “una autonomía che si manifesta nella struttura, nella forma negoziale e nella funzione”³⁶ de una institución frente a la otra.

³³ GROSSO G, Il sistema romano dei contratti. (Torino 3ª ed. 1963) pag. 250 ss. Al final de su obra sobre el sistema contractual romano, Grosso analiza los conceptos de bilateralidad y unilateralidad; esta reflexión resulta de interés para aproximarse a una noción de contrato en general.

³⁴ KASER/HACKL, Das römische Zivilprozessrecht [München 2ª ed. 1996] pag 113 con bibl.

³⁵ Con carácter enumerativo y no exhaustivo podemos citar los trabajos de HÄGERSTROM, Der römische Obligationsbegriff, II.Über die Verbalobligation (Uppsala 1941) ; MAGDELAIN, Essai sur les origines de la *sponsio* (Paris 1943); cf. la recensión crítica de DÜLL en SZ 64 (1944) pag. 430 ss.; CORNIOLEY De la *sponsio* à la *stipulation*, en Sodalitas Studi Guarino VI (Napoli 1984) pag. 2913 yss.; PASTORI Il negozio verbale in diritto romano (Bologna 1994) pag. 195 ss.; IDEM Appunti in tema di *sponsio* e *stipulatio* (Milano 1959)

³⁶ PASTORI F, Il negozio verbale in diritto romano (Bologna 1994) pag. 195 y ss.

También Talamanca pone de manifiesto sus discrepancias con respecto a la doctrina dominante aunque por distintas razones³⁷.

Admitimos la teoría tradicional de que la *stipulatio* tiene su origen en la *sponsio*. Aceptamos en este sentido la opinión de Biondi³⁸, el cual considera que la *sponsio* es un acto productivo de obligaciones muy antiguo y, por ello, referirse al origen de la *sponsio*³⁹ supone adentrarse, en el origen mismo de la *obligatio*. Este primitivo contrato verbal tiene su punto de partida en la comunidad religiosa entre los contratantes. La genuina concepción de esta obligación *verbis* que es la *sponsio* se encuentra en las normas de las XII Tablas, que conservan el principio del *ius sacrum* que establece el valor constitutivo de los *verba*: la voluntad contractual no tiene aquella relevancia que adquirirá más adelante; no hay lugar para distinguir entre voluntad y declaración. Junto a estas manifestaciones del carácter religioso de los *verba*, hay que poner de relevancia un indudable carácter mágico de las palabras. Y es que magia y religión son, para nosotros, aspectos de un mismo fenómeno, cuando hacemos referencia a las sociedades primitivas, como podemos ver también en otros rituales como la *inaguratio*⁴⁰. Se produce, pues, un proceso de secularización de la *sponsio*, a través del cual se llega a la *stipulatio*, sustituyendo el carácter religioso del vínculo y el valor mágico de las palabras por otros criterios intuitivamente más comprensibles para otros pueblos, como la buena fe y el respeto a la palabra dada, sin que —evidentemente al tratarse de un contrato *verbis*— las palabras utilizadas pierdan su capacidad de vincular jurídicamente. Presumiblemente, la *sponsio* se desarrolló⁴¹ desde una asunción de responsabilidad originaria por terceros hasta la constitución de una deuda y responsabilidad propias.

³⁷ TALAMANCA Istituzioni de diritto romano (Milano 1990) pag. 560 ss “È diffusa in dottrina l’ipotesi che alle origini *sponsio* e *stipulatio* sarebbero istituti diversi, poi confluiti nella *verborum obligatio* classica. La *sponsio* avrebbe un’origine religiosa; la *stipulatio*, invece, un’origine magica.(nel che ha giocato un ruolo la connessione di *stipulari* con *stips*, *festuca di grano*). *Queste teorie non hanno, in effetti, alcun fondamento*”.

³⁸ BIONDI Contratto e *stipulatio* (Milano 1953) pag. 279 “La intima connessione tra *sponsio* ed *obligatio* è sicura: una sopravvivenza dell’arcaica terminologia si può trovare nel nostro linguaggio, che è più aderente al latino; i nostri termini responsabilità e rispondere riecheggiano l’antico *spondere* e *sponsio*.”

³⁹ KNUTEL *Stipulatio poenae* (Köln/Wien 1976) pag. 57 ss. El autor plantea la cuestión de si la *stipulatio*, en lo esencial, sólo surgió de la *sponsio*, o si, aparte de la *sponsio*, se ha de tener en cuenta una segunda raíz: una estipulación temprana sin juramento.

⁴⁰ MIQUEL Historia del Derecho Romano (Barcelona 1990) pag. 30 “En realidad el rey era revelado por los dioses que transmitían su voluntad a través del *pontifex maximus*, quien la comunicaba al pueblo en el acto formal de la *inaguratio*.”

⁴¹ KNÜTEL *Stipulatio poenae* (Köln/Wien 1976) pag. 58.

En cuanto al término *stipulatio* los autores de los distintos estudios etimológicos sobre el tema no han conseguido ponerse de acuerdo en su significado. Los cuatro textos que suelen utilizarse son:

Varro, De lingua latina 5, 182 *Hoc ipsum stipendium a stipe dictum, quod as quoque stipem dicebant: nam quod asses librae pondo erant, qui acceperavit maiorem numerum non in arca ponebant, sed in aliqua cella stipabant, id componebant, quo minus loci occuparet; ab stipando stipem dicere coeperunt. Stips ab stoibe fortasse, graeco verbo. Id apparet, quod ut tum institutum etiam nunc diis cum thesauris asses dant stipem dicunt, et qui pecuniam alligat, stipulari et restipulari.*

Festus, De verborum significatu n. 379,3 *Stipem esse nummum signatum testimonio est et de eo quod datur in stipendium militi, et cum spondetur pecunia, quod stipulari dicitur.*

D.50,16,27,1 (Ulp. 17 ed.) *'Stipendium' a stipe appellatum est, quod per stipes, id est modica aera, colligatur.*

Isid., Etym.5,24,30. *"...dicta autem stipulatio a stipula: veteres enim, quando sibi aliquid promittebant, stipulam tenentes frangebant, quam iterum iungentes sponsiones suas agnoscebant, sive quod stipulum iuxta Paulum iuridicum firmum appellaverunt."*

Hay dos posibles significados para *stips/stipes*. El primero de ellos es sostenido por Varrón, Festo y Ulpiano: *stips* pasa de ser considerada como una pequeña cantidad de dinero a entenderse *stipulatio* como cantidad de dinero⁴² prometida. El segundo significado, que encuentra su justificación en el texto de San Isidoro de Sevilla, relaciona *stipes* con un tronco o una caña. Esta caña es partida por la mitad por los participantes en un acto formal, y cada uno de ellos guarda uno de los trozos como prueba de la obligación contraída.

Como antes hemos dicho, los autores no se ponen de acuerdo sobre esta cuestión, que debe ser objeto de un estudio etimológico más profundo.

El proceso de secularización de la *stipulatio*, aplicable no sólo a los ciudadanos romanos sino también a los peregrinos y basado en conceptos como la *fides*, lleva a concluir que, mientras la *sponsio* es una institución perteneciente al arcaico *ius civile*, la *stipulatio* pertenece ya al *ius gentium*⁴³. Esta evolución que lleva de la *sponsio* a la

⁴² KNÜTEL *Stipulatio poenae* (Köln/Wien 1976) pag. 60. Para el autor es un dato significativo y refuerza la suposición de que la estipulación más antigua tenía por objeto *certa pecunia*.

⁴³ CASTRESANA La estipulación, en Derecho romano de obligaciones. Homenaje a J.L.Murga Gener, (Madrid 1994) pag. 442 "sus primeros desarrollos jurídicos en el mundo del crédito pecuniario descubren la *stipulatio* como hábil y cómodo instrumento *iuris gentium* para la formalización de préstamos de dinero a interés, ajenos al mutuo civil. La *mutui-datio* no satisfacía, como es sabido, las necesidades del comercio internacional que desarrollaba Roma, a gran escala, a lo largo de buena parte de la República."

stipulatio, produce la transformación de la institución originaria; sin embargo esta metamorfosis y adecuación de la *stipulatio* a las nuevas necesidades no significa un cambio radical pues podemos observar muchos rasgos similares y supervivencias de la antigua institución.

En relación a la evolución post-clásica de la *stipulatio*, creemos que resulta decisivo tener especialmente en cuenta dos fenómenos jurídicos diversos:

Por una parte la consideración, que más adelante desarrollaremos (ap.2.3.1.3.), que durante el s.I ya se ha iniciado la práctica de documentar las estipulaciones por escrito (como documentos probatorios y/o con la finalidad de facilitar , sin sustituir, el intercambio entre *interrogatio* y *responsio* con la remisión a un clausulado negocial).

Por otra parte , sobre todo a partir de la constitutio Antoniniana, la generalización de prácticas jurídicas helenísticas, en cuanto a la importancia de la documentación escrita

A parte de los fenómenos apuntados, hay distintos problemas a tener en cuenta: En primer lugar, como pone de manifiesto Diosdi⁴⁴, no sabemos si la documentación de una *stipulatio*, fue precedida de un acto oral.

En segundo lugar, usualmente al estudiar la “degeneración” de la *stipulatio* se han confrontado documentos procedentes de la época post-clásica , con la literatura jurídica clásica , de manera que las conclusiones se basan en presupuestos distintos⁴⁵.

En definitiva, vemos como Cicerón considera la documentación de la *stipulatio* como un tipo de documento privado

Cic.Part. or. 37.13 : *Scriptorum autem privatum aliud est, publicum aliud: publicum lex, senatusconsultum, foedus, privatum tabulae, pactum conventum, stipulatio.*

Por lo que, se puede considerar que la clausula estipulatoria era usada de una manera “inapropiada” ya en la época clásica. En cuanto a la práctica jurídica no hay una

⁴⁴ DIOSDI G, Giustiniano e la Stipulatio . Labeo 17 (1955 Napoli) Jovene. Pag.39 y ss “Vi è purtroppo una difficoltà ineliminabile, cioè che disponiamo soltanto di documenti i quali contengono la clausula stipulatoria ma non sappiamo se esistessero anche stipulatione orale, né può accertarsi se la documentazione di una stipulatio fosse preceduta da un atto oral o meno.

⁴⁵ DIOSDI G, Giustiniano e la Stipulatio . Labeo 17 (1955 Napoli) Jovene. Pag.39 “Se qualcuno confrontasse la prassi odierna dei tribunali , degli avvocati e dei notai con la letteratura giuridica , traverrebbe ugualmente un distacco notevole.

diferencia sustancial entre los documentos de la época clásica y los de la época post-clásica. Suponer que los contrayentes de la época clásica habían intercambiado una fórmula oral, mientras que esta formalidad habría desaparecido en los siglos posteriores creemos que es un prejuicio⁴⁶. Este prejuicio se podría fundamentar en que en la época postclásica se utilizaban estipulaciones pero se tenía un concepto poco claro de las mismas.⁴⁷ ¿Cómo saber si, a pesar de la prueba escrita, se había celebrado o no una *interrogatio/responsio*? La única forma para probar que no se ha celebrado, consiste en demostrar la ausencia de uno de los contrayentes. Así lo podemos ver en el debatido texto de las Sentencias de Paulo (5.7.2.)

“Verborum obligatio inter praesentes non etiam inter absentes contrahitur. Quod si scriptum fuerit promississe perinde habetur, atque sin interrogatione praecedente responsum sit”

Es decir el documento constituiría una presunción de que la estipulación se ha realizado. La innovación más importante en cuanto a la legislación sobre la estipulación, la constituye la Constitución del año 472⁴⁸, del emperador León permite prescindir de formulas orales predeterminadas. Que elimine el formalismo⁴⁹ no quiere decir que se suprima la oralidad: *verba* no significa, obviamente, en el lenguaje jurídico romano “documento” y además se habla de *verbis contrahentium*.

Justiniano se preocupa de la regulación de la *stipulatio*, aunque no siempre de forma coherente. Se suele atribuir unicamente a Justiniano que estableciera que el documento hiciese prueba de la celebración de la estipulación, a menos que resultara plenamente probado lo contrario: que el acto oral no pudo haber tenido lugar por ausencia de las partes. Sin embargo, la legislación de Justiniano es más extensa⁵⁰ (C.2.55.4.7; C.8.37.12; C.8.37.13; C.8.37.15.pr; C.6.23.25; C.4.30.14 pr) . En conclusión, creemos que Justiniano no pretendía restaurar la *stipulatio* clásica, sino atenuar sus formalidades, aproximandola quizás al contrato escrito o quizás a los contratos consensuales⁵¹.

⁴⁶ En contra SIMON Studien zur Praxis der Stipulationsklausel (München 1964) pag.41 y ss Según el autor la aplicación de la cláusula estipulatoria recogida en los papiros egipcios se debe a la ignorancia de los notarios egipcios.

⁴⁷ DIOSDI G, op. Cit pag 39 y ss “O la redzione del documento è stata preceduta da una *stipulatio* orale in entrambi i periodi del diritto romano, o mai.”

⁴⁸ C.8,37,10 *Omnes stipulationes etiamsi non sollemnibus vel directis sed quibuscumque verbis pro consensu contrahentium compositae sunt, legibus cognitae suam habeant firmitatem.*

⁴⁹ NICHOLAS B, The form of the stipulation in Roman Law. The law quaterly review 69 (1953)

⁵⁰ DIOSDI G, Giustiniano e la Stipulatio . Labeo 17 (1955) Napoli Jovene psg 47 y ss

⁵¹ D’ORS A. “La formación histórica de los tipos contractuales romanos”, en Actas de la Academia

1.1.3. ESTUDIO DE ALGUNAS FUNCIONES TÍPICAS

Los usos de la *stipulatio* son extraordinariamente variados, a modo de ejemplo, sin pretender en absoluto un listado exhaustivo y al solo efecto de mostrar su ductilidad, encontramos en las fuentes: la promesa de matrimonio, de dote (*dotis promissio*) y de restitución de la dote; asegurar la comparecencia de las partes en el proceso (*vadimonium*), así como el desarrollo y ejecución de éste; la resolución de una controversia ante un árbitro privado (*compromissum*); atribuir fuerza jurídica a cualquier promesa de dar una suma de dinero o, en general, a promesas de *dare*, de hacer una obra o prestar un servicio; reforzar una obligación con la constitución de garantías personales (*sponsio, fideipromissio, fideiussio*); la sustitución en el lado activo o pasivo en una relación negocial (*solutionis causa adiectus, adstipulator*); transformar una relación obligatoria existente (novación); transferir una obligación a otro sujeto (*delegatio*); extinguir una única obligación verbal o bien un conjunto de relaciones obligatorias entre dos sujetos (*acceptilatio, stipulatio Aquiliana*); la constitución de derechos reales limitados o parciarios (mediante *pactiones et stipulationes*); las múltiples cauciones pretorias (v. gr. *cautio damni infecti*); la figura *re et verbis* para el préstamo con interés; las estipulaciones cruzadas para la ‘compraventa’ de géneros que no están a la vista y, con un papel destacado, la pena convencional⁵² (*stipulatio poenae*).

Al encontrarnos con un ámbito de aplicación tan variado, vamos a centrarnos en tres funciones que son, a nuestro juicio, especialmente significativas, tanto en relación con la precedente delimitación de nuestro objeto de estudio⁵³ (las estipulaciones en el ámbito del derecho de obligaciones, en el sentido restrictivo que hemos utilizado anteriormente), como al posterior estudio que realizamos en el capítulo tercero (una taxonomía de formas estipulatorias recibidas en lenguaje directo). Tres finalidades que

Matritense del Notariado (1947) pag. 258 “pero sí hay una cosa que me parece indiscutible: que ya en la misma estipulación, a pesar de su carácter formal, yacía un germen de espíritu convencional, y precisamente en un aspecto del mismo formalismo: en la exigencia de que la pregunta y la respuesta fueran congruentes. Una rica casuística nos presentan las fuentes a propósito de la eficacia o ineficacia de la estipulación según se haya dado o no una congruencia entre los *verba*. Las palabras-manifestación formal de la voluntad-debían ser congruentes; he ahí, en mi opinión, la cuna de la teoría del consentimiento contractual, del *consensus*. **Efectivamente, el desarrollo de los contratos consensuales tiene su punto de arranque en la vieja *stipulatio*.**

⁵² La obra de referencia al respecto es KNÜTEL *Stipulatio poenae* (Köln 1976)

⁵³ V. supra n. 8-13.

se pueden conseguir a través de la *stipulatio*: 1) función de garantía personal, 2) función novatoria y 3) garantía por evicción.

1.1.3.1. FUNCIÓN DE GARANTÍA PERSONAL

Estudiamos en primer lugar esta función pues, como hemos mantenido, la *stipulatio* tiene su origen en la primitiva *sponsio*, que es la forma más antigua de garantía personal. Posteriormente surgieron la *fidepromissio* y la *fideiussio*⁵⁴.

La utilización del término *fides* en estas formas de *stipulatio* no se refiere a un concepto técnico-jurídico de buena fe, sino a la confianza en las costumbres del comercio. Según Juan Miquel, esto es fruto de una evolución lingüística: mientras, en un principio, la palabra tenía un valor cuasimágico y debía utilizarse exactamente la palabra adecuada, esta concepción se modificó, dándose más importancia al respeto a la palabra dada, a la lealtad, a la fidelidad a lo convenido. Incluso es posible que la responsabilidad de la persona que garantizaba la prestación al acreedor se fundamentase no tanto en un vínculo mágico sino, precisamente, en el respeto a la palabra dada al que nos hemos referido.

La *fidepromissio* era accesible a los peregrinos, servía para garantizar solamente obligaciones verbales, es decir era necesaria la novación previa de la obligación cuando ésta no había sido contraída en forma estipulatoria. Las obligaciones garantizadas mediante *fidepromissio* eran intransmisibles a los herederos⁵⁵ (salvo que se trate de un promitente extranjero en cuya ciudad rija una norma distinta).

La intransmisibilidad de las dos primeras formas de garantía personal se explica por el carácter personal de la *obligatio*; es difícil asumir que el vínculo jurídico que ha constituido una persona pueda transmitirse a su heredero. Esto fue superándose al

⁵⁴ Gai. 3,116 *Sponsor ita interrogatur: IDEM DARI SPONDES? fideipromissor ita: IDEM FIDEPROMITTIS? fideiussor ita: IDEM FIDE TVA ESSE IVBES? uidebimus de his autem, quo nomine possint proprie adpellari, qui ita interrogantur: IDEM DABIS? IDEM PROMITTIS? IDEM FACIES? § 117 Sponsores quidem et fidepromissores et fideiussores saepe solemus accipere, dum curamus, ut diligentius nobis cautum sit...*

⁵⁵ Gai 3,118 *Sponsoris uero et fidepromissoris similis condicio est, fideiussoris ualde dissimilis. §119 Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, quamuis interdum ipse, qui promisserit non fuerit obligatus... § 119^a Fideiussor uero omnibus obligationibus, id est siue uerbis siue litteris siue consensu contractae fuerint obligationes, adici potest. at ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit, cui adiciatur... § 120 Praeterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, nisi si de peregrino fidepromissore quaeramus et alio iure civitas eius utatur; fideiussoris autem etiam heres tenetur.*

generalizarse la ejecución sobre el patrimonio y convertirse la obligación en un vínculo patrimonial.

Podemos ver que la referencia a la posibilidad de transmisión *mortis causa* es considerada superflua cuando han desaparecido *sponsio* y *fidepromissio*. (las tres formas de garantía personal coexisten a principios de la época clásica para posteriormente desaparecer *sponsio* y *fideipromissio*)

D. 45,1,56,1 (Iul. 52 dig.) ‘*Te et Titium heredem tuum decem daturum spondes? Titii persona supervacua comprehensa est: sive enim solus heres exstiterit, in solidum tenebitur, sive pro parte, eodem modo, quo ceteri coheredes eius, obligabitur. et quamvis convenisse videatur, ne ab alio herede quam a Titio peteretur, tamen inutile pactum conventum coheredibus eius erit.*

La transmisibilidad a los sujetos activos y pasivos se impuso por razones prácticas y también explica la progresiva implantación de la *fideiussio*⁵⁶.

Si bien, al imponerse la *fideiussio*, las estipulaciones de *dare* se pueden considerar transmisibles a los herederos, hay que actuar con más precaución por lo que respecta a las estipulaciones que tienen por objeto un *facere*⁵⁷. Hay estipulaciones que tienen por objeto prestaciones consistentes en un *facere* con las que no hay ningún problema, pues, para realizarlas, no se tienen en cuenta las circunstancias del deudor; pero existen también prestaciones personalísimas, que no son transmisibles, pues probablemente⁵⁸ se contrataron atendiendo a la persona que las iba a realizar.

A estas formas de garantía se aplicaron distintas leyes, entre las cuales destacan las republicanas⁵⁹, que se encargaron de suavizar la responsabilidad que surgía en caso de que hubiese varios cofiadores:

⁵⁶ BIONDI op.cit. pag. 349 ss. “La base giuridica per ammettere la trasmissione, dal lato sia attivo che passivo, venne fornita dal concetto di *successio*, que importa subentrare dell’erede *in locum et ius defuncti* o sia nella medesima situazione giuridica del defunto, in quanto in tale situazione si trovano obbligazioni dal lato sia attivo che passivo.”

⁵⁷ En relación a la diferencia entre las obligaciones *in dando* o *in faciendo* por lo que respecta a su transmisibilidad, vease TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano (Milano 1990) pag.516 y ss.

⁵⁸ V.gr. D. 45,1,75,7 (Ulp 22 ed.) .

⁵⁹ Entre las muchas exposiciones del tema, v. HAUSMANIGER/SELB Römisches Privatrecht (Wien 1997) y, sobre todo, Gai. 3,121 ss. En resumen: La *lex Apuleia*, aplicable solo a la *sponsio* y *fidepromissio*, considera que entre los cofiadores se establece una especie de sociedad, que no afectaba a la relación externa que era solidaria, pero en la relación interna obligaba a una división de la carga entre los cofiadores. La *lex Furia*, que se aplicaba únicamente en Italia y se limitaba a la *sponsio* y a la *fidepromissio*, convierte en parciaria la relación externa; en el caso de que un fiador hubiese pagado más de lo debido, podía reclamar contra el acreedor sin necesidad de sentencia condenatoria. La *lex Cicereia*, a fin de determinar las cuotas correspondientes a cada cofiador establece que se debe manifestar públicamente; si se omite tal manifestación, los fiadores quedaban libres de responsabilidad. Por último,

Por su parte la *fideiussio* es accesible a ciudadanos romanos y extranjeros, no presupone que la obligación que garantiza derive de una deuda estipulatoria y es transmisible a los herederos, con las salvedades antes mencionadas. Parece que, hasta la *epístula Hadriani* (v. supra n. 47), la *fideiussio* mantiene la relación externa entre cofiadores y acreedor como obligación solidaria.

Hay un texto⁶⁰ en materia de *fideiussio*⁶¹, considerado interpolado por algunos autores⁶², que es muy interesante con relación a cómo va adquiriendo flexibilidad la *stipulatio*; más concretamente, en relación con la relajación de las formalidades orales y, en consecuencia, con el aumento de la importancia de los elementos consensuales y de la redacción de documentos, más allá del cumplimiento de una forma oral. Sin embargo, este texto no ha sido apenas tratado en la doctrina.

D. 27,7,4,3 (Ulp. 36 ed.) *Fideiussores a tutoribus nominati si praesentes fuerunt et non contradixerunt et nomina sua referri in acta publica passi sunt, aequum est perinde teneri. atque si iure legitimo stipulatio interposita fuisset. eadem causa videtur adfirmatorum, qui scilicet cum idoneos esse tutores adfirmaverint, fideiussorum vicem sustinent.*

Es decir, si los fiadores que presentan los tutores están presentes y no se oponen, tolerando que sus nombres aparezcan en las actas públicas, dice Ulpiano que es justo que respondan como si se hubiese realizado la estipulación que exige el derecho, y añade que esto mismo sucede en el caso de los ‘confirmantes’, es decir, cuando se trata de asegurar que los tutores son idóneos, se les consideran como fiadores.

Creemos que debemos advertir que el fragmento está situado entre los incisos Ulpianos 1031 (D. 27,3,1,16 s.) y 1033 (D. 27,3,1,18) de la Palingenesia de Lenel, por lo que se podría tratar de una especialidad de la tutela. A pesar de ello, la flexibilización de las formalidades de la estipulación justifica que nos detengamos en él.

Antes de centrarnos en el texto, hemos de advertir que los requisitos de forma de la *stipulatio* serán tratados con carácter general en el capítulo siguiente.

Parece que en este texto se asiste a una relajación de la forma oral de la *stipulatio*.

la *epístula Hadriani* otorga una *exceptio* al fiador demandado para obtener que se limite su responsabilidad a su parte, siempre que pruebe que los demás fiadores eran solventes.

⁶⁰ Lo hemos seleccionado, a pesar de estar ante una estipulación pretoria, por la importante relación entre la función de garantía y la relajación de los elementos formales de la estipulación.

⁶¹ LENEL Pal II col. 670 hace referencia a que el fragmento podía referirse a la *sponsio* pues en la nota a pie de columna dice “sponsorum Ulp.”

⁶² RICCOBONO *Stipulatio ed instrumentum* nel Diritto giustiniano SZ. 43 (1922) pag. 266 ss.

Ulpiano nos dice que ‘tolerando’, admitiendo la relevancia de la voluntad (si esta aparece manifestada por escrito en las actas y si las partes están presentes), no es preciso realizar la *stipulatio* que sería pertinente en estos casos⁶³. No creemos que este texto ponga de manifiesto la autonomía de la escritura; es decir, la posibilidad de que la *stipulatio* pueda realizarse mediante la sola forma escrita, pero que, además del carácter probatorio, puede ser un elemento esencial al contrato de *stipulatio*. Es cierto que, cuando estudiamos el periodo clásico, nos damos cuenta de que el uso de la escritura está más extendido de lo que la doctrina dominante había creído hasta ahora⁶⁴; pero esto no implica que la escritura, por si sola, tenga un carácter constitutivo en el contrato de *stipulatio* en éste periodo. Nosotros defendemos, a lo largo de éste trabajo que, si bien es cierto que la *stipulatio* evoluciona debido a la relajación de las formalidades orales, lo hace aumentando la importancia del *instrumentum*, de la forma escrita, y del *consensus*, de la voluntad de las partes, pero sin olvidar el requisito de la presencia de las partes contratantes.

El texto se ajustaría más al pensamiento romano del s. I d.C., durante el Principado. Es cierto que se admite que los contratos consensuales pertenecen al derecho de gentes; pero, si bien admitimos este origen, no podemos dejar de observar que el *ius gentium* es un estrato más del Derecho romano, y a nadie se le ocurriría dudar que el contrato de compraventa de carácter consensual⁶⁵ es una institución genuinamente romana, a diferencia por ejemplo de la compraventa griega que es real⁶⁶.

⁶³ Vease KASER M, Das römische privatrecht I (München 1971) pag.354 y ss.

⁶⁴ CAMODECA L’archivio puteolano dei Sulpicii (Nápoles 1992) pag. 24 “L’archivio puteolano dei Sulpicii è il più antico fra quelli campani, poiché, pur essendo compreso fra il 26 e il 61, si concentra in massima parte fra il 35 e il 55; e che inoltre i pochi dittici pompeiani di ercolanesi sono tutti degli anni 40 e 50.” Podemos afirmar por tanto, que las Tablillas de Murecine, editadas por Camodeca, acreditan la práctica temprana de documentar las estipulaciones.

⁶⁵ Una de las consecuencias del distinto carácter de la compraventa romana y griega, tiene su traslación en los mecanismos de refuerzo de las obligaciones de las partes: mientras la forma genuinamente romana está representada por la cláusula penal, el punto de vista griego estaría representado por las arras.

⁶⁶ KASER op.cit. pag. 526 “Darin liegt eine der grossartigsten und fruchtbarsten Schöpfungen des römischen Recht, mit der es auch die griechischen und germanischen Rechte überragt. Der Leitgedanke des formfrei verpflichtenden Leistungsverprechens beherrscht nicht nur die Konsenskontrakte, er wirkt auch bei der Loslösung der Realkontrakte von ihren vermutbaren deliktischen Wurzeln mit.” ; D’ORS A., Derecho Privado Romano (Pamplona 1983) pag. 524 “Los contratos consensuales son la expresión más acabada del contrato fundado en la buena fe, la admisión de que el simple consentimiento, expresado sin forma determinada, pueda engendrar obligaciones es un incomparable logro del genio jurídico romano. Aunque estos contratos sean considerados como de Derecho de Gentes, la misma idea de su perfeccionamiento por el mero *consensus* es desconocido en otros pueblos de la antigüedad. Cómo se alcanzó esta idea no puede aclararse con seguridad, pero parece probable que el punto de partida fue la conexión de estipulaciones interdependientes.”

Volviendo otra vez al texto examinado Ulpiano nos dice: ...*aequum est perinde teneri. atque si iure legitimo stipulatio interposita fuisset*. Sería importante para nosotros saber cómo respondería el tutor, con qué tipo de acción ¿con las acciones propias de la estipulación? en este caso ¿se trataría de la *actio ex stipulatu (incertum)*?. O bien quién otorgaría la acción ¿sería Edictal? ¿sería el pretor? y deberíamos, en este último caso, acudir a algún tipo de acción ficticia. El texto no nos ofrece una respuesta clara.

Riccobono estudia este texto; dice que puede parecer contradictorio y esto ha desorientado a los juristas desde la Glosa hasta nuestro tiempo. Apunta dos posibles soluciones: en primer lugar, dice que, en este caso, lo que se intenta es proteger al pupilo y, por tanto, esta grave desviación de los principios tradicionales tendría aquella finalidad; en segundo lugar, afirma que algunos juristas ven en este texto la degeneración de la forma de la *stipulatio* puesta de manifiesto por Ulpiano.

Riccobono⁶⁷ dice que si el magistrado no veló por exigir la debida caución a los *fideiussores*, él es el responsable, y que la ficción se resuelve a favor del magistrado. Pero lo que es inaudito e imposible de suponer, dice Riccobono, es que por una disposición de favor se deroguen los requisitos de forma de la *stipulatio*, y considerar realizada la *stipulatio* que no ha tenido lugar. Argumenta, en este sentido, que los romanos tenían otros medios para proteger a los pupilos. Riccobono relaciona el texto que estamos tratando con D. 1,7,19,1 (Ulp. 26 ad Sab), que trataremos a continuación, para acabar concluyendo que se trata de un texto interpolado.

El problema central que plantea este texto es el de sí se ha celebrado la estipulación antes de la redacción del documento. Este problema es de difícil solución ¿Cómo podemos demostrar que se han pronunciado efectivamente unas palabras o no? (Aparte de la posible presencia de testigos...) Aunque exista un documento que manifieste que se ha celebrado, no se trata de una prueba directa (como podría ser una grabación), siempre existirá una posible discordancia entre el acto oral y el escrito. Es decir, y a la inversa ¿cómo podría probarse que, a pesar de la redacción de un documento, la estipulación no ha tenido lugar? Evidentemente demostrando, por ejemplo, la ausencia de una de las partes. Creemos que los juristas romanos, para solucionar este problema probatorio que se les planteaba, acudieron, por un criterio de seguridad jurídica, al mecanismo de la **presunción**, exigiendo, en este caso, además de la existencia de un soporte escrito, (¿cómo habría de ser si no!) la presencia de ambas partes. En algunos

casos incluso se pone de manifiesto la voluntad de las partes, el consentimiento en la realización del acto que los juristas tienen que presumir necesariamente⁶⁸.

Otro texto que Riccobono⁶⁹ relaciona con el anterior⁷⁰ es:

D. 1,7,19,1 (Ulp. 26 Sab.) *Quae satisdatio si omissa fuerit, utilis actio in adrogatorem datur.*

Riccobono afirma que en este caso, y estamos de acuerdo con él, el pretor acudirá en ayuda de las formas y las costumbres; de manera que hará responder al adrogante con una acción útil, si los intervinientes han comparecido ante el magistrado en su calidad de *sponsors* y se ha producido una omisión de la forma debida (*Satisdatio*), en este caso el pretor considerará la existencia de responsabilidad.

Estamos de acuerdo con la extensión parcial del tratamiento del supuesto contemplado en D. 1,7,19,1 (Ulp 26 Sab.) al texto que nosotros planteamos D. 27,7,4,3 (Ulp 36 ed.) por varias razones:

En primer lugar si relacionamos el texto de D. 1,7,19,1 (Ulp 26 Sab.) con el anterior párrafo del Digesto, que sistemáticamente también le precede⁷¹, es decir, con D. 1,7,19 pr. (de hecho, Riccobono⁷² lo cita así, aunque luego sólo haga referencia al fragmento número uno) podemos leer:

D. 1,7,19 pr. (Ulp. 26 Sab.) *His verbis satisfactionis quae ab adrogatore praestari debet 'ad quos ea res pertinet' et libertatibus prospectum esse, quae secundis tabulis datae sunt, et multo magis substituto servo, item legatariis, nemo dubitat. § 1. Quae satisdatio si omissa fuerit, utilis actio in adrogatorem datur.*

Relacionando ambos fragmentos, creemos que existe un problema de interpretación sobre las cláusulas que generalmente suelen establecerse, y, en concreto, con la cláusula '*ad quos ea res pertinet*', junto con una omisión de las garantías establecidas (*satisdatio*). Se mezclan dos problemas: por una parte, el que venimos apuntando sobre

⁶⁷ RICCOBONO S, *Stipulatio ed instrumentum nel diritto giustiniano* ZS 43 (1922) pag.266 y ss.

⁶⁸ DIOSDI Giustiniano e la *stipulatio*, en *Labeo* 17 (1955) pag. 43 "Se le parti sono state presenti, il documento costituisce una presunzione che lascia ritenere che la *stipulatio* si sia effettivamente verificata." Para PRINGSHEIM *Stipulations-klausel*, en *Gesamm. Abhandlungen. II* (Heidelberg 1961) pag. 199 existe, en ciertos casos, una ficción; SIMON *Studien zur Praxis der Stipulationsklausel* (Munche 1964) pag. 33 esta de acuerdo con él.

⁶⁹ RICCOBONO S, *Stipulatio ed instrumentum nel diritto giustiniano* ZS 43 (1922) pag.266 y ss

⁷⁰ Volvemos a poner de manifiesto que, también en este caso, estamos ante una estipulación pretoria, que tratamos por su relación con la anterior.

⁷¹ LENEL *Pal. II* col. 1111 los sitúa uno a continuación del otro en el libro *De adrogationibus*.

⁷² Op.cit.

la relevancia del consentimiento (en cuanto a la interpretación de las cláusulas que de ordinario suelen establecerse) y la relajación de las formalidades orales. Como vemos, estas situaciones se tienden a subsanar con distintos criterios: el pretor podría enmendar la ausencia de ciertas formalidades; pero, sin necesidad de que actuase el pretor, también podría operar algún tipo de presunción, en el caso de que se hubiese redactado un documento.

Por otra parte, no cabe comparar ambos textos porque, en el fragmento que se refiere a la *satisfatio* (D. 1,7,19 pr.), Ulpiano mismo nos nombra el remedio procesal: una acción útil, mediante la cual el pretor corregirá la falta de cumplimiento de una garantía. Hay una eficacia pretoria frente a una ineficacia civil ⁷³. Mientras, en el texto que nosotros citamos (D. 27,7,4,3?), Ulpiano no manifiesta cuál es el remedio procesal. Podría ser que se considerase realizada la *stipulatio* en virtud del consentimiento, de la *conventio*, y de la presencia de las partes que es afirmada en el fragmento; ‘podría’ aplicarse una presunción de haberse celebrado el contrato verbal.

En el primer texto (D. 27,7,4,3) el jurista presume que se ha realizado la estipulación con la concurrencia de determinados requisitos formales (presencia de las partes, documento, voluntad de las partes). En el segundo (D. 1,7,19,1) el pretor concede una acción útil, es una actividad del pretor posterior a la realización de la estipulación.

Vamos a introducir otro texto que hace referencia a los temas anteriormente tratados:

D. 45,1,30 (Ulp. 47 Sab.) *Sciendum est generaliter, quod si quis se scripserit fideiussisse, videri omnia sollemniter acta.*

Si se admite este principio, establecido mediante una presunción *iuris tantum*, podríamos aceptar una autonomía importante de la voluntad de las partes, del consentimiento⁷⁴, de la *conventio* que subyace. Y también entenderíamos mejor otros fragmentos, en los cuales nos extraña que los juristas ‘olviden’ hacer referencia a si se

⁷³ TALAMANCA *Conventio e Stipulatio*, en *Atti del Convegno di Diritto romano (Siena): Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea (Napoli 1991)* pag. 213 ss.

⁷⁴ En este sentido podemos arrancar de la opinión de Sexto Pedio transmitida por Ulpiano *nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.* (D. 2,14,1,3), y seguir con:

D. 45,1,83,1 (Paul. 72 ed.) *Si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil actum erit. quod et in iudiciis Aristo existimavit: sed hic magis est, ut is petitus videatur, de quo actor sensit. nam stipulatio ex utriusque consensu valet, iudicium autem etiam in invitum redditur et ideo actori potius credendum est: alioquin semper negabit reus se consensisse.* D. 45,1,137,1 (Ven. 1 stip.) *Si hominem stipulatus sim et ego de alio sensero, tu de alio, nihil acti erit: nam stipulatio ex utriusque consensu perficitur.* D. 2,15,5 (Pap. 1 def.) *Cum Aquiliana stipulatio interponitur, quae ex consensu redditur, lites, de quibus non est cogitatum, in suo statu retinentur. liberalitatem enim captiosam interpretatio prudentium fregit.*

ha celebrado o no la *stipulatio*, pues es un dato relevante en relación a la cuestión que se plantea.

Asimismo debemos considerar el siguiente fragmento:

D. 24,1,57 (Paul. 7 resp.) *Ea, quae a marito suo pecuniam ex causa donationis acceperat, litteras ad eum misit huiusmodi: 'cum petenti mihi a te, domine carissime, adnerit indulgentia tua viginti ad expediendas quasdam res meas, quae summa mihi numerata est sub ea condicione, ut, si per me meosque mores quid steterit, quo minus in diem vitae nostrae matrimonium permaneat, sive invito te discessero de domo tua vel repudium tibi sine ulla querella misero divortiumque factum per me probabitur, tunc viginti, quae mihi hac die donationis causa dare voluisti, daturam restitutam me sine ulla dilatione: spondeo.'* quaero, an, si eadem Titio marito suo repudium miserit, pecuniam restituere debeat. Paulus respondit pecuniam, quam vir uxori donavit, ex stipulatione proposita, si condicio eius exstitit, peti posse, quoniam ex donatione in pecuniam creditam conversa est: quod si stipulatio commissa non probetur, tunc tantum peti posse, quanto locupletior ex ea donatione facta probetur.

En este texto se nos dice claramente que se ha redactado una carta, pero no que se hayan cumplido las formalidades verbales necesarias para la estipulación:

D. 17,1,62 (Scaev. 6 dig.) *Cum controversia esset de hereditate defunctae inter scriptum heredem et patruum Maevium et amitas, Maevius litteris ad sorores suas factis declaravit commune futurum, quidquid ad eum ex eventu litis hereditariae pervenisset, neque stipulatio litteras secuta est: quaesitum est, cum transegerit idem Maevius cum scripto herede ita, ut praedia et aliae quaedam res ex ea transactione ad eum pervenirent, an ex litteris suis possit a sororibus conveniri. respondit posse.*

Lo que ocurre en este supuesto es que, más que dar relevancia a la *conventio* subyacente, al consentimiento, al haberse realizado un documento escrito (*epistula*), en éste caso actuaría la presunción de haberse realizado la estipulación, que tendría su origen en un documento (*litteris*). Parece desprenderse de éste texto especialmente (y los demás que citamos) que la práctica de documentar la *stipulatio* se puede realizar después de la formalidad oral (se trataría del caso más común), pero también, por motivos prácticos (intervinientes que residen en distintas ciudades, motivos de urgencia, etc.), sería posible admitir que el *instrumentum* se redactase con anterioridad y que éste, junto a la valoración de la voluntad expresada en el mismo, fuesen tenidos en cuenta, tanto por los juristas como por el pretor, para mantener la eficacia del negocio verbal que querían celebrar las partes.

Otro texto interesante, con relación a la función de garantía de la *stipulatio* es el siguiente:

D. 45,1,75,6 (Ulp.22 ed.) *Qui vero a Titio ita stipulatur: 'quod mihi Seius debet, dare spondes?' et qui ita stipulatur: 'quod ex testamento mihi debes, dare spondes?', incertum in obligationem deducit, licet Seius certum debeat vel ex testamento certum debeatur. quamvis istae species vix separari possint ab ea, quam proposuimus de vino vel oleo vel tritico, quod in horreo repositum est: et adhuc occurrit, quod fideiussores certum videntur promittere, si modo et is, pro quo obligentur, certum debeat, cum alioquin ita interrogentur: 'id fide tua esse iubes?'*

Este fragmento nos pone de manifiesto algunos usos de la *stipulatio* (entre ellos la función de garantía), nos muestra asimismo, un aspecto que examinaremos en el capítulo 2 y en el capítulo 3, el que hace referencia a la técnica de la remisión. Mediante la utilización de partículas como '*quod*', se puede conseguir que el contenido de la estipulación novatoria sea un *incertum*. Esta función novatoria de la estipulación será examinada en el apartado siguiente.

Es significativo que, al intentar conocer la estructura de la *stipulatio* y su evolución, desde la primitiva *sponsio* hasta la *stipulatio* como contrato *iuris gentium*, nos encontremos algunos textos (y concretamente podemos verlo en el último que hemos tratado) en que se haga referencia al testamento. Partiendo de la descripción de Gayo sobre la forma del testamento *per aes et libram*, vemos cómo el testador, en la *nuncupatio*, confirma el contenido de las *tabulae* mismas, y su contenido se considera parte integrante de la *nuncupatio*, de donde deriva la fuerza jurídica de las disposiciones testamentarias (Gai. 2,104)⁷⁵. Parece haber un paralelismo entre la **estructura** del testamento y la de la *stipulatio*, entre la *nuncupatio* y la cláusula estipulatoria; las palabras escritas en ambos documentos se consideran pronunciadas cuando en realidad no lo fueron, al menos no, totalmente⁷⁶. Riccobono⁷⁷ cree que esta ficción se produce, por lo que se refiere al testamento, en época de la jurisprudencia pontifical, a partir de un riguroso formalismo. En la *stipulatio*, las remisiones a documentos escritos son —a

⁷⁵ *Eaque res ita agitur: qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus ciuibus Romanis puberibus et librepende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam: in qua re his uerbis familiae emptor utitur: FAMILIAM PECVNIAMQUE TVAM ENDO MANDATELA TVA CVSTODELAQVE MEA ESSE AIO, EAQVE, QVO TV IVRE TESTAMENTVM FACERE POSSIS SECVNDVM LEGEM PVBLICAM, HOC AERE, et ut quidam adiciunt, AENEAQVE LIBRA, ESTO MIHI EMPTA; deinde aere percutit libram idque aes dat testatori uelut pretii loco; deinde testatos tabulas testamenti manu tenens ita dicit: HAEC ITA VT IN HIS TABVLIS CERISQVE SCRIPTA SVNT, ITA DO ITA LEGO ITA TESTOR, ITAQVE VOS, QVIRITES, TESTIMONIVM MIHI PERHIBETOTE; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea uidetur generali sermone nominare atque confirmare.*

⁷⁶ Habría que tener en cuenta también a que nivel actuaría la comparación entre estipulación y legado; cf. MITTEIS *Stipulatio* und Legat, en SZ 32 (1911) pag.1 y ss.

⁷⁷ RICCOBONO S, *Stipulatio ed instrumentum nel diritto giustiniano* ZS 43 (1922) pag. 262 y ss.

diferencia del caso del testamento—una manifestación de flexibilidad. Esta evolución de la *stipulatio* se prolongaría a lo largo del periodo que va desde la creación del pretor peregrino en el 242 a.C. hasta la *constitutio Antoniniana* en el 212 d.C., cuando Caracalla extiende la ciudadanía romana a todos los habitantes del imperio.

También encontramos este fenómeno en el ámbito del derecho público; como pone de manifiesto Waldstein⁷⁸, se utiliza una oración pronominal en el supuesto de la votación de una ley (*rogatio*); el magistrado que convocaba los comicios, formulaba solemnemente ante el pueblo la propuesta de votación de la ley en forma de pregunta: ‘*velitis iubeatis Quirites... haec ita uti dixi ita vos Quirites rogo*’. Naturalmente, el magistrado, al interrogar al pueblo, no repite el texto íntegro de la ley, sino que hace referencia a ella (*haec ita uti dixi*). Por otra parte Levy-Bruhl⁷⁹ insiste en la similitud entre la estipulación y el juramento de los sacerdotes feciales, cuando pactaban tratados; la fórmula completa del juramento nos ha sido transmitida por Tito Livio (9,2).

En los dos textos de a continuación, podemos apreciar también el fenómeno:

D. 2,14,7,12 (Ulp. 4 ed.) *Quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri ‘rogavit Titius, spondit Maevius’, haec verba non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis: ideoque ex stipulatu nascitur actio, nisi contrarium specialiter adprobetur, quod non animo stipulantium hoc factum est, sed tantum paciscentium.*

Podríamos pensar que este texto se puede explicar por su procedencia: los comentarios al Edicto de Ulpiano; pero, aún aceptando la eficacia limitada del mismo, pone de manifiesto que la escritura se utilizaba de forma generalizada en la época clásica, que era un fenómeno más extendido de lo que hasta ahora se creía, y por tanto, por razones de utilidad y seguridad jurídica, se irían extendiendo nuevos usos de la escritura, además del estrictamente probatorio. Este texto tiene especial interés para nosotros, porque está recogido en parte, en estilo directo.

D.44,7,38 (Paul. 3 ed.) *Non figura litterarum, sed oratione quam expriment litterae obligamur, quatenus placuit non minus valere quod scriptura quam quod vocibus lingua figuratis significaretur.*

Riccobono⁸⁰, considera el texto interpolado, y defiende que, para Justiniano, la declaración oral tiene el mismo valor que la declaración escrita. No creemos, sin

⁷⁸ WALDSTEIN *Römische Rechtsgechichte ein Studienbuch.* (München 1995) PAG. ¿??

⁷⁹ LEVY-BRUHL H, *La congruentia dans la stipulation.* Archives de droit privé, 16 Dédie à Fritz Pringsheim (Atenas 1953). Pag 49 y ss.

⁸⁰ RICCOBONO *Stipulatio ed instrumentum* nel diritto giustiniano, en SZ 35 (1914) pag. 259.

embargo, que, substancialmente, el contenido del texto se deba atribuir a Justiniano; pero, sin hacer una afirmación categórica⁸¹ al respecto, ponemos de manifiesto la expresión *non minus valere*. Lenel incluye el fragmento bajo la rúbrica *De pactis*.⁸²

D. 45,1,134 pr. (Paul. 15 resp.) *Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Gaio Seio habente filiam: et tempore matrimonii consenserunt, ut filia Gaii Seii filio Titiae desponderetur, et interpositum est instrumentum et adiecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset: postea Gaius Seius constante matrimonio diem suum obiit et filia eius noluit nubere: quaero, an Gaii Seii heredes teneantur ex stipulatione. respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta.*

Dice Riccobono sobre este texto, que ningún jurista romano hubiese sustituido la realización de una *stipulatio* con una cláusula penal por *et interpositum est instrumentum et adiecta poena*. Riccobono escribió el artículo en el que hace referencia a estos textos en el año 1922, en una época en la que se exageró la importancia de las interpolaciones Justinianeas. Hace ya algún tiempo, y sin negar la existencia de algunas interpolaciones, se examinan los textos con otra perspectiva.

Por otro lado, cada vez más se ha ido poniendo de manifiesto la importancia de la documentación por escrito⁸³, y las consecuencias, en cuanto al régimen jurídico, que podía suponer la utilización de la escritura como práctica habitual. Por estas razones, no creemos que esté suficientemente argumentado el razonamiento de Riccobono, ¿por qué un jurista romano de la época clásico-tardía, no podía utilizar *instrumentum* como

⁸¹ Op.cit.

⁸² LENEL O, Pal. I col. 971

⁸³ Por todos D'ORS, A.. Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano (Pamplona 1943) pag. 97, al hablar de la importancia de la Papirología, dice: "Todo cuanto quedaba documentado en un papiro y discrepaba en algo de las normas jurídicas teóricas únicas que conocíamos con cierta amplitud, era considerado como particularidad egipcia. El influjo de Oriente entraba entonces en juego. Oriente resultaba ser la causa de aquella discrepancia entre el derecho teórico de las fuentes jurídicas y el Derecho práctico que nos revelaban los papiros. Tal enfoque unilateral es injusto, por ejemplo en Mauritania, en España o en la misma Italia. En la misma Italia porque muchos fenómenos de 'corrupción' (si se quiere llamar así) del Derecho Romano clásico que nos reflejan los papiros de Egipto no eran fenómenos exclusivamente egipcios, sino fenómenos generales a todo el espacio romano y que alcanzaban incluso a la misma Urbe. Es inverosímil creer que el Derecho que conocemos por las fuentes jurídicas se aplicara allí en la misma Roma, sin ninguna alteración por siglos y siglos. Cuando un documento egipcio nos presenta una determinada 'corrupción' que resulte claramente explicable como evolución natural del mismo instituto, sin necesidad de acudir a influencias extrañas, debemos pensar que aquella 'corrupción' pudo ser muy bien un fenómeno general y común a todas las provincias. **Cuando, por ejemplo, los papiros de Egipto nos atestiguan la atrofia de la *stipulatio* verbal y la preponderancia del documento escrito que la contiene, allí no podemos ver un hecho exclusivamente egipcio, ni sospechar supuestas influencias orientales: hay que pensar en cambio que, por la misma naturaleza del instituto, la práctica hubo de imponer aquella transformación en todas las regiones del imperio romano, hasta en la misma Roma.**"

sinónimo de *stipulatio*, si ésta era la práctica generalizada? Esta cuestión será tratada en el contexto del capítulo siguiente.

D. 45,1,30 (Ulp.47 Sab.) *Sciendum est generaliter, quod si quis se scripserit fideiussisse, videri omnia sollemniter acta.*

Riccobono⁸⁴ y otros autores de su época sostienen que el término *generaliter* debe hacer pensar en una interpolación. Hoy sin embargo no se considera aceptada esta teoría con carácter general. El texto nos dice que se redacta un documento de haber celebrado una *fideiussio*; En tal caso, se establece la presunción de haber celebrado las formalidades orales. Si se trata de una *fideiussio*, que es la forma de fianza más moderna, no podemos remontarnos a una época anterior al s. I d.C.

D. 45,1,134,2 (Paul.15 resp.) *Idem respondit, cum Septicius litteris suis praestaturum se caverit pecuniam et usuras eius semisses, quae apud Sempronium depositae sint: si inter praesentes actum est, intellegendum etiam a parte Lucii Titii praecessisse verba stipulationis.*

En este supuesto, al igual que en otros que hemos examinado, el documento (*litterae, instrumentum, cautio*) permite presumir, en el caso de que éste se haya realizado en presencia de las partes, que han precedido las palabras de la estipulación.

Es significativo, en este periodo que examinamos (a partir del s. I d.C.), en el cual se empezó a imponer esta práctica escrita, que se busquen por parte de los juristas mecanismos de justificación de la presunción que se va imponiendo. Acuden a criterios como: la presencia de las partes, el criterio interpretativo del *id quod actum*, la congruencia entre pregunta y respuesta, etc.

1.1.3.2. FUNCIÓN NOVATORIA

El contenido de la novación, al tiempo de la jurisprudencia clásica⁸⁵, nos lo refleja el célebre texto de Ulpiano (D. 46,2,1 pr., 46 Sab.): *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio* (...) Debe haber una identidad en cuanto al objeto (*id quod iam debetur*), para que pueda producirse el traslado del contenido ('assorbimento')⁸⁶. Esta rigidez de la novación romana resulta

⁸⁴ RICCOBONO S, *Stipulatio ed instrumentum* nel diritto giustiniano, en SZ 35 (1914) pag. 259.

⁸⁵ Los testimonios más relevantes los encontramos en Gayo (3,176-179).

⁸⁶ ELEFANTE s.v. Novazione [Diritto Romano], en *Novissimo Digesto Italiano* vol. XI (Torino 1965) pag.425 distingue, en la estructura dogmática de la novación del periodo clásico, cuatro elementos esenciales: a) la existencia de una obligación a extinguir, b) el hecho de subentrar, en su lugar, una nueva obligación, c) el *id quod iam debetur* y d) la solemnidad y la formalidad del acto novatorio.

inidónea para explicar algunos de los supuestos que trataremos más adelante, por lo que, en algún caso, acudiremos a otra categoría jurídica: la conversión.

Los autores de finales del s.XIX y principios del s.XX, consideraban que las referencias al *animus novandi* se debían a la reelaboración postclásica⁸⁷. Sin embargo, Kaser⁸⁸ considera que ésta expresión no es sistemáticamente postclásica; en la época clásica tardía se iría acentuando la intención de novar, de manera paralela al proceso de abandono de la forma verbal estricta en la estipulación. En este contexto, se mira si las partes tuvieron o no intención de novar; el *animus novandi* se convierte, entonces, en un concepto técnico.

Evidentemente una teoría de la novación fundamentada en la sola voluntad de las partes es post-clásica; pero el hecho de que, en algunas fuentes, aparezca ocasionalmente la expresión, no tiene porque considerarse interpolado. Los juristas clásicos podrían haber tenido en cuenta el factor *animus*, en los términos expresados.

El negocio novatorio por excelencia es la estipulación. Tal es, señaladamente, uno de sus múltiples usos (cf. Ulp. D. 46,2,1,1 (...) *qualiscumque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest* (...)) La estipulación novatoria, más que al *idem debitum*, o sea al objeto de la obligación precedente, debe hacer mención a la estructura de la relación obligatoria⁸⁹, al *dare oportere* o al *debere*⁹⁰. En este sentido, es importante, como pone de manifiesto Daube, la forma de la estipulación que se utilice con finalidad novatoria, y el uso de partículas como *quod*, que servirían para introducir en la estipulación todo el contenido obligacional que se pretendiese novar. Como consecuencia de la utilización de este pronombre, el objeto del contrato verbal sería un *incertum*. Podemos ver en el siguiente texto cómo actúa la partícula *quod*.

D. 45,1,75,6 (Ulp. 22 ed.) *Qui vero a Titio ita stipulatur: 'quod mihi Seius debet, dare spondes?' et qui ita stipulatur: 'quod ex testamento mihi debes, dare spondes?', incertum in obligationem deducit, licet Seius certum debeat vel ex testamento certum debeatur. quamvis istae species vix separari possint ab ea,*

⁸⁷ GRADENWITZ, *Interpolationen* (Berlín 1887) pag. 218; BLUHME SZ19 (1898)

⁸⁸ KASER *Das Römische Privatrecht* (Munich 1971) pag. 449.

⁸⁹ BONIFACIO *La novazione nel diritto romano* (Nápoles 1959) pag 57 ss. “La stipulazione per produrre novazione deve, cioè, richiamare nella sua formulazione l’obbligazione precedente, il *dare oportere* o *debere*”

⁹⁰ DAUBE *Novation of Obligations Giving a Bonae Fidei Iudicium*, en SZ 79 (1948) pag.91 y ss. Con la peculiaridad —en el caso de que la obligación a novar sea un *bonae fidei iudicium*— siguiente: “Certainly, an obligation giving a *bonae fidei iudicium* could be novated just as much as any other. But to achieve novation, the whole of what was owing had to be promised, neither more or less.”

quam proposuimus de vino vel oleo vel tritico, quod in horreo repositum est: et adhuc occurrit, quod fideiussores certum videntur promittere, si modo et is, pro quo obligentur, certum debeat, cum alioquin ita interrogentur: 'id fide tua esse iubes?'

Beretta⁹¹ afirma que, en los dos primeros casos de novación (ya sea la novación subjetiva: *quod mihi Seius debet*, o la novación objetiva: *quod ex testamento mihi debes*), se trata de estipulaciones de objeto indeterminado, aunque el objeto de la obligación precedente sea un objeto determinado; mientras, en la estipulación fideiussoria (*id fide tua esse iubes*), será de un *certum* o de un *incertum* según el objeto de la obligación principal. Beretta concluye diciendo que la segunda parte del fragmento recogería el pensamiento clásico y mientras la primera parte estaría interpolada. No estamos de acuerdo con la última afirmación del autor; creemos efectivamente que la utilización de un contrato verbal novatorio con la partícula *quod*, convierte a la estipulación novatoria en *incerta*. Sin embargo, en este caso, la *fideiussio*, no pretende novar una obligación anterior, sino reforzarla, a través de la constitución de una obligación accesoria. El *fideiussor* no se obliga a más o menos, sino a lo mismo que el deudor principal, de ahí la utilización del *idem*, que no pretende novar, sino resaltar este rasgo de accesoriedad, frente a otras formas de contrato verbal.

La estipulación novatoria debe incorporar, por otra parte, un elemento nuevo respecto a la anterior obligación (*aliquid novi*); esta variación puede afectar a alguno de los sujetos de la obligación primitiva (novación subjetiva), o al objeto de la obligación novada: modificación del término, la condición, el tiempo o el lugar de la prestación, su causa etc. (novación objetiva).

La novación subjetiva (*delegatio nominis, expromissio*) tenía un interés especial pues, de esta manera, se podía 'ceder' una obligación a un sujeto distinto. Propiamente no se transmitía ninguna obligación, ya que se extinguía la primitiva obligación y surgía una nueva.⁹² Así como en las transmisiones *mortis causa* la transmisión de obligaciones de *dare* no planteaba problemas, en las transmisiones *inter vivos* había que acudir a mecanismos sustitutivos, el más importante era la novación, pero no hay que olvidar el *mandatum ad agendum* o el *cognitor in rem suam*.

⁹¹ BERETTA Sulle formule da stipulazione fideiussoria e novativa, en Scritti Ferrini vol.I (Milano 1947) pag.77 ss.

⁹² MIQUEL Derecho Privado Romano (Madrid 1992) pag. 281 "La extinción de la obligación primitiva opera *ipso iure* a la vez que surge una nueva obligación (de ahí el nombre de novación, *nomen accipit a nova obligatione*, explica Ulpiano, l.c)"

Veremos, como muestra de la función novatoria de la *stipulatio*, un texto de Pomponio estrechamente relacionado con otros dos de Ulpiano y Papiniano.

D. 46,2,7 (Pomp. 24 Sab.) *Cum enim pecunia mutua data stipulamur, non puto obligationem numeratione nasci et deinde eam stipulatione novari, quia id agitur, ut sola stipulatio teneat, et magis implendae stipulationis gratia numeratio intellegenda est fieri.*

Para Pomponio, cuando se estipula una cantidad que se ha prestado, no nace una obligación por la entrega de la cantidad y luego ésta es novada por la estipulación; porque lo que se conviene es que sólo obligue la estipulación, y que la entrega deba entenderse hecha para completar la estipulación.

El supuesto es: se produce primero un mutuo, y luego se realiza la estipulación como refuerzo. Pomponio cree que lo que se quiere (*id quod actum*) es que sólo obligue la estipulación, y que la entrega se hace para completarla.

Talamanca⁹³ considera que deben estudiarse a la vez los fragmentos comprendidos en Ulp. D. 46,2,6,1 (46 Sab.); Pomp. D. 46,2,7 (24 Sab.) y Pap. D. 45,1,126,2. (3 quaest.). En los casos en que el mutuo y la estipulación se producen contemporáneamente (sin tener en cuenta el orden) se excluye que exista novación (si eso es lo que se desprende de la voluntad de las partes. En el caso de que mutuo y estipulación sean sucesivos, lo significativo para Talamanca es que Pomponio excluya explícitamente el efecto novatorio, y se refiera a la *numeratio* como a un presupuesto de la exigibilidad de la obligación verbal, por aplicación del *id quod actum est*.

Los problemas no surgen —según Talamanca— cuando el ‘assorbimento’ de la *conventio* en la *stipulatio* es solamente parcial, es decir cuando ésta absorbe sólo una parte de las obligaciones posibles; lo que, en el caso de los contratos reales, ocurre con la *stipulatio usurarum* añadida al mutuo, pero no puede decirse que el pago de intereses derive del mutuo.

Para Kaser⁹⁴ es determinante saber si, en este supuesto la estipulación es causal (‘tituliert’), en cuyo caso podría deducirse que la obligación constituida con la entrega en préstamo es absorbida por la estipulación, y surge una única obligación: la derivada de las palabras. Esto se entiende mejor dado que si nos fijamos en que la acción

⁹³ TALAMANCA *Conventio e stipulatio*, en *Atti del Convegno di Diritto Romano* (Siena. 1989). *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea* (Napoli 1991) pag.168 ss.

⁹⁴ KASER *Mutuuum und Stipulatio*, en *Ausgewählte Schriften II*. (Napoli 1976) (= Eranion Maridakis I [1963] pag.155 y ss

dimanante de ambos contratos —en cuanto se refiere al capital— es la misma: la *condictio*. La dación en mutuo tendría el efecto de hacer de condición para desencadenar la estipulación. Así como en una estipulación abstracta se asume una obligación *prima facie* independiente del “assetto di interessi”, en una estipulación causal (“lo que me debes en virtud de un mutuo”), el éxito del estipulante está subordinado a la prueba de la existencia del negocio causal. Contra la hipótesis de una estipulación causal, sigue Kaser, las fuentes dicen que, a falta de un préstamo válido, concretamente a falta de la entrega del dinero, se concede una *exceptio doli* (Gai. 4, 116a)⁹⁵. El texto de Gayo separa admirablemente los planos del *ius civile* y del *ius honorarium* [eficacia civil-remedios pretorios].

En este supuesto, podemos observar lo que denominamos formas negociales complejas con relación a la estipulación. La estipulación no aparece aislada, sino concurriendo con un contrato real. A continuación podremos examinar la flexibilidad de la *stipulatio*, asimismo resaltaremos que no existe una única opinión en los juristas romanos a éste respecto.

Así, Pomponio cree que no hay novación y que existe únicamente una obligación derivada de la *stipulatio*; pero no hay que perder de vista que el mismo jurista utiliza el verbo *puto*, señal inequívoca de que no es la única solución que se puede dar al supuesto planteado. Coincidimos con Kaser⁹⁶ cuando este afirma: “Las fuentes muestran que predomina entre los clásicos la opinión de que la obligación del mutuo se vierte en la estipulación de manera que sólo surge una *obligatio verbis*, esta concepción se obtiene a partir de la interpretación del fin perseguido por las partes, esto es, del *quod actum*. Habría que investigar en qué medida los romanos también consideraban en el caso de la estipulación las circunstancias del supuesto.”

En este fragmento de Pomponio, al examinar el posible efecto novatorio de la estipulación, se pone de manifiesto la flexibilidad de la misma; en lugar de la autonomía total de los *verba*, se tiene en cuenta la voluntad de las partes, el *quod actum*.

95 Gai. 4,116a. *Velut si stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim: nam eam pecuniam a te peti posse certum est. dare enim te oportet, cum ex stipulatu teneris; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere.* (...)

96 KASER Mutuum und Stipulatio, en *Ausgewählte Schriften II*. (Nápoli 1976) (= Eranion Maridakis I [1963] pag.155 y ss)

Otro caso muy interesante de formas negociales complejas de mutuo y *stipulatio*, en el que se plantea el tema de la novación, está recogido en un conocido texto de Papiniano (D. 45,1,126,2 [3 quaest.]), en el cual, además, se establece una *regula* interpretativa importante.

(...) *plerumque enim in stipulationibus verba, ex quibus obligatio oritur, inspicienda sunt: raro inesse tempus vel condicionem ex eo, quod agi apparebit intellegendum est: numquam personam, nisi expressa sit.*

En las estipulaciones, como regla general, hay que estar a las palabras, pues de ellas nace la obligación, y pocas veces habrá que interpretar que se implica un plazo o una condición en lo declarado, y nunca el nombre de una persona, a no ser que se diga expresamente.” (trad. Digesto d’Ors *et al.*)

Grosso opina⁹⁷ que en Ulp. D. 46,2,6,1 (46 *Sab.*) y Paul D. 45,1,126,2 (3 quaest.)⁹⁸ se produce el hecho de que la *stipulatio* se hace *in continenti* respecto a la *numeratio*. Según Grosso, en éste caso la *stipulatio* absorbía completamente al mutuo, que no llegaba a existir. Esto suponía que, en el caso de nulidad de la estipulación, la obligación era inexistente. Sin embargo, considera Grosso que es verosímil que los juristas romanos intentasen obviar este inconveniente, socorriendo siempre al mutuante. En este sentido dice: “los bizantinos superaban esta dificultad con una nueva construcción teórica, modificando las relaciones entre mutuo y *stipulatio*, configurando la *obligatio re et verbis*, la cual, si no vale como *verborum obligatio*, valdrá al menos como *obligatio re contracta*”⁹⁹.

Si la *stipulatio* fuese hecha *ex intervallo*, el mutuo existía, pero, siempre según Grosso, los juristas romanos consideraban que la *obligatio ex mutuo* se extinguía por novación, por efecto de la *stipulatio*. También añade este autor que, en éste caso, los bizantinos¹⁰⁰

⁹⁷ GROSSO Il sistema romano dei contratti (Torino 3ªed. 1963) pag. 96 ss.

⁹⁸ D. 46,2,6,1 *Cum pecuniam mutuam dedit quis sine stipulatione et ex continenti fecit stipulationem, unus contractus est. Idem erit dicendum et si ante stipulatio facta est, mox pecunia numerata sit.*

D. 45,1,126,2 (...) *nam quotiens pecuniam mutuam dantes eadem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum.*

⁹⁹ De otra opinión D’ORS, A. Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto. (Verona 1948) pag. 564 ss. Pero también según RICCOBONO S, *Stipulatio ed instrumentum* nel diritto giustiniano, en SZ 35 (1914) pag. 259 yss, sólo en el Derecho romano bizantino la obligación puede valer únicamente como *re contracta* allí donde no sea válida la *stipulatio*.

¹⁰⁰ La referencia a los bizantinos, tan frecuente en Grosso, no va acompañada nunca de citas de las Basílicas ni de sus escolios u otros testimonios de la elaboración jurídica de las escuelas orientales. Los da por supuestos en la Compilación justiniana.

superaron esta construcción exigiendo *animus novandi*¹⁰¹ y, en ausencia de éste, la *obligatio ex stipulatu* se yuxtaponía a la obligación *ex mutuo* como accesoria.

Sacconi¹⁰² afirma de forma contradictoria que: “Nelle fonti romane è chiaramente attestato che dalla stipulazione di una somma data a mutuo nasce una sola obbligazione, quella *ex stipulatione*. Il principio è referito, tra gli altri da un brano di Paolo D. 45,1,126,2 (3 quaest.). Il punto de vista di cui si tratta, che Paolo enuncia come una regola appare invece dibattuto in un testo di Pomponio D. 46,2,7 (24 ad Sab.)” Como se ve, tras una afirmación taxativa, posteriormente mantiene que el texto de Pomponio refleja los términos de una controversia, según la cual la estipulación posterior al mutuo podía considerarse novatoria de la obligación *ex mutuo*, o bien como única fuente de obligaciones. Pomponio se adhiere a la segunda solución, en cuanto dice *id agitur, ut sola stipulatio teneat*. Después de haber optado por la tesis según la que sólo existe una obligación, la verbal, Pomponio subraya el valor de la *datio credendi causa*.

La expresión *et magis implendae stipulationis gratia numeratio intellegenda est fieri*, es considerada a veces interpolada. Para Pomponio la *numeratio pecuniae* actúa como justificación económico-social de la estipulación.

Talamanca, por otra parte tampoco concluye si invariablemente se produce o no novación en estos casos. Para Kaser, es importante saber si la estipulación es o no es causal, pero del texto de Pomponio no se puede deducir esta circunstancia.

Nosotros consideramos que en el fragmento de Pomponio, se puede quizás ver una relevancia del *animus novandi*, o, para ser más precisos, creemos que el jurista considera relevante la voluntad de las partes para ver si hay o no novación. Se tiene en cuenta la voluntad de las partes como criterio interpretativo.

1.1.3.3. GARANTÍA EN CASO DE EVICCIÓN

¹⁰¹ En este sentido KNÜTEL *Stipulatio Poenae* (Köln 1976) pag.71 se adhiere a la opinión de Daube, según la cual, para que se produzca el efecto extintivo de la obligación, en la época clásica es necesario que la estipulación novatoria abarque todo el contenido de la relación obligatoria precedente, y, además, la introducción de una novedad (*aliquid novum*). En la época post-clásica, sin embargo, el *animus* es el desencadenante de la extinción de la obligación novada. Esto no significa, precisa Knütel, que siempre que aparezca esta expresión, se deba considerar postclásica. En este mismo sentido ya se había manifestado Kaser en su Manual (v. supra).

¹⁰² SACCONI *Ricerche sulla stipulatio* (Camerino 1989) pag. 39 ss.

En la moderna romanística, la responsabilidad por evicción se presenta unida a la responsabilidad por vicios materiales¹⁰³, ambas forman finalmente un elemento natural del contrato de compraventa¹⁰⁴. Esta situación es el resultado de una larga evolución¹⁰⁵ en el Derecho romano, en la que, la romanística¹⁰⁶ ha distinguido distintas etapas.

En su origen, la responsabilidad por evicción va unida a la *mancipatio*, posteriormente se utiliza la *stipulatio* y, más tarde, al aumentar el uso de los contratos consensuales, especialmente la compraventa la evicción se pacta en una estipulación añadida, para terminar la evolución en el momento en que la garantía por evicción se considera un efecto inmediato y elemento natural del mismo contrato consensual.

La primera fase de garantía por evicción, la encontramos ligada a la *mancipatio*¹⁰⁷, y recogida en las pocas fuentes de que disponemos con el nombre de *auctoritas*¹⁰⁸. Encontramos unas normas en la ley de las XII Tablas que se refieren a la institución con las siguientes palabras:

6,3 *Usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annuus (esto)*

3,7 *Adversus hostem aeterna auctoritas esto*

Parece que, en un inicio, la *auctoritas* estaría relacionada con la *possessio ad usucapionem*: una vez transcurrido el plazo de la *usucapio* (uno o dos años), cesaba la obligación de asistencia porque el adquirente por usucapión, tenía un título con eficacia *erga omnes*.

¹⁰³ No entraremos en el estudio de la responsabilidad por vicios materiales, pues va muy ligada al edicto de los ediles, y, en nuestra primera delimitación de la materia que es objeto de este trabajo, dejamos fuera el mundo de las estipulaciones pretorias.

¹⁰⁴ MIQUEL J, Dret privat romà (Madrid 1995) pag.322 “És en l’apogeu de l’època clàssica (a partir del s.II d. C.) quan l’evicció esdevé un element natural de la compravenda.”; DIEZ-PICAZO/GULLON Sistema de Derecho Civil vol. II (Madrid 6ª ed. 1990) pag. 298.

¹⁰⁵ No vamos a entrar propiamente en la evolución de la responsabilidad por evicción; no es el objeto de este estudio, nos referimos a ella para situar y analizar las estipulaciones *habere licere* y *duplae*, desde el punto de vista de su forma.

¹⁰⁶ Cf. ANKUM H, L’*actio auctoritatis* appartenant à l’acheteur *mancipio accipiens* a-t-elle existé? (Perugia 1979) pag 21 y ss; Problemi concurrenti l’evizioni del compratore nel diritto romano classico. Atti del congresso su Vendita e trasferimento de la proprietà nella prospettiva storico-comparatisticaII, Pisa 1991 pag.597 y ss; La responsabilidad del vendedor por evicción en la *actio empti*. RIDA 39 pag 57 y ss (1992); Eviction of servitudes in Roman Law. Nihil obstat. Fb W.J.Hosten Durban pag7 y ss (1996); v.gr. KASER/KNÜTEL RPR (München 17ª ed. 2003) pag. 267.

¹⁰⁷ Cf.SARGENTI Per una revisione della nozione dell’auctoritas, en Studi Betti. vol. IV (Milano 1962) pag. 35 ss.

¹⁰⁸ ANKUM op. cit. defiende que Gayo en sus Instituciones (2,26) recogía el régimen de la *auctoritas*: “Il faut en effet en tenir compte qu’au 26 du livre II tout un passage du palimpseste de Vérone est presque totalement illisible. Il ne semble pas trop osé de supposer que Gaius se soit occupé de la responsabilité du

En cuanto al significado del término *auctoritas*¹⁰⁹, parece que el comprador estaba protegido por evicción frente al vendedor por una obligación que surgía *ex lege* y que abarcaba tanto la asistencia judicial (en el caso de que un tercero reclamase la cosa), como la garantía del pago del doble del precio (en el caso de que la reclamación del tercero hubiese resultado efectiva).

Creemos que la institución de la *auctoritas* estaba ya plenamente desarrollada en el s. I a.C., en la época de Cicerón¹¹⁰, de Varrón, de Servio Sulpicio. En el otro extremo temporal, encontramos noticias de la institución hasta la época de Paulo¹¹¹, jurista clásico tardío. En el Digesto encontramos pocos fragmentos que hagan referencia a la *auctoritas*¹¹². Es sugerente que el siguiente fragmento de Venuleyo proceda de una obra dedicada a las estipulaciones :

D.21,2,76 (Ven. 17 *stip.*) *Si alienam rem mihi tradideris et eandem pro derelicto habuero, amitti auctoritatem id est actionem pro evictione placet.*

Si me hubieses entregado una cosa ajena y yo la adquiriese, por usucapión como abandonada, se estimó procedente que se perdiese la autoridad, es decir la acción de evicción, pues el título que permite la adquisición es *pro derelicto*.

El régimen legal de la *auctoritas* coexistió con el que ahora examinaremos de las estipulaciones de garantía (asociadas a una *mancipatio* en éste caso), como podemos ver un fragmento de las tablillas de Transilvania, que se refiere a la compra de una casa: (a.159 d.C.; tríptico de tablillas enceradas; Alburno Mayor, Dacia Superior, Rosia Montana, Rumanía) (CIL III pag.944; FIRA III §90 pgs.289-291).

Andueia Batonis emit manci[*pioque accepit*] | do-
mus partem dimidiam, interantibus partem [*dex*] | tram,
qu<a>e est Alb(urno) Maiori uico Pirustar[*um in*] t[er]
ad[*finis Platorem Accep*] tianum et Ingenum Callisti
(denariis) trecentis de Veturi[*o Valente*].

5 Eam domus partem dimidiam , q(ua) d(e) a(gitur),

vendeur *mancipio dans* à cet endroit.”

¹⁰⁹ El término *auctor* se refiere al vendedor o transmitente que debe prestar garantía al comprador, por tanto puede entenderse como refuerzo del *mancipio dans* frente al *mancipio accipiens*. El profesor Ankum, considera simplemente que se puede entender el *auctor* como garante.

¹¹⁰ Topica 4,23; Pro Caecina 19,54.

¹¹¹ En un texto de las Pauli Sententiae 2,17,1-3 *Venditor si eius rei quam vendidit dominus non sit, pretio accepto auctoritatis manebit obnoxius: aliter enim non potest obligari. Si res simpliciter traditae evincatur, tanto venditor emptori condemnandus est, quanto si stipulatione pro evictione cavisset. Res emptae mancipation et traditione perfecta si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur.*

¹¹² Probablemente el hecho de que en la época de Justiniano desapareciese la diferencia entre *res mancipi* y *nec mancipi* y la propia decadencia de la *mancipatio*, provocó modificaciones en los textos de la Compilación.

cum su[is]aepibus sae || pimentis finibus aditibus clau-
stris fienestris, ita uti | clao fixsa et optima maxi-
maque est, <Andueia Batonis> h(abere) r(ecte) l(i-
ceat). |

- [E]t si quis eam domum partemue quam quis [e]x
[ea] | euicerit, q(uo) m(inus) Andueia Batonis e(iue)
a(d) q(uem) e(a) r(es) p(ertinebit) h(abere) p(ossideere)
10 u(su) c(apere) r(ecte) l(iceat) , <tum quantum iderit>
qu[o]d ita licitum n[on] erit, t(antam) || p(ecuniam)
r(ecte) d(ari) f(ide) r(ogauit) Andueia Batonis , <d(ari)>
fide promisit | Veturius Valens. Proque ea do[mus par-
tem | dim]idiam pretium (denarios) CCC Vetur[ius
V]ale <n>s | a[b A]n[du] ei[a Ba]tonis accepiss[e et]
<h>ab[ere se dixit]. |
- 15 Conuenitq(ue) int[e]r eos [uti] Veturius Va[lens pro
ea] || domo tributa usque ad recensum dep[e]n[dat]. |
Act(um) Alb(urno) Maiori prid(ie) Nonas Maias |
Qui[n]tillo et Prisco cos.

In pag. IV nomina signatorum:

L. Vasidius V[i]c|tor sig(nau). | T. Fl(aui) Fe-
licis. | M. Lucani Melio|ris. | Platoris Carpi. | T. Aureli
Prisci. | Batonis Annaei. | Veturi Valentis uendi|toris.

De esta manera afirma Arangio-Ruiz¹¹³: “La prova decisiva dell’avvenuto rivolgimento è nel fatto che in altra tavoletta di Transilvania (*Negotia 90*) relativa alla *mancipatio emptiois causa* di parte di una casa, e perciò assolutamente estranea all’influenza dell’Editto edilizio, si trova ancora una volta la stipulazione (*simplae*).”¹¹⁴

Muchos autores estiman que las tablillas de Transilvania no son una muestra relevante, pues las consideran derecho provincial; sin embargo, Arangio-Ruiz estima que, en el caso de que se puedan considerar inválidas las *mancipaciones* (por carecer del *ius commercii* los intervinientes), al menos habrá que considerarlas válidas en tanto que *traditiones*, en las que se asegura la garantía por evicción mediante *stipulatio*. Además, aunque los habitantes de Transilvania perteneciesen a otra etnia y utilizasen otro idioma (además del latín), dice Arangio-Ruiz que es indudable que utilizaron unos formularios

¹¹³ ARANGIO-RUIZ La compravendita in diritto romano vol.II (Napoli rist. 1990) pag. 328.

¹¹⁴ Existen otras muestras de esta coexistencia en las mismas tablillas de Transilvania, pero se alejan de nuestro objeto, pues, al tratarse de ventas de esclavos, reciben la influencia del Edicto de los ediles y, como se ha dicho al comienzo (en la medida de lo posible) no nos ocupamos de las estipulaciones pretorias.

que provenían de Roma¹¹⁵ y, si aplicaron el régimen de la *mancipatio*, es porque se recurría a ella.

En esta segunda fase de la responsabilidad por evicción, encontramos las estipulaciones de garantía que tienen por objeto una *res Mancipi*, pues, con relación a las *res nec Mancipi*, la garantía por evicción iría unida a la *stipulatio* desde su origen¹¹⁶.

Hay distintos tipos de estipulaciones que actúan como garantía frente a la evicción. En primer lugar encontramos la *satisdatio secundum Mancipium*, un peculiar mecanismo de entrega de una *res Mancipi* por el *procurator* del propietario, en el que se establece una garantía en caso de no confirmación de lo actuado por parte de este¹¹⁷, que se caracteriza por incorporar un fiador (*sponsor*, *fidepromissor* o *fideiussor*). Como esta modalidad de estipulación parece que se empleaba únicamente en caso de *res Mancipi* y además la *sponsio* y la *fideipromissio* sólo servían para garantizar obligaciones verbales, la fórmula estipulatoria debía servir para novar la *mancipatio*¹¹⁸ anterior, de forma que se incorporase a la estipulación, la obligación de responder por evicción; pero no ya derivada de la *mancipatio*, sino de la propia estipulación. Un ejemplo de este tipo de estipulación lo encontramos en la llamada *formula Baetica*, un formulario de *fiducia cum creditore* encontrado en España en 1867. El texto, que ha dado lugar a múltiples interpretaciones, recoge el siguiente supuesto: el *fundum Baianum* y un esclavo llamado Mida son transmitidos por L. Bayano a L. Ticio por *mancipatio* en garantía de las deudas que el primero tiene con el segundo. Al acreedor fiduciario se le reconoce la facultad de transferir el fundo o el esclavo en las condiciones que prefiera, incluso a título gratuito (vendiéndolo *nummo uno*), pero, en este caso, sin garantía por evicción. (Fórmula Bética s.I d.C.) (CIL II 5042; FIRA. III §92 pgs.295-297; d'Ors, EJER. §39, pag. 434-446).

Dama L. Titi ser(uus) fundum Baianum, qui est in agro qui

¹¹⁵ En este mismo sentido D'ORS, A. Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano. (Salamanca 1943) pag.96 ss., al referirse a las fuentes papirológicas, dice: "Muchos de estos fenómenos de 'corrupción' (si se quiere llamar así) del Derecho Romano clásico que nos reflejan los papiros de Egipto, no eran fenómenos exclusivamente egipcios, sino fenómenos generales a todo el espacio romano y que alcanzaban incluso a la misma Urbe. Es inverosímil creer que el derecho que conocemos por las fuentes jurídicas, se aplicara allí en la misma Roma, sin ninguna alteración siglos y siglos."

¹¹⁶ ARANGIO-RUIZ La Compravendita in diritto romano vol. I (Napoli 1987) pag 329. Cfr. TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano (Milano 1990) pag.586 y ss.

¹¹⁷ ANKUM Alla ricerca della *repromissio* e della *satisdatio sec. Mancipium*, en Atti Accad. Const. IV [1981] 739

¹¹⁸ Hay que distinguir claramente en tre contrato obligatorio y modo de adquirir la propiedad, distinguir entre derechos reales y derecho de obligaciones..

Veneriensis uocatur, pago Olbensi, uti optumus maxumusq(ue)
 esset, (sestertio) n(umno) I fidi fiduciae causa man
 5 cipio accepit ab L Baiano, libripende antest(ato). Adfines fundo
 dixit L. Baianius L. Titium et C. Seium et populum et si quos dicere oportet.
 Pactum conuentum factum est inter Damam L. Titi ser(uum) et L.
 Baian(ium), <uti>
 quam pecuniam L.<Titius L> Baian<i>o dedit dederit, credidit crediderit, ex
 pensumue tulit tulerit, siue quid pro eo promisit promiserit,
 spopondit <spoponderit> , fideue quid sua esse iussit iusserit, usque eo is
 fundus
 eaque mancipia fiducia<e> essent, donec ea
 10 omnis pecunia fides
 ue persoluta L. Titi soluta liberataque esset; si pecunia sua qua
 que die L.Titio h(eredi)ue eius data soluta non esset, tum uti eum
 fundum eaque mancipia, siue quae mancipia ex is <<uellet>> L.Titi
 us h(eres)ue eius uellet , ubi et quo die uellet, pecunia praesenti
 uenderet ; mancipio pluris (sestertio) n(umno) I inuitus ne daret, neue sa
 tis secundum mancipium daret, neue ut in ea uerba, quae in uer
 ba satis s(ecundum) m(ancipium) dari solet, repromitteret, neue simplam neue
 [duplam]-----

En el texto no se puede ver claramente si se menciona la *stipulatio duplae*, pero al menos se lee claramente el adjetivo *simpla* que, para Arangio-Ruiz, “è talmente esclusivo nel senso della garanzia ridotta.”

Hay que resaltar también que la fórmula empleada en la estipulación es distinta a la utilizada normalmente. En el texto encontramos *siue quid pro eo promisit promiserit, spopondit <spoponderit>, fideue quid sua esse iussit iusserit*. La utilización de distintos verbos en la pregunta y en la respuesta, como pondremos de relieve más adelante, parece ligada normalmente a la utilización del estilo indirecto en las estipulaciones recogidas por escrito. Pero aquí encontramos otro formulario distinto, cuya estructura es diferente a la normalmente utilizada. Parece claro que existían distintos formularios y por tanto habría que dar un significado más amplio del término congruencia entre pregunta y respuesta del que nos ocuparemos en el siguiente capítulo. Más tarde aparece *...quae in uerba satis secundum mancipium dari solet, repromitteret, neue simplam neue [duplam]*, esta estructura se repite también, en una tablilla de Transilvania (n. 87) y en D. 50,1,36,1 (Mod. 1 resp.) donde podemos observar como se acostumbraba a utilizar esta práctica. Otra de las pocas muestras de *satisdatio* la encontramos en el siguiente texto de Juliano:

D. 21,2,40 (Iul. 58 dig.) *Si is qui satis a me de evicitone accepit fundum a me herede legaverit, confestim fideiussores liberabuntur, quia, etiamsi evictus fuerit ab eo cui legatus fuerat, nulla adversus fideiussores actio est.*

Sin embargo este fragmento, además de estar fuera de nuestro ámbito de estudio (al tratarse de una estipulación pretoria), no nos sirve a los efectos de determinar qué forma debía tener la *satisdatio*. En primer lugar, porque no se utiliza el lenguaje directo, es decir el reflejo de lo que realmente se dijo; en segundo lugar, porque, como leemos en el fragmento, los fiadores son realmente aquí *fideiussores* y, en este caso, no es necesario que se produzca la novación de la *mancipatio* anterior, aspecto que nos interesaba observar desde un punto de vista formal y en cuanto a sus consecuencias en el régimen jurídico).

En el ámbito de las *res nec mancipi*, las compraventas debían seguir procedimientos muy simples y eran generalmente al contado. No tenemos testimonios muy antiguos; los primeros los encontramos en la célebre obra *de re rustica* de Varrón, que recogía una serie de formularios y prácticas relativas a las explotaciones agrarias de su época. Vemos varios fragmentos en los cuales se aprecia la utilización de la *stipulatio habere licere* para incluir la responsabilidad por evicción.

Varr. (2,2,6) *Illasce oves, qua de re agitur, sanas recte esse, uti pecus ovillum quod recte sanum est, extra Iuscam surdam minam, neque de pecore morbosum esse, habereque recte licere, haec sic recte fieri spondesne?*

Como encontramos habitualmente en la venta de ganado, se pacta conjuntamente la responsabilidad por vicios ocultos (*sanas recte esse*) y el mantenimiento de la posesión pacífica (*habereque recte licere*). En la estructura de la pregunta final *habereque recte licere, haec sic recte fieri spondesne?* se pueden observar algunas características, a efectos del estudio de la forma de las estipulaciones. En primer lugar, parece que la responsabilidad por evicción y por vicios ocultos están garantizados en una única estipulación, hay un único verbo estipulatorio y se utiliza sólo una vez *spondesne* ¿Cómo se estructurarían las acciones posibles relativas a uno u otro tipo de responsabilidad? ¿Cómo se estructuraría la fórmula de la acción para no provocar el efecto consuntivo de la *litis contestatio* para ambas? Quizás a través de una *praescriptio*. No tenemos testimonios sobre esta cuestión en particular, pero podemos ver en un texto de Gayo, la misma solución aplicada para la transmisión de la propiedad:

Gai. 4,131^a *Item si uerbi gratia ex empto agamus, ut nobis fundus mancipio detur, debemus hoc modo praescribere: EA RES AGATUR DE FUNDO MANCIPANDO, ut postea, si uelimus uacuum possessionem nobis tradi contra debitorem eadem actione uti possimus alioquin si minus diligentes in ea res sumus totius illius iuris obligatio illa incerta actione: QUIDQUID OB EAM*

REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET, per intentionem consumitur, ut postea nobis agere uolentibus de uacua possessione tradenda nulla supersit actio.

En segundo lugar, hay que resaltar el uso de la partícula *haec sic...spondesne?*; esta partícula la encontramos también en otras estipulaciones cuando se trata de hacer remisiones a algún documento o negocio celebrado anteriormente (*haec, quae supra scripta sunt?*), se trata, en suma, de incorporar algún elemento a la estipulación celebrada. Y esta incorporación puede tener efectos novatorios¹¹⁹. En tercer lugar sorprende la utilización del verbo *fieri* en lugar del verbo *praestari* (aunque podemos pensar que el vendedor asume una variedad de obligaciones que quedan mejor cubiertas por el genérico *facere*).

Varr.(2,3,5) *Illasce capras hodie recte esse et bibere posse habereque recte licere, haec spondesne?*

Con relación a la venta de cabras¹²⁰, vemos esta fórmula para estipular el *habere licere*, más sencilla, pero donde encontramos repetidos algunos de los fenómenos que hemos señalado más arriba: las responsabilidades por evicción y por vicios materiales aparecen unidas; la fórmula de la responsabilidad por evicción es la misma (*habereque recte licere*); hay un único verbo estipulatorio *spondesne?*, con las posibles consecuencias procesales que hemos advertido; se utiliza también la partícula *haec* junto al verbo estipulatorio *spondesne*, que serviría para introducir algún contenido en la única estipulación existente; pero, en este caso, no está asociada con un verbo connotador de la obligación *fieri* en el caso anterior.

Para el caso de la venta de cerdos encontramos el siguiente fragmento:

Varr.(2,4,5) *Illasce sues sanas esse habereque recte licere noxisque solutas neque de pecore morbosus esse spondesne?*

Se repite la estructura anterior de la estipulación *habere recte licere* si bien se añade una cláusula relativa a la responsabilidad noxal.

Parece que el ámbito de la *stipulatio habere licere* quedaría circunscrito a las *res nec mancipi*, pues en la misma obra de Varrón, al tratar la compraventa de los animales que son considerados *res mancipi*, no se hace referencia a la *stipulatio habere licere*

¹¹⁹ DAUBE Novation of obligations giving a *bonae fidei iudicium*, en SZ 79. (1948) pag.91 ss.

¹²⁰ Dice Arangio-Ruiz que el formulario relativo a las cabras se puede remontar a las *venalium vendendorum leges* de M. Manilio (cónsul en el 149 a.C.); cf. La compravendita in diritto romano vol. I (Napoli 1990 ripr) pag. 45 ss.

(caballos [2,7,3]; mulos [2,8,3]), y tampoco tendría sentido diferenciar los distintos animales en función de que el objeto de la estipulación fuese un *certum* o un *incertum*.

Una pregunta que en principio parece obvia (pues no hay duda con relación al régimen de la *auctoritas*, de la *satisfatio secundum mancipium* Y de la *stipulatio duplae*), es la que hace referencia a contra quién queda protegido el comprador. De los textos de Varrón anteriormente citados, hemos visto que parece garantizarse conjuntamente la responsabilidad por vicios jurídicos y la responsabilidad por vicios materiales. Como hemos visto, el verbo *habere licere*, que indicaría la inmunidad frente a reclamaciones judiciales, aparece conectado con el mismo verbo estipulatorio *spondesne*. Parecería que limitarlo, sin embargo, a las reclamaciones del vendedor o de sus herederos y sucesores iría contra la finalidad perseguida por la cláusula, pero paradójicamente encontramos un texto en el Digesto que introduce algunas dudas:

D. 45,1,38 pr. (Ulp 49 Sab.) *Stipulatio ita: 'habere licere spondes?' hoc continet, ut liceat habere, nec per quemquam omnino fieri, quo minus nobis habere liceat. quae res facit, ut videatur reus promisisse per omnes futurum, ut tibi habere liceat: videtur igitur alienum factum promisisse, nemo autem alienum factum promittendo obligatur, et ita utimur. sed se obligat, ne ipse faciat, quo minus habere liceat: obligatur etiam, ne heres suus faciat vel quis ceterorum successorum efficiat, ne habere liceat. § 1. Sed si quis promittat per alium non fieri, praeter heredem suum dicendum est inutiliter eum promittere factum alienum. § 2. At si quis velit factum alienum promittere, poenam vel quanti ea res sit potest promittere. sed quatenus habere licere videbitur? si nemo controversiam faciat, hoc est neque ipse reus, neque heredes eius heredumve successores.*

Este texto ha sembrado la confusión entre los romanistas, pues parece sostener un planteamiento contrario a la que nos muestran los formularios de Varrón: el comprador no quedaría protegido por evicción frente a terceros. Hay autores que recurren a considerar que este texto está interpolado¹²¹. Sin embargo, podemos observar que se produce en este caso, como en otros muchos¹²², una confusión entre el autor del mismo: Ulpiano, jurista tardo-clásico, y la doctrina del jurista que es comentado por Ulpiano, en este caso Sabino¹²³. Sabino tenía una concepción más amplia de la estipulación *habere licere* como mecanismo para asegurar a un comprador de una *res nec mancipi*; pero, en la época de Ulpiano, se disponía ya de otro mecanismo: de la propia acción contractual,

¹²¹ RICCOBONO S, *Stipulatio ed instrumentum* nel diritto giustiniano, en SZ 35 (1914) pag. 259 yss

¹²² DAUBE *Novation of obligations giving a bonae fidei iudicium*, en SZ.79 (1948) pag.91 ss.

¹²³ A veces esta confusión se produce entre un plano real y otro ideal, propuesto por el jurista para solucionar el caso, como ocurre en el caso de la sociedad de los gramáticos en Paul. D. 17,2,71 pr.

la *actio empti*, que permitía el resarcimiento del comprador, por lo cual la interpretación de Ulpiano podía ser más restrictiva. Esto es lo que sucede en este fragmento: se mezclan la opinión amplia de Sabino con el criterio restrictivo de Ulpiano, al tener solucionada la responsabilidad por evicción mediante otro instrumento nuevo. El problema es sortear la prohibición de *alteri stipulari*. A diferencia de la *stipulatio habere licere*, la *stipulatio duplae* es una aplicación de la *stipulatio poenae*, que como es sabido, permite superar esta limitación del sistema contractual romano.

Esta es la teoría Kaser¹²⁴, que explica las distintas posiciones: la de Ulpiano y la que puede deducirse de los fragmentos de Varrón. Esta última estaría justificada debido a que los juristas republicanos no disponían aún de la responsabilidad por evicción en virtud de la *actio empti*.

Por último, como pone de manifiesto Castresana¹²⁵, la *stipulatio habere licere*, cubría la responsabilidad por evicción en función del *quod interest* del comprador (*quidquid ob eam rem dare facere oportet*).

A partir de Juliano, se va abandonando progresivamente esta forma de garantía, al generalizarse el uso de la *stipulatio duplae*. Es comunmente aceptado que esta última forma de garantía es la que surgió más recientemente y, por tanto, es lógico encontrar en ella rasgos de los anteriores regímenes de responsabilidad. Así Arangio-Ruiz¹²⁶ dice que, al fijar la indemnización en el doble del precio, se renueva el régimen de la *auctoritas*; al conservar la posibilidad de hacer intervenir a un fiador, se conservan las ventajas de la *Satisfatio secundum mancipium*; al fijar como criterio de reconocimiento de la evicción el *habere licere*, se imita la estipulación que lleva ese nombre...

Como ya hemos dicho anteriormente la fórmula de la *stipulatio duplae*, aparecía en el edicto de los ediles curules y se combinaba también con la cláusula de responsabilidad por vicios ocultos. Esta cláusula no aparece en el Digesto, pero encontramos numerosos ejemplos en las fuentes epigráficas como el siguiente: (FIRA § 132 pags 425-427)

EMPTIO PUERI (a. 142).

Dasius Breucus emit mancipioque accepit | pue-
rurum Apalaustum, siue is quo alio nomine | est, n(a-

¹²⁴ KASER SZ 54. (1934) pag. 176 ss.

¹²⁵ CASTRESANA La estipulación, en Derecho romano de obligaciones. Homenaje a J.L.Murga Gener, (Madrid 1994) pag. 442

¹²⁶ ARANGIO-RUIZ La compravendita VOL I. (Napoli reimp. 1990) pag.18 ss.

tionem) Gr<a>ecum, apocatum pro uncis duabus, |
(denariis) DC de Bellico Alexandri, f.r. M. Vibio
Longo. |

- 5 Eum puerum sanum traditum esse, furtis no-
xaque || solutum, errorem fugiti<u>um caducum non
esse | pr<a>estari : et si quis eum puerum q(uo) d(e)
a(gitur) | partem quam quis ex eo euicerit, q(uo)
m(inus) | emptorem s(upra) s(criptum) eunue ad
10 q(uem) ea res pertinebit | uti frui habere possidereq(ue)
recte liceat, || tunc quantum id erit, quod ita ex eo
euic| tum fuerit, | t(antam) p(ecuniam) duplam p(ro-
bam) r(ecte) d(ari) f(ide) r(ogavit) Dasius Breueus,
d(ari) f(ide) p(romissit)| Bellicus Alexandri, id[em] fide
sua esse | iussit Vibius Longus. ||

Proque eo puero, q(ui) s(upra) s(criptus) est, pre-
tium | eius (denarios) DC accepisse et habere se dixit |
Bellicus Alexandri ab Dasio Breuco. |

Actum kanab(is) leg(ionis) XIII G(eminae) XVII
Kal. Iunias | Rufino et Quadato cos.

In pag. IV nomina signaturum:

Appi Procli uet(erani) | leg(ionis) XII G(eminae).
Antoni Celeris. | Iul(i) Viatoris. | Vlpi Seueri| ni .|
L.Firmi Primiti|ui. | M.Vibi Longi | fideiussor(is). |
Bellici Alex[a]n[dri] uendit(oris).

En la *tabula* tenemos un testimonio fidedigno de la estructura de la *stipulatio duplae*: *si quis eum puerum... euicerit... tantam pecuniam duplam probam recte dari fide rogavit Dasius Breucus, dari fide promissit Bellicus Alexandri, idem fide sua esse iussit Vibius Longus*. Nos sorprende la forma de la *stipulatio duplae* por distintos motivos: al utilizar más frecuentemente los fragmentos de los juristas clásicos contenidos especialmente en la Compilación justiniana, estamos acostumbrados a la repetición del mismo verbo en la *interrogatio* y en la *responsio*; mientras en la *tabula* se recoge una pregunta y una respuesta, pero ambas tienen distintos verbos (*fiderogavit-fidepromissit*), esto supondría, según las normas establecidas¹²⁷, una indudable falta de congruencia, en este sentido se manifiesta Levy-Bruhl¹²⁸. ¿Podemos justificar esta divergencia de verbos obligatorios por el hecho de que se trata de una *testatio* redactado en estilo indirecto? Probablemente sí, la tercera persona *rogavit, promissit*.

¹²⁷ Gai. 3,92.

¹²⁸ LEVY-BRUHL La *congruentia* dans la stipulation, en Archive de droit privé 16 (Atenas 1953) pag 4 y ss. « Son élément le plus permanent, celui qui est demeuré intact presque jusqu'à la fin, à travers les vicissitudes de l'institution, c'est ce qu'on appelle la *congruentia*, c'est-à-dire la répétition des termes, plus précisément du verbe employé par le stipulant.... »

Por otra parte, es aceptado por la doctrina y lo pone de manifiesto también Levy-Bruhl que el estipulante se expresa en segunda persona, mientras el promitente se expresa en primera (*Spondesne? Spondeo!*)

Para complicar más la congruencia de esta *stipulatio duplae* nos encontramos con la aparición de un fiador (a imagen de la *satisdatio secundum Mancipium idem fide sua esse iussit Vibius Longus*, y en este caso se utiliza también otro verbo distinto *fideiussit* [tercera persona *iussit*], el verbo propio de la *fideiussio* quizás con la intención de aproximarlo más a un juramento, y no sobreponer la estructura de dos estipulaciones. La utilización del *idem* expresa el hecho de que la *fideiussio* es una garantía accesoria¹²⁹. Dejando este caso real de *stipulatio duplae* que encontramos en las fuentes epigráficas, hay también acuerdo en la doctrina, en que para que se produzca la evicción son necesarios dos requisitos: 1) que se haya desarrollado un proceso y el comprador haya sido vencido (este requisito supone también la comunicación del comienzo del procedimiento¹³⁰ al vendedor para que pueda colaborar en la defensa (la prestación de asistencia procesal tiene perfiles de deber) y 2) que el comprador haya perdido total o parcialmente el disfrute de la cosa o su *aestimatio*. Con relación al primer requisito, dice Arangio-Ruiz que los juristas no consideran que se ‘incurra’ en la estipulación (*committere stipulationem*) cuando se recurre a un medio alternativo de dirimir las controversias como el arbitraje:

D. 21,2,56,1 (Paul. 2 ed. aed. cur). *Si compromiserō et contra me data fuerit sententia, nulla mihi actio de evictione danda est adversus venditorem: nulla enim necessitate cogente id feci.*

Sin embargo, aceptar esta idea que podemos encontrar en las fuentes supondría, rechazar toda la teoría tradicional, en función de la cual, la sentencia y el laudo arbitral producirían los mismos efectos. Por otra parte, nos resulta extraño justificar una interpolación del fragmento (*actio de evictione*), que haya escapado al gran especialista. La solución de este problema escapa al ámbito de nuestro trabajo; nos limitaremos como hacemos con muchas otras cuestiones a dejar el problema planteado.

¹²⁹ TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano (Milano 1990) pag.574 y ss.

¹³⁰ Desde el régimen de la *auctoritas*, se reconoce que, en cuanto el *mancipio accipiens* conoce de la existencia de un litigio contra un derecho transmitido por *mancipatio*, tiene la obligación de comunicarlo al *mancipio dans*; en este sentido el siguiente fragmento:

D. 19,1,6,5 (Pomp. 9 sab.) *Si tibi iter vendidero, ita demum auctorem me laudare poteris, si tuus fuerit fundus, cui acquirere servitutem volueris: iniquum est enim me teneri, si propter hoc acquirere servitutem non potueris, quia dominus vicini fundi non fueris.*

Por lo que respecta al segundo de los aspectos planteados (que el comprador haya perdido total o parcialmente el disfrute de la cosa o su *aestimatio*) encontramos, a continuación del fragmento anterior, una muestra en el siguiente texto:

D.21,2,56,2 (Paul.2 ed. aed. cur.) *In stipulatione duplae cum homo venditur partis adiectio necessaria est, quia non potest videri homo evictus, cum pars eius evicta est.*

A modo de conclusión, a lo largo de éste capítulo introductorio, hemos examinado brevemente los orígenes del contrato de *stipulatio*, así como los tres aspectos (la función de garantía, la función novatoria y la de garantía por evicción) que consideramos más relevantes para el análisis de la forma de la estipulación, partiendo de nuestra delimitación inicial de la materia del presente estudio.

2. ESTUDIO ESPECIAL DE LOS ELEMENTOS FORMALES EN LA ESTIPULACIÓN

2.1. FORMA Y FORMALISMO EN LA ESTIPULACIÓN

El estudio de la forma en la estipulación¹³¹ nos servirá para reflexionar sobre la importancia del formalismo en Derecho romano. En la Roma arcaica, para conseguir efectos jurídicos, se recurría a los actos formales p.ej *mancipatio*, *sponsio*, porque su realización conllevaba también consecuencias mágicas y religiosas; es la llamada ‘form as the oldest norm’¹³². Los rituales mágico-religiosos estaban supervisados por los pontífices, que también se encargaban de la aplicación y desarrollo del derecho. Es decir, estos dos ámbitos: derecho y prácticas mágico-religiosas están interrelacionados. En los actos formales propios de la Roma arcaica cualquier ligero error (con relación a las palabras que se había de pronunciar o los gestos a realizar) llevaba a que no se produjese el efecto jurídico deseado, de ahí el famoso fragmento de Gayo.

Gai 4,11 Actiones, quas in usu ueteres habuerunt, legis actiones appellabantur uel ideo, quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur, uel ideo, quia ipsarum legum uerbis accomodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges obseruabantur unde eum que de uitibus succissis ita egisset, ut in actione uites nominaret, responsum est rem perdidisse, quia debuisset arbores nominare, eo quod lex XII tabularum, ex qua de uitibus succissis actio conpeteret, generaliter de arboribus succissis loqueretur.

Además de las acciones de ley, que ya no estaban prácticamente en vigor en la época clásica (no puede afirmarse sin matices como nos ponen de manifiesto las *Leges Iuliae*), existían muchos otros actos formales como la *stipulatio*, y la *mancipatio* en el ámbito de los actos negociales.

¹³¹ MARCHESE/FORRADELLAS Diccionario de retórica, crítica y terminología literaria (Barcelona 2000) pag. 173 “En lingüística, el concepto de forma se actualiza tanto en el plano del contenido como en el plano de la expresión. Según Hjelmslev, la sustancia del contenido (lo que para Saussure era el pensamiento amorfo) recibe una forma, constituida por las unidades cognitivo-culturales propias de una lengua determinada; así la sustancia de la expresión (masa fónica) se estructura como forma en los significantes de la lengua.” El concepto de forma en el contexto de la crítica literaria afecta a los planos de la expresión y del contenido; la forma en el derecho, por su parte a disposiciones o figuras externas que afectan en mayor o menor grado a la validez de un acto o negocio jurídico.

¹³² ZIMMERMANN The law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. (Oxford reimpr. 1996) p. 82. El autor utiliza muy gráficamente el epígrafe para abordar el tema.

2.2. LA *STIPULATIO*: DE LA ‘WIRKFORM’ A LA ‘SCHUTZFORM’

Para nosotros hoy, es evidente que, con la idea de formalismo que hemos mencionado más arriba, se podía producir errores que pusiesen de manifiesto la discrepancia entre lo declarado (las palabras) y lo realmente querido; sin embargo, no podemos trasladar, sin más, este razonamiento a la época arcaica, sin el peligro de caer en una interpretación ahistórica. Hasta el último siglo de la República¹³³ los juristas romanos no se dan cuenta (o no se plantean jurídicamente) esta posible discordancia. En la época arcaica, la voluntad de las partes sólo podía ser conocida a través de las palabras y gestos, en definitiva rituales, a cuya estricta observancia se anudan los efectos jurídicos¹³⁴. Es posible que si no se utilizaba la forma determinada, las partes mostrasen su interés de no contratar¹³⁵. Pensemos que, en una sociedad agraria, las transacciones no son muy usuales y que se reviste de importancia el acto realizado no sólo a nivel jurídico sino también en relación a la observancia de determinados usos sociales.

De la misma manera podemos considerar que la *stipulatio*, como acto formal, es adecuada a una sociedad primitiva o bien con pocos intercambios comerciales con el exterior¹³⁶. La presencia de las partes es un corolario de la oralidad de la estipulación. Cuando, sobre todo a partir de la segunda guerra Púnica, Roma entra en una fase de expansión, pasan a utilizarse, cada vez más, los negocios no formales. Sin embargo, la *stipulatio* no desapareció, ni en el periodo clásico, que estudiamos, ni en la época postclásica ni en la época justiniana, y encontramos estipulaciones en la baja edad media¹³⁷, y podemos poner de manifiesto un documento excepcional, suscrito en

¹³³ Va progresando el dualismo *verba stipulationis/conceptio verborum* y la *conventio* subyacente; y poniéndose de relieve la eficacia de la *conventio* en el plano pretorio.

¹³⁴ WASSERSTEIN, C. Form and formalism. A case study, en *American Journal of Comparative Law* 31 (1983) El autor, aunque no se refiere a la experiencia jurídica romana, pag. 630 “Nothing has happened if the form was absent because only by means of form were the public, religious, requirements of certainty and society fulfilled. For the same reason, just as nothing had happened in law, nothing had happened in fact.”

¹³⁵ Podría ser una posible justificación que debe entenderse históricamente, para evitar entrar en el problema del error, de la discordancia *verba-voluntas*.

¹³⁶ Piénsese en la limitación que supone el requisito de la presencia de las partes; si bien es cierto que esta limitación se atenúa con la posibilidad de utilizar a un *filius familias*. Aún así esta prescripción resultaba inconveniente si las transacciones se vuelven frecuentes.

¹³⁷ ARIAS BONET Recepción de formas estipulatorias en la baja edad media. Un estudio de las *promisiones* de las Siete Partidas. Boletín de la Facultad de Derecho de Coimbra (1967) vol.42 pags. 285 y ss. El autor se interroga sobre si las leyes de las Siete Partidas dedicadas a la promisión (tal es la traducción de la *stipulatio*) enlazan con una previa utilización práctica de ésta forma negocial. Asimismo

Burgos en 1258, en el que de una manera expresa alude a la celebración de una *stipulatio*. Aparece recogido en la colección de documentos del siglo XIII, procedentes de la Catedral de Valladolid y refleja la devolución de un préstamo de dinero está otorgado por cambistas florentinos Gualterio de Burgo y Tucio Bernardi a favor del Cabildo de Valladolid, quien satisfizo en Burgos el 11 de julio de 1258 la cantidad más intereses y precio de cambio que previamente había recibido en Roma de Hugo de Burgo socio de dichos cambistas. Se intercala la siguiente cláusula:

Promittentes per stipulationem legitimam pro se et sociis suis omnibus quod prefatus Hugo et omnes alii eorum socii quietationem, liberationem et refutationem predictas ratas et firmas habebunt et tenebunt, et nullo modo contrafacient nec per se nec oerum interpositam personam, et ad maiorem securitatem predictorum Prioris et Capituli dicti mercatores restituerunt prefatis dictis et procurationibus instrumentum dicti mutui cancellatum.

Substancialmente creemos¹³⁸ que dos razones posibilitaron la continuidad¹³⁹, con cambios y modificaciones de la *stipulatio*: por una parte el rigor de su tutela judicial mediante acciones *stricti iuris*¹⁴⁰, que ofrecía una mayor seguridad al estipulante¹⁴¹ y, por otra parte, el que la *stipulatio* ofrezca la ventaja de la abstracción¹⁴². Esta segunda característica debía ser fundamental en la época clásica, pues el sistema contractual romano ofrece una limitación típica¹⁴³ en cuanto a los actos o negocios realizables¹⁴⁴. El

NUÑEZ LAGOS La estipulación en las Partidas y el ordenamiento de Alcalá. (Discurso de la Real academia de Jurisprudencia y Legislación el 15 de junio de 1950..

¹³⁸ Aunque el tema resulta interesantísimo, la demostración de estos postulados, que exponemos como posibles, desplazaría el ámbito temporal de nuestro trabajo hasta la baja edad media, ámbito que excede no sólo de nuestras posibilidades sino también del ámbito estricto del Derecho romano. Véase ARIAS BONET, J. A. La recepción de formas estipulatorias en la baja Edad Media, en. Boletín de la Facultad de Direito de Coimbra 42 (1967) pag. 285 ss.

¹³⁹ Aunque excede como hemos dicho del ámbito temporal de nuestra investigación, queremos resaltar que en el Fuero Nuevo o Compilación de derecho civil foral de Navarra (Ley 1/1973 de 1 de marzo) existe el título IX dedicado a las estipulaciones, la ley 515 las define como “los actos por los que una persona, mediante su promesa, se hace deudora de otra sin que ésta quede contractualmente obligada a cumplir una contraprestación”.

¹⁴⁰ De hecho, la equiparación entre *bonae fidei iudicia* y *iudicia stricti iuris* se debe a Hugo Grotius, como destaca WINKEL *Mistake of Law: English and Roman Comparisons*, en *The Limits of Restitutionary Claims: A comparative Analysis*. United Kingdom Comparative Law Series vol. 17 (1977) pag. 252 n.34, que remite al VOL I. DEL *Europäisches privatrecht* de COING (München 1985) pag. 404 s.

¹⁴¹ BRANDILEONE *La stipulatio nell' età imperiale romana e durante il medio evo* (Roma 1928) pag. 7- y ss.

¹⁴² Debido a la característica de la abstracción, hay quien sitúa, en la Baja edad Media, a la estipulación como precursora del derecho cambiario.

¹⁴³ Tendríamos que distinguir entre tipicidad formal y tipicidad causal (pues hay contratos, como el

sistema contractual romano de la época clásica era un sistema típico¹⁴⁵ en cuanto admitía unos tipos contractuales determinados¹⁴⁶ y no permitía la creación, mediante la autonomía privada de las partes, de nuevos modelos; sin embargo encontramos en esta época tres posibles fracturas (o, más bien, atenuaciones) de esta a esta tipicidad.

La primera de estas atenuaciones hace precisamente referencia al objeto de nuestro estudio: la *stipulatio*, que es un contrato eventualmente abstracto¹⁴⁷, lo cual permite verter, en un molde formalmente típico, cualquier acuerdo de intereses entre las partes (bien entendido, dentro de los límites que imponen, entre otros, el carácter unilateral y de derecho estricto de la obligación generada). Además la *stipulatio* proporcionará también una cierta flexibilidad, entendida como relevancia (en determinados casos) de la voluntad común de las partes, a fin de ajustar a sus intereses un rígido tipo/forma contractual. Más arriba se dice que la estipulación puede versar sobre cualquier prestación lícita; la voluntad expresada en la *conceptio verborum* es relevante, sin más; las aludidas muestras de flexibilidad tienen que ver con contenidos negociales queridos por las partes, pero no expresados con relación a elementos accidentales (se puede

mutuo, compraventa, comodato, etc...que son contratos típicos por su causa que no constituyen una 'forma negocial').

¹⁴⁴ Entre otros muchos autores, V. TALAMANCA Istituzioni di Diritto Romano (Milano 1990) pag. 561 ss.; TALAMANCA. Contratto e patto nel diritto romano, en Digesto. Discipline privatistiche. Sez. Civile 4 (Torino 1989) pag. 58 ss.; CORBINO Il formalismo negoziale nell'esperienza romana (Torino 1994) pag. 85; VOCI La dottrina romana del contratto (Milano 1946) pag. 303 ss.; BURDESE Recenti prospettive in tema di contratto, en Labeo 38 (1992) pag. 200 ss.; WATSON The Evolution of Law. The Roman System of Contracts, en Law and History Review 2 (1984) pag. 1 ss.; BISCARDI A. Génesis y desarrollo del sistema contractual romano, en Temas de Derecho Romano (Barcelona 1987) pag.37 ss.

¹⁴⁵ Sobre la relajación de la tipicidad v., entre otros, RICCOBONO La formazione della teoria generale del *contractus*, en Studi Bonfante I (Milano 1930) pag. 125 ss.; PUGLIESE Istituzioni di diritto romano (Torino 1991) pag. 525 ss.; TALAMANCA Istituzioni de diritto romano (Milano 1990) pag. 532 ss.

¹⁴⁶ Cfr. MELILLO *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano* (Nápoles 1994): "La tipicità, se da un lato esclude che si possa parlare di un sistema negoziale in senso moderno —com'è del resto naturale per un ordinamento, quale è quello romano, che affida largamente il suo sviluppo ai sistemi processuali e alla consuetudine— non indica tuttavia l'assenza di una organicità complessiva dei mezzi negoziali" (pag. 53). En este sentido, creemos que al referirse el autor a una 'organicità complessiva', alude, de hecho, a un sistema contractual; sólo vemos una diferencia terminológica, en la que el autor no ahonda. Lo que comprendemos es que resulte difícil comparar un sistema negocial típico con un sistema contractual moderno. Ello es, sin embargo, posible en el terreno de las reiteradas posibilidades de actuación que ofrecía dicho sistema típico.

¹⁴⁷ Vease supra capítulo 1 apígrafe 111. Por otra parte V. TALAMANCA Istituzioni de Diritto Romano (Milano 1990) pag. 561 ss.; CORBINO Il formalismo negoziale nell'esperienza romana (Torino 1994) pag. 85; SACCONI *Ricerche sulla stipulatio* (Napoles 1989) pag. 80 ss.

incorporar las condiciones o términos que juzguen oportunos o en vía interpretativa¹⁴⁸ (alcance del *quod actum*, términos implícitos...)

La segunda atenuación, se refiere a los contratos innominados y en concreto, a través de la tutela mediante la *actio praescriptis verbis*¹⁴⁹ o mejor —como algunos autores

¹⁴⁸ DOBBERTIN Zur Auslegung der Stipulation im klassischen römischen Recht (Zurich 1987). El autor trata del *id quod actum* en el primer capítulo (pag. 41 ss.)

¹⁴⁹ V. la serie de artículos: BURDESE In margine ai contratti innominati, en Bull.88. (1985) pag 397 y ss.; BURDESE Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone, en Atti Seminario sulla problematica contrattuale I. Milano 1988 pag.15 y ss; BURDESE Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in Diritto romano, en Seminarios Complutenses dederecho romano 5. Pag 41 y ss (1993); BURDESE A. Contratti innominati, en Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al profesor J.L. Murga (Madrid 1994) pag.63 y ss.. Burdese estudia la tipicidad del sistema contractual romano a lo largo de distintas etapas históricas; dejando aparte la edad arcaica, el autor distingue las siguientes épocas, identificándolas, en algún caso, por los juristas más destacados:

1) La posición de Labeón: en su intento de definir técnicamente el contrato, el jurista intenta abrir la tutela procesal a figuras no típicamente reconocidas, en concreto a convenciones obligatorias cercanas a los contratos consensuales de arrendamiento (Lab.-Pap. D. 19,5,1,1); mandato (Lab.-Ulp. D. 19,5,19 pr.); compraventa (Lab.-Ulp. D.18,1,50 cf. D. 19,5,20 pr. y D. 19,5,20,2). Los supuestos enumerados no pueden considerarse contratos típicos, o por la falta de claridad del esquema negocial; o porque faltaba algún elemento del supuesto de hecho del contrato típico o por la presencia de una condición suspensiva no admitida. Sin embargo, Labeón no reconoce tutela a figuras próximas al depósito o al comodato. Labeón emplea para la tutela la expresión *agere praescriptis verbis* (cf. D. 19,5,19 pr.), que se distingue de la expresión sustantiva utilizada por Ulpiano: *actio praescriptis verbis*. Con aquella expresión genérica, parece razonable entender —dice Burdese— que Labeón no entendiese una acción con connotaciones específicas, sino un ‘modo de agire’, que recurre a una *praescriptio* en la fórmula, en la cual eran descritos los extremos concretos del supuesto en el que se basaba la pretensión. Es decir, parece que, al menos en un primer tiempo, este recurso pretorio no pretendía hacer referencia a una acción específica.

2) Aristón tutela algunas convenciones atípicas mediante la *actio civilis incerti* (cf. Ulp. D. 13,1,12,2). La utilidad de esta segunda acción de buena fe, consistiría en la posibilidad de sancionar obligaciones sin un *oportere* de derecho estricto, con una *actio qua incertum petimus* o *condictio incerti*. La construcción aristoniana de la obligación civil, nacida de la prestación ya efectuada, para obtener la contraprestación, habría resultado útil en la práctica para tutelar —en función de la discrecionalidad pretoria— algunas obligaciones que no pudiesen encuadrarse en una figura típica.

3) Otros testimonios jurisprudenciales entre los siglos I y II d.C: la innovación de Labeón —en el sentido de admitir una tutela pretoria de convenciones obligatorias atípicas— no encuentra, lógicamente, continuadores en los primeros sabinianos, cuya tendencia (claramente demostrada en la tesis de la subsunción de la permuta en el esquema contractual de la compraventa [Paul. D.18,1,1,1]), es limitarse al uso de medios procesales ya previstos en el edicto, agrandando las figuras contractuales reconocidas (en cuanto a ellas pudiesen reconducirse las figuras atípicas).

4) La jurisprudencia de la época de los severos: dice Burdese que es plausible pensar que Papiniano (D. 19,5,1 pr.; Pap.-Ulp. D. 19,5,17,2; D. 47,2,79; Pap.-Ulp. D. 10,2,20,3; D. 23,4,26,3) hubiese conocido, además del remedio labeoniano, la *actio civilis incerti* aristoniana, a cuya fórmula se podía unir una *praescriptio* descriptiva de la *causa agendi*. Paulo, por su parte, parece que conocía ambos remedios procesales: el *agere praescriptis verbis* labeoniano, para los casos afines a los contratos consensuales, y la *actio civilis incerti* aristoniana, en casos de *do ut des* y *do ut facias*. Finalmente Ulpiano reconoce el *agere praescriptis verbis* ante todo como remedio para sancionar convenciones afines a los contratos consensuales típicos y, tomado en cuenta la postura de Pomponio y Papiniano, también para la tutela de convenciones próximas a los contratos reales típicos.

5) Las Constituciones imperiales desde los Severos a Diocleciano: Burdese muestra tres constituciones (rescriptos) en las que aparece la fórmula clásica del *agere praescriptis verbis* análogamente a como aparecía en los contratos consensuales típicos; faltan en cambio, entre estas constituciones anteriores a

prefieren— mediante el *agere praescriptis verbis*, que ampara una serie de convenciones sinalagmáticas.

La tercera de ellas es la influencia del consentimiento, entendido en un sentido amplio (es decir no limitado al momento inicial de la formación de cualquier contrato), que se extiende al establecimiento de la regulación contractual. La relevancia del consentimiento dentro del sistema contractual romano¹⁵⁰ ha suscitado numerosas disputas entre los romanistas, en las que no podemos entrar, pues cada una de ellas podría dar lugar a un trabajo de investigación independiente¹⁵¹.

En la actualidad, cuando pensamos en la forma de un acto jurídico, la consideramos añadida al acto jurídico por razones de política legislativa y la tenemos en cuenta, como mucho, como un requisito adicional para la validez del mismo¹⁵². Así, Dulckeit¹⁵³

Diocleciano, testimonios del reconocimiento de una *actio civilis*, sobre la base del modelo introducido por Aristón, salvo en algunos casos en materia de dote.

6) El régimen justiniano: en general en la Compilación justiniana se ha producido ya la fusión entre la acción pretoria (*praescriptis verbis*) y la acción civil (*civilis incerti*), para la tutela de los contratos innominados existentes durante la época clásica y accionables dentro del procedimiento formulario (según Labeón y Aristón). La unificación se habría producido ya en la época de Diocleciano, en el ámbito de la *cognitio extra ordinem*. La pluralidad de denominaciones de la acción (conservada en la compilación justiniana) parece confirmar la preexistencia de una pluralidad de remedios procesales.

¹⁵⁰ Cf. GROSSO *Il sistema romano dei contratti* (Torino 3ªed.1963 [la primera edición de la obra se remonta a 1945]); rec. de WOLFF H. J. *Iura* 2 (1951) pag. 263 ss.; BIONDI *Contratto e stipulatio* (Milano 1953), JUNTO A la reciente panorámica de BURDESE *Recenti Prospettive in tema de contratto*, en *Labeo* 38 (1992) pag. 200 ss.; WATSON *The Evolution of Law. The Roman System of Contracts*, en *Law and History Review* 2 (1984) pag. 1 ss.; TALAMANCA *Contratto e patto nel Diritto romano*, en *Digesto. Discipline privatistiche sez. civile* 4 (1989) pag. 58 ss.; BISCARDI *Génesis y desarrollo del sistema contractual romano*, en *Temas de Derecho Romano* (Barcelona, 1987) pag. 37 ss..

¹⁵¹ Con todas las precisiones y acotaciones que son necesarias para tratar este tema y en especial al hacer relación a Ped.-Ulp. D. 2,14,1,3 (4 ed.); teniendo en cuenta el reflejo de la discusión reciente entre SANTORO *Il contratto nel pensiero di Labeone*, en *Annali Palermo* 37 (1983) pag. 304 ss. (que considera la célebre definición labeoniana (D. 50,16,19 [11 ed.]) de contrato como intercambio de voluntades, y SARGENTI *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, en *Iura* 38 (1987) pag. 25 ss.; IDEM *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, en *Iura* 39 (1988) pag. 24 ss. (que niega, con ciertas precisiones, esta concepción consensualística del contrato —sostenida también por Magdelain y Gallo—). Junto a los problemas que ha generado el texto de Labeón en D. 50,16,19 (Ulp. 11 ed.), en especial la postura minoritaria de D'ORS A. *Derecho Privado Romano* (Pamplona, 1983) pag. 517 y *passim* (con bibl. del mismo autor), quien sostiene la claridad del concepto de contrato de Labeón, que sería el genuino, y distingue entre *contractus* —categoría que incluiría sólo los contratos bilaterales perfectos— y *creditum*, que incluiría las restantes formas contractuales

Un concepto restrictivo de contrato, centrado en los contratos bilaterales ha llevado a d'Ors a apartarse del programa tradicional, y así lo refleja en su manual, en el cual el Derecho de obligaciones se divide en: acciones penales, préstamos, estipulaciones y contratos de buena fe. La concepción de d'Ors tiene continuidad en otros autores, así GARCÍA GARRIDO *Manual de Derecho Privado Romano* (Madrid 1995).

¹⁵² Una excepción en la cual el formalismo tenía una importancia intrínseca era en el ámbito cambiario. Sin embargo, las últimas modificaciones en la legislación cambiaria tienden, cada vez más, a reducir la importancia del formalismo..

distingue entre ‘Wirkform’ como forma efectiva o esencial para conseguir el efecto jurídico deseado y ‘Shutzform’ como forma protectora, que permite p.ej. que sea probado en juicio un acto jurídico determinado. Podríamos decir de ésta manera que, en la época arcaica, nos encontraríamos con actos negociales que tendrían en cuenta la ‘Wirkform’ una forma esencial, pero que también afectaría a los ámbitos social-religioso, político y económico. Esta Wirkform supone también un concepto más profundo: la aprehensión corporal simboliza la adquisición de un poder sobre la cosa aprehendida.¹⁵⁴ Al producirse una evolución (no sólo jurídica, sino que también afectaría a los demás ámbitos que hemos citado¹⁵⁵) el *instrumentum, cautio* o *scriptura* pasarían a tener la consideración de ‘Shutzform’, documentos con función probatoria .

2.3. REVISIÓN DE LOS REQUISITOS FORMALES DE LA *STIPULATIO*

2.3.1. ORALIDAD

La *stipulatio* consiste, como es sabido, en un intercambio de pregunta y respuesta entre el futuro acreedor y el futuro deudor (*centum dari spondes? spondeo*). Es decir el primer requisito de forma que nos vamos a encontrar es precisamente el de la oralidad en la realización del negocio. Esta oralidad nos lleva, como consecuencia, a fijarnos en las palabras utilizadas (*verba stipulationis*) y, por tanto, a dar importancia al lenguaje mediante el cual se realizaba la *stipulatio*. Como hemos visto en el capítulo anterior (v. ap. 1.1.2.), consideramos que la *stipulatio* procede de la antigua *sponsio*, que estaba reservada únicamente a ciudadanos romanos, mientras que la *stipulatio*, como institución del *ius gentium*, resultaba abierta tanto a ciudadanos romanos como a extranjeros. Por lo tanto la mayoría de las estipulaciones que nos encontremos estarán en la lengua propia de los ciudadanos romanos (todas las celebradas como *sponsio* y, además, la mayoría de estipulaciones en la época clásica). Hay una falta de estudios filológicos desde la perspectiva jurídica de la utilización del latín en el contrato oral de

¹⁵³ Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht, en Festschrift Schulz vol. I (Weimar 1951) pag. 160 ss.

¹⁵⁴ ZIMMERMANN R, The law of obligations (Oxford 1996) pag.82 y ss.

¹⁵⁵ Pues realmente se produce una modificación en la sociedad, al pasar del estado-ciudad al imperio universal.

estipulación, a pesar de esto, hemos de señalar los siguientes rasgos de la oralidad de la *Stipulatio*:

A) La tremenda plasticidad, que lleva incluso a la compresión de palabras y de contenidos. este rasgo se aprecia claramente en la ley de las XII tablas. Este texto no trata de la estipulación pues no hemos encontrado ni entre los fragmentos reconstruidos ni entre los fragmentos de dudosa ubicación, sirve unicamente a efectos de ver como los romanos utilizaban pocas palabras para redactar una norma, es un ejemplo pues de la técnica legislativa y el estilo de las XII Tablas.

Tab. I,1. *Si in ius vocat, ito. Ni it, antestamino: igitur em capito*¹⁵⁶.

Evidentemente este es un ejemplo paradigmático, porque se trata también de un texto perteneciente al derecho arcaico, y es precisamente en la época donde es más evidente la utilización de un lenguaje conciso, claro, tremendamente comprimido, e incisivo. Aunque nuestro estudio se centra en la época del derecho clásico, también podemos encontrar en la época de las XII Tablas, esta esta plasticidad y compresión que encontramos como característica del lenguaje romano.

B) El latín es un idioma que no tiene el adverbio afirmativo ‘sí’¹⁵⁷ por lo tanto, si la *stipulatio* consiste en una pregunta seguida de respuesta, en la respuesta debe utilizarse el verbo estipulatorio empleado en la *interrogatio* ; sin embargo en algunos casos no sucede así (v. infra)

C) Posibilidad de la utilización de otras lenguas.

La mayoría de estipulaciones¹⁵⁸ recogidas por escrito —refiriéndonos siempre al ámbito comercial— están en latín, este es el presupuesto del que partimos, y nos limitaremos al estudio de las mismas.

Sin embargo, como ya hemos apuntado, cabía la posibilidad de la utilización de otras lenguas, en función de si, la institución jurídica en cuestión pertenecía al *ius civile* o al

¹⁵⁶ Si uno es llamado a juicio, vaya. Si no va, llámese a testigos y luego se le aprehenda.

¹⁵⁷ ZIMMERMANN The law of obligations (Oxford 1996) pag 69 yss “the promissor could not, for instance, shrug off the question and thus try to avoid a reflection of its content by simply answering “yes”, the Latin language does not provide any equivalent for this abstract affirmation. It made allowance only for the concrete way of affirmatively responding to what had been asked in each particular instance by forming a small sentence consisting at least of subject and verb: an interesting example of how language reflects (or moulds?) a people’s mind. (vide supra nota 5)

¹⁵⁸ SIMON D, Studien zur Praxis der Stipulationsklausel (München 1964) pag.33 y ss . Este estudio sobre la cláusula estipulatoria afronta el estudio de las fuentes papirológicas, donde abundan los testimonios en lengua griega.

*ius gentium*¹⁵⁹ y especialmente dependiendo de la lengua de las partes intervinientes. Vamos a ver brevemente la situación que, en la época clásica. En primer lugar, debemos destacar la situación del griego; esta lengua no tiene la misma consideración que las demás lenguas bárbaras. Así Cicerón ¹⁶⁰ distingue *Graecia, Italia* y *Barbaria*, como una posible clasificación aplicable también a la situación lingüística existente en su tiempo. Es decir, después del latín, el griego mantiene una posición predominante, y se consideraba que la educación de un joven romano debía comprender, entre otras materias, el conocimiento de la lengua griega¹⁶¹. De hecho, la Cancillería imperial, desde Claudio hasta la época post-clásica, estaba dividida en dos secciones *ab epistulis Latinis* y *ab epistulis Graecis*. Sin embargo, el griego no se generalizará en el ámbito jurídico hasta la época de Justiniano.

Las fuentes que encontramos con relación a ésta cuestión lingüística son las siguientes:

D. 45,1,1,6 (Ulp. 48 Sab.) *Eadem an alia lingua respondeatur, nihil interest. proinde si quis Latine interrogaverit, respondeatur ei Graece, dummodo congruenter respondeatur, obligatio constituta est: idem per contrarium. sed utrum hoc usque ad graecum sermonem tantum protrahimus an vero et ad alium, Poenum forte vel Assyrium vel cuius alterius linguae, dubitari potest. et scriptura Sabini, sed et verum patitur, ut omnis sermo contineat verborum obligationem, ita tamen, ut uterque alterius linguam intellegat sive per se sive per verum interpretem.*

Gai. 3,93¹⁶²

Inst. 3,15,1 *In hac re olim talia verba tradita fuerunt: spondes? spondeo, promittis? promitto, fidepromittis? fidepromitto, fideiubes? fideiubeo, dabis? dabo, facies? faciam. utrum autem Latina an Graeca vel qua alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest, scilicet si uterque stipulantium intellectum huius linguae habeat: nec necesse est eadem lingua utrumque uti, sed sufficit congruenter ad interrogatum respondere: quin etiam duo Graeci Latina lingua obligationem contrahere possunt. sed haec sollemnia verba olim quidem in usu fuerunt: postea autem Leoniana constitutio lata est, quae sollemnitate verborum sublata sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, licet quibuscumque verbis expressus est.*

D. 46,4,8,4 (Ulp. 48 Sab.) *Filius familias promittendo patrem civiliter non obligat, sed se obligat: propter quod accepto rogare filius familias potest, ut se liberet, quia ipse obligatus est, pater autem acceptum rogando nihil agit, cum non sit ipse obligatus, sed filius. idem erit et in servo dicendum: nam et servus*

¹⁵⁹ KASER *Ius gentium* (Köln 1993) pag. 19 y ss.; 142 y ss.

¹⁶⁰ WACKE A, *El Pluralismo lingüístico y su relamentación jurídica en el imperio romano*. Seminarios Complutenses de Derecho Romano XI (Madrid 1999)

¹⁶¹ MARROU *Histoire de l' education dans l'antiquité*. (Seuil 1981) pag. 374 ss.=Historia de la educación en el antigüedad EUDEBA (1970)

¹⁶² V. infra el verbo en la *stipulatio* ap. **2.3.1.2.**

accepto liberari potest, et tolluntur etiam honorariae obligationes, si quae sunt adversus dominum. quia hoc iure utimur, ut iuris gentium sit acceptilatio: et ideo puto et Graece posse acceptum fieri, dummodo sic fiat, ut Latinis verbis solet: # exeis labwn dynaria tosa; exo labwn. #

Vista ya la posibilidad de acudir a otras lenguas fuera del latín y el griego, la siguiente cuestión es que la pregunta y la respuesta en que consiste la estipulación han de ser congruentes, y esto nos conduce a otro requisito referente a la forma de la estipulación.

Es interesante y sugestiva la propuesta que hace Wacke¹⁶³, en el sentido de considerar cumplido el requisito del *congruenter respondere* aún con el cambio de idioma entre la pregunta y la respuesta, y matiza este autor que es posible que se admitiesen en primer lugar las estipulaciones cuya pregunta y respuesta se formulaban en la misma lengua, es decir, el caso de estipulaciones homólogas (entendiendo por estipulaciones homólogas las que emplean el mismo verbo en la pregunta y respuesta), que en el caso en que se utilizasen lenguas distintas en la pregunta y respuesta.

De nuestro estudio de las fuentes epigráficas podríamos concretar una tercera categoría de estipulaciones, las que se realizan en la misma lengua pero se reflejan verbos distintos en la pregunta y en la respuesta¹⁶⁴. Pero, como hemos dicho más arriba al

¹⁶³ WACKE Gallisch, Punisch, Syrisch oder Griechisch statt Latein?, en SZ 110 (1993) pag. 32.

¹⁶⁴ Así en un fragmento de las Tablillas de Transilvania transcrito más arriba [AP. 1.1.3.3.], que se refiere a la compra de una casa.

Andueia Batonis emit manci[*pioque accepit*] | do-
 mus partem dimidiam, interantibus partem [*dex*] | tram,
 qu<a>e est Alb(urno) Maiori uico Pirustar[*um in*] t[er]
 ad[*finis Platorem Accep*] | tianum et Ingenum Callisti
 (denariis) trecentis de Veturi[*o Valente*].
 5 Eam domus partem dimidiam , q(ua) d(e) a(gitur),
 cum su[*is s*]aepibus sae || pimentis finibus aditibus clau-
 stris fienestris, ita uti | clao fixsa et optima maxi-
 maque est, <Andueia Batonis> h(abere) r(ecte) l(i-
 ceat). |
 [E]t si quis eam domum partemue quam quis [e]x
 [ea] | euicerit, q(uo) m(inus) Andueia Batonis e(iue)
 a(d) q(uem) e(a) r(es) p(ertinebit) h(abere) p(ossideere)
 10 u(su) c(apere) r(ecte) l(iceat) , <tum quanttum iderit>
 qu[o]d ita licitum n[o]n erit, t(antam) || p(ecuniam)
 r(ecte) d(ari) f(ide) r(ogauit) Andueia Batonis , <d(ari)>
 fide promisit | Veturius Valens. Proque ea do[*mus par-*
tem | *dim*]idiam pretium (denarios) CCC Vetur[*ius*
 V]ale <n>s | a[b A]n[*du*] ei[*a Ba*]tonis accepiss[*e et*
 <h>ab[*ere se dixit*]. |

tratarse de una *testatio* redactada en lenguaje indirecto (tercera persona), no puede deducirse el empleo de verbos distintos.

2.3.1.1. MÁS FUENTES EN RELACIÓN CON LA ORALIDAD

El texto más citado, con relación al requisito de la oralidad y que también citaremos en relación al verbo de la *stipulatio*, es el que cita Gayo en sus instituciones:

Gai. 3,92 *Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, velut: DARI SPONDES? SPONDEO; DABIS? DABO; PROMITTIS? PROMITTO; FIDEIPROMITTIS? FIDEIPROMITTO; FIDEIUBES? FIDEIUBEO; FACIAS? FACIAM.*

Gayo se ocupa de la oralidad en otros fragmentos:

Gai 3,105 *Mutum neque stipulari neque promittere posse palam est. idem etiam in surdo receptum est; quia et is, qui stipulatur, verba promittentis, et qui promittit, verba stipulantis exaudire debet.*

Este fragmento plantea la imposibilidad de que el mudo o el sordo realicen estipulaciones. Esta misma preocupación aparece en un texto de Pomponio D. 45,1,5,1 (26 Sab.). Gayo dice en otro contexto que las palabras del promitente y el estipulante se deben oír; por lo que deben ser pronunciadas oralmente.

Gai 3,136 *Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse, unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit.*

Por inferencia, el texto se refiere también al requisito de la presencia de las partes, corolario de la oralidad y a la ventaja en este punto de los contratos consensuales.

En este caso, Gayo, al tratar de los contratos consensuales, dice que en estos no es necesario el uso de la escritura o pronunciar unas palabras determinadas, y, al final, compara los contratos consensuales con los verbales; no en función del consentimiento (aunque comienza diciendo que basta el consentimiento...); si no que la ventaja es que los contratos verbales no pueden realizarse *inter absentes*, pues las partes contratantes han de pronunciar las palabras necesarias y se han de escuchar respectivamente.

D. 44,7,1,14 (Gai.2 aur.) *Mutum nihil pertinere ad obligationem verborum natura manifestum est.*

En este texto el jurista, vuelve a insistir en la idea de la oralidad, diciendo que es claro por naturaleza que el mudo no puede intervenir en una obligación por las palabras.

D. eod. 1,15 *Sed et de surdo idem dicitur, quia, etiamsi loqui possit, sive promittit, verba stipulantis exaudire debet, sive stipuletur, debet exaudire verba promittentis. unde apparet non de eo nos loqui, qui tardius exaudit, sed qui omnino non exaudit.*

En este supuesto, pone de manifiesto que son necesarios dos requisitos de capacidad especial para que se cumpla con el carácter oral de la estipulación: que ambas partes sepan hablar y que además puedan escucharse. Matiza el jurista, con relación a la sordera, que para que ésta incapacite para realizar una estipulación ésta debe ser absoluta.

Es curioso que, teniendo Gayo¹⁶⁵ una monografía sobre la obligación verbal que trata sobre *De verborum obligationibus*, estos fragmentos que tratan del requisito de la oralidad en general, provengan de obras de carácter elemental como las *Institutiones* o las *res cottidianae*¹⁶⁶.

Si nos fijamos en los escasos fragmentos que nos han llegado procedentes del *De verborum obligationibus* Gayano observamos que tienen un carácter menos elemental; tratando supuestos concretos, más en la línea casuística de la jurisprudencia clásica. En el Digesto encontramos únicamente treinta y un fragmentos por lo que no se puede estructurar una sistemática.

También encontramos la versión de Pomponio sobre este requisito de la oralidad:

D. 45,1,5,1 (Pomp. 26 Sab.) *Stipulatio autem est verborum conceptio, quibus is qui interrogatur daturum facturumve se quod interrogatus est responderit.*

Ulpiano también tiene varios textos interesantes en este sentido:

¹⁶⁵ KUNKEL *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* (Wien 1967)

¹⁶⁶ Hubo una viva discusión sobre el tema ; a favor de la post-clasicidad de las *res cottidianae*: ARANGIO-RUIZ *Ancore sulle res cottidianae*, en *Studi Bonfante* (Milano 1930) pag. 491 ss.; WOLFF, H.J. y GROSSO. A favor de la clasicidad de la obra: TALAMANCA *Istituzioni di diritto romano* (Milano 1990) pag. 508. Recientemente PARICIO *Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana*, en *Homenaje al profesor José L. Murga* (Madrid 1994) pag. 54 (con bibl.) matiza al respecto: “Frente a la hipótesis mayoritaria hasta no hace mucho, según la cual dicha obra no procedería directamente de Gayo, una parte de la doctrina más reciente se muestra cada vez más proclive a admitir la autoría gayana. No se puede descartar que así fuera, pero debo reconocer que en los escritos de estos últimos años no he encontrado argumentos lo bastante persuasivos como para modificar mi convicción personal de que las *res cottidianae* se deberían a un reelaborador de la primera época post-clásica que trabajaba sobre la obra de Gayo”. V. asimismo COMA FORT *El Derecho de obligaciones en las Res Cottidianae* (Madrid 1996) pag. 13 ss.

D. 45,1,1 pr. (Ulp.48 Sab.) *Stipulatio non potest confici nisi utroque loquente: et ideo neque mutus neque surdus neque infans stipulationem contrahere possunt: nec absens quidem, quoniam exaudire invicem debent. si quis igitur ex his vult stipulari, per servum praesentem stipuletur, et adquiret ei ex stipulatu actionem. item si quis obligari velit, iubeat et erit quod iussu obligatus.*

Tienen que hablar las dos partes implicadas y se han de poder escuchar recíprocamente. Para quedar obligado por actos negociales de personas sometidas a nuestra potestad hay que recurrir a las *aciones adiecticiae*. Por otro lado, la *actio quod iussu* es un remedio para el acreedor frente al titular de la potestad.

D. 45,1,1,2 (Ulp. 48 Sab.) *Si quis ita interroget ‘dabis?’ responderit ‘quid ni?’, et is utique in ea causa est, ut obligetur: contra si sine verbis adnuisset. non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit: et ideo recte dictum est non obligari pro eo nec fideiussorem quidem.*

Este texto corresponde al fragmento 2949 del tomo II del la Palingenesia de Lenel¹⁶⁷; estaría (sin olvidar que la reconstrucción de Lenel es conjetural) situado al inicio del libro XLVIII (*ad Sabinum*) sobre *de verborum obligatione*, bajo un subepígrafe que hace referencia a las estipulaciones inútiles. Creemos, por tanto, que los principios que contiene pueden ser de alcance general. El libro anterior (del comentario *ad Sabinum*) se refiere al *vadimonium* y el posterior (49) a unos supuestos concretos como son *de stipulatione servorum...*

En este importante fragmento de Ulpiano, podemos resaltar dos circunstancias especialmente. En primer lugar, como veremos al tratar del verbo en la estipulación (v. ap. 2.3.1.2.), es la única muestra de la jurisprudencia romana que admite que no se deba responder a la *interrogatio* con un verbo. Aunque, como hemos puesto de manifiesto, en latín no existía el adverbio ‘sí’ (v. app. 1.; 2.3.1.), hubiese sido posible sustituirlo por otras expresiones asertivas: claro, porque no, etc. (*quid ni?*). Sin embargo, entre todos los textos examinados en el Digesto y en las fuentes epigráficas, es el único caso en que tal cosa se autoriza. Existiría, por tanto, esta posibilidad pero sería escasamente utilizada. Podría tratarse , más bien de un relajamiento del formalismo oral, en el contexto de la jurisprudencia clásica tardía (Ulpiano).

Por lo demás, el fragmento pone claramente de relieve —aunque utilizando una formulación negativa— que no se puede contraer sin utilizar palabras *contra si sine verbis adnuisset*.

¹⁶⁷ *Palingenesia Iuris Civilis* vol. II (reimp. Aalen 2000) col. 1186.

D. 45,1,70 (Ulp.11 ed.) *Mulier, quae dotem dederat populari meo Glabrioni Isidoro, fecerat eum promittere dotem, si in matrimonio decessisset, infanti et decesserat constante matrimonio. placebat ex stipulatu actionem non esse, quoniam qui dari non poterat, stipulari non poterat.*

Los dos primeros fragmentos de Ulpiano que hemos examinado son de carácter más introductorio y pertenecen al los comentarios *ad Sabinum*; mientras el último texto que hemos citado procede de los comentarios al Edicto, y trata el problema de la oralidad, no desde la perspectiva de un requisito general de la estipulación, sino desde la óptica de un uso particular de esta: la promesa de dote. Con carácter general al leer el texto nos podríamos plantear qué forma se utiliza para constituir la dote y sus efectos en éste caso. En todo caso, la frase que cierra este fragmento creemos que tiene un carácter valor general, pues aparece en la Palingenesia de Lenel¹⁶⁸ encuadrada en un sub-epígrafe que hace referencia al dolo y, por ello, nada obsta a que se pueda aplicar a todo tipo de estipulaciones el *quoniam qui dari non poterat, stipulari non poterat*; es decir, no puede estipular válidamente el que no es capaz de hablar con discernimiento, ya sea, como en este caso, impúber o bien, mudo.

Paulo tiene también algunos fragmentos relevantes que tratan sobre el requisito de la oralidad:

D. 44,7,38 (Paul. 3 ed.) *Non figura litterarum, sed oratione, quam exprimunt litterae, obligamur, quatenus placuit non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur.*

Se trata de un pasaje muy controvertido (se plantea la temática de la ‘degeneración’ post-clásica de la estipulación), creemos que Paulo esta haciendo referencia a la utilización, cada vez más generalizada en su época del *instrumentum*, con el fin de recoger o los tratos preliminares de una estipulación o bien el contenido complejo de una *stipulatio* al cual las partes se remitían al realizar el acto oral. Paulo en este sentido dice que no quedamos obligados por el *instrumentum* sino por la declaración *oratio* que este encierra, pues necesariamente debe acompañarle una estipulación oral. Sin entrar a fondo¹⁶⁹ en el texto de Paulo, lo que a nuestros efectos nos interesa es el final del

¹⁶⁸ Paling.cit. vol.II col. 467.

¹⁶⁹ RICCOBONO S, Stipulation and the theory of contract (Amsterdam/Capetown 1957) pag.11 “One of the most notable texts adduced was D.44,7,38 where the *figura litterarum* and the *oratio* are expressly contrasted, in the second part of this fragment the phrase *non minus valere quod scriptura* was conveniently interpreted in the sense that a *cautio stipulatoria* had full efficacy as an obligation not by itself alone, but by virtue of the pronouncement of solemn words which its existence presupposed. This interpretation, however was not universally accepted and much controversy prevailed as to the true meaning of this fragment which was quoted sometimes as an authority for, sometimes as an authority against, the obligatory force of the written instrument.”; PASTORI F, Il negozio verbale in diritto romano

mismo: *quam quod vocibus lingua figuratis significaretur*, en este sentido admite el jurista que se puede quedar vinculado por las palabras pronunciadas.

En cuanto al contexto palingenésico, es significativo que no se incluya en el libro XLV del Digesto. El fragmento ¹⁷⁰aparece situado bajo la rúbrica *de pactis* del libro III *ad edictum* de Paulo que lleva por título *De iuris dictione*.

Los otros dos fragmentos de Paulo corresponden a las *Sententiae* atribuidas a Paulo.

PS 2.3. *Stipulatio est verborum conceptio ad quam quis congrue interrogatus respondet: velut SPONDES? SPONDEO... et tam pure quam sub condicione concipi potest.*

El texto ofrece una definición de *stipulatio* apoyada en la oralidad.

La estipulación es una forma verbal, que poniéndolo en relación con el texto anterior, obligaría en función de las palabras pronunciadas.

PS 5.7.1. *Obligationum firmandarum gratia stipulationes inductae sunt, quae quadam verborum sollemnitate concipiuntur...*

En las estipulaciones se debe cumplir la formalidad verbal como pone de manifiesto Paulo. Como hemos dicho los dos últimos fragmentos pertenecen a las *Pauli sententiae*, obra que se suele aceptar procede de la época post-clásica. Si consideramos que esta obra pertenece a la época post-clásica, podemos observar que se mantiene la utilización de las solemnidades verbales, aunque desde luego está generalizado el uso de la documentación (con alcance en su mayor parte probatorio, pero también aligerando la formalidad oral al permitirse una remisión al contenido del documento) ya desde la época clásica¹⁷¹.

Por último, parece que, en la época clásica¹⁷² hubo tres juristas que escribieron monografías sobre la estipulación: Sexto Pedio, Pomponio y Venuleyo Saturnino. De estos autores nos han llegado muestras únicamente de la obra de Venuleyo Saturnino

(Bologna 1994) pag. “l’efficacia meramente probatoria del documento è concezione ribadita in tutto il diritto clasico come si evince da D.447.38 . Il documento scritto può avvicinarsi alla *apocha*, o ssia la quietanza, la quale produce l’estinzione dell’obbligazione solo in quanto il pagamento sia effettivamente avvenuto, al contrario della *acceptilatio*, la quale determina l’estinzione dell’obbligazione per effetto intrinseco dell’ atto.”

¹⁷⁰ Pal. Vol.I col.971

¹⁷¹ El interés de estos fragmentos radica en examinar la continuidad de los principios clásicos.

¹⁷² BRETONÉ Storia del diritto romano (Bari 1991) pag.280.

(unos treinta fragmentos), que no dejan ver la sistemática¹⁷³ original de la *stipulatio* . Gayo por otra parte realizó una monografía sobre *De verborum obligatio*.

2.3.1.2. EL VERBO EN LA *STIPULATIO*

En relación a éste apartado, vamos a examinar dos aspectos distintos aunque relacionados precisamente por el verbo estipulatorio. En primer lugar, nos centraremos en una serie de cuestiones preliminares como son determinar los verbos estipulatorios, como se estructuran en una estipulación (*interrogatio, responsio*). En segundo lugar se examinan dos técnicas distintas aunque ambas conectadas con el verbo estipulatorio: el ámbito del principio *tot stipulationes quot res* , en el caso de los formularios de Varrón y la técnica de la construcción de la *stipulatio poenae*.

Siguiendo el esquema anteriormente citado, comenzamos con los textos más representativos que encontramos en este sentido que pertenecen nuevamente a Gayo:

3,92 *Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, veluti: DARI SPONDES? SPONDEO, DABIS? DABO, PROMITTIS? PROMITTO, FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO; FIDEIUBES? FIDEIUBEO; FACIAS? FACIAM.*

3,93 *Sed haec quidem uerborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO propria ciuium Romanorum est; ceterae uero iuris gentium sunt, itaque inter omnes homines, siue ciues Romanos siue peregrinos, ualent. et quamuis ad Graecam uocem expressae fuerint, uelut hoc modo <...>, etiam hae tamen inter ciues Romanos ualent, si modo Graeci sermonis intellectum habeant; et e contrario quamuis Latine enuntientur, tamen etiam inter peregrinos ualent, si modo Latini sermonis intellectum habeant. at illa uerborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO adeo propria ciuium Romanorum est, ut ne quidem in Graecum sermonem per interpretationem proprie transferri possit, quamuis dicatur a Graeca uoce figurata est.*

El jurista ilustra con ejemplos la estructura de la *verborum obligatio*, como podemos apreciar, en las distintas estipulaciones se repite un mismo verbo en la pregunta y en la respuesta, pues, como hemos dicho anteriormente, no hay la posibilidad de contestar con una simple afirmación.

Parece que el verbo usual para poner un ejemplo de estipulación es el verbo *spondes*, sin embargo, en tal caso estaríamos propiamente ante una *sponsio*, reservada (únicamente)

¹⁷³ LENEL Palingenesia cit. vol. II col. 1218 hace el siguiente comentario: “*Qualis fuerit in his libris rerum ordo, ex his quae supersunt non potest pro certo expediri. Suspicio autem prioribus libris generaliter actum fuisse de stipulationibus, posterioribus libris de stipulationibus praetoriis.*”

a los ciudadanos romanos. Mientras que la *stipulatio*, como institución del *ius gentium*, admite, como vemos en el texto, distintas posibilidades, en cuanto al verbo a emplear.

B. Nicholas¹⁷⁴ sostiene y argumenta una teoría según la cual el *veluti* que aparece en el fragmento 3,92 puede tener un carácter ilustrativo o bien un carácter exhaustivo, y este autor se decanta por la segunda opción; para este autor, en relación a la estipulación clásica, existirían un número determinado de verbos: los que enumera Gayo. El autor enlaza esta teoría con la evolución postclásica de la estipulación y en especial con la Constitución de León del 472. Sin embargo, si bien el autor argumenta su tesis, ésta nos parece posible pero improbable, y no ha recibido el respaldo de la doctrina. Por lo que admitimos que la enumeración de Gayo es puramente ilustrativa y pueden utilizarse tantos verbos como pueda proporcionar la lengua latina (en su caso) para realizar una promesa.

Esta enumeración de verbos latinos (y no sólo latinos) posibles, (idénticos en la pregunta y en la respuesta) pero naturalmente, en tercera persona en la *interrogatio*, y en la primera en la *responsio*, que encontramos en los famosos fragmentos de Gayo, constituye una norma de general aceptación entre los romanistas; sin embargo, como ocurre a lo largo de las *Institutiones*, el jurista tiende a la simplificación, en aras de una mayor claridad; pero, si acudimos a otras fuentes jurídicas (incluyendo las epigráficas), nos damos cuenta de que la realidad ofrecía más posibilidades¹⁷⁵.

Normalmente en el discurso oral, como también aparece en Gai 3,92, el verbo que sirve para interrogar se utiliza en segunda persona, mientras que en la respuesta se utiliza la primera persona.

Esto no sucede en todos los documentos epigráficos (sí que sucede en los quirógrafos) y en algunos textos de los que hemos recogido del Digesto. Naturalmente es reflejo de la plasmación en estilo indirecto de la *conceptio verborum* y en éste caso no podemos

¹⁷⁴ NICHOLAS The form of the Stipulation in Roman Law, en *The Law Quarterly Review* 69 (1953) pag.63 ss. "Thus, on the evidence considered so far, it is at least possible that in the time of Gaius the stipulation consisted of a question and answer in certain fixed traditional words, and the corresponding Greek versions of these words had been recognised. Nor is this, a priori, at all surprising. Indeed it is usually assumed that (the) originally only *spondeo* was recognised, and the other were allowed as time went on, until eventually, by the time of Gaius at any rate, any question and answer sufficed."

¹⁷⁵ WACKÉ El pluralismo lingüístico y su reglamentación jurídica en el imperio romano, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* vol. XI (Madrid 1999) pag. 117 ss. Por lo que se refiere a la práctica provincial, PÓLAY Die Rolle der Stipulation in den Urkunden der Siebenbürgischen Wachstafeln, en *The Journal of Juristic Papyrology*. vol. XV (Varsovia 1965) pag. 185 ss; PÓLAY Die Verträge der Wachstafeln aus Dakien (Budapest 1972) pag. 510 ss.

hablar de la utilización de “verbos distintos” sino que se corresponde con la plasmación de lo dicho por otros.

En segundo lugar, si examinamos la técnica utilizada en los formularios *De re rustica* de Varrón (ya tratados en ap.1.1.3.3.), en los cuales, se garantiza la responsabilidad por vicios ocultos (*sanas recte esse*) y el mantenimiento de la posesión pacífica (*habereque recte licere*), vemos como se utiliza una sola estipulación, que se cierra con un sólo verbo (*spondes*):

Varr. (2,2,6) *Illasce oves, qua de re agitur, sanas recte esse, uti pecus ovillum quod recte sanum est, extra Iuscam surdam minam, neque de pecore morbosum esse, habereque recte licere, haec sic recte fieri spondesne?*

Se recurre aquí también al uso de una partícula para hacer referencia al contenido negocial de cláusulas previamente formuladas (*haec...*) pero, no se utilizan dos verbos distintos, ni dos veces el mismo verbo, sino que aparece únicamente un solo verbo: *spondesne*. Esto provoca el problema de cómo se estructurarían las acciones relativas a uno u otro tipo de responsabilidad para evitar el efecto consuntivo de la *litis contestatio*. Este aspecto está relacionado también con la máxima interpretativa *tot stipulationes quot res*¹⁷⁶ (Ulp. D.45,1,29 pr. y Paul. D. 45,1,140 pr.); es decir, hay tantas estipulaciones como objetos y, por tanto, se permite la reclamación procesal en función de los distintos objetos, como se puede ver en D. 21,2,32,1 *in fine* (Ulp. 46 Sab.). Aquí tenemos una muestra clara de la conexión entre forma estipulatoria y régimen jurídico de la obligación verbal¹⁷⁷

La segunda técnica a la que nos referíamos al iniciar éste epígrafe es la relativa a las estipulaciones penales. Actualmente la terminología que se utiliza es la de estipulaciones penales independientes (*selbständiges Strafversprechen*) y estipulaciones penales dependientes, conjuntas o dobles (*Doppelstipulationen*). Así también Knütel¹⁷⁸ se considera el introductor del anterior dualismo (*Selbständiges Strafversprechen/ Doppelstipulationen*) que intenta reemplazar la vieja contraposición entre pena

¹⁷⁶ La aplicación de este principio, como veremos en el capítulo tercero, tiene un carácter tópico y no normativo estricto apart. 3.3.5..

¹⁷⁷ SCHMIDLIN B, *Die Römischen Rechtregeln* (Köln 1970) pag.73 y ss El autor dice al tratar de la regla *tot stipulationes quot res*, que en la estipulación no se puede comprender varias prestaciones particulares. Si se establece una estipulación de este tipo, ésta se descompone en tantas estipulaciones como prestaciones han sido prometidas. Este efecto adquiere validez independientemente de la voluntad de las partes, que sólo pueden concebir el objeto de la obligación como una unidad simple.

¹⁷⁸ KNÜTEL *Stipulatio poenae*. Studien zur römischen Vertragstrafe (Köln 1976) pag. 10 ss.

convencional en sentido propio y pena convencional en sentido impropio.¹⁷⁹ En las *Doppelstipulationen* hay dos preguntas que se cierran, cada una, con el verbo *spondes*, (o con el que corresponda). El objeto de cualquiera de las dos estipulaciones, ya sea la prestación originalmente solicitada o la pena para el caso de incumplimiento, puede exigirse mediante una *actio ex stipulatio*. (puede producirse problemas por concurso de acciones). No ocurre lo mismo con la estipulación penal independiente, en la cual hay un único verbo *spondes* es decir, a diferencia del caso anterior, no hay más que una estipulación pero se incluye un comportamiento configurado como la condición que desencadena a la estipulación.

La terminología tradicional distinguía la ‘pena convencional en sentido propio’ (echte Vertragsstrafe), cuando el comportamiento que se quiere reforzar es exigible con independencia de la pena y ‘pena convencional en sentido impropio’, cuando el comportamiento que se pretende reforzar con la pena no es exigible autónomamente. (es por ello que se habla de comportamiento y no de prestación).

No creemos que esta terminología: pena convencional en sentido propio y pena convencional en sentido impropio, se pueda trasladar o aplicar al Derecho romano; pues, en este caso, lo decisivo no es que el comportamiento que sirve de soporte a la pena sea exigible o no autónomamente, sino que este comportamiento sea exigible mediante *stipulatio*, y no mediante una acción de buena fe —por ejemplo—¹⁸⁰, como bien dice Knütel.

El texto del Digesto que generalmente se toma como punto de partida para la clasificación de las estipulaciones penales es¹⁸¹:

D. 45,1,115,2 (Pap. 2 quaest.) *Item si quis ita stipuletur: ‘si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?’ Pegasus respondit non ante committi stipulationem, quam desisset posse Pamphilus dari. Sabinus autem existimabat ex sententia contrahentium, postquam homo potuit dari, confestim agendum et tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quo minus hominem daret, idque defendebat exemplo penus legatae. Mucius etenim heredem, si dare potuisset penum nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit, idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem et ipsius rei naturam. itaque potest Sabini sententia recipi, si stipulatio non a condicione coepit, veluti ‘si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?’*

¹⁷⁹ Sin embargo hay autores que se oponen o introducen matices a esta terminología (Sturm aboga por la terminología tradicional y Talamanca acepta el dualismo introducido por Knütel pero no su argumentación).

¹⁸⁰ KNÜTEL *Stipulatio Poenae*. Studien zur römischen Vertragsstrafe. (Köln 1976) pag.25 y ss

¹⁸¹ KNÜTEL *Stipulatio Poenae*. Studien zur römischen Vertragsstrafe. (Köln 1976) con bibl. pag. 122 ss.

sed ita concepta sit stipulatio: ‘Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?’ quod sine dubio verum erit, cum id actum probatur, ut, si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur. sed et si ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur aut pecunia petatur.

El fragmento plantea un sutil debate jurisprudencial sobre el devengo (*commissio*) de la penal convencional, magistralmente conducido por Papiniano.

Si comparamos este texto recogido en lenguaje directo con el del formulario de Varrón, podemos ver que, una estipulación sometida a condición cuya realización depende del promitente (potestativa), no está garantizada por vía estipulatoria, a menos que se formule como estipulación doble (Doppelstipulation), en este caso precisaríamos necesariamente de dos verbos *spondes* mientras en el formulario de Varrón con uno sólo se garantizan dos prestaciones posibles.

En definitiva, en un texto del Digesto Ulp. D. 45,1,1,2 encontrábamos (v.ap.. **2.3.1.1.**) que el promitente puede responder con un *quid ni?* (porqué no?). También aparece recogida la posibilidad de que se responda en otra lengua p.ej. en griego, en púnico, en sirio¹⁸². Existe también la posibilidad de utilizar un solo verbo que sirva para garantizar distintas prestaciones, como vemos en las variantes propias de un formulario en el caso de los de Varrón. En ellos se aplicaría el principio *Tot stipulationes quot res*. Mientras que en el caso de las estipulaciones penales, si se trata de una estipulación independiente sólo existe un objeto garantizado por la estipulación, la pena; En las estipulaciones penales dobles para asegurar dos objetos ha de haber necesariamente dos verbos estipulatorios

2.3.1.3. LOS ‘TRATOS PRELIMINARES’ Y LA TÉCNICA DE LA REMISIÓN

Creemos que, al hacerse más complejo el tráfico jurídico y en particular el negocial, la simple estructura estipulatoria (pregunta/respuesta) no se adaptaba a las nuevas necesidades y fue surgiendo el fenómeno de hacer referencia en la estipulación a los tratos o convenciones preliminares que se hubiesen tenido, antes de celebrarse la estipulación, y para ello se utilizaba la técnica de la remisión, para evitar la repetición

de toda la negociación en la estipulación (v.gr Paul D.17,2,71 pr.. *Haec quae supra scripta sunt ea ita dari fieri neque adversus ea fieri (spondes)?*)

Este fenómeno de los tratos preliminares , teniendo en cuenta que esta terminología puede no ser adecuada puesto más que una negociación puede tratarse de un contenido negocial vinculante¹⁸³, se va generalizando.

Por otro lado, la remisión a complejos clausulados negociales lo que hace es preservar o adaptar la estructura estipulatoria a las necesidades del tráfico (ahorra al estipulante haber de formular una *interrogatio* interminable).

La pronunciación del verbo estipulatorio (en la *interrogatio* y la *responsio*) al realizarse la *stipulatio*, cumple una primera misión, pone de manifiesto que se ha celebrado un contrato verbal, asimismo la recepción del verbo estipulatorio en los fragmentos de los juristas y también su inclusión en los documentos epigráficos nos parecen dirigir hacia la celebración de una *stipulatio* (sin entrar en el carácter probatorio o no de la escritura)

En cuanto a los tratos preliminares o contenidos negociales vinculantes en lo contratos verbales , el verbo estipulatorio cumple otra función de delimitación del contenido de la estipulación. Parece que en cuanto el contenido de estos tratos preliminares o contenidos negociales se encuentran “encerrados” con alguno de estos verbos podremos considerarlos incluidos en el contrato verbal formando parte del mismo

La técnica de las remisiones puede hacer referencia tanto a tratos preliminares o contenidos negociales vinculantes orales como a la documentación de los mismos a través de un *instrumentum* ..

Paul. D. 45,1,134,1 (15 resp.) *Idem respondit: plerumque ea, quae praefationibus convenisse concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita creduntur, sic tamen ut non ex ea repetitione inutilis efficiatur stipulatio.*¹⁸⁴

Para Talamanca¹⁸⁵ el anterior supuesto y otros dos , Paul. D. 12,1,40 y Paul. D.14,4,2-3 (3 ad ed) están relacionados. El autor considera que para Paulo se trata siempre de un problema de la integración de la formalidad de la *verborum obligatio*: en un caso el

¹⁸² Un ejemplo *Gai* 3,93

¹⁸³ Un ejemplo: D.45,1,134,1 (Paul.15 resp.)

¹⁸⁴ “Respondió el mismo: con frecuencia lo que se conviene en las conversaciones previas a la estipulación se considera reiterado en la misma estipulación, pero siempre que no sea para quitar eficacia a la estipulación”.

¹⁸⁵ TALAMANCA *Conventio e stipulatio*, en *Atti del Convegno di diritto romano* [Siena] (Napoli, 1991) pag. 209 ss.

aspecto tomado en consideración es el efectivo intercambio entre la *interrogatio* y la *responsio*, que aparece salvo prueba en contrario probado también en un documento en el cual unilateralmente se hace referencia; en el otro caso se trata de recabar de las circunstancias del caso una más amplia sustentación de los *verba stipulationis*, en definitiva ampliar el contenido de la estipulación.

Para Knütel¹⁸⁶ Paul. D. 45,1,134,1 (15 resp.) encierra una regla de Derecho con eficacia limitada. El principio contenido en esta regla viene a equivaler al *pacta in continenti facta* de la *lex Lecta* (= Paul. D. 12,1,40): el pacto de pago aplazado entra en el contrato principal. Es sabido, dice Knütel,¹⁸⁷ que Paulo comparado con Ulpiano tiende a la sistematización y a la visión dogmática y por tanto, afirmaciones como las del fragmento citado nos sorprenden, más aún cuando él mismo las limita con palabras como *plerumque*. Por lo demás, las fuentes examinadas confirman que la estipulación se extendía a los acuerdos que subyacen a la *conceptio verborum*. Sin embargo, se trataba de casos en los que el tenor estipulatorio era más o menos dudoso y, por tanto, habría lugar para una interpretación según los pactos que la acompañaban, como por ejemplo la regulación del vencimiento.

Estas remisiones, a algo que se halla fuera el formulario estipulatorio, las podemos también considerar como una muestra de la eficacia de la *conventio* en la *stipulatio* y como una muestra de la complejidad creciente del tráfico negocial (del que son reflejo las cláusulas estipulatorias de las que se habla a continuación). En la mayoría de los casos, esto es ciertamente debido a la complejidad de las cláusulas estipulatorias. Como dice Ricobbono¹⁸⁸, no es preciso pronunciar de palabra todo el contenido de la estipulación, sino que se puede hacer una remisión al mismo (a un documento, a un clausulado..), siempre que todo se cierre con una pregunta y una respuesta congruente. En este sentido, parece lógico pensar que, debido a su elaboración, estamos ante una técnica que se utilizaba en derecho clásico; sin embargo (v.ap.. **1.1.3.1.**), Levy-Bruhl¹⁸⁹ pone de manifiesto que esta técnica se utilizaba ya en las ceremonias de los Feciales, y

¹⁸⁶ KNÜTEL *Stipulatio und Pacta*, en Festschrift für Max Kaser zum 70 Geburtstag (München, 1976) pag. 230.

¹⁸⁷ KNÜTEL *Stipulatio und Pacta*, en Festschrift für Max Kaser zum 70 Geburtstag (München, 1976) pag. 232 y ss.

¹⁸⁸ RICOBBONO *sv stipulatio*, en *Novissimo Digesto Italiano* (LUGAR AÑO) pag. 447 ss. V. también en este sentido SACCONI *Ricerche sulla stipulatio* (Napoli 1989) pag. 156 ss.

¹⁸⁹ LEVY-BRUHL “La congruentia dans la stipulation”, en *Archives de droit privé* 16 (Atenas, 1953) pag. 49 ss.

dice el mismo autor que las promesas solemnes se podían realizar, O repitiendo textualmente y sin errores la palabras solemnes¹⁹⁰, o bien haciendo una remisión a los formularios en poder de los Feciales. De esta manera, parece que la técnica de la remisión era conocida y utilizada desde la época arcaica, pero suponemos que se extendería a otros ámbitos y con otros objetos que esta más allá de la muestra que nos ofrece Levy-Bruhl. Es previsible que se incrementase su uso, debido al aumento de la complejidad de las relaciones jurídicas y económicas, como consecuencia de la expansión y dominio territorial de Roma.

Asimismo podemos ver otra muestra de la complejidad creciente del tráfico negocial, del que son reflejo las complejas cláusulas que examinaremos a continuación. Este fenómeno también debió tener una evolución similar al de la extensión de documentación de las cláusulas estipulatorias, que si bien existía desde antiguo, se generaliza sobre todo a partir del s. I d.C.

En las fuentes encontramos casos de remisiones, que podemos clasificar en función de los distintos usos de la *stipulatio*: como fianza verbal, *acceptilatio* y *stipulatio poenae*. Así vemos los siguientes supuestos (y en especial el último caso):

Ulp. D. 45,1,75,6 (22 ed.) *Qui vero Titio ita stipulatur 'quod mihi Seius debet, dare spondes?' et qui ita stipulatur quod ex testamento mihi debes, dare spondes? incertum in obligationem deducit, licet Seius certum debeat vel ex testamento certum debeat. quamvis istae species vix separari possint ab ea, quam proposuimus de vino vel oleo vel tritico, quod in horreo repositum est: et adhuc occurrit, quod fideiussores certum videntur promittere, si modo et is, pro quo obligentur, certum debeat, cum alioquin ita interrogentur 'id fide tua esse iubes?'*.

Este fragmento, además de ponernos de manifiesto algunos usos de la *stipulatio*, nos muestra que la remisión provoca que el contenido de la estipulación de garantía sea un *incertum*¹⁹¹. Del texto se desprende las vacilaciones y dudas de Ulpiano al respecto.

Ulp. D. 46,4,6 (47 Sab.) *Pluribus stipulationibus factis si promissor ita accepto rogasset: 'quod ego tibi promissi, habesne acceptum?' si quidem apparet, quid actum est, id solum per acceptilationem sublatum est: si non apparet, omnes stipulationes solutae sunt: dummodo illud sciamus, si ego aliud accepto tuli, aliud tu rogasti, nihil valere acceptilationem.*

¹⁹⁰ Existían, además, una serie de signos externos; pues el magistrado que iniciaba su cargo permanecía sentado mientras el que interrogaba —el magistrado saliente— estaba de pie.

¹⁹¹ Las consecuencias de que la estipulación tenga un objeto determinado o indeterminado tienen consecuencias en el ámbito jurídico, y en especial en la tutela procesal (*condictio, actio ex stipulatu...*)

En este supuesto vemos la flexibilidad de la *obligatio verbis* al contener algo que no está en los *verba* y que, sin embargo, forma parte del contenido de la *obligatio verbis*, se integra con el criterio interpretativo del *id quod actum*. El texto plantea el alcance de la *interrogatio* habitual cuando entre las partes media una pluralidad de estipulaciones.

Para Talamanca,¹⁹² en este caso de *acceptilatio* se produce una ruptura de la autonomía de la *conceptio verborum* y lo compara con un caso de Paulo D.34,5,21 pr., en el cual se hace referencia al esclavo Estico, pero hay varios con ese nombre; es decir un caso de ambigüedad. Según Talamanca, en tal caso se procede a una indagación del *id quod actum est* y, en el caso de que no se pueda determinar, no se puede concluir *nihil agitur*, sino que se da a la *conceptio verborum* toda su abstracta potencialidad (es decir, extinguir todas las estipulaciones vigentes entre las partes). Mientras la determinación del *quod actum est* restringe ese ámbito virtual. En la progresión casuística, no limitada a un rígido encuadramiento sistemático, se puede fácilmente incidir en la autonomía de los *verba* y sobre el carácter autosuficiente de la *verborum obligatio*. En el plano del *ius civile* se da a la *conventio* un relieve para solucionar la ambigüedad de los *verba*.

Para Molla Nebot¹⁹³, este caso muestra un aspecto de la congruencia aceptilatoria; es decir, que la declaración del promitente coincida con la del aceptilante. En el supuesto en el cual no quede definida la obligación que se pretende extinguir, se puede considerar que es producto de la *ambigüitas verborum*.

Por lo que se refiere al tercer texto D. 17,2,71.pr. (Paul. 3 epit. Alf. dig), lo tratamos en el siguiente epígrafe con más detenimiento.

2.3.1.3.1. UN CASO CONCRETO DE REMISIÓN: D. 17,2,71.pr. (Paul. 3 epit. Alf. dig.)

Queremos advertir que a lo largo de éste epígrafe, se entremezclan tres fenómenos bien distintos : 1) la función probatoria del documento; 2) la remisión a un clausulado negocial, que permite no recargar la *interrogatio*, y la manifestación de la *causa stipulationis*. Iniciamos el epígrafe con estas aclaraciones pues al tratar Paul.D.17,2,71

¹⁹² TALAMANCA M, *Conventio e Stipulatio nel sistema dei contratti romani. Le droit romain et sa reception en Europa* (Varsovia 1978) pag.226 y ss.

¹⁹³ MOLLA NEBOT, M.S. *Extinción formal de las obligaciones verbales. La acceptilatio*. (Madrid 1993)

pr. como una unidad independiente, sistemáticamente se nos hace difícil mantener la separación de los fenómenos que forzosamente están interrelacionados en el fragmento.

D. 17,2,71 pr. (Paul. 3 epit. Alf. dig.) *Duo societatem coierunt ut grammaticam docerent et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset: de ea re quae voluerunt fieri in pacto convento societatis proscripserunt, deinde inter se his verbis stipulati sunt: 'haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri? si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari?' quaesitum est, an, si quid contra factum esset, societatis actione agi posset. respondit, si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent 'haec ita dari fieri spondes?', futurum fuisse, ut si novationis causa ita fecissent, pro socio agi non possit, sed tota res in stipulationem traslata videtur. sed quoniam non ita essent stipulati 'ea ita dari fieri spondes' sed 'si ea ita facta non essent decem dari?' non videri sibi rem in stipulationem pervenisse, sed dumtaxat poenam (non enim utriusque rei promissorem obligari, ut ea daret faceret et, si non facissent, poenam sufferret) et ideo societatis iudicio agi posse.*

Dos personas quieren desempeñar una actividad profesional: la enseñanza de la gramática; para ello deciden organizarse como una sociedad, poniendo en común sus ganancias y recogen los acuerdos por escrito. Prometen (en forma estipulatoria, o no, según se discute después) cumplir con el contrato de sociedad, recogido por escrito.

También prometen (en forma estipulatoria, o no), para el caso de contravenir lo pactado, una pena. El jurista se pregunta si, en el caso de no ajustarse a lo pactado, además de la acción dimanante de la cláusula penal, dispondrán también de la *actio pro socio*. Alfeno no responde directamente la pregunta, sino que plantea una variante irreal que le sirve para resolver el caso, como veremos.

El texto está situado en la Palingenesia de Lenel¹⁹⁴ en el libro tercero de Alfeno Varo (, que incluye distintas rúbricas (*de hereditatis petitione, de rei vindicatione, pro socio, de emptione et venditione, de locatione conductione, de in factum actionibus, de dotibus*), es decir, se refiere a distintas acciones; sin distinguir si se trata de acciones *in rem* o de *bonae fidei iudicia* . Se han conservado únicamente trece fragmentos de este libro. El supuesto de la sociedad de los gramáticos está lógicamente incluido en el apartado *pro socio*.

Siguiendo la teoría tradicional, en la *Doppelstipulation* existen dos prestaciones, la que es objeto de garantía y propiamente la pena (la estipulación penal). Puede decirse que ambas prestaciones son debidas, generalmente no se pueden exigir ambas pues lo

¹⁹⁴ LENEL *Palingenesia Iuris Civilis* cit. vol. I col. 47.

impide la regulación del concurso de acciones. En este sentido, encontramos también dos verbos *spondes*. Este texto es especialmente interesante para nuestro trabajo por diversas razones y especialmente por el fenómeno de la remisión, como veremos a continuación.

Queremos advertir que a lo largo del estudio del fragmento hay cierta confusión entre las ideas que provienen de Servio y las que son originales de Alfeno¹⁹⁵

Un primer problema metodológico deriva de la forma en que Alfeno responde a la pregunta planteada: no directamente, sino proponiendo un caso imaginario¹⁹⁶ y, a través de él, llega a solucionar el caso. Esta técnica hace que la exégesis sea más difícil, puesto que tenemos que tener en cuenta este doble plano: caso real—caso imaginario. Sobre éste problema metodológico volveremos más adelante, al intentar solucionar el caso.

En segundo lugar, otro problema que nos plantea el pasaje es la referencia: *pactum conventum societatis*. Parece que lo normal, si dos personas deciden crear una sociedad para enseñar gramática, sería hablar de un contrato de sociedad, y no de un *pactum convento societatis*. En la época que escribe Alfeno, los contratos consensuales han sido recibidos en el ámbito del *ius civile*. La doctrina dominante considera que, ya en una época republicana avanzada, se ha producido la citada recepción de los contratos consensuales¹⁹⁷. También reforzaría esta teoría el hecho de que Quinto Mucio conocía ya el contrato de sociedad, como se puede ver en el famoso texto sobre la sociedad leonina:

Paul D. 17,2,30 (6 Sab.) *Mucium libro quarto decimo scribit non posse societatem coiri ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat: Servius in notatis Mucii ait nec posse societatem ita contrahi neque enim lucrum intellegitur nisi omni damno deducto neque damnum nisi omni lucro deducto: sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit omni*

¹⁹⁵ BISCOTTI Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano (Milano 2002) pag.200 "Altro punto rilevante, nell'esaminare passi dei Digesti di Alfeno Varo, è quello relativo alla paternità dei responsi in essi contenuti. Anche a questo proposito la dottrina è sostanzialmente concorde nel ritenere che tale materiale giurisprudenziale sia nella più larga parte attribuibile a Servio Sulpicio Rufo, cui sarebbero riferibili i molti 'respondit' rintracciabili nei passi alfeniani."

¹⁹⁶ V. HORAK *Rationes decidendi* SZ vol. I (1969) pag. 205 ss.

¹⁹⁷ Así BURDESE sv. *contratti innominati*, en Derecho Romano de obligaciones. Homenaje a J.L. Murga. cit. pag. 63 ss. dice "Tra III e I secolo a.C. in relazione a un profondo mutamento economico sociale que vede intensificarse dei traffici internazionali ed interni, si vengono infatti anzitutto individuando nella prassi negoziale e riconoscendo ad opera della giurisprudenza con conseguente concessione di tutela pretoria (da parte del pretore sia peregrino che urbano) tramite l'instaurazione di arbitria honoraria di buona fede, le quatro figure di contratti consensuali (*emptio-venditio, locatio-conductio, societas e mandatam*)."

damno deducto, pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur.

En este texto se puede ver que, si bien no se hace referencia expresa a un *contractus societatis*, sí que aparece como causa obligatoria típica.

Asimismo la utilización de la sociedad entre *cives* se pone también de manifiesto en algunos textos en los que se cita la opinión de Sabino (D. 17,2,7 [Ulp 30 Sab.]) (*societas omnium bonorum*) a pesar de que estos textos los debamos situar en una época posterior.

También serviría para descartar la posibilidad de que, en la época de Alfeno no se conociese todavía el contrato de sociedad, el famoso pasaje de Labeón referido a la definición de contrato que se encuentra en D. 50,16,19 (Ulp.11 ed.)

Pero, en todo caso, el texto que nos parece definitivo a la hora de determinar que, en la época de Alfeno, la sociedad es ya un contrato consensual es el siguiente:

Pomp. D. 44,7,57 pr.(36 ad Quint. Muc.) *In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet quod acti sit. Et idem in societate quoque coeunda respondendum est, ut, si dissentiant aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quae in consensu consistit.*

El primer significado de la expresión *pactum*, es una acepción muy utilizada por los juristas romanos; proviene del antiguo verbo *pacere* que aparece ya en el léxico de las XII Tablas (v. Tab. 1,6 s.; 8,2) y que, posteriormente, generó el más moderno término *pacisci*, que se utiliza con el significado de ‘acuerdo’. El término *pactum* fue perdiendo amplitud en la época republicana (restringiéndose su uso al *pactum de non petendo*, y a algún otro), mientras el término *conventio* va acentuando su importancia.¹⁹⁸

En cuanto a la expresión *pacta conventa*, ésta aparece en el Edicto pretorio, recogida por Ulpiano en:

D. 2,14,7,7 (Ulp. 4 ed.) *Ait praetor: ‘Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebiscita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo.’*

Por lo que hace a la *conventio* cf. D. eod. 1,3 s. (Ulp. 4 ed.)

¹⁹⁸ Vease el tratamiento de BURDESE A Sulle nozioni di Patto, convenzione e contratto in diritto romano en Seminarios complutenses (Madrid 1993) pag 41 y ss.

Este título ha sido muy estudiado, tanto desde el contenido de la rúbrica *de pactis et conventionibus*¹⁹⁹, como desde el punto de vista de su ubicación en la sistemática del Edicto²⁰⁰.

Volviendo a nuestro D. 17,2,71 pr., no abundan las explicaciones convincentes del inciso *pactum conventum societatis*. Hay incluso autores que pasan por alto esta formulación²⁰¹.

De todas las opiniones, era la de Grosso en su *Sistema romano dei contratti*, la que consideramos más adecuada. Decía Grosso que la expresión *pacta conventa* era utilizada para poner intensamente de manifiesto el carácter consensual de algunos tipos de contrato (en este caso se trata de un contrato de sociedad). No habría, pues, contradicción entre los términos *pactio-conventio-contractus*, sino que los dos primeros términos reforzarían el carácter consensual del último²⁰². Sin embargo, nos encontramos con opiniones contrarias de autores como Arangio-Ruiz, para el cual *pacta conventa* pone de manifiesto que no se ha celebrado un contrato de sociedad, sino que existen más bien unos tratos preliminares y de ahí la expresión voluntariamente confusa (“sottilmente scelta”, dice Arangio) del jurista²⁰³.

¹⁹⁹ LENEL *Palingenesia Iuris Civilis* cit. vol. II, col. 433. Se refiere al comentario de Ulpiano ad Edictum

²⁰⁰ LENEL *Das Edictum Perpetuum* (Leipzig. 1927) ; MAGDELAIN *Le consensualisme dans l'édit du préteur* (Paris 1958); Más recientemente ALBURQUERQUE J.M. *La protección jurídica de la palabra en derecho romano :Contribución al estudio de la evolución y vigencia del principio general romano « pacta sunt servanda » en el Derecho europeo actual.* (Cordoba 1997) pag 121 y ss ; En torno a la formulación edictal *pacta conventa servabo* (Cordoba 1990) pag 128. ; BISCOTTI B , *Dal Pacere ai Pacta conventa . Aspetti sostanziali e tutela del fenómeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano.* Milano (2002) pag 115 y ss.. De hecho la teoría de Magdelain era que el sistema contractual romano se cerraría durante el Principado, mientras que en el periodo anterior estaría abierto a la tutela de nuevas figuras por vía del Edictum de Pactis estas teorías no fueron aceptadas mayoritariamente debido a la escasez de fuentes tardorepublicanas, y la dificultad por reconstruir el evolución prehadriana del Edicto.

²⁰¹ BIANCHINI M *Studi sulla Societas* (Milano 1967) pag 27 y ss

²⁰² GROSSO G, *Il sistema romano dei contratti* (Torino 1950) pag.33 yss; BURDESE *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano 5* (1993), pag.41 a 67.

²⁰³ ARANGIO-RUIZ *La compravendita in diritto romano* (Napoli 1987) pag. 63 ss. “Dalla frase *in pacto convento societatis*, sottilmente scelta, mi sembra, al fine de evitare che sorgese nel lettore l'idea che fosse senz'altro postulato il perfezionamento del contratto consensuale.”

También, como Arangio, F. Gallo²⁰⁴ sostiene que la expresión *pacta conventa* pone de manifiesto la existencia de una categoría intermedia entre pacto y contrato²⁰⁵, pero la falta de fuentes jurídicas, en las que fundamentar ésta teoría, y la cronología del texto (comienzos del Principado), nos hace desechar la posibilidad de ésta categoría intermedia.

Sin embargo, el Profesor Miquel nos sugirió verbalmente una explicación plausible y sugerente de la expresión *pacta convento societatis*: que se hiciese referencia a los estatutos de una sociedad. Esta posibilidad también es citada por Knütel²⁰⁶, y es la que consideramos más satisfactoria.

En cuanto a los orígenes de la *societas*, la doctrina está de acuerdo en apuntar al *consortium ercto non cito*, la antigua comunidad familiar. Sin embargo, autores como Talamanca precisan aún más²⁰⁷, y apuntan que la sociedad consensual ha tenido probablemente dos orígenes diferentes. Por una parte, la *societas omnium bonorum* es la continuación del *consortium ercto non cito* y también otro tipo de sociedad general, la *societas omnium quae ex quaestu veniunt*. Por otra parte la sociedad comercial se desarrolló en el tráfico en las provincias y encontró primero protección en la jurisdicción pretoria, y así, en ese contexto, se forma el esquema de sociedad consensual tutelada por un *iudicium bonae fidei*, esquema que se trasladará a las relaciones entre *cives* y será usada para regular la gestión en común de patrimonios enteros (*omnium bonorum*).

El esquema societario tiene, en la experiencia romana, una aplicación muy amplia, tanto para gestionar patrimonios enteros o bien una actividad determinada (*societas unius rei*), como en el caso del pasaje que ahora examinamos. Podía llevar a la formación de un patrimonio común (*communio*) (aunque no actúa como persona jurídica frente a

²⁰⁴ GALLO *Synallagma e conventio nel contratto* (Torino 1992) pag.56 ss.

²⁰⁵ BISCOTTI *Duo societatem coierunt. Appunti per uno studio di alcune fonti tardo-repubblicane in tema de società*, en Atti del II Convegno sulla problemática contrattuale in diritto romano (Milano 1995) pag. 87 ss. “Innanzitutto Alfeno nomina, come si diceva, un *pactum conventum*, che una prima volta viene detto *societatis*, ed una seconda *de societate facto*: questo modo di esprimersi lascia intravedere l'esistenza di una categoria vasta, costituita dai *pacta conventa*, dei quali un'applicazione specifica sarebbe rappresentata da quello di *società*, che viene in considerazione nel caso di *specie*.” Como se puede ver, Biscotti apunta la misma teoría que Gallo, pero, de igual no ha sido aceptada mayoritariamente por la doctrina..

²⁰⁶ KNÜTEL *Stipulatio poenae* (Köln/Wien 1976) pag. 67 n.10.

²⁰⁷ TALAMANCA *Istituzioni de diritto romano* (Milano, 1990) pag. 597.

terceros²⁰⁸), o bien simplemente limitarse a generar relaciones obligatorias entre los socios²⁰⁹, esto hace que la caracterización de la sociedad sea genérica ,que comprenda ambas modalidades.

Hubo discrepancias en parte de la doctrina, puesto que se consideró la posibilidad de encuadrar el *consortium ercto non cito* tanto dentro de las obligaciones y contratos, como dentro de los derechos reales, sostienen estos autores que, cuando Gayo quiere poner de manifiesto el elemento característico del *consortium ercto non cito* — contraponiéndolo a la institución propia de su época—, no piensa en la sociedad consensual, sino en la copropiedad. De esta manera, el *consortium ercto non cito* podría ser el antecedente de dos instituciones clásicas pertenecientes a distintas ramas del Derecho Clásico: la sociedad, de un lado, y la copropiedad, de otro.

Arangio-Ruiz²¹⁰ piensa, en este sentido, que, si bien sociedad y copropiedad podrían estar relacionadas, no se puede deducir que la copropiedad sea una consecuencia necesaria de la sociedad ni que la sociedad sea la única causa de copropiedad. Pone Arangio-Ruiz como ejemplo el caso de una sociedad entre dos profesores que quieren repartir sus ganancias enseñando un idioma extranjero; esta sociedad, dice Arangio que no da lugar a copropiedad (*communio*), pues la relación entre los socios que quieren constituir una sociedad no depende de que pongan en común unos bienes es un tema de la naturaleza de las aportaciones de los socios, como en el caso de las *societates publicanorum*.

En contra de esta posición de Arangio-Ruiz, estaba la mayor parte de la doctrina italiana de la época (Albertario, Frezza), quienes sostenían que los clásicos habían querido ver en todo condominio un contrato de sociedad; defendiendo, en este sentido, una sociedad *re contracta*. Independientemente del acuerdo de voluntades de las partes, el elemento perfeccionador será la puesta en común de la *res* . Sin embargo, esta postura ha sido abandonada por la doctrina italiana.

Arangio-Ruiz²¹¹ sólo admite una sociedad *re contracta* en la época post-clásica, añadiendo que se le ha dado más importancia de la debida, pues no pasó de ser una

²⁰⁸ MIQUEL Derecho Privado Romano (Madrid 1992), pag.328.

²⁰⁹ En este sentido, habría que precisar que, como consecuencia de una *societas unius rei* (sin poner, en principio, un patrimonio en común) surgiría evidentemente un montante del hecho de poner las ganancias obtenidas a consecuencia de la actividad desarrollada por la sociedad.

²¹⁰ ARANGIO-RUIZ V, La Società in diritto romano (Napoli 1950) pag. 32 y ss

²¹¹ ARANGIO-RUIZ V, La Società in diritto romano (Napoli 1950) pag.63 yss

modesta corriente en la época post-clásica . Sin embargo, parece que hoy la hipótesis de la existencia de una *societas re contracta* ha sido abandonada²¹². De cualquier manera, el problema fundamental, del origen de la sociedad, no lo pretendemos abordar con toda su amplitud pues no es decisivo para nuestro estudio, una vez determinado que existía el contrato consensual de sociedad en la época de Alfeno y que podía tratarse de una sociedad particular, en la cual lo fundamental era la realización de una actividad profesional y no la puesta en común de un patrimonio, como ocurre en el caso de la sociedad de los gramáticos.

El tercer problema, y el más importante para nosotros²¹³, que plantea D. 17,2,71 pr., es nuevamente el relativo a la redacción de un documento por escrito (*in pacto convento societatis proscripserunt*²¹⁴). Hemos de volver a insistir en la época en la cual situamos el pasaje, es decir, en la República tardía, (al tratarse de un fragmento de Servio-Alfeno). No podemos hablar todavía de la evolución-degeneración de la *stipulatio* recogida en una constitución de León en el año 427 d.C. (ep. 2.3.1.3.)

C. 8,37,10 Imp. Leo A. Erythrio pp. *Omnes stipulationes, etiamsi non sollemnibus vel directis sed quibuscumque verbis pro consensu contrahentium compositate sint, legibus cognitae suam habeant firmitatem.* D. k. Ian. Constantinopoli Marciano cons. (a. 472)

En el caso de Paul. D. 17, 2, 71 pr.(ep. 2.3.1.2.) podemos decir que se trata de la redacción de un documento probatorio, que creemos responde a la necesidad de fijar el contenido en el caso de que las estipulaciones cruzadas tengan gran complejidad²¹⁵. Esta práctica, aunque no muy frecuente²¹⁶, sería un factor desencadenante de las modificaciones del contrato de *stipulatio* clásico (tal y como hoy lo conocemos), puesto que, en el *instrumentum* al que se hace referencia en la *stipulatio*, aparecería la causa de la misma, por encima de los *verba*. Este es un elemento más a tener en cuenta cuando hablamos de la flexibilidad de la *stipulatio*, es decir, la posibilidad de ajustar un

²¹² BIANCHINI *Studi sulla societas* (Milano, 1967) pag.71 ss.

²¹³ Creemos que todo el excurso anterior es necesario para afrontar este tercer problema.

²¹⁴ Creemos que es una expresión imprecisa, de hecho, no se puede leer con toda claridad el verbo; en la Vulgata se lee *proscripserunt*, y Cuyacio suponía un *praescripserunt*.

²¹⁵ BISCOTTI *Dal pacere ai pacta conventa* (Milano 2002) pag 209 “Innanzitutto, come si è detto, l’uso del verbo *proscribere* ha indotto parte de la dottrina a pensare al *pactum conventum* come ad un documento probatorio.”

²¹⁶ Otros ejemplos D. 45,1,134,1; (eod. 134,3?); D. 45,1,140; D. 46, 2, 27.

complejo clausulado negocial en el molde oral de la *stipulatio* y su reflejo en el sistema contractual romano. Podemos poner otro ejemplo de la técnica de redactar un documento probatorio, que a menudo ponen de manifiesto la causa de la estipulación²¹⁷.

D. 45,1,140 pr. (Paul. 3 ad Ner.) *Pluribus rebus praepositis, ita stipulatio facta est: 'ea omnia quae supra scripta sunt, dari?' propius est, ut tot stipulationes, quot res sint.*

D. 45,1,134,1 (Paul. 15 resp.) *Idem respondit: plerumque ea, quae praefationibus convenisse concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita creduntur ...*

D. eod. 134,3 *Idem respondit, quotiens pluribus specialiter pactis stipulatio una omnibus subicitur, quamvis una interrogatio et responsum unum subiciatur, tamen proinde haberi, ac si singulae species in stipulationem deductae fuissent.*

La *stipulatio* (a diferencia de la primitiva *sponsio*, que podía tener su origen en un juramento), es un negocio totalmente laico, consistente en el intercambio congruente de pregunta y respuesta; es un contrato eventualmente abstracto. La *stipulatio* sustituyó a la primitiva *sponsio* en un tiempo en que la escritura ya esta difundida y ésta, se convierte en un instrumento de prueba de las palabras pronunciadas. A menudo se recurre a las *tabulae ceraeque* para documentar un negocio. Uno de los casos de documentación más antiguas de estipulaciones se encuentra en el tratado *De agricultura* de Catón.²¹⁸

Durante el Principado, se desarrolla y se consolida la práctica de confiar al documento escrito la memoria del negocio realizado, y esto se hace muy a menudo a través de las *testationes* y de los quirógrafos, que tuvieron difusión en Roma por influjo de la praxis negocial griega. *Testationes* (documento en el que se describía objetivamente el negocio efectuado) y quirógrafos²¹⁹ (documento redactado desde la perspectiva de la persona a quién puede afectar lo que en él está inscrito) no tenían eficacia constitutiva y sólo constituían un medio de prueba²²⁰ (pero no el único, ni con un valor privilegiado).

²¹⁷ LINARES *Compromisum y receptum arbitri*, en Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor J.L. Murga (Madrid 1994) pag. 709 ss. destaca que lo que cuenta es el intercambio de estipulaciones, y no su documentación.

²¹⁸ Vide supra

²¹⁹ TALAMANCA sv. Documento e documentazione, en Enciclopedia del Diritto vol. XIII (Milano 1964) con bibliografía, pag. 548; GROSSO *Singraphae, stipulatio e ius gentium*, en Labeo 17 (1971) pag. 7 ss. (= Comunicazione alla XXV sessione della Società d'histoire des droits de l'antiquité 'Fernand de Visscher' [Viena 1970])

²²⁰ TALAMANCA M, Documento e Documentazione cit. pag. 555 "È dottrina comune ed indiscussa che

La legislación post-clásica se alinea²²¹ (al contrario de lo que había hecho la cancellería imperial hasta Diocleciano) a favor de las concepciones provinciales y, por lo que respecta a la eficacia probatoria privilegiada del documento, ésta parece avanzar en el siguiente sentido: la parte procesal contra la cual se exhibe un documento tiene la alternativa bien de negar los hechos, diciendo que son falsos, o de someterse a su eficacia probatoria²²². Por otra parte, empieza a modificarse el sistema de reparto de la carga de la prueba (pasando a tener la la carga de la prueba) el que afirma la falsedad del documento). En la época post-clásica y justiniana los documentos que se redactaban en tablas enceradas pasarán a redactarse en pergaminos y en papiros. Justiniano establece (completando disposiciones anteriores una prelación en la Nov. 72 del año 528, en la cual se exigen una serie de requisitos añadidos como la presencia de tres testigos o la *comparatio litterarum*.

Habiendo hecho las tres primeras puntualizaciones sobre problemas preliminares que surgen del texto de Paulo, vamos ahora a entrar en su contenido:

El supuesto planteado en D. 17,2,71 pr. es el siguiente:

dos socios prometen:

- 1) (en forma estipulatoria o no, según veremos) cumplir un contrato de sociedad que ha sido recogido por escrito.
- 2) (de nuevo en forma estipulatoria o no) pagar una pena si se contraviene lo pactado.

Se pregunta al jurista si, en caso de contravención, además de la acción dimante de la cláusula penal, podría ejercitarse también la acción propia del contrato primario; es decir; si se podría accionar con la *actio pro socio*.

- 1) *'haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri?'*
- 2) *si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari?'*

il diritto romano classico conoscesse —in linea di massima— soltanto il documento probatorio, al quale non era riconosciuta una posizione preminente rispetto agli altri mezzi di prova.”

²²¹ ASTUTTI I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano Parte generale I (Milano 1952) pag 85 y ss ; KASER Röm. Privatrecht, 2 pag. 373 y ss

²²² De esta manera, el documento recibe un valor probatorio vinculante, en los límites de la *querella* de falsedad.

Servio-Alfeno no responde directamente la pregunta, sino que plantea una variante irreal que le sirve para resolver el caso²²³

Ese supuesto imaginario que se debe al jurista es:

3) *Si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent 'haec ita dari fieri spondes?'*

Es decir, en el caso de que, inequívocamente, la primera promesa realizada entre las partes hubiese sido una *stipulatio*, y para ello el jurista (que mantiene en este caso un criterio extremadamente formal y riguroso) exige que aparezca efectivamente la palabra *spondes* al final de la *interrogatio* (que no aparecía en la primera promesa del caso real), dice el jurista que —en este caso ideal— *tota res in stipulationem traslata videretur*, es decir, todo el contrato de sociedad se habría subsumido en la estipulación irreal siguiente:

4) *haec, quae supra scripta sunt ea ita dari fieri neque adversus ea fieri spondes?*

Se trata de una reconstrucción a partir de la primera *interrogatio* real; Servio-Alfeno dan esta segunda versión de la estipulación ideal: “*ea ita dari fieri spondes*”, la primera es el “*haec ita dari fieri spondes?*” Del apart. 3. y sólo podría accionarse con la acción propia de la estipulación (y no con la *actio pro socio*).

Esta solución del caso imaginario presenta un problema a tener en cuenta: el de la novación de un *bonae fidei iudicium*²²⁴. Dice Servio-Alfeno *futurum fuisse, ut, si novationis causa id fecissent, pro socio agi non possit...* Nos encontramos, pues, que, para solucionar el caso imaginario (en el cual existirían dos estipulaciones, siguiendo a Knütel²²⁵, existiría una estipulación penal doble o estipulación penal dependiente²²⁶.

Para que exista novación, la estipulación realizada debería ser de la modalidad 4), cuando, en realidad, los gramáticos utiliza las modalidades 1) y 2) dado que la modalidad 3), ya pertenece al supuesto imaginario. Sin embargo creemos que el enunciado de 4) (o de 3) se debe sobreentender en el enunciado de 1) (*haec, quae*

²²³ V. HORAK *Rationes Decidendi* (Aalen Scientia 1969) pag. 205 ss.; DAUBE *Slightly different*, en IURA 12 (1961) pag 81 y ss..

²²⁴ DAUBE *Novations of Obligations Giving a bonae fidei iudicium*, en SZ 61 (1948) pag. 91 ss.

²²⁵ KNÜTEL *Stipulatio poenae* (Köln 1976) pag. 31 y ss

²²⁶ KNÜTEL *Stipulatio poenae* (Köln 1976) pag. 29: La estipulación doble o estipulación penal dependiente es aquella en la que el comportamiento (o pacto?) objeto de refuerzo con la pena es también exigible mediante *stipulatio*.

supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri?). Es decir, el jurista realiza una elipsis, se hace elisión del verbo *spondes?*, al referir la *interrogatio* y, en caso de admitir esta elipsis, no habríamos de recurrir al *animus novandi*. Aunque hay que aclarar que el *animus novandi* no tiene que ver con el defecto de forma denunciado por Servio-Alfeno.

Si, por el contrario, los gramáticos hubieran utilizado la expresión contenida en el número 4) (o en el número 3), al formular el caso, deberíamos admitir la posibilidad de que el *animus novandi* se añada al negocio verbal para la novación del contrato de sociedad en la *stipulatio*; es decir, deberíamos seguir la tesis de quienes dicen que, en algunos casos el *animus novandi* puede ser clásico ²²⁷

De nuevo, más que el requisito del *animus novandi*, desaparecería el obstáculo formal denunciado por Servio-Alfeno, consistente en la omisión del *spondes?*

En ambos supuestos, tanto si consideramos que es la misma estipulación la que nova el contrato de sociedad (aunque se recoge sólo una formulación abreviada que omite el final *spondes*, como si admitimos la posibilidad del *animus novandi*, (como ya hemos dicho desaparecería el obstáculo formal advertido por Servio-Alfeno); nos encontraremos con el mismo problema antes apuntado, y que ha sido objeto de estudio por David Daube²²⁸: “Certainly, an obligation giving a *bona fidei iudicium* could be novated just as much as any other. But to achieve novation the whole of that was owing had to be promised, neither more or less. That is to say the promise had to be of ‘...whatever must be given or done under the old obligation’, of *quidquid dare facere oportet* or something to the same effect on the basis of *bona fides*.”

Es decir, Daube sostiene que, para novar un contrato de buena fe, la estipulación novatoria debe tener un tenor que permita recoger toda la complejidad del contrato consensual subyacente, es decir: ¿Todo lo que tuvieras que dar o hacer en razón de la buena fe, lo prometes? De esta manera, se trasladarían las excepciones pretorias a la estipulación novatoria. Esta estipulación novatoria empezaría, según Daube, con un ‘*quidquid dare facere oportet...*’, pero también creemos que se podrían utilizar otras partículas como ‘*quod*’ o bien, en el supuesto que tratamos, ‘*haec, quae supra scripta sunt*’, puesto que la remisión amplia a un formulario negocial, tema de este apartado de

²²⁷ KASER M RP I (München 1971) pag 648

²²⁸ Novation of Obligations Giving a *bonae fidei iudicium*, en ZS 61 (1948) pag. 93.

la estipulación novatoria permitiría recoger la flexibilidad del *iudicium bonae fidei*. A estas partículas *quidquid, quod, quae supra scripta sunt...* se les está dando una función pronominal, (son, de hecho, pronombres) que sustituye al sintagma que recoge el contenido del *bonae fidei iudicium*²²⁹.

Planteado el problema de la novación, vamos a reflejarlo sobre la estipulación imaginaria de Alfeno²³⁰: 3) '*haec ita dari fieri spondes?*' y sobre la que proponemos que debería ser la intención de Alfeno 4) '*Haec qua supra scripta sunt ea ita dari fieri neque adversus ea fieri spondes?*'

Creemos que, en ambos casos, el pronombre *haec* quiere incluir en la estipulación la totalidad del contenido del contrato de sociedad; por lo tanto creemos que sería posible admitir la existencia de una novación. (son los *haec ita... ea ita...* del supuesto imaginario, cerrados con un *spondes?* los capaces de producir el efecto novatorio), a través del recurso de la técnica de la remisión, objeto del epígrafe.

Hemos llegado pues a la solución del caso ideal propuesto por Alfeno. Si admitimos la posibilidad de novación, sólo en el caso de que la primera *interrogatio* **termine necesariamente con *spondes***; lo que la caracterizaría como *stipulatio*, siendo así, no se podría demandar con la *actio pro socio* en el caso de que se incumpliese alguno de los pactos sociales, y podemos estar de acuerdo con Alfeno en este punto. Pero de esta conclusión, que podemos aceptar, extrae Alfeno una solución a nuestro juicio demasiado rigurosa.

La redacción de la *interrogatio* del caso realmente planteado que se contiene en la descripción del supuesto es: '*haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri? si ea ita data facta non erunt, tum viginta milia dari?*'

Se sobreentiende de la solución de Alfeno que, al no existir un *spondes* al final de la primera promesa, no habría novación y, por tanto, subsistiría la posibilidad de accionar

²²⁹ CORBINO *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana* (Torino 1994) pag 64 El autor dice que, en la antigua *sponsio*, las partes (del negocio) no tenían que formalizar el contenido íntegro del negocio dentro de la *interrogatio-responsio*, sino sólo pronunciar la pregunta y la respuesta el que enmarcan el negocio realizado. Dicha *sponsio* podía obligar, tanto a un comportamiento elemental (*centum mihi dari spondesne? spondeo?*), como a un comportamiento complejo, en cuyo caso se redactaría así: '*haec, quae supra diximus, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri spondesne? spondeo?*'.

²³⁰ Indagar en la intención de Alfeno pertenece al terreno del psicoanálisis, las formulaciones 3) y 4) son formulaciones nuestras, pueden considerarse equivalentes por otro lado a *haec ita dari fieri spondes?* y *ea ita dari fieri spondes?*. Estas son dos *interrogationes* consideradas suficientes por Alfeno para producir el efecto (novatorio) de que *tota res in stipulationem translata videretur*, que admitimos a continuación.

pro socio. Es decir, en términos actuales, Alfeno no considera que el supuesto planteado constituya una doble estipulación²³¹, sino de una estipulación penal independiente o principal:²³², es decir existiría un concurso alternativo en caso de incumplimiento de los pactos sociales entre la acción derivada del contrato de sociedad y la exigibilidad de la pena. Para Alfeno existiría una única estipulación²³³.

Para Horak²³⁴, la solución de Alfeno es demasiado rigurosa, pues se puede suponer que el *spondes* final cubre las dos conductas, y, desde un punto de vista lingüístico, esta interpretación sería más satisfactoria. Asimismo apunta a que **un resto del viejo formalismo del *ius civile*** impediría a Alfeno²³⁵ dejarse llevar por el lenguaje. Para que exista una pena convencional en forma de ‘Doppelstipulation’ es necesario, todavía a finales de la República, que encontremos dos *interrogationes* cerradas con sendos *spondes*.

Pero hay un aspecto que escapa al análisis de Horak, y es el siguiente: la decisión de Alfeno es equivocada, a nuestro juicio, no sólo por las razones que ofrece Horak, sino porque ni en la primera *interrogatio*, ni en la segunda aparece la palabra *spondes* (dato relevante que queda fuera de la *distinctio* de Servio-Alfeno).

Si Alfeno es tan formalista como para exigir ‘ad substantiam’ la presencia de la palabra *spondes*, al final de la primera *interrogatio*, debería consecuentemente exigirla también al final de la segunda *interrogatio* (‘*si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari?*’).

Dice Horak que para Alfeno sólo existe una estipulación pero prolija y mal redactada, pero de lo anterior vemos que, si aplicamos el rígido formalismo de Alfeno, no deberíamos encontrar ni tan siquiera una *stipulatio*.

Si volvemos al caso planteado en Paul. D. 17,2,71 pr. *Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent et quod ex eo artificio quaestus fecissent, comune eorum esset:*

²³¹ Recordemos que, en Derecho romano, lo decisivo para que exista doble estipulación es que la obligación principal pueda ser exigida mediante *stipulatio*, y no (v.gr.) a través de un *iudicium bonae fidei*.

²³² Una remisión al tratamiento general de estos temas ; v. app **2.3.1.2.; 2.3.1.3.1.**

²³³ En este sentido también la exégesis que hace KNÜTEL en *Stipulatio poenae* cit. pag. 67 ss.

²³⁴ HORAK F, *Rationes Decidendi* (Aalen Scientia 1969) pag. 205 y ss

²³⁵ En la solución del caso dado por Alfeno, cuando éste utiliza ‘*si ea ita facta non essent, decem dari?*’, podemos considerarlo como una simplificación y resumen de las dos promesas cruzadas en el caso real.

de ea re quae voluerunt fieri in pacto convento societatis proscriserunt, deinde inter se his verbis stipulati sunt:...

De optar por la solución de Alfeno, como hemos dicho, ésta debe aplicarse hasta el final, y el resultado contradiría el propio planteamiento del caso. Si se nos permite enmendar la reflexión de los *veteres*, parecería más razonable no hacer una interpretación tan formalista (a lo que contribuye el hecho de estar ante una estipulación que hace referencia a otro contrato documentado por escrito), y admitir que estamos ante una doble estipulación, en la cual tanto la estipulación principal como la penal serían exigibles mediante acciones *ex stipulatu*, y no se podría accionar más, en caso de incumplimiento de los pactos sociales, con la *actio pro socio*.

En conclusión, ha quedado patente el esfuerzo y los límites por dotar de flexibilidad a la *stipulatio*, a fin de ajustar un complejo clausulado negocial en el molde oral de la estipulación, así como la suavización de los requisitos formales, a través de la citada técnica de la remisión que justifica éste epígrafe. Indirectamente, se han ampliado las posibilidades de actuación que ofrece el sistema contractual romano.

2.3.2. UNIDAD DE ACTO

La unidad de acto es un requisito fundamental de la estipulación. Hace referencia a que la respuesta debe seguir a la pregunta. En tanto en cuanto la estipulación la podemos definir como el intercambio de pregunta y respuesta que hace surgir una obligación, este intercambio de palabras debe ser contextual, es decir ni es posible que se dilate en el tiempo la respuesta pero tampoco, es necesario como veremos a continuación que la respuesta siga inmediatamente a la pregunta.

En las fuentes encontramos los siguientes textos acerca de este requisito:

D. 45,1,1,1 (Ulp. 48 Sab.) *Qui praesens interrogavit, si antequam sibi responderetur discessit, inutilem efficit stipulationem: sin vero praesens interrogavit, mox discessit et reverso responsum est, obligat: intervallum enim medium non vitiavit obligationem.*

Para Riccobono²³⁶ el final del texto: *intervallum enim medium non vitiavit obligationem* esta interpolado al igual que los siguientes.²³⁷:

²³⁶ RICCOBONO SZ 35 (1914) pag. 252-253.

D. 45,1,137 pr. (Ven. 1 stip.) *Continuus actus stipulantis et promittentis esse debet (ut tamen aliquod momentum naturae intervenire possit) et comminus responderi stipulanti oportet. ceterum si post interrogationem aliud acceperit, nihil proderit, quamvis eadem die spondisset.*

D. 45,2,12 pr. (Ven. 2 de stip.) *Si ex duobus, qui promissuri sint, hodie alter, alter postera die responderit, Proculus non esse duos reos ac ne obligatum quidem intellegi eum, qui postera die responderat, cum actor ad alia negotia discesserit vel promissor, licet peractis illis rebus responderit.*

D. 45,2,6,3 (Iul. 52 dig.) *Duo rei sine dubio ita constitui possunt, ut et temporis ratio habeatur, intra quod uterque respondeat: modicum tamen intervallum temporis, item modicus actus, qui modo contrarius obligationi non sit, nihil impedit, quo minus duo rei sunt. fideiussor quoque interrogatus inter duorum reorum responsa si responderit, potest videri non impedire obligationem reorum, quia nec longum spatium interponitur nec is actus, qui contrarius sit obligationi.*

Juliano autoriza un módico intervalo, pero ¿qué es un *intervalum medium* o un ‘corto intervalo dictado por la naturaleza’ o un ‘módico intervalo’? ¿Podría considerarse dentro del concepto de ‘intervalo medio’ la posibilidad de que el promitente se ausentase y volviese a comparecer junto al estipulante? ¿Invalidaría una estipulación un estornudo o un ataque de hipo?

Desde nuestro punto de vista, en la época clásica la forma en los negocios solemnes o formales mostraría ya una cierta flexibilidad, que los distanciaría del rigor de épocas anteriores²³⁸. Flexibilidad en virtud de la que se consideraría absurdo invalidar una estipulación por un estornudo o bien no se considera interrumpida la estipulación por pronunciar un fragmento de Virgilio al tiempo que se respondía con un *spondeo* en el fragmento de Florentino²³⁹ en D. 45,1,65²⁴⁰.

En este sentido, creemos que tiene razón Biondi al afirmar que: “non si tratta soltanto di unità temporale ma di continuità di affare”²⁴¹; parece que no sólo deberíamos tener en cuenta la duración del intervalo. Venuleyo D.45,1,137 pr. admite que las declaraciones

²³⁷ ZIMMERMANN op.cit. pag.73 considera probablemente interpolados ambos textos.

²³⁸ MACCORMACK Formalism, Symbolism and Magic in Early Roman Law (Aberdeen AÑO) pag. 439 ss. “Certain assumptions, often made about formalism in general, have been applied to the formalism of early Roman law: that it is to be found in legal systems at the beginning of their development, that is primarily to magical or religious action and therefore (by implication) that it characterised the legal system when it was not clearly differentiated from magic or religion.”

²³⁹ Florentino ha de recurrir en este caso a la máxima “*utile per inutile non vitiatur*”

²⁴⁰ D. 45,1,65 (Flor.8 inst.) *Quae extrinsecus et nihil ad praesentem actum pertinentia adiecerit stipulationi, pro supervacuis habebuntur nec vitiabunt obligationem, veluti si dicas: ‘arma virumque cano: spondeo’, nihilominus valet.*

²⁴¹ BIONDI Contratto e *stipulatio* (Milán, 1953) pag. 267 ss.

del estipulante y promitente deben ser continuas; aunque pueda separarlas “un momento natural” , el jurista llega a admitir un plazo de un día, en el cual el acto puede no ser válido por incongruencia, pero si no hay incongruencia no parece que Venuleyo tuviera dificultad en aceptar éste lapso de tiempo, como posible en cuanto al requisito de la unidad de acto.

También deberíamos considerar si, en ese periodo de tiempo, se ha seguido tratando del mismo asunto, o bien se ha producido una desconexión del supuesto, que ha motivado la *interrogatio*).

Es por esta razón apuntada por Biondi y por la existencia de varios textos que pueden interpretarse en este sentido: Juliano D.45,2,6,3 (52 dig.); Venuleyo²⁴² D.45.1,137 pr(1 de stip.), D.45, 2,12 pr (2 de stip), Ulpiano D.45,1,1,1 (48 ad Sab). Es por lo que creemos que, no sólo la posibilidad de flexibilizarlo se empezaría a discutir en la jurisprudencia clásica, sino que esta forma de entender el principio de la unidad de acto se generalizaría en ésta época.

2.3.3. PRESENCIA DE LAS PARTES

De acuerdo con el carácter verbal de la estipulación, el contrato se debe realizar *inter praesentes*²⁴³. Y, en nuestra opinión, la rigidez de este principio²⁴⁴ (Ulp.D.45.1,1 pr. ya fue presentado en el ap. 2.3.1.1. y también se reproduce más abajo) fue determinante para la llamada ‘degeneración’ postclásica de la estipulación. Mientras Roma tiene una estructura de ciudad-estado, este principio (v.gr. la presencia de las partes) no obstaculiza el normal desarrollo del tráfico jurídico. Hay que reconocer que uno de los

²⁴² Los textos de Venuleyo (D.45,1,137 pr. y D.45,2,12 pr.) están situados en la *Palingenesia* de Lenel al principio col.1218 y 1219 de su obra *De stipulationibus*, que, presumiblemente tratarían de la estipulación en general; aunque, como dice el autor , Lenel en nota a pie de página I, no es totalmente seguro el orden de los libros sobre las estipulaciones.

²⁴³ V. DÜLL *Stellvertretung im Bereich von Stipulationem?*, en *Studi Arangio-Ruiz* vol. I (Napoli 1953) pag. 309; VAN OVEN *Mélanges Levy-Bruhl* (Paris 1959) pag. 301 ss.

²⁴⁴ Matizado de forma insuficiente por la posibilidad de estipular y de prometer a través de esclavos o hijos de familia , cf :

D. 45,1,1 pr. (Ulp 48 Sab.) *Stipulatio non potest confici nisi utroque loquente: et ideo neque mutus neque surdus neque infans stipulationem contrahere possunt: nec absens quidem, quoniam exaudire invicem debent. si quis igitur ex his vult stipulari, per servum praesentem stipuletur, et acquirat ei ex stipulatu actionem. item si quis obligari velit, iubeat et erit quod iussu obligatus.*

ámbitos donde más se utilizan las estipulaciones, es en el ámbito bancario²⁴⁵, cuyo *modus operandi* se justifica esencialmente en función de los objetivos conseguidos. Cuando Roma pasa a ser un imperio universal y a dominar los otros núcleos comerciales importantes que ya existían aparte de la metrópoli, la exigencia de la presencia de las partes —a menudo residentes en ciudades distintas— pasa a ser un obstáculo para el tráfico jurídico, atendiendo al desarrollo de las comunicaciones en la época, de manera que aumentarían su importancia los tipos negociales consensuales, que no requieren dicha presencia de las partes. Existen también otras razones que obstaculizan el tráfico jurídico, como la ausencia de representación directa o la prohibición del contrato a favor de tercero en derecho romano. Debido a estas razones y a que cada vez más los *verba* van a tener una interpretación *pro consensu*, se facilita cada vez más la atenuación del principio de la presencia de las partes, que, sin embargo no puede desaparecer sin más, pues quebraría la esencia misma del contrato de *stipulatio*²⁴⁶ y ello supondría la anulación de una gran obra, paciente e incesante, de la jurisprudencia clásica.

Encontramos fragmentos de Gayo en este sentido:

3,136 *Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque verborum neque scripturae ulla proprietates desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit.*

En este texto, Gayo, comparando con los contratos consensuales, destaca la presencia de las partes como un presupuesto para la celebración de la *verborum obligatio*. Por su parte, Ulpiano en un fragmento que volvemos a transcribir:

D. 45,1,1 pr. (Ulp. 48 Sab.) *Stipulatio non potest confici nisi utroque loquente: et ideo neque mutus neque surdus neque infans stipulationem contrahere possunt: nec absens quidem, quoniam exaudire invicem debent. si quis igitur ex his vult stipulari, per servum praesentem stipuletur, et acquirat ei ex stipulatu actionem. item si quis obligari velit, iubeat et erit quod iussu obligatus.*

²⁴⁵ CAMODECA L'archivio Puteolano dei Sulpicii (Napoli 1992) pag. 3 ss. Cuando en 1959 se estaba construyendo la autopista entre Pompeya y Salerno, aparecieron muchos documentos que hasta el momento se habían conservado en buen estado pertenecientes a la familia de los Sulpicii, una familia de banqueros de Puteoli. Todos estos documentos reciben el nombre de archivo Puteolano de los Sulpicios y nos sirven para el conocimiento de la actividad bancaria que se realizaba en la época así como para el estudio de los formularios estipulatorios que forman parte de este archivo.

²⁴⁶ Según MARTINI Sulla presenza delle parti alla *stipulatio* nel diritto giustiniano, en *Labeo* 47 (2001) pag. 245 ss.: “per i classici la presenza delle parti, piu che un requisito, fosse piuttosto un presupposto di fatto per un contratto che si poneva in essere con una effettiva domanda e una risposta contestuale”.

trata de la presencia de las partes en la estipulación, pero sin comparar ésta con otras formas contractuales. Lenel²⁴⁷ sitúa este fragmento al comienzo del libro 48 (que trata sobre las estipulaciones inútiles), por lo que consideramos que la doctrina del fragmento se puede aplicar a todo tipo de estipulaciones.

Justiniano²⁴⁸ se encuentra con el problema de intentar mantener los principios clásicos, adecuándolos a las necesidades de su época. En especial, por lo que respecta al principio de la presencia de las partes, en Inst. 3,19,12 (que remite a la c. del 531 en C. 8,37,14) se intenta solucionar los supuestos en los que, debido a la intervención de esclavos en estipulaciones documentadas, se discutía si se debía probar su presencia, cuando la otra parte la negaba. Según Justiniano *tales scripturas omnifariam esse credendas*, y había que presumir que el esclavo había estado presente. Esta presunción *iuris tantum* sólo se podía destruir con pruebas manifiestas —y mejor por documentos— *liquidis ac manifestissimis probationibus et melius quidem, si per scripturam...* de que las partes en ese día habían estado fuera de la ciudad.

En definitiva inst. 3,19,12 simplifica los supuestos y el alcance de la regulación de D.8,37,14 (no intervienen esclavos o intervienen esclavos no pertenecientes a las partes).

Con esta disposición, no sólo se fortalece la importancia del documento redactado, sino que se dificulta la prueba de la ausencia de alguna de las partes, hasta el punto de convertirla en una *probatio diabolica*. De esta manera parece que se habría de producir un cambio de criterio probatorio: el documento escrito tendría más importancia que la prueba de uno de los requisitos clásicos de la estipulación, esto es, la presencia de las partes; en el caso que se quisiera atacar el documento escrito (en cuanto a la presencia de las partes) sólo sería posible si quedaba probado que las partes hubiesen estado fuera de la ciudad. Esta norma Justiniana parece que no hace más que recoger lo admitido anteriormente; así en el Digesto encontramos un fragmento significativo de Paulo²⁴⁹

²⁴⁷ LENEL Paling. cit. vol. II col. 1186.

²⁴⁸ MARTINI Sulla presenza delle parti alla *stipulatio* nel diritto giustiniano cit. considera que, en la época justiniana, no se produce una debilitación del requisito de la presencia de las partes, al contrario que Bonini, Luchetti y Burdese. Lo justifica en que, en Inst. C. 8,37,14 (a. 531), se produjo la fusión de dos constituciones referidas a cuestiones diversas y esto produjo la inclusión de la presencia de las partes en la misma ciudad, que se debía únicamente a que en los documentos no se incluía el lugar de realización de la *stipulatio* sino la ciudad, y esto justificó la introducción de la presunción normativa por parte de Justiniano.

²⁴⁹ Respondió el mismo: Con frecuencia lo que se conviene en las conversaciones previas a la estipulación

D. 45,1,134,2-3 (Paul.15 resp.) Idem respondit , cum Septicius litteris suis praestaturum se caverit pecuniam et usuras eius semisses, quae apud Sempronium depositae sint: Si inter praesentes actum est, intellegendum etiam a parte Lucii Titii praecessisse verba stipulationis.. Idem respondit, quotiens pluribus specialiter pactis stipulatio una omnibus subicitur, quamvis una interrogatio et responsum unum subiciatur, tamen proinde haberi, ac si singulae species in stipulationem deductae fuissent.

Este fragmento lo hemos tratado en el ap. 2.3.1.3 (un caso concreto: la utilización de las estipulaciones penales), que, como hemos visto, está relacionado con la utilización de un *instrumentum/scriptura*, al cual se remite la estipulación, y que debía incluir el nombre de la ciudad donde se realizaba (y no del lugar en el cual tenía lugar la estipulación), debió servir como antecedente —al generalizarse el uso de la técnica de la remisión— a la regulación Justiniana. El fragmento también alude a la regla *tot stipulationes quot res*.

Posteriormente, en la reelaboración postclásica de las *Sententiae* de Paulo, se reproduce lo anteriormente recogido²⁵⁰:

PS. 5,7,2 Verborum obligatio inter praesentes, non etiam inter absentes contrahitur. quod si scriptum fuerit instrumento promississe aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit.

2.3.4. CONGRUENCIA ENTRE PREGUNTA Y RESPUESTA

Creemos que la *stipulatio*, desde su perfección, surge como una entidad nueva y distinta a la *interrogatio/responsio*. En este sentido se produce la evolución de la *sponsio/stipulatio*, desde la época arcaica, al superar el valor mágico de los *verba*, ‘estos toman una consideración distinta y superior a un mero conjunto de palabras. Evidentemente en toda la evolución de la *stipulatio* subyace una serie de tensiones en la jurisprudencia clásica, tensiones por intentar armonizar la nueva realidad social a los principios recogidos por la jurisprudencia anterior. Es por esta tendencia, no sólo a la armonización, sino también al respeto de la tradición y a la continuidad de la magna

se considera reiterado en la misma estipulación, pero siempre que no sea para quitar eficacia a la estipulación.

²⁵⁰ Para BIONDI *Contratto e stipulatio* (Milano 1953) pag. 311 ss., el texto fue seguramente alterado por los compiladores visigodos.

obra jurisprudencial, lo que hace que la jurisprudencia clásica no se pronuncie con más claridad sobre la congruencia entre *interrogatio/responsio*. Debido a las citadas tensiones que se produjeron en la evolución de la *stipulatio*, junto a la atracción por las interpolaciones en los autores de la primera mitad del siglo XX²⁵¹; muchos de los textos clásicos se consideraron justinianos.

Teniendo en cuenta que la verdadera esencia de la *stipulatio* no está en pronunciar unas palabras determinadas, sino en la concurrencia de pregunta y respuesta, que han de ser necesariamente congruentes, de ahí la importancia de este requisito clásico. Por tanto, debe existir una correspondencia entre pregunta y respuesta, entendida como una manifestación del acuerdo de voluntades de las partes²⁵². Pero, siguiendo las fuentes jurídicas que han llegado hasta nosotros, hemos de ir matizando, en cada caso, a lo largo del capítulo siguiente, el significado de la congruencia en la estipulación.

2.3.4.1. LA MERA CONGRUENCIA EN LAS PALABRAS

Como hemos dicho más arriba, en la época arcaica, la congruencia tiene un carácter predominantemente (aunque no únicamente) verbal, respecto de las fórmulas pronunciadas. En este sentido, Levy-Bruhl²⁵³ considera que existen, en relación a los juramentos, dos tipos de congruencia: un primer tipo de congruencia se limitaría a la exacta repetición de las palabras; mientras que —en un segundo tipo de congruencia que aparece en el juramento que utilizaban los Feciales para la conclusión de los tratados— hay una “conformité scrupuleuse de la parole avec l’écrit”. Nos encontramos aquí con el primer fenómeno de remisión o de repetición verbal de un formulario escrito que ha llegado hasta nuestros días, y que podría ser el germen de la llamada ‘Shutzform’²⁵⁴.

En este caso la remisión no busca de suyo una finalidad probatoria, sino la de aligerar la *interrogatio*, pero manteniendo siempre la congruencia entre *interrogatio/responsio*.

²⁵¹ Así los trabajos de RICCOBONO *Stipulatio e instrumentum* nel diritto giustiniano, en SZ 35 (1914) pag. 214 ss.; IDEM SZ 43 (1922) pag. 262 ss.

²⁵² De la misma manera que creemos, que en la moderna teoría general del contrato debe existir correspondencia entre oferta y aceptación.

²⁵³ LEVY-BRUHL La congruentia dans la stipulation, en Archives de droit privé 16 (Atenas 1953) pag. 49 ss.

²⁵⁴ DULCKEIT Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht, en Festschrift Schulz vol. I (Weimar 1951) pag. 160 ss.

No podemos hablar pues, de congruencia solamente como la repetición exacta de las palabras utilizadas, sino que ya existían, como se ha visto en epígrafes anteriores, técnicas de remisión a documentos escritos.

La congruencia en la *stipulatio*, como dice Levy-Bruhl²⁵⁵ debe verse afectada también por las remisiones, aunque el promitente no repita la *interrogatio* íntegra del estipulante, sino solo el verbo que la cierra.

En este sentido estamos de acuerdo con la definición más flexible de congruencia de Levy-Bruhl para el cual la congruencia debe ampliarse y flexibilizarse pues no se limita “c’est-à-dire la répétition des termes, plus précisément du verbe employé par le stipulant”

El principio de congruencia clásico de congruencia es enunciado por Gayo:

Gai. 3,92 *Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, velut: DARI SPONDES? SPONDEO; DABIS? DABO; PROMITTIS? PROMITTO; FIDEIPROMITTIS? FIDEIPROMITTO; FIDEIUBES? FIDEIUBEO; FACIAS? FACIAM.*

También Modestino hace referencia a la congruencia:

D. 44,7,52,2 (Mod. 2 reg.) [pr. *Obligamur...*] *Verbis, cum praecedat interrogatio et sequitur congruens responsio.*

Asimismo en la reelaboración postclásica de las Sentencias de Paulo:

PS. 2,3 *Stipulatio est verborum conceptio, ad quam quis congrue interrogatus respondet: velut SPONDES? SPONDEO: DABIS? DABO: PROMITTIS? PROMITTO: FIDEI TUAE ERIT? FIDEI MEAE ERIT: et tam pure quam sub condicione concipi potest.*

Sin embargo²⁵⁶, observamos en algunos documentos epigráficos como los formularios de Varrón, ap. 2.3.1.2 se admitía un sentido más flexible de congruencia.

A medida que en la *stipulatio*, debido a las nuevas necesidades de la sociedad, se va dando más importancia al *consensus*, habrá que incorporarlo al principio de congruencia. No parece razonable pensar (teniendo en cuenta además el *modus operandi* de los juristas romanos), que cualquier discrepancia entre *interrogatio/responsio* conllevara la nulidad de la *stipulatio*. Los juristas tienen en cuenta la voluntad de las partes y el primer nivel de esta manifestación volitiva se centra precisamente en la voluntad de contratar, el criterio del *id quod actum*. El examen de lo

²⁵⁵ LEVY-BRUHL La congruentia dans la stipulation, en Archives de droit privé 16 (Atenas 1953) pag. Pag 60

²⁵⁶ Ya hemos hecho referencia a ello al tratar el epígrafe 2.3.1.2.

que las partes han querido hacer, toma un papel preponderante en la interpretación de los contratos²⁵⁷.

2.3.4.2. CONGRUENCIA EN RELACIÓN A LA CONDICIÓN Y AL TÉRMINO

En el importante fragmento de las Instituciones de Gayo (3,102) se examina, entre otras, la cuestión de qué ocurre cuando se interroga simplemente y se obtiene una respuesta bajo condición (o término). Según el jurista, la *stipulatio* no puede llegar a perfeccionarse si, aunque se pronuncien los *verba*, no existe la congruencia necesaria.

Por otra parte, Ulpiano se encarga de examinar el supuesto inverso; es decir, el de una *interrogatio* bajo condición seguida de una respuesta pura, sin condición. Para Ulpiano, también en este caso la *stipulatio* es nula.

D. 45, 1, 1,3 (Ulp. 48 Sab.) *Si quis simpliciter interrogatus responderit: 'si illud factum erit, dabo', non obligari eum constat: aut si ita interrogatus: 'intra kalendas quintas?' responderit: 'dabo idibus', aequae non obligatur: non enim sic respondit, ut interrogatus est. et versa vice si interrogatus fuerit sub condicione, responderit pure, dicendum erit eum non obligari. cum adicit aliquid vel detrahit obligationi, semper probandum est vitiatam esse obligationem, nisi stipulatori diversitas responsionis ilico placuerit: tunc enim alia stipulatio contracta esse videtur.*

Lenel²⁵⁸ sitúa este texto al comienzo (concretamente en tercer lugar) del libro 48 (*De verborum obligatione*) bajo el subepígrafe *De inutilibus stipulationibus*. En estos fragmentos Ulpiano trata de problemas relacionados con cuestiones básicas de la eficacia de la estipulación (si una respuesta utilizando *quid ni* es posible, si la *acceptilatio* inútil vale o no como pacto, etc.), por lo que creemos que el fragmento que aquí nos ocupa (D. 45,1,1,3 Ulp. [Ulp. 48 ad Sab.]) resulta aplicable a la estipulación en general.

Ulpiano se interroga sobre la posibilidad de responder a una pregunta pura con una respuesta condicional (—si se hace tal cosa, daré); sobre la posibilidad de modificar el término de cumplimiento en la *responsio* y sobre la posibilidad de responder pura y simplemente a una *interrogatio* que contenía una condición. En los tres supuestos, el jurista, coincide en que no existe obligación.

²⁵⁷ DOBBERTIN Zur Auslegung der Stipulation im klassischen römischen Recht.(Zurich1987) pag. 41 ss.

²⁵⁸ LENEL *Palingenesia Iuris Civilis* cit. vol I, col. 1186.

Ulpiano acepta, sin embargo la posibilidad de modificaciones, admitiendo que el estipulante esté de acuerdo con las variaciones derivadas de la respuesta, pero en este caso se tratará de una nueva estipulación.

A modo de conclusión, Sacconi²⁵⁹ considera que “il brano è collocato dopo un lungo discorso in cui si esaminano formule stipulatorie nelle quali manca, per un motivo o per un altro la corrispondenza sostanziale tra domanda e risposta. Nelle svariate ipotesi descritte da Ulpiano ricorre un elemento comune, ossia la mancata corrispondenza tra il tenore della domanda e quello della risposta. Rivela piuttosto un disaccordo sul contenuto dell’obligatio anziché apparire semplicemente como vizio de la forma. Manifesta quindi non tanto un difetto de forma, ma l’assenza di un vero e propio accordo negoziale dal momento che, como dice Venuleio *nam stipulatio ex utriusque consensu perficitur*. D’ altra parte, se tale consenso viene a ricomporsi, il negozio stipulatorio si ricostituisce , dando luogo ad un nuovo vinculo obligatorio, come osserva lo stesso Ulpiano nel prosieguo del brano già citato <<Cum adicit aliquid vel detrahit....>>”

2.3.4.3. CONGRUENCIA EN RELACIÓN A LA CANTIDAD

En este caso, Gayo (3,102) se pronuncia por la inexistencia, si el estipulante hubiese preguntado por ‘diez’ y el promitente hubiese prometido ‘cinco’, y también trata del supuesto inverso , considerándolo también inexistente .

Ulpiano acepta, sin embargo, la eficacia de la estipulación por la suma menor:

D. 45, 1,1,4 (Ulp. 48 Sab.) *Si stipulanti mihi ‘decem’ tu ‘viginti’ respondeas, non esse contractam obligationem nisi in decem constat. ex contrario quoque si me ‘viginti’ interrogante tu ‘decem’ respondeas, obligatio nisi in decem non erit contracta: licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est viginti et decem inesse.*

Este texto se encuentra situado en la Palingenesia de Lenel²⁶⁰ a continuación de D.45,1,1,3 (Ulp 48 ad Sab.), por lo que consideramos que valen nuevamente las observaciones que anteriormente hicimos para aquél.

²⁵⁹ SACCONI G, Ricerche sulla *stipulatio* Publ. Fac.Giur. Università di Camerino , 33 .Napoli Jovene (1989)pag.17 y ss

²⁶⁰ LENEL *Palingenesia Iuris Civilis* cit. vol I col. 1186.

Ulpiano interpreta la congruencia como un principio no formal sino sustancial explicando su razonamiento de que ‘lo más comprende lo menos’²⁶¹. Hemos de considerar que el carácter unilateral de la *stipulatio* podría hacer viable el razonamiento de Ulpiano.

Sacconi²⁶² interpreta este fragmento de forma conjunta a D.45.1,1,3 Ulp 48 ad Sab explicación que hemos reproducido en el anterior apartado

En un interesante artículo Guarino²⁶³ deja clara su postura. El autor empieza contraponiendo el texto a Gai 3, 102 . Considera que para la doctrina hoy dominante, el fragmento está interpolado “eventualmente da mano postclassica prejustiniana” Una minoría se adscribe a que el texto pertenece a la edad de los Severos , de la cual es exponente Ulpiano. A esta minoría se ha añadido, recientemente con nuevos argumentos R.Backhaus²⁶⁴. Sin embargo estos argumentos no convencen a Guarino que es partidario de una reelaboración prejustiniana. Nosotros creemos con Backhaus que la ruptura del principio de congruencia no es un indicio suficiente de interpolación como se confirma en otros casos (D.45,1,5; D.45,1,65; D.45.1.83.3-4). Por otra parte el recurso a la *regula in maiore minus inest*, que se puede leer al final de D.45,1,14 es parte del repertorio argumentativo de la jurisprudencia clásica y se manifiesta claramente contra la hipótesis de la interpolación.

2.3.4.4. MÁS CASOS DE CONGRUENCIA

Ulpiano (eod. 1,5) también trata el supuesto²⁶⁵ en el que el estipulante se refiere a la entrega del esclavo Pánfilo, mientras el promitente responde obligándose a entregar a Pánfilo y Estico. El jurista intenta mantener la eficacia del contrato, considerando no hecha la referencia a Estico. En virtud del principio interpretativo *tot stipulationes quod res*, de las dos posibles estipulaciones (la que tiene por objeto a Pánfilo y la que tiene

²⁶¹ También Paulo en D. 45,1,83,3 (72 ed.)

²⁶² SACCONI G, Ricerche sulla *stipulatio* Publ. Fac.Giur. Università di Camerino , 33 .Napoli Jovene (1989)pag.17 y ss

²⁶³ GUARINO A, La congruenza delle somme. Pagine di diritto romano 6 (Napoli 1995) pag 200 y ss

²⁶⁴ BACKHAUS R *In maiore minus inest*. Eine justinianische regula iuris i dem klassischen. ZS 100 (1983) pag 136 y ss.

²⁶⁵ LENEL *Palingsenesia Iuris Civilis* cit. vol. I col. 1186. Como ya hemos puntualizado en el epígrafe anterior, D. 45,1,1,3-6 están situados por Lenel uno a continuación del otro (tal y como estan en el propio Digesto); por esto consideramos válidas las precisiones que hemos hecho en relación al primero de los fragmentos (D. 45,1,1,3) .

por objeto a Estico) sólo considera perfeccionada, en virtud del principio de congruencia, la que se refiere a Pánfilo. Vemos en este sentido, que el principio de mantenimiento de los actos jurídicos, que inspira la actividad de la jurisprudencia romana, junto a la existencia de principios interpretativos que atenúan el rigor del principio de congruencia, priman frente a una estipulación formalmente única²⁶⁶.

D. 45,1,1,5 (Ulp.48 Sab.) *Sed si mihi Pamphilum stipulanti tu Pamphilum et Stichum sponderis, Stichi adiectionem pro supervacuo habendam puto: nam si tot sunt stipulationes, quot corpora, duae sunt quodammodo stipulationes, una utilis, alia inutilis, neque vitiatur utilis per hanc inutilem.*

En relación al objeto, encontramos también un fragmento de Paulo en el cual se exige —para que se cumpla el principio de congruencia— el mismo significado, aunque se utilice denominación distinta, superando de esta manera la congruencia de los *verba*.

Este fragmento es tratado por Sacconi²⁶⁷ conjuntamente con otros (3-4) y la autora concluye: “Nelle svariate ipotesi descritte da Ulpiano ricorre un elemento comune, ossia la mancata corrispondenza tra il tenore della domanda e quello della risposta. Ora la discordanza tra la richiesta del *lo stipulans* e la risposta del *promissor*, rivela piuttosto un disaccordo su contenuto dell’*obligatio* anziché apparire semplicemente come un vizio di forma.” La autora manifiesta a continuación que en este caso se produce no tanto un defecto de forma como la ausencia de un acuerdo negocial. Pero este consenso se recompone, dando lugar a un nuevo vínculo obligatorio.

Voci²⁶⁸ por otra parte dice que se plantea un problema histórico ¿cuándo el consentimiento se considera un requisito de la *stipulatio*. Dice que el pensamiento de Pedio es un término *a quo*, pero resulta claro que el inicio del desarrollo jurisprudencial debe ser anterior a Pedio.

En el texto de Ulpiano que reproducimos a continuación, el jurista salva el error acerca del nombre de un esclavo, si hay acuerdo sobre) cuál es:

D. 45,1,32 (Ulp.47 Sab.) *Si in nomine servi, quem stipularemur dari, erratum fuisset, cum de corpore constitisset, placet stipulationem valere.*

²⁶⁶ En sentido contrario D. 45,1,83,2 (Paul. 72 ed). (Aquí la alternativa la propone el estipulante. Paulo distingue, por otro lado entre estipular “*Stichum aut Pamphilum*” y estipular “*Stichum et Pamphilum*”

²⁶⁷ SACCONI G, Ricerche sulla *stipulatio* Publ. Fac.Giur. Università di Camerino, 33. Napoli Jovene (1989) pag.17 y ss

²⁶⁸ VOICI P, La dottrina romana del contratto (Milano 1946) pag 136.

El texto de Ulpiano está colocado en el subepígrafe *De vadimoniis*, dentro del libro 47 (*De verborum obligatione*). Pensamos que, al estar dentro de este subepígrafe tiene un alcance general, y no hay que considerar que se refiere únicamente a las estipulaciones que tienen por objeto esclavos.

Para Sacconi ²⁶⁹ en la fórmula estipulatoria hay un error sobre el nombre del esclavo, objeto del contrato, mientras subsiste la identidad física del esclavo. El jurista afirma por tanto que la estipulación es válida. En este caso afirma la autora estamos ante un error relativo, porque resulta relevante que el *consensus in corpore* existe entre estipulante y promitente. La *conventio* aparece como el fundamento último de la validez del negocio estipulatorio.

Paulo, por su parte, pone de manifiesto que, si el nombre del esclavo es correcto (Estico) pero estipulante y promitente piensan cada uno en un esclavo distinto, la estipulación no es válida. Pero este caso es distinto a los anteriormente tratados, pues no hay acuerdo sobre el objeto. Se pone de manifiesto la relevancia del error.

D. 45,1,83,1 (Paul. 72 ed.) *Si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil actum erit. quod et in iudiciis Aristo existimavit: sed hic magis est, ut is petitus videatur, de quo actor sensit. nam stipulatio ex utriusque consensu valet, iudicium autem etiam in invitum redditur et ideo actori potius credendum est: alioquin semper negabit reus se consensisse.*

El texto ya fue presentado más arriba v.ap. 1.1.3.1.

Sacconi²⁷⁰ afirma que Paulo distingue entre *iudicia* o proceso (es mejor considerar *petitum* lo solicitado por el actor) y la estipulación que se funda en el consentimiento de los dos contrayentes. El hecho de que en la estipulación se requiera además de unas determinadas formalidades, la existencia de un acuerdo válido, hace que pueda tener eficacia. Esto pone de manifiesto cómo en la época clásica las formas representaban un aspecto esencial del negocio estipulatorio, pero no por sí mismas suficientes para la validez del contrato.

Podemos ver que, con relación a la congruencia de la estipulación, se admite cierta flexibilidad, ya sea en las palabras, en la condición y el término, o en la cantidad, y, por supuesto, también en relación al verbo, supuesto que hemos estudiado anteriormente.

²⁶⁹ SACCONI G, Ricerche sulla *stipulatio* Publ. Fac.Giur. Università di Camerino, 33. Napoli Jovene (1989) pag. 22.

²⁷⁰ SACCONI G, Ricerche sulla *stipulatio* Publ. Fac.Giur. Università di Camerino, 33. Napoli Jovene (1989) pag. 4.

2.4. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

Vamos a exponer los resultados que hemos alcanzado, una vez examinados los requisitos formales de la *stipulatio* a la luz de las fuentes jurídicas de que disponemos (textos de la jurisprudencia romana o bien documentos epígraficos).

Debemos poner de manifiesto una dificultad de carácter general: la distancia entre la literatura jurídica y los documentos de la praxis. Esta dificultad que existe también hoy en día, pero que, en el periodo histórico que consideramos (que abarca el estudio del Derecho romano, es decir, desde las XII tablas hasta la muerte de Justiniano), debía ser todavía más patente por motivos de orden técnico (fundamentalmente la dificultad de las comunicaciones y en la difusión de los textos de la literatura jurídica).

En nuestro caso, la utilización de documentos epígraficos y de textos jurisprudenciales algunos de ellos, en estilo directo, creemos que nos permite acercarnos más certeramente al objeto de nuestro estudio.

La doctrina tradicional²⁷¹ ha venido subrayando los requisitos formales de la estipulación clásica y su posterior degeneración en la época post-clásica y justiniana, nosotros preferimos hablar de evolución de la estipulación clásica, pero es que consideramos que esta evolución es menos intensa de lo que se ha venido admitiendo. Es menos intensa, no porque neguemos el alcance de algunas “modificaciones” post-clásicas y justinianas, sino porque creemos que éstas no modifican substancialmente la situación existente en la época clásica.

¿Por qué, si comparamos dos documentos: uno de la época clásica ²⁷²y otro de la época post-clásica, hemos de considerar que, antes de redactarse el primero, se ha realizado una estipulación oral, y no lo consideramos así en el caso del segundo? ¿Por qué la aplicación de la cláusula estipulatoria, recogida en los papiros egipcios, ha de deberse a la ignorancia de los notarios egipcios²⁷³, y no a la continuación de un proceso generalizado ya en la época clásica?

²⁷¹ BIONDI B, *Contratto e Stipulatio* (Milano 1953)

²⁷² Fórmula Betica s.I d.C. FIRA III§92 pgs.295-297

²⁷³ SIMON *Studien zur Praxis der Stipulationsklausel* (München 1964) pag.41 y ss

Si consideramos correcta la primera opción, deberemos considerar interpolados muchos textos del Digesto. En la línea de los geniales trabajos de Riccobono²⁷⁴, producto sin embargo de la aceptación generalizada de las tesis interpolacionistas. Evidentemente creemos que existen algunas interpolaciones en el Digesto, pero hoy la doctrina no admite, sin más, tesis masivamente interpolacionistas.

Nosotros, después del tiempo que hemos dedicado al estudio del contrato de *stipulatio*, consideramos más correcta la segunda opción y vamos a intentar justificar esta afirmación.

Creemos que la *sponsio* tenía un carácter rígidamente formal, en el que intervenían influencias religiosas vinculadas al hecho de pronunciar las palabras necesarias, en la línea del derecho romano arcaico. Parte de este formalismo se trasladó posteriormente a la *stipulatio*.

Pero los requisitos formales, admitidos de forma generalizada para la estipulación clásica (esto es presencia de las partes, oralidad, unidad de acto, congruencia entre pregunta y respuesta), si se aceptan rígidamente, hacen inviable el desarrollo de la estipulación en la época clásica. Es decir, aplicando rígidamente estos principios, la estipulación sólo sería útil en una comunidad primitiva, en una época pre-púnica y con un número de transacciones limitado.

Si el uso de la estipulación se generalizó en la época clásica —y esto parece evidente—, fue debido a una relajación de aquellas formalidades ¿Por qué la jurisprudencia clásica no reflejó clara y abiertamente esta flexibilidad formal?

En primer lugar, por el carácter conservador, propio de la jurisprudencia romana. Es conocida una de sus manifestaciones el principio de economía de los medios jurídicos que permitía adaptar distintos mecanismos jurídicos a nuevas necesidades.

Además cualquier innovación en relación al tratamiento formal de la *stipulatio* tendría un impacto mayor, puesto que, como hemos dicho reiteradamente, la *stipulatio*, debido a su eventual abstracción. Es una de las claves del sistema contractual romano, ‘el contrato por excelencia’, la estructura jurídica que permitía en mayor medida obviar la tipicidad del sistema contractual romano y, con ello, permitía ir adecuándolo a las nuevas necesidades.

²⁷⁴ Por lo que respecta a la época clásica, especialmente RICCOBONO *Stipulatio ed instrumentum nel diritto giustiniano*, en SZ 35(1914) PAG.; pero también ZSS 43 (1922) PAG.

Pero hay otro motivo por el cual la jurisprudencia romana sería reticente a la modificación formal de los requisitos de la *stipulatio*; y es que toda la construcción jurídica relativa a la teoría de la obligación (condición, término, modo, etc.) está desarrollada tomando como base la *stipulatio*. Una modificación abierta de sus requisitos formales supondría necesariamente un replanteamiento de esa magna obra de la jurisprudencia romana que es el contrato verbal.

Como principal conclusión, podemos afirmar después del estudio de los requisitos formales que hemos examinado en el capítulo segundo, que los juristas clásicos **interpretan con flexibilidad cada uno de ellos**²⁷⁵, pero sin una ruptura con la configuración de la *stipulatio*.

La jurisprudencia intenta armonizar dos niveles, la teoría de la *stipulatio* (y el desarrollo flexible de la misma, necesario para la vida jurídica de Roma) y la supervivencia de la obra jurisprudencial.

Esta necesaria flexibilidad de la *stipulatio* es fruto de la labor de los juristas romanos, que no puede chocar abiertamente con los principios configuradores del contrato estipulatorio, pues, en este caso, las consecuencias serían demasiado importantes; de ahí el trabajo incesante pero sordo de la jurisprudencia clásica, que no se cansará de solucionar casos aplicando una laxitud manifiesta en los principios pero manifestando abiertamente la aceptación de los mismos.

Tanto en la época clásica (de forma generalizadamente aceptada), como post-clásica, se mantuvo, como principio, la oralidad:

EG 2,9,2 *Verbis contrahitur obligatio ex interrogatione dantis et responsione accipientis...*

PS. 2,3 *Stipulatio est verborum conceptio, ad quam quis congrue interrogatus respondet: velut spondes? spondeo: dabis? dabo: promittis? promitto: fidei tuae erit? fidei meae erit: et tam pure quam sub condicione concipi potest.*

²⁷⁵ En relación al requisito de la oralidad, nos encontramos dos significativos textos de Paulo en D. 45,1,134,1 y D. 12,1,40, junto otro texto de Alfenio en Paul. D. 17,2,71,pr. Por lo que respecta a la unidad de acto, encontramos ya en la época clásica una discusión entre distintos juristas, sin que se pueda precisar el alcance de la tendencia (v.gr. D.45,2,6,3 de Juliano; D.45,1,137 pr. de Venuleyo; D. 45,1,1,1 de Ulpiano). La presencia de las partes, parece que se flexibiliza también en Paulo (D. 45,1,134,2-3 y posteriormente en Sent. 5,7,2). Para la congruencia, citaremos tres textos: el primero de Paulo D. 45,1,136, el segundo de Ulpiano D. 45,1,32 Y el tercero de Florentino D. 45,1,65,1.)

IPS 2,3,1 *Stipulatio est inter praesentes haec verba, quibus se invicem partes obligare possunt; ubi necesse est, ut interrogatione petentis pulsatus ad interrogata respondeat. veluti si quis pro alio fideiussorem se dicat accedere; qui cum se hac responsione obligaverit, ad solutionem etiam sine scriptura poterit retineri.*

PS 5,7,2 *Verborum obligatio inter praesentes, non etiam inter absentes contrahitur. quod si scriptum fuerit instrumento promisisse aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit.*

A pesar de estas afirmaciones, nos encontramos textos como el siguiente de Paulo cuya claridad ha sido puesta de manifiesto por Feenstra²⁷⁶:

D. 45,1,134,2-3 (Paul. 15 resp.) Idem respondit, cum Septicius litteris suis praestaturum se caverit pecuniam et usuras eius semisses, quae apud Sempronium depositae sint: Si inter praesentes actum est, intellegendum etiam a parte Lucii Titii praecessisse verba stipulationis.. Idem respondit, quotiens pluribus specialiter pactis stipulatio una omnibus subicitur, quamvis una interrogatio et responsum unum subiciatur, tamen proinde haberi, ac si singulae species in stipulationem deductae fuissent.

Es decir sin modificar el carácter oral de la *stipulatio*, se va generalizando su flexibilidad, en éste caso mediante la técnica de la documentación. También se hace especial hincapié en otro de los requisitos formales como es la presencia de las partes; en este caso, la *cautio* junto a la presencia de las partes actúan como una **presunción** de que se han pronunciado las palabras. Como hemos visto también en otros casos, cuando se quiere flexibilizar la *stipulatio*, se acude con frecuencia a las **presunciones o bien a dificultar la prueba** de que no se han cumplido los requisitos formales, salvando de esta manera los principios formales de la estipulación. Pero es que, en las Sentencias de Paulo, como hemos visto, encontramos recogido el mismo pensamiento que en la obra clásica, quizás con un carácter más general.

PS 5,7,2 *Verborum obligatio inter praesentes, non etiam inter absentes contrahitur. quod si scriptum fuerit instrumento promisisse aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit.*

Lo que ocurre en la época post-clásica no lo podemos definir, pues, como una ‘degeneración de la estipulación’, sino como una **continuación de la práctica de los juristas clásicos, junto con una generalización de la técnica de presunción o ficción de la que hemos hablado también en el capítulo primero de nuestro trabajo.**

²⁷⁶ FEENSTRA L’epistula comme preuve d’une stipulation, en Studi Betti 2 (1962) 412 ss.

3.- TAXONOMÍA DE FORMAS ESTIPULATORIAS RECOGIDAS EN EL DIGESTO EN LENGUAJE DIRECTO

En este apartado, pretendemos recoger y clasificar los diferentes fragmentos que aparecen en el Digesto en lenguaje directo¹, que se enmarcan dentro de la delimitación que hemos hecho en el capítulo primero (ap. 1) al referirnos a las estipulaciones propiamente negociales. Desde esta original perspectiva pretendemos avanzar en el estudio de la forma estipulatoria y poner de manifiesto las consecuencias que la forma puede tener en el régimen jurídico de la estipulación.

Cuando iniciamos el trabajo que condujo a la redacción de éste capítulo, pretendíamos utilizar la reconstrucción histórico-dogmática que las fuentes romanas nos proponen en relación a los requisitos de la *stipulatio* (capítulo 2). Estos requisitos de forma vendrían a actuar como espina dorsal que nos permitirían estudiar las distintas formas estipulatorias. La proyección de éste esquema dogmático rígido sobre la diversidad de formas estipulatorias ha sido una tarea árdua, por cuanto la realidad es más rica y plural que una construcción dogmática. Sin embargo, poco a poco fue tomando vida la clasificación que ofrecemos, que parte de la realidad misma de las fuentes objeto de estudio. **El capítulo 2 actúa como Parte General del estudio de los requisitos de la estipulación, mientras el capítulo 3, toma la forma de Parte especial de los mismos, recogidos en el Digesto en lenguaje directo.**

La originalidad del enfoque de este capítulo reside en tomar únicamente el lenguaje directo de la *stipulatio* recogido en el Digesto. Desde ésta óptica, analizamos cómo la forma estipulatoria puede tener consecuencias en su régimen jurídico. El fondo del supuesto de hecho no es el objeto principal de nuestro estudio. Por éstas razones creemos aconsejable exponer previamente la sistemática que seguiremos. Los textos del Digesto se presentan en latín, a continuación en la mayoría de casos sigue la traducción

¹ Consideramos que ésta perspectiva es la mejor para el estudio de la forma de la estipulación, pues nos permite una mayor proximidad a las estipulaciones realmente pronunciadas.

². Seguidamente centramos el texto y realizamos una calificación jurídica sobre el problema de fondo planteado en el texto, ofreciendo la selección bibliográfica³ más adecuada según nuestro punto de vista. Por último, delimitamos el objeto de nuestro estudio⁴, el fragmento recogido en lenguaje directo, para determinar en cada caso si la forma puede tener consecuencias en cuanto al régimen jurídico de la estipulación.

Nuestro objetivo no reside por tanto en hacer una exégesis en profundidad de todos textos seleccionados. El trabajo que presentamos tiene por finalidad el estudio externo de la forma estipulatoria para determinar que consecuencias jurídicas puede ésta generar. Nuestro estudio tiene pues, un carácter transversal dentro de la dogmática jurídica, puesto que presentamos una calificación de instituciones jurídicas como la tutela, el mutuo, etc... entre muchas otras, que no son propiamente objeto de nuestro trabajo. Por ésta razón volvemos a advertir, que no es nuestro objetivo ofrecer una exégesis completa de los textos que se refieren a todos lo sectores del derecho privado romano.

Hemos de precisar por último, que cuando hablemos de formas negociales complejas⁵ nos referimos a aquellos supuestos en los que junto a un contrato de *stipulatio*, podemos identificar también otras figuras negociales ya sean contratos o pactos.

3.1. LA ORALIDAD

Al tratar del requisito de la oralidad en el capítulo 2 (ap.2.3.1.1) mencionamos diferentes textos del Digesto⁶ pero, sólo encontramos recogido en lenguaje directo el que citamos a continuación⁷.

² Tomamos siempre como referencia la traducción de D'ORS, HERNANDEZ-TEJERO, FUENTESECA, GARCIA-GARRIDO Y BURILLO, El Digesto de Justiniano (1975), pero en algunos casos la adaptamos a un lenguaje más moderno que facilite y simplifique la lectura del fragmento en cuestión y en especial de la porción recogida en lenguaje directo.

³ Utilizamos en gran medida las bases de datos existentes y en especial hasta 1998 (B.I.A.) Bibliotheca Iuris antiqui Curata presso l'Univestità di Catania da Palazzolo. Racoglie su compact disc: a) le fonti giusromanistiche (Fontes); b) una bibliografiarelativa agli anni 1940-1998 (Opera); c) un Thesaurus con circa 8000 termini relativi ai diritti dell' antichità.

⁴ Dentro de cada epígrafe , los fragmentos estan ordenados en función de su situación en el Digesto.

⁵ Nos ha sido de ayuda en éste sentido el índice de SACCONI G, Ricerche sulla *stipulatio*. (1989) y también el de CAMODECA G, L' archivio puteolano dei Sulpicii (1992).

⁶ D.45,1,1,6(Ulp 48 Sab); D.46,4,8,4 (Ulp 48 Sab); D.45,1,5,1 (Pomp 26 Sab); D.44,7,1,1,4 (Gai aur); D.45,1,1,pr.(Ulp 48 Sab); D.45,1,70(Ulp 11 ed); D.44,7,38 (Paul 3 ed.)

⁷ BIONDI B, Contratto e stipulatio (1953) pag. 300.

D.45, 1, 1,2 ULP. 48 AD SAB.

SI QUIS ITA INTERROGET " **DABIS?**" RESPONDERIT " **QUID NI?**", ET IS UTIQUE IN EA CAUSA EST, UT OBLIGETUR: CONTRA SI SINE VERBIS ADNUISSET. NON TANTUM AUTEM CIVILITER, SED NEC NATURALITER OBLIGATUR, QUI ITA ADNUIT: ET IDEO RECTE DICTUM EST NON OBLIGARI PRO EO NEC FIDEIUSSOREM QUIDEM.

Si una persona pregunta “¿darás?” y otro responde “¿cómo no?” También así se puede una persona obligar, pero no si el promitente asintió sin palabras. No sólo no se obliga civilmente sino tampoco naturalmente y por esto se dice que no puede obligarse por él un fiador.

El texto, como anticipábamos, aborda la cuestión de si la *stipulatio* se debe hacer oralmente. Ulpiano expone claramente que tanto la *interrogatio* como la *responsio* se deben realizar utilizando palabras, no admite un gesto de asentimiento como respuesta afirmativa, en éste último caso Ulpiano no acepta ni tan siquiera la vinculación natural⁸.

Lenel⁹ sitúa el texto al principio del libro 48 *De verborum obligatione* de Ulpiano, dentro del sub-epígrafe dedicado a las estipulaciones inútiles, creemos que es aplicable a todo tipo de estipulaciones.

Este es un fragmento excepcional, normalmente se suele aceptar que en la pregunta y la respuesta debe aparecer el mismo verbo. Como ya hemos puesto de manifiesto esto no siempre es así. El jurista admite como una respuesta congruente¹⁰ “ ¿porqué no?”, y exige expresamente que la respuesta consista en palabras y no en simples gestos, dando relevancia al principio de oralidad. Este fragmento también se puede estudiar desde la perspectiva del verbo, y de la congruencia.

⁸ BURDESE A, La nozione classica di naturalis obligatio (Torino 1955)

⁹ LENEL O, *Palingenesia Iuris Civiles* col. 1186 vol.II.

¹⁰ NICHOLAS B, The form of the stipulation in roman law. *The Law Quaterly Review* 69 (1953) pag.76. El autor considera que en este texto se basan Riccobono y sus seguidores para decir que en la época clásica-tardía no era necesaria la correspondencia entre pregunta y respuesta. El autor pone de manifiesto que Ulpiano algunas líneas más adelante considera que pregunta y respuesta deberían corresponderse D.45.1.1.3 Ulp 48 ad Sab.

Desde el punto de vista de la forma, aunque minimalista estamos ante una estipulación completa (*interrogatio, responsio*). Si no se formula la *stipulatio* oralmente no producirá efectos jurídicos.

3.1.1. El verbo en la *stipulatio*

Dentro de éste apartado hemos seleccionado cuatro textos del Digesto:

D. 2,14, 7,12 ULP. 4 AD ED.

QUOD FERRE NOVISSIMA PARTE PACTORUM ITA SOLET INSERI"ROGAVIT TITIUS, SPOPONDIT MAEVIUS", HAEC VERBA NON TANTUM PACTIONIS LOCO ACCIPIUNTUR, SED ETIAM STIPULATIONIS: IDEOQUE EX STIPULATU NASCITUR ACTIO, NISI CONTRARIUM SPECIALITER ADPROBETUR, QUOD NON ANIMO STIPULANTIUM HOC FACTUM EST, SED TANTUM PACISCENTIUM.

Lo que suele inscribirse casi en la última parte de los pactos, con las palabras “Ticio rogó y Mevio prometió” dice el jurista, que vale no solamente en lugar de pacto, sino también como estipulación y por ello nace una acción de la estipulación, salvo que se pruebe especialmente lo contrario, que se hizo no con intención de estipular sino de pactar.

El texto plantea la cuestión de la cláusula estipulatoria¹¹, es decir si, se añadido a un pacto, ¿Vale como estipulación ? o sigue manteniendo la misma eficacia como pacto. Ulpiano dice que se trata de probar cual ha sido la voluntad de las partes, es decir en el fondo del supuesto nos encontramos con un problema de interpretación.

Lenel¹² pone de manifiesto una posible interpolación del fragmento. Sacconi¹³ considera que no tiene porque estar interpolado, nosotros después de nuestro estudio ap.2.3.1.2 , nos adherimos a la opinión de ésta autora.

PASTORI F Il negozio verbale in diritto romano (1994) pag. 257 “la giurisprudenza ammette una notevole libertà di espressione nella responsio, purché questa possa intendersi con chiarezza come affermazione e, dunque, come accettazione della proposta contenuta nella *interrogatio*”.

¹¹ Sobre este tema vease: SIMON D, Studien zur Praxis der Stipulationsklausel (München 1964)

¹² LENEL O, Pal. Col.. 433 vol.II.

Desde el punto de vista de la forma, encontramos una Stipulationsklausel que se adhiere a un pacto, es lo que nosotros denominamos una estructura negocial compleja. En éste caso las comillas no reflejan estilo directo si no, lo que se refleja en el tenor de un documento (*testatio*). La utilización de dos “verbos distintos” en la pregunta y la respuesta se corresponde con la plasmación de lo dicho por otros.¹⁴ Por lo dicho tantas veces en los capítulos anteriores realmente no se puede considerar probado que existan verbos distintos. Es importante ¹⁵ como una muestra de que la flexibilización de la *stipulatio* alcanzaba también a la forma de ésta “*rogavit Titius, sponpondit Maevius*”, pues poca cosa más que una estructura formal encontramos en este párrafo.

Este texto¹⁶ lo incluimos porque lo consideramos significativo, a efectos de la flexibilización antes señalada, pero no consideramos que se pueda considerar propiamente lenguaje directo.

D.24, 1, 57,0 PAUL. 7 RESP.

EA, QUAE A MARITO SUO PECUNIAM EX CAUSA DONATIONIS ACCEPERAT, LITTERAS AD EUM MISIT HUIUSMODI: " **CUM PETENTI MIHI A TE, DOMINE CARISSIME, ADNUERIT INDULGENTIA TUA VIGINTI AD EXPEDIENDAS QUASDAM RES MEAS, QUAE SUMMA MIHI NUMERATA EST SUB EA CONDICIONE, UT, SI PER ME MEOSQUE MORES QUID STETERIT, QUO MINUS IN DIEM VITAE NOSTRAE MATRIMONIUM PERMANEAT, SIVE INVITO TE DISCESSERO DE DOMO TUA VEL REPUDIUM TIBI SINE ULLA QUERELLA MISERO DIVORTIUMQUE FACTUM PER ME PROBABITUR, TUNC VIGINTI, QUAE MIHI HAC DIE DONATIONIS CAUSA DARE VOLUISTI, DATURAM RESTITUTURAM ME SINE ULLA DILATIONE: SPONDEO**". QUAERO, AN, SI EADEM TITIO

¹³ SACCONI G Ricerche sulla stipulatio. Napoli 1989 pag.156, la autora no considera que el texto esté interpolado.

¹⁴ ARANGIO-RUIZ V, Istituzioni di Diritto Romano (Napoli 1983 rist.) pag.330 y ss.

¹⁵ Vease TALAMANCA M, Istituzioni di Diritto Romano (1990) pag.564.

¹⁶ SACCONI G Ricerche sulla stipulatio. Napoli 1989 pag.156, la autora no considera que el texto esté interpolado.

MARITO SUO REPUDIUM MISERIT, PECUNIAM RESTITUERE DEBEAT. PAULUS RESPONDIT PECUNIAM, QUAM VIR UXORI DONAVIT, EX STIPULATIONE PROPOSITA, SI CONDICIO EIUS EXSTITIT, PETI POSSE, QUONIAM EX DONATIONE IN PECUNIAM CREDITAM CONVERSA EST: QUOD SI STIPULATIO COMMISSA NON PROBETUR, TUNC TANTUM PETI POSSE, QUANTO LOCUPLETIOR EX EA DONATIONE FACTA PROBETUR.

Una mujer recibe una cantidad de su marido por donación y mediante una carta se documenta la respuesta de la mujer, aceptando la donación y las condiciones que su marido le ha impuesto es decir que la mujer devuelva el dinero en caso de divorcio (por culpa de la mujer), o repudio(sin que el marido esté de acuerdo). El jurista pregunta si la mujer que ha notificado el repudio a su marido debe devolver la cantidad. Según Paulo si se prueba que se ha incurrido en la estipulación se puede exigir la cantidad por la acción derivada de la estipulación y sino sólo se puede pedir el enriquecimiento que la donación haya producido.

Se trata de una cita de una carta en la que se plantea importantes cuestiones desde el ámbito del derecho de familia y procesal :la prohibición de donación entre conyuges¹⁷, el divorcio, y especialmente la cuestión de si se ha descrito (devengo) en la *stipulatio* . Esta cuestión es importante a efectos de determinar qué acción utilizar.¹⁸ Lenel¹⁹ ordena este fragmento en el libro VII de las *Responsa* de Paulo, con el subepígrafe “*De re uxoria*”.

Desde el punto de vista de la forma, nos encontramos con una *responsio* completa²⁰ documentada en una carta con fines probatorios²¹, que debió darse a continuación de la

¹⁷ Vease MISERA K, Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten. Köln/Wien (1974)

¹⁸ Vease en este sentido BONFANTE P, Corso di diritto romano vol. I Diritto de famiglia (1963) pag 332 y ss.

¹⁹ LENEL O, pal. col. 1233 vol.I.

²⁰ PASTORI F, Il negozio verbale in diritto romano pag. 266 “È conforme a tale orientamento un rescritto di Severo e Caracalla che decide per la validità della *stipulatio* qualora nel documento che la attesta sia fatta la sola menzione della *responsio*, per la considerazione che la interrogatio deve presumersi, purché la *stipulatio* sia avvenuta alla presenza delle parti”.

²¹ SACCONI G Ricerche sulla *stipulatio*. Napoli 1989 pag.171 “il giurista discute soltanto dell’aspetto sostanziale del caso , e cioè la *comissio stipulationis* in funzione dell’avveramento di una condizione, senza porsi problemi di carattere formal”.

pregunta del marido, a pesar de recurrir a una carta que la mujer envía al marido. Podemos ver que el uso del *spondeo* no presupone repetir exactamente la *interrogatio* (pero si que podemos observar una relación detallada). Esta práctica debía ser cómoda cuando se trataba de estipulaciones prolijas. A lo largo de todo el texto se mantiene una idea de latencia del negocio subyacente (estipulación más donación), se aplica uno u otro en función de circunstancias externas. No se trata de un problema de unidad de acto porque, presupone la celebración oral de la estipulación.

D.32, 37,3 SCAEV. 18 DIG.

PATER EMANCIPATO FILIO BONA SUA UNIVERSA EXCEPTIS DUOBUS SERVIS NON MORTIS CAUSA DONAVIT ET STIPULATUS EST A FILIO IN HAEC VERBA: " **QUAE TIBI MANCIPIA QUAEQVE PRAEDIA DONATIONIS CAUSA TRADIDI CESSI, PER TE NON FIERI DOLOVE MALO NEQUE PER EUM AD QUEM EA RES PERTINEBIT, QUO MINUS EA MANCIPIA QUAEQVE EX HIS ADGNATA ERUNT EAQUE PRAEDIA CUM INSTRUMENTO, CUM EGO VOLAM VEL CUM MORIERIS, QUAEQVAE EORUM EXSTABUNT NEQUE DOLO MALO AUT FRAUDE FACTOVE TUO EIUSQUE AD QUEM EA RES PERTINEBIT IN RERUM NATURA AUT IN POTESTATE ESSE DESISSENT, SI VIVAM MIHI AUT CUI EGO VOLAM REDDANTUR RESTITUANTUR, STIPULATUS EST LUCIUS TITIUS PATER, SPOPONDIT LUCIUS TITIUS FILIUS**". IDEM PATER DECEDENS EPISTULAM FIDEICOMMISSARIAM AD FILIUM SUUM SCRIPSIT IN HAEC VERBA: "LUCIO TITIO FILIO SUO SALUTEM. CERTUS DE TUA PIETATE FIDEI TUAE COMMITTO, UTI DES PRAESTES ILLI ET ILLI CERTAM PECUNIAM: ET LUCRIONEM SERVUM MEUM LIBERUM ESSE VOLO". QUAESITUM EST, CUM FILIUS PATRIS NEC BONORUM POSSESSIONEM ACCEPERIT NEC EI HERES EXSTITERIT, AN EX EPISTULA FIDEICOMMISSA ET LIBERTATEM PRAESTARE DEBEAT RESPONDIT, ETSI NEQUE HEREDITATEM ADISSET NEQUE BONORUM POSSESSIONEM PETISSET ET NIHIL EX HEREDITATE POSSIDERET, TAMEN NIHILO MINUS ET EX STIPULATU AB HEREDIBUS PATRIS ET FIDEICOMMISSO AB HIS QUORUM INTEREST QUASI DEBITOREM

CONVENIRI POSSE, MAXIME POST CONSTITUTIONEM DIVI PII, QUAE
HOC INDUXIT.

Un padre donó, sin ser a causa de muerte, todos sus bienes a un hijo emancipado con excepción de dos esclavos y estipuló de su hijo emancipado la donación (como *causa donationis*), pactando la revocación a voluntad del padre o bien a la muerte del hijo emancipado. Al morir el padre deja una epístula fideicomisaria encargando al hijo la entrega de determinadas cantidades y que diese la libertad a un determinado esclavo (Lucrion). El jurista pregunta si al no haber adquirido el hijo la posesión de los bienes hereditarios de su padre y no ser su heredero debía darse la libertad al esclavo en virtud de la epístula fideicomisaria. Respondió el jurista que a pesar de no haber adido la herencia, ni haber pedido la posesión de los bienes hereditarios, puede ser demandado por los herederos de su padre en virtud de la estipulación. Los acreedores pueden reclamarle en virtud del fideicomiso.

El texto se refiere, como destaca Voci, a una constitución de Antonino Pío sobre libertad fideicomisaria en la manumisión de esclavos. El supuesto contemplado en este fragmento plantea la cuestión de si puede ser gravado con un fideicomiso una persona que ha recibido una donación²². En el caso de que los herederos quieran reclamar un esclavo al fideicomisario pueden hacerlo por la estipulación. Si se trata de los acreedores de la herencia se establece una *actio utilis*.²³ El fragmento también se puede estudiar desde el punto de vista de una donación recogida en una estipulación.

Lenel sitúa el fragmento al comienzo del libro 18 sobre los fideicomisos y los legados²⁴.

Este texto resulta interesante en cuanto a la **forma**, por distintos motivos: en primer lugar la manera como está redactado; por una parte el jurista nos indica que a continuación se transcribe en forma de lenguaje directo pero acto seguido, en la transcripción se utiliza una de las formas que aparecen en los documentos epígraficos.

²² VOICI P, Diritto ereditario romano Vol.II (1963).El autor considera que esta extensión a otros posibles sujetos gravados con un fideicomiso se realiza a finales de la época clásica además del heredero.

²³ VOICI P, Diritto ereditario romano (1963) vol.II . pag.820 y ss.

²⁴ LENEL O, Pal. col.240 vol.II.

Como hemos vistos en el caso anterior, las comillas no son por tanto, siempre una muestra de estilo directo, sino también transcripción fiel de lo dicho y/o escrito por otros (*testatio*) . Hay un aparente cambio de verbo entre el estipulante y promitente “*stipulatus est Lucius Titius pater, sponndit Lucius Titius filius*” que está justificado (el intercambio de *interrogatio/responsio*²⁵ está en términos objetivos), por lo que no prueba dicho cambio de verbo . Además esta forma se utiliza en tercera persona con lo que parece pertenecer al documento, lo que nos podría inducir a pensar que el final del texto esta en estilo indirecto.

Por último, en la estipulación se produce una remisión para la determinación del objeto, en virtud de una oración de relativo, a un hecho conocido por las partes. No hay en estos casos una abstracción de la causa, fenómeno que ya sido objeto de estudio por la romanística sino que hay una indeterminación del objeto. Hasta que punto se permitía esta indeterminación es algo que correspondía a la jurisprudencia romana, pero desde luego en alguna medida se permitía como nos muestra este texto y otros, como D.30,108,10 Afr. 5 Quaest.. Encontramos asimismo una forma compleja negocial, en la que podemos apreciar una donación²⁶ junto a una estipulación.

D.45, 1,132,1 PAUL. 15 QUAEST.

FILIUS FAMILIAS ITA STIPULATUS EST: " **QUANTAM PECUNIAM TITIO CREDIDERO, FIDE TUA ESSE IUBES?**" ET EMANCIPATUS CREDIDIT: PATRI NON DEBEBIT FIDEIUSSOR, QUIA NEC REUS EI TENETUR.

Un hijo de familia ha estipulado diciendo: “¿Sales fiador de cuanto dinero voy a prestar a Ticio?” y ya hecho el préstamo después de haber sido emancipado: nada deberá el fiador al padre del acreedor, pues tampoco el deudor llegó a quedar obligado con él.

²⁵ GUARINO A, Diritto Privato Romano (2001) Según el autor en el caso de la estipulación se produce una sinécdoche “essa prende a nome, per effitto di sèddoche (vale a dire per effetto della designazione del tutto mediante la parte), dal fatto che consisteva nell’ incontro di una domanda (cioè, letteralmente, di una *stipulatio*) formulata dal futuro debitore. L’interrogante chiedeva alla controparte se intendesse impegnarse ad una certa prestazione così come da lui stesso descritta e l’interrogato esprimeva la sua adesione con l’uso del verbo indicativo della corrispondente promessa.

²⁶ COUDERT J, Recerches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain. Nancy Société d’impression (1957).

El texto estudia la cuestión de que una garantía por *fideiussio* pueda utilizarse para garantizar la obligación natural del hijo de familia. Una vez emancipado el hijo presta la cantidad. La *fideiussio* es previa al préstamo. El fiador no debe nada al padre del acreedor (hijo) pues el deudor nunca llegó a obligarse con el padre. En definitiva se plantea el problema de la accesoriedad de la *fideiussio*²⁷, que no llega a existir por falta de préstamo al tiempo de la celebración.

Lenel²⁸ sitúa el fragmento en el libro 15 *De stipulationibus* de las *Quaestiones* de Paulo.

Se recoge en lenguaje directo el tenor de una *fideiussio* (una *interrogatio* completa) con la particularidad que la fianza garantiza una obligación que nacerá con la entrega, que se produce cuando el hijo está emancipado. Al producirse después de la emancipación, la obligación real derivada del mutuo es civil y por ello, tanto el fiador como el deudor principal están vinculados con el hijo pero no con el *pater*.

A efectos de la forma tomando el fragmento en estilo directo, no podemos derivar todas estas consecuencias sin conocer las circunstancias del estipulante y la modificación de las particularidades, en relación a la capacidad de éste que posteriormente se producen. Tampoco se nos transcribe la forma de la *interrogatio* de la fianza y por ésta razón carecemos de más información.

3.1.2 Remisiones:

En éste epígrafe y los sub-epígrafes correspondientes, recogemos las estipulaciones en lenguaje directo del Digesto que se corresponden con el epígrafe 2.3.1.3. (los tratos preliminares y la técnica de la remisión) del capítulo anterior.

Otras remisiones las encontramos en D.32,37,3 (Scaev.18 dig.) y D.30,108,8 (Afric. 5 quaest), no las tratamos porque el tema queda suficientemente explicado.

D.45, 1, 76,1 PAUL. 18 AD ED.

²⁷ FEENSTRA R, Le caractère accessoire des différents types de cautionnement verbis en droit romain classique. Études J. Macqueron. Aix-en-Provence (1970) pag.301 y ss. KASER M, Das Römische Privatrecht I Munich (1971) pag. 660 con bibliografía.

²⁸ LENEL O, Pal. Col. 1213 vol.I.

CUM STIPULAMUR " **QUIDQUID TE DARE FACERE OPORTET**", ID QUOD PRAESENTI DIE DUMTAXAT DEBETUR IN STIPULATIONEM DEDUCITUR, NON (UT IN IUDICIIS) ETIAM FUTURUM: ET IDEO IN STIPULATIONE ADICITUR VERBUM " **OPOREBIT**" VEL ITA " **PRAESENS IN DIEMVE**". HOC IDEO FIT, QUIA QUI STIPULATUR " **QUIDQUID TE DARE OPORTET**" DEMONSTRAT EAM PECUNIAM QUAE IAM DEBETUR: QUOD SI TOTAM DEMONSTRARE VULT, DICIT ^ DICI^ " **OPOREBITVE**" VEL ITA " **PRAESENS IN DIEMVE**".

Si estipulamos “lo que se deba dar o hacer”, dice el jurista que se refiere a lo que se debía en el momento de realizar la estipulación, si se pretendiese incluir obligaciones futuras se debería utilizar el verbo en futuro “*oportebit*” (como se hace normalmente en el ámbito judicial²⁹) o bien otras expresiones como “*praesens in diemve*” es decir “o debas en el futuro”.

En este caso el problema de fondo subyacente reside en el estudio de ciertas cláusulas o palabras que suelen incluirse en las estipulaciones, que producen disparidad de efectos en cuanto a las obligaciones que abarcan. Si incluyo *Quidquid te dare facere oportet*, el jurista entiende que dentro de la estipulación sólo se pueden contener obligaciones presentes. Si por el contrario, utilizamos “*oportebit*” o bien “*praesens in diemve*”, la estipulación alcanza también a obligaciones futuras. Estas distinciones parece que se tengan en cuenta a efecto de la novación de las obligaciones, puesto que la forma *quidquid te dare facere oportet* se utiliza para novar *bonae fidei iudicia*.

En el ámbito procesal, el verbo en presente no obsta para tener en cuenta lo que se debe hasta la sentencia. La estipulación sin embargo, parece ofrecer rasgos más conservadores. Al objeto de delimitar su alcance se distingue el verbo en presente y en futuro.

En el ámbito procesal, como pone de manifiesto Pugliese, se puede ver que se produce una evolución³⁰, en cuanto a las situaciones jurídicas subjetivas y su tutela, de un

²⁹ Es un problema de eficacia material de la *litis contestatio* (analogía *Stipulatio-Litis contestatio*)

³⁰ PUGLIESE G, Istituzioni di diritto Romano (1991) 3ed. pag.217 y ss."e ora specie nel sottoperiodo classico, venne ad assumere più precisamente quello di dovere in senso giuridico. Indizi importante in quest'ultimo senso sono l'equivalenza di *oportere* e *debere* e la connessione di *oportere* con un verbo indicante l'azione o l'omissione dello stesso soggetto di *oportere*, che si seguiva quando tale vincolo veniva fatto valere in giudizio sia con le *legis actiones* sia col nuovo processo formulario.

oportere, en el sentido de ser necesario desde un punto de vista psicológico se pasa a un *oportere*, en el sentido de ser necesario desde un punto de vista jurídico.

Se trata de una estipulación novatoria³¹, sin que del texto se pueda desprender la naturaleza de la obligación jurídica subyacente. Esta cuestión puede ser fundamental para determinar si la remisión provoca que el objeto sea un *incertum*, aunque se trate de una cuestión controvertida. Se plantea la cuestión de la inclusión de las prestaciones diferidas en el tiempo.

Desde el punto de vista de la forma podemos apreciar una remisión en cuanto al objeto³², lo que provoca tanto su incerteza (con la matización hecha anteriormente) como su amplitud. Creemos que la amplitud del objeto provoca que se intente de alguna manera delimitar el contenido del verbo, ya que desde la óptica del objeto no es posible al tratarse de una estipulación novatoria de un *bona fidei iudicium*. El alcance de la novación se consigue, siguiendo a Daube, con una remisión lo más amplia posible.

Este texto se puede estudiar también desde el punto de vista de la descripción del objeto en la *stipulatio* (v. epígrafe 3.5).

D.45, 1,125,0 PAUL. 2 QUAEST.

CUM STIPULAMUR " **QUIDQUID TE DARE FACERE OPORTET** " ,
NIHIL ALIUD IN STIPULATIONEM DEDUCITUR QUAM QUOD
PRAESENTI DIE DEBETUR: HOC ENIM SOLUM HAEC STIPULATIO
DEMONSTRAT.

“Cuando estipulamos lo que “debes dar o hacer “, solo es objeto de la estipulación lo que se debe en el momento actual, pues sólo a ello se refiere la estipulación”.

³¹ BONIFACIO La novazione nel diritto romano. Napoli 1950 pag. 146

³² Se advierte que esta nota a pié de página es extensible a los siguientes fragmentos tratados (D.45.1.76.1; D.45.1.89; y D.45.1.125) DAUBE D, Novation of obligations giving a Bonae Fidei Iudicium ZSS 66(1948) pag. 91 y ss. BONIFACIO La novazione nel diritto romano. Napoli 1950 pag. 146 considera que la novación no debe comportar la liberación total de la obligación precedente si esta obligación, comporta más prestaciones diferidas en el tiempo, en este caso “possono essere validamente dodotte nella stipulatio novatoria la pretazioni già maturate, mentre le successive en restano fuori e possono essere richieste *ex pristina causa*”; FUENTESECA DEGENEFFE, M. Evolución simultanea de la *stipulatio* y de la *novatio obligationis* en derecho romano. Anuario de la facultad de derecho de Ourense. (2002) pag.151 considera que en este caso se establece una regla para el caso de que la estipulación novatoria no deje claro, lo que la nueva relación comprende en relación con la precedente.

El texto, al igual que el supuesto anterior, plantea la cuestión de cual es la delimitación del contenido de la prestación *dare facere praestare oportere*³³, de una estipulación novatoria³⁴, no solo en cuanto a los comportamientos incluidos sino también, con relación a su proyección en el tiempo de sus efectos.

Se recoge una parte de una interrogación “lo que debes dar o hacer”, es importante en cuanto a la forma porque se puede utilizar una para novar *bona fidei iudicia*³⁵, mediante esta técnica remisoria se consigue incluir todo el contenido del *iudicia bona fidei* en el bloque formalmente más rígido de un *iudicia stricti iuris*. Aunque desde el punto de vista del lenguaje directo recogido no se puede afirmar. Como hemos dicho anteriormente la remisión convierte el objeto estipulatorio en un *incertum*. El jurista establece un límite a la novación, pues como el verbo no está en futuro se limita a las obligaciones existentes en el momento de realizar la estipulación. También se podría tratar desde el punto de vista de la determinación del objeto (epígrafe 3.5).

D.45, 1, 89,0 PAUL. 9 AD PLAUT.

SI A COLONO, CUI FUNDUM IN QUINQUENNIUM LOCAVERAM, POST TRES ANNOS ITA STIPULATUS FUERO: " **QUIDQUID TE DARE FACERE OPORTET?**", NON AMPLIUS IN STIPULATIONEM DEDUCITUR, QUAM QUOD IAM DARI OPORTET: IN STIPULATIONEM ENIM DEDUCITUR, QUOD IAM DARI OPORTET. SI AUTEM ADICIATUR " OPORTEBITVE", ETIAM FUTURA OBLIGATIO DEDUCITUR.

Si de un colono al que había dado en arriendo un fundo por cinco años hubiera estipulado yo “todo lo que debe dar o hacer”, el objeto de la estipulación no es más que lo que deba dar actualmente, pues entra en la estipulación lo que ya se debe en aquel momento, pero si se añade “o deba en el futuro”, entonces entra también la obligación futura.

³³ TALAMANCA M, Istituzioni diritto romano (1990) El autor considera que la diferencia entre *dare* y *facere* es clara y comporta consecuencias en el régimen jurídico (transmisibilidad), es más difícil determinar en que consiste el *praestare*.

³⁴ Vease notas 29 y 30

³⁵ Vease notas 29 y 30

Como en los casos anteriores , el problema de fondo es la novación de obligaciones³⁶. La delimitación de algunas cláusulas, produce efectos distintos al incluir únicamente las obligaciones presentes “todo lo que yo deba dar o hacer” , o bien con la cláusula “o deba en el futuro” se permite que la novación alcance también obligaciones futuras. La peculiaridad radica en que se utiliza una estipulación para novar las obligaciones surgidas de un contrato de arrendamiento, a fin de reforzar la posición del arrendador. En este caso sí podemos estar seguros de que subyace un *iudicium bonae fidei*

En cuanto a la forma, estamos ante el mismo caso que el anteriormente citado en este epígrafe, D.45,1,76,1³⁷ en el cual hay una estipulación que contiene una remisión novatoria, que se pretende delimitar, mediante el tiempo del verbo, el tiempo y por tanto a él nos remitimos..

D.45, 1,140,0 PAUL. 3 AD NER.

PLURIBUS REBUS PRAEPOSITIS, ITA STIPULATIO FACTA EST: " **EA OMNIA, QUAE SUPRA SCRIPTA SUNT, DARI?**" PROPIUS EST, UT TOT STIPULATIONES QUOT RES SINT.

Tras haber puesto varias cosas, se hizo así la estipulación: “prometes que se dé todo lo que está escrito más arriba?”. Es lo más conveniente que haya tantas estipulaciones como objetos convenidos por las partes.

El fragmento trata sobre el principio *tot stipulationes quot res*³⁸. El jurista se plantea hacer una estipulación con distintos objetos y para ello hace una remisión, *Ea omnia, quae supra scripta sunt dari?* . La remisión podría hacerse a un documento escrito,

³⁶ Vease notas 29 y 30

³⁷ BONIFACIO F La novazione nel diritto romano. Napoli 1950 pag. 146; FUENTESECA M, Evolución simultánea de la stipulatio y de la novatio obligationis en derecho romano. Anuario de la Facultad de derecho de Orense. (2002) pag. 151, considera la autora, que en el Digesto se establecen ciertas reglas para el caso de que lo expresado en la stipulatio novatoria no deje claro lo que la nueva obligación comprende en relación a la precedente y la autora cita tanto este fragmento como D.45.1.76.1.

³⁸ SCHMIDLIN B, Die Römischen Rechtregeln : Versuch einer Typologie (1970) pag 73 En la regla anterior “*alteri stipulari nemo potest*”, se expresaba que siguiendo rigurosamente la forma , la estipulación afectaba a los personalmente implicados, en éste caso se muestra que la prestación prometida está ligada igualmente a los *certa verba* . El efecto obligatorio de los *certa verba* también comprende la prestación prometida. De esta manera la estipulación no puede comprender varias prestaciones particulares. Si se establece una estipulación como esta , se descompone en tantas estipulaciones como prestaciones prometidas”

práctica que hemos estudiado en el ap. 2.3.1.3. . Al terminar el fragmento Paulo expone su opinión, él cree que es como si hubiésemos hecho tantas estipulaciones como objetos (por el uso del subjuntivo *sint*)

Encontramos una *interrogatio* a la que falta el verbo estipulatorio, pues se utiliza antes de reproducirla.

Desde el punto de vista de la forma el objeto es único y se recoge en la estipulación mediante la técnica de la remisión “*Ea omnia , quae supra scripta sunt*”. Es esta forma remisoría, que se invoca expresamente, es la que permitiría obviar el principio *tot stipulationes quot res*, a pesar de que conocemos que hay distintos objetos en la estipulación. La remisión permite que el objeto de la estipulación se convierta en un *incertum*. El jurista establece que es mejor realizar tantas estipulaciones como objetos tengamos que dar. El principio “*tot stipulationes quot res*”³⁹ no está recogido en lenguaje directo pero es una consecuencia de la interrogación formulada y se deduce de la *conceptio verborum*. Creemos que este principio fue acogido mayoritariamente por los juristas romanos, y **de la aplicación de este principio se desprenden consecuencias jurídicas importantes sobre todo de orden procesal, en cuanto a la consumición de la acción, sin embargo no estamos ante una aplicación normativa rígida sino ante una utilización tópica**⁴⁰. Pensemos que aunque nos ciñamos al lenguaje directo, estamos ante la plasmación, más o menos literal, de una estipulación utilizada.

3.1.2.1. Remisiones con la partícula “*quod*”

3.1.2.1.1 En cuanto al objeto ⁴¹

D. 7, 7, 1,0 PAUL. 2 AD ED.

OPERA IN ACTU CONSISTIT NEC ANTE IN RERUM NATURA EST,
QUAM SI DIES VENIT, QUO PRAESTANDA EST, QUEMADMODUM
CUM STIPULAMUR " QUOD EX ARETHUSA NATUM ERIT"

³⁹ SACCONI G, Ricerche sulla stipulatio. Univ. di Camerino (1989) pag. 68 L'espressione “*ea omnia, quae supra scripta sunt*” allude alla redazione di un documento a conclusione del quale veniva apposta la clausula stipulatoria.

⁴⁰ SCHMIDLIN B, Die Römischen Rechtregeln : Versuch einer Typologie (1970)

⁴¹ También D.46,4,15 Pomp.27 Sab

El legado del servicio de un esclavo consiste en una actuación, y además no existe hasta el día en que se ha de cumplir, lo mismo pasa cuando estipulamos “lo que nazca de la esclava Aretusa”

Este texto plantea problemas importantes de derecho de personas, en primer lugar el fragmento deja traslucir la contradicción ⁴²entre la consideración del esclavo como cosa (por tanto objeto del derecho) y por otra parte el progresivo reconocimiento de la capacidad, estos problemas se trasladan a su vez al ámbito sucesorio y en especial a su consideración como *legatum per vindicationem* “legado de propiedad” o *legatum per damnationem* “legado de obligación”. Se está comparando la forma de determinar el objeto en un legado y en una estipulación.⁴³

Desde el punto de vista de la forma, la técnica de la remisión provoca que el objeto de la estipulación sea un *incertum*, (como podemos ver en este caso “lo que nazca de la esclava Aretusa”), en función de la relación subyacente. Aunque como advertimos anteriormente no se trata de una cuestión pacífica.

D.45, 1, 20,0 ULP. 34 AD SAB.

HUIUSMODI STIPULATIONES NON SUNT INUTILES: " **QUOD TIBI TITIUS DEBET, CUM DEBITOR ESSE DESIERIT, DARE SPONDES?"** NAM VALET STIPULATIO, QUASI SUB QUAVIS ALIA CONDICIONE CONCEPTA.

No son ineficaces las estipulaciones de esta forma: “lo que te debe Ticio, si deja de debértelo, ¿me prometes dárselo?, pues vale como una estipulación bajo cualquier otra condición.

⁴² BONFANTE P, Corso di Diritto Romano Vol.I Diritto di Famiglia (1963) pag.191 y ss

⁴³ Vease en este sentido MITTEIS L, Stipulatio und Legat ZSS 32 (1911) pag1 yss. El autor considera que la razón de se utilice estos dos institutos para hacer deducciones por analogía , se basa en el hecho de que son “pilares” consolidados de la obtención de derechos, y desde antiguo sus reglas son conocidas.

Con relación al fondo, el texto plantea el problema de la posibilidad de la *inutilitas*⁴⁴ de estipulaciones sometidas a *condicio*⁴⁵. En especial en el caso de la *stipulatio* se admite la posibilidad de la condición suspensiva que afectaría al nacimiento de la obligación del promitente.

Es sorprendente que se cuestione por la validez de la *stipulatio* sometida a condición cuando la *stipulatio* es un negocio puro, y precisamente abundan las elaboraciones de la teoría de la condición

En cuanto a la forma, la *interrogatio* completa incluye una remisión del objeto “*quod tibi Titius debet*” pero con la particularidad que introduce una condición de si deja de ser deudor “*cum debitor esse desierit*”; esta forma de determinar el sujeto deudor mediante una remisión que comprende una condición suspensiva es posible y no se considera que la estipulación sea ineficaz. Como en los casos anteriores, la remisión provoca que el objeto se convierta en un *incertum*.

D.45, 1, 29,1 ULP. 46 AD SAB.

SI A FURE HOMINEM SIM STIPULATUS, QUAESITUM EST, AN STIPULATIO VALEAT. MOVET QUAESTIONEM, QUOD STIPULATUS HOMINEM PLERUMQUE MEUM VIDEOR: NON VALET AUTEM HUIUSMODI STIPULATIO, UBI QUIS REM SUAM STIPULATUS EST. ET CONSTAT, SI QUIDEM ITA STIPULATUS SIM: " **QUOD EX CAUSA CONDICTIONIS DARE FACERE OPORTET?**", STIPULATIONEM VALERE: SI VERO HOMINEM DARI STIPULATUS FUERO, NULLIUS MOMENTI ESSE STIPULATIONEM. QUOD SI POSTEA SINE MORA DECESSISSE PROPONATUR SERVUS, NON TENERI FUREM CONDICTIONE MARCELLUS AIT: QUAMDIU ENIM VIVIT, CONDICI POTERIT, AT SI DECESSISSE PROPONATUR, IN EA CONDICIONE EST, UT EVANESCAT CONDICTIO PROPTER STIPULATIONEM.

Si yo estipulo de un ladrón que me dé un esclavo que me pertenece, se pregunta si vale la estipulación pues suscita la cuestión el que se considera generalmente

⁴⁴ MASI A, Il negozio utile o inutile en diritto romano. RISG 10 pag. 21 y ss

⁴⁵ Vease TALAMANCA M, Istituzioni di diritto Romano (1990) pag.248 y ss.

que he estipulado un esclavo que ya es mío y no vale la estipulación de cosa propia del estipulante: consta que, si he estipulado “lo que tú debes dar o hacer por causa de la condición”, es válida la estipulación, en tanto es nula si yo hubiera estipulado que se me diera el esclavo hurtado; pero en el primer caso si luego ha muerto el esclavo sin haber incurrido en mora el promitente, dice Marcelo que el ladrón no queda sujeto ya por la condición, pues mientras vive el esclavo puede ser reclamado por la condición pero si se dice que ha muerto, entonces se considera extinguida la condición a causa de la estipulación.

El texto trata, entre otras cuestiones, sobre el tema de la imposibilidad jurídica de la prestación⁴⁶ “Si estipulo de un ladrón que me dé un esclavo que me pertenece” y vemos la importancia de la forma en la que se recoja el objeto de la prestación para determinar si la estipulación es o no válida. Se quiere obtener la misma prestación, el esclavo. Si ésta se determina con una remisión “lo que tú debes dar o hacer a causa de la condición”, el objeto de la prestación se convierte en un *incertum* y la estipulación es válida. Si se estipula “que se me diera aquel esclavo hurtado” la *stipulatio* no vale, pues no es posible estipular algo que nos pertenece. Como se produce una novación lo que se debe ya no es el esclavo si no su valor.

Vemos pues la importancia de la forma por la que por medio de una remisión que convierte el objeto estipulatorio en un *incertum* se supera la imposibilidad jurídica de la prestación . Es importante señalar también, en cuanto a la forma, que la estipulación que incorpora la remisión puede ser una estipulación novatoria⁴⁷ (ap.1.2.2.). Asimismo el texto plantea también el tema de que en caso que el objeto se determine con la remisión “lo que tu debes dar o hacer a causa de la condición”. Si muere el esclavo (sin que se haya incurrido en mora) la condición se considera extinguida por la estipulación por aplicación de las normas sobre imposibilidad física de la prestación⁴⁸.

⁴⁶ Es nula la estipulación de *dare* una cosa que ya pertenece al acreedor, vease CUENA BOY, F Estudios sobre la imposibilidad jurídica de la prestación. Valladolid (1992) pag.90 el autor considera que en este caso se plantea una *quaestio* relativa a la validez de la estipulación en la que el ladrón promete el esclavo robado al dueño de éste. En la medida que el objeto prometido pertenece al acreedor, el contrato es nulo. Sería válida por el contrario, una estipulación novatoria concebida en los términos siguientes: “quod ex causa conditionis dare facere oportet?” porque en ella no se promete la res creditoris sino la sumisión al resultado de la *condictio furtiva* y su oportuno cumplimiento.

⁴⁷ DAUBE D, Novation of obligation giving a *bonae fidei iudicium*. ZSS 66, 1948. STURM F, *stipulatio Aquiliana* (1972) pag. 86 y ss; TALAMANCA M, *Giavoleno L10 Epistularum* D.46,1,42 e la *fideiussio* al *quanti ea res erit* Temis 21 (Homenaje al Profesor Sanchez del Río) Zaragoza pag. 237-288 (1967).

⁴⁸ CUENA BOY, F Estudios sobre la imposibilidad jurídica de la prestación. Valladolid (1992) pag. 27

Talamanca justificaría aquí la actuación de la doctrina del *assorbimento*, la estipulación abstracta, desconectada del *assetto d'interesse*, puede cubrir toda conducta (*condictio ex turpem et inustam causam*)

Este fragmento se puede tratar desde el punto de vista de la descripción del objeto en la estipulación (epígrafe 3.5)

D.45, 1, 47,0 ULP. 50 AD SAB.

QUI SIC STIPULATUR: " **QUOD TE MIHI ILLIS KALENDIS DARE OPORTET, ID DARE SPONDES?**" VIDETUR NON HODIE STIPULARI, SED SUA DIE, HOC EST KALENDIS.

El que estipula diciendo "¿me prometes dar lo que debas dar en tales calendas?" se entiende que no se puede reclamar hasta que lleguen estas calendas.

Atendiendo al fondo, el fragmento trata sobre el *dies*, ya que el término resulta de la remisión misma, ya estaba presente en el negocio novado⁴⁹. Estamos ante una estipulación novatoria (v. ap.1.2.2.). De la mención de una fecha futura se deduce un término implícito al que se sujeta la exigibilidad.

Desde el punto de vista de la forma podemos observar una oración de relativo, que incorpora dos remisiones *quod* e *id* (doble pronominalización como simple refuerzo). Hay un enunciado que contiene una obligación de dar, "lo que me tengas que dar en tales calendas" una remisión para no repetir y una estipulación novatoria, encerrando el término⁵⁰ con el verbo *spondes*. El objeto de la estipulación queda delimitado mediante una remisión y por tanto es indeterminado. Quizas podría afectar lo que fuera o no la obligación base

⁴⁹ TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano (1990) pag.261; KASER M, Das Römisches Privatrecht (Munich 1971) pag 258 con bibl.

⁵⁰ BONIFACIO F, La novazione nell diritto romano. Napoli 1959 pag. 92 pone de manifiesto que para que la nueva *stipulatio*, mantenga el término de la obligación extinguida, este se ha de formular expresamente en la *stipulatio novatoria*, como en este caso.

Por lo que se refiere al término, resultado de la utilización de técnicas interpretativas se utiliza el mismo criterio que cuando no hay una remisión. La forma no afecta pues, al efecto conseguido.

D.45, 1, 75,6 ULP. 22 AD ED.

QUI VERO A TITIO ITA STIPULATUR: " QUOD MIHI SEIUS DEBET, DARE SPONDES?" ET QUI ITA STIPULATUR: " QUOD EX TESTAMENTO MIHI DEBES, DARE SPONDES?", INCERTUM IN OBLIGATIONEM DEDUCIT, LICET SEIUS CERTUM DEBEAT VEL EX TESTAMENTO CERTUM DEBEATUR. QUAMVIS ISTAE SPECIES VIX SEPARARI POSSINT AB EA, QUAM PROPOSUIMUS DE VINO VEL OLEO VEL TRITICO, QUOD IN HORREO REPOSITUM EST: ET ADHUC OCCURRIT, QUOD FIDEIUSSORES CERTUM VIDENTUR PROMITTERE, SI MODO ET IS, PRO QUO OBLIGENTUR, CERTUM DEBEAT, CUM ALIOQUIN ITA INTERROGENTUR: " ID FIDE TUA ESSE IUBES?"

El que estipula de Ticio “¿me prometes dar lo que me debe Seyo?” o “lo que me debes a causa de un legado”, pone un objeto indeterminado en la obligación, aunque la deuda de Seyo sea algo determinado o el legado debido también lo sea, por más que este caso difícilmente se distingue del que hemos puesto antes del vino, aceite o trigo que se queda en el almacén, y ocurre todavía que los fiadores parecen prometer una cosa determinada cuando el deudor por quién salen fiadores debe una cosa también determinada, ya que la pregunta que se les dirige es la de “¿lo avalas por tu lealtad?”.

En cuanto al fondo, se determina como establecer el objeto de una estipulación de garantía mediante una remisión. Ulpiano dice que los objetos (una deuda, un legado) son objetos ciertos y determinados antes de incluirse en la remisión. Cuando se incluyen en la cláusula remisoria se convierten en indeterminados. También se compara estipulación y legado, en relación a la determinación del objeto⁵¹. Al final del fragmento el jurista aporta más información. Cuando establece que en el caso de la *fideiussio*,

⁵¹ BIONDI B, *Contratto e stipulatio* (1953) pag.324 y ss.

aunque se afiance una cosa determinada, y se utilice una cláusula remisoria, el objeto es un *certum* para los *fideiussores* .

En cuanto a la forma del lenguaje directo, el fragmento incluye tres *interrogationes* completas que contienen una remisión en cuanto al objeto⁵².

Como el jurista dice, una consecuencia de utilizar esta forma remisoria puede ser que el objeto se convierte en *incertum*. Aunque esto no ocurre en el caso de una estipulación de fianza donde normalmente se utiliza la forma remisoria “*id fide tua esse iubes?*”. Los fiadores quieren prometer una cosa determinada, y al utilizar **la forma remisoria lo convierte en un *certum***. En éste texto Ulpiano nos muestra dos posibles usos de la partícula *quod* . Si *quod* sustituye a toda la prestación, se convierte en *incertum*. Si por el contrario *quod* sirve para incluir una frase de relativo, esta precisión no se transforma en *incertum*.

D.46, 1, 42,0 IAV. 10 EPIST.

SI ITA FIDEIUSSOREM ACCEPERO: " **QUOD EGO DECEM CREDIDI, DE EA PECUNIA MILLE MODIOS TRITICI FIDE TUA ESSE IUBES?**", NON OBLIGATUR FIDEIUSSOR, QUIA IN ALIAM REM, QUAM QUAE CREDITA EST, FIDEIUSSOR OBLIGARI NON POTEST, QUIA NON, UT AESTIMATIO RERUM QUAE MERCIS NUMERO HABENTUR IN PECUNIA NUMERATA FIERI POTEST, ITA PECUNIA QUOQUE MERCE AESTIMANDA EST.

Si hubiera preguntado yo al fiador “¿afianzas mil modios de trigo por la cantidad de diez mil sestercios que dí en préstamo?”, no se obliga el fiador pues un fiador no se puede obligar en cosa distinta de la que es objeto del crédito; en efecto, no se puede estimar el dinero por otro género como se pueden estimar en dinero las cosas genéricas.

Se plantea el problema de que el fiador no puede responder por más o por cosa distinta. El texto establece una “equivalencia” entre mil modios de trigo y diez mil sestercios. El objeto de la deuda principal consiste en diez mil sestercios. El objeto de la fianza se

refiere a mil modios de trigo. Estamos ante el problema de la accesoriedad⁵³ en la fianza, como hemos avanzado, el fiador no puede responder ni por más ni por cosa distinta, por lo que la estipulación “afianzas mil modios de trigo por la cantidad de diez mil sestercios que di en préstamo” no obliga.

En esta interrogación de garantía se hace referencia al objeto garantizado con una remisión, el problema radica en que el tenor de la estipulación hace referencia a “afianzas mil modios de trigo por la cantidad de diez mil sestercios que di en préstamo” es decir la remisión no sólo contempla la descripción del préstamo realizado si no que incluye una equivalencia a mil modios de trigo. Estaríamos ante la segunda opción que destaca Ulpiano en el caso anterior, es decir una frase de relativo, en éste caso la remisión no provoca que el objeto se convierta en *incertum*.⁵⁴.

D.46, 2, 8,2 ULP. 46 AD SAB.

SI QUIS ITA STIPULATUS A SEIO SIT: " **QUOD A TITIO STIPULATUS FUERO, DARE SPONDES?**", AN, SI POSTEA A TITIO STIPULATUS SIM, FIAT NOVATIO SOLUSQUE TENEATUR SEIUS? ET AIT CELSUS NOVATIONEM FIERI, SI MODO ID ACTUM SIT, UT NOVETUR, ID EST UT SEIUS DEBEAT QUOD TITIUS PROMISIT: NAM EODEM TEMPORE ET IMPLERI PRIORIS STIPULATIONIS CONDICIONEM ET NOVARI AIT, EOQUE IURE UTIMUR.

Si uno ha estipulado de Seyo diciendo “¿prometes dar lo que hubiere estipulado de Ticio?” se pregunta en caso de haber estipulado luego de Ticio, si se produce la novación y sólo queda obligado Seyo. Dice Celso que si se produce la novación siempre que se haya convenido así, es decir para que Seyo deba lo

⁵² FUENTESECA M, El problema de la relación entre *novatio* y *delegatio* desde Roma hasta las codificaciones europeas. Madrid (2000) “Se contempla los dos supuestos novación subjetiva y novación objetiva”.

⁵³ Vease FREZZA P, Le garanzie delle obbligazioni I. (1962); FEENSTRA R, Le caractère accessoire des différents types de cautionnement verbis en droit romain classique. Études J. Macqueron. Aix-en-Provence (1970) pag.301 y ss

⁵⁴ TALAMANCA M, “Alia causa” e “durior condicio” come limite dell’obbligazione dell’adpromissor. Studi Grosso 3, Torino (1970) pag. 130 Giavoleno si riferisce ancora alla contrapposizione *eadem-alia causa* né poteva far altrimenti data la struttura del caso risolto. SACCONI G, La plurispetitio nel processo formulare. Milano Giuffrè (1977).

prometido por Ticio, porque dice que en un mismo momento puede cumplirse la condición y novarse aquella obligación y, así se observa en la práctica.

En este caso se formulan dos estipulaciones. Se produce una cierta incerteza porque la prestación es conocida, en principio sólo por las partes. La estipulación recogida en lenguaje directo determina su objeto mediante una remisión al objeto de la otra: "Prometes dar lo que hubiere estipulado de Ticio". Se puede producir una novación subjetiva con cambio de deudor (el deudor obligado será Seyo), es decir una *expromissio*. Celso argumenta en términos de *id quod actum*; el problema puede provenir de que la estipulación novatoria es anterior a la estipulación novada . Según el jurista para que una estipulación pueda novar⁵⁵ a otra, es necesario *animus novandi* y también hace referencia al *idem debetur* (ap.1.2.2.) . En este caso, la novación no plantea problemas adicionales pues se trata de novar otra estipulación⁵⁶ (*iudicia stricti iuris*) . El *id quod actum* nos sirve para determinar el alcance de la novación

En cuanto a la forma de la estipulación novatoria recogida en lenguaje directo, podemos observar como el objeto de la estipulación se determina con una remisión. Esta remisión se refiere a una obligación que es conocida por las partes con lo que queda suficientemente determinada. Como hemos visto en el texto D.45,1,75,6 (Ulp 22 ad ed.) de este mismo epígrafe, este tipo de remisiones pueden provocar que el objeto de la estipulación sea un *incertum*.

D.46, 2, 27,0 PAP. 3 RESP.

EMPTOR CUM DELEGANTE VENDITORE PECUNIAM ITA PROMITTIT: "**QUIDQUID EX VENDITO DARE FACERE OPORTET**", NOVATIONE SECUTA USURAS NEUTRI POST INSECUTI TEMPORIS DEBET.

⁵⁵ BONIFACIO F, La novazione nel diritto romano (Napli 1959) pone de manifiesto que en algunos casos y dentro de ciertos límites a través de una novación futura se podían conseguir efectos que de otra manera no se podían obtener debido a la falta de representación directa en el derecho romano clásico. SACCONI G , Ricerche sulla delegazione (Milano 1971) pag.197 Pone de manifiesto es que para que se produzca la novación, el jurista atiende al *id actum sit*.

⁵⁶ DAUBE D, Novation of obligation giving a *bonae fidei iudicium*. ZS 66,1948 pag. 91 y ss.

Un comprador promete por delegación⁵⁷ “todo lo que deba dar y hacer por la venta”: producida la novación, no debe los intereses del tiempo transcurrido, ni al vendedor, ni al estipulante.

Estamos ante un supuesto complejo. Se producen dos actos jurídicos: un contrato de compraventa (un contrato de buena fe de carácter bilateral) y una promesa estipulatoria con la finalidad de operar una *delegatio* (contrato unilateral de derecho estricto). El comprador (delegado) promete a un tercero (delegatario) “todo lo que deba dar y hacer por la venta”. Estamos pues ante el fenómeno de la delegación, en concreto una *delegatio promittendi*⁵⁸ que se utilizaba fundamentalmente para la transmisión de obligaciones⁵⁹.

Podría parecer que de un negocio jurídico bilateral se desgaja únicamente una parte de las obligaciones (las del comprador), por razón de la novación⁶⁰ en el marco más rígido de una estipulación (*iudicia stricti iuris*). Es decir, consideramos con Daube⁶¹ que para que se produzca la novación de un *bonae fidei iudicium*, el contenido del acto novatorio debe alcanzar todas las obligaciones posibles derivadas del acto que se pretenda novar (compraventa bilateral) y no sólo las obligaciones del comprador. Siguiendo esta teoría no se produciría novación total. Pero aunque el texto utiliza la expresión “ex vendito”, el mismo fragmento nos dice que se produce la novación, *novatione secuta*. En este sentido preferimos la opinión de Kaser⁶² que considera que hay una novación completa, ya que la novación de un *incertum* sólo puede ser novada en su conjunto. Si se produce esta novación total, al transitar de un negocio de buena fe, a un negocio de derecho estricto, se extinguiría la obligación de pagar intereses.

⁵⁷ Véase KASER Zur Novation und Delegation (1985) Römische Rechtsquellen p.301 y ss.

⁵⁸ TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano (Milano 1990) pag.650 utiliza la terminología *delegatio promittendi*, *delegatio dandi*

⁵⁹ TALAMANCA M, Voce: Delegazione. Enciclopedia del diritto XI (Milano 1962) pag.918 y ss; TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano (Milano 1990) pag.650 y ss. “Non è sempre stata agevole, in dottrina, la distinzione fra novazione e delegazione. Sotto in nome de delegazione sono ricompresi due istituti che, pur presentando una analogia di struttura, assolvono funzioni diverse: la delegazione di debito o promittendi e la delegazione de pagamento o dandi. Danno luogo ad un rapporto trilatero: v'è un soggetto (delegante) che incarica un altro (delegato) di promettere mediante stipulazione una prestazione nei confronti di un terzo soggetto (delegatario). Nella delegazione a promettere v'è, anzitutto il problema dei rapporti con la novazione soggettiva. Si ritiene comunemente che la delegati promittendi possa attuarsi sia mediante stipulazione titolata, sia mediante stipulazione astrata: In tal caso no v'era novazione.

⁶⁰ DAUBE D, Novation of obligation giving a *bonae fidei iudicium*. ZSS 66, 1948. Para que se produzca la novación de un *bonae fidei iudicium*, el autor exige entre otros requisitos la bilateralidad.

⁶¹ Ver nota anterior.

⁶² KASER M, Das Römische Privatrecht I, (Munich 1971) pag.647 nota 7

Talamanca distingue entre que se utilice estipulaciones “titolate”, es decir causales, o bien, abstractas. El autor considera que en el primer caso puede haber novación, mientras, es más difícil en el caso de las estipulaciones abstractas. En el supuesto la delegación utiliza una estipulación causal “*ex vendito dare*” .

En cuanto a la forma, se reproduce en lenguaje directo, una de las fórmulas remisorias que sirven para novar *bonae fidei iudicia* “todo lo que deba dar y hacer por la venta”, en éste caso se produce una novación parcial⁶³. El uso del *quidquid* se puede asimilar a los del *quod*.

D.46, 2, 32,0 PAUL. 1 AD NER.

TE HOMINEM ET SEIUM DECEM MIHI DARE OPORTET: STIPULOR AB ALTERO NOVANDI CAUSA ITA: " **QUOD TE AUT SEIUM DARE OPORTET** " : UTRUMQUE NOVATUR. PAULUS: MERITO, QUIA UTRUMQUE IN POSTERIOREM DEDUCITUR STIPULATIONEM.

Tú debes darme un esclavo y Seyo debe darme diez mil sestercios. Estipulo de uno de vosotros con intención de novar, diciendo “lo que tú o Seyo me debéis dar”. Quedan novadas ambas obligaciones. Anota Paulo con razón, porque una y otra entran como objeto de la nueva estipulación.

Encontramos en un principio dos obligaciones independientes a cargo de sujetos distintos “dar un esclavo” y “ Seyo debe dar diez mil sestercios” Se quiere novar manteniendo el mismo estipulante y uno sólo de los anteriores deudores, estructurando el objeto de la estipulación de la siguiente forma “lo que tú o, Seyo debéis darme”, según Paulo, una y otra entran como objeto de la nueva estipulación.

Creemos que la estrategia seguida por el jurista ha servido para que la novación despliegue sus efectos. Se recoge otra remisión con el *quod* que sirve para novar en el

⁶³ SACCONI G , Ricerche sulla delegazione (Milano 1971) pag. 225. Considera que hay una asimilación entre las dos instituciones (delegación y novación) que encontramos en este fragmento del Digesto cuando se dice que la *delegatio* ha producido sus efectos *novationis iure*.

caso de que haya *animus novandi*⁶⁴. “Lo que tú o, Seyo me debéis dar” y del texto se deduce que son objetos distintos (un esclavo y diez mil sestercios). Si se produce la novación mediante la estipulación remisoria aunque formalmente hubieran dos objetos, el objeto de la estipulación novatoria sería un *incertum*. Esto nos permitiría obviar la vulneración del principio “*tot stipulationes quot res*”, aunque como ya hemos dicho éste principio tiene una aplicación tópica y no normativa rígida. En este caso como ya hemos visto otras veces a *aut* hay que darle un valor alternativo por configurarse en términos de opción para el deudor, en función de su *ius variandi* “*quod te aut Seium..*” El *aliquid novi* de la obligación novada consiste en convertir en alternativas las dos obligaciones complejas anteriores.

D.46, 2, 34,2 GAI. 3 DE VERB. OBLIG.

IN SUMMA ADMONENDI SUMUS NIHIL VETARE UNA STIPULATIONE PLURES OBLIGATIONES NOVARI, VELUTI SI ITA STIPULEMUR: "**QUOD TITIVM ET SEIVM MIHI DARE OPORTET, ID DARI SPONDES?**" LICET ENIM EX DIVERSIS CAUSIS SINGULI FUERANT OBLIGATI, UTRIQUE TAMEN NOVATIONIS IURE LIBERANTUR, CUM UTRIUSQUE OBLIGATIO IN HUIUS PERSONAM, A QUO NUNC STIPULEMUR, CONFLUAT.

No hay inconveniente en que se noven varias obligaciones con una sola estipulación, como “¿prometes que, se dé lo que Ticio y Seyo me deben?” Aunque estuviesen obligados por distintas causas, ambos quedan liberados no obstante por el derecho de la novación, ya que las obligaciones de ambos confluyen en el nuevo deudor del que ahora estipulamos.⁶⁵

En éste texto se plantea la posibilidad de novar varias obligaciones con una sólo estipulación novatoria. En la determinación formal del objeto de la estipulación reside clave de la solución de este supuesto. Como ya hemos avanzado en anteriores fragmentos, se utiliza la técnica de la remisión “*quod Titivm et Seivm mihi dare oportet*,

⁶⁴ BONIFACIO F, La novazione nel diritto romano (1959) pag. 136 ;TALAMANCA M “Alia causa” e “durior condicio” come limite dell’obligazione dell’adpromissor. Studi Grosso 3, Torino (1970) pag. 115 y ss;

⁶⁵ Sobre este texto ENDEMANN W, Der Begriff der delegatio im klassischen römischen Recht (1959).

id dari spondes?" . Como hemos visto en estos casos la remisión supone que el objeto de la estipulación se convierte en un *incertum*.⁶⁶ Esta es la razón por la cual, por motivos formales parece que no se incurra en el principio *tot stipulationes quot res* (el principio desempeña también otro tipo de funciones, efecto consuntivo etc..).

Seguimos observando formas remisoria que utilizan la partícula *quod* y *id*, que según nos dice el jurista sirven para novar varias obligaciones absorbiendo el contenido de los objetos anteriores. Los deudores anteriores quedan liberados y aparece un deudor nuevo. Parece que, como hemos avanzado, la forma remisoria novatoria haría que se pudiese eludir , o al menos evitar la aplicación rígida del principio *tot stipulationes quot res*.

D.46, 4, 6,0 ULP. 47 AD SAB.

PLURIBUS STIPULATIONIBUS FACTIS SI PROMISSOR ITA ACCEPTO ROGASSET: " **QUOD EGO TIBI PROMISI, HABESNE ACCEPTUM?"**, SI QUIDEM APPARET, QUID ACTUM EST, ID SOLUM PER ACCEPTILATIONEM SUBLATUM EST: SI NON APPARET, OMNES STIPULATIONES SOLUTAE SUNT: DUMMODO ILLUD SCIAMUS, SI EGO ALIUD ACCEPTO TULI, ALIUD TU ROGASTI, NIHIL VALERE ACCEPTILATIONEM.

Habiéndose hecho varias estipulaciones , si el promitente hubiese preguntado “¿Tienes por recibido lo que te prometí?”, y resulta claro qué es lo que se ha querido, sólo eso se extingue por la aceptilación; si no resulta claro, quedan pagadas todas las obligaciones, con tal de que sepamos que, si lo que yo doy por cancelado es distinto de lo que tú pedías que cancelara, no vale la aceptilación.

Como podemos ver en la traducción, entre dos sujetos se cruzan varias estipulaciones y posteriormente se plantea la extinción de las mismas a través de una *acceptilatio*⁶⁷ .

⁶⁶ Se trata de una cuestión controvertida, en todo caso, habría que examinar la naturaleza de la relación subyacente.

⁶⁷ TALAMANCA M, *Conventio e Stipulatio* nel sistema dei contratti romani. Le droit roman et sa reception en Europa. Varsovia (1978) pag. 226 Considera evidente el contraste entre la primera parte y la segunda parte del texto. En la primera parte se reconoce el *quid actum est* el determinar entre las *plures stipulationes* aquellas que se refieren al *quod ego tibi promisi*; por otra parte la imposibilidad de llegar a una determinación se sanciona con la extinción de las obligaciones interesadas (*si non apparet, omnes stipulationes solutae sunt*). La primera parte del texto parece un sistema cerrado, respecto de la cual , la segunda parte constituye una intrusión; SACCONI G, En este caso cuando de las palabras que se vierten

El problema de fondo del texto consiste en que la fórmula de la estipulación aceptilatoria utiliza una remisión para resolver las deudas que se pretende extinguir. Esta técnica de la remisión produce como hemos visto indeterminación en cuanto al objeto de la *acceptilatio*, es decir que deudas pretendemos extinguir. Esta indeterminación es subsanable por vía interpretativa. Ulpiano facilita varios criterios para superar esta ambigüedad que se resuelven *contra stipulatorem*.⁶⁸ El consensualismo en la *acceptilatio* actúa de tal manera que en caso de duda la extinción debe ser total, pues se considera que debe prevalecer la seguridad jurídica.

En este texto se reproduce en lenguaje directo el tenor de una *acceptilatio*. Vemos que se utiliza una forma remisoria para determinar la deuda o deudas a extinguir, esta forma se utiliza para posibilitar la extinción de distintas deudas existentes de una sola vez, pero provoca una cierta ambigüedad por indeterminación del objeto de la *acceptilatio*, que se soluciona acudiendo a criterios como el *id quod actum*. Este texto también lo reproducimos en el epígrafe 3.8.3 correspondiente a la *acceptilatio*.

D.46, 4, 13,9 ULP. 50 AD SAB.

QUI ITA STIPULATUR A FIDEIUSSORE: " **QUOD TITIO CREDIDERO, FIDE TUA ESSE IUBES?**", DEINDE, ANTEQUAM CREDERET, ACCEPTUM FECIT FIDEIUSSORI, REUS NON LIBERABITUR, SED QUANDOQUE EI CREDITUM FUERIT, TENETUR: NAM ET SI FIDEIUSSOREM NON ANTE LIBERATUM ESSE CREDIMUS, QUAM CUM FUERIT CREDITUM REO, NON TAMEN REUS ANTIQUIORE ACCEPTILATIONE, QUAM OBLIGATIO EIUS EST, LIBERARI POTUIT.

El que estipula de una fiador diciendo “¿Afianzas lo que yo preste a Ticio?”, luego antes de hacer el préstamo a Ticio, el acreedor hace aceptilación al fiador: no quedará liberado el deudor, sino que seguirá obligado sea cual sea el momento en que se le haga el préstamo, pues si no creemos que pueda liberarse

en el acto formal aceptilatorio no queda definida la obligación que se trata de aceptar, esta *ambigüitas verborum* que en el ámbito de la *stipulatio* se resuelve *contra stipulatorem*, produce un efecto análogo en la *acceptilatio*. Asimismo dice la autora : “podría interpretarse que el *quid actum est* en el sentido de buscarse la voluntad querida por las partes y en esta línea lo frecuente, salvo acuerdo contrario es que la elección del bien con el que pagar una obligación genérica y alternativa corra a cargo del promitente.”

⁶⁸ En cuanto a los principios propios de la *acceptilatio*, vease MOLLÁ NEBOT, M^ºS. Extinción formal de las obligaciones verbales: la *acceptilatio* Madrid (1993) aunque desgraciadamente no trata este supuesto.

un fiador antes de que se haga el préstamo al deudor, no podía liberarse el deudor con una aceptación más antigua que su obligación.

Vease un caso parecido a D.45,1,132,1 (Paul 15 Quaest) **epígrafe 3.1.1.**

Se realiza una estipulación de fianza con anterioridad al préstamo. También, antes de hacer efectivo el préstamo se extingue la obligación del fiador mediante una *acceptilatio*, el jurista se interroga también sobre la situación del deudor principal y en especial si la *acceptilatio* realizada, le afecta⁶⁹. La versión original utiliza el futuro *credidero* mientras que la traducción usa el subjuntivo “preste”.

El texto plantea como problema de fondo la posibilidad de que mediante un acto abstracto como es la *acceptilatio* se pueda extinguir por el principio de *contrarius actus*⁷⁰ la obligación del fiador que hubiese respondido de una obligación que todavía no se ha constituido (no se ha prestado), lo que nos lleva a plantearnos la cuestión de la accesoriadad⁷¹ en la *fideiussio*. En cuanto al deudor principal, de una deuda que todavía no se ha contraído, no creemos que pueda liberarse por la *acceptilatio* entre acreedor y fiador. Naturalmente a diferencia de la *acceptilatio* acordada al deudor.

El texto recoge con una remisión el objeto de una fianza, técnica que como hemos visto supone una cierta flexibilidad en cuanto a la forma de la estipulación *fideiussoria* “¿afianzas lo que yo presté a Ticio?”, con la remisión el objeto de la *fideiussio* pasa a ser un *incertum*.

3.1.2.1.2. En cuanto a los tratos preliminares

Por lo que hace al famoso texto de la Sociedad de los gramáticos, nos remitimos al tratamiento específico hecho en el capítulo segundo (epígrafe 2.3.13.1.).

⁶⁹ MOLLÁ NEBOT, M^ªS. Extinción formal de las obligaciones verbales: la *acceptilatio* Madrid (1993) pag. 164, la autora acepta la posibilidad de que la aceptación pueda operar previamente al préstamo aunque en virtud de la accesoriadad de la fianza..

⁷⁰ TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano (Milano 1990) pag.635 y ss “Il *contrarius actus* è il frutto della riflessione della giurisprudenza del II.a.C., che , como attesta Pomponia D.46,3,80, in tale categoria metteva insieme , con una considerazione formalistica fenomeni eterogenei quali l’*acceptilatio* , la *solutio pecuniae* nel mutuo , ed il *contrarius consensus* nei contratti consensuali.

D.17, 2, 71,0 PAUL. 3 EPIT. ALF. DIG.

DUO SOCIETATEM COIERUNT, UT GRAMMATICAM DOCERENT ET QUOD EX EO ARTIFICIO QUAESTUS FECISSENT, COMMUNE EORUM ESSET: DE EA RE QUAE VOLUERUNT FIERI IN PACTO CONVENTO SOCIETATIS PROSCRIPSERUNT, DEINDE INTER SE HIS VERBIS STIPULATI SUNT: " **HAEC, QUAE SUPRA SCRIPTA SUNT, EA ITA DARI FIERI NEQUE ADVERSUS EA FIERI? SI EA ITA DATA FACTA NON ERUNT, TUM VIGINTI MILIA DARI?**" QUAESITUM EST, AN, SI QUID CONTRA FACTUM ESSET, SOCIETATIS ACTIONE AGI POSSET. RESPONDET, SI QUIDEM PACTO CONVENTO INTER EOS DE SOCIETATE FACTO ITA STIPULATI ESSENT, " **HAEC ITA DARI FIERI SPONDES?**", FUTURUM FUISSE, UT, SI NOVATIONIS CAUSA ID FECISSENT, PRO SOCIO AGI NON POSSIT, SED TOTA RES IN STIPULATIONEM TRANSLATA VIDERETUR. SED QUONIAM NON ITA ESSENT STIPULATI " **EA ITA DARI FIERI SPONDES?**" SED " **SI EA ITA FACTA NON ESSENT, DECEM DARI?**" NON VIDERI SIBI REM IN STIPULATIONEM PERVENISSE, SED DUMTAXAT POENAM (NON ENIM UTRIVSQUE REI PROMISSOREM OBLIGARI, UT EA DARET FACERET ET, SI NON FECISSET, POENAM SUFFERRET) ET IDEO SOCIETATIS IUDICIO AGI POSSE.

3.2. UNIDAD DE ACTO

En el ap 2.3.2 hemos analizado éste requisito formal de la *stipulatio*. Sin embargo en los fragmentos recogidos en lenguaje directo del Digesto, sólo encontramos esta muestra. Este texto podría considerarse también desde el punto de vista de la congruencia.

D.45, 1, 65,0 FLOR. 8 INST.

QUAE EXTRINSECUS ET NIHIL AD PRAESENTEM ACTUM PERTINENTIA ADIECERIS STIPULATIONI, PRO SUPERVACUIS HABEBUNTUR NEC VITIABUNT OBLIGATIONEM, VELUTI SI DICAS: " **ARMA VIRUMQUE CANO: SPONDEO**", NIHILOMINUS VALET.

⁷¹ FEENSTRA R, Le caractère accessoire des différents types de cautionnement verbis en droit romain classique. Études J. Macqueron. Aix-en-Provence (1970) pag.301 y ss . KASER M, Das Römische

Si añades a la estipulación algo extraño y que nada tiene que ver con el acto que se está haciendo, se tiene como superfluo y no invalidará la obligación; por ejemplo, si dices antes de “prometo” las palabras del comienzo de la Eneida de Virgilio “canto a las armas y al héroe” no deja por esto de valer la estipulación.

Este fragmento recoge una *responsio* con una mención extemporánea, que no tiene que ver con la estipulación que se está realizando. Florentino dice que si se añade algo que no tiene que ver con la estipulación, ésta vale sin embargo, y la mención extrínseca se tiene por no hecha. El intervalo de tiempo en el cual se ha producido esta intromisión no invalida la *stipulatio*.

En cuanto a la forma, esta mención de algo que no forma parte de la estipulación, no afecta a la unidad de acto entre pregunta y respuesta; no podemos extraer más consecuencias (epígrafe 2.3.2.). El fragmento procede de las Instituciones de Florentino⁷², obra de carácter elemental, que tenía amplia difusión e intentaba una sistematización de los requisitos. Para evitar nulidades la cláusula “*pro supervacuis habebuntur*” produce respecto a los negocios verbales un efecto análogo al principio “*pro non scriptor*”

3.3. PRESENCIA DE LAS PARTES

En el apartado 2.3.3. estudiamos el requisito de la presencia de las partes. Por lo que respecta a fragmentos del Digesto, que incluyan lenguaje directo relacionado con ésta circunstancia, sólo hemos seleccionado dos.

D.45, 2, 8,0 ULP. 1 RESP.

HIS VERBIS: " **EAQUE PRAESTARI STIPULANTI TIBI SPOPONDIMUS** " INTERESSE, QUID INTER CONTRAHENTES ACTUM SIT: NAM SI DUO REI FACTI SINT, EUM QUI ABSENS FUIT NON TENERI, PRAESENTEM AUTEM IN SOLIDUM ESSE OBLIGATUM, AUT SI MINUS, IN PARTEM FORE OBSTRACTUM.

Privatrecht I Munich (1971) pag. 660 con bibliografía.

Cuando se escribe en un documento “hemos prometido entregártelo a ti estipulante”, hay que ver qué es lo que se convino entre las partes, pues si se hicieron promitentes solidarios, el ausente no se obliga, y el presente se obliga por entero; si no eran solidarios, se obligará éste en una parte.

Además de la remisión y del uso del *eaque*, Ulpiano presenta un caso en que hay varios promitentes y se pretende saber si están obligados solidariamente o no. Por la forma verbal *spondimus*, parece que los promitentes no están ausentes al tiempo de estipular. Sin embargo, el jurista recurre al criterio interpretativo del *id quod actum* y aclara, que si la obligación es solidaria no se puede obligar a un ausente. La cuestión que más nos sorprende es que a *sensu contrario* si no estamos ante una obligación solidaria ¿es posible entonces la vinculación de ausentes mediante una *stipulatio*?

Los Compiladores presentan este fragmento de una manera escueta que desafortunadamente, no nos permite extraer consecuencias de él. Se trata de una *responsio* completa, más elaborada de lo normal. De la forma de la respuesta no se puede deducir sí: a) se trata de promitentes solidarios o no b) si hay una obligación principal y otra accesoria en la que encontramos co-fiadores. En este texto se trata de sí, se constituye una obligación solidaria o no entre los ausentes, lo cual resulta sorprendente al efecto de mantener el principio de que la estipulación se contrae inter presentes. No creemos que el fragmento haya sido objeto de modificación por los compiladores porque se hace clara referencia a la *sponsio*. Si el texto hubiese estado modificado, la forma de fianza sería la *fideiussio*. En este caso la eficacia civil resulta modulada por la vía interpretativa por el *id quod actum* con la que se introducen elementos no verbalizados. También hay una relajación en cuanto a la forma si se utiliza el plural y son promitentes solidarios por mucho que se utilice el plural si alguno está “ausente” no queda obligado y la persona presente se obliga por todo. Si se utiliza el plural y no son deudores solidarios el que está presente sólo se obliga por su cuota. Esto plantea también un problema respecto de uno de los principios fundamentales de la estipulación, la congruencia a la que se hace referencia con la expresión *aut si minus*.

⁷² LENEL O, Pal. Col. 174 vol.I, es el primer fragmento del libro 8 dirigido al estudio de *verborum obligationibus*.

Por encima de la forma de la respuesta, actúan las normas propias de las clasificaciones de las obligaciones en función de los sujetos⁷³.

Lenel⁷⁴ coloca el fragmento en el libro I de *Responsorum* en el que se trata de cuestiones muy diversas.

En definitiva, debido a que el fragmento aparece desligado totalmente del entorno originario y la Palingenesia de Lenel no nos permite obtener más datos al respecto, no podemos extraer consecuencias por lo que se refiere al principio de presencia de las partes y del principio de congruencia. Si apreciamos claramente que la eficacia civil resulta modulada por la vía interpretativa.

El texto podría ser examinado en el apartado 3.3.2 Forma de determinar al promitente, pero el problema más importante que se plantea es como Ulpiano puede cuestionar la presencia o no de sujetos teóricamente obligados como sujetos pasivos (ya sea de una única *sponsio* o ya se trate del establecimiento de co-fiadores) en función de, si estamos ante una obligación solidaria o no.

Desde el punto de vista de la forma, del lenguaje directo del texto “*eaque praestari stipulanti tibi spondimus*”, podemos extraer como consecuencia que hay varios sujetos obligados. El tenor de la estipulación no nos permite distinguir la relación jurídica existente entre los sujetos pasivos.

D.45, 1, 49,2 PAUL. 37 AD ED.

IN HAC STIPULATIONE: " **NEQUE PER TE NEQUE PER HEREDEM TUUM FIERI?**" PER HEREDEM VIDETUR FIERI, QUAMVIS ABSIT ET IGNORET ET IDEO NON FACIT, QUOD FIERI EX STIPULATU OPORTET. NON VIDETUR AUTEM PER PUPILLUM STETISSE EX HUIUSMODI STIPULATIONE, SI PUPILLUS HERES ERIT.

En la estipulación de, “que no lo harás ni tú ni tu heredero”, se considera que puede hacerlo el heredero aunque esté ausente y la ignore, y por ello no cumple

⁷³ SACCONI G, Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano (Roma 1973)

⁷⁴ LENEL O, Pal. col. 1016 vol. II.

lo que debe hacerse a causa de la estipulación; pero por una estipulación de esta clase cuando el heredero es un pupilo, no se considera que haya dejado de cumplir el pupilo..

Este texto que Justiniano sitúa en el libro 37 *Solutio matrimonio etc...* de los comentarios al Edicto de Paulo trata de una estipulación que podría tener como objeto la constitución de una servidumbre⁷⁵. En lugar de delimitar el objeto de la misma, se centra en los sujetos implicados. La estipulación alcanza a los herederos del promitente aunque estén ausentes y la ignoren. En el caso de que uno de los afectados fuera un pupilo, la *stipulatio* se flexibiliza y no se incurre en ella, debido a la existencia de una institución tutelar, para la que se establecen medidas de protección.

Este fragmento nos ayuda a delimitar el principio de la presencia de las partes. Es uno de los pocos fragmentos del Digesto en los que el lenguaje directo hace referencia a la presencia de los sujetos que intervienen en la estipulación. Parece que es imprescindible la presencia de estipulante y promitente, pero hay cierta flexibilidad con relación a otros sujetos mencionados.

En cuanto a la forma externa de la cláusula estipulatoria entrecomillada, “no lo haras ni tú ni tú heredero”, no podemos extraer en este caso consecuencias. Como veremos más adelante existe una diferencia en cuanto a la transmisibilidad entre las obligaciones de dar y de hacer. Se plantea pues la transmisibilidad de las obligaciones *in faciendo*⁷⁶, aunque no haya participado el *heres* queda obligado. Esta desigualdad determina que en el caso de las obligaciones de hacer haya que hacer menciones específicas.

3.3.1. Forma de determinar al estipulante⁷⁷.

D.38, 1, 10,1 POMP. 15 AD SAB.

⁷⁵BIONDI B, La servitù prediale in diritto romano (Milano 1954 rist.1969) pag.4 yss; GROSSO-DEJANA , La servitù prediale. (Turin 1955);TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano (Milano 1990) pag.468 y ss.

⁷⁶ TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano (Milano 1990) pag 517 y ss.

⁷⁷ D.45,1,3 Ulp 49 ad Sab. tratado en la forma de determinar el objeto; D.45,1,38,10 Ulp 49 ad Sab, tratado en la forma de determinar el objeto; D.45,1,38,19 Ulp 49 ad Sab tratado en la forma de determinación del objeto

LIBERTUS OPERARUM NOMINE ITA IURANDO " PATRONO AUT LUCIO TITIO" SOLVERE LUCIO TITIO NON POTEST, UT A PATRONO LIBERETUR.

Cuando un liberto jura sus servicios "a su patrono o a Lucio Ticio", no puede prestarlos a Lucio Ticio para quedar cumplido con su patrono.

Se presenta un supuesto que trata de las *operae libertorum*. El fragmento introduce en lenguaje directo la figura del *adiectus solutionis causa*⁷⁸. Pomponio dice que cuando un liberto promete sus servicios a su patrono o a Lucio Ticio, no puede prestarlos a Lucio Ticio para quedar liberado respecto de su patrono. En cuanto a las *operae libertorum*⁷⁹ se distingue entre las *officiales*, que sólo pueden ser cumplidas en la persona del Patrono o de sus desendientes y las *fabriles*. El texto no nos permite afirmar a que tipo de *operae libertorum* se esta refiriendo⁸⁰.

En lenguaje directo encontramos una cláusula parcial en la que el sujeto que va a recibir la prestación es más complejo pues incluye al patrono y también a Lucio Ticio. Según el jurista, el liberto no queda cumplido con su patrono si presta los servicios a Lucio Ticio (siguiendo los principios generales de la *operae libertorum officiales*).

Desde una óptica formal, Lucio Ticio está configurado como un *adiectus solutionis causa*. Talamanca⁸¹ considera que el fragmento se refiere a *operae officiales* y estima que esto no puede suponer la nulidad total de la cláusula del *adiectus solutionis causa*. Se mantendría la vinculación a través del *iusurandum liberti*, con una relación religiosa más que civil.

⁷⁸ KASER M, Das Römische Privatrecht I (Munich 1971) pag.637 y ss; El autor afirma que en la *stipulatio* y en la *dotis dictio*, aparte del acreedor, puede figurar un tercero (por ejemplo un banquero) como beneficiario (*solutionis causa adiectus*). En este caso, este tercero es irrevocablemente autorizado a ser beneficiario pero no a exigir el pago. No puede ni reclamar judicialmente el cobro, ni puede ceder o cesar en su derecho. Un acreedor secundario cuyo derecho se vincula al del deudor principal es el *adstipulator*. Para más información vease CUGIA, *L'adiectus solutionis causa* (Napoles 1919)

⁷⁹ TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano (Milano 1990) pag.99 yss

⁸⁰ LENEL O, Pal. II. Col 120

⁸¹ TALAMANCA M, "Alia causa" e "durior condicio" come limite dell'obbligazione dell'adpromissor. Studi Grosso 3, Torino (1970) pag. 164 "questo giurista ritenesse ancora che il porre un 'alia res ad oggetto dell'adiectio comportasse una nullità della clausola non sanata neppure sul piano del diritto onorario: indubbiamente era qui rilevante l'ulteriore profilo che le *operae officiales* non potevano esser promesse che al patrono, ma non si capirebbe d'altronde come il giurista potesse motivare con *quia aliae operae erunt* la nullità totale della clausola dell'adiectio recorrente qui in un *iusurandum liberti*

D.38, 1, 22,1 GAI. 14 AD ED. PROVINC.

CUM LIBERTUS PROMISERIT PATRONO OPERAS SE DATURUM NEQUE ADIECERIT " **LIBERISQUE EIUS**", CONSTAT LIBERIS EIUS ITA DEMUM DEBERI, SI PATRI HEREDES EXTITERINT. HEREDES TAMEN EXTITISSE LIBEROS PARENTI ITA DEMUM PRODESSE AD OPERARUM PETITIONEM IULIANO PLACET, SI NON PER ALIUM HEREDES EXTITERUNT. ITAQUE SI QUIS EXHEREDATO EMANCIPATO FILIO SERVUM EIUS HEREDEM INSTITUERIT ET PER EUM SERVUM HERES EXTITERIT FILIUS, REPELLI EUM AB OPERARUM PETITIONE DEBERE, PERINDE AC REPELLERETUR PATRONUS, QUI OPERAS NON IMPOSUISSET VEL QUAS IMPOSUIT REVENDIDISSET.

Cuando el liberto hubiera prometido sus servicios al patrono y no hubiera dicho “y a sus descendientes”, consta que sólo se deben a estos cuando sean herederos de su padre. Opina Juliano que a efectos de poder pedir los servicios, tan sólo vale que los descendientes sean herederos de su ascendiente cuando no lo son por mediación de otra persona. Así, pues si un testador que desheredó a su hijo emancipado hubiera instituido heredero al esclavo de este hijo y este llegara a heredar por mediación de su esclavo, debe ser excluido de la petición de los servicios lo mismo que se rechazaría al patrono que no hubiera impuesto la prestación de servicios a su liberto o que hubiera aceptado la redención de los que impuso.

Se estudia las consecuencias de que el liberto al prometer sus servicios al patrono⁸², no hubiese hecho mención de sus descendientes (*liberi*), el jurista Gayo considera que se deben siempre que sean herederos del patrono y Juliano matiza que deben ser herederos

⁸² KASER M, Das Römische Privatrecht I; pag.300 Según el autor a la muerte del patrón las prestaciones corresponden a los hijos si son los herederos o si las *operae* están expresamente estipuladas *liberisque suis*. Son prestaciones que se determinan por la relación de deber individual entre un patrón y un liberto (*operae officiales*), sólo las pueden tener el patrón o sus descendientes. En cambio, las otras prestaciones, que cualquiera puede hacer a otro, se pueden ceder a terceras personas; además acostumbran a especificar una determinada habilidad (*operae fabriles*). Las prestaciones no debidas realizadas por error no se pueden reclamar para ser restituidas.

directos y no por mediación de otra persona; no hay posibilidad de derecho de representación. Parece razonable que se ponga un límite a la obligación del liberto de prestar servicios

Por lo que respecta a los efectos formales, “Y a sus descendientes”, hace referencia a la forma de determinar al estipulante: al patrono y sus descendientes. Pero en el caso de no incluir ésta cláusula, la estipulación se aplicaría no obstante a los descendientes, siempre que sean herederos del padre (directos sin derecho de representación). Vemos pues que en la forma de determinar al estipulante se admite cierta indeterminación.

D.45, 1, 9,0 POMP. 2 AD SAB.

SI TITIUS ET SEIUS SEPARATIM ITA STIPULATI ESSENT: " **FUNDUM ILLUM, SI ILLI NON DEDERIS, MIHI DARE SPONDES?**", FINEM DANDI ALTERI FORE, QUOAD IUDICIUM ACCIPERETUR, ET IDEO OCCUPANTIS FORE ACTIONEM

Si Ticio y Seyo cada uno por separado hubiesen estipulado diciendo “Si no le das el fundo al otro, ¿me lo prometes dar a mí? El término para poder dar al otro termina con la *litis contestatio*, y por tanto tiene la acción el primero que reclame⁸³.

Ticio y Seyo formulan dos estipulaciones, los estipulantes de las mismas quedan fijados mediante una condición potestativa⁸⁴ suspensiva negativa que es la misma en ambos casos “si no le das el fundo al otro ¿me lo prometes dar a mí?. El jurista plantea el problema de cuando se incurre en las estipulaciones y considera que el primero que reclame y llegue a la *litis contestatio* tiene preferencia.

Se establece en dos estipulaciones (en las que aparece una obligación de dar) y una forma compleja para determinar al estipulante “*si illi non dederis mihi dare spondes*”, es decir se incluye una condición dentro de la forma de determinar al estipulante que

⁸³ ver BÜRGE A, *Occupantis melior est condicio*. ZSS 106. pag. 248-291 (1989).

⁸⁴ TALAMANCA M, *Istituzioni diritto romano* (Milano 1990) pag.252 “Le condizioni casuali dipendono esclusivamente dal caso, ivi compresa la volontà del terzo, e non coinvolgono la volontà di una delle parti del negozio. Le condizioni potestative sono quelle che dipendono dalla volontà di una delle parti del negozio”. En éste caso depende de la voluntad del promitente, esta circunstancia es extraña pues normalmente suele depender de la persona a quién beneficia el negocio. IGLESIAS J, *Derecho romano* (Barcelona 1998) 11 ed.pag.160

relaciona dos estipulaciones. La indeterminación de “sino lo das al otro me lo darás a mí” no depende de un acontecimiento fortuito si no de la actuación de las partes, del promitente. En consecuencia se cuestiona, cuando se incurre en la estipulación y quién de los dos sujetos puede reclamar. Pomponio cree que el que se adelante tendrá acción para reclamar pues estima que el plazo finaliza con la llegada a la *litis contestatio*. Esta forma compleja de determinar al estipulante supone un cierto grado de indeterminación por cuanto, depende de un hecho futuro y objetivamente incierto. También se podría considerar este fragmento desde el punto de vista del establecimiento de una condición que afecta a un tercero y desde la perspectiva de un término implícito, la llegada a la *litis contestatio*⁸⁵.

Desde el punto de vista de la forma "**FUNDUM ILLUM, SI ILLI NON DEDERIS, MIHI DARE SPONDES?**" parece, como si *fundum illum* tuviese cierta autonomía con respecto a el resto de la proposición **SI ILLI NON DEDERIS, MIHI DARE SPONDES?**, por qué la condición no está puesta al inicio de la estipulación, (parece seguir una forma parecida a la de la estipulación doble). Puede ser, simplemente, que se trate de poner de manifiesto que existe otra estipulación idéntica pero en sentido contrario, formulada por el otro estipulante.

D.45, 1, 56,4 IUL. 52 DIG.

QUI ITA STIPULATUR: " **DECEM, QUOAD VIVAM, DARI SPONDES?**",
CONFESTIM DECEM RECTE DARI PETIT: SED HERES EIUS
EXCEPTIONE PACTI CONVENTI SUMMOVENDUS EST: NAM
STIPULATOREM ID EGISSE, NE HERES EIUS PETERET, PALAM EST,
QUEMADMODUM IS, QUI USQUE IN KALENDAS DARI STIPULATUR,
POTEST QUIDEM ETIAM POST KALENDAS PETERE, SED EXCEPTIONE
PACTI SUMMOVETUR. NAM ET HERES EIUS, CUI SERVITUS PRAEDII
ITA CONCESSA EST, UT, QUOAD VIVERET, IUS EUNDI HABERET,
PACTI CONVENTI EXCEPTIONE SUBMOVEBITUR.

⁸⁵ IGLESIAS J, Derecho romano (Barcelona 1998) 11ed. pag 192 El efecto característico de la *litis contestatio* reside en la consunción procesal de la acción, esto es en la imposibilidad de repetición *bis de eadem re in sit actio*. TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano Milano (1990) pag. 334 “L’azione non può riproporsi qualsiasi sia stato l’esito del processo, e si sia o meno arrivati alla sentenza. Si ha rispetto all’azione già intentata quella che in senso tecnico si chiama una preclusione, la quale produce in vario modo l’estinzione del diritto dedotto in giudizio”

El que estipula “¿prometes que se dé diez mil sestercios mientras yo viva ¿” puede pedir inmediatamente los diez mil, pero su heredero habrá de ser rechazado por la excepción de pacto convenido, pues es evidente que el estipulante ha querido que no pueda reclamar su heredero, así como el que estipula que se dé hasta las calendas, puede reclamar ciertamente después de las calendas, pero se le rechazará con la excepción de pacto convenido, y también será rechazado con la excepción de pacto convenido el heredero de aquel a quien se ha concedido una servidumbre sobre el predio para que tenga el derecho de paso mientras viva.

El texto cuestiona algunos de los problemas más discutidos en derecho romano: la posible utilización de las condiciones resolutorias y términos finales en la época clásica.⁸⁶ La posibilidad de establecer condiciones resolutorias es más remota en el ámbito de negocios del *ius civile* como la *stipulatio*. En estos negocios se podía introducir un término final (un hecho futuro y cierto) de ahí parece que se fue admitiendo que los efectos de un negocio se terminasen debido a un hecho futuro e incierto⁸⁷ (condición resolutoria).

Se recoge una estipulación referida a una obligación de dar (diez mil) con el término final de “mientras yo viva”, es decir se pone un límite a la transmisibilidad de una obligación de dar. Mientras no se cumpla este término se puede exigir el cumplimiento de la estipulación inmediatamente⁸⁸.

⁸⁶ TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano Milano 1990 pag251 y ss “i romani non avrebbero conosciuto la condizione risolutiva, e si sarebbero, dunque dovuti accontentare in linea di massima de’l’operavjtà della condizione sospensiva, a parte talune clausole risolutive del contratto di compravendita, le quali non sarebbero, però, state configurate come vere proprie condizioni risolutive.

⁸⁷ TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano Milano 1990 pag 250 y ss Considera que este fenómeno se utilizó en primer lugar en el ámbito de constitución de usufructos.

⁸⁸ GIUFFRÉ V, L’utilizzazione degli atti giuridici mediante conversione. Napoli 1965, pag. 208 y ss. El autor sostiene que la introducción de un término final (*certus che, incertus nel quando*) añadido a estipulaciones, no valía y no invalidaba, se convertía en un *pactum de non petendo* que se hacía valer mediante una *exceptio* TALAMANCA M, *Conventio* e *Stipulatio* nel sistema dei contratti romani. Le droit roman et sa reception en Europa. Varsovia (1978) pag. 240 pone de relieve que el medio judicial para rechazar al heredero es la *exceptio pacti* que sirve para poner de manifiesto la *conventio* subyacente; AMELOTTI Rendita perpetua e rendita vitalizia. Scritti giuridici Torino pag. 456 y ss. (1996).

“¿Prometes que se de diez mil sestercios mientras yo viva?” con esta forma se impide que el heredero pueda reclamar los diez mil, en el caso de que la estipulación no se hubiese extinguido antes de la muerte del promitente.

La inclusión de esta cláusula “mientras yo viva” es fundamental pues prevalece la voluntad del estipulante se produce una conversión en el negocio jurídico como *pacto de non petendo*.

La prestación se establece por una única cantidad y no por una renta periódica

D.45, 1,118,2 PAP. 27 QUAEST.

" **DECEM MIHI AUT TITIO, UTRUM EGO VELIM, DARE SPONDES?"**
EX EO, QUOD MIHI DANDUM EST, CERTI STIPULATIO EST, EX EO,
QUOD ILLI SOLVENDUM, INCERTI: FINGE MEA INTERESSE TITIO
POTIUS QUAM MIHI SOLVI, QUONIAM POENAM PROMISERAM, SI
TITIO SOLUTUM NON FUISSET.

“¿Prometes dar diez mil sestercios, a mí o a Ticio, según yo quiera ¿” Por lo que toca a lo que se me debe dar a mí, la estipulación es de objeto determinado, por lo que hay que pagar a Ticio, de objeto indeterminado; pon el caso de que me interese que se pague a Ticio y no a mí, porque había prometido una pena si no se pagaba esta cantidad a Ticio.

Se formula una estipulación que contiene una obligación de dar diez mil sestercios, mencionando además del estipulante a un *adiectus solutionis causa*⁸⁹ e incluyendo una reserva de la facultad de escoger a favor del estipulante⁹⁰ sobre si el promitente debe pagarle a él o al *adiectus solutionis causa*.

Nos encontramos con un caso en el que el jurista, considera que la prestación es determinada respecto al estipulante e indeterminada con relación al *adiectus*. Esto se justifica en una relación jurídica que no se manifiesta en el texto, en la cual el acreedor

⁸⁹ Para más información CUGIA , *L'adiectus solutionis causa*, Napoles 1919

⁹⁰ COUDERT J, *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain* (1957); MEDICUS D, *Id quod interest* (Köln 1962); HONSELL H, *Quod interest im Bonae-Fidei-Iudicium*. München (1969).

hubiere prometido una pena si no se pagase a Ticio. En la elección del acreedor hay un **interés** añadido que no sabemos cual es. Esta fina elaboración de Papiniano, consideramos que se trata de un asunto de *ius controversum* ya que no hemos visto más fragmentos en este sentido.

En cuanto a la forma del lenguaje directo, la persona beneficiada de esta interrogación completa "**DECEM MIHI AUT TITIO, UTRUM EGO VELIM, DARE SPONDES?**", es establecida de forma, que impropriamente nos permitimos denominar, “alternativa” o bien es el mismo estipulante o bien, es Ticio (que actua como *adiectus solutionis causa*). Se produce ambigüedad a consecuencia de la estructuración de los sujetos intervinientes. Esta ambigüedad disminuye, al establecerse claramente que la facultad de optar está reservada al estipulante .

D.45, 1,141,3 GAI. 2 DE VERB. OBLIG.

SI ITA FUERO STIPULATUS "**MIHI AUT TITIO?**" ET TU MIHI DATURUM TE SPONDEAS, SECUNDUM OMNIUM OPINIONEM AD INTERROGATUM TE RESPONDERE, QUIA CONSTAT MIHI SOLI ADQUIRI OBLIGATIONEM, TITIO AUTEM DUMTAXAT RECTE SOLVITUR.

Si yo hubiera estipulado “para mí o para Ticio” y tú prometes que me darás a mí, tu respuesta a la pregunta es suficiente según la opinión de todos, pues consta que sólo adquiere el estipulante y que a Ticio sólo se le puede hacer validamente el pago.

Si se realiza una estipulación incorporando además del estipulante un *adiectus solutionis causa*, se plantea si es suficiente una respuesta en la que se prometa al estipulante, esta respuesta es correcta pues el único sujeto activo es el estipulante. Como podemos ver en el texto “*Titio autem dumtaxat recte solvitur*”, sabiendo que la figura que aparece es un *adiectus*, se promete unicamente al estipulante.

Se reproduce una cláusula de una *interrogatio* que hace referencia a como se determinan los sujetos que intervienen en la *interrogatio* "MIHI AUT TITIO?" y el nombre de Ticio actúa como un *adiectus solutionis causa* es decir se le puede hacer validamente el pago, pero él no puede reclamar. En el caso del *adiectus* se trata de una delegación de pago.⁹¹

En cuanto a la forma se utiliza el término *aut* que aquí podemos traducir por “o bien”, sin embargo como vemos las posiciones no son equiparables, aunque formalmente lo parezca, siempre se sitúa al *adiectus solutionis causa* en segundo lugar y esto supone que no es sujeto activo, no puede reclamar, sólo se le puede hacer validamente el pago. A primera vista podría parecer que hay incongruencia entre pregunta y respuesta. Podría tratarse de una contraoferta del promitente pero no tenemos datos suficientes. Con lo que nos quedamos que se trata de la fijación de un *adiectus solutionis causa* que formalmente da una falsa impresión de incongruencia (pues el sujeto activo es únicamente el estipulante y al *adiectus solutionis causa* sólo se le puede hacer el pago.

Aunque el *adiectus solutionis causa* tiene una dógmatica propia, Justiniano sitúa el fragmento en su libro sobre *De verborum obligationibus* bajo la rúbrica *De diversis stipulationibus*, en los fragmentos anteriores y posteriores, esta examinando a los sujetos intervinientes en las estipulaciones, incluida la figura del *adiectus*.

D.45, 3, 1,6 IUL. 52 DIG.

CUM SERVUS COMMUNIS TITII ET MAEVII STIPULATUR IN HUNC MODUM: " **DECEM KALENDIS TITIO DARE SPONDES? SI DECEM KALENDIS TITIO NON DEDERIS, TUNC MAEVIO VIGINTI DARE SPONDES?**" DUAE STIPULATIONES ESSE VIDENTUR, SED SI KALENDIS DECEM DATA NON FUERINT, UTERQUE DOMINUS EX STIPULATU AGERE POTERIT, SED IN SECUNDA OBLIGATIONE MAEVIO COMMISSA TITIUS EXCEPTIONE DOLI SUMMOVEBITUR.

⁹¹ TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano, Milano 1990 pag. 570 El autor distingue al *adstipulator* del *adiectus solutionis causa* y añade: “diversa la posizione dell’ *adiectus solutionis causa* , il cui nome è inserito nella conceptio verborum per consentire al *reus promittendi* di adempiere anche nei suoi confronti.” Para má información CUGIA , *L’adiectus solutionis causa* Napoles 1919.

Cuando un esclavo común de Ticio y Mevio estipula diciendo ¿prometes dar diez mil sestercios a Ticio en las calendas? y si no los dieras ¿prometes dar a Mevio veinte mil? Hay dos estipulaciones; si no se dieran los diez mil en las calendas, ambos dueños tendrán la acción por lo estipulado, pero , Ticio sera rechazado con la excepción de dolo malo cuando se haya reclamado la segunda obligación a favor de Mevio.

Un esclavo que tiene dos dueños⁹², estipula a favor de uno de ellos estableciendo y término . En el caso de que no se cumpla ésta estipulación, el esclavo estipula a favor del otro por una cantidad superior. En la sociedad nada obsta a que las ganancias se repartan de forma diferente (cuando se liquida se utiliza la *actio comuni dividundo*), en este caso la posición de los estipulantes es de desigualdad respecto a la comunidad que integra el esclavo.

Cada estipulación tiene una acción pero están relacionadas, puesto que Ticio y Mevio son propietarios del esclavo, y también de la excepción de dolo si Ticio reclama cuando se ha cumplido respecto a Mevio. La *exceptio doli* intenta corregir que del tenor literal pudieran surgir dos peticiones.

Desde el punto de vista de la forma, vemos dos *interrogatione* independientes. La primera sin condición "**DECIM KALENDIS TITIO DARE SPONDES?"** y la segunda condicionada a que no se cumpla la primera, incluyendo además en este caso una cantidad superior:⁹³ "**SI DECIM KALENDIS TITIO NON DEDERIS, TUNC MAEVIO VIGINTI DARE SPONDES?"** Existe la peculiaridad como vemos, que, ambas estipulaciones están relacionadas y permiten el funcionamiento de la *exceptio doli*.

Así también observamos como a través de estas dos *interrogationes*, los sujetos activos estan relacionados al compartir un siervo en común. Sin embargo según el tenor de las estipulaciones tienen una posición desigual.⁹⁴

⁹² La obra de referencia: BRETONNE M, *Servus Communis* Contributo alla storia della comproprietà romana in età classica Napoli 1958. Aunque desgraciadamente no estudia este texto..

⁹³ KNÜTEL R, *Stipulatio Poenae* (1976) pag. 242 considera que se trata de una *poena pecunia traiecticiae*.

⁹⁴ TALAMANCA M, *Istituzioni diritto romano* (Milano 1990) pag.411 "Il *ius ad crescendi* funziona anche negli acquisti del *servus communis*, che hanno effetto, in genere a favore dei socii, proporzionalmente

D.45, 3, 9,0 ULP. 48 AD SAB.

ITEM SI SERVUS DUORUM TITII ET MAEVII HOMINEM, QUI TITII ERAT, STIPULATUS FUERIT, EI SOLI ADQUIRIT, CUIUS NON FUIT. SED SI STIPULATUS SIT STICHUM SIBI ET " MAEVIO ET TITIO DARI SPONDES?", TOTUM EUM MAEVIO ADQUIRIT: QUOD ENIM ALTERI EX DOMINIS ADQUIRERE NON POTEST, ID AD EUM, QUI AD OBLIGATIONEM ADMITTITUR, PERTINET.

Asimismo, si un esclavo de dos conductores, Ticio y Mevio, ha estipulado un esclavo que pertenecía a Ticio, sólo adquiere para el que no era propietario de aquel esclavo. Más si ha estipulado el esclavo Estico para sí , o diciendo, “¿prometes que se dé a Mevio y Ticio?”, entonces adquiere todo para Mevio, pues lo que no puede adquirir para el otro conductor pertenece a aquel otro que sí puede adquirirlo.

Se trata de una estipulación que realiza un *servus communis* perteneciente a dos dueños⁹⁵, en la cual estipula (para sus dueños) un esclavo que pertenecía a uno de ellos. En éste caso, sólo adquiere para el que no era propietario. No podemos deducir la forma en la que se ha hecho. Si la forma para que el esclavo común estipule, es como si lo hiciera para sí, o citando a sus dueños Mevio y Ticio , entonces dice el jurista que adquiere sólo para Mevio. El texto establece distintas formas en las que se puede estipular que determinan diferencias de régimen jurídico pero sin que éstas se puedan precisar.

Vemos otro caso en que los adquirentes tienen una relación en común, ya que son dueños de un esclavo. Se plantea como puede estipular el esclavo, (mediante el *iussum*) otro esclavo (Estico) que pertenecía a Ticio. El jurista admite que la forma “*Maevio et*

alle quote (a meno che lo schiavo stesso agisca su iussum di uno dei comproprietari o indicando uno di essi come destinatario degli effetti dell’atto). Quando , però , gli effetti non possano verificarsi a favore di uno dei soci, ad es. Per difetto di legittimazione, l’acquisto stesso avviene tutto a favore degli altri.

⁹⁵ BRETONI M, *Servus communis*. Napoli 1958, pag. 70 y ss .El autor distingue dos supuestos dentro del texto, en el primer supuesto el esclavo común adquiere pro parte dominica para el co-propietario legitimado mientras que en el segundo supuesto el *servus communis* adquiere por entero el derecho de crédito para el co-propietario no dueño del esclavo objeto de la estipulación. Pero el texto del Digesto no resulta tan esclarecedor.

Titio dari spondes”, siendo propietario Mevio, permite adquirir al otro, con los que podemos ver una muestra de flexibilidad al salvar la validez de la estipulación.

El principio de que nadie puede estipular algo que es suyo⁹⁶ y de la imposibilidad jurídica de la prestación⁹⁷, quiebra formalmente en el caso de los co-propietarios de un esclavo común. Vemos que aunque desde el punto de vista de la forma de delimitar a los adquirentes *Maevio et Titio*, estos se equiparan, se tienen en cuenta otras consideraciones para que la estipulación sea válida y sólo adquiera Mevio o bien adquieran ambos en función de las cuotas de propiedad. Aunque el texto no nos permite delimitarlo con claridad.

D.45, 3, 10,0 IUL. 52 DIG.

SED ET SI ITA STIPULETUR: " **TITIO DECEM AUT MAEVIO FUNDUM DARE SPONDES?**", QUIA INCERTUM EST, UTRI EORUM ADQUISIERIT ACTIONEM, IDCIRCO INUTILIS STIPULATIO EXISTIMANDA EST.

También si se estipula “¿prometes dar diez mil sestercios a Ticio o un fundo a Mevio?” como es incierto para quién ha adquirido la acción, la estipulación debe considerarse sin efecto.

En el texto se formula una *interrogatio* con dos sujetos adquirentes y dos objetos. Sin que del fragmento podamos extraer más información. Sin embargo podemos saber⁹⁸, que el texto presenta el problema de que el estipulante es un esclavo común.

Se recoge una *interrogatio* completa (dos objetos, por lo que estamos ante una obligación alternativa) y dos sujetos adquirentes que son co-propietarios de un esclavo.

En las estipulaciones realizadas por esclavos los juristas son especialmente rigurosos en cuanto a la determinación del acreedor, para el cual se adquiere. En

⁹⁶ BIONDI B, *Contratto e Stipulatio* (1953) pag.324 y ss. “si ha impossibilità giuridica qualora taluno promitta di dare una cosa fuori di commercio o che si trovi già in proprietà dello stipulante”.

⁹⁷ CUENA BOY F, *Estudios sobre la imposibilidad de la prestación*. Valladolid (1992) pag. 89 y ss “Es nula la estipulación de *dare* una cosa que ya pertenece al acreedor D.44,7,1,10(*Gai 3 Res Cott*); D.45,1,82 pr.(Ulp. 78 ad ed.), es evidente que a nadie se le puede transmitir un derecho de propiedad del que ya es titular. La estipulación es válida cuando, el acreedor se hace prometer no su propia cosa, sino el precio o la restitución de la misma, pues en estos casos surge una obligación de *dare pecuniam*, o bien de *facere*, cuya realización es perfectamente posible.

⁹⁸ LENEL, O Pal. Col.456 texto 705.

este caso es especialmente difícil de determinar por la relación de co-propiedad. El hecho decisivo como dice el jurista, es que no se sabe quien ha adquirido la acción, esto provoca la ineficacia⁹⁹ de la *stipulatio*.

De la forma empleada, parece que Juliano se plantea si hay un estipulante y un *adiectus solutionis causa*. El derecho romano tiene un enfoque marcadamente procesal como reflejo del “Actionemrechtliche Denken”¹⁰⁰, y como vemos por el comentario de Juliano queda indeterminado el sujeto que puede accionar y esto lleva a considerar la estipulación inútil. **En cuanto a la forma , especialmente en las estipulaciones de esclavos es decisivo determinar claramente para quien se adquiere.**

D.45, 3, 11,0 ULP. 48 AD SAB.

SED SI SIBI AUT PRIMO AUT SECUNDO DOMINIS SUIS STIPULATUS SIT, ET HIC TANTUNDEM ERIT PROBANDUM, QUOD IULIANUS, INUTILEM ESSE STIPULATIONEM. SED UTRUM ADIECTIO INUTILIS EST AUT TOTA STIPULATIO UTILIS NON EST? PUTO ADIECTIONEM SOLAM ESSE INUTILEM: EO ENIM QUOD AIT " MIHI" OMNIBUS ADQUIIIT EX STIPULATU ACTIONEM. AN ERGO IN CETERORUM PERSONA SOLUTIO LOCUM HABEAT EXEMPLO EXTRANEAE PERSONAE? ET PUTO VEL SOLVI EIS POSSE, QUEMADMODUM CUM EGO MIHI AUT TITIO STIPULER. CUR ERGO CUM PRIMO AUT SECUNDO DOMINIS STIPULATIO NON CONSTITIT NEC SOLUTIO EST? ILLA RATIO EST, QUIA NON INVENIMUS, IN CUIUS PERSONA STIPULATIO CONSTITIT, IN CUIUS SOLUTIO.

También se debe aceptar lo que dice Juliano, de que la estipulación es ineficaz cuando el esclavo ha estipulado para sí o para Primo o para Secundo dueños suyos. Pero ¿es inválida tan sólo la determinación añadida, o carece de efecto la estipulación entera? Yo creo que es ineficaz la determinación añadida, y que al decir “para mí” adquiere para todos la acción de lo estipulado. ¿Acaso, pues, puede hacerse el pago a las otras personas mencionadas como si fueran extrañas?

⁹⁹ MASI A, Il negozi utile o inutile in diritto romano. RISG 10 pag. 21 y ss (1959-62)

Creo que se les puede hacer el pago del mismo modo que cuando estipulo para mí o para Ticio. ¿Por qué entonces, cuando se estipula para los dueños Primo o Secundo, no vale la estipulación, ni tampoco el pago que se les haga? La razón está en que cuando el esclavo no estipula para sí no podemos encontrar en qué persona pueda valer la estipulación y en cual el pago.

Se trata del problema de las estipulaciones hechas por un esclavo en las que éste, estipula, en virtud del *iussum*. Si el esclavo es objeto de co-propiedad, se puede considerar que adquiere para varios acreedores .

Para Ulpiano cuando el esclavo dice para mí, adquiere para todos sus dueños la acción de lo estipulado, porque la mención a Primo y Secundo, se tiene por no puesta para mantener la validez de la estipulación. Ulpiano se inclinaría por una nulidad parcial a fin de salvar la validez del negocio jurídico. El problema radica, en que al tratarse de un esclavo el que estipula en virtud del *iussum*, si se incluyen además los nombres de sus dueños, surge la confusión respecto a determinar si son estipulantes o bien *adiectus solutionis causa*¹⁰¹. Como venimos diciendo el derecho romano, es un derecho casuístico dirigido al tratamiento y solución del supuesto concreto, y este punto de vista procesal influye en que se traten con una rigidez inusual cuestiones relativas al orden procesal, en éste caso la mención a Primo y Secundo se tiene por no puesta para evitar la confusión respecto a si son estipulantes o bien *adiectus solutionis causa*. Vemos que en éste caso la forma (aunque no esté recogida en lenguaje directo) suscita distintas opiniones de los juristas (*ius controversum*)

Este breve fragmento de lenguaje directo *mihi* suscita la incerteza de para quien se estipula. Ulpiano intenta aclarar la **forma** como se debe expresar el sujeto activo de la estipulación de tal manera que estuviese claro que el esclavo estipula en función del *iussum* y por otra parte poner de manifiesto quien es estipulante y quien *adiectus solutionis causa*. Si esto no queda suficientemente claro, tampoco lo está a quien corresponde el ejercicio de la acción derivada de la estipulación y esta deviene ineficaz.

¹⁰⁰MIQUEL J, Historia del derecho romano (1990) pag.106 El autor pone de manifiesto que el derecho romano, es ante todo un derecho de juristas, un derecho casuístico.

¹⁰¹ Vease para éste tema BRETONNE M, *Servus communis*. Napoli 1958, pag. 93 y ss . Se il *servus communis* stipulava *nominatim* per entrambi i condomini, costoro acquistavano il diritto di credito *pro virilibus partibus* e non *pro dominicis*. Pero este texto del Digesto no resulta tan esclarecedor.

Ulpiano aplica un teoría más flexible, intentando salvar la validez de la estipulación por lo menos en la parte que sea posible. Juliano con un criterio más rígido considera que en todo caso la estipulación es ineficaz..

Lenel sitúa el fragmento en el libro 48 de los comentarios a Sabino que esta dedicado al estudio *De verborum obligatione* bajo la rúbrica *De stipulatione servorum*, por lo que creemos que intenta tener un alcance general (en el ámbito de las estipulaciones de esclavos). En cuanto al fragmento en lenguaje directo *mihi*_no podemos extraer conclusiones respecto a las cuestiones jurídicas que se incluyen en el fragmento.

D.45, 3, 18,1 PAP. 27 QUAEST.

SI SERVUS TITII ET MAEVII PARTEM, QUAE MAEVII EST, SIBI DARI STIPULETUR, NULLA STIPULATIO EST, CUM, SI TITIO DARI STIPULATUS FUISSET, TITIO ADQUIRERETUR. QUOD SI SIMPLICITER CONCEPTA EST STIPULATIO, VELUTI: " **PARTEM EAM, QUAE MAEVII EST, DARE SPONDES?**" NON ADIECTO " MIHI", PROPE EST, UT, QUIA SINE VITIO CONCEPTA EST STIPULATIO, SEQUATUR EIUS PERSONAM, CUIUS POTEST.

Si un esclavo de Ticio y Mevio estipula que se dé la parte en que él es de Mevio, la estipulación es nula, pues no puede estipularse el mismo para sí, aunque, si hubiese estipulado que se diera a Ticio, adquiriría para éste. Más si la estipulación es simple, por ejemplo : “¿prometes dar la parte que es de Mevio?” sin añadir “a mí”, quizá pueda decirse que, como la estipulación no tiene ya aquel defecto valga para la persona a la que es posible adquirir aquel derecho.

Se plantea el problema de si es posible la autocontratación¹⁰² (de un esclavo que es en parte de Mevio y en parte de Ticio), el esclavo no puede estipularse el mismo para sí. Sin embargo este problema puede desaparecer si se omite “*mihi*” pues tal como esta formulada la estipulación “¿prometes dar la parte que es de Mevio” puede entenderse

¹⁰² WACKE A, La autocontratación en el derecho de representación romano y moderno Estudios de derecho en cuatro idiomas.Fundación Ursicino Alvarez (1996) El autor pone de relieve que el conflicto de intereses que podía darse en el autocontrato ya fue percibido por los juristas romanos y desarrolla su artículo en torno al derecho de la tutela.

para quien es posible adquirir ese derecho. Debemos considerar al esclavo como un mero órgano.

Es decir en este caso la supresión de la partícula *mihi*, hace que pueda considerarse eficaz la estipulación.

Vemos pues la importancia de la forma de expresar los sujetos de la estipulación para su validez, y la tendencia de los juristas romanos de intentar salvar la eficacia de la estipulación. Con una interpretación flexible (Papiniano se distancia de Juliano), que se va imponiendo para hacer frente al problema de la ambigüedad en el lenguaje .

Lenel¹⁰³ sitúa el fragmento en el libro *De stipulationibus* bajo la rúbrica *De stipulationibus aliisque contractibus servorum* creemos que podemos considerar que intenta tener un carácter general (refiriéndose a las estipulaciones de esclavos).

D.45, 3, 18,3 PAP. 27 QUAEST.

CUM SERVUS FRUCTUARIUS OPERAS SUAS LOCASSET ET EO NOMINE PECUNIAM IN ANNOS SINGULOS DARI STIPULATUS ESSET, FINITO FRUCTU DOMINO RESIDUI TEMPORIS ADQUIRI STIPULATIONEM IULIANUS SCRIPTUM RELIQUIT. QUAE SENTENTIA MIHI VIDETUR FIRMISSIMA RATIONE SUBNIXA: NAM SI IN ANNOS FORTE QUINQUE LOCATIO FACTA SIT, QUONIAM INCERTUM EST, FRUCTUS IN QUEM DIEM DURATURUS SIT, SINGULORUM ANNORUM INITIO CUIUSQUE ANNI PECUNIA FRUCTUARIO QUAERERETUR: SECUNDUM QUAE NON TRANSIT AD ALTERUM STIPULATIO, SED UNICUIQUE TANTUM ADQUIRITUR, QUANTUM RATIO IURIS PERMITTIT. NAM ET CUM IDEM SERVUS ITA STIPULETUR: "**QUANTAM PECUNIAM TIBI INTRA ILLUM DIEM DEDERO, TANTAM DARI SPONDES?**" IN PENDENTI EST, QUIS EX STIPULATU SIT HABITURUS ACTIONEM: SI ENIM EX RE FRUCTUARIII VEL OPERIS SUIS PECUNIAM DEDERO, FRUCTUARIO, SI VERO ALIUNDE, DOMINO STIPULATIO QUAERETUR.

Como hubiera arrendado sus servicios un esclavo en usufructo y hubiese estipulado un salario anual por tal concepto, Juliano dejó escrito que al extinguirse el usufructo, la estipulación se adquiere para el dueño por el resto del tiempo. Opinión esta de Juliano que me parece fundada en una razón muy firme ,pues si el arriendo se hizo para cinco años, por ejemplo, como es incierto hasta cuando durará el usufructo, el usufructuario irá adquiriendo la cantidad de año en año; por lo que no es que la estipulación se transfiera al dueño sino que se adquiriera para el usufructuario y luego para el dueño según lo consienta el derecho. Por que cuando el mismo esclavo estipula diciendo: “¿prometes darme tanta cantidad cuanta yo te haya dado hasta el término?”, está pendiente quién tendrá la acción de lo estipulado: si diera aquella cantidad con bienes del usufructuario o por su propio trabajo, la acción será para el usufructuario y en otro caso, es el dueño quien adquiere la estipulación.

Se trata de un esclavo en usufructo¹⁰⁴ que ha arrendado sus servicios y estipula un salario anual, el usufructuario irá adquiriendo la cantidad de año en año. Cuando se extinga el usufructo, en virtud de la elasticidad¹⁰⁵ del derecho de propiedad, lo adquirirá el dueño. De esta manera se deja abierta la estipulación, en función de la relación derecho de propiedad-derecho de usufructo (se puede saber quien tiene la acción por lo estipulado¹⁰⁶) y teniendo en cuenta si se trata de unas ganancias extraordinarias¹⁰⁷ o no.

La forma de esta *interrogatio* completa no permite determinar cual es el objeto de la estipulación ni tampoco quién va a recibirlo, ya que depende de otras circunstancias jurídicas externas a la propia estipulación **"QUANTAM PECUNIAM TIBI INTRA**

¹⁰³ LENEL O, col.. 868 vol. I.

¹⁰⁴ TALAMANCA M, Istituzioni diritto romano (Milano 1990) pag.464 El autor comenta que en las adquisiciones del servi fructuarii se aplican las mismas normas que en el caso del esclavo. Pero hay un concurso entre el derecho del propietario y del usufructuario. En el periodo clásico el servi fructuarii incorporaba al patrimonio del usufructuario todo lo que obtenía con la disposición de los medios económicos de éste (ex re fructuarii) o mediante el pago de la actividad laboral (ex operis suis). En todas las otras adquisiciones (ex re domini) y a título gratuito, el destinatario era el propietario. Este sistema podía ser modificado por la voluntad del nudo propietario.

¹⁰⁵ MIQUEL J Derecho privado romano (1995) pag.167 y ss.

¹⁰⁶ Trata este texto: LAMBERTINI M, Gai 3,146 Fra dogma della pendenza e condizione. Studi in onore di T. Carnacini .Milano pag. 663-695 (1984).

¹⁰⁷ Vease infra nota 102 , TALAMANCA M, Istituzioni diritto romano (Milano 1990) pag 464

ILLUM DIEM DEDERO, TANTAM DARI SPONDES?" ¿Prometes darme tanta cantidad cuanta yo te haya dado hasta el término?.

Se admite cierta indeterminación en cuanto al objeto y a la persona que lo va a recibir, en un caso como éste en el que la determinación se realiza en función de la relación jurídica subyacente (elasticidad del derecho de propiedad frente al derecho de usufructo) y del origen de los ingresos. Estaríamos ante un supuesto de obligación ambulatoria¹⁰⁸.

D.45, 3, 21,0 VEN. 1 STIPUL.

SI SERVUS COMMUNIS ITA STIPULETUR: " **KALENDIS IANUARIIS DECEM TITIO AUT MAEVIO DOMINIS, UTER EORUM TUNC VIVET, DARE SPONDES?"**, INUTILEM ESSE STIPULATIONEM IULIANUS SCRIBIT, QUIA NON POSSIT IN PENDENTI ESSE STIPULATIO NEC APPARERE, UTRI EORUM SIT ADQUISITUM.

Si un esclavo común estipula diciendo “¿me prometes dar diez mil sestercios en las calendas de enero a Ticio o a Mevio, mis dueños, al que viva en aquel momento?”, escribe Juliano que la estipulación es ineficaz pues no puede quedar pendiente la estipulación y sin determinar para cuál de los dos se ha adquirido.

En este caso un esclavo común de Ticio y Mevio estipula una cantidad de diez mil para sus dueños¹⁰⁹, fijando un término (las calendas de enero) y una condición¹¹⁰ que sirve para determinar al estipulante (al que viva en aquel momento). Sin embargo Venuleyo, haciéndose eco de la teoría de Juliano cree que no puede quedar pendiente (dependiendo de una circunstancia ajena a la relación jurídica) el saber para quien de los dos se ha adquirido; esta circunstancia es fundamental en cuanto a la eficacia de la

¹⁰⁸ MIQUEL J Derecho privado romano (1995) pag.263 y ss.

¹⁰⁹ Se trata este texto en: THIELMANN G, Die römische Privatauktion zugleich ein Beitrag zum römischen Bankierrecht. (1961).

¹¹⁰ TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano (1990 Milano)pag. 249 “la condizione collega l’efficacia del negozio all’ avverarsi di un fatto futuro ed incerto: le parti vogliono procedere immediatamente a porre un certo determinato regolamento d’interesi , destinato però , ad avere efficacia, soltanto se si verificherà o non si verificherà un dato avvenimento futuro ed incerto. La condizione sospensiva è quella clausola del negozio que subordina l’inizio degli effetti del negozio al verificarsi di un fatto futuro ed incerto.

estipulación. Lo que determina la ineficacia de la estipulación es la introducción de una condición en virtud de la cual no se puede establecer quien es el adquirente.

En cuanto a la forma vemos una *interrogatio* completa, cerrada por el verbo *spondes* en la que, el objeto y el término están determinados pero no se puede saber para quien se ha adquirido (no se puede saber quién va a vivir en las calendas de enero o bien si van a vivir los dos), por lo que la estipulación según Venuleyo es inútil. **Vemos otra vez cierta rigidez en la estipulación en cuanto a la forma de determinar al acreedor, pues es esencial saber quién va a poder accionar. Venuleyo sigue la teoría de Juliano de carácter más restrictivo, pero consideramos que se podría tener en cuenta que a la llegada del término va a resultar cierto quien esta vivo o bien si lo estan los dos, y se aplicaría las normas relativas a la adquisición de objetos en copropiedad¹¹¹. Se trataría de un tema de *ius controversum* sobre el cual Ulpiano tendría una visión más flexible permitiendo, que el sujeto activo quede determinado en la estipulación o bien, se establezca un criterio que permita determinarlo, o como es el caso dependa de un hecho futuro e incierto.**

D.45, 3, 29,0 PAUL. 72 AD ED.

SI COMMUNIS SERVUS SIC STIPULATUS SIT: " **DECEM ILLI DOMINO, EADEM DECEM ALTERI DARE SPONDES?**", DICEMUS DUOS REOS ESSE STIPULANDI.

Si un esclavo en copropiedad ha estipulado diciendo “¿prometes dar diez mil sestercios a tal dueño y los mismos diez mil al otro?” ,diremos que los dueños se hacen acreedores solidarios.

Un esclavo en co-propiedad estipula el mismo objeto para sus dueños. En este caso el texto incide en un problema de fondo, las obligaciones solidarias¹¹². Hay un sujeto (esclavo) que adquiere respecto a dos dueños que son llamados *reus stipulandi*. En este caso el tenor de la estipulación respeta los principios estipulatorios: un sólo objeto y dos

¹¹¹ Aunque no trata éste fragmento vease BRETONE M, *Servus Communis* (1958).

¹¹² TALAMANCA M, *Istituzioni di diritto romano* (Milano 1990):”Nella stipulazione pasivamente solidale é essenziale la domanda unitaria del creditore nei confronti del debitore (*Maevi et Titi eosdem decem dari spondetis?*) . Nella stipulazione attivamente solidale , sembrerebbe invece risultare solo la possibilità di una interrogazione separata da parte dei creditori e dell’ unica risposta da parte del debitore.” Sim embargo en éste caso debemos tener en cuenta que actúa el *servus comunis*.

sujetos obligados solidariamente¹¹³. La relación de solidaridad le quita a la estipulación el componente de la ambigüedad, el régimen de las obligaciones solidarias hace que no se dude sobre la validez de la estipulación.

Un segundo problema de fondo deriva de la situación de copropiedad del esclavo.¹¹⁴

En cuanto a la forma de la estipulación queda claro que los dos acreedores están obligados solidariamente por lo que no se plantean consideraciones sobre quién es sujeto activo, al aplicarse el régimen de las obligaciones solidarias. Se trata como podemos ver de una *interrogatio* completa cerrada por el verbo *spondes*.

D.45, 3, 37,0 POMP. 3 AD Q. MUC.

SI COMMUNIS SERVUS ITA STIPULARETUR: " **LUCIO TITIO ET GAIO SEIO DARI SPONDES?**", QUI SUNT DOMINI ILLIUS, PRO VIRILIBUS PARTIBUS EIS EX STIPULATIONE DEBETUR: SI VERO ITA: " **DOMINIS MEIS DARE SPONDES?**", PRO PARTE, QUA DOMINI ESSENT: SI VERO ITA: " **LUCIO TITIO ET GAIO SEIO DOMINIS MEIS DARE SPONDES?**", DUBITARETUR, UTRUMNE VIRILES PARTES AN PRO DOMINICA PORTIONE EIS DEBERETUR. ET INTERESSET, QUID CUIUS DEMONSTRANDI GRATIA ESSET ADIECTUM ET QUAE PARS EIUS STIPULATIONIS PRINCIPALEM CAUSAM HABERET: SED CUM AD NOMINA PRIUS DECURSUM EST, RATIONABILIUS ESSE VIDETUR PRO VIRILI PARTE STIPULATIONEM EIS ADQUIRI, QUOD DOMINORUM VOCABULA PRO DEMONSTRATIONE HABEANTUR

Si un esclavo en copropiedad estipula diciendo "¿prometes que se dé a Lucio Ticio y a Gayo Seyo?" que son sus dueños; se les debe, en virtud de la estipulación, por partes iguales. Más si se estipula diciendo "¿prometes dar a mis dueños?" adquieren en proporción a sus cuotas de propiedad. Y si se dice "¿prometes dar a mis dueños Lucio Ticio y Gayo Seyo?" se dudará si se debe lo

¹¹³ MASI A, v. Solidarietà (diritto romano) NNDI 17 (1970) pag.830 y ss ; SACCONI G, Studi sulle obbligazioni da contratto in diritto romano. Milan (1973); GONZALEZ, A Una visión unitaria (contractual y procesal) de las obligaciones solidarias en Derecho romano (Madrid 1983)

¹¹⁴ BRETONNE M, *Servus Communis* (1958). TORRENT A, Notas sobre las relaciones entre comunio y copropiedad. Studi Grosso 2 pag 97 yss.(Torino 1968); TALAMANCA M, istituzioni di diritto romano (Milano 1990) pag.411.

estipulado por partes iguales , o por la cuota de propiedad de cada uno, y convendría saber con qué fin se hizo esta mención y que parte de la estipulación debe considerarse como principal; aunque cuando se acude a mencionar los nombres, parece más razonable que adquieran la estipulación por partes iguales , pues los nombres tienen valor demostrativo.

En este texto se ve las distintas posibilidades de adquirir un objeto mediante un esclavo que es propiedad¹¹⁵ de ambos estipulantes. en función de la forma que utilice la estipulación se puede adquirir por partes iguales (si se mencionan los nombres) o bien según las cuotas de propiedad (sin hacer referencia a los nombres se hace mención de un derecho de co-propiedad) bien puede ser dudoso si se mezclan ambos criterios, aunque el jurista interpreta que si se mencionan los nombres debería prevalecer este criterio.

El tenor de la estipulación tiene consecuencias importantes de régimen jurídico (“LUCIO TITIO ET GAIO SEIO DARI SPONDES?” y “ DOMINIS MEIS DARE SPONDES?”). Se admite que aparezcan dos acreedores *reus stipulandi*, si los une una obligación solidaria . En este caso son co-propietarios y se distingue si se mencionan los nombres (adquieren pro-rata) o bien se dice simplemente que son los dueños del esclavo (adquieren en función de las cuotas de propiedad).

D.38, 1, 10,0 POMP. 15 AD SAB.

SERVUS PATRONI A LIBERTO MALE ITA STIPULATUR: " **OPERAS MIHI DARE SPONDES?"** ITAQUE PATRONO DARI STIPULANDUM EST.

El esclavo del patrono no estipula correctamente del liberto si dice “¿me prometes prestar los servicios?” y así deberá estipular que se prestaran al patrono.

¹¹⁵ BRETONI M, *Servus communis*. Napoli 1958, pag. 93. Se il *servus communis* stipulava *nominatim* per entrambi i condomini, costoro acquistavano il diritto di credito *pro virilibus partibus* e non *pro dominicis*.

El jurista estudia como debe realizarse una estipulación de prestación de *operae libertorum*¹¹⁶ por parte del esclavo del patrono, (actuando como estipulante en función del *iussum*) frente al liberto.

En cuanto a la forma, se trata de una *interrogatio* completa que garantiza la prestación de servicios. Formalmente, el “mihi” que en otras estipulaciones en las que actúa un *servus* pone de manifiesto la existencia del *iussum*. En este caso no se admite, por esto dice el jurista que no estipula correctamente. En otros supuestos como hemos visto el *mihi* se tiene por no puesto y la estipulación es válida. En el fragmento creemos que se han tenido en cuenta otras consideraciones decisivas en especial, que se trate de *operae libertorum*, y en definitiva que los dos sujetos intervinientes sean un esclavo y un liberto. Creemos que éste es el motivo fundamental que ha llevado a endurecer los requisitos de forma.

D.46, 1, 16,0 IUL. 53 DIG.

FIDEIUSSOR OBLIGARI NON POTEST EI, APUD QUEM REUS PROMITTENDI OBLIGATUS NON EST. QUARE SI SERVUS COMMUNIS TITII ET SEMPRONII NOMINATIM TITIO DARI STIPULATUS FUERIT ET FIDEIUSSOREM ITA INTERROGAVERIT: " **TITIO AUT SEMPRONIO ID DARE SPONDES?**", TITIUS QUIDEM PETERE A FIDEIUSSORE POTERIT, SEMPRONII VERO PERSONA IN HOC SOLUM INTERPOSITA VIDEBITUR, UT SOLVI EI ANTE LITEM CONTESTATAM ET IGNORANTE VEL INVITO TITIO POSSIT.

No puede obligar a un fiador quien no es acreedor del deudor cuya deuda se afianza. Por lo que si el esclavo común de Ticio y Sempronio hubiera estipulado expresamente que se diera a Ticio y hubiese preguntado al fiador “¿prometes dar a Ticio o a Sempronio?”, Ticio podrá demandar al fiador, pero el nombre de Sempronio sólo figura para que se le pueda pagar antes de la litisconstestación, y puede hacerse así aunque no lo sepa Ticio o éste se oponga.

¹¹⁶ Vease BONFANTE P, Corso di diritto romano vol.I (1963) pag.235 y ss; TALAMANCA M, Istituzioni di Diritto Romano (1990) pag.99 y ss . El autor pone de manifiesto algunas peculiaridades del

El supuesto planteado trata de que no puede obligar a un fiador, el sujeto que no es acreedor de la deuda que se afianza. El jurista presenta el caso de un esclavo en co-propiedad que estipula a favor de uno de sus propietarios y luego en la estipulación *fideiussoria* nombra a los dos propietarios “**TITIO AUT SEMPRONIO ID DARE SPONDES?**”. El propietario que aparece en la estipulación (o a favor de quién se realiza la estipulación) y también en la fianza es el que puede demandar¹¹⁷. El otro propietario que sólo aparece en la estipulación *fideiussoria*, según Juliano tendría la consideración de *adiectus solutionis causa*.¹¹⁸ Para la solución del caso es importante el conocimiento de la relación subyacente .

En lenguaje directo se recoge una interrogación de garantía en la cual el fiador se compromete a dar a Ticio o a Sempronio. El jurista plantea, como hemos dicho, el problema de que un esclavo¹¹⁹ común de Ticio y Sempronio, estipula una deuda a favor de Ticio solamente y, la afianza según el tenor de la interrogación recogida en lenguaje directo. Como Sempronio no es acreedor no puede obligar al fiador pero esto se deduce sólo de la relación subyacente. Juliano para salvar la validez de la estipulación de garantía tiene en cuenta los verba que relacionan a los co-propietarios con la partícula *aut* y considera a Sempronio un *adiectus solutionis causa*.

De hecho desde el punto de vista de la forma la aparición de dos personas como acreedores es posible si se trata de un caso de co-propiedad o solidaridad y se expresa claramente la circunstancia, pero en este caso el jurista tiene en cuenta el principio de la accesoriedad en la *fideiussio* y los *verba*. La solución de Juliano es considerar a uno acreedor y al otro *adiectus solutionis causa*.

D.46, 1, 23,0 MARCIAN. 4 REG.

régimen de las *operae libertorum*, como por ejemplo que se devengaban por días.

¹¹⁷ FEENSTRA R, Le caractère accessoire des différents types de cautionnement verbis en droit romain classique. Études J. Macqueron . Aix –en –Provence 1970 pag.301 y ss

¹¹⁸ KASER M, Das Römische Privatrecht I (Munich 1971) pag.637 y ss; El autor afirma que en la *stipulatio* y en la *dotis dictio*, aparte del acreedor , puede figurar un tercero (por ejemplo un banquero) como beneficiario (*solutionis causa adiectus*) . En este caso, este tercero es irrevocablemente autorizado a ser beneficiario pero no a exigir el pago. No puede ni reclamar judicialmente el cobro , ni puede ceder o cesar en su derecho. Un acreedor secundario cuyo derecho se vincula al del deudor principal es el *adstipulator*. Para más información vease CUGIA , *L'adiectus solutionis causa* (Napoles 1919)

¹¹⁹ Desde el punto de vista de la obligación natural: CORNIOLEY P, *Naturalis obligatio* Essai sur l'origine et l'évolution de la notion en droit romain. Genève (1964).

SI " MIHI AUT TITIO DECEM?" STIPULATUS FUERIM, TITIUS FIDEIUSSOREM ACCIPERE NON POTEST, QUIA SOLUTIONIS TANTUM CAUSA ADIECTUS EST.

Si yo hubiera estipulado diez mil sestercios “para mí o para Ticio” no puede salir un fiador por Ticio, pues su nombre figura tan sólo a efectos del pago.

Se propone una *interrogatio* en la que se estipula a favor de dos sujetos, unidos mediante la partícula *aut* y se cuestiona si se puede afianzar al segundo. Se trata de la determinación de un *adiectus solutionis causa*¹²⁰, y el problema que subyace es el de la accesoriedad en la fianza¹²¹.

Desde el punto de vista de la forma, como hemos ido viendo parece, que si se incluye dos sujetos en la *interrogatio*, unidos por la partícula *aut*, quien estipula es el primero de ellos. Si no hay más menciones " MIHI AUT TITIO DECEM?", el segundo tiene la condición de *adiectus solutionis causa*. El jurista estima que no se puede afianzar a Ticio ya que él, no es acreedor y por lo tanto no puede reclamar. Se aplica pues la regla de la accesoriedad en la *fideiussio*.

D.46, 3, 10,0 PAUL. 4 AD SAB.

QUOD STIPULATUS ITA SUM " MIHI AUT TITIO " , TITIUS NEC PETERE NEC NOVARE NEC ACCEPTUM FACERE POTEST, TANTUMQUE EI SOLVI POTEST.

Lo que he estipulado “para mí o para Ticio”, no puede reclamarlo ni novarlo Ticio, ni cancelarlo por aceptilación, sino que tan sólo se le puede pagar.

¹²⁰ Vease KASER M, Das Römische Privatrecht I (Munich 1971) pag.637 y ss; El autor afirma que en la *stipulatio* y en la *dotis dictio*, aparte del acreedor, puede figurar un tercero (por ejemplo un banquero) como beneficiario (*solutionis causa adiectus*). En este caso, este tercero es irrevocablemente autorizado a ser beneficiario pero no a exigir el pago. No puede ni reclamar judicialmente el cobro, ni puede ceder o cesar en su derecho. Un acreedor secundario cuyo derecho se vincula al del deudor principal es el *adstipulator*. TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano, Milano 1990 pag. 570 El autor distingue al *adstipulator* del *adiectus solutionis causa* y añade: “diversa la posizione dell’ *adiectus solutionis causa*, il cui nome è inserito nella conceptio verborum per consentire al *reus promittendi* di adempiere anche nei suoi confronti.” Para más información vease CUGIA, L’*adiectus solutionis causa* (Napoles 1919)

Se presenta, al igual que en el caso anterior, una estipulación en la que intervienen dos sujetos el estipulante y otro. Se plantea en este caso si “el otro” puede reclamar, novar¹²² o cancelar la obligación por aceptilación. Es decir se están delimitando las facultades¹²³ de un *adiectus solutionis causa*.

Se hace referencia, en el texto recogido en lenguaje directo “**MIHI AUT TITIO**”, al estipulante y otra persona Ticio. Si no hay más menciones, Ticio es un *adiectus solutionis causa* (no puede novar, ni aceptilar, sólo se le puede pagar), en cuanto a la forma no se pueden extraer más consecuencias de éste breve fragmento recogido en lenguaje directo.

D.46, 3, 11,0 POMP. 8 AD SAB.

SI STIPULATUS FUERO " **MIHI AUT PUPILLO DARE?**", PROMISSOR,
SINE TUTORIS AUCTORITATE SOLVENDO PUPILLO, LIBERABITUR A
ME.

Si hubiera estipulado “darme a mí o al pupilo”, el promitente se liberará de mí al pagar al pupilo aunque sea sin la autoridad del tutor.

Se estudia el régimen del pupilo¹²⁴ que aparece junto al estipulante, el jurista dice que se puede pagar al pupilo porque este actúa como *adiectus solutionis causa*¹²⁵ y para los actos favorables no necesita la presencia del tutor.

¹²¹ Vease FEENSTRA R, Le caractere accessoire des différents types de cautionnement verbis endroit romain classique. Études J Macqueron . Aix-en -Provence pag. 301 a 311 (1970);

¹²² Desde el punto de vista de la novación, ver: BONIFACIO F, La novazione nel diritto romano 2. Napoli, 1959, pag. 150 “il principio *cui recte solvitur is etiam novare potest non può valere neppure quando si tratti di novatio inter easdem personas.*”

¹²³ KASER M, Das Römische Privatrecht I (Munich 1971) pag.637 y ss; El autor afirma que en la *stipulatio* y en la *dotis dictio*, aparte del acreedor , puede figurar un tercero (por ejemplo un banquero) como beneficiario (*solutionis causa adiectus*) . En este caso, este tercero es irrevocablemente autorizado a ser beneficiario pero no a exigir el pago. No puede ni reclamar judicialmente el cobro , ni puede ceder o cesar en su derecho. Un acreedor secundario cuyo derecho se vincula al del deudor principal es el *adstipulator*. TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano, Milano 1990 pag. 570 El autor distingue al *adstipulator* del *adiectus solutionis causa* y añade: “diversa la posizione dell’ *adiectus solutionis causa* , il cui nome è inserito nella conceptio verborum per consentire al *reus promittendi* di adempiere anche nei suoi confronti.” Para más información vease CUGIA , L’*adiectus solutionis causa* (Napoles 1919)

¹²⁴ Vease BONFANTE P Corso di diritto romano vol.I pag 611 y ss.

En cuanto a la forma de ésta cláusula, “**MIHI AUT PUPILLO DARE?**”, se establece según venimos viendo, al estipulante y un *adiectus solutionis causa* que es un pupilo en este caso. Sin que de esta forma se pueda derivar más consecuencias en cuanto al régimen jurídico de la estipulación que las particularidades propias del régimen pupilar.

D.46, 3, 59,0 PAUL. 2 AD PLAUT.

SI ITA STIPULATUS SIM: " **MIHI AUT TITIO DARE SPONDES?**" ET DEBITOR CONSTITUERIT SE MIHI SOLUTURUM, QUAMVIS MIHI COMPETAT DE CONSTITUTA ACTIO, POTES ADHUC ADIECTO SOLVERE. ET SI A FILIO FAMILIAS MIHI AUT TITIO STIPULATUS SIM, PATREM POSSE TITIO SOLVERE QUOD IN PECULIO EST, SCILICET SI SUO, NON FILII NOMINE SOLVERE VELIT: DUM ENIM ADIECTO SOLVITUR, MIHI SOLVI VIDETUR: ET IDEO SI INDEBITUM ADIECTO SOLUTUM SIT, STIPULATORI POSSE CONDICI IULIANUS PUTAT: UT NIHIL INTERSIT, IUBEAM TE TITIO SOLVERE AN AB INITIO STIPULATIO ITA CONCEPTA SIT.

Si he estipulado “¿prometes darme a mí o dar a Ticio?” y el deudor constituyera pagarme a mí en cierto plazo, aunque me competa la acción de la cantidad constituida para cierto plazo, puede pagar todavía a Ticio. Si he estipulado de un hijo de familia para mí o para Ticio, el padre de aquel puede pagar a Ticio en la medida del peculio, es decir si quiere pagar en nombre suyo y no de su hijo, pues al pagar a Ticio se entiende que me paga a mí, y por esto, si se pagó más de lo debido a Ticio, cree Juliano que puede darse la condición contra el estipulante; y no hay diferencia entre que te autorice para que pagues a Ticio o que la estipulación se haya hecho desde el principio con su nombre como adjunto para el cobro.

¹²⁵ Vease supra nota 121

Se presentan distintos problemas que pueden aparecer si hay un *adiectus solutionis causa*¹²⁶ en la estipulación, primero se habla de que se constituye una cantidad a plazo con el estipulante, posteriormente examina el supuesto en el cual, el promitente sea un hijo de familia, y el *pater* pague a Ticio (el *adiectus*), por último complica el supuesto en el caso de que el *pater* haya pagado más de lo debido, en este caso “cree” Juliano que se puede reclamar con la *condictio* contra el estipulante.

La interrogación completa, recogida en lenguaje directo, “**MIHI AUT TITIO DARE SPONDES?**”, plantea el caso de un estipulante junto a un *adiectus solutionis causa*. Se proponen distintas variantes que no están recogidas en el tenor de la estipulación. En primer lugar junto a esta estipulación se realiza un *constitutum in debiti*¹²⁷ que no tiene efectos novatorios y por tanto es válido el pago al *adiectus solutionis causa*. En segundo lugar, plantea el supuesto en que el promitente es un hijo de familia con las variantes que hemos citado.

En cuanto a la forma, únicamente podemos decir que aparece recogido en lenguaje directo un *adiectus solutionis causa*.

D.46, 3, 95,5 PAP. 28 QUAEST.

QUAESITUM EST, AN ITA STIPULARI QUIS POSSIT: " **MIHI AUT FILIO MEO DECEM DARI?"** VEL ITA: " **MIHI AUT PATRI?"** SED NON INCOMMODE POTEST ADHIBERI DISTINCTIO, UT FILIO QUIDEM STIPULANTE PATRIS TUNC ADICIATUR PERSONA, CUM STIPULATIO EI ADQUIRI NON POSSIT: E CONTRARIO AUTEM NIHIL PROHIBEAT PATRE STIPULANTE FILII PERSONAM ADICI, CUM TOTIENS, QUOD PATER FILIO STIPULATUR, SIBI STIPULATUS INTELLEGITUR, CUM

¹²⁶ Sobre el régimen propio del *adiectus*: KASER M, Das Römische Privatrecht I (Munich 1971) pag.637 y ss; El autor afirma que en la *stipulatio* y en la *dotis dictio*, aparte del acreedor, puede figurar un tercero (por ejemplo un banquero) como beneficiario (*solutionis causa adiectus*). En este caso, este tercero es irrevocablemente autorizado a ser beneficiario pero no a exigir el pago. No puede ni reclamar judicialmente el cobro, ni puede ceder o cesar en su derecho. Un acreedor secundario cuyo derecho se vincula al del deudor principal es el *adstipulator*. TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano, Milano 1990 pag. 570 El autor distingue al *adstipulator* del *adiectus solutionis causa* y añade: “diversa la posizione dell’ *adiectus solutionis causa*, il cui nome è inserito nella conceptio verborum per consentire al *reus promittendi* di adempiere anche nei suoi confronti.” Para más información vease CUGIA, L’*adiectus solutionis causa* (Napoles 1919)

IPSI SIBI STIPULATUS NON EST, ET IN PROPOSITO MANIFESTUM EST
NON OBLIGATIONIS, SED SOLUTIONIS GRATIA FILII PERSONAM
ADIECTAM.

Se ha preguntado si puede estipularse diciendo “dame a mí o diez mil para mi hijo” o bien, “para mí o para mi padre”. No inoportunamente puede presentarse la distinción de que, si estipula el hijo, sólo puede añadirse el nombre del padre cuando el hijo no puede adquirir por aquella estipulación a favor de su padre; por el contrario nada impide que cuando estipula el padre se añada el nombre del hijo, ya que lo que el padre estipula para su hijo se entienda haberlo estipulado para sí, cuando no lo haya estipulado ya para sí, y en el caso propuesto es evidente que el nombre del hijo figura no a efectos de la obligación sino del pago.

El fragmento recoge distintas *interrogationes* en las que se estipula a favor del estipulante y de su hijo; o bien, el caso en que un hijo estipula a favor de él y de su padre. El problema de fondo que late en este fragmento es la del conflicto de intereses ¹²⁸cuando se presta un servicio a modo de órgano por un hijo sometido a potestad.

Se recoge en lenguaje directo la forma en que se puede determinar el sujeto activo de la estipulación. Si aparece la primera cláusula (estipula el padre) “*mihi aut filio meo...*”, se permite que aparezca el nombre del hijo, en este caso el hijo de familia tiene el mismo trato que si se tratase de un tercero, es decir se le considerará *adiectus solutionis causa*. Como hemos visto desde el punto de vista de la forma si aparecen dos sujetos en la estipulación, normalmente el segundo tiene la condición de *adiectus solutionis causa*.

Si el hijo aparece en primer lugar, lo que desde el punto de vista de la forma permite suponer que es el estipulante, y el padre en segundo lugar entonces se va a tener en cuenta la relación subyacente padre-hijo (y por tanto la posible autocontratación),

¹²⁷ Sobre este tema: ASTUTTI G, Studi intorno alla promessa di pagamento. Milano 1941; Ricart Martí E, Perfil del *constitutum debiti*. Seminarios Complutenses de Derecho Romano 3 pags. 135-148 (1991)

¹²⁸ WACKE A La autocontratación en el Derecho de la representación romano y moderno. Estudios de derecho romano y moderno en cuatro idiomas. Fundación Ursicino Alvarez (1996) El autor pone de manifiesto que en los casos de formas de actuación de eficacia mediata o inmediata para otro, se da un conflicto de intereses.

siendo así que el jurista, Papinano, manifiesta que “sólo puede añadirse el nombre del padre cuando el hijo no puede adquirir por aquella estipulación a favor de su padre”.

Desde el punto de vista de la forma, vemos otra vez la importancia en cuanto a la manera de determinar al estipulante y a la propia calificación de éste (acreedor, *adiectus*) puesto que puede conllevar consecuencias en cuanto a la relación jurídica subyacente y pueden tener reflejo en el régimen jurídico.

D.46, 3, 95,6 PAP. 28 QUAEST.

USUM FRUCTUM MIHI AUT TITIO DARI STIPULATUS SUM: TITIO CAPITE DEMINUTO, FACULTAS SOLVENDI TITIO NON INTERCIDIT, QUIA ET SIC STIPULARI POSSUMUS: " **MIHI AUT TITIO, CUM CAPITE MINUTUS ERIT, DARI?**"

He estipulado la constitución de un usufructo para mí o para Ticio: por haber sufrido Ticio capitisdisminución, no desaparece su facultad de cobrar pues también podemos estipular diciendo, “darme a mí o a Ticio cuando hubiera sufrido capitisdisminución”.

Vemos un caso en el que se constituye un usufructo a través de una *stipulatio*, en la que aparece un estipulante y otro sujeto que no sabemos si se trata de un estipulante o bien un *adiectus solutionis causa*¹²⁹, que sufre *capitis deminutio*, pero esto no altera según Papiniano sus facultades de cobrar.

En cuanto al fondo del caso, probablemente se trata de distinguir los efectos jurídicos en el caso de que consideremos a Ticio un usufructuario, entonces la capitisdisminución extinguiría el usufructo, o bien como parece defender Papiniano, Ticio es un *adiectus*

¹²⁹ Sobre el régimen propio del *adiectus*: KASER M, Das Römische Privatrecht I (Munich 1971) pag.637 y ss; El autor afirma que en la *stipulatio* y en la *dotis dictio*, aparte del acreedor, puede figurar un tercero (por ejemplo un banquero) como beneficiario (*solutionis causa adiectus*). En este caso, este tercero es irrevocablemente autorizado a ser beneficiario pero no a exigir el pago. No puede ni reclamar judicialmente el cobro, ni puede ceder o cesar en su derecho. Un acreedor secundario cuyo derecho se vincula al del deudor principal es el *adstipulator*. TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano, Milano 1990 pag. 570 El autor distingue al *adstipulator* del *adiectus solutionis causa* y añade: “diversa la posizione dell’ *adiectus solutionis causa*, il cui nome è inserito nella conceptio verborum per consentire

solutionis causa y por tanto la capitisdisminución no extingue el usufructo. Ticio podría cobrar validamente.

Se hace referencia, como hemos mencionado, a la capitisdisminución y en éste caso la consecuencia normal es la extinción del usufructo por modificación del *status* del sujeto usufructuario¹³⁰. Pero como estas modificaciones que afectaban a la situación en la familia eran frecuentes en la época clásica (*capitis deminutio minima*) se evitaba esta consecuencia incluyendo una cláusula mediante la cual el derecho se reconstituía cuantas veces fuese necesario por la causa indicada *usufructus repetitus*. Este tipo de cláusula que incluían una condición no podía admitirse en una *mancipatio* o en una *in iure cessio*, pero sí era posible en la estipulación. La regla mediante la cual se extinguía el usufructo por capitisdisminución se limita en la época justiniana a la capitisdisminución media y máxima¹³¹.

Creemos que estamos ante una constitución de usufructo en la que interviene como hemos dicho un *adiectus*, Ticio mediante la utilización de la partícula *aut*. Sin embargo contra ésta explicación, cabe argumentar el tenor mismo del texto cuando se refiere a “*usu fructum dari*” parece que se está constituyendo el usufructo y no, que se esté cediendo su ejercicio (o posible facultad de cobrar).

Con relación a la forma, en el supuesto encontramos una forma compleja negocial derivada de una estipulación y una constitución de usufructo, con una condición añadida de “cuando haya sufrido capitisdisminución”. La cláusula “**MIHI AUT TITIO, CUM CAPITE MINUTUS ERIT, DARI?**” que presenta distintos problemas:

En primer lugar como ya hemos dicho muchas veces, no se recoge el verbo estipulatorio por motivos de estilo, y sí el verbo *dari* usado normalmente para transmitir la propiedad, o como en este caso, para constituir un derecho real.

En segundo lugar, la referencia *mihi aut Titio* plantea como ya hemos visto distintos problemas. Desde un punto de vista formal estaríamos ante la figura de un *adiectus*.¹³²

al *reus promittendi* di adempiere anche nei suoi confronti.” Para más información vease CUGIA , *L’adiectus solutionis causa* (Napoles 1919)

¹³⁰ Vease la brillante explicación de ARANGIO-RUIZ V, *Istituzioni di Diritto Romano* (1983) pag. 241 y ss

¹³¹ ARANGIO-RUIZ V, *Istituzioni di Diritto Romano* (1983) pag. 241 y ss

¹³² Ver el epígrafe 3.5.2 Utilización de la partícula *aut* para determinar el objeto

En tercer lugar, ni siquiera podemos saber, de que tipo de capitisdisminución se trata si observamos unicamente el fragmento recogido en lenguaje directo. De la explicación sobre el fondo del supuesto examinado, podemos considerar que estaríamos ante una capitisdisminución mínima, pero en todo caso, éste extremo no se puede deducir de los *verba*.

Justiniano¹³³ sitúa el fragmento en el libro 28 de las Quaestiones de Papiniano, bajo la rubrica general *De stipulationibus* y una particular *De solutionibus et liberationibus*.

D.46, 3, 98,5 PAUL. 15 QUAEST.

QUI STIPULATUS " **SIBI AUT TITIO**" SI HOC DICIT " **SI TITIO NON SOLVERIS**" DARI SIBI, VIDETUR CONDICIONALITER STIPULARI. ET IDEO ETIAM SIC FACTA STIPULATIONE: " **MIHI DECEM AUT QUINQUE TITIO DARI?**" QUINQUE TITIO SOLUTIS LIBERABITUR REUS A STIPULATORE. QUOD ITA POTEST ADMITTI, SI HOC IPSUM EXPRESSIM AGEBATUR, UT QUASI POENA ADIECTA SIT IN PERSONA STIPULANTIS, SI TITIO SOLUTUM NON ESSET. AT UBI SIMPLICITER " **SIBI AUT TITIO**" STIPULATUR, SOLUTIONIS TANTUM CAUSA ADHIBETUR TITIUS ET IDEO QUINQUE EI SOLUTIS REMANEBUNT RELIQUA QUINQUE IN OBLIGATIONE. CONTRA SI MIHI QUINQUE, ILLI DECEM STIPULATUS SIM, QUINQUE TITIO SOLUTIS NON FACIT CONCEPTIO STIPULATIONIS, UT A ME LIBERETUR: PORRO SI DEC EM SOLVERIT, NON QUINQUE REPETET, SED MIHI PER MANDATI ACTIONEM DECEM DEBEBUNTUR.

El que ha estipulado para él o para Ticio, si dice que se le debe a él “si no hubieras pagado a Ticio”, parece haber estipulado bajo condición. Por eso, también si se hace la estipulación de “darme a mí diez mil sestercios o, cinco mil a Ticio”, el deudor quedará liberado del estipulante una vez que haya pagado cinco mil a Ticio. Lo que puede admitirse si así se convino expresamente, es decir, como si se hubiera añadido una estipulación penal a favor del estipulante para el caso de que no se pagara a Ticio. Mas cuando se estipula simplemente

“para si o para Ticio”, Ticio figura tan sólo en razón del pago y por eso, si le pagan cinco mil, seguirán los otros cinco mil en la obligación; por el contrario si he estipulado cinco mil para mí y diez mil para Ticio, el pago de los cinco mil a Ticio no cumple los términos de la estipulación para quedar liberado de mí; y si le hubiera pagado diez mil, no podrá repetir cinco mil como indebidos, sino que Ticio me deberá diez mil en virtud de la acción de mandato.

El fragmento plantea distintas consideraciones sobre el *adiectus solutionis causa* pero vistas desde el punto de vista del objeto

El texto trata sobre la forma de determinar el estipulante y el *adiectus solutionis causa*¹³⁴, con distintas variaciones (“si no hubieras pagado a Ticio”, e incluyendo distintas cantidades para el estipulante y el *adiectus solutionis causa*). Se introduce también la posible formulación de una *quasi poena*. Se presentan también cuestiones jurídicas acerca de la aplicación del principio *tot stipulationes quot res* y de la congruencia en la suma.

Poca información, podemos extraer de estos fragmentos en lenguaje directo, si no lo relacionamos con la explicación que hace Paulo, de como la forma que se utilice tiene consecuencias jurídicas distintas. Utilizaremos pues, la información dada por Paulo, haciendo algunas precisiones: el primer fragmento entrecomillado en estilo directo “para él o para Ticio”, nos sorprende porque cuando se pretende que la misma persona que pronuncia la estipulación sea también el estipulante, la forma debería ser “*mihi aut Titio*”, más aún si se relaciona con los fragmentos de a continuación. En el caso de que se estipulase así (*mihi aut Titio*), el estipulante sería el que está utilizando la primera persona y Ticio un *adiectus solutionis causa*. El jurista pretende introducir variaciones a esta estructura sirviéndose de una forma condicional:¹³⁵ “si no hubieras pagado a Ticio”.

¹³³ LENEL O, op.cit. col. 871. Vol. I.

¹³⁴ El *adiectus solutionis causa* tiene una dogmática específica. Vease la nota 118 entre otras.

¹³⁵ TALAMANCA M, “Alia causa” e “durior condicio” come limite dell’obligazione dell’adpromissor. Studi Grosso 3, Torino (1970) pag. 160 y ss El autor considera que CUGIA no ha advertido que los juristas reinterpretan la *stipulatio* con *adiectus solutionis causa* como una *stipulatio poenae*, resolviendo la mayor gravosidad de la prestación relacionada con el *adiectus*, que la del acreedor. Sigue el autor: “ma quello che interesava notare è proprio la necessità di ricorrere a questi artifici per giustificare una soluzione nel senso de la validità della clausola che autorizava a pagare al terzo, pur arrivando a snaturarla della sua natura di adiectio: mentre simili giustificazioni e simili artifici non si prospettavano in alcun modo como necessari per il caso che il termine nei riguardi della *solutio* all’*adiectus* fosse menos gravoso. KNÜTEL R, *Stipulatio Poenae* (1976) pág. 242 y ss.

Si se usase la siguiente *interrogatio* y se convino expresamente “pagarme a mi diez mil sestercios o cinco mil a Ticio” entonces estaríamos ante una forma de “estipulación penal independiente” a favor del estipulante. Y por tanto pagando cinco mil el deudor se liberaría de la estipulación (hay un objeto de la estipulación y una pena).

Si lo que se estipula es: cinco mil para mí y diez mil para Ticio. Si el deudor paga cinco mil a Ticio no queda liberado del estipulante. Y si le hubiera pagado diez mil a Ticio no puede pedir que le devuelvan cinco mil como indebidos . Se puede salvar la validez de la estipulación si así se ha convenido. Esto es debido a que existe una relación subyacente de mandato entre el estipulante y Ticio.

En consecuencia, la forma que se utilice en determinar la posición activa de la estipulación (estipulante y *adiectus solutionis causa*) afecta a como liberarse de la obligación estipulatoria¹³⁶. Sin embargo en el texto por lo que respecta al lenguaje directo existente no es suficiente para determinarlo con exactitud. Los juristas romanos tienden a mantener la validez del negocio jurídico celebrado.

3.3.2- Forma de determinar el promitente.¹³⁷

D.45, 1, 4,1 PAUL. 12 AD SAB.

CATO LIBRO QUINTO DECIMO SCRIBIT POENA CERTAE PECUNIAE PROMISSA, SI QUID ALITER FACTUM SIT, MORTUO PROMISSORE SI EX PLURIBUS HEREDIBUS UNUS CONTRA QUAM CAUTUM SIT FECERIT, AUT AB OMNIBUS HEREDIBUS POENAM COMMITTI PRO PORTIONE HEREDITARIA AUT AB UNO PRO PORTIONE SUA: AB OMNIBUS, SI ID FACTUM, DE QUO CAUTUM EST, INDIVIDUUM SIT, VELUTI " **ITER FIERI**", QUIA QUOD IN PARTES DIVIDI NON POTEST, AB OMNIBUS QUODAMMODO FACTUM VIDERETUR: AT SI DE EO CAUTUM SIT, QUOD DIVISIONEM RECIPIAT, VELUTI " **AMPLIUS NON**

¹³⁶ TALAMANCA M, Alia causa e Durior condicio dell'adpromissor “Cosi, in tema che nel caso sia concesso al debitore di *solvere aliam rem* all' *adiectus solutionis causa*, ma con effetti non iure civili sibbene iure pretorio, mentre nel caso de coincidenza parziale dell'oggetto in senso stretto non vi sono difficoltà, sul piano giuridico, ad ammettere un' *adiectio* parziale ladove la validità iure civile dell' *adiectio* in quanto tale è esclusa, a quel che sembra, quando l' *adiectus solutionis causa* è legittimato a riscuotere una somma maggiore di quella che può pretendere il creditore principal.

AGI", TUM EUM HEREDEM, QUI ADVERSUS EA FECIT, PRO PORTIONE SUA SOLUM POENAM COMMITTERE. DIFFERENTIAE HANC ESSE RATIONEM, QUOD IN PRIORE CASU OMNES COMMISSISSE ^ COMMISISSE^ VIDENTUR, QUOD NISI IN SOLIDUM PECCARI NON POTERIT, ILLAM STIPULATIONEM " PER TE NON FIERI, QUO MINUS MIHI IRE AGERE LICEAT?" SED VIDEAMUS, NE NON IDEM HIC SIT, SED MAGIS IDEM, QUOD IN ILLA STIPULATIONE " TITIVM HEREDEMQUE EIUS RATUM HABITURUM": NAM HAC STIPULATIONE ET SOLUS TENEBITUR, QUI NON HABUERIT RATUM, ET SOLUS AGET, A QUO FUERIT PETITUM: IDQUE ET MARCELLO VIDETUR, QUAMVIS IPSE DOMINUS PRO PARTE RATUM HABERE NON POTEST.

Escribe Marco Porcio Catón, que cuando se promete como pena, una cierta cantidad y se ha obrado en contra de lo convenido. Al morir el promitente e infringir lo convenido uno de los varios herederos, unas veces incurren en la pena todos ellos, cada uno por su parte de herencia, y otras veces puede incurrir uno sólo de ellos por la suya: lo primero si el acto convenido es indivisible, como por ejemplo “hacer una senda” pues, al no poderse dividir por partes ese acto, la infracción se considera cometida en cierto modo por todos; pero si se convino algo que admite división, como “no volver a ser demandado”, entonces el heredero que cometió la infracción, sólo él incurre en la pena, por su porción hereditaria. Y dice Catón que la razón de esta diferencia está en que, en el primer caso se considera que todos los herederos han incurrido en la pena, pues se trata de una infracción que sólo se puede cometer por entero; y que se parece en esto a la estipulación de “no impedir tú que yo pueda pasar y llevar ganado”. Pero cabe preguntarse que no sea aquí lo mismo, sino como en aquella otra estipulación de “que Ticio y su heredero ratificarán la gestión hecha por aquel”, pues en esta otra estipulación también queda obligado sólo el heredero que dejó de ratificar, y sólo puede demandar aquel de quien se reclamó judicialmente contra lo convenido, y

¹³⁷ también D.45,1,56 pr. Iul. 52Dig.en sede de como se determina el objeto de la prestación; D.45,2,4 Pom. 24 ad Sab en la congruencia respecto al verbo.

así opina también Marcelo, aunque el mismo representado no puede ratificar parcialmente.

En el texto se estudia las distintas maneras en que se puede incurrir en una pena, si muerto el promitente, éste tenga tuviese varios herederos. A veces incurrirán en la pena todos si la conducta garantizada por la pena es indivisible como *“iter fieri”*. A veces incurrirá en la pena sólo alguno de ellos, en el caso de que la conducta sea divisible como *“amplius non agi”*. A continuación Catón compara esta situación con las estipulaciones de no hacer en sentido amplio, que se refieren a la constitución de servidumbres y las estipulaciones de ratificación de la gestión que pueden serles exigidas a los *procurators*.

En este pasaje se recogen distintos fragmentos en lenguaje directo. Algunos de estos fragmentos van dirigidos a determinar si el objeto de la prestación es divisible o indivisible como *“iter fieri”* o *“amplius non agi”* y otro a determinar al promitente *“Titium heredemque eius ratum habiturum”*, de hecho el jurista nos pretende transmitir que **existe una relación entre la forma de determinar el objeto (en función de sí es divisible¹³⁸ o no) y la forma como ésta se puede exigir a los herederos del promitente.**

El texto mezcla referencias a estipulaciones pretorias *“amplius non agi”* con otras que consideramos negociales *“per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat”*

Nos dice el jurista que si la prestación es indivisible, la infracción se considera cometida por todos los herederos mientras que esto no ocurre si la prestación es divisible.

Lenel¹³⁹ coloca el fragmento al comienzo del libro XII dedicado a la *verborum obligatione*, se trata de fragmentos que se dirigen al estudio de la estipulación en general.

¹³⁸ GUANIERI CITATI, Studi sulle obbligazioni indivisibili nel diritto romano. *Studia Juridica* 24 (1972) pag.87 “Ora quando si ha l’obbligo di astenersi dal compiere un fatto indivisibile, come è nel nostro caso la costruzione delle opere, se uno dei debitori vi contravviene l’obbligo, per la stessa sua natura s’intende violato da tutti, con la conseguenza che tutti en rispondono e possono esser convenuti a tal titolo.”

¹³⁹ LENEL O, Pal. col. 1285 vol. I.

D.45, 1,131,0 SCAEV. 13 QUAEST.

IULIANUS SCRIPSIT, SI " NEQUE PER TE NEQUE PER HEREDEM TUUM TITIVM FIERI, QUO MINUS MIHI IRE LICEAT" STIPULER, NON SOLUM TITIVM TENERI, SI PROHIBEAT, SED ETIAM COHEREDES EIUS.

Escribía Juliano que, si yo estipulo que ni tú ni tu heredero Ticio impedirá que yo pueda pasar por la finca, no sólo queda obligado Ticio, si me lo impide, sino incluso su coheredero.

A pesar de la formulación de esta cláusula estipulatoria, que contiene una obligación de no hacer o bien de hacer (pues sirve para constituir una servidumbre de paso¹⁴⁰), el carácter de personas obligadas no se limita al promitente y a su heredero Ticio, al cual menciona. La obligación alcanza también a los restantes co-herederos en el caso de que existan. Este texto trata entre otras cuestiones de la transmisibilidad de las obligaciones de hacer¹⁴¹. Los efectos de la estipulación van más allá de las palabras. La referencia a Ticio se podría considerar no puesta pues afecta a los herederos existentes.

Desde el punto de vista de la forma, el lenguaje directo recogido en el texto, vemos un fragmento de una estipulación cuyo objeto era constituir una servidumbre de paso por una finca, con lo cual el promitente, en sentido amplio incluyendo en su caso a sus herederos, debe abstenerse de impedir el paso y debe actuar si otra persona quiere impedirlo al estipulante.

¹⁴⁰ BIONDI B, Le servitù prediali nel diritto romano. Corso di Lezioni. Milano (1946) pag 246 y ss; GROSSO G-DEJANA G, le servitù prediali Torino (1951) pag.204 y ss; PASTORI F, Il negozio verbale in diritto romano (Bologna 1994) "Nella stipulatio de non facere la prestazione non ha per contenuto una semplice astensione –nihil tefacturum simplex abnutivum- ma anche un comportamento positivo curaturum rivolto a rendere possibile il raggiungimento del risultato conforme alla aspettativa del creditore".

¹⁴¹ TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano (Milano 1990) pag.517 " L'intransmissibilità non rappresentava, poi una regola inderogabile, dato que le parti potevano assicurare la transmissibilità dell' obbligazione ricordando esplicitament gli eredi dal lato attivo o da quello passivo (*c.d. mentio heredum*)

Lenel¹⁴² emplaza el texto en el libro XIII, en el cual hay apenas seis fragmentos, que tratan cuestiones muy diversas, el texto que nos ocupa lo sitúa bajo el epígrafe *de stipulationibus*.

3.4. CONGRUENCIA

En el apartado 2.3.4 y siguientes del capítulo segundo hemos definido éste requisito de congruencia entre *interrogatio/ responsio*. Hemos visto como ya a finales de la época clásica se admite cierta flexibilidad, ya sea en las palabras, en la condición y el término, o en la cantidad. Vamos a examinar ahora , los los textos en lenguaje directo que se refieren a éste requisito.

3.4.1.- En cuanto a condiciones o términos establecidos

D.45, 1, 1,3 ULP. 48 AD SAB.

SI QUIS SIMPLICITER INTERROGATUS RESPONDERIT: " **SI ILLUD FACTUM ERIT, DABO**", NON OBLIGARI EUM CONSTAT: AUT SI ITA INTERROGATUS: " **INTRA KALENDAS QUINTAS?**" RESPONDERIT: " **DABO IDIBUS**", AEQUE NON OBLIGATUR: NON ENIM SIC RESPONDIT, UT INTERROGATUS EST. ET VERSA VICE SI INTERROGATUS FUERIT SUB CONDICIONE, RESPONDERIT PURE, DICENDUM ERIT EUM NON OBLIGARI. CUM ADICIT ALIQUID VEL DETRAHIT OBLIGATIONI, SEMPER PROBANDUM EST VITIATAM ESSE OBLIGATIONEM, NISI STIPULATORI DIVERSITAS RESPONSIONIS ILICO PLACUERIT: TUNC ENIM ALIA STIPULATIO CONTRACTA ESSE VIDETUR.

Si uno respondiera a una pregunta simple diciendo: si se hace tal cosa, daré, no se obliga, y tampoco sí, a la pregunta: antes de las calendas quintas, respondiera: daré en los idus, pues no ha respondido conforme a la pregunta que se le hizo. Viceversa si se le hubiera preguntado insertando una condición y respondiera sin ella, el promitente no queda obligado. Cuando el promitente añade o quita algo, la obligación es inválida, a no ser que la diferencia en la respuesta fuera inmediatamente aceptada por el estipulante, pues entonces se entiende que se ha contraído otra estipulación.

¹⁴² LENEL O, Pal. col.280 vol. II.

Se estudia la congruencia¹⁴³ en la estipulación en el caso de que se incluya una condición,¹⁴⁴ bien en la pregunta o bien en la respuesta, o en el caso de que se inserte un término¹⁴⁵.

Este texto desde el punto de vista de la forma recoge dos respuestas (si se hace tal cosa daré; Daré en los idus) y una *interrogatio* (¿antes de las calendas quintas?). De estos fragmentos en lenguaje directo no se puede extraer consecuencias. Lo verdaderamente importante son las conclusiones que extrae Ulpiano: es decir la aceptación-*responsio* no puede introducir elementos nuevos (condiciones, términos) en la oferta-*interrogatio*, pues entonces se trataría de una estipulación nueva, contra- oferta. En consecuencia, se aplicaría los mismos principios que en nuestra Teoría del Contrato. Lenel¹⁴⁶ recoge el fragmento en el libro 48 de los comentarios a Sabino de Ulpiano, bajo la rúbrica “*De verborum obligatione*”. Los fragmentos allí situados tocan temas fundamentales con relación a la estipulación, los requisitos de la misma en particular el principio de congruencia.

3.4.2. En cuanto a lo convenido

D.44, 7, 3,2 PAUL. 2 INST.

¹⁴³ PASTORI F, Il negozio verbale in diritto romano. (Bologna 1994) pag. 261 “Nel passo sono contemplate due distinte ipotesi: che a una *interrogatio* pura segua una *responsio* condizionata-caso questo previsto da Gai3,102- o sottoposta a termine e che , inversamente, a una *interrogatio* condizionata segua una *responsio* no soggetta a condizione. In entrambe le ipotesi il testo conclude per l’invalidità della *stipulatio*, analogamente alla soluzione gaiana, poiché vi è incongruenza tra le dichiarazioni. Senonché mentre Gaio dimostra di aver riguardo alla corrispondenza formale dei *verba*, il testo ulpiano accentua il valore del consenso, considerando la congruenza con riguardo all’accordo delle parti. Difatti la soluzione è motivata con l’affermazione che la *stipulatio* è viziata ogniqualvolta la *responsio* modifica, nel senso di aggiungere o togliere qualcosa, il contenuto della *interrogatio*: in altre parole si ha riguardo come nel contratto moderno , alla corrispondenza tra la proposta e la accettazione in ordine al contenuto negoziale.

¹⁴⁴ TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano (Milano 1990) pag.249 “Secondo una dottrina molto diffusa nella prima metà del nostro secolo, i romani non avrebbero conosciuto la condizione risolutiva, e si sarebbero, dunque dovuti accontentare in linea di massima dell’operatività della condizione sospensiva , a parte alcune clausole risolutive del contratto di compravendita, le quali non sarebbero, però state configurate come vere e proprie condizioni risolutive,” ;Con respecto a la relación entre estipulación y la condición ilícita (en materia sucesoria) o imposible, vease SACCONI G, Ricerche sulla stipulatio (1989) pag. 141 y ss.

¹⁴⁵ TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano (Milano 1990) pag.261 y ss “Il termine opera in due modi fondamentali come termine iniziale (termine sospensivo), e como termine finale (o risolutivo). Il termine fa , dunque , riferimento essenziale ad un momento futuro, ma a differenza do quanto avviene nella condizione , si tratta di un momento futuro che è certo si verifichi (anche se può esser incerto quando si verificherà)”

VERBORUM QUOQUE OBLIGATIO CONSTAT, SI INTER CONTRAHENTES ID AGATUR: NEC ENIM SI PER IOCUM PUTA VEL DEMONSTRANDI INTELLECTUS CAUSA EGO TIBI DIXERO " SPONDES?" ET TU RESPONDERIS " SPONDEO ", NASCETUR OBLIGATIO.

También la obligación verbal se da cuando así se conviene entre los contrayentes, pues no nace la obligación si yo te preguntara por broma o como ejemplo "¿prometes?" y tú respondieras "¿prometo?".

La estipulación no es una mera forma ya que debe tener en cuenta un acuerdo de voluntades o *conventio* sino, no surge la obligación, el texto pone el ejemplo de que si uno pregunta en broma, y el otro responde. En éste caso, no hay obligación (aunque se haya pronunciado *spondes? spondeo*. **El texto se refiere pues a la importancia del consentimiento en la estipulación considerada como acto formal**¹⁴⁷.

En cuanto a la forma, se trata de una estipulación completa en cuanto a la forma pero minimalista, para que nazca es necesario además que las partes quieran obligarse (*animus obligandi*), es lo que nosotros denominamos congruencia en cuanto a lo convenido.

3.4.3. En cuanto al objeto de la prestación ¹⁴⁸

D.46, 4, 15,0 POMP. 27 AD SAB.

SI IS QUI STICHUM PROMISIT ITA INTERROGET: " **QUOD STICHUM PROMISI, STICHUM ET PAMPHILUM HABESNE ACCEPTOS?**", PUTO RECTE ACCEPTO LATUM ET PRO SUPERVACUO PAMPHILI MENTIONEM FACTAM, QUEMADMODUM SI IS QUI DECEM PROMISIT

¹⁴⁶ LENEL O, Pal. col. 1186 vol.II.

¹⁴⁷ KASER M, Das Römische Privatrecht I, (München 1971) pag.242 El autor afirma que la transacción comercial efectuada encima de un escenario o en broma no se considera legalmente relevante. En el primer de los dos casos, en realidad no se lleva a término un transacción propiamente dicha sino tan sólo su imitación.

¹⁴⁸ D.45,1,1,4 Ulp 48 ad Sab. tratado en cuanto a la forma de descripción del objeto

ITA INTERROGET: " **QUOD TIBI DECEM PROMISI, VIGINTI HABESNE ACCEPTA?**", ETIAM DECEM NOMINE ERIT LIBERATUS.

Si el que prometió el esclavo Estico pregunta “¿tienes por recibidos Estico y Pánfilo puesto que prometí Estico?” ,creo que la acceptilación es válida y que la mención de Panfilo es superflua, del mismo modo que si el que prometió diez mil sestercios pregunta “¿tienes por recibidos veinte puesto que prometí diez mil sestercios?”: también éste quedará liberado en diez mil.

En una *acceptilatio*¹⁴⁹ si se hace referencia a un objeto no debido, no hay incongruencia con relación a la deuda preexistente, pero si que la hay con relación al tenor de la acceptilación. Es una cuestión de *ius controversum*, Pomponio intenta mantener la validez de la *acceptilatio*, teniendo la referencia como no incluida (nos encontraríamos con una nulidad parcial de la referencia incongruente para salvar la validez de la *acceptilatio*).

Encontramos en lenguaje directo dos interrogaciones acceptilatorias, que utilizan la técnica de la remisión en cuanto al objeto. En el texto entrecomillado hay una discordancia entre, el objeto prometido (en el que forzosamente ha habido acuerdo de las partes) y los objetos que se incluyen en la cancelación de la deuda. El jurista para salvar la *acceptilatio*, considera el objeto que no ha sido prometido, no puesto. Vemos como se supera el tenor de los verba (en relación al objeto de la acceptilación) para salvar la *acceptilatio*. También se puede considerar desde el punto de vista de las remisiones del objeto con la partícula *quod*.

3.5. LA DESCRIPCIÓN DEL OBJETO DE LA *STIPULATIO*¹⁵⁰

¹⁴⁹ Aunque no se ocupa de este texto en concreto, vease MOLLA NEBOT M^a.S Extinción formal de las obligaciones verbales. La *acceptilatio* (1993) pag.127 y ss; TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano (Milano 1990) pag. 640 “L’*acceptilatio* aveva alle origini la funzione di formalizzare l’adempimento dell’obbligazione allo scopo di evitare contestazioni . Dato il carattere formale dell’atto, che produce in suoi effetti in funzione della pronunzia dei *verba*, essa assunse, per tempo la funzione di remissione del credito nascente da una *verborum obligatio*, indipendentemente dal soddisfacimento dell’interesse del creditore, configurandosi in tal modo como un negozio astratto.”

¹⁵⁰ D.45,1,4,1 Paul ad Sab. en la forma de determinar al promitente; D.45,1,12 pr.en el epígrafe dedicado al término; D.45,1,50,1 Ulp ad ed y D.45,1,83 pr. Paul 72 ad ed en el apartado dedicado al dolo.

D.22, 1, 31,0 ULP. 1 RESP.

QUOD IN STIPULATIONE SIC ADIECTUM EST: " **ET USURAS, SI QVAE COMPETIERINT**", NULLIUS ESSE MOMENTI, SI MODUS CERTUS NON ADICIATUR

Cuando se agrega así a la estipulación: “y los intereses, si competen algunos”, esto es nulo, si no se añade una cuantía determinada.

Lenel¹⁵¹ considera que no se puede determinar el lugar exacto de este libro, *Responsorum libri II*. Los fragmentos contenidos son respuestas aisladas a cuestiones muy diversas que no se han podido reconstruir en su totalidad.

Cuando se incluye una cláusula en la estipulación haciendo referencia a los intereses, estos no pueden quedar totalmente indeterminados, hay que establecer un tipo de interés porque en otro caso la estipulación no es válida.

“Y los intereses si competen algunos” La estipulación de intereses será nula sino se determinan. En cuanto a la forma, como hemos dicho, los intereses deben quedar de alguna manera precisados este criterio beneficia lógicamente al deudor¹⁵².

D.30,108 ,8 AFR. 5 QUAEST.

SI EI CUI NIHIL LEGATUM EST CUM HAC ADIECTIONE " HOC AMPLIUS" ALIQUID LEGETUR, MINIME DUBITANDUM EST, QUIN ID QUOD ITA LEGAVERIT DEBEATUR: MULTOQUE MINUS DUBITANDUM, SI AB EO QUI NIHIL MIHI DEBET ITA STIPULATUS

¹⁵¹ LENEL O, col. 1016 vol.II.

¹⁵² KASER M, *Partus ancillae* ZSS75 pag. 156 (1958). TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano (Milano 1990) pag.545 L'obbligazione di parare gli interessi aveva carattere accessorio rispetto a quella relativa al capitale, sia che la operazione creditizia fosse stata versata nella *stipulatio*, sia que la *stipulatio usurarum* accompagnasse un contratto reale di mutuo. Le *usurae* correvano nei limiti in cui continuava ad esistere l'obbligazione per la sorte: si estinguevano *ipso iure* nel caso di novazione, ma non in quello della *litis contestatio*, la quale aveva rispetto ad esse valore conservativo.” “La materia degli interessi convenzionali (le *usurae* per eccellenza) fu oggetto, in epoca repubblicana, di una serie di disposizioni

**FUERO: " AMPLIUS QUAM MIHI DEBES DECEM DARE SPONDES?"
QUIN DECEM DEBEANTUR.**

Si a quién nada se le ha legado se lega algo con la frase “además esto”, no hay que dudar lo más mínimo que se debe lo que así se hubiere legado, y mucho menos se ha de dudar que se deberá diez mil sestercios , si yo hubiese estipulado en los siguientes términos de quién nada me debe: “¿me prometes dar diez mil sestercios además de lo que me debes?”.

Se compara estipulación y legado¹⁵³ en cuanto a la forma de determinar el objeto. Esta comparación es la que justifica la inclusión del fragmento.¹⁵⁴ Si se lega con la siguiente frase: "y además esto" dice el jurista que el legado es válido y también dice, lo será la estipulación si se hace diciendo “¿me prometes dar diez mil sestercios además de lo que me debes?” Aunque, el promitente no debiese nada previamente al estipulante.

Lenel¹⁵⁵ dispone el texto en el epígrafe *De legatis et fidecommissis*, en este apartado se compara repetidamente la forma de establecer legados y la de estipular, en este caso la comparación sirve además para dar más fuerza y validez a esta forma de redactar formularios.

La forma de determinar el objeto en esta interrogación completa es peculiar “Además de lo que me debes prometes dar diez mil” ya que, si no se debe nada anteriormente se salva la validez de la estipulación por diez mil. “Además de lo que me debes” ¿forma parte del objeto de la estipulación? Si formase parte del objeto de la estipulación ¿no se vulneraría el principio *tot stipulationes quot res*¹⁵⁶? o bien, se está haciendo referencia al objeto de otra estipulación independiente, que se utiliza como forma para determinar la deuda global. Pero el supuesto no entra en este caso pues sólo trata del supuesto en

legislative volte a fissare –nell’interesse del mutuario come contraente più debole-un tasso massimo che le parti non potevano superare.

¹⁵³ TALAMANCA M, Revoca testamentaria e translatio legati Studi Betti,4 Milano, pag. 181 (1962).

¹⁵⁴ Para todos estos casos vease el trabajo de MITTEIS L, Stipulatio und Legat ZSS 32 (1911)

¹⁵⁵ LENEL O, col. 13 vol.I.

¹⁵⁶ La aplicación de éste principio tendría un carácter tópico y no normativo, también pudiera entrar en juego el principio, regla o máxima, “*utile per inutile non viatur*”, vease SCHMIDLIN , Die römischen Rechtregeln. Versuch einer Typologie. (1970); *Regula iuris*: Standard, Norm o der Spruchregel?. Festsch. Kaser Munchen pag 91 (1976).

que la adición “además de lo que me debes” se tiene que considerar como no puesta por no haber ninguna deuda anterior, considerando la estipulación válida por el objeto “diez mil sestercios” Este criterio interpretativo nos presenta una estipulación más flexible, por encima de la forma de establecer el objeto. Parece que se trata de un caso especulativo, que no se ha producido en la realidad y que se utiliza con fines eminentemente didácticos.

D.30,108 ,10 AFR. 5 QUAEST.

QUI QUINQUE IN ARCA HABEBAT ITA LEGAVIT VEL STIPULANTI PROMISIT " **DECEM QUAE IN ARCA HABEO**": ET LEGATUM ET STIPULATIO VALEBIT, ITA TAMEN, UT SOLA QUINQUE VEL EX STIPULATIONE VEL EX TESTAMENTO DEBEANTUR. UT VERO QUINQUE QUAE DEERUNT EX TESTAMENTO PETI POSSINT, VIX RATIO PATIETUR: NAM QUODAMMODO CERTUM CORPUS, QUOD IN RERUM NATURA NON SIT, LEGATUM VIDETUR. QUOD SI MORTIS TEMPORE PLENA SUMMA FUERAT ET POSTEA ALIQUOD EX EA DEPERIERIT, SINE DUBIO SOLI HEREDI DEPERIT.

Una persona que tenía cinco mil sestercios en caja, legó o prometió en estipulación, diciendo: los diez mil sestercios que tengo en la caja. Dice el jurista que valdrá el legado o la estipulación pero sólo por cinco mil, no se puede considerar que se deben por testamento los cinco mil que faltan porque se considera que se ha legado o prometido una cosa cierta y determinada (lo que hay en caja). Pero si en el momento de la muerte existiese íntegra la cantidad legada (diez mil) y luego se perdiese una parte, sólo se pierde para el heredero.

En este supuesto se compara legado y estipulación a efectos de la doctrina del error, pues al realizarse el legado se tenía *in arca* una cantidad distinta, a la legada o prometida. El jurista considera que se ha producido un error y el legado o estipulación vale con relación a la cantidad que se tenía en caja¹⁵⁷.

¹⁵⁷ MURILLO VILLAR A, El riesgo en el legado. Burgos (1993) Considera que en este caso se rompe con la máxima *periculum est legatarii* para pasar a ser *periculum est heredis*, la explicación está en que cuando las cosas indicadas por su género y además por el lugar donde se encuentran el régimen que se aplica es el del legado de certa species.

Lenel agrupa este texto en el mismo epígrafe que el anterior, Africano continúa comparando legado y estipulación.

Desde el punto de vista de la forma: “los diez mil sextercios que tengo en la caja” como manera de determinar el objeto produce ambigüedad. ¿Se trata de la entrega de una cosa cierta y determinada o no?. Parece que el jurista considera claro que en el caso de la estipulación se trata de una cosa cierta y determinada. Nosotros creemos que la referencia al lugar concreto *in arca* es decisiva para considerarla cierta y determinada¹⁵⁸. La interpretación jurisprudencial intentará resolver estos problemas.

Otro ejemplo verlo en D.31,37,3 Scaev.4 resp. en el apartado del verbo en la estipulación ; D.34,5,13,2 Iul de amb.

Desde un punto de vista sustantivo, el caso se complica pues además, se expone que el promitente (también se hace referencia al legado) tiene únicamente cinco mil sestercios y concluye el jurista que valdrá la estipulación pero sólo por cinco mil. **Esto supone una muestra de flexibilidad de la estipulación que tiende a la validez del negocio, basado en la concreción del objeto “los diez mil que tengo en caja” a pesar de las palabras pues al tratarse, creemos, de una cosa cierta y determinada la estipulación valdrá por la cantidad que realmente haya en la caja, en este caso cinco mil.**

D.38, 1, 24,0 IUL. 52 DIG.

QUOTIENS CERTA SPECIES OPERARUM IN STIPULATIONEM DEDUCITUR, VELUTI PICTORIAE FABRILES, PETI QUIDEM NON POSSUNT NISI PRAETERITAE, QUIA ETSI NON VERBIS, AT RE IPSA INEST OBLIGATIONI TRACTUS TEMPORIS, SICUTI CUM EPHESI DARI STIPULEMUR, DIES CONTINETUR. ET IDEO INUTILIS EST HAEC STIPULATIO: " OPERAS TUAS PICTORIAS CENTUM HODIE DARE SPONDES?" CEDUNT TAMEN OPERAE EX DIE INTERPOSITAE

¹⁵⁸ A semejanza de las técnicas utilizadas para superar la dificultad de las compraventas de generos.

STIPULATIONIS. SED OPERAE, QUAS PATRONUS A LIBERTO
POSTULAT, CONFESTIM NON CEDUNT, QUIA ID AGI INTER EOS
VIDETUR, NE ANTE CEDERENT QUAM INDICTAE FUISSENT,
SCILICET QUIA EX COMMODO PATRONI LIBERTUS OPERAS EDERE
DEBET: QUOD IN FABRO VEL PICTORE DICI NON CONVENIT.

Cuando el objeto de la estipulación es de un determinado género de servicios como los de trabajar como pintor, sólo se pueden reclamar los que han dejado de prestarse, pues aunque no se diga, se refieren al tiempo pasado, como cuando estipulamos que se dé en Efeso se incluye un plazo para llegar hasta allí. Por lo que es ineficaz la estipulación de prestar hoy, cien jornales como pintor. Los servicios estipulados empiezan a deberse desde el mismo día que se celebra la estipulación. En cambio esto no vale para los servicios que el patrono pide a su liberto que no empiezan a deberse hasta que son formalmente solicitados, ya que el liberto tiene que cumplir a comodidad del patrono y esta peculiaridad no se da en el caso de los servicios de un obrero o un pintor.

Justiniano¹⁵⁹ sitúa en el libro 52, el fragmento que tratamos, en primer lugar bajo la rúbrica de *verborum obligatione*, en el primero de los tres libros que dedica al contrato verbal.

En cuanto a la forma, *Interrogatio* completa de una estipulación, en la cual se debe respetar, en relación a la determinación del objeto, que sea posible realizar la prestación de servicios “hoy”, en caso contrario la estipulación deviene ineficaz.

Se ha de tener en cuenta el tipo de objeto de que se trata (un determinado genero de servicios como trabajar como pintor)¹⁶⁰, es decir cuando se trata de un arrendamiento de servicios (obligación de hacer) sólo pueden reclamarse los que han dejado de prestarse.

¹⁵⁹ LENEL O, col. 452 vol.I.

¹⁶⁰ KNÜTEL R, *Stipulatio* und *pacta*. Festschr. Kaser (München 1976) pag. 201-228; CORBINO A, Il formalismo negoziale nell'esperienza romana. Torino 1994. “La Stipulatio dell'età imperiale è insomma, certamente un negozio formale, ma questo vale ora nel senso che le forme assumono rilevanza *ad substantiam* solo quanto al consenso, non anche al contenuto di esso, che viene invece valutato, nella sua concreta dimensione, indipendentemente dalla misura in cui la forma si è estesa a coprirlo.”

Los trabajos del liberto¹⁶¹ se rigen por otros principios¹⁶², pues se parte de considerarlos como una *res*, objeto de una prestación *in dando*¹⁶³.

Este fragmento es comparado por el jurista, con los casos de término implícito (¿prometes dar en Efeso?), pues para que sea correcta la determinación del objeto se debe tener en cuenta el tiempo en el cual es posible realizarlos.

D.45, 1, 1,4 ULP. 48 AD SAB.

SI STIPULANTI MIHI " **DECEM**" TU " **VIGINTI**" RESPONDEAS, NON ESSE CONTRACTAM OBLIGATIONEM NISI IN DECEM CONSTAT. EX CONTRARIO QUOQUE SI ME " **VIGINTI**" INTERROGANTE TU " **DECEM**" RESPONDEAS, OBLIGATIO NISI IN DECEM NON ERIT CONTRACTA: LICET ENIM OPORTET CONGRUERE SUMMAM, ATTAMEN MANIFESTISSIMUM EST VIGINTI ET DECEM INESSE

Si se estipula “diez mil” y tu respondes “veinte mil”, consta que no se ha contraído obligación más que por los diez mil. Al contrario si yo pregunto por veinte mil y tú respondes diez mil, no se contrae obligación más que por diez mil; porque las cantidades deben coincidir, sin embargo, es evidente que los diez mil están comprendidos en los veinte mil.

Quizás resulta forzado en este caso hablar de lenguaje directo, puesto que no nos aparece ni una *interrogatio* ni una *responsio* completas. En cuanto a la forma de determinación del objeto de la prestación Ulpiano se inclina por una interpretación subjetiva¹⁶⁴ alejada del tenor literal de la estipulación, que sería inválida por falta de congruencia¹⁶⁵. En las Instituciones de Gayo (3,102) se afirma que la estipulación es

¹⁶¹ Vease WALDSTEIN, *Operae libertorum* Untersuchung zur Dientspflicht freigelassener Skaven (1986); Festsfr. Nideläder (1991) pag.181 y ss.

¹⁶² TALAMANCA M, *Istituzioni diritto romano* (Milano 1990) pag.99 “Tali *operae libertorum* si commisuravano a giorni , ed erano fissate , nella loro estensione e nelle lore modalità , dal patrono , il quale non poteva comunque determinarle in modo tale da impedire al liberto di procacciarsi il sostentamento per sé e per la propia famiglia.”

¹⁶³ TALAMANCA M, *Istituzioni di diritto romano* (1990) pag.527.

¹⁶⁴ DIEZ-PICAZO L y GULLON A, *Sistema de derecho civil*. Vol.II. 6ª. Ed. (1990) pag 83

¹⁶⁵ BIONDI B, *Contratto e Stipulatio*. Milano 1953 pag. 299 “la congruenza in tali casi si intende in senso non verbale ma sostanziale”; SACCONI G, “Ricerche sulla stipulatio” (1989) pag.18 “Nelle svariate ipotesi descritte da Ulpiano ricorre un elemento comune, ossia la mancata corrispondenza tra il tenore

inútil sí a la interrogación de diez mil se responde con una promesa de cinco mil (y en el mismo sentido las Instituciones de Justiniano (3.19.5). Sin embargo el jurista pretende salvar la validez con el principio “*manifestissimum est viginti et decem inesse*” es decir acudiendo a la interpretación. Se podría intentar salvar la validez, considerándolo desde el punto de vista de la forma, como una contra-oferta, opción que consideramos más adecuada .

Este texto también se puede tratar desde el punto de vista del principio de congruencia.

D.45, 1, 66,0 PAUL. 3 AD L. AEL. SENT.

SI MINOR VIGINTI ANNIS A DEBITORE SUO STIPULETUR " **SERVUM MANUMISSURUM**", NON EST EXSECUTIO STIPULATIONIS DANDA. SED SI IPSORUM VIGINTI ANNORUM ERIT, NON IMPEDIETUR MANUMISSIO, QUIA DE MINORE LEX LOQUITUR.

Si un menor de veinte años, hace prometer a su deudor la manumisión de un esclavo, no se debe dar acción para reclamarlo por la estipulación¹⁶⁶, pero si se tiene veinte años sí se puede exigir, ya que la ley *Aelia Sentia* prohibía la manumisión del menor de veinte.

Este fragmento no ofrece, en cuanto a la forma, más información que aportar un objeto “imposible” (imposibilidad jurídica) de la estipulación de “manumisión de esclavos”. El jurista lo trata desde el punto de vista de las prohibiciones contenidas en la *Lex Aelia Sentia*¹⁶⁷ a los menores de 20 años.

della domanda e quello della risposta” “e manifesta quindi non tanto in difetto di forma, ma l’assenza di un vero e proprio accordo negoziale”; GUARINO A, La congruenza delle somme. Pagine di diritto romano 6. Napoli pag. 220 y ss (1995) El autor se alinea con la doctrina mayoritaria que considera el texto interpolado y no acepta los nuevos argumentos de Backhaus; desde el punto de vista de la lógica BACKHAUS R, *In maiore minus inest*. Eine justinianische *regula iuris* in den klassischen Rechtsquellen. ZSS 100, 136-184 (1983) El autor considera que el texto es genuino y lo adscribe a la época de los Severos. Nosotros compartimos desde el punto de vista de la forma la opinión de SACCONI.

¹⁶⁶ FUENTESECA P, Investigaciones de derecho procesal romano. Studia Iuris Romani Salmanticensia vol.I, pag. 131 (1969) El autor coincide con D’Ors en que el recurso para exigir el cumplimiento no podía ser una *actio ex stipulatu* que conduciría a una indemnización pecuniaria, sino un recurso extraordinario basado en el *favor libertatis* con intervención de magistrado. Sin embargo el autor no está de acuerdo con D’Ors pues considera la expresión *exsecutio* como clásica y con cree que esté interpolada. Fuenteseca considera que *exsecutio stipulationis* supone una actividad judicial extraordinaria, probablemente en el marco de una *cognitio extra ordinem*.

¹⁶⁷ D’ORS X, La ley Aelia Sentia y las manumisiones testamentarias. S.D.H.I. pag. 425 (1974).

D.45, 1, 75,10 ULP. 22 AD ED.

HAEC STIPULATIO: " **FUNDUM TUSCULANUM DARI?**" OSTENDIT SE CERTI ESSE, CONTINETQUE, UT **DOMINIUM** OMNIMODO EFFICIATUR STIPULATORIS QUOQUO MODO.

La estipulación de dar el fundo Tusculano, es de dar un objeto determinado y consiste en que la propiedad se transmita al estipulante.

Se plantea la distinción entre las obligaciones de *dare* o *in dando* y las de *in faciendo*, esta cuestión comporta, entre otras, diferencias en el regimen jurídico con relación a la transmisibilidad y en criterios de responsabilidad.¹⁶⁸

En relación a la forma, en la *interrogatio* (falta como venimos diciendo por motivos de estilo la repetición del verbo estipulatorio) que recoge el fragmento hace referencia a una estipulación de dar un fundo¹⁶⁹. El texto también es interesante por cuanto interpreta el verbo "*dare*" como transmisivo de dominio.

D.45, 1,110,1 POMP. 4 AD Q. MUC.

SI STIPULATUS FUERO DE TE: " **VESTEM TUAM, QUAECUMQUE MULIEBRIS EST, DARE SPONDES?**", MAGIS AD MENTEM STIPULANTIS QUAM AD MENTEM PROMITTENTIS ID REFERRI DEBET, UT QUID IN RE SIT, AESTIMARI DEBEAT, NON QUID SENSERIT PROMISSOR. ITAQUE SI SOLITUS FUERAT PROMISSOR MULIEBRI QUADAM VESTE UTI, NIHILO MINUS DEBETUR.

Si hubiera estipulado de ti que "me daras los vestidos de mujer que tengas", esto debe interpretarse mejor por la intención del estipulante que por la del

¹⁶⁸ TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano (1990) pag.515 y ss. "La differenza fra il *dare* od il *facere oportere* era netta e comportava , sul piano pratico, una diversa disciplian (ad.es. in materia di intransmissibilità passiva e di criteri di responsabilità."

¹⁶⁹ PASTORI F, Il negozio verbale in diritto romano (1994) pag. 288 "dove è chiara l'itp. dell'inciso finale in armonia alle vedute gisutinianee, in quanto si dice che il dominium di una res mancipi, como un fondo , può essere alienato "*quoquo modo*", mentre in realtà nell diritto classico il trasferimento della

promitente , a fin de que deba interpretarse objetivamente y no por la apreciación del promitente; y así si éste había tenido costumbre de usar algún traje de mujer, no deja de deberse también éste.

Si se estipula: ¿me darás los vestidos de mujer que tengas? El objeto de la estipulación debe interpretarse según la voluntad del estipulante y no del promitente.

Sin embargo la descripción de la prestación debida, plantea problemas interpretativos¹⁷⁰ (que se entiende por vestidos de mujer). El jurista considera que se debe seguir la intención del estipulante y no del promitente, ni del *id quod actum*. De hecho en las estipulaciones lo importante es formular la *interrogatio*, pues el promitente en la mayoría de los casos se limita a asentir mediante el verbo *spondes*, de todas maneras la cuestión interpretativa no es objeto de nuestro estudio, y nos limitamos a hacer una mención por la peculiaridad del caso planteado.

Desde el punto de vista de la forma esta interrogación completa no presenta problemas ni aporta ningún dato nuevo.

D.45, 1,141,4 GAI. 2 DE VERB. OBLIG.

SI INTER EOS, QUI ROMAE SUNT, TALIS FIAT STIPULATIO: " **HODIE CARTHAGINE DARE SPONDES?**", QUIDAM PUTANT NON SEMPER VIDERI IMPOSSIBILEM CAUSAM STIPULATIONI CONTINERI, QUIA

proprietà poteva avvenire solo *mancipatione* o *in iure cessione* e, tratandosi di immobile era necessaria successivamente la *traditio* .

¹⁷⁰ HONSELL, *Ambiguitas contra stipulatorem .Iuris professio* Fest.Kaser (1986) pag. 86 “Die Frage, ob nur die gewöhnliche Frauenkleider versprochen sind oder auch solche, die der promissor selbst bei Gastmahl anzuziehen pflegte und die vielleicht besonders reich verziert waren, wird im Zweifel nicht contra sondern secundum stipulatorem entschieden. Entscheidend ist allein, ob der promissor Frauenkleider zu tragen pflegte. War dies Fall, so sind sie ebenfalls Gegenstand der Stipulation geworden”; SACCONI G Ricerche sulla stipulatio pag.10 “È interessante come, secondo Pomponio, la portata effettiva dell’obbligazione è da verificare in base alla *mens stipulantis* e non a quella *promittentis*. ; MIQUEL J, Dret privat romà (Madrid 1995) pag.142 El autor compara dos textos de Pomponio uno en materia de legados y el que nosotros tratamos, en materia de estipulación, a efectos de contraponer la interpretación de testamentos y estipulaciones. Para el autor, el caso en cuestión es realmente anecdótico, Pomponio se pregunta cual es el sentido exacto de las expresiones “vestidos masculinos” y “vestidos femeninos”. La dificultad del tema está en que el propio autor de la declaración negocial solía usar vestidos femeninos. Estos vestidos ¿cuentan como como masculinos o siguen siendo femeninos. Pomponio refiere el tema no a la intención de quien promete sino *ad mentem stipulantem*, a la representación subjetiva de quien recibe una promesa, y parte de la base que esta coincide con la realidad del que se ha dicho y no con el que piensa quien promete. En todo caso se parte de una declaración de voluntad ambigua.

POSSIT CONTINGERE, UT TAM STIPULATOR QUAM PROMISSOR ANTE ALIQUOD TEMPUS SUO QUISQUE DISPENSATORI NOTUM FECERIT IN EUM DIEM FUTURAM STIPULATIONEM AC DEMANDASSET PROMISSOR QUIDEM SUO DISPENSATORI, UT DARET, STIPULATOR AUTEM SUO, UT ACCIPERET: QUOD SI ITA FACTUM FUERIT, POTERIT VALERE STIPULATIO

Si se hace entre dos personas que están en Roma, la estipulación de dar hoy en Cartago, piensan algunos juristas que no siempre es imposible puesto que es verosímil que estipulante y promitente hayan avisado a sus administradores.

Si atendemos sólo al tenor de la interrogación, esta parece invalida pues existía una imposibilidad física¹⁷¹, a menos que los sujetos de la estipulación estuviesen también en Cartago; pero no es corriente incluir el nombre de una ciudad donde cumplir la prestación si los sujetos estuviesen en esa ciudad. Como nos dice el jurista debemos ir más allá del tenor literal de la interrogación para saber que ni el estipulante ni el promitente están en Cartago y, a pesar de ello, la estipulación puede ser válida si ambos hubiesen comunicado a sus administradores, el día en que se habrían de hacer cargo del cobro y del pago.

Hay que ver más allá de la dicción estricta de la estipulación para ver su validez o invalidez.

El tenor de la interrogación se refiere a *impossibilem causam* creemos que se esta refiriendo al objeto o prestación. **Vemos como en este caso la ineficacia no tiene que ver con la forma, es un juicio de reglas de la experiencia lo que lleva a que la prestación sea imposible.**

3.5.1. Establecimiento de una prestación periódica

¹⁷¹ CUENA BOY F, La imposibilidad de la prestación (Valladolid 1992) pag.30 “Las categorías de imposibilidad, al menos las de imposibilidad física o natural e imposibilidad jurídica, aún siendo de carácter general por encontrar aplicación en todo tipo de negocios (las fuentes se refieren principalmente a la estipulación, el legado y la compraventa), no operan de manera mecánica sino dependiendo de la naturaleza y finalidad del negocio concreto.”

D.42, 8, 10,15 ULP. 73 AD ED.

PER HANC ACTIONEM ET USUS FRUCTUS ET HUIUSMODI
STIPULATIO: " IN ANNOS SINGULOS DENA DARI SPONDES?" EXIGI
POTEST.

Por esta acción (*hoc interdictum*)¹⁷² se puede exigir la restitución de un usufructo y de una estipulación del tipo: ¿Prometes dar diez mil sestercios anuales?

Este texto se refiere a la posibilidad de utilizar el interdicto fraudatorio¹⁷³ para recuperar un bien que se ha dado en usufructo, o bien una cantidad de dinero que se configura en esta estipulación como una renta periódica. En ambos casos, el pretor lo concede durante una año útil, al acreedor de un deudor insolvente a fin de que pueda entrar en posesión de algo que el deudor hubiera fraudulentamente enajenado.

Este fragmento es interesante desde el punto de vista de la forma de determinación del objeto pues se trata del establecimiento de una prestación periódica¹⁷⁴.

D.45, 1, 16,1 POMP. 6 AD SAB.

STIPULATIO HUIUSMODI " IN ANNOS SINGULOS" UNA EST ET
INCERTA ET PERPETUA, NON QUEMADMODUM SIMILE LEGATUM
MORTE LEGATarii FINIRETUR.

La estipulación de renta periódica, año, a año, es una sola estipulación, indeterminada y sin plazo y a diferencia del legado que se extingue con la muerte del legatario.

Si se determina la forma del objeto de la estipulación como una renta periódica, esto tiene como consecuencia que la estipulación es única y perpetua¹⁷⁵. Única en el sentido

¹⁷² LENEL O, col. 853 vol.II.

¹⁷³ Vease ARANGIO-RUIZ Istituzioni di diritto romano (1983) pag.145 y ss;D'ORS X, El interdicto fraudatorio en derecho romano clásico. [Cuadernos del Instituto Jurídico español nº25] (Roma-Madrid 1974); TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano (Milano 1990) pag 659"Poteva rivolgersi soltanto nei confronti dell'acquirente dal *fraudator*, e veniva esercitato dal creditore che, in seguito alla *bonorum venditio*, non fosse stato integralmente soddisfatto delle sue pretese (il ricavato doveva con molta probabilità , esser diviso con gli altri creditori).

de que no hay tantas estipulaciones como rentas y perpetua en el sentido que no se extingue con la muerte del obligado como ocurre en caso de los legados de renta periódica. La forma como se establece el objeto de la prestación tiene pues consecuencias muy importantes, pero no derivan directamente del fragmento recogido en lenguaje directo sino de la explicación del jurista.

D.45, 1, 64,0 AFR. 7 QUAEST.

HUIUSMODI STIPULATIO INTERPOSITA EST: " **SI TITIUS CONSUL FACTUS FUERIT, TUM EX HAC DIE IN ANNOS SINGULOS DENA DARI SPONDES?**" POST TRIENNIUM CONDICIO EXSTITIT: AN HUIUS TEMPORIS NOMINE AGI POSSIT, NON IMMÉRITO DUBITABITUR. RESPONDIT EAM STIPULATIONEM UTILEM ESSE ITA, UT IN EA EORUM QUOQUE ANNORUM, QUI ANTE IMPLETAM CONDITIONEM INTERCESSERINT, PRAESTATIO IN ID TEMPUS COLLATA INTELLEGATUR, UT SENTENTIA EIUS SIT TALIS: TUNC CUM TITIUS CONSUL FACTUS FUERIT, IN ANNOS SINGULOS, ETIAM PRAETERITI TEMPORIS HABITA RATIONE, DENA PRAESTENTUR.

Si Ticio llegara a ser cónsul, ¿prometes que se darán diez mil sestercios por año a partir de ese día? La condición inserta en la estipulación se cumplió tres años después. No se sabe si se puede reclamar por estos años. Para Juliano si están incluidos los años antes del cumplimiento de la condición, como si dijera: que desde que Ticio llegase a ser cónsul, se paguen diez mil sestercios al año contando el tiempo pasado.

Se estructura una interrogación completa con una prestación periódica, sometida a una condición "*si Titius consul factus fuerit*". Como la estipulación está redactada de una

¹⁷⁴ Vease la nota siguiente.

¹⁷⁵ AMELOTTI M, Rendita perpetua e rendita vitalizia. Scritti giuridici. Torino pag. 457 (1996) El autor considera que los juristas romanos conocían el legado de renta y la estipulación de renta, donde los diferentes problemas jurídicos (el fundamental de la distinción entre renta perpetua y renta vitalicia) vienen afrontados de forma distinta; GUARINO A, Diritto privato romano (Napoli 2001) "Altro tipo caratteristico di prestazione era quello della prestazione di rendita consistente in una *datio* di danaro o di altre cosa fungibili (vino , olio) ripetuta ogni anno (*in singulos annos*) o anche a scadenza inferiori . La rendita poteva essere : a)perpetua se il creditore ed i suoi eredi avevano diritto a esigerla senza limite di tempo; b) vitalizia se l'obbligazione era limitata alla vita del creditore o del 'obbligato.

forma ambigua, no se sabe si en el caso de cumplirse la condición, la renta se debe pagar incluyendo los años en los que la condición ha estado pendiente¹⁷⁶ o bien sólo las rentas correspondientes al tiempo transcurrido después de cumplida la condición.

En este caso la teoría de la interpretación¹⁷⁷ de Juliano, favorece al acreedor. Una vez cumplida la condición, (a partir de este momento) la renta se ha de pagar desde el momento en que se realizó la estipulación. Parece que en estos casos considera CALONGE que se da una retroactividad impropia que justificaría la decisión de Juliano.

Desde el punto de vista de la forma, la estructura es correcta, el verbo cierra el contenido de la prestación y de la condición, pero debido a la ambigüedad de los términos se recurre a la interpretación.

D.45, 1,126,0 PAUL. 3 QUAEST.

SI ITA STIPULATUS FUERO: " **SI TITUS CONSUL FACTUS FUERIT, TUNC EX HAC DIE IN ANNOS SINGULOS DENA DARE SPONDES?**",
POST TRIENNIUM CONDICIONE EXISTENTE TRIGINTA PETI
POTUERUNT.

“Si Ticio fuera nombrado cónsul ¿prometes dar diez mil sestercios anuales desde ese día?”. Si se cumple la condición tres años después podrán pedirse treinta mil.

Al igual que ocurre en el caso anterior nos encontramos con una interrogación completa que incluye como prestación el pago de una renta periódica si se cumple la condición. El criterio que sigue Paulo es el mismo que Juliano, sin embargo parece contrario al *usus communis* pues normalmente se tiende a favorecer al deudor en las estipulaciones de obligaciones de dar, pero como hemos visto se puede considerar que existe una

¹⁷⁶ CALONGE A, En torno a la retroactividad de la condición en derecho romano clásico. Studi Volterra,3 Milano, pag. 150. El autor habla de la retroactividad impropia de los negocios formales y dice que en este caso se aprecia en los problemas de percepción de intereses en casos de *pecunia stipulata sub condicione*.

¹⁷⁷ BACKHAUS C, Casus perpexus Munchen Beck 1981.

retroactividad impropia¹⁷⁸ que justificaría la decisión de Juliano y Paulo. Desde el punto de vista de la forma no ofrece más problemas que el determinar el criterio del vencimiento.

3.5.2. Utilización de la partícula “aut” para determinar el objeto

D.30, 75 ,3 ULP. 5 DISP.

SI QUIS ITA STIPULATUS: " STICHUM AUT DECEM, UTRUM EGO VELIM" LEGAVERIT QUOD EI DEBEBATUR, TENEBITUR HERES EIUS, UT PRAESTET LEGATARIO ACTIONEM ELECTIONEM HABITURO, UTRUM STICHUM AN DECEM PERSEQUI MALIT.

Si una persona estipula diciendo: Estico o diez mil sestercios, lo que yo quiera; y hubiese legado después lo que se le debía como estipulante, el heredero estará obligado a ceder al legatario la acción para que pueda elegir entre Estico o los diez mil sestercios.

El texto presenta a un estipulante que realiza una promesa estipulatoria de tal manera que el objeto de la misma no está totalmente determinado, ya que se trata de entregar al esclavo Estico, o bien diez mil sestercios a voluntad del estipulante. Posteriormente lega los derechos que tenía como estipulante con lo que se plantea la transmisibilidad de los créditos *mortis causa*¹⁷⁹, como consecuencia del principio de universalidad de la herencia. En este caso además, no sólo se plantea la transmisibilidad de los créditos *mortis causa* sino también el derecho de elección .

Reproducción (parece) de parte de una estipulación. Como hemos visto que muchas veces el jurista prescinde de la repetición del verbo por motivos de estilo y además la

¹⁷⁸ CALONGE A, En torno a la retroactividad de la condición en derecho romano clásico. Studi Volterra,3 Milano, pag. 150. El autor habla de la retroactividad impropia de los negocios formales.

¹⁷⁹ VOCI P, Diritto ereditario romano (1963) pag.319 “Se il credito legato è alternativo, possono darsi varie ipotesi: a) il testatore lega il credito così com'è presso di lui: la scelta, ch'era sua, passa al legatario; altrimenti resta al debitore; b) lega una delle cose che sono oggetto del credito: se la scelta è sua , col legato delimita le possibilità del legatario; se la scelta è del debitore , dipende da questo la validità del legato: infatti solo se il debitore sceglie la cosa indicata dal testatore l'erede è tenuto a farla avere al legatario; c) lega tutte le cose in obligatione: si hanno in realtà più legati, che l'erede é tenuto a adempiere tutti..

estipulación no debe ser necesariamente causal, por lo que, puede tratarse del tenor completo de la *stipulatio*. En este texto se determina el objeto de una manera que podríamos impropriamente, denominar alternativa a voluntad del estipulante. Esta forma de determinar el objeto es posible también en los legados.

En este caso la partícula “*aut*” tiene un significado excluyente como se deduce del lenguaje directo examinado “*utrum ego velim*”.

D.34, 5, 13,3 IUL. L.S. DE AMBIG.

UTRUM ITA CONCIPIAS STIPULATIONEM " SI ILLUD AUT ILLUD FACTUM NON ERIT" AN HOC MODO " SI QUID EORUM FACTUM NON ERIT, QUAE UT FIERENT, COMPREHENSAS SUNT", HOC INTEREST, QUOD, QUAMVIS ALTERO FACTO VERUM SIT HOC AUT ILLUD VERE FACTUM ESSE, NON IDEO TAMEN VERUM ERIT HOC AUT ILLUD FACTUM NON ESSE. NAM SIMUL EA POSSUNT ESSE VERA, QUAMVIS INTER SE CONTRARIA SUNT, QUIA CUM SIGNIFICATIO NON EX UNIVERSO, SED EX ALIQUO SUMITUR, SI VERI ALIQUID INDE SIT, VERAM EFFICIT TOTAM ORATIONEM: SICUT E CONTRARIO DUAE ORATIONES PUGNANTIA CONTINENTES SIMUL FALSAE SUNT, VELUTI SI QUI LIBERORUM PARTIM PUBERES, PARTIM IMPUBERES DECESSERINT, NAM ET HOC FALSUM ERIT OMNES IMPUBERES DECESSISSE ET ILLUD OMNES PUBERES DECESSISSE. ID ACCIDIT, QUIA SIGNIFICATIO SUMITUR EX UNIVERSO, IN QUO SI ALIQUID FALSUM EST, TOTAM ORATIONEM FALSAM EFFICIT. ANIMADVERTENDUM IGITUR EST, QUID SIT, DE QUO QUAERITUR. NAM CUM ITA CONCIPIO " SI ILLUD AUT ILLUD NON FUERIT", QUAERI DEBET, AN ALIQUID FACTUM NON SIT: ILLIUS EFFECTUS HIC EST, UT NEUTRUM FIAT, HUIUS AUTEM, UT UTRUMQUE FIAT: NEC IN ILLO PRODEST ALIQUID NON FECISSE, SI ALIQUID FACTUM SIT, NEQUE IN HOC ALIQUID FECISSE, SI ALIQUID FACTUM NON SIT.

La diferencia entre hacer una estipulación diciendo “si se hubiere dejado de hacer tal o cual cosa” (lo que se busca es que no se haga) o bien diciendo “si se ha dejado de hacer algo de lo que se ha dicho que debe hacerse” (lo que se persigue es que se haga), consiste en que aunque sea verdad que se ha hecho tal o cual cosa (si se ha hecho una de ellas), no por ello es verdad que ha dejado de hacerse tal o cual cosa. Puede ser verdad ambas proposiciones aunque sean contrarias entre sí pues, el sentido se deduce no de la totalidad de las mismas, si no de una parte de ellas, si tienen algo de verdad resultan verdaderas todas enteras. Al contrario, dos proposiciones contradictorias pueden ser falsas las dos a la vez. Por ejemplo, cuando los hijos han muerto en parte púberos y en parte impúberos es falso tanto decir que han muerto todos púberos como decir que han muerto todos impúberos. Esto ocurre porque el sentido se deduce de la totalidad, de modo que si tiene algo falso resulta falsa la proposición entera.

Hay que tener en cuenta a que se refiere la cuestión. Porque cuando digo “si dejara de hacerse tal o cual cosa” ha de verse si se ha dejado de hacer alguna de ellas. Mas si digo “si dejara de hacerse tal y tal cosa” debe verse si se han hecho las dos. Es decir en la primera proposición consiste en que no se hagan ninguna de las dos, y la segunda en que se hagan las dos. No sirve en la primera haber dejado de hacer algo si se ha hecho algo, ni en la segunda haber hecho algo, si ha dejado de hacerse algo.

Estamos ante un texto que ha sido objeto de múltiples estudios. En el fragmento hay una distancia importante entre las palabras utilizadas en lenguaje directo y su interpretación (ambigüedad del lenguaje). El problema lo podemos situar en el plano de las estructuras lógicas.

La forma abona en un principio un sentido excluyente de *aut* y en algunos casos se toma un sentido inclusivo, optar por uno u otro depende de la influencia de la Lógica estoica.

Con las precisiones anteriormente hechas intentamos un acercamiento superficial al texto. Se plantea una estipulación con un objeto determinado en cuanto a su forma, con la partícula “*aut*”. Hemos visto que esta partícula presenta cierta ambigüedad por cuanto se puede utilizar como sinónimo de “y” o también como sinónimo de “o bien”, (el problema fue ya observado en la lógica estoica y fue esta una de las razones para la

utilización de la lógica matemática). El objeto podría estar determinado con carácter alternativo (utilizando este término en forma impropia pues no nos referimos a los sujetos), pero también podría, en materia de estipulaciones, (hemos visto el caso de una estipulación penal D.34,5,13,2) utilizarse la partícula *aut* con carácter “cumulativo”, de que depende, según nos dice en este texto Juliano, del sentido que quiera darse¹⁸⁰.

Por otra parte "**SI QUID EORUM FACTUM NON ERIT, QUAE UT FIERENT, COMPREHENSAS SUNT**" este fragmento introduce un grado de incerteza mayor en cuanto a la determinación del objeto, “si se hubiere dejado de hacer algo que de lo que se ha dicho que debe hacerse”. En este caso las partes evidentemente conocen el objeto, pero no está definido, en cuanto a su forma. Podríamos hacer un paralelismo como hemos hecho ya, con la abstracción de la causa.

Todo el texto tiene un carácter marcadamente especulativo, es decir no se trata de reproducir estipulaciones realmente realizadas, sino de proponer unos supuestos a modo de ejemplos, ya que la *stipulatio* se presta a este tipo de reflexiones lógico-jurídicas. Este carácter se manifiesta todavía más claramente en el último fragmento recogido en lenguaje directo "**SI ILLUD AUT ILLUD NON FUERIT**".

Juliano, influenciado por la lógica estoica¹⁸¹, intenta trasladar al ámbito jurídico los problemas que plantea el uso ambiguo del lenguaje en la determinación del objeto, complicándolo al comparar proposiciones en que se incluyen obligaciones de hacer y otras en las que se incluyen obligaciones de no hacer.

D.46, 3, 95,0 PAP. 28 QUAEST.

¹⁸⁰ No vemos una dificultad insalvable en que Juliano en una misma obra utilice dos significados posibles de *aut* ya que en su obra *de ambig.* Precisamente es donde se deben plantear estos problemas que surgen de la existencia de dos significados posibles del término *aut*.

¹⁸¹ MIQUEL J, *Stoische Logik und römische Jurisprudenz.* ZSS 87 pag. 85 (1970) El autor considera que todo el fragmento D.34,5,13 está dedicado a las dudas que pueden surgir *coniunctione*, en particular sobre el punto tercero piensa que Juliano compara dos estipulaciones con el siguiente tenor literal *si illud aut illud factum non erit y si quid eorum factum erit, quae ut fierent comprehensa sunt*; luego rechaza lo que parece a primera vista cierto sin serlo : ambas están en oposición contradictoria, pues si así fuera entonces el cumplimiento de una de estas condiciones supondría el incumplimiento de la otra; lo cual no sucede evidentemente. Ambas sentencias no se excluyen necesariamente; DE LIGT L, *A philologist reads the Digest D.34.5.13.3 TR 66/1-2*, pag. 53 (1998) “I think that, despite a small number of stylistic infelicities, the transmitted text of D.4, 5, 13(14), 2-3 is essentially sound, and is moreover susceptible of logically coherent interpretation”.

" **STICHUM AUT PAMPHILUM, UTRUM EGO VELIM, DARE SPONDES?**" ALTERO MORTUO QUI VIVIT SOLUS PETETUR, NISI SI MORA FACTA SIT IN EO MORTUO, QUEM PETITOR ELEGIT: TUNC ENIM PERINDE SOLUS ILLE QUI DECESSIT PRAEBETUR, AC SI SOLUS IN OBLIGATIONEM DEDUCTUS FUISSET.

¿Prometes dar Estico o Pánfilo, el que yo quiera?. Si se muere uno de los esclavos, sólo se puede reclamar el otro, a no ser que haya incurrido en mora respecto al muerto. Ya que al incurrir en mora esto supone que se ha producido una elección del objeto y como consecuencia de la mora la obligación ha quedado perpetuada.

Desde el punto de vista del fondo del supuesto se plantean cuestiones relativas al régimen jurídico de las obligaciones alternativas y, en particular la *perpetuatio obligationis*¹⁸² como efecto fundamental de la *mora debitoris*.

En la interrogatio completa **STICHUM AUT PAMPHILUM, UTRUM EGO VELIM, DARE SPONDES?** se determina el objeto de la estipulación con carácter alternativo “Estico o Pánfilo, el que yo quiera”, se incorpora la cláusula de elección expresa a favor del estipulante. La utilización de esta forma hace que si el estipulante ha elegido entre los dos objetos posibles y el objeto desaparece antes de serle entregado, el riesgo de la pérdida es para el estipulante. Si uno de los dos objetos desaparece antes de la elección por parte del estipulante, la obligación se concentra en el otro, siguiendo el régimen de las obligaciones alternativas. Pero en este caso el objeto ha quedado fijado por efecto de la mora en la que ha incurrido el deudor y no se puede concentrar la obligación¹⁸³, si la pérdida se produce durante la mora la responsabilidad del deudor se agrava. En este caso *aut* tiene un carácter alternativo o disyuntivo complicado con

¹⁸² KASER M, *Perpetuari obligationem* SDHI, 46 (1980) pag.110 y ss La *perpetuatio* implica subsistencia de la *obligatio* en toda su extensión, más de manera que no se toman en cuenta los hechos que, ocurridos antes que el cumplimiento, hubieran extinguido o aminorado la responsabilidad del deudor. Lo dicho significa que la estimación de la cosa se hace con referencia al momento en que la prestación debió cumplirse, y que el sucesivo perecimiento de la prestación, incluso si obedece a caso fortuito, no exonera de responsabilidad al deudor. En relación con este *periculum* del deudor se da el principio de dudosa claridad, según el cual el deudor puede liberarse de responsabilidad siempre que le sea dable probar que la cosa hubiera perecido también de encontrarse en poder del acreedor cfr. D.10,4,12,4 ; D.16,3,14,1.

¹⁸³ a efectos de la existencia de dolo : WACKE A, Sull concetto di dolus nell'actio de dolo. IURA, 28 pag. 10-39 (1977).

cuestiones relativas al régimen jurídico de las obligaciones alternativas como la posibilidad del *Ius Variandi*.

D.46, 8, 17,0 MARCELL. 21 DIG.

CUM DEBITORE DECEM CREDITORIS NOMINE TITIUS EGIT: PARTEM PETITIONIS RATAM HABUIT DOMINUS. DICENDUM EST OBLIGATIONIS PARTEM CONSUMPTAM, QUEMADMODUM SI DECEM STIPULATUS ESSET AUT EXEGISSET CREDITORQUE NON TOTUM, SED PARTEM GESTAE REI COMPROBASSET. IDCIRCO SI EX STIPULATU " **DECEM AUT STICHUM, UTRUM EGO VOLUERO**" ABSENTE ME TITIUS DOMINO QUINQUE PETISSET, INSECUTA RATIHABITIONE RECTE ACTUM VIDERI

En nombre del acreedor, Ticio reclamó al deudor diez mil sestercios y el acreedor ratificó posteriormente una parte de lo reclamado. Dice el jurista que se ha consumido o reducido la obligación, lo mismo pasa con la estipulación, si se hubiese estipulado o cobrado diez mil sestercios y el acreedor no hubiese aprobado toda la gestión que se hizo en su nombre sino sólo una parte. Por eso si Ticio en mi ausencia, hubiese reclamado a un deudor cinco mil sestercios por una estipulación de “diez mil sestercios o el esclavo Estico, lo que yo quiera” y hubiera seguido mi ratificación, se entenderá bien hecha su reclamación.

Fuera del ámbito de la forma, el caso plantea la particularidad que la reclamación de una deuda la realiza un tercero, y posteriormente el texto nos hace referencia a la ratificación del *dominus negotii*, lo que nos lleva a pensar que estamos ante un caso de *negotiorum gestio*, o gestión de negocios sin mandato ¹⁸⁴. En el caso de que se realice un pago a un tercero que no está autorizado, sólo adquiere eficacia con respecto al acreedor cuando lo haya ratificado ¹⁸⁵.

¹⁸⁴ ARANGIO-RUIZ V, Il mandato in diritto romano. (Napoles 1949)

¹⁸⁵ ARANGIO-RUIZ V, Il mandato in diritto romano. (Napoles 1949) pag.197 y ss Según el autor la máxima *ratihabitio mandato comparatur* hace referencia a la consideración del acto jurídico ratificado como cumplido por un procurador, con todas las consecuencias a efectos de la relación con los terceros y con la autoridad pública; IGLESIAS J, Derecho romano (1998) pag.409 “La ratificación no hace sino confirmar lo actuado como *utiliter gestum*”. A efectos de la ratificación, vease CALONGE A, *Ratihabitio mandato comparatur*. Temis 21 Homenaje al Profesor Sánchez del Rio y Peguero pag. 253-

En este supuesto se establece, en lenguaje directo, el objeto con carácter supuestamente alternativo, pero debido a la intervención del *gestor*, la ratificación que haga el acreedor será lo que acabé de determinar el alcance de la prestación, a pesar de que los *verba* dicen otra cosa. Se aplican los mismos criterios que hemos visto hasta ahora. Para determinar el significado exacto de *aut* hay que buscar el sentido querido, en este caso está muy claro con la introducción de la cláusula *utrum ego voluero*. En este caso el supuesto tiene más complejidad por la existencia de una *negotiorum gestio* y la posterior ratificación¹⁸⁶ que será la que determine el alcance de la prestación.

D.40, 9, 5,2 IUL. 64 DIG.

SI TITIUS NIHIL AMPLIUS IN BONIS QUAM STICHUM ET PAMPHILUM HABEAT EOSQUE STIPULANTI MAEVIO ITA PROMISERIT " **STICHUM AUT PAMPHILUM DARE SPONDES?**", DEINDE, CUM ALIUM CREDITOREM NON HABERET, STICHUM MANUMISERIT: LIBERTAS PER LEGEM AELIAM SENTIAM RESCINDITUR. QUAMVIS ENIM FUIT IN POTESTATE TITII, UT PAMPHILUM DARET, TAMEN QUAMDIU EUM NON DEDERIT, QUIA INTERIM MORI POSSIT, NON SINE FRAUDE STIPULATORIS STICHUM MANUMISIT. QUOD SI SOLUM PAMPHILUM DARI PROMISSISSET, NON DUBITAREM, QUIN STICHUS AD LIBERTATEM PERVENIRET, QUAMVIS SIMILITER PAMPHILUS MORI POSSIT: MULTUM ENIM INTEREST, CONTINEATUR IPSA STIPULATIONE IS QUI MANUMITTITUR AN EXTRA OBLIGATIONEM SIT. NAM ET QUI OB AUREOS QUINQUE STICHUM ET PAMPHILUM PIGNORI DEDERIT, CUM UTERQUE EORUM QUINUM AUREORUM SIT, NEUTER MANUMITTI POTEST: AT SI STICHUM SOLUM PIGNORI DEDERIT, PAMPHILUM NON VIDETUR IN FRAUDEM CREDITORIS MANUMITTERE.

262 (Zaragoza 1967); BERTOLINI C, La ratifica degli atti giuridici nel diritto privato romano. Vol. I-II *Studia Juridica* 3 (1975).

¹⁸⁶ GUARINO A, *Diritto privato romano* (Napoli 2001) pag.934 y ss No era lícito sobrepasar los límites de las instrucciones recibidas *excedere fines mandati*.

El jurista plantea el supuesto de que Ticio tiene en su patrimonio únicamente a los esclavos Estico y Pánfilo; Ticio los promete a Mevio con una estipulación en la cual el objeto queda determinado alternativamente (o uno, o el otro), en la parte recogido en lenguaje directo " **STICHUM AUT PAMPHILUM DARE SPONDES?**". ¿Puede Ticio manumitir a uno de ellos? El jurista responde que no porque se incurre en la Ley *Aelia Sentia*, puesto que si no se ha realizado el pago o entrega de un esclavo, el otro puede morir e incurrir en fraude. Mientras que si sólo hubiese prometido uno de los esclavos, nadie duda, de que el otro puede manumitirse pues no está dentro de la obligación, aunque el esclavo estipulado fallezca. Al final del texto el jurista hace una comparación con la prenda: es distinto que hayan sido pignorados los dos esclavos (lo que impide la manumisión de ambos) o uno sólo (lo que permite la libertad del que no ha sido pignorado). Es la diferencia entre que los dos esten *in obligatione*, o sólo lo esté uno, lo que resulta fundamental para Juliano.

La cuestión de fondo que suscita el fragmento es la limitación a la manumisión de esclavos por fraude de acreedores, supuesto contemplado en la Ley *Aelia Sentia*

Encontramos una *interrogatio* completa con un objeto determinado de forma alternativa "Estico o Panfilo". La estipulación de cumple al entregar uno de los dos objetos. Es interesante pues no se permite, pendiente la obligación, la manumisión de alguno de los dos esclavos, por cuanto los dos con forma alternativa forman parte del objeto de la obligación. Si lo hiciese el promitente incurriría en fraude de acreedor según la Ley *Aelia Sentia*. Si el promitente estipulase uno y manumitiese a otro, no incurriría en la ley *Aelia Sentia*¹⁸⁷ pues uno de ellos no formaría parte del objeto de la obligación. Vemos aquí como, la forma en virtud de la cual se determina el objeto de una estipulación tiene consecuencias jurídicas importantes. Si se determina con carácter alternativo los esclavos objeto de una obligación de dar no se puede manumitir a ninguno sin incurrir en la *lex Aelia Sentia*. En cuanto al significado de *aut*, en el texto se deduce claramente de que se trata de una partícula disyuntiva.

¹⁸⁷ D'ORS X, La ley *Aelia Sentia* y las manumisiones testamentarias. S.D.H.I. pag. 425 (1974). "La razón de la nulidad de la manumisión de Estico es la insolvencia en que incurre el deudor cuando concede en su testamento la libertad a Estico, acto que no causa la concentración de la obligación alternativa sobre Pánfilo. La nulidad de la manumisión de Estico viene dada, no por ser el esclavo objeto de una obligación alternativa (pues puede el deudor en cualquier caso manumitir al esclavo que ha prometido, sino por tratarse de una manumisión que provocaría la insolvencia del deudor y por ello, impedida por la ley *Aelia Sentia*."

D.45, 1, 2,1 PAUL. 12 AD SAB.

ET HARUM OMNIUM QUAEDAM PARTIUM PRAESTATIONEM RECIPIUNT, VELUTI CUM DECEM DARI STIPULAMUR: QUAEDAM NON RECIPIUNT, UT IN HIS, QUAE NATURA DIVISIONEM NON ADMITTUNT, VELUTI CUM VIAM ITER ACTUM STIPULAMUR: QUAEDAM PARTIS QUIDEM DATIONEM NATURA RECIPIUNT, SED NISI TOTA DANTUR, STIPULATIONI SATIS NON FIT, VELUTI CUM HOMINEM GENERALITER STIPULOR AUT LANCEM AUT QUODLIBET VAS: NAM SI STICHI PARS SOLUTA SIT, NONDUM IN ULLA PARTE STIPULATIONIS LIBERATIO NATA EST, SED AUT STATIM REPETI POTEST AUT IN PENDENTI EST, DONEC ALIUS DETUR. EIUSDEM CONDICIONIS EST HAEC STIPULATIO: "**STICHUM AUT PAMPHILUM DARI?**"

Algunas pueden cumplirse parcialmente, como cuando estipulamos que se nos dé diez mil sestercios; otras no, como ocurre con las que son indivisibles por su naturaleza, como cuando estipulamos una servidumbre de camino, senda o paso de ganado. Algunas admiten por su naturaleza un cumplimiento parcial, pero si no se da todo, no queda cumplida la estipulación, como si estipulo un esclavo genericamente o un plato o cualquier vaso, pues si se paga una parte del esclavo Estico, no se ha producido la liberación en parte alguna de la estipulación, sino que o se puede repetir inmediatamente la parte que se ha dado o queda el pago pendiente de que se dé. De la misma clase es la estipulación de “dar el esclavo Estico o Pánfilo”

Algunas estipulaciones pueden cumplirse parcialmente como las de dar una cantidad de dinero; otras son indivisibles por naturaleza como cuando estipulamos una servidumbre de *iter, via o actum*¹⁸⁸. Otras admiten por su naturaleza un cumplimiento parcial (divisibilidad de las obligaciones *in dando*), pero se ha de entregar el objeto entero para que se cumpla la estipulación, dice el jurista que a éste último grupo pertenece la estipulación de dar el esclavo Estico o el esclavo Panfilo. En principio, un esclavo es una cosa no fungible pero que puede ser objeto de una prestación de cosa genérica. En

definitiva el texto está planteando la diferencia en cuanto a las prestaciones de dar y hacer (incluyendo las de no hacer). Esta distinción tiene relevancia por lo que respecta al régimen jurídico de las mismas, especialmente con referencia a transmisibilidad pasiva, criterios de responsabilidad y tutela jurídica.¹⁸⁹ El jurista compara una obligación de dar un objeto entero para que se cumpla la estipulación (aunque materialmente sea divisible) con la obligación de **STICHUM AUT PAMPHILUM DARI?**. Creemos que éste final ha sido abreviado y falta alguna indicación más que nos permita entenderlo perfectamente.

Hemos de precisar que cuando utilizamos el verbo *dari* nos estamos refiriendo a la transmisión de la propiedad o constitución de un derecho real. Pero esto también lo deberíamos tener en cuenta cuando al principio del texto habla el jurista de *decem dari* y en este caso es susceptible de cumplimiento parcial, se entiende si así lo pactaron las partes¹⁹⁰. El texto pretende clarificar que prestaciones podemos considerar de *dare* y por tanto divisibles y cuales *facere* se consideran indivisibles jurídicamente.

Desde el punto de vista de la forma, Paulo complica el supuesto al comparar una estipulación en la que la prestación, dar un esclavo en general se ha de cumplir por entero (aunque materialmente divisible) con la *interrogatio*, recogida en lenguaje directo, en la que la prestación queda determinada de forma supuestamente alternativa **STICHUM AUT PAMPHILUM DARI?**. En el final del texto consideramos que se ha eliminado alguna indicación, que dificulta su comprensión. Se plantea la duda de si la prestación se debería cumplir por entero (aunque sea susceptible de cumplimiento parcial) entregando ambos esclavos Estico y Pánfilo, o bien, se limita a decir que la elección debe recaer en un esclavo entero, en este caso la partícula *aut* tendría un carácter disyuntivo. En la mayoría de casos examinados *aut* tiene un valor disyuntivo. Creemos que siempre que sea posible nos debemos inclinar por esta posibilidad (*aut* como partícula disyuntiva). La interpretación más plausible del texto sería considerar que incluso una prestación alternativa si se pacta se puede cumplir entregando uno de los esclavos (Estico o Pánfilo) entregando cuotas hasta llegar a la propiedad íntegra.

Volvemos a ver, como en otros casos, dos objetos en una estipulación unidos por la partícula *aut*. En el texto parece que se determinan tres categorías de prestaciones: las

¹⁸⁸ En este sentido: SOLAZZI *Specie ed estinzione delle servitù prediali* (1948)

¹⁸⁹ TALAMANCA M, *Istituzioni di diritto romano* (1990) pag.515 y ss.

indivisibles jurídica o materialmente (*facere*¹⁹¹); las indivisibles jurídicamente pero materialmente divisibles; las divisibles jurídica y materialmente (previo acuerdo sobre ello).

En esta interrogación no encontramos el verbo *spondes*, pero como venimos advirtiendo, puede tratarse de una cuestión de estilo al seguir a “*eiusdem condicionis est haec stipulatio*”, para evitar redundancias.

D.45, 1, 83,3 PAUL. 72 AD ED.

DIVERSA CAUSA EST SUMMARUM, VELUTI " **DECEM AUT VIGINTI DARI SPONDES?**" HIC ENIM ETSI DECEM SPOPONDERIS, RECTE RESPONSUM EST, QUIA SEMPER IN SUMMIS ID, QUOD MINUS EST, SPONDERI VIDETUR.

No es lo mismo si se trata de cantidades, como “¿prometes que se dará diez mil o veinte mil sesteracios?” pues en este caso, aunque prometieras sólo diez mil , la respuesta es correcta, pues, en las cantidades siempre se considera prometida la menor en que coincide.

Valdría la pena destacar la distinción en cuanto al régimen jurídico de las cantidades unidas por la partícula *aut* respecto de los demás objetos.

Para comprender este fragmento, lo hemos de relacionar con el anterior D.45,1,83,2 Paul. 72 ad ed.. En el punto 2, Paulo plantea el principio de congruencia entre pregunta y respuesta y dice que si un estipulante interroga acerca de la obligación de dar a Estico o Pánfilo, no es válida la respuesta que incluye sólo a uno de ellos. Hay que tener en cuenta que esta afirmación es demasiado rotunda, ya que depende del significado ambiguo que se le quiera dar al término *aut*. A continuación, Paulo dice que la solución es distinta si se trata de cantidades de dinero, pues si se pregunta sobre la obligación de entregar dos cantidades distintas y se responde prometiendo únicamente la menor, la estipulación es válida. Se está rompiendo el **principio de congruencia** en la

¹⁹⁰ se debería matizar cuando se habla de prestaciones divisibles y cuando se realiza un pago parcial.

¹⁹¹ En principio las obligaciones de hacer son obligaciones indivisibles, pero ésta consideración puede modificarse si se tienen en cuenta unidades , métricas por ejemplo.

estipulación, en aras al principio de *favor debitoris* empieza a admitirse una **relajación formal de la estipulación**

Si se trata de una obligación de dar una cantidad de dinero y se formula de forma alternativa con la conjunción “*aut*” entonces es válida la respuesta que promete la menor de las cantidades “*quia semper in summis id quod minus est sponderi videtur*”. Es el jurista el que explica el significado que debemos dar a *aut*, en obligaciones de entregar cantidades de dinero¹⁹², para superar la ambigüedad que conlleva el término. El texto reproduce una estipulación completa de carácter abstracto con un objeto ambiguo pues se ha utilizado la partícula *aut*.

D.45, 1,109,0 POMP. 3 AD Q. MUC.

SI ITA STIPULATUS FUERO: " **DECEM AUT QUINDECIM DABIS?**",
DECEM DEBENTUR. ITEM SI ITA: " **POST ANNUM AUT BIENNIUM
DABIS?**", POST BIENNIUM DEBENTUR, QUIA IN STIPULATIONIBUS ID
SERVATUR, UT QUOD MINUS ESSET QUODQUE LONGIUS, ESSE
VIDERETUR IN OBLIGATIONEM DEDUCTUM.

Si yo hubiera estipulado “¿darás diez o quince mil sestercios?”, se deberán sólo diez mil , o si “después de un año o dos”, se deberán a los dos años, pues se observa en las estipulaciones que se entienda como objeto de la obligación lo que es menos por la cantidad y más diferido en el tiempo.

¹⁹² KASER M, Das Römische Privatrecht I(München 1971) pag.239 El autor afirma que en el caso de los contratos formales, como por ejemplo el caso de la *stipulatio*, es necesario que la pregunta y la respuesta concuerden. Si la pregunta incluye la alternativa de “más” o “menos” y la respuesta es simplemente *spondeo*, el que es válido es el “menos”. Si la pregunta es ambigua, se interpreta en contra del acreedor que la ha formulada.; PASTORI F, Il negozio verbale in diritto romano (1994) “le dues prestazioni tra le quali il creditore può scegliere hanno per oggetto una somma di denaro, ossia un genus esse non sono quindi qualitativamente differenti, ma divergono quantitativamente. Se nella domanda si menzionano le somme di dieci o di venti e nella risposta solo la somma di dieci, certamente in ordine a tale somma, che è ricompresa nell’altra, si deve ritenere che sia intervenuto l’acordo: la stipulatio viene in essere con riguardo a la somma minore, poiché in ordine ad essa vi è congruenza tra le dichiarazioni.; BACKHAUS *In maiore minus inest* ZSS 100, pag. 159 (1983).

Se formulan dos *interrogationes* (en las dos falta el verbo *spondes*), en la primera se estipula con carácter alternativo “*decem aut quindecim*” la entrega de una cantidad de dinero. En la segunda, se establece un término de un año o dos años. Cuando nos encontramos con estipulaciones formuladas de esta forma el jurista, al igual que en el caso anterior, hace una interpretación¹⁹³ fundada en un principio pro-debitore, para solucionar problemas de indeterminación (la cantidad menor, el plazo más largo).

Desde el punto de vista de la forma, al igual que pasa en el caso anterior, se está infringiendo el principio de congruencia, al plantear una *interrogatio* “alternativa” incluyendo la partícula *aut*¹⁹⁴ (bien con relación a la cantidad, bien con relación al término). Esto es consecuencia de una relajación progresiva de la forma en la estipulación. Los juristas serán los que determinen los límites de relajación de las formalidades, parece que la opinión de Pomponio fue recogida también por Paulo.

D.45, 1,141,5 GAI. 2 DE VERB. OBLIG.

CUM " **MIHI AUT TITIO**" STIPULATOR, DICITUR ALIAM QUIDEM REM IN PERSONAM MEAM, ALIAM IN TITII DESIGNARI NON POSSE, VELUTI " **MIHI DECEM AUT TITIO HOMINEM**": SI VERO TITIO EA RES SOLUTA SIT, QUAE IN EIUS PERSONA DESIGNATA FUERIT, LICET IPSO IURE NON LIBERETUR PROMISSOR, PER EXCEPTIONEM TAMEN DEFENDI POSSIT.

Cuando estipulo “para mí o para Ticio”, se dice que no se puede señalar un objeto para mí y otro distinto para Ticio, como si dijéramos “a mí diez mil sestercios y a Ticio un esclavo”; pero si se paga a Ticio la cosa señalada para él, aunque el promitente no quede liberado de propio derecho, sin embargo puede defenderse con una excepción.

¹⁹³ GANDOLFI G, Lezioni sull'interpretazioni dei negozi giuridici. Corso di esegesi delle fonti del diritto romano. Milano . La Goliardica (1962); MIQUEL J, La interpretación de los contratos. Revista Jurídica de Catalunya LXXX n°3 (Barcelona 1981) pag.231 yss En la interpretación de los contratos hay que ver el sentido que para ambas partes tiene un negocio.La duda en el sentido de declaraciones o actuaciones sólo puede ser resuelta, si se puede averiguar, del modo que sea, el negocio que los contratantes se representaban conjuntamente

¹⁹⁴ Ya hemos mencionado repetidamente los problemas de ambigüedad que este término genera.

El fragmento trata sobre la posibilidad de establecer objetos distintos si en la estipulación, junto al estipulante aparece un *adiectus solutionis causa*. Asimismo pone de manifiesto los efectos del pago¹⁹⁵.

Este texto recoge dos breves fragmentos en lenguaje directo “a mí o a Ticio” (se considera un *adiectus solutionis causa*¹⁹⁶) y “a mí diez mil sestercios y a Ticio un esclavo”. Gayo se plantea la posibilidad de que aparezca en una estipulación dos sujetos, un estipulante *mihi* y un *adiectus solutionis causa* y lo relaciona con la necesidad de que haya una única prestación debida (*tot stipulationes quot res*)¹⁹⁷ y que el promitente deba pagar. Pero distingue los efectos del pago en el caso de que se haga al estipulante, o bien, en el caso que el pago se haga al *adiectus*¹⁹⁸. En este sentido, el término *aut* utilizado es ambiguo, de la explicación del jurista deducimos que tiene un carácter disyuntivo “o bien”, pero en este caso “a mí o a Ticio” no son términos totalmente equiparables ya que los efectos del pago en uno u otro sujeto no son idénticos.

D.46, 1, 8,8 ULP. 47 AD SAB.

SI QUI STICHUM STIPULATUS FUERIT, FIDEIUSSOREM ITA ACCEPERIT: " STICHUM AUT DECEM FIDE TUA IUBES?", NON OBLIGARI FIDEIUSSOREM IULIANUS AIT, QUIA DURIOR EIUS FIT CONDICIO, UTPOTE CUM FUTURUM SIT, UT MORTUO STICHO TENEATUR. MARCELLUS AUTEM NOTAT NON IDEO TANTUM NON OBLIGARI, QUIA IN DURIOREM CONDICIONEM ACCEPTUS EST, SED QUIA ET IN ALIAM POTIUS OBLIGATIONEM ACCEPTUS EST:

¹⁹⁵ GUARINO A, Diritto privato romano. 12 ed. (2001) pag.803 y ss.

¹⁹⁶ KASER M, Das Römische Privatrecht I (Munich 1971) pag.637 y ss; El autor afirma que en la *stipulatio* y en la *dotis dictio*, aparte del acreedor, puede figurar un tercero (por ejemplo un banquero) como beneficiario (*solutionis causa adiectus*). En este caso, este tercero es irrevocablemente autorizado a ser beneficiario pero no a exigir el pago. No puede ni reclamar judicialmente el cobro, ni puede ceder o cesar en su derecho. Un acreedor secundario cuyo derecho se vincula al del deudor principal es el *adstipulator*. Para más información vease CUGIA, *L'adiectus solutionis causa* (Napoles 1919)

¹⁹⁷ Aunque ya hemos dicho repetidamente que se trata de una aplicación tópica y no normativa estricta, en este caso si apareciesen dos objetos junto a dos sujetos, parecería más posible desdoblar la estipulación inicial y considerar la existencia de dos estipulaciones. VIEHWEG T, Tópica y jurisprudencia. Madrid (1964) reimpr.1986 pag.71 y ss; SCHMIDLIN, *B Die römischen Rechtregeln* (1970) Köln-Wien.

¹⁹⁸ TALAMANCA M, *Alia causa e durior condicio come limite dell'obbligazione dell' adpromissor*. Studi Grosso, 3 Torino (1970), pag.166 “Ma dall' esame sommario che si è svolto della casistica giurisprudenziale in materia di adiectio si è constatato che i giuristi romani dell'ultima epoca classica non avevano difficoltà ad ammettere la validità dell'adiectio stessa, quan d'anche questa si configurase, nel

DENIQUE PRO EO, QUI DECEM PROMISERIT, NON POTERIT FIDEIUSSOR ITA ACCIPI, UT DECEM AUT STICHUM PROMITTAT, QUAMVIS EO CASU NON FIT EIUS DURIOR CONDICIO.

Si el que estipuló el esclavo Estico recibiera un fiador diciendo “¿Sales fiador por la deuda de dar el esclavo Estico o por diez mil sestercios? Dice Juliano que tal fiador no queda obligado, pues su posición es más gravosa toda vez que puede ocurrir que si muere Estico siga obligado, a pesar de haberse liberado el deudor. Anota Marcelo que deja de quedar obligado, no tanto porque ha salido fiador por una obligación más gravosa cuanto por por una obligación distinta; en efecto, tampoco se puede salir fiador de un deudor que que prometió diez mil sestercios prometiendo el fiador diez mil o el esclavo Estico, aunque en este caso no se hace más gravosa su obligación.

Si el que estipula el esclavo Estico, recibe también como garantía un fiador con este tenor ¿sales fiador por la deuda de dar el esclavo Estico o por diez mil sestercios?. Juliano se plantea el principio de accesoriedad en la *fideiussio* y dice que el fiador no queda obligado al ser su posición más gravosa. Marcelo matiza que tampoco queda obligado el fiador pero el motivo que da es, que la obligación es distinta. El tema que trata el fragmento es la accesoriedad en la *fideiussio*,¹⁹⁹ Marcelo no deroga este principio y propone que entregar diez mil es más sencillo que el esclavo Estico ,es decir que la obligación del fiador no puede ser ni más gravosa ni tratarse de una obligación distinta.

En cuanto a la forma, el objeto queda determinado de forma alternativa “Estico o diez mil”, *aut* tiene aquí como se deduce del texto un carácter disyuntivo. Si únicamente tenemos en cuenta el fragmento en lenguaje directo, la interrogación es perfecta. Sin embargo el jurista plantea el caso de que la obligación principal consistía, únicamente en entregar el esclavo Estico, por ello el fiador no queda obligado, pues la estipulación

contenuto, in modo diverso dalla'obbligazione nei confronti del creditore, allorché questa variazione fosse nel senso che in tema de *adpromissio*, configurerbe un *minus debere* od una *levior condicio*.”.

¹⁹⁹ FEENSTRA R, Le caractère accessoire des différents types de cautionnement verbaux en droit romain classique. Études J. Macqueron. Aix-en-Provence (1970) pag.301 y ss . KASER M, Das Römische Privatrecht I Munich (1971) pag. 660 con bibliografía.

de garantía incluye a Estico o bien diez mil. Se siguen los principios propios de la *fideiussio* (accesoriedad no permite que el fiador responda por más o por cosa distinta). La ineficacia de la estipulación deriva de los principios de la *fideiussio*²⁰⁰ y no de la forma en la que se ha formulado la estipulación.

Lenel²⁰¹ sitúa este fragmento bajo el epígrafe *De adpromissoribus* dentro del tercer libro dedicado al contrato verbal.

D.46, 1, 8,9 ULP. 47 AD SAB.

IDEM IULIANUS AIT: SI IS, QUI HOMINEM AUT DECEM DARI STIPULATUS FUERAT, FIDEIUSSOREM ITA ACCEPERIT: " **HOMINEM AUT DECEM, UTRUM EGO VELIM?**", NON OBLIGAVIT EUM, QUIA DURIOR EIUS CONDICIO FACTA EST.

Dice el mismo Juliano que si el que había estipulado que se le diera un esclavo o diez mil sestercios aceptara un fiador diciendo “el esclavo o los diez mil, lo que yo quiera”, no puede obligar al fiador, pues la obligación de éste se ha hecho más gravosa, que la del deudor al reservarse el estipulante la elección.

A continuación del fragmento anterior nos encontramos el siguiente texto: Se realiza una *fideiussio* después de la estipulación principal, vulnerando el principio de accesoriedad, ya que se incluye una *durior condicio*, en relación al deudor principal²⁰² (pues en este caso la elección del objeto de la estipulación, el esclavo o diez mil lo que yo quiera, queda reservada al estipulante) . El fiador no puede deber en condiciones más duras que el deudor. La *fideiussio* por tanto no es válida.

²⁰⁰ TALAMANCA M, *Alia causa e durior condicio come limite dell' obbligazione dell' adpromissor*. Studi Grosso,3 Torino (1970) pag.190 “Ulpiano non seguiva l'opinione fondamentale nel sistema di Marcello, per cui il limite dell' alia causa veniva violato, allorché per il gioco della facoltà di scelta l' obbligazione del garante potesse pervenire al avere eventualmente un oggetto diverso da quello che avrebbe potuto avere l' obbligazione del debitore principale, opinione che, naturalmente era a base anche della critica mossa de Marcello a Giuliano”; SACCONI G *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano*. Univ. di Roma (1973); PASTORI F, *Il negozio verbale in diritto romano* (1994) pag.290.

²⁰¹ LENEL O, col.. 1185, vol.II.

²⁰² Sin embargo se admitiría la posibilidad de elección para el deudor en la obligación principal y para el adpromissor en la fianza, vease: TALAMANCA M, *Alia causa e durior condicio come limite dell' obbligazione dell' adpromissor*. Studi Grosso,3 Torino (1970) pag.183 “se ammette la possibilità di una adpromissio, in cui la facoltà di scelta spettasse al debitore nell' obbligazione principale ed al garante nell' adpromissio.”

Desde el punto de vista de la forma podemos apreciar que al igual que ocurre en otro tipo de estipulaciones que no son de garantía, para que el estipulante se pueda reservar la facultad de elección del objeto “*hominem aut decem utrum ego velim*” esta se debe formular expresamente. También se recoge en el texto en lenguaje directo un objeto, determinado con carácter alternativo, volvemos a observar un uso disyuntivo de la partícula *aut*. En todo caso, la ineficacia de la estipulación no deriva de una cuestión de forma, sino de la aplicación de las normas relativas a la accesoriedad en la fianza.

D.46, 1, 8,10 ULP. 47 AD SAB.

CONTRA AUTEM SI IS, QUI HOMINEM AUT DECEM, UTRUM IPSE STIPULATOR VOLET, STIPULATUS EST, RECTE FIDEIUSSOREM ITA ACCIPIET: " **DECEM AUT HOMINEM, UTRUM TU VOLES?**" FIT ENIM, INQUIT, HOC MODO FIDEIUSSORIS CONDICIO MELIOR.

Por el contrario si el que ha estipulado un esclavo o diez mil sestercios a elección del estipulante obliga al fiador a diez mil o el esclavo a elección del fiador, la obligación del fiador se hace de este modo menos gravosa.

Al igual que en los casos anteriores y también en el posterior, el fragmento trata acerca del régimen de la accesoriedad en la *fideiussio*.

En esta cláusula recogida en lenguaje directo (diez mil o el esclavo, lo que tu quieras) se atribuye la elección del objeto al *fideiussor*, desde el punto de vista de la forma no plantea problemas. Se determina el objeto de forma “alternativa” mediante la utilización del término *aut*. El jurista la sitúa en un contexto en el que el deudor principal ha prometido “diez mil o un esclavo a elección del estipulante” con lo que la obligación del fiador²⁰³ es menos gravosa.

²⁰³ TALAMANCA M, *Alia causa e durior condicio come limite dell’obbligazione dell’ adpromissor*. Studi Grosso,3 Torino (1970) pag.183 y ss “In essa, infatti, la *condicio* del garante è *levior* non in ordine ai diversi profili que possono ritenersi rilevanti nel gioco della garanzia di un’obbligazione alternativa o mediante una stipulazione alternativa, ma proprio perché riguardo all’oggetto, in senso stretto, dell’obbligazione l’*adpromissor* è tenuto ad un *minus*; né riguardo alla sua obbligazione, si può riscontrare in alcun modo un “*alia causa*” secondo il criterio pattrocinato da Marcello”.

D.46, 1, 8,11 ULP. 47 AD SAB.

SED ET SI REUM SIC INTERROGAVERO " STICHUM ET PAMPHILUM?", FIDEIUSSOREM " STICHUM AUT PAMPHILUM?", RECTE INTERROGEM, QUIA LEVIOR FIDEIUSSORIS CONDICIO EST.

Por último, si yo hubiera estipulado del deudor “los esclavos Estico y (*et*) Pánfilo” puedo interrogar al fiador por “los esclavos Estico o(*aut*) Pánfilo”, pues la obligación del fiador es de esta manera menos gravosa.

En el último fragmento de ésta serie, se recogen las cláusulas para determinar el objeto de la obligación principal y de la *fideiussio*. En el caso de la obligación principal, el objeto está determinado como la suma de dos esclavos, con carácter complejo “Estico y Pánfilo”, mientras en el caso de la *fideiussio*, el *fideiussor* se compromete a entregar solamente uno de ellos (*aut* disyuntivo o alternativo), por lo que la obligación del fiador es menos gravosa²⁰⁴. Se admite esta desigualdad entre deudor y *fideiussor*, el límite es que la *stipulatio* de fianza no sea más gravosa que la principal .

La eficacia o no, de la estipulación fideiussoria depende de la aplicación de las normas relativas a la accesoriedad en la *fideiussio*²⁰⁵. En este caso la utilización de la partícula *et* o de la partícula *aut* es determinante para considerar si se está incluyendo una *levior condicio*.

3.5.3. Determinación del objeto mediante la cláusula: “*per te non fieri*”

D.45, 1, 2,5 PAUL. 12 AD SAB.

ITEM SI IN FACTO SIT STIPULATIO, VELUTI SI ITA STIPULATUS FUERO: " PER TE NON FIERI NEQUE PER HEREDEM TUUM, QUO MINUS MIHI IRE AGERE LICEAT?" ET UNUS EX PLURIBUS

²⁰⁴ Ver la nota anterior.

²⁰⁵ KASER M, Das Römische Privatrecht I (Munich 1971) pag.664 Los tres tipos de fianza estipulatoria comparten algunas reglas que realmente justifican la idea de una accesoriedad de la fianza. Todas las fianzas pueden corresponder a menos que la deuda principal , pero en ningún caso a más. En consecuencia , el fiador también recibe las excepciones que corresponden al deudor principal en el caso de que no estén vinculadas a la persona..

HEREDIBUS PROHIBUERIT, TENENTUR QUIDEM ET COHEREDES
EIUS, SED FAMILIAE ERCISCUNDAE IUDICIO AB EO REPETENT QUOD
PRAESTITERINT. HOC ET IULIANUS ET POMPONIU PROBANT.

Así también, si la estipulación consiste en un hacer, como si yo estipulara “que ni tú ni tu heredero impida que yo pueda pasar o llevar ganado” y uno de los varios herederos me lo impidiera, quedan ciertamente obligados también sus coherederos, pero lo que me hubieran pagado podrán reembolsarlo por la acción de partición de la herencia. Así lo aprueban Juliano y Pomponio.

El texto recoge una estipulación de obligación de “no hacer”²⁰⁶ en sentido amplio, es decir se incluye tanto una conducta omisiva del promitente, como la actuación del promitente dirigida a permitir que el estipulante pueda pasar o llevar ganado, en definitiva se trata de una estipulación que sirve para constituir una servidumbre²⁰⁷. El jurista cuestiona si los co-herederos pueden incurrir en la estipulación por el acto de uno sólo de ellos. En el caso de que uno de los co-herederos incurra en la estipulación²⁰⁸, quedan todos los herederos obligados ya que se trata de una obligación indivisible que como tal genera una responsabilidad solidaria en los co-herederos.

Se trata de una *interrogatio* parcial **PER TE NON FIERI NEQUE PER HEREDEM TUUM, QUO MINUS MIHI IRE AGERE LICEAT** de carácter ideal “*veluti*”. Tiene la particularidad en cuanto a la forma de determinar el objeto, de que se trata de una estipulación de no hacer de carácter amplio “que ni tú ni tu heredero impida que yo pueda pasar o llevar ganado” que se utiliza para la constitución de servidumbres. Se usa la forma típica de este tipo de estipulaciones: *per te non fieri neque...*, pero en la que no aparece el verbo estipulatorio. La estipulación está formulada en singular pero de hecho alcanza a todos los herederos, basta con que uno “impida que yo pueda pasar”, con una

²⁰⁶ Las estipulaciones del tipo “*per te non fieri*” se refieren a obligaciones de hacer y estas plantean problemas en cuanto a su transmisibilidad TALAMANCA M, Istituzioni diritto romano (1990) pag.456 y ss y en relación al principio *alteri stipulari nemo potest*. Esta es una de las razones por la que se suele tener la cautela de incluir la mención de los herederos

²⁰⁷ Vease BIONDI B, la servitù prediali in diritto romano.(Milan 1954) reimpr.1969; GROSSO-DEJANA Servitù prediali 2vol. Turin (1955);TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano (1990) pag. 456 y ss.

²⁰⁸ desde el punto de vista de las obligaciones indivisibles GUARNERI CITATI A, Studi sulle obbligazioni indivisibili nell diritto romano. Studia Juridica,24. Roma.L’Erma. (1972). El autor considera

conducta activa (hacer) o bien consintiendo que otro lo haga (no hacer) para que se incurra en la estipulación. A partir de ahora denominaremos a estas estipulaciones, estipulaciones de no hacer en sentido amplio de la forma “*per te non fieri*”.

D.45, 1,111,0 POMP. 5 AD Q. MUC.

SI STIPULATUS FUERO " **PER TE NON FIERI, QUO MINUS MIHI ILLA DOMO UTI LICEAT**", AN ETIAM, SI ME NON PROHIBEAS, UXOREM AUTEM MEAM PROHIBERES, VEL CONTRA UXORE MEA STIPULATA ME PROHIBEAS, AN COMMITTATUR STIPULATIO? ET LATIUS EST HAEC VERBA SIC ACCIPI. NAM ET SI STIPULATUS FUERO " **PER TE NON FIERI, QUO MINUS MIHI VIA ITINERE ACTU UTI LICEAT**", ETSI NON ME, SED ALIUM NOMINE MEO INGREDIENTEM PROHIBEAS, SCIENDUM ERIT COMMITTI STIPULATIONEM.

Si yo hubiera estipulado que “no me impedirás que pueda usar tal cosa” ¿acaso se incurre en la estipulación si no me lo impides a mí sino a mi mujer, o, al revés, me lo impides a mí habiendo sido ella quién lo estipuló? Esto debe interpretarse ampliamente, pues también si yo hubiera estipulado que “no me impidas poder usar un camino, senda o paso de ganado”, debe saberse que se incurre en la estipulación, aunque no me impidas entrar a mí sino a otro que va en mi nombre.

El jurista establece el alcance de las obligaciones de no hacer en sentido amplio, del mismo tipo de las que se utilizan para constituir servidumbres **PER TE NON FIERI, QUO MINUS MIHI VIA ITINERE ACTU UTI LICEAT**. Estas estipulaciones tienden a garantizar que el estipulante podrá hacer alguna cosa (utilizar tal cosa, o usar un camino, senda o paso de ganado) pero no sólo el estipulante sino su mujer o el *nuntius* que va en nombre del estipulante.

que también para las obligaciones indivisibles pasivas de no hacer en el derecho clásico valía en caso de incumplimiento la regla “*singuli in solidum tenentur*”.

Se trata de *interrogationes* (en las que falta el verbo *spondes*) con formulación negativa que se utilizaban para constituir servidumbres²⁰⁹, y que se extinguen a otros derechos reales limitados como el derecho de uso y habitación *mihi illa domo uti liceat*.

El promitente debe abstenerse y es el actuar cuando hay la obligación de abstenerse lo que determina incurrir en una estipulación pero también el promitente deberá actuar para impedir la actuación de una tercera persona (estipulaciones de no hacer en sentido amplio).

Desde el punto de vista de la forma vemos una de las maneras como se formulan estipulaciones negativas, empezando generalmente “*per te non fieri*” y a continuación manifestando la conducta que el promitente no puede impedir, de esta manera la obligación omisiva del promitente queda siempre encerrada dentro de la *interrogatio*.

Podemos ver, también, que el término *mihi* parece tomar en este tipo de estipulaciones de abstenerse un sentido más amplio (a la mujer o a alguien que va en nombre del estipulante). Observamos pues que por lo que respecta al sujeto estipulante que Pomponio permite una mayor relajación del principio *alteri stipulari nemo potest*. Opinamos que Pomponio se podría sentir influido por la regulación del derecho de uso (que se extiende a la familia) y optar por una configuración similar. En cualquier caso este problema haría referencia al fondo del supuesto tratado.

Vemos también la concurrencia de una forma compleja negocial, en el caso de la segunda *interrogatio*, entre una estipulación y una servidumbre.

D.46, 3, 31,0 ULP. 7 DISP.

INTER ARTIFICES LONGA DIFFERENTIA EST ET INGENII ET NATURAE
ET DOCTRINAE ET INSTITUTIONIS. IDEO SI NAVEM A SE
FABRICANDAM QUIS PROMISERIT VEL INSULAM AEDIFICANDAM
FOSSAMVE FACIENDAM ET HOC SPECIALITER ACTUM EST, UT SUIS

²⁰⁹ Desde el punto de vista de la constitución de servidumbres: CORBINO A, Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù. Univ. di Messina, 125 (1981) El autor considera que : “le tre servitù non avrebbero potuto certo costituire oggetto di un’unica *stipulatio* e aai fini dell’esemplificazione in discorso era addirittura fuorviante nominarle tutte”.

OPERIS ID PERFICIAT, FIDEIUSSOR IPSE AEDIFICANS VEL FOSSAM FODIENS NON CONSENTIENTE STIPULATORE NON LIBERABIT REUM. QUARE ETIAM SI ILLIS STIPULATIONIBUS FIDEIUSSOR ACCESSERIT: " **PER TE NON FIERI, QUO MINUS MIHI IRE AGERE LICEAT?**", PROHIBENS IRE FIDEIUSSOR STIPULATIONEM NON COMMITTIT ET, SI PATIENTIAM PRAESTET, NON EFFICIET, QUO MINUS COMMITTATUR STIPULATIO.

Grande es la diferencia entre los operarios por su ingenio, su habilidad, sus conocimientos y aprendizaje. Por ello, si alguien hubiera prometido fabricar una nave él mismo, o edificar una casa de viviendas o cavar una fosa, y se ha convenido que lo haga con su propio trabajo, no puede liberar al deudor, sin consentimiento del estipulante, el fiador que edifique él o cave la fosa. Así también, si intercediera un fiador en las estipulaciones de que “no me impidas poder pasar yo o llevar ganado”, si lo impide el fiador, no queda incumplida la estipulación, y viceversa, si él lo tolera, no por eso deja de poder quedar incumplida la estipulación.

Ulpiano en este texto habla sobre las estipulaciones que se ha realizado en función de las aptitudes del promitente (de carácter personalísimo)²¹⁰, y de la posibilidad de que se afiancen (la intervención de un fiador no puede liberar al deudor ²¹¹ sin permiso del estipulante). En las estipulaciones de no hacer, si el fiador impide el objeto de la estipulación ésta, no queda incumplida; y si el fiador se abstiene, puede que la estipulación se incumpla por el comportamiento del deudor principal. **En definitiva el fragmento hace referencia al uso de la fianza para garantizar una obligación de hacer.**

²¹⁰ CANNATA C.A., Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico Milano 1969 pag.57 y ss “Quel che sottomette l’esecuzione di una prestazione al criterio della colpa-imperizia è il fatto che l’attività nella quale essa si realizza costituisce esplicazione di un *artificium*, cioè di un’attività specificamente sottomessa a regole tecniche riconoscibili come tali.”

²¹¹ SACCONI G Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano. Univ. di Roma (1973); desde el punto de de vista del derecho de la construcción RAINER J.M. Zur Bedeutung des Mandates im Baurecht . Mandatum und Verwandtes pag 375 (1993).

Lenel²¹² sitúa este fragmento en el libro 7 bajo la rúbrica *De stipulationibus* y el epígrafe *De adpromissoribus*, por lo que creemos que es aplicable al ámbito de la fianza.

En cuanto a la forma, se recoge la fórmula general de estipulaciones de no hacer, **PER TE NON FIERI, QUO MINUS MIHI IRE AGERE LICEAT**. El jurista afirma que ni las prestaciones de no hacer ni las de carácter personalísimo pueden ser objeto de fianza²¹³ sin consentimiento del estipulante pero esta idea se deriva del razonamiento subyacente .

D.47, 2, 67,5 PAUL. 7 AD PLAUT.

SI STIPULATUS DE TE SIM " **PER TE NON FIERI, QUO MINUS HOMO EROS INTRA KALENDAS ILLAS MIHI DETUR**", QUAMVIS MEA INTERESSET EUM NON SUBRIPI (CUM SUBREPTO EO EX STIPULATU NON TENERIS, SI TAMEN PER TE FACTUM NON SIT QUO MINUS MIHI DARETUR), NON TAMEN FURTI ACTIONEM ME HABERE.

Si he estipulado de ti que “no impidas que se me dé el esclavo Eros antes de tales calendas”, aunque tengo interés en que no sea hurtado ese esclavo, pues no respondes por la acción de lo estipulado si lo hurtan, siempre que no hayas impedido tú que se me diera, sin embargo, no tengo la acción de hurto.

Si se estipula que “no impidas que se me dé el esclavo Eros antes de tales calendas”, el estipulante no dispone de la acción de hurto²¹⁴. El promitente no responde por la acción de lo estipulado si lo hurtan, a menos de que el promitente haya impedido la entrega al estipulante (dolo). **Se esta planteando el sistema de responsabilidad²¹⁵ que deriva de esta estipulación PER TE NON FIERI, QUO MINUS HOMO EROS INTRA KALENDAS ILLAS MIHI DETUR**

²¹² LENEL O, col. 413 vol. II.

²¹³ SCHMIDLIN B, Die römischen Rechtregeln (1970) pag.72 La adstipulación y el *adiectus solutionis causa* serían los límites extremos a los cuales se llegó con la extensión del principio *alteri stipulati nemo potest*

²¹⁴ KASER M, Das Römische Privatrecht I, (Munich 1971) pag.614 Según el autor el término tan amplio de *furtum* también incluye los casos de destrucción de objetos y el caso de estafa. Es irrelevante tanto el hecho que uno mismo toque (*contrectare*) , desplace, p sustraiga el objeto, como también un posible beneficio para el autor de estos actos.

²¹⁵ CANNATA C.A. Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano (1996) pag.12 y ss.

Encontramos una *interrogatio* casi completa (falta el verbo *spondes* ya que antes de iniciarse las comillas aparece “*stipulatus*”). Se trata de una estipulación de no hacer, en sentido amplio, “no impidas que se me dé el esclavo Eros antes de tales calendas”. La estipulación incluye un término “antes de tales calendas”, pues estamos ante un caso ideal que propone Paulo. El jurista plantea el tema de la responsabilidad por hurto²¹⁶ del promitente, concluyendo que responde por su propia conducta, sin que a efectos de la forma de la estipulación pueda derivarse de este caso ninguna consecuencia.

D.45, 1, 50,0 ULP. 50 AD ED.

IN ILLA STIPULATIONE: "**PER TE NON FIERI?**" NON HOC SIGNIFICATUR NIHIL TE FACTURUM, QUO MINUS FACERE POSSIS, SED CURATURUM, UT FACERE POSSIS.

Cuando se incluye la cláusula “no deje de hacerse por ti” no quiere decir que no harás nada que no te deje cumplir.

Es decir la cláusula *per te non fieri*, no se debe interpretar (*significatur*) como condición si no, como que se procurará poder cumplir.

Lenel coloca este fragmento bajo la rúbrica *De testamentis*, creemos que esta interpretación que hace el jurista se puede extrapolar a las estipulaciones de la forma “*per te non fieri*”.

Respecto al lenguaje directo no podemos observar más que la cláusula con la que se suele iniciar las estipulaciones que consisten en un no hacer en sentido amplio.

Pastori²¹⁷ pone de relevancia la utilización de *curaturum*, cuando el promitente no sólo debe tener un comportamiento omisivo si no que debe actuar en el caso de que intervenga otra persona.

²¹⁶ En este sentido KASER M, Grenzfragen der Aktivlegitimation zur *actio furti*. Festgabe von Lübtow. Berlin/München. pag 291-324 (1980).

D.45, 1,133,0 SCAEV. 13 QUAEST.

SI SIC STIPULATUS SIM: " **NEQUE PER TE NEQUE PER HEREDEM TUUM VIM FIERI SPONDES?**" ET EGI, QUOD MIHI VIM FECERIS, RECTE REMANERE FACTUM HEREDIS IN STIPULATIONE. NAM ET EX IPSIUS POSTERIORE VI POTEST COMMITTI STIPULATIO: NON ENIM AD UNAM VIM PERTINET. NAM SICUT ET IPSIUS ET HEREDIS CAPUT, ITA IPSIUS VIS VEL SAEPIUS FACTA COMPLECTITUR, UT CONDEMNETUR QUANTI INTEREST. AUT SI SIC VOLUMUS FACTAM ESSE STIPULATIONEM: " **NEQUE PER TE NEQUE PER HEREDEM TUUM FIERI?**", UT AD UNAM VIM PRIMAM TENEAT: SI VIM FECERIT, AMPLIUS EX HEREDIS COMMITTI NON POTERIT: ERGO SI ACTUM SIT QUASI EX IPSIUS VI, TOTA CONSUMPTA SIT: QUOD NON EST VERUM.

Si yo he estipulado diciendo “¿prometes que ni tú ni tu heredero hareis violencia?” y te demande porque la hiciste, subsiste el hecho de la violencia del heredero en la estipulación, pues el mismo promitente puede incurrir en la estipulación por un acto posterior de violencia, ya que la estipulación no se refiere exclusivamente a un solo acto de violencia. Del mismo modo que abarca la persona del mismo promitente y de su heredero, así comprende también los varios actos de violencia de aquel, para que se le condene a indemnizar el interés del demandante. Porque si queremos que la estipulación de no hacer ni tú ni tu heredero quede referida tan sólo al primer acto de violencia, y el promitente lo hubiera cometido, ya no podría incurrir en la estipulación el heredero, y, en consecuencia, si demandó por el acto de violencia del promitente, se habría agotado la acción, lo que no es cierto.

El jurista plantea el problema de una estipulación de no hacer, en sentido amplio, en la cual se promete que ni el estipulante, ni su heredero harán violencia (es el fragmento recogido en lenguaje directo). El jurista explica que se trata de evitar todo acto de violencia (una conducta continuada, no puntual ya sea del promitente o del heredero). El acto de violencia del promitente no modifica el hecho de que su heredero siga obligado

²¹⁷ PASTORI F, *Il negozio verbale in Diritto Romano* (1994) pag. 144.

a mantener una actitud de abstención. Escévola lo razona diciendo que la acción no se ha extinguido.

“¿Prometes que ni tú ni tu heredero haréis violencia?” Como en el caso anterior se trata de *interrogationes* de carácter negativo, pretenden asegurar una abstención, aunque para el sujeto promitente esta abstención pueda suponer una acción pues deberá también impedir que el otro sujeto obligado actúe contra la obligación de abstenerse.

En este caso desde el punto de vista de la forma es interesante pues al incluir tanto al promitente como a su heredero, según el jurista se desprende de estas palabras que no se trata de garantizar una única abstención, la estipulación se refiere no a un acto de violencia aislado, sino a un **comportamiento continuado** tanto por parte del promitente como del estipulante. En este caso se está haciendo referencia a la transmisión de obligaciones a los herederos que deben seguir obligados (obligación de no hacer en sentido amplio).

Este texto ha sido tratado por Guarneri²¹⁸ y considera que está interpolada la referencia a que la acción no se ha consumido al incurrirse en la estipulación. Sería posible la introducción de la *praescriptio* correspondiente.

D.45, 1, 49,1 PAUL. 37 AD ED.

SI STIPULATUS SIM " **PER TE NON FIERI, QUO MINUS MIHI IRE
AGERE LICEAT**" ET FIDEIUSSOREM ACCEPERO: SI PER
FIDEIUSSOREM STETERIT, NEUTER TENETUR, SI PER PROMISSOREM,
UTERQUE.

²¹⁸ GUARNIERI CITATI A, Studi sulle obbligazioni indivisibili in diritto romano I. Studi Juridica 24. Roma (1970). pag. 206 “Lo stesso dubbio che il testo vuole eliminare, e cioè se il factum heredis rimanesse in stipulazione, dimostra che una successiva violenza del promissore non poteva importare una nuova commissio della stipulatio, perchè diversamente la questione sarebbe stata davvero troppo puerile. Viceversa importava accennare alla sorte dell’obbligo dell’erede solo quando l’azione esperita per la vis compiuta dal promissore, escludesse qualsiasi successivo giudizio contro lo stesso. Unicamente in tal caso qualcuno avrebbe potuto chiedersi: se la stipulazione menziona due obbligati, il promitente e l’erede, quando si è agito per l’inadempimento del primo ed estinta perciò riguardo a costui obbligazione rimane in vita quella dell’erede? Questa prima parte del testo ci dà dunque la prova che l’azione estingueva l’obbligazione nei rapporti del debitore originario inadempiente. Ed allora è chiaro che non possono essere genuine le ulteriori affermazioni del testo, seconda le quali la stipulazione poteva commetersi ancora pre le violenze successive dello stesso promissore.

Si he estipulado que “no me impidas poder pasar y llevar ganado” y hubiera aceptado la garantía de unos fiadores, si el que me impidió fue el fiador, ninguno de los dos queda obligado, si fue el promitente, queda obligado tanto éste como su fiador.

Se trata de una estipulación de no hacer “de no impedir pasar y poder llevar ganado”, es decir de constitución de una servidumbre de paso, hasta aquí lo que podemos apreciar, con relación a la forma.

Con respecto al fondo, el texto no nos plantea en que consiste la obligación del *fideiussor*.

Dice el jurista que si se han pactado fiadores e impide el paso un fiador, no se queda obligado²¹⁹. Si el paso lo impide el promitente, quedan obligados ambos, pero el autor no nos muestra la forma en que esto se puede pactar. Sacconi²²⁰ se ocupa del fragmento desde el punto de vista de las obligaciones solidarias. Se trata de una obligación *in faciendo* (propriadamente de una obligación de no hacer en sentido amplio), y este tipo de obligaciones presentan dificultades en cuanto a su transmisión²²¹, por eso normalmente cautelarmente se introduce la mención de los herederos. También se plantea el problema del principio *alteri stipulari nemo potest*²²², la extensión de los efectos jurídicos a terceros en el caso de una fianza con el consentimiento del estipulante. En el caso de que se pretenda esta extensión, se puede superar pactando una pena convencional. En este supuesto lo que se quiere es evitar las molestias del constituyente, y parece que al fiador, como hemos señalado, no le afectaría esta obligación de abstención (no sería una de las personas a las que se prohibía la actuación). Esta es la razón por la que la

²¹⁹ TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano (Milano 1990) pag.575 “Sempre dal punto di vista dell’accessorietà, il *fideiussor* risponde a differenza dello sponsor e del *fidepromissor* per un’obbligazione non propria. Può quindi garantire per una prestazione *in faciendo* infungibile; e se procura per dolo o colpa, l’impossibilità della prestazione, non en risponde, perché il dovere di comportamento non grava su di lui.”

²²⁰ SACCONI G, Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano. Milano (1973). TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano (Milano 1990) La *fideiussio* presenta di regola una disciplina più vantaggiosa per il creditore, in quanto ripropone il più antico regime dell’obbligazione di garanzia per ciò che concerne la perpetuità del vincolo e la divisibilità gra più cogaranti. Soltanto nella prima metà del II sec. d.C., l’*epistula Hadriani* concesse nel caso de *cofideiussione* il c.d. *beneficium divisionis*.

²²¹ TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano (1990) pag.516 y ss.

²²² SCHMIDLIN B, Die römischen Rechtregeln (1970) pag 72 La adstipulación y el *adiectus solutionis causa* serían los límites extremos a los cuales se llegó con la extensión del principio *alteri stipulari nemo potest*.

actuación del fiador no afectaría al promitente, pero en cambio la conducta del promitente sí haría responder al fiador.

Lenel²²³ trata este texto en el libro 37 bajo la rúbrica *Solutio matrimonii etc* que incluye temas muy dispares.

D.45, 1, 92,0 PAUL. 18 AD PLAUT.

SI ITA STIPULER: " PER TE NON FIERI, QUO MINUS MIHI HEREDIQUE MEO VINDEMIAM TOLLERE LICEAT?", ETIAM HEREDI DATUR ACTIO.

Si estipulo que “no me impidas, ni a mí ni a mi heredero, el poder hacer la vendimia”, se da acción también al heredero.

Desde el punto de vista de la forma esta *interrogatio* (falta el verbo *spondes*) no aporta más que la descripción completa de la conducta debida “no me impidas, ni a mí ni a mi heredero, el poder hacer la vendimia”. En cuanto a la forma se destaca que la transmisibilidad es activa del titular del derecho

Desde el punto de vista del problema tratado por el jurista, como hemos visto en repetidos casos, este tipo de obligaciones tienen dificultades en cuanto a su transmisión²²⁴ y cautelarmente se introduce la mención a los herederos.

D.45, 1, 93,0 PAUL. 3 AD VITELL.

SI SIC STIPULATUS FUERO: " PER TE NON FIERI, QUO MINUS HOMINEM EX HIS, QUOS HABES, SUMAM?" ELECTIO MEA ERIT.

Si hubiera estipulado que “no me impidas, tomar para mí uno de los esclavos de tu propiedad”, mía será la elección.

²²³ LENEL O, col. 1043 vol.I.

²²⁴ TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano (1990) pag 516 y ss.

Estamos otra vez ante una obligación de no hacer en sentido amplio. En esta *interrogatio* el objeto queda indeterminado “no me impidas a mí tomar uno de los esclavos de tu propiedad”²²⁵, la consecuencia de utilizar esta forma es que la elección corresponde al estipulante.

En cuanto a la forma, falta el verbo estipulatorio y vemos que el objeto puede quedar parcialmente indeterminado y determinarse a posteriori.

3.5.4. “*Habere licere.*”

El contenido de los textos del Digesto recogidos en lenguaje directo que podemos encontrar bajo éste apartado, enlazarían con el contenido del epígrafe 1.1.3.3. Garantía en caso de evicción.

D.45, 1, 3,0 ULP. 49 AD SAB.

IDEM IURIS EST ET IN ILLA STIPULATIONE: " **MIHI HEREDIQUE MEO HABERE LICERE?"**

Lo mismo vale para la estipulación de “poder tener algo yo y mi heredero”.

En cuanto a la forma de determinación del objeto se trata de una estipulación de “poder tener algo yo y mi heredero”, por tanto una estipulación de garantía “*habere licere*”.²²⁶ Sin que de esta *interrogatio* parcial se puedan extraer más consecuencias en cuanto a la forma, aparte de como venimos mencionando la falta del verbo estipulatorio (creemos por razón de estilo).

En cuanto al fondo, encontramos un caso de garantía por evicción que se extiende al sucesor del adquirente.

El fragmento se podría tratar desde el punto de vista de la forma de determinación del estipulante y lógicamente sus consecuencias.

D45, 1, 38,0 ULP. 49 AD SAB.

²²⁵ KASER M, Das Römische Privatrecht I (Munich 1972) pag.496 El autor expone que, a veces, aunque la prestación esté definida por lo que respecta al género, tan sólo se puede hacer desde una reserva limitada. En caso de que las piezas de la reserva se pierdan, el deudor ha de proporcionar otras. En cambio, quedaría eximido en el caso que toda la reserva se perdiera sin que fuera por su culpa.

²²⁶ GUARINERI CITATI A, Studi sulle obbligazioni indivisibili in diritto romano I. Studia Juridica 24. Roma L’Erma (1970). “Io credo invece il *principium* del fr.3 genuino per varie ragioni: la forma è

STIPULATIO ISTA: "**HABERE LICERE SPONDES?**" HOC CONTINET, UT LICEAT HABERE, NEC PER QUEMQUAM OMNINO FIERI, QUO MINUS NOBIS HABERE LICEAT. QUAE RES FACIT, UT VIDEATUR REUS PROMISSISSE PER OMNES FUTURUM, UT TIBI HABERE LICEAT: VIDETUR IGITUR ALIENUM FACTUM PROMISSISSE, NEMO AUTEM ALIENUM FACTUM PROMITTENDO OBLIGATUR, ET ITA UTIMUR. SED SE OBLIGAT, NE IPSE FACIAT, QUO MINUS HABERE LICEAT: OBLIGATUR ETIAM, NE HERES SUUS FACIAT VEL QUIS CETERORUM SUCCESSORUM EFFICIAT, NE HABERE LICEAT.

La estipulación de ¿prometes que podré tener?" consiste en poder tener y que nadie nos lo impida; de lo que resulta que el deudor ha prometido que todo el mundo te dejará que puedas tener aquello: parece por lo tanto, haber prometido un acto de otro y nadie puede obligar prometiendo un acto ajeno, y así se observa en la práctica , pero en realidad se obliga a no impedir él que se pueda tener aquello, pero también a que tampoco lo impida su heredero ni ningún otro de los otros futuros sucesores.

En este caso nos encontramos con una *interrogatio* completa de garantía "*habere licere*" mediante la cual el vendedor-promitente de una *res nec mancipi* garantiza al comprador la pacífica posesión de la cosa vendida y responde del perjuicio causado por la evicción²²⁷. En cuanto al fondo, se plantea la cuestión del principio *alteri stipulari nemo potes*²²⁸, en un principio parecería que se está obligando a un tercero a que

impeccabile (*idem iuris est*); il libreo 49 ad Sab. di Ulpiano trattava ampiamente della *stipulatio habere licere*.

²²⁷ PASTORI F, Il negozio verbale in diritto romano (Bologna 1994) pag.312 "e anche Ulpiano a proposito della *stipulatio habere licere* con la quale non vien promesso il fatto altrui perché *nemo autem alienum factum promittendo obligatur*: dalla stipulatio discende un impegno personale per il promittente il quale *se obligat, ne ipse faciat*

²²⁸ ARANGIO-RUIZ V, La compravendita in diritto romano vol.II (Napli 1990) pag.336 y ss El autor recogiendo la teoría de Kaser considera: "Di fronte ad una dichiarazione così sicura , relativa non al semplice valore letterale delle parole ma alla loro efficacia giuridica, tutta la discussione che segue circa la promessa che in quella stipulazione si conterrebbe del fatto altrui, e circa la nullità della promessa del fatto di un terzo ,è in netta contraddizione . La riflessione si porta sulla inscriptio del frammento ad Sabinum. : Masuri Sabino vedeva ancora nell'*habere licere* un'obbligazione di garanzia nel pieno senso de la parola, tanto più in quanto non conosceva altro modo di assicurare l'indennizzo al compratore evitto di una *res nec mancipi*; scrivendo quasi due secoli dopo, e quando l'indennizzo si poteva in ogni caso ottenere con l'*a.empti*, Ulpiano si opponeva al suo autore, portandolo alle estreme conseguenze il principio ormai

respete el acto, del promitente, pero con una redacción precisa y elegante el jurista nos deja claro que, se obliga el promitente a evitar un acto de un tercero. Por otra parte el jurista se cuestiona la transmisibilidad a los herederos, pero acaba aceptádola.

No podemos extraer de este fragmento, consecuencias en cuanto a la forma. Nos inclinamos por creer que la prestación la podemos considerar como un *incertum*²²⁹. Se trata de una estipulación de garantía que el jurista distingue de la promesa de un acto ajeno,²³⁰ como hemos visto más arriba. En realidad no se promete un comportamiento de otro sino que el deudor se obliga a impedir un acto de otro para que el estipulante pueda disfrutar de la estipulación “*habere licere*”. El promitente queda obligado tanto a una conducta pasiva (obligación de no hacer nada para evitar que el estipulante pueda tener) como a una conducta activa (obligación de hacer) impedir que otro pueda perturbar al estipulante, en la línea de las obligaciones de no hacer en sentido amplio “*per te non fieri*”.

D.45, 1, 38,6 ULP. 49 AD SAB.

HI, QUI SUNT IN ALIENA POTESTATE, HIS, IN QUORUM SUNT POTESTATE, HABERE LICERE STIPULARI POSSUNT EA RATIONE, QUA CETERA QUOQUE HIS POSSUNT STIPULARI. SED SI SERVUS FUERIT STIPULATUS SIBI HABERE, QUAESITUM EST, AN RECTE STIPULATUS VIDEATUR. ET AIT IULIANUS LIBRO QUINQUAGENSIMO SECUNDO DIGESTORUM, SI SERVUS STIPULETUR SIBI HABERE LICERE AUT PER SE NON FIERI, QUO MINUS HABERE STIPULATORI LICEAT, PROMITTAT: STIPULATIO, INQUIT, NON COMMITTITUR,

pacífico che dichiarava nulla la promessa del fatto di un terzo.”; ANKUM H, Une nouvelle hypothèse sur l’origine de la règle *alteri stipulari nemo potest*. Études Macqueron pag.21 y ss

²²⁹ ARANGIO-RUIZ V, La Compravendita in diritto romano. vol. II (Napoli 1990) pag. 341 considera que: “la *stipulatio* avente ad oggetto l’habere licere è una *stipulatio incerti*: la sua formula classica era dunque diretta al *quidquid ob eam rem dare facere oportet*. La condanna era perciò nell’*id quod interest*, secondo quel criterio dell’interesse positivo que già è stato enunciato e comentato in ordine alle obbligazioni direttamente nascenti dal contratto consensuale”.

²³⁰ ARANGIO-RUIZ, V “la Compravendita in diritto romano” vol. II (Napoli 1990) pag. 336 y ss. Arangio-Ruiz considera que en este fragmento no hay una interpolación pero lo que se produce es una confusión entre el pensamiento de Ulpiano y el del autor comentado Sabino: “Sabino vedeva ancora nell’habere licere spondere un’obbligazione di garanzia nel pieno senso della parola, tanto più in quanto no conosceva altro modo si assicurare l’indennizzo al compradore evitto di una *res nec mancipi*; scrivendo quasi due secoli dopo, e quando l’indennizzo si poteva in ogni caso ottenere con l’*a.empti*, Ulpiano si opponeva al suo autore portando alle estreme conseguenza il principio ormai pacífico che dichiarava nulla la promessa del fatto di un terzo”.

QUAMVIS AUFERRI RES EI ET IPSE AUFERRE EANDEM POSSIT: NON ENIM FACTUM, SED IUS IN HAC STIPULATIONE VERTITUR. CUM VERO STIPULATUR PER PROMISSOREM NON FIERI, QUO MINUS SIBI IRE AGERE LICEAT , NON IUS STIPULATIONIS, INQUIT, SED FACTUM VERSATUR. SED VIDETUR MIHI, LICET IURIS VERBA CONTINEAT HAEC STIPULATIO "**HABERE LICERE**", TAMEN SIC ESSE ACCIPIENDAM, UT IN SERVO ET IN FILIO FAMILIAS VIDEATUR ACTUM ESSE DE POSSESSIONE RETINENDA AUT NON AUFERENDA ET VIRES HABEAT STIPULATIO.

Los que se hallan bajo la potestad de otros pueden estipular a favor de estos el “poder tener”, igual que pueden actuar como estipulantes en otros casos. Si un esclavo hubiese estipulado el poder tener a su propio favor se plantea la cuestión de si ha estipulado bien, y dice Juliano, que si un esclavo estipula que él “podrá tener” o promete que él no impedirá que el estipulante “pueda tener”, por más que se le pueda privar de la cosa y pueda él privar de ella al otro, no se incurre en la estipulación, pues esta se refiere a un derecho y no a un hecho; en cambio cuando se estipula que el promitente no impedirá que el otro pueda pasar o llevar ganado, dice Juliano que se trata en esa estipulación de un hecho y no de un derecho. Con todo, me parece que, aunque esta estipulación de “poder tener “ contenga términos de derecho, sin embargo, debe estos entenderse de manera que se considere que el esclavo o el hijo de familia se ha referido a la retención o no privación de la posesión, y que valga la estipulación.

Desde el punto de vista de la forma, el lenguaje directo que se recoge en este fragmento no aporta más que saber que se trata de una estipulación de garantía *habere licere* que se utilizaba en caso de evicción.

Desde el punto de vista del tema tratado por el jurista, la eficacia de esta estipulación no deriva de las palabras sino de un problema jurídico de capacidad que es abordado de forma muy compleja²³¹. Las personas que se hallan bajo la

²³¹ STURM , *Stipulatio Aquiliana* (Munich 1972) pag.275 El autor sostiene que la promesa *habere licere* también es válida si es dada por una persona sometida a potestad. Esta persona la adquiere para su

potestad pueden actuar como estipulantes. En el supuesto el jurista distingue entre las estipulaciones que se refieren a derechos “*habere licere*” y las que contemplan hechos como las de la forma “*per te non fieri*”; pero además se complica el supuesto al introducir una variante en la cual el esclavo estipula el poder tener (*habere licere*) para él. El texto recoge el debate jurisprudencial entre Juliano y Ulpiano. Ulpiano concluye que aunque la estipulación *habere licere* se refiere a derechos, estos se deben interpretar en el sentido que, los sometidos a potestad tomen en cuenta la retención y no privación de la posesión y que por tanto se refieren a hechos y quede salvada la estipulación.

D.45, 1, 38,7 ULP. 49 AD SAB.

HAEC QUOQUE STIPULATIO: " **POSSIDERE MIHI LICERE SPONDES?**" UTILIS EST: QUAM STIPULATIONEM SERVUS AN POSSIT UTILITER IN SUAM PERSONAM CONCIPERE, VIDEAMUS. SED QUAMVIS CIVILI IURE SERVUS NON POSSIDEAT, TAMEN AD POSSESSIONEM NATURALEM HOC REFERENDUM EST, ET IDEO DUBITARI NON OPORTET, QUIN ET SERVUS RECTE ITA STIPULETUR.

También tiene efecto la estipulación de ¿prometes que podré poseer?”, la cual cabe preguntarse si puede hacer eficazmente un esclavo a su propio favor; y aunque un esclavo no pueda tener la posesión de derecho civil, sin embargo, puede referirse ésta estipulación a la posesión natural, por lo que no debe dudarse que también un esclavo puede estipular de esta forma.

Encontramos una *interrogatio* completa de “poder poseer”. Este fragmento aporta con relación a su forma una concreción en cuanto al objeto “*possidere*” de las estipulaciones *habere licere*.

dominus. ¿Qué pasa cuando un esclavo excluye la adquisición del derecho por parte de su dominus a través de una *promissio* ligada a su propia persona, es decir haciendo que la promesa no se haga simplemente *habere licere* si no *sibi habere licere* ? Juliano niega la validez de una estipulación como esta . Ulpiano considera que la estipulación es válida, porque a través de ella las partes tan solo quieren evitar que la *detentio* concedida se vuelva a sustraer del siervo o *fili familias*.

Sin embargo, en cuanto al fondo se plantea si el estipulante puede ser un esclavo²³², nos encontramos ante un problema de capacidad, según el derecho civil el esclavo tiene el *corpus* y el dueño el *animus*²³³. El jurista resuelve considerando que se puede hacer referencia a la posesión natural y salvando de esta manera la eficacia de la estipulación. Parece en este sentido que “possidere” tanto se puede referir a la posesión civil como a la natural pero que para conservar la eficacia del negocio el jurista se inclina por considerar que se refiere a la posesión natural que no puede conducir a la adquisición de ningún derecho por parte del esclavo.

D.45, 1, 38,8 ULP. 49 AD SAB.

PLANE SI " **TENERE SIBI LICERE**" STIPULATUS SIT **SERVUS**, UTILEM ESSESTIPULATIONEM CONVENIT: LICET ENIM POSSIDERE CIVILITER NON POSSINT, TENERE TAMEN EOS NEMO DUBITAT.

Si un esclavo ha estipulado “poder detentar él una cosa” se admite que es posible porque aunque los esclavos no puedan poseer civilmente, si que pueden tener la posesión natural.

Encontramos otro fragmento referido a la estipulación *habere licere*, se hace mención expresa de que la estipulación la realiza un esclavo, pero en este caso se utiliza “*tenere*”²³⁴ que parece más adecuado al carácter natural de la posesión del esclavo.

D.45, 1, 38,10 ULP. 49 AD SAB.

²³² STURM , *Stipulatio Aquiliana* (Munich 1972) pag 275 y ss “Un esclavo también puede hacer que se le prometa *possidere mihi licere*. Aún que el *servus* según el *ius civile* no tenga derecho a poseer, esta promesa se puede interpretar en el sentido de que tan sólo se avala la *naturalis obligatio*

²³³ FUENTESECA P, *Possessio domino ignoranti* ADHE 24, (1954) pag. 559 y ss. “el punto fundamental del pensamiento de Javoleno está en el esfuerzo por hacer compatible la facultad del *servus* de poseer *ex peculio* con la *possessio* del peculio mismo, que pertenece al *dominus*. Reiteradamente aparece negada en las fuentes la posibilidad de que el *servus* o el *filius* posean la *res peculiares*.

²³⁴ STURM *Stipulatio Aquiliana* pag.275 y ss El autor considera que para BESELER la palabra adversativa *plane* presupone que Ulpiano va a decidir de manera distinta que en el 7, cosa que haría la promesa *possidere mihi licere* hecha a favor del esclavo inválida. La palabra introductoria *plane* también podría haber sido escogida por Ulpiano porque la promesa *possidere mihi habere licere* no estaba generalmente aceptada en las fuentes, mientras que constaba que la *promissio tenere licere* podía establecerse a favor del esclavo mismo. Riccobono veía una serie de defectos formales en el 8 (falta de sujeto , el plural *eso* etc..) que le hacían pensar en una interpolación. Pero si se explica cada una de las tres promesas por separado *habere, possidere, tenere licere* , tal y como lo hace Ulpiano las repeticiones son

SI QUIS ITA STIPULATUS FUERIT " **UTI FRUI SIBI LICERE**", AD
HEREDEM ISTA STIPULATIO NON PERTINET.

Si alguien hubiera estipulado “poder usar y disfrutar él” esta estipulación no pasa al heredero.

Creemos que el jurista se está refiriendo a la constitución de un usufructo mediante *pactiones et stipulationes*. En este caso, el objeto de la prestación se concreta de la siguiente manera: “Poder usar y disfrutar él” (*utendi, fruendi*). El usufructo como significa una limitación muy amplia de las facultades del propietario, necesariamente ha de ser temporal y por ello no se transmite a los herederos²³⁵. Vemos que en este caso la transmisibilidad o no de la estipulación depende de la naturaleza de la relación subyacente, en especial el carácter personalísimo del usufructo se opondría a esta posibilidad.

También se puede tratar desde el punto de vista de la forma de determinación del estipulante.

3.5.5. “*Tot stipulationes quot res*”

D.45, 1, 38,19 ULP. 49 AD SAB.

EUM, QUI DICAT: " **MIHI DECEM ET TITIO DECEM**", EADEM
DECEM, NON ALIA DECEM DICERE CREDENDUM EST.

Ulpiano afirma que el estipulante que dice diez mil sestercios para mí y diez mil para Ticio, debe entenderse que se refiere a los mismos diez mil.

La posible ambigüedad se resuelve en vía interpretativa y opera de manera que favorece al deudor (*favor debitoris*)

inevitables. Más probable que una interpolación en los párrafos 7 y 8, parece que las explicaciones sobre el *filius familias* se habrían omitido a causa de la arbitrariedad del escriba.

²³⁵ ASTOLFI R, I libri tres iuris civilis di Sabino. Padova (2001) pag. 197. El autor considera que el fragmento forma parte de un discurso unitario constituido por los tres párrafos, donde se muestra el pensamiento de Sabino.

En esta *interrogatio* incompleta, vemos que en cuanto a la forma de determinar el objeto de la estipulación que, aunque el tenor literal recoja dos veces “*decem*”, la estipulación contiene una sola vez la cantidad, sino podríamos pensar que se trataría de dos estipulaciones distintas “*tot stipulationes quot res*”. Con este principio²³⁶ se pone de manifiesto que la prestación prometida está ligada a los *certa verba*. Así la estipulación no puede comprender varias prestaciones particulares, ya que entonces esta se descompondría en tantas estipulaciones como prestaciones han sido prometidas. Sin embargo, en el fragmento en cuestión y según nos dice Ulpiano, los *certa verba* se interpretan en otro sentido al considerar que hay un único objeto. Esta insistencia de Ulpiano puede derivar de la voluntad de configurar la obligación como solidaria: *eadem res*, junto a una pluralidad de sujetos activos.

Estaríamos ante un caso de solidaridad electiva²³⁷ típica de las obligaciones *ex contractu*, que puede ser pasiva o bien activa como en éste caso. Según Pastori²³⁸ la solidaridad supone la naturaleza abstracta de la estipulación. Los deudores en la solidaridad pasiva se obligan de forma unitaria con la palabra *spondes*, que es igualmente pronunciada por el deudor a favor de varios acreedores en la solidaridad activa. Se entiende que el instituto de la solidaridad está especialmente relacionado con el contrato *verbis*, y se extiende sólo en un segundo momento a otros negocios como en D.45.2.9. (Pap. 27 quaest.)

Creemos que la estipulación se ha formulado de una manera poco clara y hace plausible la interpretación de que hay un único objeto *decem*, por tanto estaríamos ante una obligación solidaria. En este caso regiría el principio de *tot stipulationes quot res*, a pesar de que como hemos dicho tiene una aplicación tópica²³⁹ en lugar de normativa rígida.

²³⁶SCHMIDLIN B, Die Römischen Rechtregeln (1970) pag.73 y ss.

²³⁷TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano (Milano 1990) pag.523 y ss

²³⁸PASTORI F, Il negozio verbale in diritto romano (Bologna 1994) pag.320 ; GROSSO G, Obbligazioni contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche (Torino 1966) pag.164 “L’elemento esteriore, l’alternativa designazione della prestazione”..

²³⁹VIEHWEG T, Tópica y jurisprudencia (1986) pag 24 “La tópica es una técnica del pensamiento problemático, que fue desenvuelta por la retórica y que es el desarrollo de una contextura epiritual, que incluso en sus particularidades se distingue en una forma inequívoca del espíritu deductivo sistemático.

D.45, 1,140,1 PAUL. 3 AD NER.

DE HAC STIPULATIONE: " **ANNUA BIMA TRIMA DIE ID ARGENTUM QUAQUE DIE DARI?**" APUD VETERES VARIUM FUIT. PAULUS: SED VERIUS ET HIC TRES ESSE TRIUM SUMMARUM STIPULATIONES.

La jurisprudencia republicana había discutido sobre una estipulación de dar una cantidad de plata en cualquier día de tres anualidades. Paulo considera más cierto que hay tres estipulaciones de tres cantidades²⁴⁰.

La deficiencia del tenor literal utilizado obliga a que la fijación del sentido sea un tema de interpretación.

“Dar una cantidad de plata cualquier día de tres anualidades” De la explicación del jurista podemos ver como entre los véteres se discutió el principio “*tot stipulationes quot res*”, mientras que para Paulo se trata de un principio consolidado. Vemos pues una evolución en algunos aspectos de forma de la estipulación. Los véteres aceptaban distintas posibilidades sobre si una estipulación podía abrazar varios objetos, mientras en plena época clásica si bien **se admitía la formulación con varios objetos en cuanto a las consecuencias jurídicas se consideraban distintas estipulaciones²⁴¹, en todo caso el recurso a este principio no se fundamenta en una aplicación normativa rígida, como iremos viendo.** Ver D.45,1,140 pr. Paul. 3 ad Ed en el epígrafe 3.1.2

Desde el punto de vista del fondo del fragmento, nos tendríamos que plantear la regulación de las prestaciones periódicas.

D.45, 1, 56,0 IUL. 52 DIG.

EUM, QUI ITA STIPULATUR: " **MIHI ET TITIO DECEM DARE SPONDES?**" VERO SIMILIUS EST SEMPER UNA DECEM COMMUNITER SIBI ET TITIO STIPULARI, SICUTI QUI LEGAT TITIO ET SEMPRONIO, NON ALIUD INTELLEGITUR QUAM UNA DECEM COMMUNITER DUOBUS LEGARE

La tópica se encuentra en el *ius civile*, en el *mos italicus*, en la doctrina civilista actual y presumiblemente también en otras sedes”

²⁴⁰ desde la óptica del proceso SACCONI G, La plurispetitio nel processo formulare. Milano Giuffrè (1977).

²⁴¹ En este sentido SCHMIDLIN B, Die römischen Rechtregeln (1970) pag 73

El que estipula “¿me prometes dar diez mil sestercios a mí y a Ticio” es más verosímil que estipule diez mil a la vez para él y para Ticio. Como el que lega a Ticio y Sempronio se entiende que no lega más que diez mil a los dos.

Al ser ambiguo el lenguaje utilizado se hace un esfuerzo por explicar el contenido “*intellegitur*”.

El fragmento trata sobre la configuración de las obligaciones solidarias²⁴². En éste caso estamos ante una solidaridad activa, hay dos acreedores, dos sujetos frente a los que se puede cumplir (el estipulante y Ticio). Como en toda obligación solidaria la prestación es única, diez mil sestercios. La conjunción “*et*” que traducimos por “y”, en estos casos es mejor traducirla por “o”. Creemos que así formalment se respeta mejor el principio “*tot stipulationes quot res*” aunque como ya hemos dicho la prestación es única. Nos encontramos otra vez problemas de ambigüedad en el lenguaje, estudiados ya por la lógica estoica.

Desde el punto de vista del fondo, vemos que el jurista dice “*vero similis*”, con lo cual nos está poniendo de relieve, el recurso a la analogía y , que existió un discusión doctrinal sobre el principio *tot stipulationes quot res*, en este caso se trata de una estipulación que hace referencia a una obligación de dar . Ulpiano lo compara con un supuesto análogo de legado.²⁴³

3.5.6. Objeto imposible (natural y jurídicamente)

D.45, 1, 46,1 PAUL. 12 AD SAB.

ID AUTEM, QUOD IN FACTO EST, IN MORTIS TEMPUS CONFERRI NON POTEST, VELUTI: " **CUM MORIERIS, ALEXANDRIAM VENIRE SPONDES?"**

²⁴² PASTORI F, Il negozio verbale in diritto romano (Bologna 1994) pag. 320 El autor que no se ocupa del fragmento en cuestión, pone sin embargo de relieve la íntima relación estipulación-solidaridad.

²⁴³ Aunque el autor no trata de este caso en concreto, ver MITTEIS L , Stipulatio und Legat ZSS 32 (1911) pag.1 y ss.

Paulo explica que la obligación que consiste en un hacer, no puede diferirse al momento de la muerte como: “Cuando te mueras ¿prometes ir a Alejandría?”.

Se trata de una estipulación de hacer, pero esta estipulación no es posible ²⁴⁴si se establece un término para cumplirla posterior a la muerte²⁴⁵ del estipulante. Estaríamos ante una imposibilidad física de la prestación. Podríamos hablar de incongruencia dentro de la *interrogatio*. Desde el punto de vista de la forma la *interrogatio* es completa pero debido a esta incongruencia interna de la estipulación, no es posible.

También se puede ver desde el punto de vista del término.

D.45, 1, 83,5 PAUL. 72 AD ED.

SACRAM VEL RELIGIOSAM REM VEL USIBUS PUBLICIS IN PERPETUUM RELICTAM (UT FORUM AUT BASILICAM) AUT HOMINEM LIBERUM INUTILITER STIPULOR, QUAMVIS SACRA PROFANA FIERI ET USIBUS PUBLICIS RELICTA IN PRIVATOS USUS REVERTI ET EX LIBERO SERVUS FIERI POTEST. NAM ET CUM QUIS REM PROFANAM AUT STICHUM DARI PROMISIT, LIBERATUR, SI SINE FACTO EIUS RES SACRA ESSE COEPERIT AUT STICHUS AD LIBERTATEM PERVENERIT, NEC REVOCANTUR IN OBLIGATIONEM, SI RURSUS LEGE ALIQUA ET RES SACRA PROFANA ESSE COEPERIT ET STICHUS EX LIBERO SERVUS EFFECTUS SIT. QUONIAM UNA ATQUE EADEM CAUSA ET LIBERANDI ET OBLIGANDI ESSET, QUOD AUT DARI NON POSSIT AUT DARI POSSIT: NAM ET SI NAVEM, QUAM SPOPONDIT, DOMINUS DISSOLVIT ET ISDEM TABULIS COMPEGERIT, QUIA EADEM NAVIS ESSET, INCIPERET OBLIGARI. PRO QUO ET ILLUD DICI POSSE PEDIUS SCRIBIT: SI STIPULATUS FUERO EX FUNDO CENTUM AMPHORAS VINI, EXSPECTARE DEBEO, DONEC

²⁴⁴ CUENA BOY, F Estudios sobre la imposibilidad de la prestación. La imposibilidad jurídica .Valladolid (1992) pag.27 Existe imposibilidad física o natural si esta depende de causas naturales, o cuando el objeto de la prestación no existe *in rerum natura* .

²⁴⁵ Gayo en sus Instituciones 3,117 establece que la figura del *adstipulator* se utiliza casi exclusivamente para el caso de estipular que se nos dé algo después de nuestra muerte, precisamente para obviar el inconveniente de que una estipulación *cum morieris* sea considerada inútil. El *adstipulator* puede

NASCATUR: ET SI NATUM SINE CULPA PROMISSORIS CONSUMPTUM SIT, RURSUM EXSPECTARE DEBEAM, DONEC ITERUM NASCATUR ET DARI POSSIT: ET PER HAS VICES AUT CESSATURAM AUT VALITURAM STIPULATIONEM. SED HAEC DISSIMILIA SUNT: ADEO ENIM, CUM LIBER HOMO PROMISSUS EST, SERVITUTIS TEMPUS SPECTANDUM NON ESSE, UT NE HAEC QUIDEM STIPULATIO DE HOMINE LIBERO PROBANDA SIT: " **ILLUM, CUM SERVUS ESSE COEPERIT, DARE SPONDES?"** ITEM " **EUM LOCUM, CUM EX SACRO RELIGIOSOVE PROFANUS ESSE COEPERIT, DARI?"** QUIA NEC PRAESENTIS TEMPORIS OBLIGATIONEM RECIPERE POTEST ET EA DUMTAXAT, QUAE NATURA SUI POSSIBILIA SUNT, DEDUCUNTUR IN OBLIGATIONEM. VINI AUTEM NON SPECIEM, SED GENUS STIPULARI VIDEMUR ET TACITE IN EA TEMPUS CONTINETUR: HOMO LIBER CERTA SPECIE CONTINETUR. ET CASUM ADVERSAMQUE FORTUNAM SPECTARI HOMINIS LIBERI NEQUE CIVILE NEQUE NATURALE EST: NAM DE HIS REBUS NEGOTIUM RECTE GEREMUS, QUAE SUBICI USIBUS DOMINIOQUE NOSTRO STATIM POSSUNT. ET NAVIS SI HAC MENTE RESOLUTA EST, UT IN ALIUM USUM TABULAE DESTINARENTUR, LICET MUTATO CONSILIO PERFICIATUR, TAMEN ET PEREMPTA PRIOR NAVIS ET HAEC ALIA DICENDA EST: SED SI REFICIENDAE NAVIS CAUSA OMNES TABULAE REFIXAE SINT, NONDUM INTERCIDISSE NAVIS VIDETUR ET COMPOSITIS RURSUS EADEM ESSE INCIPIT: SICUTI DE AEDIBUS DEPOSITA TIGNA EA MENTE, UT REPONANTUR, AEDIUM SUNT, SED SI USQUE AD AREAM DEPOSITA SIT, LICET EADEM MATERIA RESTITUATUR, ALIA ERIT. HIC TRACTATUS ETIAM AD PRAETORIAS STIPULATIONES PERTINET, QUIBUS DE RE RESTITUENDA CAVETUR ET AN EADEM RES SIT, QUAERITUR.

No puede ser objeto de una estipulación una cosa sagrada, una sepultura, una cosa destinada al uso público etc..; aunque una cosa que es sagrada puede dejar

reclamar después de nuestra muerte y si consigue algo, está obligado por la acción del mandato a entregarlo a nuestro heredero.

se serlo y el uso público se puede convertir en privado. Si alguna persona ha prometido una cosa y posteriormente se convierte en sagrada y pasa a estar fuera del comercio, queda liberado. Es distinto el caso de estipular cien ánforas de vino de un fundo, porque se trata de una cosa genérica que implica un plazo para su producción y entrega. No puede admitirse una estipulación de esta forma ¿prometes dar tal persona cuando se haya hecho esclavo? Por que es imposible en el momento de contraerse. Si una nave se ha deshecho con la intención de destinar las maderas a otro fin, aunque luego al cambiar de propósito se vuelva a montar es distinta que la anterior; en cambio, si se desmonta una nave con intención de repararla se entiende que sigue siendo la misma. Esta Doctrina afecta también a las estipulaciones pretorias en las que se dispone la restitución de una cosa y puede preguntarse si la cosa sigue siendo la misma.

Se recoge en lenguaje directo dos *interrogationes* (en la segunda falta el verbo *spondes*) “¿prometes dar tal persona cuando se haya hecho esclavo?” y “dar tal terreno cuando haya dejado de ser sagrado o sepultura”. Estas estipulaciones no son válidas pues en el momento de contraerse, los objetos de la prestación no son posibles²⁴⁶ a causa de una objeción jurídica (un esclavo o una cosa sagrada). Por tanto hay que ver si el objeto es posible²⁴⁷ en el momento de contraer la obligación.

D.45, 1, 56,1 IUL. 52 DIG.

²⁴⁶ CUENA BOY F, Estudios sobre la imposibilidad de la prestación. La imposibilidad jurídica de la prestación. (1992) pag.15 “Las formulaciones generales en materia de imposibilidad de la prestación no se limitan a éste título del Digesto (50.17) al que hemos venido refiriéndonos . En D.45.1.83.5 se pasa revista a distintas hipótesis de imposibilidad en relación con la estipulación, y en este contexto se inserta la frase *es dumtaxat, quae natura sui possibilia sunt, deducuntur in obligationem*, seguida poco mas adelante de la explicación *nam de his rebus negotium recte geremus, quae subici usibus dominioque nostro statim possunt*. Nos encontramos aquí con una exigencia incondicional de posibilidad como requisito de la prestación. En D.45.1.183.5 se pronuncia por la nulidad de éste tipo de estipulación, pero lo que llama la atención es la explicación que se ofrece pues el *homo liber* o la *res extra commercium* no pueden, *natura sui* ser objeto de obligación. Sorprende esta explicación porque parece suficientemente claro que la imposibilidad de *dare* es de índole puramente jurídica.”

²⁴⁷ CANNATA C.A., Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la culpa debitoris nelle obbligazioni da stipulatio in dando. S.D.H.I. 32 (1966) pag 63 y ss. Lo que puede darse es el supuesto inverso que una estipulación inicialmente válida se convierte en inútil CANNATA C.A. Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano (1996) pag12; MACCORMACK G, *Factum debitoris and culpa debitoris* T.R. 41 (1973) pag. 59 y ss. CUENA BOY F, Estudios sobre la imposibilidad de la prestación. La imposibilidad jurídica de la prestación. (1992) pag31 “En D.45,83,5 se refiere inicialmente a la estipulación de una *res extra commercium* o de un hombre libre, supuestos también de imposibilidad jurídica que este texto compara , desde el punto de vista de la suspensión temporal y la reanudación

"TE ET TITIU HEREDEM TUUM DECEM DATURUM SPONDES?"
TITII PERSONA SUPERVACUA COMPREHENSAM EST: SIVE ENIM
SOLUS HERES EXSTITERIT, IN SOLIDUM TENEBITUR, SIVE PRO
PARTE, EODEM MODO, QUO CETERI COHEREDES EIUS,
OBLIGABITUR. ET QUAMVIS CONVENISSE VIDEATUR, NE AB ALIO
HEREDE QUAM A TITIO PETERETUR, TAMEN INUTILE PACTUM
CONVENTUM COHEREDIBUS EIUS ERIT.

¿Prometes que tú y tu heredero Ticio daréis diez mil sestercios? El jurista dice que el nombre de Ticio sobra pues si es heredero único responderá por entero y si hay distintos herederos quedará obligado en parte. Y aunque se hubiese convenido que no se reclamaría de más heredero que Ticio, sin embargo, tal pacto convenido sería inútil para los coherederos.

Desde el punto de vista del fondo, para salvar el texto el principio de *nomina hereditaria ipso iure dividisa*, se aplica como una norma de derecho cogente.

Se recoge una *interrogatio* completa en virtud de la cual hay que entregar únicamente una vez diez mil, para que quede cumplida la estipulación, el promitente o bien sus herederos (a pesar de la mención en singular y en particular de Ticio).

Este supuesto plantea además la cuestión de la **transmisión y división de deudas hereditarias** recogido ya en la ley de las XII Tablas²⁴⁸. Parece que al tratarse de una **obligación de dar**, no es necesaria la mención de Ticio pues si es el único heredero responderá por el todo y si hay distintos herederos, este hecho prevalecerá sobre la mención de Ticio que no se tomará en cuenta mientras el resto de la estipulación mantendrá su validez.

En cuanto a la forma, flexibilidad de la estipulación que predomina sobre las palabras pronunciadas.

posterior de la obligación, con los casos de la nave deshecha y reconstruida por su propietario y del vino de un fundo que se consume sin culpa del promitente y de nuevo se hace.”

²⁴⁸ VOICI P, *Diritto ereditario romano* Milano 1963 pag. 134 “L’eredità può essere assegnata a uno o a più eredi: l’erede unico consegue l’intero; più eredi ciascuno una quota, che può essere uguale o disuguale, secondo che disponga il testatore. La quota è una fazione aritmetica del tutto: e in quote l’eredità necessariamente si divide, per il concetto stesso di coeredità, ch’è titolarità *pro parte* del *ius hereditarium*; TALAMANCA M, *Istituzioni di diritto romano* (Milano 1990) pag.706 “Non vi rientrano, in linea di massima, i nomina, crediti e debiti, i quali, in base alle XII Tavole, si dividevano *ipso iure* fra gli

3.5.7. Objeto inmoral (*contra bonos mores*)

D.45, 1, 19,0 POMP. 15 AD SAB.

SI STIPULATIO FACTA FUERIT: " **SI CULPA TUA DIVORTIUM FACTUM FUERIT, DARI?**", NULLA STIPULATIO EST, QUIA CONTENTI ESSE DEBEMUS POENIS LEGUM COMPREHENSIS: NISI SI ET STIPULATIO TANTUNDEM HABEAT POENAE, QUANTA LEGE SIT COMPREHENSUSA.

Si la estipulación se refiere a “dar algo si el divorcio fuera por tu culpa”, la estipulación es nula, pues debemos contentarnos con las penas legales, a no ser que la pena de la estipulación sea la misma que la de la ley.

La estipulación de “dar algo si el divorcio fuera por tu culpa” es una estipulación “inmoral” y nula²⁴⁹ en cuanto al contenido del objeto que se determina. El fragmento se refiere a que no se puede exigir más que en las leyes de Augusto.

En cuanto a la forma no podemos extraer más consecuencias, salvo poner de manifiesto la omisión del verbo estipulatorio por motivos de estilo.

D.45, 1, 97,2 CELS. 26 DIG.

" **SI TIBI NUPSERO, DECEM DARI SPONDES?**" ACTIONEM PUTO, NEC RARO PROBABILIS CAUSA EIUSMODI STIPULATIONIS EST. ITEM SI VIR A MULIERE EO MODO NON IN DOTEM STIPULATUS EST

Si me casara contigo ¿me prometes que se me darán diez mil sestercios? Debe investigarse antes de denegar la acción, pues a veces se aceptan, lo mismo

eredi, che diventavano, invece, creditori o debitori per l'intero in base al regime della solidarietà, soltanto per le obbligazioni indivisibili.”

²⁴⁹ PASTORI F Il negozio verbale in diritto romano (1994) pag 284, para el autor la *stipulatio* será inválida cuando limita la libertad matrimonial. SACCONI G, Ricerche sulla *stipulatio*. Camerino (1989) pag.133 “Il giurista afferma che una *stipulatio* che abbia ad oggetto il pagamento di una penale da parte di chi divorzia è nulla. Gli stessi principi vengono ribaditi in due diverse costituzioni imperiali.” La autora considera (siguiendo a Kaser) que el texto desde *quia* hasta el final, ha sido interpolado haciendo referencia a las penas introducidas por las legislaciones post-clásicas y justinianeas para el caso de divorcio.

sucede si el que estipula es el marido de la mujer y no es una constitución de dote.

Estamos ante una *interrogatio* completa y desde el punto de vista de la forma válida, pero si miramos la finalidad de la misma puede tratarse de una estipulación de contenido “inmoral”²⁵⁰. El jurista cree que debe investigarse la causa antes de denegarse la acción. Parece que estos tipos de estipulaciones no siempre son nulas²⁵¹ pero tienen la sospecha de serlo.

Lenel²⁵² sitúa el fragmento en el epígrafe *De Stipulationibus*

3.5.8. Objeto indeterminado

D.45, 1, 68,0 PAUL. 2 AD ED.

SI POENAM STIPULATUS FUERO, SI MIHI PECUNIAM NON CREDIDISSES, CERTA EST ET UTILIS STIPULATIO. QUOD SI ITA STIPULATUS FUERO: " **PECUNIAM TE MIHI CREDITURUM SPONDES?**", INCERTA EST STIPULATIO, QUIA ID VENIT IN STIPULATIONEM, QUOD MEA INTEREST.

Si yo hubiera estipulado una pena para el caso de que no me prestaras una cantidad, la estipulación es de objeto cierto y produce efecto; en tanto , si hubiera

²⁵⁰WOLF JG, *Causa Stipulationis* (Köln-Wien) 1970 “Der Mulier die zehntausend Sesterzen auch aus anderem –biligenswerten- Grunde den als Gegenleistung für ihre Bereitschaft, den Promittente zu heiraten, versprechen worden sein könnten. Das soll der Prätor prüfen. Die Begründung *nec raro probabilis causa eiusmodi stipulationis est* legt sonach das Problem der Entscheidung offen.”; SACCONI G , *ricerche sulla stipulatio* (Napole 1989)“Celso afferma che in tal caso sarà il pretore a valutare (causa cognita) se denegare o meno l’azione secondo la condizione si consideri illecita oppure no.; PASTORI F, *Il negozio verbale in diritto romano* (Bologna 1994) pag.284 y ss El autor considera que Celso se pronuncia por la *denegatio actionis* en el caso de una estipulación en la entrega de una suma de dinero está subordinada a la celebración del matrimonio.

²⁵¹ Vide supra nota anterior ASTOLFI R, *Esegesi e traduzione di D.45,1,97,2 ZSS* 111 pag. 444-448 (1994) “non si domanderebbe quale scopo i coniugi intendano perseguire, ma se è lecito limitare la libertà matrimoniale, comprando il consenso al matrimonio. Celso concluderebbe osservando chge non vi è neppure un caso, per quanto raro esso sia, in cui è consentito perseguire questo scopo.”; WOLF J.C. *Causa Stipulationis* (1970) pag. 21, el autor pone de manifiesto que Celso utiliza el verbo puto en relación con la investigación de la causa y considera que con una estipulación sometida a condición ilícita se incurre en la *denegatio actionis*.

²⁵² LENEL O col.161 vol.I.

estipulado “¿me prometes prestar una cantidad?”, la estipulación es de objeto indeterminado, pues se refiere al interés que tengo en ello.

Si se estipula una pena para el caso de que no me prestaras una cantidad (parece una estipulación penal independiente), la estipulación es de objeto cierto pero si se estipula “¿me prometes prestar una cantidad?” La estipulación es de objeto indeterminado²⁵³.

En cuanto a la forma nos encontramos con una *interrogatio* completa de objeto indeterminado “*pecuniam*” sin que esta cantidad de dinero se pueda determinar a través de la estipulación. El jurista dice que se trata del interés del estipulante²⁵⁴. En cuanto a la forma esta falta de determinación del objeto, no es obstáculo para la validez de la estipulación, que posteriormente deberá completarse.

D.45, 1, 75,2 ULP. 22 AD ED.

USQUE ADEO, UT, SI QUIS ITA STIPULATUS SIT " **TRITICI AFRICI BONI MODIOS CENTUM**" " **VINI CAMPANI BONI AMPHORAS CENTUM**", INCERTUM VIDEATUR STIPULARI, QUIA BONO MELIUS INVENIRI POTEST: QUO FIT, UT BONI APPELLATIO NON SIT CERTAE REI SIGNIFICATIVA, CUM ID, QUOD BONO MELIUS SIT, IPSUM QUOQUE BONUM SIT. AT CUM OPTIMUM QUISQUE STIPULATUR, ID STIPULARI INTELLEGITUR, CUIUS BONITAS PRINCIPALEM GRADUM BONITATIS HABET: QUAE RES EFFICIT, UT EA APPELLATIO CERTI SIGNIFICATIVA SIT.

El jurista explica a través de algunas estipulaciones que si alguien estipula “cien modios de trigo africano de buena calidad”, se considera que el objeto es indeterminado, pues siempre puede encontrarse algo de mejor calidad. Pero si se estipula de la calidad mejor u óptima entonces estamos ante una estipulación de objeto determinado.

²⁵³ PASTORI G, Il negozio verbale in diritto romano (Bologna 1993) pag. 286 La prestazione è al centro di non poche dispute sul terreno dommatico. Si distingue talvolta tra l'oggetto e il contenuto dell'obbligazione : il contenuto dell'obbligazione consisterebbe nella prestazione intesa come comportamento del debitore -mentre l'oggetto cadrebbe sulla cosa cui la prestazione inerisce. L'accezione del termine prestazione no è poi univoca poiché essa, in quanto contrapposta all'oggetto è intesa in genere come comportamento del debitore, mentre viene concepita altresì come entità obiettiva.”

Se trata de unas *interrogationes* parciales que describen el objeto como “trigo africano de buena calidad” o “vino Campano de buena calidad²⁵⁵” si se utilizan estas expresiones dice el jurista que el objeto es indeterminado. Si se quisiera determinar el objeto deberíamos utilizar el término mejor u óptimo. En el caso de la transmisión de cosas genéricas es dudoso que se pudiese acudir al contrato de compraventa, éste ámbito parece reservado a las estipulaciones cruzadas de géneros²⁵⁶.

Desde el punto de vista de la forma, el uso de determinados adjetivos convierte de indeterminada en determinada la prestación. En este caso se señala que el objeto de la estipulación es un *incertum*, y esta circunstancia tiene importancia desde el punto de vista de la tutela jurídica.

D.45, 1, 75,7 ULP. 22 AD ED.

QUI ID, QUOD IN FACIENDO AUT NON FACIENDO CONSISTIT, STIPULATUR, INCERTUM STIPULARI VIDETUR: IN FACIENDO, VELUTI " FOSSAM FODIRI" " DOMUM AEDIFICARI" " VACUAM POSSESSIONEM TRADI": IN NON FACIENDO, VELUTI " PER TE NON FIERI, QUO MINUS MIHI PER FUNDUM TUUM IRE AGERE LICEAT" " PER TE NON FIERI, QUO MINUS MIHI HOMINEM EROTEM HABERE LICEAT"

El que estipula que se haga o no se haga algo, se entiende que estipula un objeto indeterminado; de hacer por ejemplo cavar una fosa, construir una casa o entregar la libre posesión; de no hacer por ejemplo no impedirme tú que pueda pasar por tu fundo o que pueda tener el esclavo Eros.

²⁵⁴ MEDICUS D, “*Id quod interest*” Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes. (1962). PASTORI F, Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano (1985).

²⁵⁵ BENITEZ LOPEZ M M, La venta de vino y otras mercancías en la jurisprudencia romana. Madrid (1994).

²⁵⁶ TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano (Milano 1990) pag.584 “Discussa è l’ammissibilità della vendita di genere, in cui sul venditore grava un’obbligazione generica. L’opinione che la nega in assoluto appare difficilmente sostenibile, in quanto nelle fonti, ricorrono sicuramente fattispecie in cui la *merx* viene identificata con riferimento almeno ad un *genus limitatum*.”

El que estipula que se haga (*fossam fodiri, domum aedifiari*) o no se haga algo (*per te non fieri, quo minus mihi per fundum tuum ire agere liceat*), se entiende que estipula un objeto indeterminado.

Desde la perspectiva del fondo del fragmento, se trata de analizar las peculiaridades de las prestaciones de hacer y de no hacer. La prestación en la *stipulatio*, se corresponde con el esquema enunciado en las fuentes según las cuales, las prestaciones en general pueden consistir en un *dare, facere* o bien en un *praestare*.²⁵⁷

Un ejemplo de jurisprudencia cautelar que incluye tres ejemplos de prestaciones de hacer y dos ejemplos de prestaciones de no hacer para ejemplificar, que **las prestaciones de hacer y de no hacer suponen que el objeto de la estipulación es un *incertum***²⁵⁸.

D.45, 1, 75,8 ULP. 22 AD ED.

QUI ILLUD AUT ILLUD STIPULATUR, VELUTI " **DECEM VEL HOMINEM STICHUM**", UTRUM CERTUM AN INCERTUM DEDUCAT IN OBLIGATIONEM, NON IMMÉRITO QUAERITUR: NAM ET RES CERTAE DESIGNANTUR ET UTRA EARUM POTIUS PRAESTANDA SIT, IN INCERTO EST. SED UTCUMQUE IS, QUI SIBI ELECTIONEM CONSTITUIT ADIECTIS HIS VERBIS " **UTRUM EGO VELIM**", POTEST VIDERI CERTUM STIPULATUS CUM EI LICEAT VEL HOMINEM TANTUM VEL DECEM TANTUM INTENDERE SIBI DARI OPORTERE: QUI VERO SIBI ELECTIONEM NON CONSTITUIT, INCERTUM STIPULATUR.

²⁵⁷ PASTORI F, Il negozio verbale in diritto romano (Bologna 1994) pag.292 *Stipulationes in faciendos* sono considerate quelle in cui il *facere* è rivolto a un fatto materiale e non, invece, alle operae poiché esse sono considerate entità obiettive, *res* appartenenti a *genus* e dunque oggetto della prestazione di *dare*. La *stipulatio di facere* può avere riguardo a *fundum tradi*, *fossam fodiri*, *insulam fabricari*, in essa non vien ricompreso un generico *facere*, inteso come mera attività, ma un *facere* qualificato da un risultato finale. Si valuta la *perfectio o consummatio operis*, nonostante che a volte l'effetto cui mira l'obligatio può venire realizzato mediante successive prestazioni omogenee o *pro parte*. La connessione del comportamento del debitore a un risultato finale della prestazione *de facere*, trova conferma nella regola che sancisce l'indivisibilità di tale prestazione: appunto perché il risultato finale viene considerato nella sua intierezza".

²⁵⁸ PASTORI F, Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano (1985).

No sin razón se pregunta si pone en la obligación un objeto determinado o indeterminado, el que estipula una cosa u otra alternativamente, por ejemplo diez mil sestercios o el esclavo Estico; en efecto se expresan cosas determinadas pero no está determinado cual de ellas debe entregarse, pero, de todos modos, el estipulante que se reserva la elección con las palabras “la que yo quiera de las dos”, puede considerarse que ha estipulado una cosa determinada, ya que puede poner como objeto de su pretensión solamente que se el debe el esclavo o solamente los diez mil sestercios; en cambio, el que no se reserva la elección, estipula cosa indeterminada.

Se pregunta si se trata de la estipulación de un objeto determinado o indeterminado. Cuando se estipula una cosa alternativa, y el estipulante se reserva la elección diciendo la que yo quiera de las dos, se considera que estipula una cosa determinada pero si olvida reservarse la facultad de elección se trata de cosa indeterminada.

Se recoge en este fragmento una parte de una *interrogatio* que hace referencia a un objeto alternativo²⁵⁹ “diez mil o el esclavo Estico” explica el jurista que **a pesar de que cada uno de los objetos es determinado al utilizar la forma alternativa “vel” el objeto de la estipulación se convierte en *incertum* (como las prestaciones de hacer, no hacer, las de entregar cosa genérica que no es de calidad óptima etc..)** a menos que se incluye una cláusula que hace referencia a que la facultad de elección corresponde al estipulante. La introducción de una cláusula de elección tiene consecuencias en cuanto a la tutela de la estipulación.

D.45, 1, 76,0 PAUL. 18 AD ED.

SI STIPULATUS FUERIM " **ILLUD AUT ILLUD, QUOD EGO VOLUERO**", HAEC ELECTIO PERSONALIS EST, ET IDEO SERVO VEL FILIO TALIS ELECTIO COHAERET: IN HEREDES TAMEN TRANSIT OBLIGATIO ET ANTE ELECTIONEM MORTUO STIPULATORE.

²⁵⁹ GROSSO G, Contenuto e requisiti della prestazione.Torino (1994) Según Grosso “quando la scelta spetta al debitore si avrebbe, secondo questo passo la stipulatio di un *incertum*. Dobbiamo dunque ritenere che, secondo Ulpiano la formula dell’azione nascente da una stipulazione alternativa con scelta del debitore , dovesse essere sempre redatta secondo lo schema dell’*actio ex stipulatu* spettante in base alla promessa di un *incertum*. Vi sono dei testi da cui risulta invece che, se le prestazioni erano entrambe certe, la formula conteneva un’*intentio* diretta a *illud aut illud*.”

Si yo hubiera estipulado “de tal o cual cosa la que yo quiera” la elección es personal y propia del hijo o del esclavo que hubiesen estipulado; sin embargo se transmite a los herederos si muere el estipulante antes de hacer la elección.

Se recoge en lenguaje directo una cláusula que sirve para mantener “cierto” el objeto de la prestación, a pesar de haber estipulado un objeto alternativo²⁶⁰. En este caso de jurisprudencia cautelar se nos da información adicional, pues según Paulo aunque la elección es personal, se transmite a los herederos en el caso de que el estipulante haya muerto antes de elegir el objeto. Encontramos otro caso similar en D.45.1.141.1 Gai 2 de verb. Obl..

D.45, 1, 72,2 ULP. 20 AD ED.

PLANE SI " **INSULAM FULCIRI**" QUIS STIPULATUS SIT, NON EST EXSPECTANDUM, UT INSULA RUAT, SIC DEINDE AGI POSSIT: NEC " **INSULAM FIERI**", UT TANTUM TEMPORIS PRAETEREAT, QUANTO INSULA FABRICARI POSSIT: SED UBI IAM COEPIT MORA FACIENDAE INSULAE FIERI, TUNC AGETUR DIESQUE OBLIGATIONI CEDIT.

Claro que si alguien estipula la restauración de una casa de viviendas, no hay que esperar que aquella se venga abajo para poder reclamar después; y si se estipula su construcción, no debe esperarse tanto tiempo como es necesario para construir aquella casa, sino que, tan pronto empieza la mora en la restauración o en la construcción, vence la obligación y puede demandarse al promitente.

Se describe en lenguaje directo dos prestaciones de hacer que pueden ser objeto de una estipulación “rehabilitar una casa” o “hacer una casa” el problema consiste en cuando se incurre en la estipulación y por tanto se puede demandar al promitente si la estipulación

²⁶⁰ GROSSO G, Contenuto e requisiti della prestazione. “si configura un’obbligazione alternativa per cui si afferma la trasmissibilità agli eredi, dall’altro lato si individuano ipotesi di scelta personale, la cui costruzione , con rigerimento ad un atto di scelta, può essere avvicinata piuttosto a quella del terzo e far configurare l’obbligazione come condizionale.”; TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano (1990) pag.520 ‘L’attribuzione esplicita della scelta ad una delle parti del rapporto obbligatorio (ed eventualmente ad un terzo) aveva, in primo luogo , l’ovvio scopo di mutare il soggetto a ciò legittimato.’”

no ha previsto ningún término. En el caso de indeterminación se recurre a la interpretación y en esta caso Ulpiano separándose de el *usus comunis*, considera que no se debe esperar a que se haya podido rehabilitar la casa o construirla si no que basta con la mora del deudor. Es el problema del término implícito.

Con relación a la forma observamos que la estipulación de prestaciones de hacer, a menos que incluya un término, queda indeterminada en cuanto al vencimiento de la estipulación; por lo que hay que recurrir a la vía interpretativa

Lenel²⁶¹ sitúa el fragmento bajo la rúbrica *De adpromissoribus ad legem Furiam*.

D.45, 1, 89,0 PAUL. 9 AD PLAUT.

SI A COLONO, CUI FUNDUM IN QUINQUENNIUM LOCAVERAM, POST TRES ANNOS ITA STIPULATUS FUERO: " **QUIDQUID TE DARE FACERE OPORTET?**", NON AMPLIUS IN STIPULATIONEM DEDUCITUR, QUAM QUOD IAM DARI OPORTET: IN STIPULATIONEM ENIM DEDUCITUR, QUOD IAM DARI OPORTET. SI AUTEM ADICIATUR " OPORTEBITVE", ETIAM FUTURA OBLIGATIO DEDUCITUR.

Si estipulo, de un colono al que había arrendado un fundo por cinco años, todo lo debe dar o hacer, el objeto de la estipulación es lo que se deba en el presente, si se añade la cláusula de “lo que se deba en el futuro”, se incluyen también las obligaciones futuras.

En cuanto a la forma, el fragmento incluye la mención de la cláusula remisoria que se utiliza en caso de novación *quidquid te dare facere oportet* y el verbo en futuro *oportebite*.

Al igual que en el caso anterior, la utilización de esta cláusula limita el objeto de la obligación a lo que se debía en el momento de realizar la prestación.

²⁶¹ LENEL O, col. 540 vol. II.

El mismo caso que D.45,1,76,1 en el cual hay una estipulación que contiene una remisión novatoria²⁶², que se pretende delimitar, dentro de lo posible, mediante el contenido del verbo. Sin que de éste fragmento podamos extraer más consecuencias.

D.45, 1,125,0 PAUL. 2 QUAEST.

CUM STIPULAMUR " **QUIDQUID TE DARE FACERE OPORTET** " ,
NIHIL ALIUD IN STIPULATIONEM DEDUCITUR QUAM QUOD
PRAESENTI DIE DEBETUR: HOC ENIM SOLUM HAEC STIPULATIO
DEMONSTRAT.

Cuando estipulamos lo que “debes dar o hacer” sólo es objeto de la estipulación lo que se debe en el momento actual, pues sólo ello entra en la estipulación.

Se recoge una parte de una *interrogatio* (cláusula) “lo que debes dar o hacer”²⁶³, es importante en cuanto a la forma, porque se utiliza para novar *bona fidei iudicia*, mediante esta técnica remisoria se consigue incluir todo el contenido del *iudicia bona fidei* en el bloque formalmente más rígido de un *iudicia stricti iuris*. El jurista establece un límite a la novación²⁶⁴, pues como el verbo no está en futuro se limita a las obligaciones existentes en el momento de realizar la estipulación. Puede estudiarse desde el punto de vista de las formas remisorias y como cláusula que suele establecerse.

D.45, 1,112,0 POMP. 15 AD Q. MUC.

SI QUIS STIPULATUS SIT STICHUM AUT PAMPHILUM, UTRUM IPSE
VELLET: QUEM ELEGERIT, PETET ET IS ERIT SOLUS IN
OBLIGATIONE. AN AUTEM MUTARE VOLUNTATEM POSSIT ET AD

²⁶² BONIFACIO F, La Novazione nel diritto romano.Napoli (1959) pag. 147, el autor pone de manifiesto que en este fragmento se utiliza la expresión *in stipulationem deducere* que es la designación técnica de la novación.

²⁶³ SACCONI G, Ricerche sulla delegazione in diritto romano Milano (1971) Según la autora en el fragmento se recoge una cláusula de reenvío a la cual las fuentes le reconocen únicamente la función de determinar el objeto de la estipulación.; FUENTESECA M, El problema de la relación entre novatio y delegatio desde Roma hasta las codificaciones europeas (Madrid 2000) pag.62 “De éste texto (y otros) de Paulose deduce que cuando existan varias prestaciones diferidas en el tiempo, se puede realizar la *novatio obligationis* sólo de las que sean exigibles, quedando excluidas las demás que seran exigibles *ex pristina causa*. En conclusión el régimen jurídico de la *novatio obligationis* parte del concepto de definición de la misma como *transfusio atque translatio prioris debiti*, que es total es decir no cabe realizarla con efectos parciales sobre la *prior obligatio*

²⁶⁴ Ver supra nota anterior.

ALTERIUS PETITIONEM TRANSIRE, QUAERENTIBUS RESPICIENDUS ERIT SERMO STIPULATIONIS, UTRUMNE TALIS SIT, " **QUEM VOLUERO**" AN " **QUEM VOLAM**": NAM SI TALIS FUERIT " **QUEM VOLUERO**", CUM SEMEL ELEGERIT, MUTARE VOLUNTATEM NON POTERIT: SI VERO TRACTUM HABEAT SERMO ILLIUS ET SIT TALIS " **QUEM VOLAM**", DONEC IUDICIUM DICTET, MUTANDI POTESTATEM HABEBIT.

Si uno estipula el esclavo Estico o Pánfilo el que él quiera, puede pedir el que haya elegido y sólo este es objeto de la estipulación. ¿Se puede cambiar la elección? El jurista dice que en este caso hay que ver el tenor de la estipulación, si se dijo “el que yo hubiera querido” no se admite modificación; si se dijo “el que yo quiera” se puede cambiar hasta que se dicte la demanda.

En este texto se transmite en lenguaje directo dos fragmentos de una *interrogatio* que contiene una obligación de dar²⁶⁵ con un objeto establecido alternativamente²⁶⁶. Como hemos observado en otros casos, para que el estipulante pueda elegir²⁶⁷ debe incluir una manifestación específica²⁶⁸ “el que yo hubiera querido” “el que yo quiera”. Pomponio nos muestra que según la forma verbal empleada, se puede modificar la elección realizada *ius variandi* o no. Si se utiliza la forma “*quem volam*”, la elección se puede modificar hasta que se dicte la demanda. **Vemos pues como la forma de la estipulación tiene influencia en el régimen jurídico de la misma**

D.45, 1,141,1 GAI. 2 DE VERB. OBLIG.

EXTRANEI QUOQUE PERSONA SI COMPREHENSUS FUERIT, VELUTI HOC MODO: " **UTRAM EARUM TITIUS ELEGERIT**", NON ALITER

²⁶⁵ Se promete con una estipulación transmitir la propiedad del esclavo Estico o Pánfilo

²⁶⁶ GROSSO G, Contenuto e requisiti della prestazione.pag. 177. Obligazioni alternativa e generiche. (1955) "Per il caso di scelta affidata al creditore esiste una maggiore incertezza di costruzione e oscillazione di linguaggio".

²⁶⁷ TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano (1990) El autor manifiesta que donde no hay previsión expresa, no hay duda que en un caso de un acto intervivos la elección corresponde al deudor (y se puede transmitir a los herederos, no ocurre lo mismo en el caso de que la elección corresponda al acreedor) pag.520

²⁶⁸ TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano (1990) pag.520 Si la elección corresponde al deudor la acción adecuada es la *actio incerta* la cual permite al juez en base a una intentio incerta tener en cuenta el interés del deudor de exigir una con preferencia a la otra.

STIPULATOR ALTERUTRIUS PETENDAE FACULTATEM HABET,
QUAM SI TITIUS ELEGERIT.

Si se hace figurar el nombre de una persona extraña a la relación obligatoria “lo que Ticio eligiera”, el estipulante no tiene posibilidad de reclamar una cosa u otra hasta que Ticio haga la elección.

Este fragmento, introduce la posibilidad de que el *ius eligendi o ius variandi* corresponda a un tercero extraño a la relación obligatoria²⁶⁹. El jurista cree que es posible. Además el estipulante no tiene posibilidad de reclamar hasta que Ticio hubiese hecho la elección. El fragmento recogido en lenguaje directo no reproduce el verbo *spondes*, pero como este fragmento tiene su origen en el anterior podemos ver allí “*stipulatus sit*”. El fragmento pertenece a la obra de Gayo “*De verborum obligationibus*” de la que nos han llegado fragmentos muy escasos y que tiene un tono menos elemental que otros escritos de Gayo. Lenel²⁷⁰ coloca al fragmento anterior a continuación de la rúbrica *De diversis stipulationibus*, con un alcance de carácter general.

D.46, 1, 47,1 PAP. 9 QUAEST.

SI FILIUS IN CAUSA PECULIARI ITA FIDEIUSSOREM ACCEPERIT: "**QUANTAM PECUNIAM CREDIDERO, FIDE TUA ESSE IUBES?**" ET EMANCIPATUS CREDAT, PATRI QUIDEM, SI NON EST REUS OBLIGATUS, NON TENEBITUR, FILIO VERO HUMANITATIS INTUITU OBNOXIUS ESSE DEBET.

Si un hijo de familia con un peculio, hubiera constituido una fianza sobre una cantidad que él prestó, pero en realidad prestara la cantidad después de haber sido emancipado, el fiador, no queda obligado con respecto al padre, ya que tampoco lo está el deudor principal, pero si con respecto al hijo dice Papiniano que por una razón de humanidad.

²⁶⁹ TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano (1990) pag.520 “L'attribuzione esplicita della scelta ad una delle parti del rapporto obbligatorio (ed eventualmente ad un terzo) aveva, in primo luogo, l'ovvio scopo di mutare il soggetto a ciò legittimato.” IGLESIAS J, Derecho Romano (Barcelona 1998) pag.338 n.20 “Confianza la elección a un tercero, no hay obligación alternativa, sino condicional. La elección actúa de condición”

²⁷⁰ LENEL O, col. 262 vol. I.

“La cantidad que yo presté” El objeto de la fianza queda determinado, en este caso, con anterioridad (y es conocida por las partes) por lo que es mejor utilizar esta forma para describir el objeto que una cantidad exacta, ya que por diversas razones en el préstamo podía ser modificado o simplemente como es el caso, realizarse a posteriori. El problema de fondo que plantea el jurista es el de la accesoriedad en la *fideiussio*²⁷¹. ¿Qué ocurre con una estipulación de garantía como la formulada, que ha sido realizada por un hijo de familia si el préstamo se realiza después de ser emancipado?. El deudor principal no está obligado frente al padre y por lo tanto tampoco el fiador. El jurista acude a razones extrañas en un contrato de derecho estricto “razones de humanidad”, con unos efectos análogos a la tutela pretoria, para mantener la vigencia de la fianza a favor del hijo. Desde el punto de vista de la forma no podemos extraer otras consecuencias.

Encontramos un caso semejante en D.45,1,132,1 Paul 15 quaest. En el apartado 3.1.1. al comienzo de éste capítulo.

D.46, 3, 57,0 ULP. 77 AD ED.

SI QUIS STIPULATUS FUERIT " **DECEM IN MELLE**", SOLVI QUIDEM MEL POTES, ANTEQUAM EX STIPULATU AGATUR: SED SI SEMEL ACTUM SIT ET PETITA DECEM FUERINT, AMPLIUS MEL SOLVI NON POTES.

Si se estipulan diez mil sestercios en miel puede pagarse en miel antes de que se reclamen los diez mil sestercios, a partir de la reclamación no puede pagarse en miel.

El objeto (*incertum*) es un genero (miel) hasta una determinada cantidad de dinero “diez mil sestercios en miel”. Si se paga antes de que se reclame, se puede pagar en miel, si se paga después de interpuesta la acción correspondiente ²⁷² se ha de pagar en dinero.

²⁷¹ FEENSTRA R, Le caractère accessoire des différents types de cautionnement verbis en droit romain classique. Études J. Macqueron. Aix-en-Provence (1970) pag.301 y ss. KASER M, Das Römische Privatrecht I Munich (1971) pag. 660 con bibliografía.

²⁷² TALAMANCA M Istituzioni di diritto romano (1990) pag.561 ya sea la *condemnatio certa* o *incerta*, debe ser pecuniaria.

En cuanto a la forma vemos como se puede introducir un género y limitarlo con un criterio económico, pero con las limitaciones propias de las características de la *condemnatio*.

D.46, 3, 72,4 MARCELL. 20 DIG.

STICHUM AUT PAMPHILUM STIPULATUS SUM, CUM ESSET MEUS PAMPHILUS: NEC SI MEUS ESSE DESIERIT, LIBERABITUR PROMISSOR PAMPHILUM DANDO: NEUTRUM ENIM VIDETUR IN PAMPHILO HOMINE CONSTITISSE NEC OBLIGATIO NEC SOLUTIO. SED EI, QUI HOMINEM DARI STIPULATUS EST, UNUM ETIAM EX HIS, QUI TUNC STIPULATORIS SERVI ERANT, DANDO PROMISSOR LIBERATUR: VI QUIDEM IPSA ET HIC EX HIS DARI STIPULATUS EST, QUI EIUS NON ERANT. FINGAMUS ITA STIPULATUM: " **HOMINEM EX HIS, QUOS SEMPRONIUS RELIQUIT, DARE SPONDES?**", CUM TRES SEMPRONIUS RELIQUISSET, EORUMQUE ALIQUEM STIPULATORIS FUISSE: NUM MORTUIS DUOBUS, QUI ALTERIUS ERANT, SUPERERIT ULLA OBLIGATIO, VIDEAMUS. ET MAGIS EST DEFICERE STIPULATIONEM, NISI ANTE MORTEM DUORUM DESIERIT ESSE RELIQUUS SERVUS STIPULATORIS.

He estipulado el esclavo Estico o Pánfilo, cuando Pánfilo era mío: aunque dejara de pertenecerme, no por eso se liberará el promitente dándome Pánfilo , pues ni la obligación ni el pago parecen valer referidos al esclavo Pánfilo, ya que la obligación no podía nacer respecto de Pánfilo , por pertenecer éste al estipulante, ni se puede dar por pagado lo que no se debía. Más si queda liberado el promitente si da, al que había estipulado que se le diera un esclavo genericamente, uno incluso de los que pertenecían al estipulante en el momento de la estipulación, aunque también en este caso se haya querido estipular que se diera los que no eran del estipulante. Pensemos que se ha estipulado “¿prometes dar un esclavo de los que dejó Sempronio?” Habiendo dejado éste tres esclavos, uno de los cuales había sido del estipulante , cabe preguntarse si al morir los dos que no eran del estipulante, subsiste o no alguna obligación por tercero. Y es

mejor decir que se frustra la obligación, a no ser que el esclavo del estipulante hubiera dejado de ser de éste antes de morir los otros dos.

En cuanto al fondo, una deuda de genero limitado, convierte en genérica la obligación de entregar una cosa no fungible.

El texto plantea que si se estipula Estico o Pánfilo, cuando Pánfilo era del estipulante, la obligación se mantiene pero con respecto únicamente a Estico, por eso el promitente no se liberará entregando a Pánfilo aunque en ese momento ya no pertenezca al estipulante, pues la obligación no se ha constituido respecto a él.

Pero si se estipula un esclavo genéricamente, el promitente, queda liberado aunque entregue un esclavo que pertenecía al estipulante en el momento de realizarse la estipulación.

Si se estipula un esclavo de los que dejó Sempronio, habiendo dejado éste tres esclavos, uno de los cuales había sido del estipulante, si mueren los otros dos ¿subsiste o no, la obligación? El jurista dice que no, a menos que el esclavo que había pertenecido al estipulante hubiese dejado de pertenecerle antes de morir los otros dos.

En cambio una redacción más genérica de la estipulación permite que pueda nacer la obligación con respecto a Pánfilo. En todo caso en la formulación de la estipulación encontramos distintos grados de ambigüedad que permiten resolver el supuesto de manera distinta.

La *interrogatio* completa presenta un objeto *incertum* mediante una remisión “un esclavo de los que dejó Sempronio”²⁷³, lo cual plantea cierta ambigüedad añadiendo además la cuestión de fondo que plantea el fragmento que se refiere a la posibilidad de estipular cosas propias. El jurista se plantea que ocurre si, dos de los esclavos mueren y

²⁷³ GROSSO G, Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazione alternativa e generiche. pag.174 “Nelle obbligazioni alternativa la possibilità delle singole prestazioni si richiede nel momento in cui si contrae l’obbligazione, e non nel momento della scelta.” (1955) TALAMANCA M, Alia causa e durior condicio como limite dell’ obbligazione dell’adpromissor. Studi Grosso 3. Torino (1970) pag 196 “i giuristi romani nelle questioni in cui si può prospettare come criterio di solizione l’individuazioni dell’oggetto dell’obbligazione alternativa avanzassero decisioni concrete condizionate dalla struttura delle singole fattispecie dove il problema dell’individuazione si poteva prospettare e manifestando chiaramente, in questo modo, di non essersi posto tale problema come quello a cui potesse esser data una soluzione di carattere generale”. SACCONI G, Studi sulla obbligazione solidali da contratto Univ Roma Pubbl dell’Ist di dir. rom e di diritti dell’Oriente Mediterraneo 45. Milano Giuffré 1973. KNÜTEL R, In obligatione generis quid est in obligatione? Studi Sanfilippo III Milano Giuffré, pag. 351 a 380 (1983).

el que queda había sido del estipulante. Marcello afirma que la obligación se frustra a menos que el esclavo del estipulante hubiese dejado de ser suyo antes de que los otros dos muriesen. Teniendo en cuenta el texto completo vemos que **una formulación precisa del objeto Estico o Pánfilo, hace que se aplique más estrictamente el principio de que no se pueden estipular cosas propias. En el caso de que tengamos un objeto *incertum* depende de la ambigüedad de la estipulación si se puede estimar la nulidad.**

3.5.8.1 La determinación del objeto en la *fideiussio*

D.46, 1, 52,0 PAP. 11 RESP.

AMISSI RUINA PIGNORIS DAMNUM TAM FIDEIUSSORIS QUAM REI PROMITTENDI PERICULUM SPECTAT, NEC AD REM PERTINEBIT, SI FIDEIUSSOR ITA SIT ACCEPTUS: " **QUANTO MINUS EX PRETIO PIGNORIS DISTRACI SERVARI POTUERIT**": ISTIS ENIM VERBIS ETIAM TOTUM CONTINERI CONVENIT.

Si se pierde una prenda (derrumbamiento) es a riesgo tanto del fiador como del deudor principal, aunque el fiador haya introducido la cláusula de “por cuanto dejara de poder cobrarse del precio obtenido por la venta de la prenda” pues en tales términos se admite también que entra el todo en la garantía.

Se trata de una cláusula que intenta determinar el objeto de una *fideiussio*²⁷⁴, sabemos que la obligación del fiador no puede ser distinta ni más gravosa que la de la obligación principal pero de los términos se desprende que puede ser todo el precio de la prenda afianzado. Se admite como hemos visto en distintos fragmentos una *levior condicio* con respecto al *fideiussor indemnitis*²⁷⁵.

²⁷⁴ RASCON C, *Pignus y custodia* en derecho romano clásico. Universidad de Oviedo. (1976) Afirma el autor: “El quebranto de la prenda por ruina, va a riesgo tanto del deudor como del *fideiussor*, pero debemos observar que la causa de la pérdida del objeto es precisamente la ruina catalogada como uno de los supuestos típicos de *vis maior*, es decir que representa el límite de la responsabilidad por custodia, mientras que el evento que desencadena esta es el *furtum*, de tal manera que exonera al creditor de su responsabilidad.”.

²⁷⁵ KASER M, *Das Römische Privatrecht I* (Munich 1971) pag. 664 “Todos los tipos de fianza estipulatoria comparten algunas reglas que realmente justifican la idea de una accesoriedad de la fianza. Todas las fianzas pueden corresponder a menos de la deuda principal, pero en ningún caso a más.”

En cuanto a la forma, observamos que la interpretación que se hace va más allá de las palabras puesto que hay ambigüedad en la estipulación de garantía que hace referencia a “por cuanto dejara de poder cobrarse del precio obtenido por la venta de la prenda”. Si tenemos en cuenta todo el fragmento, vemos que no se ha producido tal venta precisamente por la “ruina” de la prenda. Hay una ruptura de los principios por la preferencia de las garantías personales, se quiere mantener la *fideiussio indemnitis* a pesar del tenor de los *verba*. Observamos que hay concurrencia de garantías reales y personales.

D.46, 1, 55,0 PAUL. 11 QUAEST.

SI ITA STIPULATUS A SEIO FUERO: " QUANTAM PECUNIAM TITIO QUANDOQUE CREDIDERO, DARE SPONDES?" ET FIDEIUSSORES ACCEPERO, DEINDE TITIO SAEPIUS CREDIDERO: NEMPE SEIUS IN OMNES SUMMAS OBLIGATUS EST ET PER HOC FIDEIUSSORES QUOQUE, ET ID, QUOD EX BONIS EIUS SERVARI POTEST, OMNIBUS AEQUO IURE PROFICERE DEBET.

Si yo hubiera estipulado de Seyo diciendo “¿prometes dar todas las cantidades que yo prestara a Ticio en cualquier momento?” Y hubiera aceptado fiadores. Si luego hubiese hecho varios préstamos a Ticio, Seyo queda obligado y también los fiadores y lo que se pueda cobrar con bienes de Seyo debe beneficiar a los fiadores por igual.

El texto plantea como tema de fondo la novación²⁷⁶. Se pone en evidencia como dentro de ciertos límites a través del mecanismo de la novación de una obligación futura se podría conseguir efectos de otra manera inalcanzables por la falta de la representación directa en el derecho romano clásico.

En cuanto a la forma, el objeto de la estipulación y de las fianzas²⁷⁷ (*fideiussiones*) posteriores esta determinado en función de la remisión de unas deudas futuras “las

²⁷⁶ BONIFACIO F, La novazione nel diritto romano (Napoles 1959) pag. 90 y ss “Al pari di una obbligazione condizionale, di cui fra poco verremo a parlare, può essere dedotta in una *stipulatio* novativa un’obbligazione ancora da contrarre: anche qui la novazione si produrrà solo quando verrà in essere l’obbligazione da novare, la quale nello stesso momento in cui nasce viene estinta”.

²⁷⁷ FUENTESECA, M. El problema de la relación entre novatio y delegatio desde Roma hasta las codificaciones europeas. Madrid 2000. pag. 135 En D.46,1,55 se afirma la responsabilidad del sponsor asumida antes del al obligación principal y las del fideiussor del sponsor, sin discutir la validez de la

cantidades que yo prestara a Ticio en cualquier momento”(no se sabe si estipulatorias o no estipulatorias), que no queda determinado en el tiempo “en cualquier momento”. Este grado de incerteza tan amplio, propio de las estipulaciones novatorias, en tanto que es querido por las partes, parece que no obsta a la validez de la estipulación .

El jurista hace referencia al criterio de pro-rata entre fiadores.

D.46, 2, 6,0 ULP. 46 AD SAB.

SI ITA FUERO STIPULATUS: " **QUANTO MINUS A TITIO DEBITORE EXEGISSEM, TANTUM FIDEIUBES?"**, NON FIT NOVATIO, QUIA NON HOC AGITUR, UT NOVETUR.

Si estipulo diciendo “¿afianzas lo que dejara de poder cobrar de Ticio?” dice Ulpiano que no hay novación porque no se ha convenido así.

En este caso no se produce novación, porque las partes han acordado otro negocio jurídico, concretamente una fianza²⁷⁸. El criterio del *id quod actum est* presente en el texto, refuerza la idea de ausencia de novación si esa es la voluntad de las partes.

En cuanto a la forma, el objeto de la *fideiussio* viene determinado por una remisión “cuanto dejara de poder cobrar de Ticio” esta remisión en cuanto al objeto es necesaria pero no suficiente para que se produzca la novación, puesto que falta *animus novandi*²⁷⁹.

3.6. EL ESTABLECIMIENTO DE CONDICIONES²⁸⁰: GENERALIDADES

D.44, 7, 44,2 PAUL. 74 AD ED. PRAET.

obligación principal sucesivamente surgida. Se debe a Appleton la afirmación de que la *fideiussio* puede ser válidamente contratada antes de que nazca la obligación principal mientras que la *sponsio*, como obligación accesoria puede ser válidamente contraída sólo después de la obligación principal.

²⁷⁸ FUENTESECA M, El problema de la relación entre la *novatio* y *delegatio* desde Roma hasta las codificaciones europeas.(Madrid 2000) pag.168 y ss.

²⁷⁹ VOCI P, Per la storia della novazione BIDR (1965) LXVIII= Conferenze romanistiche II, Università degli Studi di Trieste. Milano (1967) considera que el *animus novandi* en este fragmento parece tener origen clásico.

²⁸⁰ D.45,1,8 pr.Paul 2 ad Sab y D.45,1,45,3 Ulp 50 ad Sab. en el epígrafe referido al término.

CONDICIO VERO EFFICAX EST, QUAE IN CONSTITUENDA OBLIGATIONE INSERITUR, NON QUAE POST PERFECTAM EAM PONITUR, VELUTI " **CENTUM DARE SPONDES, NISI NAVIS EX ASIA VENERIT?**" SED HOC CASU EXISTENTE CONDICIONE LOCUS ERIT EXCEPTIONI PACTI CONVENTI VEL DOLI MALI

Una condición es eficaz si se inserta precediendo a la obligación, pero no si se añade después de determinarse la obligación, por ejemplo: ¿prometes dar cien mil sestercios, si no hubiera llegado la nave de Asia?”, aunque en este caso, al cumplirse la condición , tendrá lugar una excepción de pacto convenido o dolo malo.

Una condición es eficaz si se inserta antes de la obligación, pero no si se añade después como en el caso "**CENTUM DARE SPONDES, NISI NAVIS EX ASIA VENERIT?**".

En este fragmento se nos muestra la importancia de la forma de establecer una condición. **Lo que perfecciona parece que es el verbo solemne y la condición establecida a continuación no vale, aunque si tiene una eficacia pretoria.** Es decir la condición que se quiera insertar en una estipulación se debe interponer antes que el verbo. Esto también tiene importancia en el caso de las estipulaciones penales independientes²⁸¹. En ese caso no deja de sorprendernos el rigorismo de un jurista clásico tardío.

Lenel²⁸² coloca el fragmento bajo la rúbrica *De stipulationibus* en el que Paulo comenta que las obligaciones pueden ser de cuatro maneras y en el apartado 2 se dedica a las obligaciones que incluyen una condición²⁸³.

D.45, 1,120,0 PAP. 37 QUAEST.

²⁸¹ TALAMANCA M, *Conventio e stipulatio nel sistema dei contratti romani .Le droit romain et sa reception en Europe.* Varsovia (1978) pag.195 y ss “il discorso può apparire maldestro, ma ciò è dovuto probabilmente ad un raccorciamento del tenore originario del passo di Paolo, il quale si snodava, verisimilmente, con una più puntuale presa di posizione rispetto ad opinioni precedentemente avanzate. Né deva far impressione una certa titubanza da parte del giurista nel padroneggiare la struttura della stipulazione risolutivamente condizionata.”

²⁸² LENEL O, col. 1091 vol. I.

SI ITA STIPULATUS FUERO: " HANC SUMMAM CENTUM AUREORUM DARI SPONDES?", ETSI MAXIME ITA EXAUDIATUR ILLE SERMO: " SI MODO CENTUM AUREORUM EST", NON FACIT CONDICIONEM HAEC ADIECTIO, QUONIAM SI CENTUM NON SINT, STIPULATIO NULLA EST: NEC PLACUIT INSTAR HABERE CONDICIONIS SERMONEM, QUI NON AD FUTURUM, SED AD PRAESENS TEMPUS REFERTUR, ETSI CONTRAHENTES REI VERITATEM IGNORANT.

Si yo hubiera estipulado diciendo “¿prometes que se me dará esta suma de cien áureos?” aunque suela entenderse como si se dijera “si es de cien áureos”, sin embargo esta forma de expresarse no vale como condición ya que , si la suma no es de cien áureos , la estipulación es nula y no se admite que valga como condición una forma que no se refiere al futuro sino al presente, aunque las partes ignoren la verdad del objeto.

Si estipulo “¿prometes que se me dará esta suma de cien áureos?, a pesar de que, suele entenderse como si fuese una condición, esto no es posible porque si la suma no es de cien áureos la estipulación es nula, no se admite condición que no se refiera al futuro.

La formulación de esta interrogación completa, no se ha hecho en forma condicional “*si modo centum aureorum est*”. El objeto esta determinado “*hanc summan centum aureorum*”, si la cantidad no es de cien aureos, la estipulación es nula. Otra explicación es la que da el jurista las condiciones son de futuro, no hay condiciones de presente.

Como se ha visto también en el caso anterior, la formulación de una estipulación condicionada debe formularse terminantemente “*si modo centum ...*” , de otro modo este añadido aunque es condicional no funciona como condición al referirse al presente y la estipulación es nula (no hay por tanto flexibilidad que supere a los *verba*).

²⁸³ GIUFRE V, L'utilizzazione degli atti giuridici mediante “conversione” in diritto romano. (Napoles 1965) pag.212 “di per sè la condicio non è *efficax*, ma con *exceptio* può paralizzarsi l'obbligazione che si dovrebbe protarre nel tempo.”

Lenel²⁸⁴ sitúa el fragmento en el libro 37 *Quaestionum* que lleva por título *ad leges de adpromissoribus latis*, creemos que el fragmento es aplicable a todo tipo de estipulación condicionada.

Creemos que en la formulación de una estipulación que incluía una condición se exigía un especial formalismo.

D.12, 1, 37,0 PAP. 1 DEF.

CUM AD PRAESENS TEMPUS CONDICIO CONFERTUR, STIPULATIO NON SUSPENDITUR ET, SI CONDICIO VERA SIT, STIPULATIO TENET, QUAMVIS TENERE CONTRAHENTES CONDICIONEM IGNORENT, VELUTI " **SI REX PARTHORUM VIVIT, CENTUM MIHI DARI SPONDES?**" EADEM SUNT ET CUM IN PRAETERITUM CONDICIO CONFERTUR.

Cuando una condición se refiere al momento presente, la estipulación no se suspende, y, si la condición es comprobada, vale la estipulación, aunque los contratantes ignoren la existencia de la condición: por ejemplo, ¿me prometes que se me dará cien mil sestercios si el rey de Partia vive?. Lo mismo ocurre también cuando la condición se refiere al pasado.

El fragmento citado trata de la pendencia y suspensión de la condición, pero en este caso estamos ante una denominada **condición impropia**,²⁸⁵ ya que según la doctrina faltan en ellas alguno de los requisitos que definen su esencia, en este caso no se trata de un hecho futuro. Las condiciones relativas a un hecho presente o bien pasado, tratan de un hecho cierto según la naturaleza de las cosas, aunque para nosotros resulte incierto objetivamente.

En cuanto a la forma el establecimiento de condición en una *interrogatio* completa “si el rey de Partia vive, ¿me prometes que se me dará cien mil sestercios? es correcto pues la “condición” es anterior al verbo estipulatorio. Sin embargo aunque el hecho presente no

²⁸⁴ LENEL O, col. 881 vol. I.

es verdaderamente una condición por las razones expuestas, se salva la validez de la estipulación si es comprobada. **Parece que la forma en que se expresa (antes del verbo estipulatorio) es decisiva mientras se permite flexibilidad cuando la “condición” de presente es comprobada, se considera una estipulación pura.**

D.18, 1, 34,2 PAUL. 33 AD ED.

LIBERUM HOMINEM SCIENTES EMERE NON POSSUMUS. SED NEC TALIS EMPTIO AUT STIPULATIO ADMITTENDA EST: " **CUM SERVUS ERIT**", QUAMVIS DIXERIMUS FUTURAS RES EMI POSSE: NEC ENIM FAS EST EIUSMODI CASUS EXSPECTARE

No podemos a sabiendas, comprar un hombre libre. Ni siquiera puede admitirse una compra o estipulación así concebida: “cuando sea esclavo”, aunque hemos dicho que se pueden comprar cosas futuras, pues no es lícito especular con tales supuestos.

No se puede, sabiéndolo, comprar un hombre libre ni siquiera se puede admitir la estipulación de “cuando sea esclavo”, se trata también en este caso de una condición impropia, una condición ilícita.²⁸⁶

Extraña ver a un jurista tardío hacer referencia al derecho divino *fas*.

No hay ninguna objeción en el plano de la expresión sino en el plano del contenido “Cuando sea esclavo”, esta cláusula sería nula por ir contra los *bonos mores*²⁸⁷ (aunque formalmente pueda estar bien formulada).

Según Talamanca “il giurista si sofferma a considerare una *stipulatio* sottoposta a condizione impossibile o illecita sostenendo che tale *stipulatio* è nulla come è nulla la *stipulatio* avente un oggetto impossibile o illecito.

²⁸⁵ En este sentido ver: GIOFFREDI C, Pendenza e sospensione dalla fonti romane alla dommatica odierna. S.D.H.I. 22 pag. 113 (1953).

²⁸⁶ IGLESIAS J, Derecho Romano: Historia e intuiciones (1993) 11 ed. pag 161 y ss. “las condiciones ilícitas se rigen al menos en la legislación justiniana por los mismo principios que las imposibles , si afectan a actos inter vivos se consideran nulos, si se añaden a actos mortis causa , se toman por no puestas”; CUENA BOY F, Estudios sobre la imposibilidad de la prestación (1992) pag 15 “El objeto de la estipulación debe ser posible en el momento en que la estipulación nace”

D.45, 1,141,7 GAI. 2 DE VERB. OBLIG.

SED RURSUS **MIHI** QUIDEM PURE AUT TITIO SUB CONDICIONE STIPULARI POSSUM. CONTRA VERO SI MIHI SUB CONDICIONE AUT TITIO PURE, INUTILIS ERIT TOTA STIPULATIO, NISI IN MEAM PERSONAM CONDICIO EXTITERIT, SCILICET QUIA, NISI QUOD AD ME VIM ACCEPERIT OBLIGATIO, ADIECTIO NIHIL POTEST VALERE. HOC TAMEN ITA DEMUM TRACTARI POTEST, SI EVIDENTER APPARET PURE TITII PERSONA ADIECTA: ALIOQUIN CUM ITA STIPULOR: " **SI NAVIS EX AFRICA VENERIT, MIHI AUT TITIO DARI SPONDES?**" TITII QUOQUE PERSONA SUB EADEM CONDICIONE ADICI VIDETUR.

Asimismo, puedo estipular para mí sin condición y para Ticio con ella, pero si es para mí con condición y para Ticio sin ella, toda estipulación será ineficaz, a no ser que la condición dependiera de mí, por la razón de que, si la obligación no vale respecto a mí, de nada vale el añadir el nombre de otro. Esto puede mantenerse así siempre que resulte evidente que el nombre de Ticio se ha de añadir sin condición especial; porque si estipulo diciendo “si llega la nave de Africa ¿prometes darme a mí o a Ticio?” el nombre de Ticio parece agregarse con la misma condición.

El texto trata de como articular la inclusión de condiciones en una estipulación²⁸⁷ (de una obligación de dar) en la que aparece el estipulante y un *adiectus solutionis causa* (Ticio).

Vemos que el orden no es indiferente; si el estipulante (el primero) no está condicionado, puedo incluir una condición para Ticio (*adiectus solutionis causa*); mientras al contrario no se puede estipular incluyendo una condición respecto del

²⁸⁷ GROSSO G, Contenido e requisiti della prestazione. Torino (1955). pag. 55 “noi troviamo ripetutamente affermato nelle fonti che invece la vendita di un *homo liber*, nel caso di iscienza del compratore è valida e produttiva d’azione. la scienza o inscienza del venditore è irrilevante.”

²⁸⁸ TALAMANCA M, “Alia causa” e “durior condicio” come limite dell’obbligazione dell’adpromissor. Studi Grosso 3, Torino (1970) pag. 159 y ss. El autor compara el caso del *dies obligationis* con el de la inclusión de una condición si hay un *adiectus*: mientras no hay dificultad cuando el adiectus tiene un término más largo que el del estipulante, surgen dificultades cuando se da el supuesto inverso; así en materia de estipulación pura y condicionada para el adiectus, no hay dificultad ninguna pero surgen grandes dificultades en el caso contrario (estipulación condicionada y pura para el adiectus).

estipulante y pura y simplemente respecto del *adiectus solutionis causa* entonces la estipulación es ineficaz (sólo se admite en el caso que la condición dependa del estipulante). También es posible el caso del fragmento que se transcribe en lenguaje directo, en el que la condición afecta a ambos, “*Si navis ex Africa venerit mihi aut Titio dari spondes*”. En este caso la condición inicia la estipulación (lo que se ajustaría a la estructura estipulatoria usual) y afecta a “*mihi aut Ticio*”; Ticio es el *adiectus solutionis causa* y la estipulación esta cerrada por el verbo *spondes*. De los otros supuestos el jurista no pone ejemplos.

3.6.1. A voluntad del promitente (*si voluero*)

D.18, 1, 7,0 ULP. 28 AD SAB.

HAEC VENDITIO SERVI " SI RATIONES DOMINI COMPUTASSET ARBITRIO" CONDICIONALIS EST: CONDICIONALES AUTEM VENDITIONES TUNC PERFICIUNTUR, CUM IMPLETA FUERIT CONDICIO. SED UTRUM HAEC EST VENDITIONIS CONDICIO, SI IPSE DOMINUS PUTASSET SUO ARBITRIO, AN VERO SI ARBITRIO VIRI BONI? NAM SI ARBITRIUM DOMINI ACCIPIAMUS, VENDITIO NULLA EST, QUEMADMODUM SI QUIS ITA VENDIDERIT, SI VOLUERIT, VEL STIPULANTI SIC SPONDEAT " **SI VOLUERO, DECEM DABO**": NEQUE ENIM DEBET IN ARBITRIUM REI CONFERRI, AN SIT OBSTRUCTUS. PLACUIT ITAQUE VETERIBUS MAGIS IN VIRI BONI ARBITRIUM ID COLLATUM VIDERI QUAM IN DOMINI. SI IGITUR RATIONES POTUIT ACCIPERE NEC ACCEPIT, VEL ACCEPIT, FINGIT AUTEM SE NON ACCEPISSE, IMPLETA CONDICIO EMPTIONIS EST ET EX EMPTO VENDITOR CONVENIRI POTEST

Es condicional la venta de un esclavo así concebida: “si hubiese formalizado las cuentas del dueño según arbitrio” y las ventas condicionales se perfeccionan cuando la condición se cumple. Pero ¿cuál es aquí la condición de la venta: si el mismo dueño juzgase a su arbitrio o a arbitrio de hombre recto? Si entendemos que al arbitrio del dueño la venta es nula, lo mismo que si alguna vendiese “si quisiere” o se prometiese al que estipula “si yo quisiere te daré diez”. No puede

pues, encomendarse a arbitrio del obligado si ha de quedar o no vinculado. Por ello los antiguos estimaron procedente que quedaba más bien conferido al arbitrio de un hombre recto que del dueño. Si pudo recibir las cuentas y no las recibió, o bien las recibió y finge no haberlas recibido, se cumplió la condición de la compra y el vendedor puede ser demandado por la acción de compra.

En el caso presentado, el propietario del esclavo debía querer asegurarse, que éste le rendiría cuentas de manera satisfactoria antes de vender al esclavo. Desde un punto de vista práctico la inclusión de la condición se explica plenamente.

El texto estudia el supuesto en el cual, el cumplimiento de la condición queda a criterio del deudor. Dependiendo de quién tenga el arbitrio para decidir si se han formalizado debidamente las cuentas, la condición será posible o no.²⁸⁹ Si la condición queda al arbitrio de un hombre recto es posible pero si queda al arbitrio del dueño es nula, pues la condición es un hecho futuro y objetivamente incierto que no puede quedar obligado a la voluntad de los sujetos intervinientes, como si se estipula “si yo quisiere te daré diez”.

Por lo que respecta al fragmento recogido en lenguaje directo, “si yo quisiere te daré diez” se trata de una *responsio* completa pero nula pues la *obligatio* no puede quedar a voluntad del deudor. En cuanto a la forma no aporta ninguna novedad.

Las objeciones provienen de un problema de fondo y no de un problema de forma.

D.45, 1, 46,3 PAUL. 12 AD SAB.

ILLAM AUTEM STIPULATIONEM " SI VOLUERIS, DARI?" INUTILEM ESSE CONSTAT.

Consta en cambio, que no tiene efecto la estipulación de “que se dé si quisieras”.

²⁸⁹ GROSSO G, *Obbligazioni, contenuto e requisiti della prestazione obbligazioni alternative e generiche*.(Torino 1966) pag. 123 y ss. El autor no está de acuerdo con Albertario quien considera que el fragmento está interpolado. Grosso estima que la reconstrucción de Albertario no está fundada en argumentos sólidos. Asimismo entiende que el fragmento está relacionado con otros textos Ulpianos D.45,1,17 ; D.50,17,22,1; y D.4,8,45, donde el jurista presenta ampliamente la cuestión, decidiéndose por una interpretación en el sentido de un *arbitrium boni viri*, al contrario que un *arbitrium personale*. Por lo que respecta a la compraventa: ASTOLFI R, *I libri tres iuris civilis di Sabino*. Fac Giu Padova, 95 (1983). El autor considera que si la condición queda al arbitrio de un hombre recto la compraventa puede ser válida y el comprador puede ser considerado poseedor de buena fe.

Por las mismas razones que en el caso anterior, no hay obligación cuando la prestación, un elemento esencial en la estipulación, como es la prestación, queda a voluntad del obligado²⁹⁰ “si quisiera, daré”. Hay diferencia de tratamiento en relación al término “cuando quiera, daré” en D.45,1,46,2 (tratado en sede de forma de determinar el término).

3.6.2. Con relación a intereses

D.22, 1, 9,1 PAP. 11 RESP.

USURARUM STIPULATIO, QUAMVIS DEBITOR NON CONVENIATUR, COMMITTITUR. NEC INUTILIS LEGITIMAE USURAE STIPULATIO VIDETUR SUB EA CONDICIONE CONCEPTA " **SI MINORES AD DIEM SOLUTAE NON FUERINT**": NON ENIM POENA, SED FAENUS UBERIUS IUSTA RATIONE SORTIS PROMITTITUR. SI TAMEN POST MORTEM CREDITORIS NEMO FUIT CUI PECUNIA SOLVERETUR, EIUS TEMPORIS INCULPATAM ESSE MORAM CONSTITIT: IDEO SI MAIORES USURAE PRIORIBUS PETANTUR, EXCEPTIO DOLI NON INUTILITER OPPONETUR.

Se incurre en la estipulación de intereses aunque no se reclame judicialmente del deudor. No parece nula la estipulación de intereses redactada bajo la condición de “si no se hubieran pagado otros intereses menores en su día”, pues no es una pena lo que se promete, sino un interés mayor en justa proporción con el capital. Si al morir el acreedor no hay a quien pagar, consta que la mora de ese tiempo es sin culpa; por ello si se reclaman intereses mayores que los primeros, se opondrá útilmente la excepción de dolo.

²⁹⁰ GROSSO G, Contenuto e requisiti de la prestazione. Obbligazioni alternative e generiche (Torino 1966) pag.119 “Anche a proposito della condizione si distingue dalla condizione meramente potestativa, *si volueris*, la condizione consistente in una valutazione del debitore, riducibile all’ *arbitrium boni viri*.”

Estamos ante un caso difícil de explicar, se puede incurrir en la estipulación de pagar intereses²⁹¹ aunque no se reclame judicialmente. No parece nula la estipulación de intereses que incluya la condición “si no se hubiesen pagado otros intereses menores en su día”, porque no tiene un carácter penal sino, una retribución mayor en función del capital. Si muere el acreedor y no se puede pagar a nadie (habría que suponer que no hay herederos), la mora es sin culpa y por tanto, si se reclaman intereses de demora se podrá oponer la excepción de dolo.

Cláusula “si no se hubieran pagado otros intereses menores en su día” que se introducía en la estipulación de intereses que se realizaba junto a un mutuo²⁹², es interesante que lo diferencie de una pena añadida, es una retribución superior. En el fondo del supuesto el jurista toma el ejemplo de que el acreedor muere y no hay a quien pagar, la mora de acreedor es sin culpa. **Desde el punto de vista de la forma, esta “condición” que se incluye no hace que la estipulación de intereses sea nula. Se tratan problemas de la teoría general de la obligación de la determinación de los intereses y de si se pueden reclamar en caso de mora del acreedor²⁹³ por causa de muerte (la posibilidad de la consignación para quedar liberado de riesgo así como de la eventual obligación de pagar los intereses).**

D.22, 1, 12,0 PAUL. 4 RESP.

SEIA MUTUAM PECUNIAM ACCEPIT A SEPTICIO: DE USURIS ITA
CONVENIT: NISI SUA QUAQUE DIE USURAE SUPRA SCRIPTAE

²⁹¹ HERRERA BRAVO, R *Usurae*. Problemática jurídica de los intereses en derecho romano Universidad de Jaén 1997. Pag.117 “ La problemática de los intereses en las fuentes jurídicas romanas , se agrupa de una forma incidental y careciendo de toda sistematica : Por lo cual en términos generales deducimos que la jurisprudencia asume la cuestión de las *usurae*, desde una perspectiva casuística. Incluso en obras de naturaleza sistemática como las Instituciones de Gayo, su acercamiento al tema de las *usurae* carece de toda ordenación sistemática.”

²⁹² TALAMANCA M, *Istituzioni di diritto romano* (Milano 1990) pag.545 “l’obbligazione di pagare gli interessi aveva carattere accessorio rispetto a quella relativa al capitale, sia che l’operazione creditizia fosse stata versata nella *stipulatio*, sia che la *stipulatio usurarum* accompagnasse un contrato reale di mutuo. Le *usurae* correvano nei limiti in cui continuava ad esistere l’obbligazione per la sorte: si estinguevano *ipso iure* nel caso di novazione, ma non quello della *litis contestatio*, la quale aveva, rispetto ad esse, valore conservativo.”

²⁹³ TALAMANCA M, *Istituzioni di diritto romano* (1990) pag. 656 y ss; HERRERA BRAVO R, *Usurae* : problemática jurídica de los intereses en derecho romano. Universidad de Jaén 1997 “en relación a la mora creditoris, dos efectos son dignos de resaltar: por un lado con la mora del acreedor cesan los intereses de demora; por otro, el deudor puede quedar liberado de la obligación , ofreciéndose solamente a efectuar la prestación y llevando a cabo en un lugar público y con determinadas formalidades, el

EXSOLVERENTUR VEL POST TERTIUM MENSEM, TUNC IN MAIORES USURAS SEIA TENERETUR, ET DEINCEPS PER SINGULAS PENSIONES, SI CONDICIONE DATA USURAE NON SOLVERENTUR, EA CONDICIO OBSERVARETUR, DONEC OMNIS SUMMA DEBITA HOC NOMINE EXSOLVERETUR. QUAERO, AN HAEC VERBA " **ET DEINCEPS PER SINGULAS PENSIONES CONDICIONE DATA USURAE NON SOLVANTUR, EA CONDICIO OBSERVARETUR**" EO PERTINEANT, UT, QUAMVIS COMMISSA SIT FORTE PRIMA STIPULATIO, NON TAMEN IN AMPLIOREM QUANTITATEM USURARUM CONVENIRI POSSIT QUAM EIUS PENSIONIS NOMINE, QUAE EGRESSA EST DIEM PRAESTITUTUM. PAULUS RESPONDIT PLURES CONDICIONES CONTINERE EAM STIPULATIONEM, QUAE DE GRAVIORIBUS USURIS PRAESTANDIS SUBIECTA EST, ID EST UT PER SINGULAS PENSIONES CONDICIO INSPECTARETUR NON ILLATARUM SUIS TEMPORIBUS LEVIORUM USURARUM: ET IDEO POSSE EVITARI POENAM SEQUENTIUM PENSIONUM.

Seya recibe de Septicio un préstamo con el siguiente convenio de intereses “si no se pagan en su día, los intereses o después del tercer mes, entonces se podrán exigir de Seya unos intereses mayores, y a partir de ese momento si los intereses periódicos no se pagan según la condición puesta se observará aquella condición hasta quedar pagada totalmente la suma debida por ese concepto” El jurista pregunta si aunque se haya incumplido la primera estipulación, no puede reclamarse más intereses que los correspondientes al plazo incumplido. Paulo responde que la estipulación que se adhiere para incrementar los intereses, contiene distintas condiciones de manera, que en cada periodo se tienen en cuenta los intereses inferiores que no se pagaron en su momento para que pueda evitarse el incremento o pena en los siguientes periodos.

El fragmento trata de establecer reglas sobre la liquidación de intereses.

depósito de la suma debida. Igualmente con el depósito de la cantidad adeudada, cesa el devengo de intereses.”

Reproducción parcial de una condición incluida en una estipulación de intereses que se adhiere a un mutuo²⁹⁴. **“y a partir de ese momento, si los intereses periódicos no se pagaran según la condición puesta, se observará aquella condición”**. Esta cláusula incluida en la estipulación de intereses no ofrece más problemas en cuanto a la forma.

En cuanto al fondo, es un texto interesante, el jurista establece que sólo se pueden reclamar intereses de plazos que se hayan incumplido²⁹⁵. Y que en cada periodo se atiende a los intereses menores que no se pagaron en su momento de manera que se puede evitar el incremento en los siguientes.

Lenel²⁹⁶ coloca el fragmento en el libro 4 de *Responsorum* bajo el epígrafe *Si certum petetur*.

3.6.3. Relativas a la devolución de la dote

D.24, 3, 45,0 PAUL. 6 QUAEST.

GAIUS SEIUS AVUS MATERNUS SEIAE NEPTI, QUAE ERAT IN PATRIS POTESTATE, CERTAM PECUNIAE QUANTITATEM DOTIS NOMINE LUCIO TITIO MARITO DEDIT ET INSTRUMENTO DOTALI HUIUSMODI PACTUM ET STIPULATIONEM COMPLEXUS EST: " **SI INTER LUCIUM TITIUM MARITUM ET SEIAM DIVORTIUM SINE CULPA MULIERIS FACTUM ESSET, DOS OMNIS SEIAE UXORI VEL GAIO SEIO AVO MATERNO REDDERETUR RESTITUERETURQUE**". QUAERO, CUM SEIUS AVUS MATERNUS STATIM VITA DEFUNCTUS SIT ET SEIA

²⁹⁴ HERRERA BRAVO, R. *Usurae*: Problemática Jurídica de los intereses en derecho romano. Universidad de Jaén 1997 pag.68 El autor siguiendo a D'ORS considera "aunque el mutuo sea gratuito en sí mismo, suele hacerse con interés, mediante la estipulación de intereses y por eso es frecuente que se formalice una estipulación única que comprende a la vez la devolución del capital prestado y el pago de los intereses. La obligación de restituir la cantidad prestada y estipulada no se funda sólo en la datio, sino también en la promesa estipulatoria; la obligación es única pero con una doble causa (*re et verbis*).

²⁹⁵ GUARINO A, *Diritto Privato Romano* 12ed. (2001) pags 799 y ss. "una interesante applicazione della *stipulatio* era anche la *stipulatio usurarum*, con la quale si stabilivano, in relazione ad altro contratto (principalmente al *mutuum* che era essenzialmente gratuito), gli interessi a carico del debitore. Il nudo pactum *de praestandis usuris* era nullo: pertanto vigeva la regola "*pecuniae quidem creditae usuras nisi in stipulationem deductas non debent*". Para superar el inconveniente de la gratuidad del mutuo era necesario concluir separadamente una *stipulatio usurarum* o bien novar la obligación con una *stipulatio* que comprendiese el capital y los intereses *stipulatio sortis et usurarum*.

²⁹⁶ LENEL O, col. 1228 vol. I.

POSTEA SINE CULPA SUA DIVORTERIT VIVO PATRE SUO, IN CUIUS POTESTATE EST, AN ET CUI ACTIO EX HOC PACTO ET STIPULATIONE COMPETAT ET UTRUM HEREDI AVI MATERNI EX STIPULATU AN NEPTI. RESPONDI IN PERSONA QUIDEM NEPTIS VIDERI INUTILITER STIPULATIONEM ESSE CONCEPTAM, QUONIAM AVUS MATERNUS EI STIPULATUS PROPONITUR: QUOD CUM ITA EST, HEREDI STIPULATORIS, QUANDOQUE DIVORTERIT MULIER, ACTIO COMPETERE VIDETUR. SED DICENDUM EST SEIAE POSSE DOTE SOLVI (QUAMVIS ACTIO EI DIRECTO NON COMPETAT), AC SI SIBI AUT ILLI DARI AVUS STIPULATUS ESSET. SED PERMITTENDUM EST NEPTI EX HAC AVITA CONVENTIONE, NE COMMODO DOTIS DEFRUDETUR, UTILEM ACTIONEM: FAVORE ENIM NUPTIARUM ET MAXIME PROPTER AFFECTIONEM PERSONARUM AD HOC DECURRENDUM EST.

Se trata de un instrumento dotal que contiene un pacto y estipulación. Trasposición al estilo indirecto de lo que debió prometerse.

Gayo Seyo, abuelo materno de Seya que estaba bajo la potestad de su padre, le concede una dote adventicia pero incluye una estipulación de restitución (*dos recepticia*), al morir el estipulante, y divorciarse Seya, sin culpa, en vida de su pater familias. El texto trata de aclarar si la devolución corresponde al heredero del abuelo materno o a la nieta, el jurista piensa que la acción corresponde al heredero del estipulante, pero estima a Seya como una persona válida para realizar el pago o devolución e incluso le concede una acción útil.

En cuanto al fondo, se trata de la aplicación del principio de *alteri stipulari nemo potest*, precisamente una de las excepciones a este principio es el pacto dotal a favor de la mujer. Hay un aspecto del régimen jurídico que hace referencia a la ineficacia parcial (la referencia a la nieta es incorrecta) pero se admite el pacto con una relevancia pretoria.

En cuanto a la forma, observamos un pacto dotal reforzado²⁹⁷ con una estipulación. Se tiene en cuenta el caso de devolución de la dote “si se produjera el divorcio entre Lucio Ticio, su marido y Seya, sin culpa de esta se devolverá y restituirá la dote entera a la mujer o a Gayo Seyo su abuelo materno”. El fragmento no plantea más problemas desde el punto de vista de la estructura jurídica.

El jurista considera siguiendo los principios típicos de la estipulación que la acción de restitución corresponde al heredero del estipulante (abuelo) pues ha estipulado para si, mientras que a Seya se le puede hacer el pago. Al final del texto, permite una acción útil²⁹⁸, eficacia pretoria, para superar la posible rigidez de la estipulación. También la estipulación se flexibiliza por la actuación pretoria.

D.24, 3, 56,0 PAUL. 6 AD PLAUT.

SI QUIS SIC STIPULETUR A MARITO: " SI QUO CASU TITIA TIBI NUPTA ESSE DESIERIT, DOTE M DABIS?" HAC GENERALI COMMEMORATIONE ET AB HOSTIBUS CAPTA EA COMMITTETUR STIPULATIO VEL ETIAM SI DEPORTATA FUERIT VEL ANCILLA EFFECTA: HAC ENIM CONCEPTIONE OMNES HI CASUS CONTINENTUR. PLANE QUANTUM VENIAT IN STIPULATIONE, UTRUM QUASI MORTUA SIT AN QUASI DIVORTIUM FECERIT? HUMANIUS QUIS ID COMPETERE DIXERIT, QUOD PROPTER MORTEM CONVENIT

²⁹⁷ BONFANTE P, Corso di Diritto Romano I (famiglia) (Milano 1963) pag.435 y ss El autor cuando habla de los pactos dotales explica : “I Romani dichiarano ripetutamente che dalla convenzione son scaturisce azione a favore di un terzo, se non quando il terzo stipuli personalmente in proprio nome o succeda nella stipulazione. Pertanto si sconfina pienamente dal contratto, allorché è permesso al padre costituente di pattuire la restituzione ai nipoti in caso di morte della figlia, ovvero alla figlia stessa, indipendentemente dalla successione ereditaria”. Bonfante confirma (en función del lenguaje, del estilo y de la gramática) la interpolación afirmada por FABRO a partir de *sed permittendum est*.

²⁹⁸ GIUFFRÉ V, L'utilizzazione degli atti giuridici mediante conversione in diritto romano. Napoli (1965). pag 287 “Il processo sanante è quello della conversione. Il patto a favore di terzo, che Paolo qualifica esplicitamente inutile, viene fatto valere, in più ristretti limiti d'efficacia, come indicazione di terzo alternativamente legittimato a ricevere il pagamento.”; VALIÑO E, *Actiones utiles*. Pamplona. Univ. Navarra. 1974 “la estipulación en estos casos no es absolutamente inútil sino por el contrario, como recuerda el pasaje, la nieta puede recibir válidamente la restitución de su ex-marido que así se libera de su obligación, pero lo que no puede hacer es reclamar la devolución, puesto que para este contenido la estipulación es ineficaz para un *adiectus solutionis gratia* como es la nieta. En las siguientes líneas, los compiladores modifican el texto concediendo una acción útil a la nieta al lado de un planteamiento clásico de la estipulación formal exclusivamente operante entre los que intervinieron en el acto y por consiguiente ineficaz para los terceros.”

Si se estipula del marido diciendo “¿darás la dote en caso de que Ticia deje de ser tu mujer?”, con esta redacción general se incurre en la estipulación también si cae ella prisionera de los enemigos, o si hubiese sido deportada o hecha esclava: con tal redacción se contiene todos estos sucesos. Claro que se puede preguntar si se podrá reclamar por la estipulación como si hubiese muerto o como si se hubiese divorciado, y sería más humanitario decir que como en caso de muerte.

Se incluye una cláusula de restitución de la dote con una redacción amplia “¿devolverás la dote en caso de que Ticia deje de ser tu mujer?”, se incurre en esta cláusula no sólo por divorcio que es el supuesto que seguramente motivó la inclusión de la cláusula de restitución, sino también por ejemplo, en caso de deportación²⁹⁹, de que se convierta en esclava, en prisionera de guerra³⁰⁰. En estos casos el jurista dice que es más correcto reclamar como si se hubiera muerto que como si se hubiera divorciado.

Se establece una condición para la devolución de la dote: “en caso de que Ticia deje de ser tu mujer”. Un pacto de restitución de la dote se reviste de la forma de estipulación. En este caso el jurista no olvida el verbo, hay una *interrogatio* completa. Y se pregunta por la redacción general de la misma (ampliando el caso de divorcio y muerte) para evitar problemas de sí, se incurre o no en la estipulación y como se reclamará.

En cuanto a la forma, vemos como la redacción general de las estipulaciones ayuda también a la flexibilización de las mismas pero presenta problemas de interpretación³⁰¹ y es paradójico en este sentido que en un contrato de derecho

²⁹⁹ BONFANTE P, Corso di diritto romano I (Milano 1963) pag.331 Al referirse a la deportación “Più delicata , ma a ben guardare, non ardua è la posizione delle cose circa la *capitis de minutio media*. Anche qui l’antico diritto doveva logicamente riconoscere lo scioglimento del matrimonio, venendo a mancare il *connubium* . Che non può sussistere se non tra i cittadini romani: che così fosse appare da ricordi incidentali in leggi varie del *Corpus Iuris*.”

³⁰⁰ URSO P, Il matrimonio del prigionero in diritto romano. S.D.H.I. 58 pag. 85 (1992) ”La restituzione della dote in diritto classico, poteva essere richiesta o con la *actio rei uxoriae* o con la *actio ex stipulatu*; in questo secondo caso, quando cioè la restituzione della dote aveva costituito l’oggetto di una particolare convenzione, si aveva, scrive il Bonfante una azione di stretto giudizio, nella quale non si poteva tener conto se non di ciò che era stato stipulato. Si quindi Paolo sostiene che il marito deve restituire la dote *recepticia* al momento della prigionia della moglie, in conseguenza che a causa della prigionia la donna “*nupta esse desierit*”, cioè il matrimonio si è sciolto.”

³⁰¹ La interpretación de los textos seleccionados excede de los objetivos de nuestro trabajo aunque el contacto con los textos siempre suponga que se impliquen de forma indirecta éste tipo de cuestiones. Vease el trabajo de DOBBERTIN M, Zur Auslegung der Stipulation im klassischen Römischen Recht (1987).

estricto se haga referencia al término *humanitor* para justificar la interpretación de Paulo.

3.6.4. Carácter inmoral.³⁰²

D.45, 1, 61,0 IUL. 2 AD URS. FEROCEM.

STIPULATIO HOC MODO CONCEPTA: " **SI HEREDEM ME NON FECERIS, TANTUM DARE SPONDES?**" INUTILIS EST, QUIA CONTRA BONOS MORES EST HAEC STIPULATIO

No tiene efecto la estipulación de “¿prometes dar tanto si no me hubieras nombrado heredero?”, pues tal estipulación es inmoral.

La *interrogatio* completa contiene una condición³⁰³ “si no me hubieras nombrado heredero” encerrada correctamente desde el punto de vista de la forma por el verbo *spondes*. Del contenido de la estipulación, no se puede obviar la referencia a la condición, con lo que esta, es de carácter **inmoral** (*contra bonos mores*), y por tanto toda la estipulación ineficaz³⁰⁴.

D.45, 1,108,0 IAV. 10 EPIST.

A TITIO ITA STIPULATUS SUM: " **SI QUA MIHI NUPSERIT, DECEM DOTIS EIUS NOMINE DARE SPONDES?**" QUAEREBATUR, AN CONSISTAT TALIS STIPULATIO. RESPONDIT: SI STIPULANTI MIHI DOS ITA PROMISSA EST: " **QUAMCUMQUE UXOREM DUXERO, DOTIS EIUS NOMINE DECEM DARE SPONDES?**", NIHIL IN CAUSA EST, QUARE EA PECUNIA CONDICIONE EXPLETA NON DEBEATUR: NAM CUM CONDICIO ETIAM EX INCERTAE PERSONAE FACTO

³⁰² También podría considerarse D.45,1,97,2 Cels.26 Dig en el apartado de objeto inmoral

³⁰³ PASTORI F, Il negozio verbale in diritto romano. (Bologna 1994) pag.285 “Giuliano ritiene invalida perché *contra bonos mores* la *stipulatio* così redatta, in quanto contrastante con la libertà testamentaria. Una opinione ribadita da *Codex* 8,38,4 a proposito di un documento che contiene una stipulazione riguardante una successione futura, essendo *inutiles* perché *contra bonos mores*, tutti gli accordi successori contenuti in *stipulazione* o in pattuizioni.

³⁰⁴ SACCONI G, Richerche sulla *stipulatio* pag.141 La autora contra la opinión mayoritaria de la romanística (que considera que en este caso la *stipulatio* es válida *iure civili* pero ineficaz *iure honorario*)

PARERE OBLIGATIONEM POSSIT, VELUTI " SI QUIS IN CAPITOLIUM ASCENDERIT, DECEM DARE SPONDES?" " SI QUIS A ME DECEM PETIERIT, TOT DARE SPONDES?", CUR NON IDEM ET IN DOTE PROMISSA RESPONDEATUR, RATIO REDDI NON POTEST.

He estipulado de Ticio en esta forma: “si alguna mujer se casara conmigo ¿me prometes dar diez mil sestercios como dote de ella?”. Se preguntaba si valía tal estipulación. Respondió: si yo estipulo, y se me promete una dote diciendo “¿me prometes dar diez mil sestercios en dote de cualquier mujer con la que me hubiera casado?” no hay razón para que no se deba esa cantidad al cumplirse la condición, pues siendo así que una condición depende del acto de una persona indeterminada puede producir una obligación, como “si alguien subiera al Capitolio ¿me prometes dar diez mil sestercios” o “si alguien me reclamara diez mil sestercios ¿me prometes dar otros tantos?”, no hay razón para no decir lo mismo también en el caso de la promesa de una dote.

Se estipula de Ticio una cantidad como dote para el caso de que una mujer se casara con el estipulante. Esta estipulación es válida si se refiere a cualquier mujer con la que se hubiese casado, porque la condición depende del acto de una persona indeterminada como “si alguien sube al Capitolio ¿prometes darme diez mil sestercios?”

Esta *interrogatio* completa desde el punto de vista de la forma no presenta problemas. Sin embargo se plantea si se trata de una estipulación de carácter inmoral o en relación a sujetos no suficientemente determinados. En función de la forma como se ha formulado la condición “si alguna mujer se casara conmigo” depende del acto de una persona indeterminada, la *interrogatio* es válida como otras “si alguien subiese al Capitolio, ¿me prometes dar diez mil sestercios?”. **Es decir si la determinación de la condición depende de una persona ajena a la relación obligatoria, se admite la estipulación.**

3.6.5. Condición imposible negativa

cree que las condiciones *contra bonos mores* incluidas en un pacto o *stipulatio* son nulas. Suponemos que la fundamentación está en la utilización de *inutilis*.

D.45, 1, 7,0 ULP. 6 AD SAB.

IMPOSSIBILIS CONDICIO CUM IN FACIENDUM CONCIPITUR,
STIPULATIONIBUS OBSTAT: ALITER ATQUE SI TALIS CONDICIO
INSERATUR STIPULATIONI " **SI IN CAELUM NON ASCENDERIT**":
NAM UTILIS ET PRAESENS EST ET PECUNIAM CREDITAM CONTINET

La condición imposible, cuando es positiva, impide que valga la estipulación, a diferencia de si se introduce como negativa en esta forma: “si no subiera al cielo”, pues entonces vale la obligación desde el primer momento, como crédito de cantidad.

Según Ulpiano, la condición imposible positiva³⁰⁵ tiene como consecuencia que la estipulación es nula mientras que la condición imposible³⁰⁶ negativa no afecta a la validez de la estipulación que es exigible desde el primer momento.

Desde un punto de vista lógico al referirse a hechos imposibles que no pueden suceder, no quedaría afectada la estipulación.

Este fragmento de una *interrogatio* parcial recoge lo que la doctrina denomina condición impropia, es decir en realidad no estamos ante una condición porque falta alguno de los elementos que las definen, entre ellas encontramos las condiciones imposibles³⁰⁷, las condiciones *iuris*, las condiciones tácitas, etc.. Con relación al las reglas que existen sobre la materia como en D.35,1,3 (Ulp. 6 ad Sabino) creo que no tendrían un valor general que se trataría más bien de una aplicación tópica y no normativa estricta. Según Ulpiano la condición imposible negativa, "**SI IN CAELUM NON ASCENDERIT**" es posible insertarla en una estipulación sin que afecte a su validez.

³⁰⁵ TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano (Milano 1990) pag.255 “Alla nullità del negozio in seguito all’apostazione di una condizione impossibile v’è una sola eccezione, maturatasi all’interno della scuola sabiniana nei primi decenni del I sec. d.-c. Nelle disposizioni di ultima volontà, la condizione impossibile si considera come non apposta.”

³⁰⁶ TALAMANCA M, Istituzioni di diritto privato (Milano 1990) pag.224 “La possibilità può essere giudicata in base a due parametri: quello della realtà naturale, e quello dell’ordine giuridico.”

³⁰⁷ La doctrina distingue las condiciones imposibles según si afectan a actos *inter vivos*, o bien a actos *mortis causa*. Sobre la condición imposible vease, CONSENTINI ,*Conditio impossibilis*, Milan (1952); MAC CORMACK, Impossible conditions RIDA, 21 (1974) pag. 263 y ss.

Lenel³⁰⁸ sitúa el fragmento en los comentarios de Ulpiano a Sabino, en el libro 6, bajo el epígrafe de Testamentis, y lo compara con las condiciones imposibles incluidas en testamento.

3.6.6. Transmisibilidad de las deudas pendiente la condición

D.45, 1, 57,0 IUL. 53 DIG.

SI QUIS " SI TITIUS CONSUL FACTUS ERIT, DECEM DARI"
SPOPONDERIT, QUAMVIS PENDENTE CONDICIONE PROMISSOR
MORIATUR, RELINQUET HEREDEM OBLIGATUM.

Si alguien estipula “que se de diez mil sestercios si Ticio llega a ser cónsul” aunque el promitente muera pendiente la condición, su heredero queda obligado.

Por lo que hace al contenido de la obligación de dar de carácter fungible, se transmite a los herederos.

Con relación a la forma, este texto incluye una condición “*Si Titius consul factus erit*” que esta cerrada por un verbo “*dari*” aunque no incluye el verbo estipulatorio en lenguaje directo porque lo encontramos a continuación.

Mientras está pendiente la condición³⁰⁹, la obligación de dar de carácter fungible, como ya hemos venido viendo, se transmite a los herederos.

Lenel coloca este fragmento el primero del libro *De Stipulationibus*, creemos que no se trata de una cuestión en concreto sino de un principio aplicable a las estipulaciones.

D.23, 4, 23,0 AFR. 7 QUAEST.

³⁰⁸ LENEL O, col.1034 vol. II.

³⁰⁹ MASI A, Studi sulla condizione nell diritto romano. Univ. Roma. Milano Giuffé (1966) pag.21 Se ha sostenido que el problema de la sucesión en la relación condicionada fue una cuestión de gran debate. Más que una disputa de escuela, se debe pensar viendo las fuentes que estamos ante un esfuerzo que no encuentra la unanimidad entre los distintos juristas.; TALAMANCA M , Istituzioni di diritto romano (Milano 1990) pag. 259 “ Nei negozi obbligatori, l problematica della salvaguardia degli interessi del creditore sotto condizione sospensiva assume un’importanza marginale. Per gli altri aspetti, si può notare, anche qui, la presenza di soluzioni pratiche differenziate in ordine alla retroattività ed all’irretroattività, in quanto nei negozi *inter vivos* (e soprattutto nella *stipulatio*) le soluzioni sembrerebbero ispirate alla retroattività, en el *legatum per damnationem* invece all’irretroattività.”

PATER CUM FILIAE SUAE NOMINE DOTE DARET, PACTUS EST, UT MORTUA FILIA UNO PLURIBUSVE LIBERIS SUPERSTITIBUS DEDUCTA PARTE TERTIA RELIQUA DOS SIBI AUT POST MORTEM SUAM ILLI AUT ILLI FILIIS QUOS IN POTESTATE HABEBAT REDDATUR: DEINDE HAEC ITA FIERI STIPULATUS EST: POST MORTEM EIUS MULIER IN MATRIMONIO DECESSERAT RELICTIS FILIIS: QUAESITUM EST, AN EX STIPULATIONE DUAS PARTES ILLI PETERE POSSINT. RESPONDI POSSE: ETENIM VIM EIUS STIPULATIONIS HANC ESSE, UT, SI IN MATRIMONIO MORTUA ESSET, DOS PATRI REDDERETUR, ET PERINDE HABENDUM, AC SI TALIS STIPULATIO INTERPOSITA FUISSET: " **SI NAVIS EX ASIA VENERIT, MIHI AUT POST MORTEM MEAM LUCIO TITIO DARI SPONDES?"** NAM ET SI POST MORTEM STIPULATORIS NAVIS VENISSET, HEREDI DEBERI.

Un padre, al dar la dote en nombre de su hija, pactó que, si moría la hija, dejando vivos uno o más hijos, se deduciría una tercera parte y se le restituiría lo restante, o, después de su muerte, a tal o cual de los hijos que el tenía en su potestad; y estipuló que así lo haría. Después de morir el padre, falleció la mujer durante el matrimonio y dejó hijos; se preguntó si ellos podrían reclamar en virtud de la estipulación las dos terceras partes. Respondió Juliano que sí podían, porque la estipulación era precisamente de que si ella moría en el matrimonio, la dote se restituyera al padre y es por esto como si se hubiera estipulado diciendo: “¿si hubiese venido la nave de Asia, me prometes darme a mí o a Lucio Ticio después de mi muerte?”, en cuyo caso si volviese la nave después de la muerte del que estipuló, se deberá al heredero.

El texto trata de un supuesto en el que se estipula la restitución de una dote si la mujer muere durante el matrimonio, el jurista aborda el supuesto de que el dotante haya premuerto y lo compara con el caso de que se estipula incluyendo una condición que es precisamente el fragmento recogido en lenguaje directo “¿si hubiese venido la nave de Asia, me prometes darme a mí o a Lucio Ticio después de mi muerte?”. Se plantea el

problema de la transmisibilidad de las relaciones condicionales intervivos³¹⁰ y el principio *obligatio ab heredis persona incipere non potest*, aquí no se infringe porque hay un estado de pendencia.

Encontramos recogido en lenguaje directo una *interrogatio* completa. La condición³¹¹ “si hubiese venido la nave de Asia” actúa frente (o al estipulante o bien a la muerte del estipulante a Lucio Ticio”. En cuanto a la forma es una *interrogatio* completa que incluye una condición y en cuanto al sujeto activo encontramos un estipulante y un *adiectus solutionis causa*.³¹² En el caso del *adiectus*, el término es más largo que para el estipulante. En el lenguaje directo Africano se separa del problema de fondo tratado. No aparece un heredero, que tratándose de una obligación de dar no tendría problemas en cuanto a la transmisibilidad e incluso en algunos fragmentos se nos dice que sobra el nombre del heredero.

3.6.7. Pluralidad de condiciones en una misma estipulación

D.45, 1, 63,0 AFR. 6 QUAEST.

SI ITA QUIS STIPULETUR: " SIVE NAVIS EX ASIA VENERIT SIVE TITIUS CONSUL FACTUS FUERIT", UTRA PRIUS CONDICIO EXSTITISSET, STIPULATIO COMMITTETUR ET AMPLIUS COMMITTI NON POTEST. SED ENIM CUM EX DUABUS DISIUNCTIVIS CONDICIONIBUS ALTERA DEFECERIT, NECESSE EST, UT EA, QUAE EXSTITERIT, STIPULATIONEM COMMITTAT.

³¹⁰ MASI A, Studi sulla condizione nell diritto romano. Univ. Roma. Milano Giuffé (1966) pag.21 Riccobono argumenta a favor de la intransmisibilidad de la relación obligatoria condicionada. El ius civile no conoce excepciones ni atenuaciones respecto a las convenciones a favor de tercero. La interpretación de la Glosa se basa en dos pasajes seguramente alterados sobre éste punto y por tanto no se permite reconstruir el pensamiento de Africano, pero considera que la solución original debía ser negativa *respondi non posse*. Pero Voci considera que Riccobono no había en modo alguno demostrado la modificación de la segunda parte del texto.

³¹¹ MASI A, Studi sulla condizione nell diritto romano. Univ. Roma. Milano Giuffé (1966).

³¹² TALAMANCA *Alia causa e durior condicio* come limite dell'obbligazione dell' *adpromissor* Studi Grosso 3, Torino (1970) pag.159 Il punto di partenza anche in tema di *adiectio solutionis causa*, sia stato quello dell' *eadem causa*: nei confronti dell' *adiectus* si poteva adempiere la stessa prestazione che nei riguardi del creditore e con le stesse modalità. Si ha qui, pur nella scarsa documentazione testuale, l'attestazione di una diversità di opzioni nella giurisprudenza classica Paolo l.15 quaest. D.46,3,98,4 mentre la validità di un *adiectio*, che preveda un termine più lungo per l' *adiectus* è presupposta da Africano D.23,4,23

Si se estipula con la condición de “que venga la nave de Asia o Ticio llegue a ser cónsul”, se incurre en la estipulación tan pronto se haya cumplido una de las dos condiciones, y no puede volverse a incurrir en ella; más si se frustrara una de las dos condiciones disyuntivas, necesariamente se incurre en la estipulación al cumplirse la otra.

En esta *interrogatio* incompleta se establecen dos condiciones con carácter “disyuntivo” “que venga la nave de Asia o que Ticio llegue a ser cónsul”. En cuanto se cumpla una de las condiciones se incurre en la estipulación. Si una de las condiciones se frustra, entonces se incurre en la estipulación al cumplirse la otra. **Se sigue, en esta cuestión, el mismo régimen de las obligaciones alternativas**³¹³.

En cuanto a la forma observamos la formulación "**SIVE NAVIS EX ASIA VENERIT SIVE TITIUS CONSUL FACTUS FUERIT**", en la cual no se muestra ninguna diferencia de tratamiento entre las dos condiciones la primera que se cumpla tiene como efecto que se incurre en la estipulación.

D.45, 1,129,0 SCAEV. 12 QUAEST.

SI QUIS ITA STIPULATUS FUERIT: " **DECEM AUREOS DAS, SI NAVIS VENIT ET TITIUS CONSUL FACTUS EST?**" NON ALIAS DABITUR, QUAM SI UTRUMQUE FACTUM SIT. IDEM IN CONTRARIUM: " **DARE SPONDES, SI NEC NAVIS VENIT NEC TITIUS CONSUL FACTUS SIT?**" EXIGENDUM ERIT, UT NEUTRUM FACTUM SIT. HUIC SIMILIS SCRIPTURA EST: " **SI NEQUE NAVIS VENIT NEQUE TITIUS CONSUL FACTUS EST?**" AT SI SIC: " **DABIS, SI NAVIS VENIT AUT TITIUS CONSUL FACTUS SIT?**" SUFFICIT UNUM FACTUM. ET CONTRA: " **DABIS, SI NAVIS NON VENIT AUT TITIUS CONSUL FACTUS NON EST?**" SUFFICIT UNUM NON FACTUM.

³¹³ GROSSO G, *Obbligazioni Contenuto e requisiti della prestazione obbligazioni alternative e generiche*. Torino 1966 El autor distingue las obligaciones condicionales de las obligaciones alternativas : “E stato giustamente osservato che nella obbligazione condizionale è incerto se il vincolo verrà in essere (n`esso sorge fino al verificarsi della condizione), mentre nell`obbligazione alternativa non è incerto se il debitore sarà o meno tenuto a prestare (e il vincolo già sussiste) ma solo che cosa formerà oggetto della sua prestazione”.

Si se hubiera estipulado “¿das diez áureos si llega la nave y Ticio es nombrado cónsul?”, no deberá dar el promitente más que si se han cumplido ambos hechos. Asimismo, si es negativa la condición: “¿prometes dar sino llega la nave ni Ticio es nombrado cónsul?” habrá que exigir que ninguno de ellos haya ocurrido . Similar es la forma “si ni llega ni Ticio es nombrado cónsul”; más si se dice “¿darás si la nave no llega o Ticio no es nombrado cónsul?” basta que no suceda uno de los dos hechos.

Si se estipulan dos condiciones unidas por *et*, el promitente sólo debe pagar si se han cumplido las dos. Si las condiciones son negativas hay que esperar a que no pase ninguno de los dos hechos. Si lo que se establecen son dos condiciones pero en forma disyuntiva utilizando *aut* como sinónimo de “o bien”, basta que se cumpla una de las condiciones para que el promitente tenga que pagar; si se establecen con carácter disyuntivo negativo es suficiente que no se produzca uno de los hechos para incurrir en la estipulación.

Es interesante este texto, al igual que el anterior, porque en función de la forma ³¹⁴ que se utilice para establecer dos condiciones, se producen consecuencias jurídicas distintas en cuanto al vencimiento de la obligación.

En el primer fragmento de lenguaje directo la condición se establece con carácter cumulativo “*si navis venit et Titius consul factus est*”. Para incurrir en la estipulación se deben producir ambas conductas.

No parece importar al jurista que las condiciones no estén encerradas por un verbo estipulatorio, creemos como ya hemos dicho reiteradamente que se trata de una cuestión de estilo que se da por sobreentendida al recogerse con anterioridad “*si quis ita stipulatus fuerit*”.

En el siguiente fragmento de lenguaje directo se establece la misma estructura estipulatoria pero las condiciones tienen carácter negativo, “*Dare spondes, si nec navis*

venit nec Titius consul factus sit?” Sin embargo la consecuencia es la misma, debe esperarse a que no se produzcan ambas condiciones para que se pueda incurrir en la estipulación. Al igual que ocurre si se utiliza una fórmula negativa parecida “*si neque navis venit neque Titius consul factum est?*”.

Posteriormente se formula la *interrogatio* con dos condiciones de carácter “alternativo” *aut* “si la nave llega o Ticio es nombrado Consul” “*Dabis, si navis venit aut Titius consul factus sit?*” o en forma negativa “si la nave no llega o Ticio no es nombrado Consul” “*Dabis, si navis non venit aut Titius consul factus non est?*” La consecuencia de esta formulación es que basta con que suceda alguno de los dos hechos, o bien que no pase alguno (si se trata de condiciones negativas) para que se deba.

En cuanto a la forma, habría que señalar también que el jurista, quizás preocupado por el tema de fondo es decir la influencia de la lógica estoica³¹⁵, olvida formular bien las estipulaciones. Creo que el jurista se da cuenta y se intenta justificar introduciendo la formulación correcta y diciendo *similis est*, para dar a partir de ese momento más importancia a la influencia de la lógica que a la forma del problema tratado. (“*Dabis si navis venit aut Titius...*”). Pero ¿podríamos considerar, que sean formulaciones equivalentes puesto que la condición debe estar encerrada por el verbo estipulatorio y, sino, no es válida?

3.6.8. Condición y *fideiussio*

D.46, 1, 72,0 GAI. 3 DE VERB. OBLIG.

SI FIDEIUSSORI SUB CONDICIONE OBLIGATO " SI NAVIS EX ASIA VENERIT", QUEM SUB HOC MODO ACCEPI, UT USQUE AD TEMPUS VITAE SUAE DUMTAXAT OBLIGARETUR, PENDENTE CONDICIONE ACCEPTUM LATUM FUERIT ET IS FIDEIUSSOR ADHUC PENDENTE

³¹⁴ Hay que recordar en este sentido los problemas de indeterminación del lenguaje que son tratados por la lógica estoica, en éste sentido MIQUEL J, “Stoische Logik und römische Jurisprudenz” ZSS 87 pag. 581 (1970).

³¹⁵ MIQUEL J “Stoische Logik und römische Jurisprudenz” ZSS 87 pag. 581 (1970). El autor pone de relieve que este texto es fundamental para construir un cuadrado lógico en la lógica sentencial, si bien ya había aparecido la *figura quadrata* en un contemporáneo de Escévola, este último utiliza la lógica estoica en vez de la aristotélica.

CONDICIONE MORTUUS FUERIT: CONFESTIM A REO PETERE POSSUM, QUIA EXISTENS CONDICIO NEQUE OBLIGATIONEM IN PERSONAM IAM MORTUI EFFICERE NEQUE ACCEPTILATIONEM CONFIRMARE POSSIT.

Acepté para que estuviera obligado sólo hasta su muerte a un fiador que lo era bajo la condición de “si llegara la nave de Asia”; estando pendiente la condición, se canceló la obligación por aceptilación, y este fiador, pendiente todavía la condición, se murió: puedo demandar inmediatamente al deudor principal, porque el cumplimiento de la condición no puede hacer nacer la obligación del que ya había muerto ni confirmar la aceptilación que carecía de firmeza por ser de deuda condicional.

Este caso plantea un supuesto complicado. Desde el punto de vista del fondo, se acepta a un fiador (*fideiussio*³¹⁶ pero limitada a la vida del fiador) bajo una condición³¹⁷; estando pendiente la condición del fiador, se cancela por aceptilación y el fiador se muere. El jurista dice que se puede reclamar³¹⁸ inmediatamente al deudor principal, porque en el caso de que se cumpla la condición ni puede hacer nacer la obligación del fiador muerto ni sirve para la confirmar la aceptilación (que no era válida al tratarse de una deuda condicional).

Con la expresión “sólo hasta su muerte” se evitan los problemas relativos a la transmisibilidad a los herederos.

³¹⁶ MOLLÁ NEBOT, M^aS., Extinción formal de las obligaciones verbales. La *acceptilatio*. Valencia (1993) pag. 168 “es opinión generalizada que en D.46,1,72 se ha utilizado impropriamente en lugar de *sponsor, fideiussor*”.

³¹⁷ MOLLÁ NEBOT M^aS., Extinción formal de las obligaciones verbales. La *acceptilatio*. Univ. de Valencia (1993) Hay que aclarar que la autora distingue entre la *acceptilatio* sometida a condición y la *acceptilatio* condicionada, en función de si el negocio o assetto d’intereses que subyace en la *acceptilatio* fuese condicional (hasta que no se cumpliera la condición la *acceptilatio* no desplegaría sus efectos) o bien se condicione propiamente la *acceptilatio* (no sería posible al tratarse de un acto legítimo), confróntese la pag.157. “Hay otros testimonios jurisprudenciales que prueban la aceptilación como acto condicionado, como son los de Juliano D.36,2,19,3 ;D.18,4,19; Venuleyo: D.46,2,21; Pomponio: D.46,3,16; Ulpiano: D.46,4,13,6.” Y la pag.174 “Asimismo siendo la *acceptilatio* un acto legítimo, se deriva de ello la imposibilidad de que sus efectos queden supeditados a la condición o al término, pues ello contradice este principio de derecho, resultando *nullius est momenti* tal aceptilación”.

³¹⁸ MOLLÁ NEBOT M^aS., op.cit pag. 206 “el efecto liberatorio no es divisible, por tanto la liberación de la obligación no puede serlo en una parte y en otra no”.

El único fragmento que nos aparece en lenguaje directo “*si navis ex Asia venerit*” recoge la condición. Con relación a la forma podemos ver como la *fideiussio* como otras estipulaciones, puede estar condicionada y sometida a término.

D.46, 1, 16,6 IUL. 53 DIG.

CUM FIDEIUSSOR HOC MODO ACCEPTUS ESSET: " **SI REUS QUADRAGINTA, QUAE EI CREDIDI, NON SOLVERIT, FIDE TUA ESSE IUBES?**", VERISIMILE EST ID ACTUM, UT, CUM APPELLATUS REUS NON SOLVISSET, FIDEIUSSOR TENERETUR. SED ET SI REUS, ANTEQUAM APPELLARETUR, DECESSISSET, FIDEIUSSOR OBLIGATUS ERIT, QUIA HOC QUOQUE CASU VERUM EST REUM NON SOLVISSE.

Cuando se sale fiador a la pregunta “¿sales fiador si el deudor no pagara los cuarenta mil sestercios que le presté?”, es lo más probable pensar que se ha convenido que cuando el deudor reclamado deje de pagar, quede obligado el fiador; pues también en este caso sería verdad lo de que el deudor había dejado de pagar.

El jurista plantea un supuesto de subsidiariedad³¹⁹ con relación a una fianza estipulatoria. El fiador responderá tanto si el deudor principal no paga como si el deudor principal se muere. Asimismo vemos que, para que se aplique el principio de subsidiariedad hemos de encontrarnos ante un verdadero deudor, no se aplicaría en el caso de la existencia de un *adiectus solutionis causa*, legitimado únicamente para aceptar el pago.

Se formula en lenguaje directo una *interrogatio* de garantía que contiene una oración condicional “sales fiador si el deudor no pagara los cuarenta mil sestercios que le presté”, de manera que a través de esta forma se consigue la característica de la

³¹⁹ Vease FLUME Studien zur Akzessorietät der röm. Bürgschaftsstipulationem. Weimar (1932); NOCERA Insolvenza e responsabilità sussidiaria nel diritto romano. Roma (1942) ; TALAMANCA M, *Fideiussione*. Enciclop. del Diritto, 17 (1968) pag.332 “In origine il garante doveva limitarsi a promettere l’*idem* del debitore principale: ossia egli doveva obbligarsi in eandem causam. Si ritiene in dottrina che la prima eccezione a questo principio originario fosse introdotta nel senso che il garante potesse obbligarsi a termine o sotto condizione mentre l’obbligazione principal era pura”.

subsidiariedad, una vez cumplida la condición “si, el deudor no paga los cuarenta mil que le presté” se incurre en la estipulación *fideiussoria*. La condición incorporada en la estipulación es una condición supensiva³²⁰ con lo que mientras pende el hecho eventual, es incierto si se produzcan o no los efectos de la *fideiussio*.

La misma oración condicional sirve para delimitar el contenido de la obligación del *fideiussor* que no se vuelve a repetir. **Como siempre que se incluye una condición, esta debe aparecer antes que el verbo estipulatorio.**

3.7. EL ESTABLECIMIENTO DE TÉRMINO³²¹

D.45, 1, 46,0 PAUL. 12 AD SAB.

"CENTENSIMIS KALENDIS DARI" UTILITER STIPULAMUR, QUIA PRAESENS OBLIGATIO EST, IN DIEM AUTEM DILATA SOLUTIO.

Estipulamos eficazmente que se dé algo dentro de las cien calendas, porque, aunque la obligación sea actual, el pago de la misma queda aplazado al término fijado.

Se utiliza este texto como un caso “ideal” orientado a la docencia, pues el establecimiento de un término³²² **"CENTENSIMIS KALENDIS DARI"** sirve para explicar las consecuencias de dicho establecimiento (el pago queda aplazado)³²³. Como en muchos otros casos no aparece el verbo estipulatorio.

Lenel³²⁴ sitúa el texto en el libro 12 de los comentarios a Sabino de Paulo, bajo la rúbrica *De verborum obligatione*.

³²⁰ MASI, A Studi sulla condizione in diritto romano (1966) pag.11 y ss.

³²¹ también D.38,1,24 Iul 52 dig. y D.45,1,46,1 Paul. 12 ad Sab. que están tratados en sede de la forma de determinación del objeto; D.45,1,9 pr Pomp.2 ad Sab. en la forma de determinar al estipulante; D.45,1,99,1 Cels. 38 Dig. en la forma de las estipulaciones penales

³²² SOLAZZI, S Sull' obbligazione a termine iniziale, IURA, 1 (1950); GROSSO G, Prospettive in materie di termine iniziale e finale e spunti sistematici di Paolo BIDR, 64 (1961).

³²³ TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano (Milano 1990) pag.261 “Il termine opera in due modi fondamentali: como termne iniziale(termine sospensivo) che fissa il memento in cui hanno inizio gli effetti del negozio (od alcuni fra tali effetti) quando tale momento sia diverso da quello in cui è stato concluso il negozio stesso; e come termine finale (o risolutivo) che fissa il momento in cui gli effetti del negozio debbono cessare.”

D.44, 7, 44,1 PAUL. 74 AD ED. PRAET.

CIRCA DIEM DUPLEX INSPECTIO EST: NAM VEL EX DIE INCIPIT OBLIGATIO AUT CONFERTUR IN DIEM. EX DIE VELUTI " **KALENDIS MARTIIS DARE SPONDES?**" CUIUS NATURA HAEC EST, UT ANTE DIEM NON EXIGATUR. AD DIEM AUTEM " **USQUE AD KALENDAS DARE SPONDES?**" PLACET AUTEM AD TEMPUS OBLIGATIONEM CONSTITUI NON POSSE NON MAGIS QUAM LEGATUM: NAM QUOD ALICUI DEBERI COEPIT, CERTIS MODIS DESINIT DEBERI. PLANE POST TEMPUS STIPULATOR VEL PACTI CONVENTI VEL DOLI MALI EXCEPTIONE SUMMOVERI POTERIT. SIC ET IN TRADENDO SI QUIS DIXERIT SE SOLUM SINE SUPERFICIE TRADERE, NIHIL PROFICIT, QUO MINUS ET SUPERFICIES TRANSEAT, QUAE NATURA SOLO COHAERET.

En el término hay dos aspectos: o la obligación empieza en un término, o es hasta que llega el término; por ejemplo, la estipulación “¿prometes dar en las calendas de marzo?” tiene por efecto que no se puede exigir antes del término; hasta que llega el término, en cambio es cuando se dice “¿prometes dar hasta las calendas?”. Consta que no se puede constituir una obligación hasta la llegada del término, como tampoco un legado, pues lo que ha empezado a deberse sólo deja de deberse por causas determinadas. Claro que el estipulante podrá ser rechazado mediante una excepción de pacto convenido o de dolo malo. Así también en los actos de entrega, cuando uno dice que entrega el suelo sin la edificación no impide con ello que transmita también la edificación, la cual es por naturaleza accesoria del suelo.

Caso típico de la jurisprudencia cautelar, son casos imaginarios dirigidos fundamentalmente a la docencia³²⁵, ejemplos que ponían los juristas para tratar de algún

³²⁴ LENEL O, col. 1285 vol. I.

³²⁵ TALAMANCA M, *Conventio e Stipulatio* nel sistema dei contratti romani. Le droit roman et sa reception en Europa. Varsovia (1978) pag. 241 “Il giurista pone una *duplex inspectio* circa il *dies*, che può essere iniziale o finale. Dopo un acostamento qui non interessa, col trasferimento della proprietà sine superficie, nel 2 il discorso s’incentra , invece sulla *condicio*.”

elemento jurídico en especial. En el supuesto³²⁶, podemos observar la forma de dos *interrogationes* completas una estableciendo un término inicial o suspensivo "**KALENDIS MARTIIS DARE SPONDES?"** (que el jurista también compara con los legados) y otra estableciendo un término final o resolutorio "**USQUE AD KALENDAS DARE SPONDES?"**".

D.45, 1,118,1 PAP. 27 QUAEST.

"**DECEM HODIE DARI SPONDES?"** DIXI POSSE VEL EO DIE PECUNIAM PETI NEC VIDERI PRAEMATURUS AGI NON FINITO STIPULATIONIS DIE, QUOD IN ALIIS TEMPORIBUS IURIS EST (NAM PETI NON DEBET, QUOD INTRA TEMPUS COMPREHENSUM SOLVI [non] POTEST): IN PROPOSITO ENIM DIEM NON DIFFERENDAE ACTIONIS INSERTUM VIDERI, SED QUO PRAESENS OSTENDATUR, ESSE RESPONSUM.

En la estipulación “¿prometes que se me den hoy diez mil sestercios?” he dicho que puede reclamarse la cantidad incluso aquel mismo día, y que no parece precipitado hacerlo antes de terminar el día de la estipulación, como es de derecho en otros plazos, en los que no debe reclamarse lo que todavía [no se] puede pagar en el tiempo señalado, porque en este caso se considera que el término no se ha insertado para diferir la acción sino para manifestar que la obligación es actual.

En la estipulación se inserta un término *hodie*, el jurista plantea el problema de cuando se puede reclamar, en este caso no se incluye ningún plazo, ni siquiera hay que esperar que termine el día de hoy. Según el jurista no se pretende diferir la acción sino manifestar que la obligación es actual.

La *interrogatio* completa “¿prometes que me den hoy diez mil sestercios?” Plantea el posible problema de si se trata un término inicial o bien un término final. Pero el jurista rehuye el problema considerando que la mención de “*hodie*” se limita a resaltar el

³²⁶ GROSSO G, Prospettive in materie di termine iniziale e finale e spunti sistematici di Paolo BIDR, 64 (1961)

carácter actual de la obligación, y no funciona como término. *Hodie* no podría ser calificado como término esto supone un hecho presente y objetivamente cierto.

En cuanto a la forma, encontramos una *interrogatio* completa, que no plantea problemas ya que la estipulación se puede someter a condición y a término, aunque en este caso el jurista interpreta que no funciona como término sino para indicar que la obligación es actual y puede ser exigida desde su formulación.

D.45, 1,141,6 GAI. 2 DE VERB. OBLIG.

TEMPORA VERO DIVERSA DESIGNARI POSSE, VELUTI " **MIHI KALENDIS IANUARIIS AUT TITIO KALENDIS FEBRUARIIS?**" IMMO ETIAM CITERIOREM DIEM IN TITII PERSONAM CONFERRI POSSE, VELUTI " **MIHI KALENDIS FEBRUARIIS, TITIO KALENDIS IANUARIIS?**" QUO CASU TALEM ESSE STIPULATIONEM INTELLEGEMUS: " **SI TITIO KALENDIS IANUARIIS NON DEDERIS, MIHI KALENDIS FEBRUARIIS DARE SPONDES?**"

Pueden señalarse, en cambio términos distintos, como “a mí en las calendas de enero y a Ticio en las calendas de febrero”, o incluso puede ponerse para Ticio una fecha anterior que para mí, por ejemplo “a mí en las calendas de febrero, y a Ticio en las calendas de enero”, en cuyo caso entendemos la estipulación de éste modo: “si no hubieras dado a Ticio en las calendas de enero ¿prometes darme a mí en las de febrero?”

Se plantea la posibilidad de incluir términos distintos en una estipulación, para el caso que intervenga un *adiectus solutionis causa (mihi aut Ticio)*; se estudian distintas posibilidades: si el término puede ser anterior para el estipulante que para Ticio (que es aceptada) o si el término puede ser anterior para Ticio que para el estipulante (aunque al estipulante formalmente lo encontramos antes que a Ticio) en este caso el jurista entiende que la estipulación debe ser “si no hubieras dado a Ticio en las calendas de enero, ¿prometes darme a mí en las de febrero?”

La primera *interrogatio* que encontramos en el texto es formalmente correcta, sin embargo la relación entre los sujetos intervinientes es confusa desde el punto de vista del derecho de obligaciones, no hay solidaridad pero parece que los diferentes sujetos no tienen un régimen igual, ya que creemos que Ticio es un *adiectus solutionis causa*. Desde el punto de vista de la relación activa, no todos tienen la misma posición frente al deudor, el uso de una designación en forma alternativa del acreedor parece que genera regímenes distintos o bien que el régimen jurídico se desarrolla en dos estipulaciones independientes pues no podemos afirmar que haya unidad de vínculo al existir dos términos distintos. **Creemos que estamos ante un estipulante y un *adiectus solutionis causa*, y se pueden pactar términos distintos, lo que se admite sin duda es que el plazo del estipulante sea anterior (también formalmente aparece antes que el *adiectus solutionis causa*) en el caso de que el plazo sea anterior para el *adiectus*, entonces para mantener la estipulación, entendemos que se debe formular como una condición que inicia la estipulación penal independiente "SI TITIO KALENDIS IANUARIIS NON DEDERIS, MIHI KALENDIS FEBRUARIIS DARE SPONDES?". Esta cuestión se entendería desde el punto de vista del lado pasivo de una relación obligatoria pero desde el lado activo no vemos el problema. También podría estudiarse este texto desde el punto de vista de la condición³²⁷.**

3.7.1. Término implícito

D.13, 4, 2,6 ULP. 27 AD ED.

QUI ITA STIPULATUR " **EPHESI DECEM DARI**": SI ANTE DIEM, QUAM EPHESUM PERVENIRE POSSIT, AGAT, PERPERAM ANTE DIEM AGI, QUIA ET IULIANUS PUTAT DIEM TACITE HUIC STIPULATIONI INESSE. QUARE VERUM PUTO, QUOD IULIANUS AIT EUM, QUI ROMAE STIPULATUR HODIE CARTHAGINE DARI, INUTILITER STIPULARI.

³²⁷ TALAMANCA M, "Alia causa" e "durior condicio" come limite dell'obbligazione dell'adpromissor. Studi Grosso 3, Torino (1970) pag. 159 "Così in tema di dies obligationis, mentre non si prospettano difficoltà, quando all'adiectio sia apposto un termine più lungo di quello apposto alla stipulatio, difficoltà vi sono, e sono variamente superate, quando il termine per l'adiectio sia invece più breve. Gaio reinterpreta la stipulatio con adiectus solutionis causa alla stregua di una stipulatio poenae. Ma quello che interessava notare è proprio la necessità di ricorrere a questi artifici per giustificare una soluzione nel senso della validità della clausola che autorizzava a pagare al terzo."

Si se estipula dar diez mil sestercios en Efeso, y se demanda antes de la fecha en que el demandado pudiera llegar a Efeso, es sin derecho como si se hiciera antes del plazo, pues cree Juliano que tal estipulación contiene un término tácito; por lo que me parece exacto lo que dice Juliano de que estipula inválidamente el que estipula en Roma que se le dé hoy mismo en Cartago.

Si se estipula dar diez mil sestercios en Éfeso y se reclama antes de poder haber llegado a Éfeso, es lo mismo que si se reclama antes de un plazo que se haya pactado, porque según Juliano en esta estipulación se contiene un término tácito. Juliano además considera que es inválida la estipulación que se hace en Roma de dar el mismo día en Cártago (hay otros juristas que van más allá y la admiten si antes se han puesto de acuerdo con los *procurators*).

Por razones de estilo, no se vuelve a repetir alguno de los verbos estipulatorios en la *interrogatio* "**EPHESI DECEM DARI**". Se trata del establecimiento de un término implícito³²⁸, de carácter inicial o *ex die*. La relación obligatoria es perfecta, si bien sólo se puede exigir el crédito a la llegada del término en este caso implícito. Podemos apreciar cierta flexibilidad en la *stipulatio*.

D.45, 1,137,2 VEN. 1 STIPUL.

CUM ITA STIPULATUS SUM "**EPHESI DARI?**" INEST TEMPUS: QUOD AUTEM ACCIPI DEBEAT, QUAERITUR. ET MAGIS EST, UT TOTAM EAM REM AD IUDICEM, ID EST AD VIRUM BONUM REMITTAMUS, QUI AESTIMET, QUANTO TEMPORE DILIGENS PATER FAMILIAS CONFICERE POSSIT, QUOD FACTURUM SE PROMISERIT, UT QUI EPHESI DATURUM SE SPOPONDERIT, NEQUE DUPLOMATE DIEBUS AC NOCTIBUS ET OMNI TEMPESTATE CONTEMPTA ITER CONTINUARE COGATUR NEQUE TAM DELICATE PROGREDI DEBEAT,

³²⁸ CORBINO A, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana* Torino (1994) pag .93 "si considera l'elemento intenzionale rilevante ancorché non riversato nei verba utilizzati: si giunge anche a riconoscere implicitamente presenti, secondo la natura dell'accordo che ha generato la *stipulatio*, talore un termine, altre volte una condicio." El autor considera que en este caso se puede dar una condición bajo disfraz o apariencia de términos como ocurren en el caso de *dies incertus an certus quando* y *dies incertus an incertus quando*.

UT REPREHENSIONE DIGNUS APPAREAT, SED HABITA RATIONE TEMPORIS AETATIS SEXUS VALETUDINIS, CUM ID AGAT, UT MATURE PERVENIAT, ID EST EODEM TEMPORE, QUO PLERIQUE EIUSDEM CONDICIONIS HOMINES SOLENT PERVENIRE. EOQUE TRANSACTO, QUAMVIS ROMAE REMANSERIT NEC POSSIT EPHESI PECUNIAM DARE, NIHILO MINUS EI RECTE CONDICETUR, VEL QUIA PER IPSUM STETERIT, QUO MINUS EPHESI DARET, VEL QUONIAM PER ALIUM EPHESI POSSIT DARI VEL QUIA UBIQUE POTEST SOLVERE: NAM ET QUOD IN DIEM DEBETUR, ANTE SOLVI POTEST, LICET PETI NON POTEST. QUOD SI DUPLOMATE USUS AUT FELICI NAVIGATIONE MATURIUS QUAM QUISQUE PERVENERIT EPHESUM, CONFESTIM OBLIGATUS EST, QUIA IN EO, QUOD TEMPORE ATQUE FACTO FINITUM EST, NULLUS EST CONIECTURAE LOCUS.

Cuando he estipulado “dar en Efeso”, se implica en ello un plazo, pero se pregunta cuál, y es mejor dejar esto al juez, es decir, al arbitrio de un hombre recto, que estime en cuanto tiempo puede un diligente cabeza de familia hacer aquello que prometió hacer, de manera que el que prometió dar una cantidad en Efeso no se vea forzado a hacer el viaje con un pase oficial, para ir en el servicio de posta, de día y de noche y sin consideración del tiempo que haga, ni tampoco deba hacerlo tan cómodamente que parezca digno de censura, sino que haga por llegar pronto, habida cuenta del tiempo, la edad, el sexo y la salud, es decir, en el mismo tiempo que la mayoría de las personas de su condición suele emplear; transcurrido el cual, aunque no pueda dar la cantidad en Efeso por no haberse movido de Roma, se le puede demandar no obstante con la condición, sea porque fue por él que no se dio la cantidad en Efeso, sea porque podía hacer que otro la diera en Efeso, sea porque puede pagar en cualquier sitio, pues también lo que se debe en un cierto término puede pagarse antes, aunque no llegue a reclamarse. Y si pudo llegar a Efeso antes que nadie, por servirse de pase oficial para la posta o por haber tenido una navegación favorable, queda obligado a dar la cantidad inmediatamente, pues cuando se ha acabado de hacer lo que exigía un cierto tiempo, ya no hay que pensar en lo que hubiera podido tardarse en hacerlo.

Como en el caso anterior, se establece un término implícito "**EPHESI DARI?**", ésta indeterminación en cuanto al término la resuelve el jurista integrándolo con el criterio de un hombre bueno o bien de un buen padre de familia, estos criterios son más bien propios de los *bona fidei iudicia*, pero se van imponiendo en el ámbito de la estipulación (y es precisamente esta cuestión la que nos interesa poner de manifiesto). De hecho en el fragmento el jurista se plantea la cuestión del incumplimiento de la estipulación en relación con el establecimiento de un término implícito. Venuleyo atiende a las circunstancias del caso, interpretando el término a favor del deudor y si no le es necesario no hay porqué esperar a que transcurra, se puede reclamar desde entonces³²⁹.

En cuanto a la forma el fragmento en lenguaje directo, no resulta especialmente interesante, no incorpora el verbo estipulatorio (ya hemos visto que ocurre a menudo) e **incluye un término implícito** (ya hemos visto que la estipulación se puede someter a condición y a término). Se podría comparar con D.45.1.46.1 (Paul. 12 ad Sab) (apartado 3.5.6) en el que se recoge en lenguaje directo “Cuando te mueras ¿prometes ir a Alejandría?, aunque en este supuesto la prestación es imposible materialmente, al no poder hacer una cosa después de la muerte.

D.45, 1,137,4 VEN. 1 STIPUL.

ILLUD INSPICIENDUM EST, AN QUI CENTUM DARI PROMISIT CONFESTIM TENEATUR AN VERO CESSSET OBLIGATIO, DONEC PECUNIAM CONFERRE POSSIT. QUID ERGO, SI NEQUE DOMI HABET NEQUE INVENIAT CREDITOREM? SED HAEC RECEDUNT AB IMPEDIMENTO NATURALI ET RESPICIUNT AD FACULTATEM DANDI. EST AUTEM FACULTAS PERSONAE COMMODUM INCOMMODUMQUE, NON RERUM QUAE PROMITTUNTUR. ET ALIOQUIN SI QUIS STICHUM DARI SPOPONDERIT, QUAEREMUS, UBI SIT STICHUS: AUT SI NON MULTUM REFERRE VIDEATUR " **EPHESI DATURUM SE**", AN, QUOD EPHESI SIT, CUM IPSE ROMAE SIT, DARE

³²⁹ TALAMANCA M, “Alia causa! e “durior condicio” come limite dell’obbligazione dell’adpromissor. Studi Grosso 3, Torino (1970) pag. 115 y ss. ; CANNATA C.A., Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano.(1996) ”Il modello di base relativo al dovere di diligenza per le prestazioni non tecniche era quello dell’uomo medio frugi et diligens pater familias, ma tale modello generale non rappresenta, per i giuristi classici, che il parametro per costruire un modello specifico, rapportato al caso concreto e precisamente alla persona del debitore ed alle effettive circostanze della prestazione dovuta.”

SPONDEAT: NAM HOC QUOQUE AD FACULTATEM DANDI PERTINET, QUIA IN PECUNIA ET IN STICHO ILLUD COMMUNE EST, QUOD PROMISSOR IN PRAESENTIA DARE NON POTEST. ET GENERALITER CAUSA DIFFICULTATIS AD INCOMMODUM PROMISSORIS, NON AD IMPEDIMENTUM STIPULATORIS PERTINET, NE INCIPIAT DICI EUM QUOQUE DARE NON POSSE, QUI ALIENUM SERVUM, QUEM DOMINUS NON VENDAT, DARE PROMISERIT.

Debe verse si el que prometió que se daría cien mil sestercios queda obligado inmediatamente o si se suspende la obligación hasta que pueda allegar la cantidad. Porque ¿qué ocurre si no la tiene en casa ni encuentra quien se la preste? Pero esto no es ya un impedimento natural y depende de la mayor o menor facilidad para pagar, y ésta se refiera a la mejor o peor posición de una persona, y no a las cosas que se prometen; si no, tendríamos que preguntarnos, cuando uno ha prometido que daría el esclavo Estico, dónde se halla este Estico, o si no parece que hay mucha diferencia entre prometer darlo en Efeso o, estando él en Roma, prometer dar lo que está en Efeso, pues también esto tiene que ver con la facilidad para el pago, porque tanto en el caso de una cantidad como en el del esclavo Estico hay de común el que el promitente no puede pagar inmediatamente. Como regla general, las causas de la dificultad en la posición del promitente no deben ser un impedimento para el estipulante, no vaya a ser que se diga también que el que prometió dar un esclavo ajeno no puede darlo porque el dueño del mismo no quiere venderlo.

El texto toma un carácter marcadamente especulativo, el estilo directo que se recoge es un ejemplo para aclarar el devengo de las obligaciones de dar una cosa determinada. Después del excursus extrae una regla general *generaliter*.

El jurista estudia la oportunidad de conceder los términos implícitos en algunas estipulaciones como la de dar cien mil sestercios (“¿qué ocurre cuando no se tienen en casa?”³³⁰), o la de dar el esclavo Estico (¿dónde se encuentra Estico en ese momento?)o

³³⁰ PASTORI F, *Sponsio et Stipulatio*. Storia e struttura giuridica degli istituti. Milano .La Goliardica. (1958); SACCONI G, “Conventio” e “Mutuum”. *Index* 15 (1987) pag. 428 “Venuleio fonda infatti la sua

prometer dar en Éfeso (estando en Roma) y propende por la solución negativa *generaliter* cuando estamos ante una “*causa difficultatis*” relativa al promitente.

En el fondo de este supuesto se plantea la cuestión de la imposibilidad³³¹ o no de la prestación. Hay que distinguir que la “imposibilidad” de los juristas es un concepto absoluto y objetivo que no se fija en la capacidad o incapacidad subjetiva del deudor, pero existen una serie de actos, como a los que hace referencia Venuleyo en el texto, que para los juristas no encajan en la imposibilidad, así la *difficultatis* y el *incommodum personae*, insuficientes para generar la nulidad de la obligación.

En el lenguaje directo, encontramos con otro caso que establece un **término implícito**. No se reproduce el verbo estipulatorio, aunque resulta claro del texto que se trata de una estipulación. Se ha de integrar el contenido de la estipulación. El jurista parte del supuesto de que el promitente no puede pagar inmediatamente.

D.40, 7, 34,1 PAP. 21 QUAEST.

IMPERATOR ANTONINUS RESCRIPSIT IUSSUM RATIONES REDDERE ET LIBERUM ESSE, SI HERES CAUSABITUR ACCIPERE RATIONES, NIHILO MINUS LIBERUM FORE. QUOD RESCRIPTUM ITA ACCIPI DEBET, UT, SI RELIQUA NON TRAHAT, LIBER SIT: QUOD SI TRAHAT, ITA DEMUM, SI OPTULIT EAM QUANTITATEM, QUAE REFUNDI DEBUIT EX FIDE VERITATIS: NON ENIM LIBERTATI SUFFICIT HEREDEM IN MORA FUISSE, SI NON ID FIAT PER STATULIBERUM, QUOD REMOTA MORA LIBERTATI ADITUM DARET. QUID ENIM SI ITA MANUMISSUM " DAMA SI IN HISPANIAM PROPECTUS ANNO PROXIMO FRUCTUS COEGERIT, LIBER ESTO" ROMAE RETINEAT HERES NEQUE PROFICISCI PATIATUR? NUMQUID DICTURI SUMUS STATIM ANTE FRUCTUS COACTOS LIBERUM FORE? NAM ET CUM

argomentazione sulla distinzione tra quelle ipotesi nelle quali la prestazione risulta non effettuabile per circostanza relative all'oggetto dell'obligatio e le altre nelle quali la prestazione non può essere eseguita per delle difficoltà riferibili alla persona del debitore. Ora il giurista esclude un differimento del venir in essere dell'obbligazione soltanto nell'ipotesi in cui l'impossibilità della prestazione dipende da circostanze relative alla persona del debitore.”

³³¹ CUENA BOY F, Estudios sobre la imposibilidad de la prestación. La imposibilidad jurídica.(1992) pag. 21 y ss.

ROMAE STIPULATIO CONCIPITUR ITA " **CENTUM IN HISPANIA DARE SPONDES?**", INESSE TEMPUS STIPULATIONI, QUO POSSIT IN HISPANIAM PERVENIRE, NEC ANTE IURE AGI PLACUIT. SED SI HERES ACCEPTIS RATIONIBUS ET RELIQUIS COMPUTATIS DONARE SE EA STATULIBERO NON HABENTI QUOD INFERAT PROSCRIBAT AUT ETIAM LITTERIS AD EUM MISSIS PALAM FACIAT, CONDICIO LIBERTATIS IMPLETA VIDEBITUR. QUID ERGO, SI NEGET SE RELIQUA TRAXISSE ATQUE IDEO, QUIA PER HEREDEM STETERIT, UT ACCIPIAT RATIONES, LIBERUM FACTUM, HERES AUTEM NEQUE SE FECISSE MORAM ET RELIQUA DEBERE STATULIBERUM CONTENDAT? APUD EUM QUI DE LIBERTATE COGNOSCIT, AN CONDICIO SIT IMPLETA, CONSTABIT: CUIUS OFFICIO CONTINEBITUR DE MORA CONSIDERARE NEC MINUS COMPUTARE RATIONES ET, SI RELIQUA TRAHI COMPERERIT, NON ESSE LIBERUM PRONUNTIARE. SED SI NUMQUAM NEGAVIT RELIQUA DEBERE, CUM AUTEM CONVENIRET HEREDEM ET RATIONES OFFERRET, PROFESSUS SIT REFUSURUM, QUIDQUID IN RELIQUIS ESSE CONSTITERIT ET EIUS PECUNIAE REUM NUMERARE PARATUM IDONEUM OPTULIT ET HERES IN MORA FUT: SENTENTIA PRO LIBERTATE DICETUR.

El emperador Antonino decía en un rescripto que el esclavo al que se ha dado la libertad con la condición de rendir cuentas, se hace libre cuando el heredero da excusas para no aceptar la comprobación de cuentas, rescripto que debe entenderse aplicable cuando el esclavo no arrastra deudas restantes, pues si las hay, sólo se hace libre si ofrece el dinero que deba pagar conforme a la verdad, pues no basta para alcanzar la libertad que el heredero haya incurrido en mora si el esclavo no hace lo que, dejando aparte la mora del heredero, debería hacer para alcanzarla. Y ¿qué diríamos en el caso de que se manumitiera a un esclavo diciendo “que Dama sea libre si marchara a España dentro del año siguiente a mí muerte y se hiciera cargo de la cosecha”, y el heredero le retiene en Roma sin permitir que se marche?” ¿diremos acaso que se hace libre sin más, antes de que se recoja la cosecha? Porque también cuando se hace una estipulación en Roma diciendo “¿me prometes dar cien mil sestercios en España?” tal estipulación

implica un término para dar tiempo a llegar a España y no se admitió que se demande antes de ese tiempo. En cambio, cuando el heredero, aceptadas las cuentas y determinadas las deudas restantes declara donar éstas al “Statulibero” que no tiene con que pagar, o se lo comunica así por una carta que le dirige, se considera cumplida la condición de la libertad. Y ¿qué ocurre si el esclavo niega quedar a deber nada y afirma que se ha hecho libre porque el heredero se negó a comprobar las cuentas, pero el heredero dice que él no ha incurrido en mora y que el esclavo debe las deudas restantes? El juez que debe conocer la causa de la libertad averiguará si se ha cumplido la condición; a cuyo ministerio corresponde apreciar si hubo mora, revisar las cuentas y declarar que no es libre en caso de que haya deudas restantes. Mas si el esclavo nunca negó que éstas existieran, sino que, al dirigirse al heredero y presentarle las cuentas, declaró que estaba dispuesto a pagar lo que resultara como deuda restante, y dio esa cantidad un garante idóneo dispuesto a pagar, pero el heredero incurrió en mora, entonces la sentencia será favorable a la libertad.

El fragmento estudia el cumplimiento implícito de la condición, cuando el acreedor pone obstáculos se tiene por cumplida.

El texto trata de un tema que se correspondería con el moderno derecho de familia³³²: a un esclavo se le concede la libertad con la condición de rendir cuentas. Si el heredero da excusas para comprobarlas, el esclavo se convierte en libre si no hay deudas. No basta la mora del acreedor sino que también se debe cumplir con la condición exigida, como cuando se hace una estipulación en Roma prometiendo dar cien mil sestercios en España, en este caso no se admite que se demande antes de que sea posible llegar a España. Si el heredero comprueba las cuentas y dona las deudas al esclavo, el esclavo adquiere la libertad. Si el esclavo no admite tener deudas entonces, la resolución corresponde al juez, que debe decidir sobre la mora y sobre el cumplimiento de la obligación.

Este largo fragmento, recoge una *interrogatio* completa "**CENTUM IN HISPANIA DARE SPONDES?"** que desde nuestro punto de vista del lenguaje directo, nos interesa

como un caso más de establecimiento de un **término tácito** (sí prometo entregar cien mil sestercios en España, no se puede demandar en virtud de la estipulación antes de que el promitente haya podido llegar a España). Se relaciona en éste sentido con el tema de fondo tratado el régimen del *statulibero*.

D.45, 1, 14,0 POMP. 5 AD SAB.

SI ITA STIPULATUS ESSEM ABS TE " **DOMUM AEDIFICARI** ? " VEL
HEREDEM MEUM DAMNAVERO INSULAM AEDIFICARE, CELSO
PLACET NON ANTE AGI POSSE EX EA CAUSA, QUAM TEMPUS
PRAETERISSET, QUO INSULA AEDIFICARI POSSET: NEC
FIDEIUSSORES DATI ANTE DIEM TENEBUNTUR:

Si yo estipulara de ti que “edificaras una casa” o si obligara por legado a mí heredero a edificar una casa de viviendas, cree Celso que no puede demandarse por esa causa antes de haber transcurrido el tiempo en que se puede terminar tal edificación, y tampoco quedarán obligados los fiadores antes de ese término.

Esta cláusula *domun aedificari*, se incluye en un contexto de *favor debitoris*.

Establecimiento de un término tácito en estipulaciones que incluyen obligaciones de hacer "**DOMUM AEDIFICARI?**" Celso compara estipulaciones con legados, y concluye diciendo que no puede demandarse antes de que transcurra el tiempo necesario³³³ para terminar la edificación, hasta este plazo tampoco quedaran obligados los fiadores.

En esta *interrogatio* parcial, que incluye únicamente la prestación a realizar, vemos un ejemplo de establecimiento de termino implícito, por cuanto por razón del objeto “edificar una casa” no se puede demandar mientras no haya transcurrido el tiempo necesario para realizar la construcción, todos los juristas están de acuerdo en que se incluye un término implícito pero en cuanto a la interpretación de éste término hay distintos criterios.

³³² Con relación al *statulibero* vease DONATUTI, *Lo statulibero* (1940).

³³³ TALAMANCA M, “Alia causa! e “durior condicio” come limite dell’obligazione dell’adpromissor. Studi Grosso 3, Torino (1970) pag. 177 El autor califica la estipulación como una *obligatio in faciendo* en sentido estricto.

En D.45,1,72,2 (Ulp. 20 ad Ed) el jurista considera que en el caso de construcción de una casa no hay que esperar todo el tiempo que sea necesario para construirla para poder reclamar, si no que basta con la mora del deudor.

Este establecimiento de término implícito en el caso del texto de Pomponio, beneficia al deudor.

Por último en éste texto se hace referencia a la cuestión de la accesoriedad en la fianza.

D.45, 1, 42,0 POMP. 27 AD SAB.

QUI " **HOC ANNO**" AUT " **HOC MENSE**" DARI STIPULATUS SIT, NISI OMNIBUS PARTIBUS PRAETERITIS ANNI VEL MENSIS NON RECTE PETET.

El que ha estipulado que se dé “este año” o “este mes”, sólo puede reclamar cuando ha transcurrido todo el año o todo el mes.

En cuanto a la forma, encontramos fragmentos o cláusulas de estipulaciones, en este caso relacionadas con la manera de establecer el **término**. El texto determina que quién ha estipulado “este año” o “este mes” debe dejar transcurrir el año o el mes entero antes de reclamar, es decir incorpora el **término implícito** dejando transcurrir por entero el término fijado. Criterio en el que se tiene en cuenta una interpretación favorable al deudor.

D.45, 1,135,1 SCAEV. 5 RESP.

ITEM QUAESITUM EST, QUANDO PECUNIAM REDDERE DEBEBO " **CUM PRIMUM PETIERIT**". RESPONDIT VERBA QUAE PROPONERENTUR EX DIE, QUO STIPULATIO FACTA ESSET, INITIUM CAPERE.

Asimismo se ha preguntado, en este caso, cuando se debe pagar la cantidad cuando se incluya una cláusula de “cuando los pida”. Respondió que los

términos del caso propuesto se refieren como primer momento al día en que se hizo la estipulación.

En función de la forma se recoge únicamente en lenguaje directo la formulación del término “*cum primum petierit*”, que podemos calificar también como cláusula que suele establecerse.

La línea de reflexión que tiene en cuenta el *favor debitoris*, se rompe en éste caso en el que se retrotrae la posibilidad de reclamar la cantidad estipulada al momento de celebración de la estipulación.

El jurista sigue tratando de la misma materia que en el fragmento anterior (D.45,135pr.) y por tanto podemos suponer que se trata de una promesa estipulatoria. Se aclara que criterio debe seguir con el término “cuando lo pida”, se dice que el primer momento en que se puede pedir, es el día en que se hizo la estipulación. no hay plazo de gracia, ni término implícito (se trata de una obligación de entregar una cantidad de dinero y no, una obligación de hacer en la cual se supone que es necesario un plazo para realizar la prestación) es decir no se aplica en estos supuesto un criterio de *favor debitoris*.

Lenel sitúa el fragmento en el libro 5 de las responsorum de Scevola, bajo la rúbrica *De stipulationibus* y empieza el libro tratando cuestiones sobre el término en la estipulación³³⁴ el texto debe ser considerado pues en un contexto de comparación de distintos supuestos cuyo nexo de unión es la inclusión de un término.

D.45, 1, 98,1 MARCELL. 20 DIG.

EX HAC STIPULATIONE: " **INSULAM FULCIRI SPONDES?**" QUANDO NASCATUR ACTIO, QUAERITUR. ET UTIQUE NON EST EXSPECTANDUM, UT RUAT: NEC ENIM NIHIL STIPULATORIS INTEREST FULTAM POTIUS ESSE, QUAM NON ESSE: NEC TAMEN RECTE AGETUR, SI NONDUM PRAETERIERIT TEMPORIS TANTUM, QUO FULCIRE POTUERIT REDEMPTOR.

³³⁴ LENEL O, col. 314 vol.II.

Por la estipulación de “¿me prometes restaurar una casa de viviendas?” se pregunta cuándo nace la acción, y no hay que esperar ciertamente que se venga abajo, pues no deja de interesar al estipulante que se restaure antes de que deje de existir, pero no se podrá demandar en tanto no haya pasado el tiempo en que el que tomo en arriendo la restauración pudo hacerla.

El jurista pregunta cuándo nace la acción de la estipulación que consiste en restaurar una casa de viviendas, no hay que esperar a la ruina de la misma pero si que hay un término implícito hasta que el promitente haya podido realizar la restauración.

Esta *interrogatio* completa incluye la descripción de una prestación de hacer “restaurar una casa”, pero no fija un término. El jurista interpreta que hay un término implícito³³⁵, que varía entre no esperar que la casa se venga abajo y esperar el tiempo necesario para hacer la restauración.

Parece que desde el punto de vista de la forma, en las prestaciones de hacer si no se fija un término se considera que este está implícito, aunque los distintos autores por lo que hemos visto discrepan sobre el alcance de dicho término. No podemos extraer más consecuencias de este fragmento, en cuanto a la influencia de la forma en el régimen jurídico de la estipulación. Se vuelve en este fragmento a un criterio que beneficia al deudor.

Lenel³³⁶ sitúa el fragmento en el libro 20 de los comentarios al Digesto de Marcelo bajo la rúbrica *De stipulationibus*, de este libro hay siete fragmentos por lo cual no es posible ver una estructura uniforme.

En general los problemas abordados en estos textos son muestras de flexibilidad interpretativa más que de forma estipulatoria.

³³⁵ CANNATA C.A., Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. (Catania 1996) pag.12 y ss.”La cattiva esecuzione di un’obbligazione di *facere*, che non consista nel fornire cose, va apprezzata diversamente, e si deve partire dalla differenza tra obbligazioni di risultato o obbligazioni di condotta. Alla mancata esecuzione si può ridurre normalmente la cattiva esecuzione di un’ obbligazione di risultato , come nel caso dell’ appaltatore che abbia costruito un edificio non conforme al progetto convenuto fra le parti (la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di condotta è stata formulata in questi termini solo in epoca assai recente, ma i giurista romani en possedevano chiare le nozioni.

D.46, 1, 49,2 PAP. 27 QUAEST.

QUAESITUM EST, AN FIDEIUSSOR, QUI " **CAPUAE PECUNIAM SE DATURUM**" ROMAE PROMISIT, SI REUS PROMITTENDI CAPUAE ESSET, STATIM CONVENIRI POSSIT. DIXI NON MAGIS FIDEIUSSOREM CONFESTIM TENERI, QUAM SI IPSE CAPUAE SPOPONDISSET, CUM REUS ADHUC CAPUAM PERVENIRE NON POTUISSET: NEC AD REM PERTINERE, QUOD HOC LATERE NEMO DUBITET NONDUM FIDEIUSSOREM TENERI, QUIA NEC IPSE REUS PROMITTENDI TENERETUR. NAM E CONTRARIO QUOQUE SI QUIS RESPONDERIT, QUONIAM DEBITOR CAPUAE SIT, FIDEIUSSOREM CONFESTIM TENERI NON HABITA RATIONE TACITI PROPRII TEMPORIS, EVENTURUM, UT EO CASU FIDEIUSSOR CONVENIATUR, QUO DEBITOR IPSE, SI ROMAE FUISSET, NON CONVENIRETUR. ITAQUE NOBIS PLACET FIDEIUSSORIAM OBLIGATIONEM CONDICIONEM TACITI TEMPORIS EX UTRIVSQUE PERSONA RECIPERARE TAM REI PROMITTENDI QUAM IPSIUS FIDEIUSSORIS, QUONIAM ALIUD RESPONDENTIBUS CONTRA IURIS FORMAM IN DURIOREM CONDICIONEM ACCEPTUS INTELLEGETUR.

Se ha preguntado si el fiador que prometió en Roma que daría una cantidad en Capua, estando en Capua el deudor principal, puede ser demandado inmediatamente. He dicho que no responde inmediatamente el fiador, como tampoco si él hubiera hecho su promesa en Capua pero el deudor principal no hubiese podido llegar todavía a Capua; y que no hace al caso que, en este supuesto, nadie dude de que no queda obligado todavía el fiador precisamente porque tampoco lo está todavía el deudor principal, ya que, también en el supuesto contrario, si alguien dijera que puesto que el fiador quedaba obligado inmediatamente sin tener en cuenta el tiempo tácito que necesitaba él para llegar a Capua, resultaría que en ese supuesto contrario se podría demandar al fiador y no al mismo deudor que se hallase en Roma. Por todo lo cual nos parece mejor que la obligación del fiador resulte condicionada por el tiempo tácito que necesiten uno u otro, tanto el deudor principal como el mismo fiador, ya que si

³³⁶ LENEL O, col. 623 vol. I.

se dijera lo contrario, se entendería que el fiador tiene una obligación más gravosa, contra lo que es un principio general del derecho.

En esta *interrogatio* de garantía³³⁷ recogida en lenguaje directo, se debe considerar que hay un término implícito para que el fiador pueda llegar desde Roma a Capua y para que también pueda hacerlo el deudor principal, puesto que sino se considera que la obligación del fiador es más gravosa y esto choca con los principios de la fianza. Se flexibiliza la estipulación a efectos de que se respeten el principio de accesoriedad que estaba reconocido en el ámbito de la *fideiussio*. En el texto Papiniano se refiere a la imposibilidad de que una *durior condicio* afecte a la *fideiussio*³³⁸.

En cuanto al fragmento en lenguaje directo nos sirve para ver otro ejemplo de término implícito en el caso de una estipulación que consiste en una obligación de dar.

Lenel³³⁹ sitúa el fragmento en el libro 27 de las Quaestiones de Papiniano que tiene por rúbrica *De variis stipulationibus*, y en concreto el fragmento de que se trata se encuentra dentro de otro epígrafe *De fideiussoribus*, por lo que consideramos que las normas contenidas en él pretenden tener un alcance general en cuanto a la *fideiussio*.

3.7.2. Término ambiguo

D.23, 3, 48,0 IUL. 2 AD URS. FEROCEM.

TALI FACTA STIPULATIONE: " **DECEM IN ANNO PROXIMO DOTIS NOMINE DARE SPONDES?**" QUAESITUM EST, ANNUS EX QUO TEMPORE ESSET NUMERANDUS, UTRUM EX DIE STIPULATIONIS FACTAE AN EX EO DIE, QUO DOS ESSE POTUISSET, ID EST NUPTIARUM. ET RESPONSUM EST EX DIE NUPTIARUM ANNUM ESSE

³³⁷ TALAMANCA M, "Alia causa! e "durior condicio" come limite dell'obbligazione dell'adpromissor. Studi Grosso 3, Torino (1970) pag. 115 y ss. El autor considera que resulta claro la sustitución del original *sponsor* por la figura del *fideiussor*.

³³⁸ TALAMANCA M, "Alia causa! e "durior condicio" come limite dell'obbligazione dell'adpromissor. Studi Grosso 3, Torino (1970) pag. 115 y ss." A differenza del *dies* e della *condicio*, che si presentano como determinazioni accidentali della prestazione de *dare* (già individuata nel suo oggetto), o addirittura del contenuto negoziale senza incidere direttamente sulla determinazione della prestazione, la giurisprudenza romana considerava *l'adiectio loci* come qualcosa che, non che determinare il contenuto della prestazione, individuasse quest'ultima considerata, sotto questo profilo, come *factum*."

NUMERANDUM, NE, SI ALITER OBSERVAREMUS, SI INTRA ANNUM NUPTIAE FACTAE NON SINT, VIDERI POSSIT DOS EX EA OBLIGATIONE DEBERI.

Si se estipuló de esta forma: “¿prometes dar diez en dote el año próximo?”, se dudó desde qué tiempo se había que contar el año, si desde el día de la estipulación o desde que pudo haber dote, esto es, desde el del matrimonio. Y se respondió que desde éste, pues si no lo admitiéramos, en caso de que no se celebrase el matrimonio dentro del año, podría parecer que la dote se debía en virtud de aquella obligación.

Se promete dar en dote “diez” el año próximo, pero no se sabe desde cuando hay que contar el año, desde el día de la estipulación o desde el día del matrimonio y dice el jurista que es mejor este último teniendo en cuenta que el caso de que no se celebre el matrimonio dentro del año.

Nuevamente hay normas relativas al cómputo de plazos que derivan de la naturaleza de la obligación contrahída: la dote se debe en función del matrimonio y no de la estipulación.

Hay una *interrogatio* completa en la que se introduce el verbo a pesar de la proximidad de “*tali facta stipulatione*” .La *interrogatio* es causal, por causa de dote, y ésta mención es la que provoca la duda. Hay ambigüedad en cuanto al término para exigirla “¿Prometes dar diez en dote el año próximo?, pero ¿qué ocurre si no se celebra el matrimonio durante ese año?. El jurista interpreta la estipulación³⁴⁰ que como ya hemos dicho reiteradamente escapa al ámbito de nuestro estudio, por lo que no podemos extraer más consecuencias en cuanto a la forma.

Lenel³⁴¹ sitúa este texto bajo la rúbrica *De dotibus*.

³³⁹ LENEL O, col. 869 vol. I.

³⁴⁰ SACCONI G, Richerque sulla *stipulatio* pag.84 Relaciona este texto con D.23,3,76 en el cual dice que la justificación para la nulidad de la *stipulatio* se encuentra en la afirmación más general *dos sine matrimonio non potest*, subrayando la función de la dote en el ámbito matrimonial. En el texto que tratamos Sacconi pone de manifiesto que la *causa dotis* es explícitamente mencionada.

³⁴¹ LENEL O, col. 492 vol. I.

D.45, 1, 41,0 ULP. 50 AD SAB.

EUM, QUI " KALENDIS IANUARIIS" STIPULATUR, SI ADICIAT " **PRIMIS**" VEL " **PROXIMIS**", NULLAM HABERE DUBITATIONEM PALAM EST: SED ET SI DICAT " **SECUNDIS**" VEL " **TERTIIS**" VEL QUIBUS ALIIS, AEQUE DIRIMIT QUAESTIONEM. SI AUTEM NON ADDAT QUIBUS IANUARIIS, FACTI QUAESTIONEM INDUCERE, QUID FORTE SENSERIT, HOC EST QUID INTER EOS ACTI SIT (UTIQUE ENIM HOC SEQUIMUR QUOD ACTUM EST), EASQUE ADSUMEMUS. SI AUTEM NON APPAREAT, DICENDUM EST QUOD SABINUS, PRIMAS KALENDAS IANUARIAS SPECTANDAS. PLANE SI IPSA DIE KALENDARUM QUIS STIPULATIONEM INTERPONAT, QUID SEQUEMUR? ET PUTO ACTUM VIDERI DE SEQUENTIBUS KALENDIS.

Es evidente que no hay duda cuando el que estipula para las “calendas de enero” añade “primeras” o “próximas”, pero también si dice “segundas”, “terceras” o las que sean, dirime igualmente toda cuestión; pero si no añade de qué enero se trata, hace que se plantee la cuestión de hecho acerca de qué es lo que quería declarar, es decir, lo que las partes han convenido y fijamos las calendas que sean; y si no se puede averiguar, debe decirse con Sabino que debe esperarse las primeras calendas de enero. Claro que, si se interpone la estipulación en el mismo día de las calendas ¿a qué atenerse?; y yo creo que se ha convenido que sea en las siguientes calendas.

Desde el punto de vista del fondo Ulpiano nos plantea un supuesto de una estipulación en la cual se establece un término incierto “las calendas de enero”, esto provoca que el jurista intente determinar a que calendas se refiere la estipulación.

Resulta un poco forzado hablar de lenguaje directo en este fragmento, porque únicamente se transcribe el término (*primis, proximis, secundis vel tertiis*).

En este caso hay ambigüedad en la forma como se establece el término. Esto genera como hemos visto en otros casos, la flexibilidad de la estipulación pero tiene como contrapartida la necesidad de acudir a la interpretación. El jurista tiende a salvar la

estipulación acudiendo al criterio del *id quod actum*, intentando investigar en la voluntad de las partes³⁴² en el caso de que esto no sea posible, según el jurista (que sigue la opinión de Sabino) se tratará de las primeras calendas de enero. Por último Ulpiano plantea un supuesto extremo en el que la estipulación se interpone durante las calendas, en este caso, él cree que hay que esperar a las siguientes (recurso al *id quod actum*).

3.7.3. Beneficio del promitente

D.45, 1, 8,0 PAUL. 2 AD SAB.

IN ILLA STIPULATIONE: " **SI KALENDIS STICHUM NON DEDERIS, DECEM DARE SPONDES?**" MORTUO HOMINE QUAERITUR, AN STATIM ANTE KALENDAS AGI POSSIT. SABINUS PROCULUS EXSPECTANDUM DIEM ACTORI PUTANT, QUOD EST VERIUS: TOTA ENIM OBLIGATIO SUB CONDICIONE ET IN DIEM COLLATA EST ET LICET AD CONDICIONEM COMMITTI VIDEATUR, DIES TAMEN SUPEREST. SED CUM EO, QUI ITA PROMISIT: " **SI INTRA KALENDAS DIGITO CAELUM NON TETIGERIT**", AGI PROTINUS POTEST. HAEC ET MARCELLUS PROBAT.

En caso de una estipulación de “si no dieras a Estico en las calendas ¿prometes dar diez mil sestercios?” se pregunta si puede demandarse tan pronto muere el promitente antes de esas calendas. Sabino y Próculo creen que el demandante debe esperar ese término para reclamar, lo que es más cierto, pues la obligación entera es condicional en referencia a ese término, y aunque la condición parezca haberse cumplido, queda todavía por llegar el término. En cambio, puede demandarse inmediatamente, y así lo aprueba Marcelo, al que prometió diciendo “si no tocara el cielo con la mano antes de las calendas”

³⁴² TALAMANCA M, *Conventio e Stipulatio* nel sistema dei contratti romani. Le droit roman et sa reception en Europa. Varsovia (1978) pag. 214 “Questa constatazione mostra, in una con la rilevazione dell’atteggiamento di Sabino secondo quanto se riferisce D.45.1.41 i limiti in cui si può osservare un’influenza della *sententia contrahentium*, e cioè della *conventio*, nel pensiero del giurista del I sec. d.C., limiti che, ovviamente, costituiscono soltanto un punto di riferimento, perché siamo ben lungi dall’esser a conoscenza di tutti i vari atteggiamenti di Sabino stesso al proposito.”

Se trata de una estipulación penal independiente³⁴³ (que incluye una condición) referida a una obligación de dar con un término establecido *kalendis*. El jurista se interroga sobre el momento en el que se pueda reclamar³⁴⁴, Paulo, Sábino y Próculo creen que hay que esperar la llegada del término por mucho que parezca que la condición se ha cumplido si muere el promitente. Pero puede demandarse inmediatamente la estipulación que incluye una condición imposible (*si caelum non tetigerit*) a pesar de que existe también un término (*intra kalendas*). Se introduce un criterio de *favor debitoris* aunque sea evidente que no se va a cumplir. La condición imposible como se tiene por no puesta permite reclamar inmediatamente.

Encontramos un supuesto de *interrogatio* completa interesante que puede ser tratado desde distintos puntos de vista: desde la forma de una estipulación penal independiente que incluye un término (al cual se da relevancia a efectos de poder accionar), y desde el punto de vista del establecimiento de condiciones. En este último caso, podemos fijarnos tanto en el establecimiento de una condición imposible negativa "**SI INTRA KALENDAS DIGITO CAELUM NON TETIGERIT**", al igual que ocurre con D.45,1,7 pr. se tiene por no puesta (que hemos tratado en el epígrafe de la condición); Como desde el punto de vista sustantivo que nos aporta el razonamiento del jurista.

Como estipulación penal independiente es interesante en cuanto a la forma, pues nos permite ver como afecta la incorporación de un término. El jurista se pregunta si en el caso de que el promitente muera, se puede demandar antes del término. Sabino, Proculo y el mismo Paulo consideran que aunque la condición parezca haberse cumplido, como la forma de la estipulación penal independiente es condicional empieza por “si” e incluye un término que está englobado dentro del verbo *spondes*, hay que esperar a la llegada del término. **Parece que debido a la forma de la estipulación penal independiente, el establecimiento de un término se interpreta con especial rigor y en beneficio del promitente.**

Por lo que respecta al otro fragmento de lenguaje directo **SI INTRA KALENDAS DIGITO CAELUM NON TETIGERIT**, lo trata como otras condiciones imposibles

³⁴³ KNÜTEL R, *Stipulatio Poenae* (1976) pag.93 El autor la califica como selbständige Strafstipulation.

³⁴⁴ SACCONI G, *La plurispetitio nel processo formulare*. Univ. di Roma (1977).

negativas, pero si nos fijamos en este caso no lo incluye dentro de una estipulación penal, aunque creemos que esta era la intención del jurista.

D.45, 1, 10,0 POMP. 3 AD SAB.

HOC IURE UTIMUR, UT EX HAC STIPULATIONE: " **SI LUCIUS TITIUS ANTE KALENDAS MAIAS IN ITALIAM NON VENERIT, DECEM DARE SPONDES?"** NON ANTE PETI QUICQUAM POSSIT, QUAM EXPLORATUM SIT ANTE EAM DIEM IN ITALIAM VENIRE TITIUM NON POSSE NEQUE VENISSE, SIVE VIVO SIVE MORTUO ID ACCIDERIT.

En la práctica se observa que, en caso de una estipulación del siguiente tenor: “si Lucio Ticio no viniera a Italia antes de las calendas de mayo ¿me prometes dar diez mil sestercios?” nada se puede reclamar en tanto no se averigüe que Ticio no pudo venir a Italia antes de esa fecha y que lo mismo da si vivía o no entonces.

Reiteradamente se acude al criterio de *favor debitoris*, en virtud del cual se deja transcurrir el plazo íntegro.

Vemos una *interrogatio* completa en forma de estipulación penal independiente "**SI LUCIUS TITIUS ANTE KALENDAS MAIAS IN ITALIAM NON VENERIT, DECEM DARE SPONDES?"**³⁴⁵. Esta incluye dentro de la proposición condicional, que no depende directamente del promitente, un término, que se interpreta en este caso a favor del deudor, pues no se puede reclamar antes de saber si Lucio Ticio llegó o no a Italia antes de las calendas de mayo.

Creemos que en este caso como en D.45,1,8 pr. los juristas dan más relevancia al término o a la condición en función de lo que beneficie más al promitente.

D.45, 1, 27,1 POMP. 22 AD SAB.

³⁴⁵ KNÜTEL R, *Stipulatio Poenae* (1976) pag.97 “Im zweiten Fragment hingegen verpflichtet sich jemand zur Zahlung von decem für den Fall, dass Lucius Ticius vor den Kalenden der Mai nicht nach Italien kommt. Hier sollen die decem dann gefordert werden können, wenn es ausgemacht ist, dass Titius vorher nicht nach Italien kommen kann und dass er noch nicht gekommen ist.

SI STIPULATUS HOC MODO FUERO: " **SI INTRA BIENNIUM CAPITOLIUM NON ASCENDERIS, DARI?**", NON NISI PRAETERITO BIENNIO RECTE PETAM.

Si yo hubiera estipulado diciendo: “Si no subes al Capitolio en dos años, prometes dar tal cosa”, no podré demandar en tanto no haya transcurrido el bienio.

En esta *interrogatio parcial* (no incluye el verbo *spondes*) se establece una condición y un término. Por otra parte existe cierta ambigüedad al determinar el término “en dos años”. La indeterminación provoca como hemos visto en otros casos que se tenga que recurrir a la interpretación (queda fuera del ámbito de nuestro estudio). En este caso, el jurista considera, que se ha de esperar a la llegada del término, el final de los dos años, para poder reclamar³⁴⁶. Esto pasaría aunque la condición no se fuese a cumplir, por ejemplo por muerte del promitente. Estamos ante una interpretación favorable al deudor. En cuanto a la forma podemos apreciar que si la estipulación es condicional (también en el caso de estipulaciones penales independientes y en este caso es dudoso³⁴⁷) e incluyen un término, hay que esperar a que éste llegue para reclamar aunque la condición se haya frustrado.

Lenel³⁴⁸ sitúa este fragmento en el libro 22 de los comentarios a Sabino bajo la rúbrica *De condicione*, y no nos extraña porque la estipulación debía servir como base para el estudio de distintos elementos de la relación obligatoria como la condición o el término.

D.45, 1, 12,0 POMP. 5 AD SAB.

SI ITA STIPULATUS FUERO: " **DECEM AUT QUINQUE DARI SPONDES?**", QUINQUE DEBENTUR: ET SI ITA: " **KALENDIS IANUARIIS VEL FEBRUARIIS DARI SPONDES?**", PERINDE EST, QUASI " **KALENDIS FEBRUARIIS**" STIPULATUS SIM.

³⁴⁶ MASI A, Studi sulla condizione nel diritto romano (Milano 1966) pag.82 “Ai fine di dissipare ogni dubbio sulla tecnicità delle espressione *non recte petere* che vi ricorrono, nel senso che esse deporrebbero per la preclusione della possibilità di riproporre l’azione.”

³⁴⁷ KNÜTEL R, *Stipulatio Poenae* (1976) pag 91 “Das Fragment ist deshalb auch für die selbständige Vertragsstrafe beweiskräftig”.

³⁴⁸ LENEL O, col.. 132 vol. II.

Si yo hubiere estipulado diciendo “¿prometes dar diez o cinco mil sestercios?”, se debe sólo cinco mil, y si se dice “¿me prometes dar en las calendas de enero o de febrero?” es como si hubiera estipulado para las calendas de febrero.

Si se estipula diciendo ¿prometes dar diez mil o cinco mil sestercios? Se debe sólo cinco mil y si se dice ¿prometes dar en las calendas de enero o de febrero? Se refiere a las de febrero.

Debido a un problema de indeterminación para no declarar la estipulación nula se opta por la cantidad menor.

Nos encontramos con una ambigüedad³⁴⁹ en la determinación del término “*Kalendis ianuariis vel februariis*” (hay que escoger entre una alternativa) o bien una indeterminación del objeto “*Decem aut quinque*”(ya hemos comentado los problemas que plantea la partícula *aut* y su influencia en la lógica estoica). Hemos dicho reiteradamente que la ambigüedad conduce por una parte a la flexibilización de la estipulación y por otra a la necesidad de acudir a la interpretación. Por lo que Pomponio,³⁵⁰ cuando se encuentra una forma indeterminada de término u objeto, lo soluciona tomando la interpretación más favorable al deudor como en el caso de D.45,1,10 pr.

Lenel³⁵¹ sitúa el texto en el libro 5 de los comentarios a Sabino de Pomponio, bajo la rúbrica *De legatis*, en el epígrafe 447 donde aparece nuestro texto no se habla del legado, creemos que debido a la falta de fragmentos no se ha podido reconstruir del todo este libro, suponemos que se estaría comparando legado y estipulación como lo suelen hacer muchos juristas.

³⁴⁹ KASER M, *Das Römische Privatrecht I* (Munich 1971) pag.239 “ En el caso de contratos formales , como por ejemplo en el caso de la estipulación, es necesario que la pregunta y la respuesta concuerden. Si la pregunta incluye la alternativa de “más” o “menos” y la respuesta es simplemente *spondeo* el que es válido es el menos. Si la pregunta es ambigua se interpreta en desventaja del acreedor que la ha formulado.”

³⁵⁰ BACKHAUS R, *In maiore minus inest*.Eine justinianische regula iuris in den klassischen Rechtquellen. ZSS 100 pag 136-184 (1983).

D.45, 1, 13,0 ULP. 19 AD SAB.

QUI " ANTE KALENDAS PROXIMAS " STIPULETUR, SIMILIS EST EI,
QUI " KALENDIS " STIPULATUR.

El que estipula “para antes de las calendas próximas”, es como si estipulase para las calendas.

Vemos en una *interrogatio* parcial la adición de un término indeterminado “*kalendas proximas*” y la interpretación que hace el jurista es también a favor del deudor³⁵² (se espera a que lleguen las calendas).

Desde el punto de vista de la forma se recoge, en lenguaje directo un término, y debido a la ambigüedad en su determinación se recurre a la interpretación. Pocas veces el uso de una forma verbal codificada nos da una respuesta, se trata más bien de razones interpretativas.

D.45, 1,124,0 PAP. 2 DEF.

" INSULAM INTRA BIENNIUM ILLO LOCO AEDIFICARI SPONDES?"
ANTE FINEM BIENNII STIPULATIO NON COMMITTITUR, QUAMVIS
REUS PROMITTENDI NON AEDIFICAVERIT ET TANTUM RESIDUI
TEMPORIS SIT, QUO AEDIFICIUM EXTRUI NON POSSIT: NEQUE ENIM
STIPULATIONIS STATUS, CUIUS DIES CERTUS IN EXORDIO FUIT, EX
POST FACTO MUTATUR. IDQUE ET IN STIPULATIONE IUDICIO
SISTENDI CAUSA FACTA PLACUIT, SCILICET UT ANTE DIEM
STIPULATIO NON COMMITTATUR, SI CERTUM ESSE COEPERIT
PARERE STIPULATIONI RESIDUO TEMPORE NON POSSE

³⁵¹ LENEL O, col. 96, vol. II.

³⁵² En este sentido KASER M, Das Römische Privatrecht I (Munich 1971) pag.239 “ En el caso de contratos formales , como por ejemplo en el caso de la estipulación, es necesario que la pregunta y la respuesta concuerden. Si la pregunta incluye la alternativa de “más” o “menos” y la respuesta es simplemente *spondeo* el que es válido es el menos. Si la pregunta es ambigua se interpreta en desventaja del acreedor que la ha formulado.”

“¿Prometes edificar una casa de viviendas en dos años y en tal lugar?”. No queda incumplida la estipulación antes del fin del bienio, aunque el promitente nada hubiera edificado y el tiempo que quedaba no fuera suficiente para construir el edificio, pues no puede mudarse con posterioridad el efecto de una estipulación que contenía inicialmente un término fijo. Y así se admite también en la estipulación que se hace para la comparecencia a juicio, es decir, que no se incurre en la estipulación hasta que llegue el término, aunque resulte ya evidente que no es posible cumplir la estipulación en lo que queda de tiempo.

“¿Prometes edificar una casa de viviendas en dos años y en tal lugar?”. En cuanto a la forma la *interrogatio* es completa, incluye también el verbo *spondes* ya que el fragmento empieza con la misma estipulación, la descripción de un término³⁵³ y la mención de un lugar³⁵⁴. El problema que se plantea Papiniano es el de si el término debe transcurrir íntegramente sin poder reclamar³⁵⁵ (aunque el promitente no haya empezado las obras y sea imposible cumplir en el plazo establecido). El jurista es rotundo en este caso “no puede mudarse con posterioridad el efecto de una estipulación que contenía inicialmente un término”. En el caso de que el término se incluya expresamente dentro de la formulación de la estipulación hay que esperar que se produzca para reclamar. Se sigue un criterio que favorece al deudor *dies certus in exordio*

D.45, 1, 38,16 ULP. 49 AD SAB.

INTER INCERTAM CERTAMQUE DIEM DISCRIMEN ESSE EX EO
QUOQUE APPARET, QUOD CERTA DIE PROMISSUM VEL STATIM
DARI POTEST: TOTUM ENIM MEDIUM TEMPUS AD SOLVENDUM
LIBERUM PROMISSORI RELINQUITUR: AT QUI PROMISIT " SI
ALIQUID FACTUM SIT" VEL " CUM ALIQUID FACTUM SIT", NISI
CUM ID FACTUM FUERIT, DEDERIT, NON VIDEBITUR FECISSE QUOD
PROMISIT.

³⁵³ GUARINO A, Diritto Privato Romano (2001) pag.64 y ss.

³⁵⁴ aunque no se trata de una estipulación penal lo trata KNÜTEL *Stipulatio poenae* pag 91 al compararlo con D.45,1,27,1 Pomp. 22 Sab. al tratar del cómputo del término.

³⁵⁵ CANNATA C.A. Sull problema della responsabilità nel diritto privato romano (Catania 1996) pag.57
“Il criterio della colpa-imperizia si riferisce unicamente alle prestazioni tecniche dovute dal contraente”

La diferencia entre el término determinado y el indeterminado (que vale como condición) se ve también en que lo prometido con término cierto puede darse inmediatamente, pues se deja libre al promitente, para que pague, todo el tiempo intermedio y, en cambio el que prometió “si se hacía tal cosa” o “cuando se hiciera tal cosa” si diera antes de hacerse aquello no parece haber hecho lo que prometió.

Este fragmento trata sobre el término y establece que determinados tipos de términos son realmente condiciones (*dies incertus an certus quando* y *dies incertus an incertus quando*). Ulpiano nos distingue en función de las distintas formas en que se puede establecer un término, y lo denomina término cierto o término incierto. En el caso de que se establezca un término incierto “*si aliquid factum sit*” o “*cum aliquid factum sit*” este vale como condición y parece que no se puede considerar cumplida la estipulación antes de que esta se produzca (“sí se hacía tal cosa” o “cuando se hiciera tal cosa”).

Desde el punto de vista del lenguaje directo se incluyen dos formas distintas de establecer un término incierto (propia mente una condición), que tiene como consecuencia que hay que esperar que se produzca para poder cumplir la estipulación.

Lenel³⁵⁶ sitúa el fragmento en libro 49 de los comentarios ad Sabinum bajo la rúbrica *de verborum obligatione*, el cuarto libro que dedica al estudio de la *stipulatio*, en particular este se dirige a *De stipulationibus emptae et venditae hereditatis*. Este fragmento se encuentra antes de que se recoja el principio de *Alteri stipulari nemo potest*, por lo que creemos que tiene un alcance general.

D.45, 1, 56,5 IUL. 52 DIG.

QUI ITA STIPULATUR: " ANTE KALENDAS PROXIMAS DARI SPONDES?" NIHIL DIFFERT AB EO, QUI " KALENDIS DARI" STIPULATUR.

El que estipula ¿prometes que se dé antes de las próximas calendas? dice lo mismo que el que estipula “que se dé en las calendas”

En el lenguaje directo encontramos dos *interrogationes* completas de carácter abstracto. En este fragmento se comparan dos formas de determinar el término, con idénticas consecuencias. Según el *usus communis*, Juliano considera que se amplían los plazos se dan con intención de favorecer al deudor, puesto que parece que no se pueda reclamar antes de que lleguen las calendas de que se trate. Otra vez nos encontramos que la ambigüedad en los términos de la estipulación, lleva a la interpretación de la misma.

D.45, 1, 46,2 PAUL. 12 AD SAB.

SI ITA STIPULATUS FUERO " CUM VOLUERIS", QUIDAM INUTILEM ESSE STIPULATIONEM AIUNT, ALII ITA INUTILEM, SI ANTEQUAM CONSTITUAS, MORIERIS, QUOD VERUM EST

Si yo hubiera estipulado para “cuando quieras”, dicen unos autores que la estipulación no tiene efecto, otros que no lo tiene si te mueres antes de declarar la fecha en que vas a pagar.

Se establece **un término “cuando quieras” con un alto grado de indeterminación**, según el jurista la estipulación será inútil si el promitente muere antes de fijar un término. En éste caso, Paulo considera que la estipulación se puede completar antes de la muerte del promitente. A diferencia de lo que pasa en D.45,1,46,3 en que no hay posibilidad de subsanar la indeterminación respecto a la condición “que se de si quisieras”. Sin embargo la cuestión planteada no resulta totalmente clara ya que el mismo jurista reconoce que se trata de un tema de *ius controversum*. El jurista realiza un esfuerzo por salvar la estipulación ,si el deudor pone una fecha para el pago es válida (*constitutum debiti propii*)³⁵⁷

Desde el punto de vista del fondo del supuesto, creemos que realmente lo que hay es una condición bajo el disfraz o apariencia de término. En todo caso se trata una cuestión debatida entre los juristas.

³⁵⁶ LENEL O, Pal. vol. II ,col. 1194.

³⁵⁷ Ricart Martí E, Perfil del *constitutum debiti*. Seminarios Complutenses de Derecho Romano 3.(Madrid 1991) pag.135-148; *Constitutum debiti* .Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor J.L. Murga (Madrid 1994) pag.695-708

Desde el punto de vista de la forma, sólo podemos apreciar el establecimiento de una condición con apariencia de término que supone una gran indeterminación, lo que hace plantearse a los juristas la validez de la estipulación.

3.7.4. Beneficio del estipulante

D.45, 1,135,0 SCAEV. 5 RESP.

SI ITA QUIS PROMISERIT: " **DECEM TIBI DABO, QUA DIE PETIERIS, ET EORUM USURAS IN DIES TRIGINTA**", QUAERO, USURAE UTRUM EX DIE STIPULATIONIS AN EX DIE, QUA PETITA SORS FUERIT, DEBEANTUR. RESPONDIT SECUNDUM EA QUAE PROPONERENTUR EX DIE STIPULATIONIS DEBERI, NISI ALIUD ACTUM MANIFESTE PROBARETUR

Si uno hubiera hecho una promesa diciendo “te daré diez mil sestercios cuando me los pidas y los intereses a los treinta días”, pregunto si estos intereses se deben desde el momento de la estipulación o desde el día en que solicitara la restitución de la cantidad prestada. Respondí que, conforme a los términos del caso propuesto, se debían desde el día de la estipulación, a no ser que se pruebe claramente que fue otro el acuerdo.

Se pregunta si en el caso de haber hecho una estipulación diciendo³⁵⁸ “te daré diez mil sestercios cuando me los pidas y los intereses a los treinta días”, los intereses se deben desde la estipulación o, desde el día en que se solicita el pago de la cantidad prestada. El jurista dice que según los términos del supuesto desde la estipulación, a menos, de que se pruebe que fue otra la intención. Se plantea el problema del cómputo de los intereses.

³⁵⁸ KASER M, Das Römisches Privatrecht I (1971) pag 532 “El refuerzo de la obligación de mutuum a través de l’estipulació era habitual. Es de suponer que al inicio también se habían de incluir en la estipulación acompañando las circunstancias del contrato , sobretodo los términos de vencimiento para el reintegramiento y dado el caso el acuerdo sobre el lugar de la prestación. Sólo progresivamente estos acuerdos fueron considerándose como obligatorios ja en el caso del simple acuerdo de préstamo.”

Al igual que en la estipulación anterior, nos encontramos con un amplio margen de indeterminación en la fijación del término (*incertum*)³⁵⁹ de la prestación principal. Esta ambigüedad supone acudir a la interpretación. En este caso además, se establece un término distinto para los intereses³⁶⁰ y se plantea el problema del *dies*, desde cuando se deben los intereses³⁶¹: desde el momento de la estipulación o desde el momento del pago. El jurista interpreta que según “los términos del caso propuesto” los intereses se deben desde la estipulación a menos que el *id quod actum*, aclare que fue distinto lo pactado. Este criterio del jurista, extender el plazo de la deuda de intereses favorece al acreedor cuando lo normal es utilizar un criterio *pro* deudor.

En cuanto al lenguaje directo, no se incluye como en otros casos el verbo *spondes* (aunque encontramos la forma *promisserit* inmediatamente antes). Debemos suponer que las dos proposiciones “te daré diez mil, cuando me los pidas” y “Y los intereses al los treinta días” están encerrados por el verbo *spondes*. A pesar de la indeterminación en el establecimiento del término y en el *dies* de los intereses, la estipulación surge válidamente.

3.7.5 Establecimiento del término: *Cum morieris*

Respecto a los fragmentos agrupados bajo esta rúbrica, queremos hacer una advertencia que les afecta: El carácter personal de la prestación influye en el principio *obligatio ab*

³⁵⁹ CALONGE A, En torno al problema de la retroactividad de la condición en Derecho Clásico. Studi Volterra, 3 Milano. pag. 153 (1971) “El que se obliga a dar diez mil en el momento en que se le quieran pedir se entiende efectivamente que se obliga ya desde este momento, quiere obligarse desde entonces y es justo que los intereses sean debidos desde el momento de la estipulación. Esto no implica retroactividad sino régimen normal del negocio” el autor sigue diciendo que en la época clásica no se pueden equiparar condición y término incierto, por lo que el considera que no puede hablarse de una verdadera condición; KNÜTEL R, Stipulatio und pacta. Festsch. Kaser. München pag. 201 a 228 (1972)

³⁶⁰ HERRERA BRAVO, R *Usurae*, problemática jurídica de los intereses en derecho romano. (Universidad de Jaén 1997) pag.17 “En el derecho romano a lo largo de su evolución, a través de diferentes fuentes se observa la idea de limitar el tipo de interés. Pero ante todo será la perspectiva procesal, la cual se nos convierte en un *prius* histórico dentro del derecho romano, la que nos dará los matices necesarios para indagar la evolución sobre la usura, de modo que los intereses vendrán regulados de un modo distinto en función de cómo pueden ser exigidos a través de los distintos tipos de acciones”

³⁶¹ HERRERA BRAVO, R *Usurae*, problemática jurídica de los intereses en derecho romano. (Universidad de Jaén 1997) pag.69 “Durante la época clásica en el derecho romano, existía la tendencia de recurrir a la estipulación para incorporar ciertos pactos accesorios que parecían contrarios al espíritu del contrato. La *stipulatio usurarum* es un ejemplo bastante gráfico de lo que estamos diciendo.”

heredis persona incipere non potest que se aplicaba tanto al acreedor como al deudor³⁶². La aplicación de este principio era materia de *ius controversum* y parece que incluso Justiniano lo derogó. Es por ello que su recepción es débil y su aplicación tiene oscilaciones en los distintos juristas. Parece que podríamos decir que se negaría la validez de la estipulación *post-mortem* y se admitiría la estipulación con la cláusula *cum morieris*, es decir se admite la estipulación mientras exista un instante de vida aunque esté a punto de morir. La justificación de lo anterior lo encontramos en *Gai 3,100*.³⁶³

D.23, 3, 20,0 PAUL. 7 AD SAB.

IULIANUS SCRIBIT VALERE TALEM STIPULATIONEM: " **CUM MORIERIS, DOTIS NOMINE TOT DARI?**" QUIA ET PACISCI SOLEANT, NE A VIVA EXHIBEATUR. QUOD NON ESSE SIMILE ACCEPI: ALIUD EST ENIM DIFFERRE EXACTIONEM, ALIUD AB INITIO IN ID TEMPUS STIPULARI, QUO MATRIMONIUM FUTURUM NON SIT. IDQUE ET ARISTONI ET NERATIO ET POMPONIO PLACET.

Escribe Juliano que es válida la estipulación de que “se dé como dote cuando te estés muriendo”, porque también se suele pactar que no se exija de la mujer mientras viva; aunque no me parece que sea lo mismo, pues una cosa es diferir la acción y otra distinta estipular desde un principio para un momento en que no va a existir matrimonio, y así piensan Aristón, Neracio y Pomponio.

Según Juliano es válida la estipulación "**CUM MORIERIS, DOTIS NOMINE TOT DARI?**", y argumenta que se suele pactar que no se exija mientras la mujer esté viva. Sin embargo Paulo dice que una cosa es diferir la acción (pactar que no se exija) y otra estipular la dote, crear una obligación, para un momento en que no va a existir

³⁶² TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano (1990) pag.515 y ss."Nella compilazione giustiniana, le fonti relative sono scarse perché, con varie costituzioni gre il 528 d il 532 dC., Giustiniano ha abrogato il principio stesso, senza dare al riguardo molte notizie; nelle altre fonti, esso appare riferito soltanto alla stipulatio ed al mandato".

³⁶³ Gai 3,100 Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: POST-MORTEM MEAM DARI SPONDES? Vel ita: POST-MORTEM TUAM DARI SPONDES? Valet autam, si quis ita dari stipuletur: CUM MORIAR, DARI SPONDES? Vel ita: CUM MORIERIS, DARI SPONDES? Id est, tu in novissimum vitae tempus stipulatorisaut promissoris obligatio conferatur: nam inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem. Rursumita stipulari non possumus: PRIDIE QUAM MORIAR, aut PRIDIE QUAM MORIERIS, DARI SPONDES? Quia non potest aliter intellegi "pridie quam aliquis

matrimonio. La misma opinión tienen otros juristas como Aristón, Neracio y Pomponio³⁶⁴.

Falta el verbo estipulatorio seguramente para evitar repeticiones “se dé como dote cuando te estés muriendo” pero consideramos que el verbo estipulatorio encerraría el “término”³⁶⁵ *cum morieris*. Vemos que hay distintas opiniones en los juristas clásicos Juliano la considera válida, pero no así, Paulo, Aristón, Neracio y Pomponio, para quienes no es admisible; Juliano reconoce que es un tema de *ius controversum*³⁶⁶.

D.45, 1, 45,2 ULP. 50 AD SAB.

SI ITA QUIS STIPULATUS SIT: " **POST MORTEM MEAM FILIAE MEAE DARI?"** VEL ITA: " **POST MORTEM FILIAE MEAE MIHI DARI?"**, UTILITER ERIT STIPULATUS: SED PRIMO CASU FILIAE UTILIS ACTIO COMPETIT, LICET HERES EI NON EXISTAT.

Si alguien estipula “dar a mi hija después de mi muerte” o “después de la muerte de mi hija darme a mí” la estipulación tendrá efecto, pero en el primer caso compete a la hija una acción útil, aunque no llegue a ser heredera del estipulante.

Encontramos recogidas en lenguaje directo dos *interrogationes*. En la primera, después de establecer un término que hace referencia a la defunción del estipulante, se promete dar a un sujeto no interviniente, "**POST MORTEM MEAM FILIAE MEAE DARI?"**". En la segunda *interrogatio* se configura una obligación de dar con un término que hace referencia a la muerte de una persona ajena (la hija) pero se promete a favor del estipulante, "**POST MORTEM FILIAE MEAE MIHI DARI?"**".

morietur”, quam si mors secuta sit; rursus morte secuta in praeteritum reducitur stipulatio et quodam modo talis est: HEREDI MEO DARI SPONDES? Quae sane inutilis est.

³⁶⁴ BONFANTE P, Corso di diritto romano I (Milano 1963) pag.391 “la necessaria connessione della dote col matrimonio è fuori di dubbio: la dote è nulla se il matrimonio è nullo, nulla anche se il matrimonio è putativo, e, costituita prima del matrimonio, prende data dal dì delle nozze.

³⁶⁵ Consideramos que también en este caso estamos ante un *dies incertus an certus quando*, es decir una condición bajo disfraz de término.

³⁶⁶ SACCONI G, Ricerche sulla stipulatio. Publ. Univ. Giur. Camerino,33 (1989) La justificación de la nulidad de la *stipulatio* considera Sacconi que la podemos encontrar en D.23,3,76 donde Trifonino dice que en la *promissio mortis causa* por parte de la mujer es nula porque falta la función esencial de la dote *servire oneribus matrimonii*, esta afirmación la encuadra Sacconi dentro de la más general *dos sine matrimonio esse non potest*.

En el primer caso, se debe considerar que para que surja la obligación debe haber llegado al momento señalado como término. Es decir, el estipulante debe haber muerto y entonces surgiría la obligación de entregar a su hija. Se plantea en esta situación, el tema de las estipulaciones a favor de tercero. El carácter personalísimo de la prestación afecta también al sujeto activo. El destinatario de la misma debe haber tomado parte en el acto. Esta excluido por tanto el contrato a favor de terceros. El fragmento considera, sin embargo, que la persona beneficiada por el estipulante, su hija³⁶⁷, puede accionar con una acción útil³⁶⁸ (relevancia pretoria).

En el segundo caso, la estipulación creemos que es válida, e incorpora un término que hace referencia a la muerte de la hija del estipulante.

Desde el punto de vista de la forma, hay una elaboración jurisprudencial en relación al principio *obligatio ab heredis persona incipere non potest* que va más allá de los *verba* y que es decisiva para ver la eficacia *iure civile* de la *stipulatio*.

D.45, 1, 45,3 ULP. 50 AD SAB.

NON SOLUM ITA STIPULARI POSSUMUS: " **CUM MORIERIS**", SED ETIAM: " **SI MORIERIS**": NAM SICUTI INTER HAEC NIHIL INTEREST " **CUM VENERIS**" AUT " **SI VENERIS**", ITA NEC IBI INTEREST " **SI MORIERIS**" ET " **CUM MORIERIS**".

Se puede estipular tanto “cuando te mueras” como “si murieras”³⁶⁹ del mismo modo que “cuando vengas” o “si vienes”.

³⁶⁷ TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano (Milano 1990) pag.514 “Dal contratto a favore de terzo non sorge né un’obbligazione né un’azione a favore del terzo stesso: quando non possa avere effetti nei confronti dello stipulante, il contratto è nullo. Soltanto verso la fine del III sec. d.C., in casi eccezionali, la cancelleria di Diocleziano ammette un’*actio utilis* a favore del terzo beneficiario.”

³⁶⁸ VALIÑO, E *Actiones utiles*. Univ. de Navarra (1974) pag. 210 El autor considera que la primera estipulación es *inutilis* puesto que el derecho civil exige que la estipulación pueda tener vigencia en vida de los que la contraen, es de decir no se plantea el problema de la estipulación a favor de tercero. En cambio considera válida la segunda promesa *post mortem filiae meae*, puesto que en todo caso el padre será el acreedor efectivo.

³⁶⁹ Esto chocaría con la anterior teoría de Valiño que considera que la estipulación debe tener vigencia en vida de los que la contraen. Creo que además de recordar la advertencia hecha al comienzo del epígrafe 3.7.5, hay que distinguir si se trata de una obligación de hacer (entonces sería claramente *inutilis*) o si se trata de una obligación de dar., en todo caso deberíamos tener en cuenta Gai 3,117 dónde el jurista afirma que la *adstipulatio* se reserva casi exclusivamente para el caso de estipular que se nos dé algo después de nuestra muerte, pues como es inútil la estipulación hecha a nuestro favor, el adstipulante puede reclamar, y si consigue algo está obligado a dárselo a nuestro heredero por la acción de mandato.

Es interesante este texto porque “al morir” y “si murieses”, son condición y término a la vez. Este texto tiene su fundamento en la discusión jurisprudencial que surge en torno a las estipulaciones *post-mortem* o *cum morieris*, que ya hemos advertido

D.45, 1,121,2 PAP. 11 RESP.

IN INSULAM DEPORTATO REO PROMITTENDI STIPULATIO ITA
CONCEPTA: " **CUM MORIERIS, DARI?**" NON NISI MORIENTE EO
COMMITTITUR.

La estipulación de “dar cuando te mueras” si el promitente es deportado a una isla no queda incumplida más que al morir aquél.

Se plantea cuando se incumple el término *cum morieris* y por tanto se puede accionar.

La *interrogatio* no está bien determinada por lo que se refiere a algunos elementos de la relación obligatoria. Además de faltar el verbo *spondes* (que se podría disculpar atendiendo al tenor anterior a la *interrogatio*) falta también la descripción del objeto y también falta la causa (se trata pues de una estipulación abstracta). Por lo tanto, tenemos únicamente la descripción del tipo de prestación “de dar” y un término “cum morieris”.

Según hemos visto en otros fragmentos del Digesto que recogen fragmentos similares en lenguaje directo, es necesario desde el punto de vista de la forma especificar al menos el contenido de la prestación puesto que según D.45,46,1 (tratado en la forma como se determina el objeto) no es posible incluir el término *cum morieris* si se trata de una prestación de hacer. La posibilidad del término *cum morieris* está admitida como un tema de *ius controversum*, en D.45,1,45,3 (en este mismo epígrafe). Por lo que desde el punto de vista de la forma podría ser posible esta estipulación. Se utilizaría en caso de incumplimiento, el criterio más favorable al deudor (aunque esté deportado hay que esperar a que se muera para reclamar), según el *usus communis*.

3.8. CIRCUNSTANCIAS Y GARANTÍAS DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA

3.8.1 En cuanto a la forma de determinar el lugar

D.13, 4, 2,4 ULP. 27 AD ED.

SI QUIS ITA STIPULATUR " **EPHESI ET CAPUAE**", HOC AIT, UT
EPHESI PARTEM ET CAPUAE PARTEM PETAT.

Si se estipula que se dará algo “en Efeso y en Capua”, se quiere decir que se reclamará la mitad en Efeso y la otra mitad en Capua.

La estipulación gira en torno a la posibilidad de establecer dos lugares dónde cumplir, si se hace utilizando la siguiente forma "**EPHESI ET CAPUAE**" con la conjunción copulativa *et*, se entiende que se debe pagar la mitad en cada lugar. Ante la dificultad de dar en Efeso y en Capua se establece un cumplimiento parcial. En línea interpretativa se salva un enunciado ambiguo.

Estipulación parcial de una obligación de dar “Dar en Éfeso y en Capua”. Por motivos de estilo, como ya pasaba con otro texto, puede ser que el olvido del verbo se debe a que encontramos “*Stipulatur*” justo antes del lenguaje directo. Con relación a la forma no podemos extraer más consecuencias de este fragmento minimalista.

En cuanto al contenido establece que si se estipula para dar en dos lugares distintos, se reclamará la mitad en cada lugar.

Este fragmento también se puede tratar desde la perspectiva del término implícito.

Lenel lo trata bajo la rúbrica *De eo quod certo loco dari oportet*.

3.8.2. La forma de las estipulaciones penales ³⁷⁰.

D. 4, 6, 43,0 AFR. 7 QUAEST.

SI QUIS STIPULATUS SIT IN ANNOS SINGULOS, QUOAD IN ITALIA
ESSET VEL IPSE VEL PROMISSOR, ET ALTERUTER REI PUBLICAE

³⁷⁰ también D.45,1,8 pr. en el epígrafe del término.

CAUSA ABESSE COEPERIT, OFFICIUM PRAETORIS EST INTRODUCERE UTILEM ACTIONEM. EADEM DICEMUS, ET SI ITA CONCEPTA STIPULATIO FUERIT: " **SI QUINQUENNIO PROXIMO ROMAE FUERIT**", VEL ITA: " **SI ROMAE NON FUERIT, CENTUM DARE SPONDES?**"

Si alguien hubiese estipulado para cada año que él o el promitente estuviese en Italia, y alguno de los dos hubiese tenido que ausentarse por motivos de “estado”, considera el jurista que es obligación del pretor introducir una acción útil. Y también para el caso de utilizar las siguientes expresiones: “si el próximo quinquenio hubiese estado en Roma” o “si no hubiese estado en Roma ¿prometes darme cien mil sestercios?”.

Queremos advertir que quizás este no es el texto más adecuado para iniciar el apartado referido a las estipulaciones penales, sin embargo nuestro criterio es mantener dentro de los distintos epígrafes el orden seguido en el Digesto, es esta la razón que justifica que empecemos por él.

Este texto se ocupa del contenido de la estipulación,³⁷¹ planteando la posibilidad de una prestación de hacer periódica, que no es posible cumplir por razones de “fuerza mayor”. Un presupuesto de la exigibilidad de la estipulación se altera por razones de fuerza mayor. A continuación, el jurista realiza una variación al caso principal incluyendo una condición, para de esta manera colateral, llegar a una estipulación penal independiente **"SI ROMAE NON FUERIT, CENTUM DARE SPONDES?"**

En cuanto a la forma, se recoge en el fragmento, una estipulación penal independiente³⁷², (en ella a diferencia de la estipulación doble existe una sola obligación que está condicionada³⁷³). Se imita la estructura típica de D.45,1,115,2 Pap.

³⁷¹ Vease TALAMANCA M, Istituzioni di Diritto Romano (1990) pag.209 y ss.; PUGLIESE G, Istituzioni di Diritto Romano (1991) terza ed. pag.230 y ss.

³⁷² En cuanto al desarrollo y tratamiento de la materia relativa a las estipulaciones penales, es fundamental la obra de KNÜTEL R, *Stipulatio Poenae* (1976) que iremos citando de forma reiterada.; TALAMANCA M, Istituzioni di diritto romano. (Milano 1990) pag.568 “La stipulatio poenae è una stipulazione condizionale, in cui la promessa della somma di denaro è subordinata all’inesecuzione della prestazione primaria.”

³⁷³ KNÜTEL R, *Stipulatio Poenae* (1976) pag. 28 “Dagegen handelt es sich bei dem selbständigen Strafversprechen um eine einzige, nicht an eine andere Verbindlichkeit angelehnte Stipulation, die durch die Vornahme oder Unterlassung einer Handlung bedingt ist.”

2 Quaest. que termina formalmente con el verbo *spondes*. Se pretende reforzar una obligación de hacer. No vamos a desarrollar aquí, con mayor extensión las cuestiones relativas a la pena convencional³⁷⁴, pues el fragmento se limita a plantear la introducción de acciones útiles³⁷⁵ que sirven para flexibilizar la *stipulatio*. En el supuesto se recurre a ella para conseguir un resultado de justicia (se ha ausentado por causa pública). Sin embargo la cuestión relativa a la utilización de acciones útiles se aparta del objeto de nuestro estudio, la forma estipulatoria.

En el texto también aparece otra posible cláusula estipulatoria incompleta, incorporando una condición .

D. 4, 8, 11,4 ULP. 13 AD ED.

ITEM IULIANUS SCRIBIT NON COGENDUM ARBITRUM SENTENTIAM DICERE, SI ALTER PROMISERIT, ALTER NON. IDEM DICIT, ET SI SUB CONDICIONE FUERIT POENA COMPROMISSA, VELUTI " **SI NAVIS EX ASIA VENERIT, TOT MILIA**": NON ENIM PRIUS ARBITRUM COGENDUM SENTENTIAM DICERE, QUAM CONDICIO EXSTITERIT: NE SIT INEFFICAX DEFICIENTE CONDICIONE. ET ITA POMONIUS LIBRO TRIGENSIMO TERTIO AD EDICTUM SCRIBIT.

También escribe Juliano, que no se debe obligar al árbitro a dictar sentencia, si uno hubiese prometido y el otro no. Lo mismo dice también cuando se hubiese comprometido la pena bajo condición, por ejemplo “tantos miles de sestercios, si la nave hubiese llegado de Asia” pues entonces no hay que obligar al árbitro a dictar sentencia antes de que se hubiese cumplido la condición, para que no resulte ineficaz la sentencia si se frustra la condición; y así lo escribe Pomponio.

Se plantean en este supuesto problemas de “Strafverfall”, de devengo de la estipulación penal (*compromissum*) y se contemplan dos supuestos: 1) falta de una de las estipulaciones cruzadas; 2)estipulación penal condicional(los juristas romanos hablan

³⁷⁴ Es significativo que se trata de uno de los pocos fragmentos que recogen estipulaciones penales que no es contemplado en la obra de KNÜTEL R, *Stipulatio Poenae* (1976).

³⁷⁵ Con relación a este tema ver VALIÑO E, *Acciones Útiles* (1974) aunque el autor no se refiere a este fragmento en concreto.

de la promesa penal independiente como estipulación condicionada, Papiniano (D.45.1.115 pr.) habla de una estipulación *quae a condicione coepit*³⁷⁶.

Se recoge aquí una cláusula de una posible estipulación penal independiente relativa a un “compromisum” arbitral, paradójicamente, con relación al caso anterior el jurista no introduce el verbo *spondes*. Puede ser debido a que se trata de un ejemplo *veluti* el cual no se preocupa de reproducir fielmente “Tantos miles de sestercios si la nave hubiese llegado a Asia”.

Desde el punto de vista de la forma, el entrecomillado se limita a recoger una *interrogatio* incompleta. Se incluye una condición “si la nave hubiese llegado de Asia” y la pena “tantos miles de sestercios”. El hecho de que la pena no esté completamente determinada, nos pone en evidencia, otra vez, que se trata de un ejemplo utilizado por el jurista y no una estipulación realmente formulada. Ulpiano como hemos dicho anteriormente, incide especialmente en la cuestión del devengo de la *stipulatio poenae*.

D.12, 1, 40,0 PAUL. 3 QUAEST.

LECTA EST IN AUDITORIO AEMILII PAPINIANI PRAEFECTI PRAETORIO IURIS CONSULTI CAUTIO HUIUSMODI: " LUCIUS TITIUS SCRIPSI ME ACCEPISSE A PUBLIO MAEVIO QUINDECIM MUTUA NUMERATA MIHI DE DOMO ET HAEC QUINDECIM PROBA RECTE DARI KALENDIS FUTURIS STIPULATUS EST PUBLIUS MAEVIUS, SPOPONDI EGO LUCIUS TITIUS. SI DIE SUPRA SCRIPTA SUMMA PUBLIO MAEVIO EIVE AD QUEM EA RES PERTINEBIT DATA SOLUTA Satisve eo nomine factum non erit, tunc eo amplius, quo post solvam, poenae nomine in dies triginta inque denarios centos denarios singulos dari stipulatus est Publius Maevius, sponndi ego Lucius Titius. Conventique inter nos, uti pro Maevio ex summa supra scripta menstruos refundere debeam denarios trecenos ex omni summa ei heredive eius. " QUAESITUM EST DE OBLIGATIONE USURARUM, QUONIAM NUMERUS MENSIMUM,

³⁷⁶ KNÜTEL R, *Stipulatio Poena* (1976) pag. “Im eizelnen sind verschiedene Erscheinungsformen der Vertragsstafe auseinanderzuhalten. Ihre Unterscheidung ist wichtig, weil die Römer irhe Lehren zur

QUI SOLUTIONI COMPETEBAT, TRANSIERAT. DICEBAM, QUIA PACTA IN CONTINENTI FACTA STIPULATIONI INESSE CREDUNTUR, PERINDE ESSE, AC SI PER SINGULOS MENSES CERTAM PECUNIAM STIPULATUS, QUOAD TARDIUS SOLUTA ESSET, USURAS ADIECISSET: IGITUR FINITO PRIMO MENSE PRIMAE PENSIONIS USURAS CURRERE ET SIMILITER POST SECUNDUM ET TERTIUM TRACTUM USURAS NON SOLUTAE PECUNIAE PENSIONIS CRESCERE NEC ANTE SORTIS NON SOLUTAE USURAS PETI POSSE QUAM IPSA SORS PETI POTUERAT. PACTUM AUTEM QUOD SUBIECTUM EST QUIDAM DICEBANT AD SORTIS SOLUTIONEM TANTUM PERTINERE, NON ETIAM AD USURARUM, QUAE PRIORE PARTE SIMPLICITER IN STIPULATIONEM VENISSENT, PACTUMQUE ID TANTUM AD EXCEPTIONEM PRODESSE ET IDEO NON SOLUTA PECUNIA STATUTIS PENSIONIBUS EX DIE STIPULATIONIS USURAS DEBERI, ATQUE SI ID NOMINATIM ESSET EXPRESSUM. SED CUM SORTIS PETITIO DILATA SIT, CONSEQUENS EST, UT ETIAM USURAE EX EO TEMPORE, QUO MORAM FECIT, ACCEDANT, ET SI, UT ILLE PUTABAT, AD EXCEPTIONEM TANTUM PRODESSET PACTUM (QUAMVIS SENTENTIA DIVERSA OPTINUERIT), TAMEN USURARUM OBLIGATIO IPSO IURE NON COMMITTETUR: NON ENIM IN MORA EST IS, A QUO PECUNIA PROPTER EXCEPTIONEM PETI NON POTEST. SED QUANTITATEM, QUAE MEDIO TEMPORE COLLIGITUR, STIPULAMUR, CUM CONDICIO EXSTITERIT, SICUT EST IN FRUCTIBUS: IDEM ET IN USURIS POTEST EXPRIMI, UT AD DIEM NON SOLUTA PECUNIA QUO COMPETIT USURARUM NOMINE EX DIE INTERPOSITAE STIPULATIONIS PRAESTETUR.

En el consultorio³⁷⁷ de Emilio Papiniano, jurisconsulto y prefecto pretorio, se leyó un documento que está redactado en estilo directo en el cual la persona que lo redacta Lucio Ticio, reconoce haber recibido de Publio Mevio quince mil sestercios, Publio

Vertragsstrafe im Wege einer Auslegung der jeweiligen Strafvorsprechen gewonnen.”

³⁷⁷ “consultorio” es la versión tomada de El Digesto de Justiniano traducción española de A. D’Ors y otros. Sin embargo en el *Corpus Iuris Civilis* Die Institutionem, Text und Überstzung traducido por Okko Behrends [et al] (Heidelberg 1999) la traduce por “Ante el tribunal”.

Mevio estipuló la devolución para las próximas calendas y Lucio Ticio lo prometió, se incluyó una estipulación penal para el caso de no cumplir el término fijado y se fijó una pena (un denario por cada mes y por cada cien denarios); se pactó también que del capital se restituyese a Publio Mevio trescientos denarios mensuales (a él o a su heredero). Se plantea la cuestión del cómputo de intereses una vez vencido el término. Como los pactos *in continenti* se consideran insertos en la estipulación, si se estipula una cierta cantidad del capital cada mes, incluyen los intereses moratorios; por lo que transcurrido el primer mes, corren los intereses del primer abono y después del segundo y tercer plazo se suman los del plazo no cumplido. se dice que no puede pedirse los intereses del capital no pagado antes de que pueda exigirse el capital mismo. Algunos juristas consideran que el pacto añadido se refiere tan sólo al pago del capital y no de los intereses que son objeto de la estipulación de la primera parte del documento, y que este pacto servía para dar excepción y por lo tanto si no se había pagado la cantidad de capital en los plazos establecidos, se debían intereses desde el día de la estipulación, como si se hubiese dicho expresamente. Sin embargo dice el jurista que cuando se difiere la petición del capital ocurre lo mismo con los intereses y aunque se considere que el pacto sólo sirve para obtener la excepción (aunque prevalece la opinión contraria), no se incurre en la obligación de intereses porque no está en mora aquel a quien en virtud de una excepción no se le puede pedir la cantidad. Se suele estipular lo que se percibe en el tiempo intermedio, antes de cumplirse la condición como en el caso de los frutos, así esto vale también para los intereses, de manera que si no se paga la cantidad en su día, se ha de pagar lo que corresponde por intereses desde el día en que se interpuso la estipulación.

En este famoso texto se refleja en estilo indirecto una estipulación de intereses. Trabajos como los de Knütel se han ocupado de la exégesis del mismo.³⁷⁸

Tenemos una **estipulación completa**, la *lex Lecta* puede ser tomada en cuenta por los múltiples aspectos que presenta. Nosotros aquí la consideramos desde el punto de vista de la forma: se trata de una estipulación penal doble (se promete de forma

³⁷⁸ KNÜTEL R, *Stipulatio Poenae*. Köln-Wien (1976); *Stipulatio un Pacta* Festschrift für Max Kaser zum 70 gebusstag. (München 1976). También encontramos otros autores que se han ocupado del fragmento, antes que Knütel: ROUSSIER J, *Le pacte adjoint "in continenti" à la stipulation*. Studi Betti 4, Milano pag. 3-13 (1962) y posteriormente SACCONI G, *Ricerche sulla stipulatio*. Pub. Fac. Giur. Univ.de Camerino 33, Napoli (1989)

independiente la prestación en la que consiste el principal interés de las partes)³⁷⁹, en la cual el jurista a pesar de que el fragmento es largo, no olvida incluir dos veces los verbos necesarios para encerrar la estipulación (*Stipulatus est Publius Maevius, sponendi ego Lucius Titius; Stipulatus est Publius Maevius, sponendi ego Lucius Titius*). El mismo fragmento hace referencia a un documento escrito en primera persona, quizás por ello el verbo utilizado es “*Stipulatus est, sponendi*”³⁸⁰. Se utiliza el pasado. **Vemos que se producen cambios dentro del estilo directo, de la narración objetiva (*stipulatus est*) a la subjetiva (*sponendi ego*). Lo podríamos justificar debido a la dificultad, no sólo de redacción sino también de transcripción de las estipulaciones realmente cruzadas, los tratos y pactos que las acompañan, en un documento tan largo realizado en forma objetiva.**

Por otra parte en este fragmento se utiliza la técnica de la remisión (a la cual hemos hecho referencia en el capítulo segundo). En este caso, las remisiones son mínimas y convenientes a fin de redactar correctamente la *cautio* “*supra scripta summa*” en la cual se asume una garantía de carácter personal.

Por lo que se refiere al conocido inciso “*pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur*”, Knütel³⁸¹ ha demostrado que no tiene porqué ser postclásica. Se trata de una muestra que refleja los esfuerzos de la jurisprudencia clásico-tardía para aproximar el funcionamiento del contrato verbal romano incluso a los contratos de buena fe, aunque no de una manera indiscriminada sino en los supuestos en los que se favorece al deudor.

D.17, 1, 46,0 PAUL. 74 AD ED.

SI QUIS PRO EO SPOPONDERIT, QUI ITA PROMISIT: " **SI STICHUM NON DEDERIS, CENTUM MILIA DABIS?**" ET STICHUM REDEMERIT VILIUS ET SOLVERIT, NE CENTUM MILIUM STIPULATIO COMMITTATUR, CONSTAT POSSE EUM MANDATI AGERE. IGITUR COMMODISSIME ILLA FORMA IN MANDATIS SERVANDA EST, UT,

³⁷⁹ KNÜTEL R, *Stipulatio poenae* pag.30 “ Bei der sogenannten Doppelstipulation wird die Leistung, der das Hauptinteresse der Parteien gilt, selbständig promittiert; sie befindet sich -im Gegensatz zum selbständigen Strafversprechen -nicht lediglich *in condicione*, sondern auch *in obligatione*.”

³⁸⁰ GUARINO A Diritto privato romano (2001) El autor cree que en la estipulación se produce el fenómeno de la sinecdote (llamar al todo por la parte) la estipulación propiamente haría referencia a la interrogación del acreedor (estipulante) mientras que la *sponsio* se refiriría a la “adhesión” del deudor.

QUOTIENS CERTUM MANDATUM SIT, RECEDI A FORMA NON DEBEAT: AT QUOTIENS INCERTUM VEL PLURIUM CAUSARUM, TUNC, LICET ALIIS PRAESTATIONIBUS EXSOLUTA SIT CAUSA MANDATI QUAM QUAE IPSO MANDATO INERANT, SI TAMEN HOC MANDATORI EXPEDIERIT, MANDATI ERIT ACTIO.

Si alguno hubiese prometido afianzando a otro que prometió diciendo “si no me dices el esclavo Estico ¿me darás cien mil sestercios?”, y luego hubiese comprado Estico por menos precio y lo hubiese dado para no incurrir en la obligación estipulada de cien mil, consta que puede demandar por mandato al deudor. Así resulta muy práctico observar esta regla en el mandato: que en tanto el mandato sea claro, no hay que apartarse de él, pero sí resulta incierto o comprende varias causas, entonces, aunque la causa del mandato quede satisfecha con otras prestaciones distintas de las contenidas en el mandato mismo, sin embargo, si conviene al mandante, se dé contra él la acción de mandato.

Desde el punto de vista del fondo del texto se “finge” la actio mandati para obtener el regreso entre fiador y deudor.

Encontramos una **interrogatio completa** en forma de estipulación penal independiente³⁸² reforzada con una fianza (*sponsio*)³⁸³. (forma compleja negocial).

Desde el punto de vista de la forma vemos, al igual que otras estipulaciones penales independientes³⁸⁴(en la estipulación doble la promesa penal se conecta con una promesa

³⁸¹ KNÜTEL R, *Stipulatio und Pacta* . Festschrift für Max Kaser zum 70 geburstag. München (1976) . *Stipulatio Poenae* (Köln Wien) 1976.

³⁸² KASER M, *Das Römische Privatrecht* (Munich 1971) “ Se encuentra frecuentemente constancia de contratos establecidos en representación (indirecta), particularmente la compra o venta de objetos por mandato, como también la intervención de él como fiador o como *adstipulator* y el orden de crédito. Además en la época clásica se incluye también la intervención para el amo de los negocios como procurator. Los servicios de nivel más elevado, no pueden aceptar a cambio una remuneración sin actuar contra las buenas costumbres, pero si se pueden encargar a otra persona. En estos caso se continua manteniendo la gratuidad del mandato aunque se acuerde un “salarium”, que se puede exigir mediante un procedimiento de cognición.”

³⁸³ Resulta inevitable en éste caso referirnos a la conexión entre la estipulación y un acto de asunción de responsabilidad, a la que hacemos referencia en el capítulo primero (1.1) y en especial esta cuestión es tratada por KNÜTEL R, *Stipulatio Poenae* (1976) pag.58 y ss.

³⁸⁴ ARANGIO-RUIZ V, *Il mandato in diritto romano* (Napoles 1965) ristampa. Pag.110 “il garante ha contratto, alla pari del debitori principale suo mandante, non obbligazione di trasferire la proprietat dello

principal mientras la estipulación penal independiente es una estipulación condicionada a que suceda un hecho o una omisión)³⁸⁵ que se puede exigir mediante estipulación únicamente la pena, la condición-prestación (una obligación de dar) actúa solamente para desencadenar la estipulación penal.

D.34, 5, 13,2 IUL. L.S. DE AMBIG.

CUM ITA STIPULATIONEM CONCIPIMUS: " **SI HOMINEM AUT FUNDUM NON DEDERIS, CENTUM DARI SPONDES?**" UTRUMQUE EST FACIENDUM, NE STIPULATIO COMMITTATUR, ID EST SIVE ALTERUM SIVE NEUTRUM FACTUM SIT, TENEBIT STIPULATIO. IDEMQUE EST EVIDENTER, CUM PROPOSITIS SPECIALITER PLURIBUS REBUS, QUAS FIERI VOLUMUS, ITA STIPULAMUR: " **SI QUID EORUM FACTUM NON ERIT**": VELUTI " **STICHUM ET DAMAM ET EROTEM SISTI? SI QUIS EORUM NON STETERIT, DECEM DARI?**" NECESSE EST ENIM OMNES ESSE SISTENDOS, UT STIPULATIONI SATISFIAT. VEL UT PROPIUS ACCEDAMUS, FINGAMUS ITA STIPULATIONEM FACTAM: " **SI STICHUM ET DAMAM ET EROTEM NON SISTERIS, DECEM DARI?**" NEQUE ENIM DUBITABIMUS, QUIN AEQUE OMNES SISTI OPORTEAT.

Cuando se hace una estipulación diciendo “¿me prometes dar cien mil sestercios si dejaras de darme un esclavo o un fundo?” para que no se incurra en la estipulación debe suceder que se entregue un esclavo y un fundo, es decir a la inversa, para que se incurra en la estipulación y la pena sea debida puede darse dos supuestos: o que se dé únicamente una cosa o que no se den ninguna de las dos. Lo mismo sucede en el caso de las obligaciones de hacer cuando queremos que se hagan varias cosas diciendo “si alguna dejara de hacerse”, por ejemplo “que se presenten Estico, Damas y Eros, y si alguno de ellos no se hubiera presentado que se den diez mil sestercios”, ya que para

sciavo Stico, bensì quella di pagare contomila sesterzii nel caso che la proprietà non sia trasferita. Oggetto delle due obbligazioni (principale e accessoria) è la somma, mentre la dazione del servo funziona soltanto come condizione (sospensiva e negativa delle obbligazioni stesse.”; WATSON A, Contract of mandate in roman law (Oxford 1961) pag.94 “Nevertheless, the first part of the text is interesting. Since the guarantor was likewise under an obligation to hand over Stichus or 100 (although technically to give Stichus was alone the main obligation) it shows that the mandatary may be given a choice.”

³⁸⁵ KNÜTEL R, *Stipulatio Poenae* pag. 27 “Die verpflichtung geht hier lediglich auf die Strafsumme”

que se cumpla la estipulación y no se incurra en la pena se deben dar todos los comportamientos (que se presenten Estico, Damas y Eros, los tres) es decir según el jurista se esta pensando en una estipulación de este tipo “¿si Estico, Damas y Eros no se presentan, prometes dar diez mil sestercios?”

Este texto³⁸⁶ proviene del *liber singularis de ambiguitatibus*. Del libro citado se conocen únicamente tres fragmentos, el que nos ocupa es el tercero. En este libro es dónde el jurista, Juliano muestra más la influencia de la lógica estoica³⁸⁷, curiosamente estos tres fragmentos están plagados de estipulaciones³⁸⁸.

Un caso bonito y complejo que se puede tratar también desde el punto de vista de la determinación del objeto de la estipulación.

Encontramos cuatro fragmentos recogidos en lenguaje directo. El primer fragmento nos muestra la forma de una estipulación penal independiente en la cual el objeto pues se trata de una prestación de dar, se encuentra redactado en forma condicional y además haciendo referencia a varios objetos “¿si dejaras de darme un esclavo o un fundo, prometes darme cien mil sestercios?”. La particularidad radica en que el objeto esta “cumulativamente” determinado. Hay que entregar, un esclavo y un fundo (se trata pues de una obligación de dar). Sin embargo se utiliza la partícula *aut*, que en lenguaje común puede utilizarse en dos sentidos (como “y” y como “o bien”) y aquí lo que nos dicen es que podríamos utilizar un uso cumulativo (“y”). Precisamente el cambio de la lógica lingüística por la lógica matemática se debió a la necesidad de eliminar estos

³⁸⁶ LENEL O, Pal. Col.317 vol.I.

³⁸⁷ Al tratar de la forma en la que se determina el objeto (epígrafe 3.5.2) volveremos sobre estos problemas, que han sido tratados por MIQUEL J, *Stoische Logik und römische Jurisprudenz*. ZS 87 pag. 85 y ss (1970); TORRENT A, *Salvius Iulianus liber singularis de ambiguitatibus* (Universidad de Salamanca 1971) “Evidentemente, los párrafos 2-5 seían difícilmente explicables con los criterios hermenéuticos usuales del Derecho sustancial; de ahí su pretendido carácter post-clásico, el ataque al estilo del fragmento..etc. Yo mismo con criterios normales no lograba darle una explicación que resultara satisfactoria. Ha sido a la luz del recentísimo trabajo de Miquel que se ha tomado la fatiga de profundizar en el estudio de la lógica simbólico-matemática, que estos párrafos cobran nueva luz. Miquel estima los fragmentos bastante puros. Sólo anota la interpolación en D.34,5,13,2 desde *idemque est eviderter*.” KNÜTEL R, *Stipulatio Poenae*. Köln-Wien (1976) pag.85 y ss. El autor considera que Juliano se separa de la lógica estricta para ir a una solución más justa.

³⁸⁸ Lo cual es lógico ya que la *stipulatio* se presta a éste tipo de reflexiones, lógico-jurídicas; se trata de casos imaginarios para la reflexión teórica.

problemas pues con la expresión matemática resulta totalmente claro el sentido que hay que dar a las cifras numéricas.

En este primer fragmento en lenguaje directo, hay como podemos apreciar una interrogación completa cerrada con el verbo *spondes*.

El siguiente fragmento en lenguaje directo es: "**SI QUID EORUM FACTUM NON ERIT**" se trata de un fragmento que explicaremos a continuación, por lo que nos centraremos en el fragmento que le sigue.

“STICHUM ET DAMAM ET EROTEM SISTI? SI QUIS EORUM NON STETERIT, DECEM DARI?”. En este caso nos encontramos con una forma de estipulación penal que más se parece a una estipulación doble que a una independiente pues formalmente se recurre a dos *interrogationes*. La primera *interrogatio* debería cerrarse con un *spondes* para que fuese exigible estipulatoriamente³⁸⁹, pero el jurista olvida mencionarlo. Nos sorprende que la segunda *interrogatio* tampoco esta cerrada con un *spondes* **SI QUIS EORUM NON STETERIT, DECEM DARI?**.

Parece que el jurista se deja llevar por el lenguaje³⁹⁰, y él mismo es consciente de la construcción deficiente y vuelve a formular la estipulación, esta vez de manera más correcta pero volviendo a la forma de estipulación penal independiente **"SI STICHUM ET DAMAM ET EROTEM NON SISTERIS, DECEM DARI?"** Creemos viendo el texto y no la base de datos del Digesto, que debe ser correcta la adición del *spondes* al final, ya que el jurista se toma la molestia de volver a redactar la *interrogatio* (aunque cambiando la forma de la estipulación penal).

Parece que el jurista marca cierta diferencia entre las obligaciones de dar (un esclavo o un fundo) y las de hacer “si alguna de ellas dejara de hacerse por ejemplo que se presenten Estico, Damas y Eros”.

³⁸⁹ KNÜTEL R, *Stipulatio Poenae* pag. 74 “Nach alldem spricht vieles für die Annahme, dass die Formulare die der Doppelstipulation ähnelten, aber des ersten *spondes* entbehrten, als selbständige Strafversprechen aufgefasst wurden”.

³⁹⁰ De la misma manera que ocurre en D.17,2,71 pr. tal como explicamos al hacer la exégesis del mismo (epígrafe 2.3.1.3.1).

Por lo que respecta a la forma de determinar el objeto de la prestación, podemos ver que en este caso hay distintos objetos **"SI HOMINEM AUT FUNDUM"**, **"STICHUM ET DAMAM ET EROTEM"**, y están determinados de forma "cumulativa" es decir para que no se incurra en la pena es necesario que se entreguen todos los objetos. Debe considerarse en este caso aunque sólo haya una *interrogatio* y una *responsio*, hay una pluralidad de objetos en la estipulación y para que ésta se cumpla se deben entregar todos. **Pudiera ser como apuntamos más adelante al tratar de la forma del objeto de la estipulación que este principio de "Tot stipulationes quot res"³⁹¹ tendría más bien una aplicación tópica³⁹² que normativa estricta.**

D.34, 5, 13,5 IUL. L.S. DE AMBIG.

SI QUIS AUTEM PLURA IN STIPULATUM DEDUCAT, QUORUM UNUM FIERI VELIT, ITA COMPREHENDERE DEBET: " **ILLUD AUT ILLUD FIERI SPONDES? SI NIHIL EORUM FACTUM ERIT, TANTUM DABIS?"**

Si alguien introduce en una estipulación varias cosas de las que quiere que se haga una, debe decir: "¿prometes hacer tal o cual cosa y darás tanto si no haces ninguna de ellas (o bien y pagarás solamente sino se hace ninguna de las dos)?"

Es interesante en cuanto a la forma, por distintos motivos: En primer lugar recoge, con carácter ilustrativo, según acostumbra a hacer la jurisprudencia cautelar una estipulación penal doble, las dos *interrogationes* están cerradas con verbos estipulatorios. Tanto el objeto (determinado alternativamente y consistente en una obligación de hacer) de la primera estipulación, como la pena en la segunda se pueden exigir mediante la acción derivada de la estipulación. Es posible que el motivo de elegir este tipo de estipulación doble sea el hacer coercible una prestación que no era demandable en si misma, es

³⁹¹ KNÜTEL R, *Stipulatio Poenae* pag. 78 Knütel considera que se podría haber producido una atenuación del *dictum: Tot stipulationes quot res* como ocurre en Cels.D.45.1.97 pr..Sin embargo aunque parezca una diferencia de matiz, creemos más acertada considerar que se realiza una aplicación tópica y no normativa de este principio.

³⁹² En éste sentido SCHMIDLIN B, *Die Römischen Rechtregeln: Versuch einer Typologie* (1970).

aceptado por otra parte que la aparición de las estipulaciones penales dobles es posterior al de las estipulaciones penales independientes³⁹³.

Si comparamos por otra parte, con el fragmento anterior D.34,5,13,2, Iul L.S de Ambig. Vemos que en el caso anterior para no incurrir en la estipulación se debería entregar todas los objetos establecidos “*Hominem aut fundum*”, hablamos en este sentido de un objeto determinado cumulativamente. Sin embargo en el caso que ahora tratamos “*illud aut illud*” parece que se opondría a ninguno de los dos, por lo que la estipulación se cumpliría si se realizase uno sólo de los objetos determinados, pensaríamos en un objeto determinado alternativamente³⁹⁴. La única diferencia que desde el punto de vista de la forma existe es que una estipulación penal es independiente mientras la otra es doble. **¿Podría esta diferencia en la forma de configuración de la pena modificar el sentido de la forma de establecer el objeto? En el sentido de dar un significado distinto al término *aut*. Evidentemente esta mutación del significado, también se podría justificar por vía interpretativa acudiendo al criterio del *id quod actum*.**

D.38, 1, 39,0 PAUL. 7 AD PLAUT.

SI ITA STIPULATIO A PATRONO FACTA SIT: " SI DECEM DIERUM OPERAS NON DEDERIS, VIGINTI NUMMOS DARE SPONDES?" VIDENDUM EST, AN NEC VIGINTI ACTIO DANDA SIT, QUASI ONERANDAE LIBERTATIS GRATIA PROMISSI SINT, NEC OPERARUM, QUAE PROMISSAE NON SINT? AN VERO OPERAE DUMTAXAT PROMISSAE FINGI DEBEANT, NE PATRONUS OMNIMODO EXCLUDATUR? ET HOC PRAETOR QUOQUE SENTIT OPERAS DUMTAXAT PROMISSAS.

Si el patrono hubiese estipulado diciendo “¿prometes dar veinte mil sestercios, si no me hubieras prestado diez días de servicios?”, el jurista se interroga sobre la posibilidad de accionar por los veinte mil (pues si gravan la manumisión no se pueden exigir) o bien

³⁹³ KNÜTEL R, *Stipulatio Poenae* pag. 62 El autor afirma que la forma de la penalización contractual independiente es más antigua que la estipulación doble.

³⁹⁴ KNÜTEL R, *Stipulatio Poenae* pag. 60 El autor pone de manifiesto que la vinculación alternativa de una prestación de *facere* con un pago de dinero la podemos encontrar en el *vadimonium* de derecho penal del Plauto; MIQUEL J, *Stoische Logik und römische Jurisprudenz*. ZSS 87 pag. 85 (1970) “en el número 5 el jurista expone un caso de obligación alternativa con cláusula penal propia.”

por el incumplimiento de los servicios, pero no pueden exigirse estos pues no son objeto de la estipulación penal independiente. Para el jurista debe fingirse que se prometieron los servicios a fin de que el patrono no quede privado de acción y así lo hace el pretor.

Lenel³⁹⁵ sitúa el fragmento bajo el epígrafe *De iure patronatus* junto a D.38,1,39,1, creemos que la materia a la que se hace referencia, el patronato tiene unas peculiaridades propias. Sin embargo, en el ámbito que nos ocupa (la forma externa de la estipulación y sus consecuencias en cuanto al régimen jurídico) los resultados obtenidos del estudio de este fragmento son aplicables a otras estipulaciones penales independientes.

Vemos una *interrogatio* completa de una estipulación penal³⁹⁶ independiente de unas “*operae libertorum*”, que desde el punto de vista de la forma no ofrece novedad, a no ser que reparemos en lo que intenta transmitir el jurista. Parece que cuando se trata de este objeto (prestación de los servicios de los libertos), no se puede exigir una pena para no dificultar la manumisión, (la *lex Aelia Sentia* lo prohibía pues significaba una limitación de libertad si el patrono se hacía prometer por el liberto dinero en lugar de sus servicios) por lo tanto se dice que aunque se configure correctamente la estipulación penal independiente³⁹⁷, en función del objeto, no podrá exigirse la pena y los servicios se podrán exigir en vía pretoria. **Parece pues que el tenor de la estipulación penal independiente no se respetaría en cuanto a su exigibilidad ,en función del objeto.**

D.44, 7, 44,5 PAUL. 74 AD ED. PRAET.

SI ITA STIPULATUS SIM: " **SI FUNDUM NON DEDERIS, CENTUM DARE SPONDES?"** SOLA CENTUM IN STIPULATIONE SUNT, IN EXSOLUTIONE FUNDUS.

³⁹⁵ LENEL O, Pal. col. 1159 vol.I.

³⁹⁶ KNÜTEL R, *Stipulatio Poenae* (1976) pag. 76 trata este supuesto desde un punto de vista procesal y comparándolo con una *Doppelstipulation*.

³⁹⁷ KASER M, *Das Römische Privatrecht I* (Münich 1971) pag.301 El pretor establece una *exceptio onerandae libertatis causa*. La *lex Aelia Sentia* prohíbe que el liberado se comprometa a pagar dinero en lugar de hacer prestaciones; KNÜTEL R, *Stipulatio Poenae* pag. 74 El autor pone de relieve que se aceptaba la práctica de que el patrono estipulara alternativamente, los servicios o una suma de dinero para la respectiva prestación de servicios, pues en este caso el liberto, como deudor facultado para elegir, tenía la posibilidad de liberarse mediante la prestación de los servicios.

Si estipulo diciendo “si no hubieras dado el fundo ¿prometes dar cien mil sestercios?”, el objeto de la estipulación , es decir lo que se puede exigir mediante la estipulación son los cien mil y la entrega del fundo sirve para quedar liberados de la estipulación.

Lenel³⁹⁸ sitúa el texto en el tercer epígrafe *De stipulationibus* dentro del libro 74 *ad edictum*, creemos que trata de estudiar la estructura de la estipulación penal independiente en general sin referirse a una aplicación en concreto.

Se reproduce la *interrogatio* completa de una estipulación penal independiente (asegurando una obligación de dar). Por lo que respecta a la forma, parece que la estructura típica de las estipulaciones penales independientes, es decir, una proposición condicionada por la partícula “si” junto a una promesa cerrada con un “*spondes*” tiene como consecuencia jurídica, como ya hemos dicho muchas veces, que la proposición condicionada no puede exigirse a través de la estipulación³⁹⁹. Visto desde la perspectiva del jurista, esta forma determinaría que la única prestación debida fuesen los “cien” mientras que la proposición condicionada actuaría únicamente “*in facultate solutionis*”, es decir⁴⁰⁰, si se cumpliera serviría para quedar liberado de la estipulación penal independiente. En el caso de las estipulaciones penales esta estructura tiene menor importancia pues es difícilmente sostenible el justificar que se ha destruido la prestación *in obligatione* pero estimula el comportamiento en términos de satisfacción del interés perseguido .

D.45, 1, 71,0 ULP. 13 AD ED.

CUM, QUID UT FIAT, STIPULEMUR POENAM, SIC RECTE
CONCIPIEMUS: " **SI ITA FACTUM NON ERIT**": CUM QUID NE FIAT,
SIC: " **SI ADVERSUS ID FACTUM SIT**"

³⁹⁸ LENEL O, col.. 1087 vol.I

³⁹⁹ en este sentido KNÜTEL R, *Stipulatio Poenae* (1976) pag. 28.; TALAMANCA M, *Istituzioni di diritto romano* (Milano 1990) pag.568 El autor distingue dos tipos de estipulaciones penales (conjunta o principal) según se incluya la promesa de la prestación primaria o no.

⁴⁰⁰ KASER M, *Das Römische Privatrecht I* (München 1971) Según el autor esta estructura se utiliza cuando la proposición condicionada no es propiamente lo que se debe. De esta manera es posible conseguir prestaciones que no pueden ser objeto de compromisos exigibles por ejemplo prestaciones hacia terceras personas, o aquellas que por el destinatario no tiene un valor cuantificable en dinero, o

Cuando se estipula una pena para intentar que se cumpla una obligación de *facere*⁴⁰¹ se ha de hacer utilizando la siguiente expresión: si no se hace así... Por el contrario cuando se estipula una pena con la intención de que no se haga alguna cosa se utiliza: si se hace en contra de ello....

Encontramos un ejemplo importante de jurisprudencia cautelar, en el cual Ulpiano muestra como se debe formular una estipulación penal. Tanto en el caso que queramos que se haga algo “si no se hace así” ,como para el caso de que lo que queramos es que no se haga algo “si se hace en contra de ello”. A la condición (redactada de una u otra manera según lo que precisemos) se le ha de añadir lógicamente la pena convencional⁴⁰². Parece que se trataría de una estipulación penal independiente. Se encuentra recogida en el epígrafe correspondiente al *compromisum*⁴⁰³.

D.45, 1, 72,1 ULP. 20 AD ED.

SI QUIS ITA STIPULATUS SIT: " **SI ANTE KALENDAS MARTIAS PRIMAS OPUS PERFECTUM NON ERIT, TUM QUANTI ID OPUS ERIT, TANTAM PECUNIAM DARI?**", DIEM PROMISSIONIS CEDERE NON EX QUO LOCATUM EST OPUS, SED POST KALENDAS MARTIAS, QUIA NEC CONVENIRI ANTE KALENDAS MARTIAS REUS PROMITTENDI POTERAT.

Si se estipula diciendo, que “se dará la cantidad equivalente al valor de la obra de que se trate si esta no queda terminada antes de las primeras calendas de marzo”, la obligación no vence en el momento del contrato de arrendamiento⁴⁰⁴ si no después de las calendas de marzo (término), porque antes no se podía demandar al promitente.

pagos de cuotas entre socios durante la vigencia de la *societas* o la abstención de reclamar judicialmente una demanda.

⁴⁰¹ PASTORI F, *Il negozio verbale in diritto romano* (Bologna 1994) El autor afirma que en la estipulación la prestación coincide con la del contrato en general (*dare, facere, praestare*). En la estipulación de *facere* no se incluye solamente una actividad, si no un *facere* cualificado con un resultado final.

⁴⁰² KNÜTEL O, *Stipulatio poenae* pag. 28 El autor considera que a la estipulación penal independiente se le puede aplicar también el término *poena*, aunque el promitente que no realiza la actuación pretendida, no lesiona una auténtica obligación.

⁴⁰³ LENEL O, col.489 vol.II.; TALAMANCA M, *Istituzioni di diritto romano* (Milano 1990) pag 568 “una speciale applicazione della *stipulatio poenae* si ha nel *compromisum*, atto col quale si crea un procedimento arbitrale, in alternativa alla *iurisdictio* statale.

Se trata de una estipulación penal con la particularidad que incluye como pena no una cantidad líquida de dinero si no “el valor de la obra”⁴⁰⁵. Esta estipulación penal tiene un término establecido “las primeras calendas de marzo”, el jurista interpreta como viene haciendo el *usus communis* en sentido favorable al deudor, es decir que antes de este término no se puede demandar al promitente por no haber finalizado la obra y por tanto dice que la estipulación vence con este término.

D.45, 1, 85,3 PAUL. 75 AD ED.

QUOD SI STIPULATUS FUERO: " **PER TE HEREDEMVE TUUM NON FIERI, QUO MINUS EAM AGAM: SI ADVERSUS EA FACTUM SIT, TANTUM DARI?"** ET UNUS EX PLURIBUS HEREDIBUS PROMISSORIS ME PROHIBEAT, VERIOR EST SENTENTIA EXISTIMANTIUM UNIUS FACTO OMNES TENERI, QUONIAM, LICET AB UNO PROHIBEOR, NON TAMEN IN PARTEM PROHIBEOR: SED CETERI FAMILIAE ERCISCUNDAE IUDICIO SARCIENT DAMNUM

Si yo hubiera estipulado “no impedir , ni tú ni tu heredero, que yo pase o lleve ganado por tu finca y dar tal cantidad en caso de que se me impida” y uno de los varios herederos me lo impide. Piensa Paulo, que la solución correcta es la que considera que todos quedan obligados por el acto de uno aunque posteriormente puedan resarcirse mediante la acción de división de la herencia.

Tomando un enfoque del fragmento tradicional atendiendo al fondo del supuesto vemos que el texto plantea la cuestión de la transmisibilidad de las estipulaciones *in (non) faciendo*.⁴⁰⁶

El lenguaje directo recogido en este fragmento refleja una estipulación penal. El problema que plantea es que no se sabe si se trata de una estipulación penal

⁴⁰⁴ arrendamiento con término KNÜTEL R, pag.133.

⁴⁰⁵ KNÜTEL R, *Stipulatio Poenae* pag. 25. El autor precisa que la pena contractual en la mayoría de los casos consiste en una determinada suma de dinero.

⁴⁰⁶ TALAMANCA M, *Istituzioni di Diritto Romano* (1990) pag516 y ss.; PUGLIESE G, *Istituzioni di Diritto Romano* (1991) 3ª ed. pag. 615 y ss.

independiente o doble. Nosotros, a priori, después de examinar la formas estipulatorias según los criterios delimitados en los capítulos anteriores, creemos que se acercaría más a una estipulación penal doble (*Pamphilum dari spondes? si non dederis, centum dari spondes?*), pero creemos que se debe hacer una amplia reflexión al respecto.

El jurista, Paulo, no está preocupado por las cuestiones de forma y no introduce ningún *spondes* (ni el posible primero ni el que cierra la estipulación). Esta falta de interés por determinar si se trata de una estipulación penal doble o bien independiente encajaría con su teoría expresada en D.44,7,44,6. Considera, que donde hay una estipulación doble (hemos de suponer que correctamente formulada) se produce una *quasi novatio* y la primera se transfiere en la segunda, por lo que en realidad existe una única estipulación. Esto justificaría que Paulo no se preocupase de los verbos estipulatorios ya que para él todas las estipulaciones penales serían independientes. Pero también observamos que no se preocupa de cerrar la estipulación penal con un verbo estipulatorio. Si seguimos a Knütel⁴⁰⁷, este considera que los romanos manejaron la condición de una manera extraordinariamente flexible, adaptándola a la finalidad negocial en este sentido se podría aceptar que estuviéramos ante una estipulación penal independiente.

Consideramos que en la época clásico-tardía se ponen de manifiesto distintas teorías acerca de la forma de las estipulaciones penales. La cuestión se complica debido a la relajación de la forma estipulatoria en general, una muestra lo vemos en que el jurista no se preocupa de cerrar la transcripción de la estipulación. **Paulo** considera claramente que el problema se reconduce a que existe únicamente una estipulación penal independiente y en consecuencia es exigible la pena. **Celso**⁴⁰⁸ formula incorrectamente una estipulación penal (que a nuestro juicio correspondería mas a una estructura de estipulación doble), pero olvida el primero y el segundo *spondes*⁴⁰⁹. En cuanto al fondo Celso configura la pena *in obligatione*, de una forma que parece burlar el refuerzo de la prestación principal (entregar un hipocentauro), trata el supuesto de la misma manera que Papiniano en D.45,1,126,3 donde si la segunda estipulación (se habla de dos

⁴⁰⁷ KNÜTEL R, *Stipulatio Poenae* pag. 29.

⁴⁰⁸ Cels.D.45.1.97 pr.

⁴⁰⁹ KNÜTEL R, *Stipulatio Poenae* pag.75 El autor considera que falta el primer verbo estipulatorio y por tanto la considera estipulación penal independiente pero, no se da cuenta de que falta el segundo verbo y que tampoco sería válida la estipulación penal independiente.

estipulaciones lo que se ajustaría a la estipulación penal doble) no es válida al ser imposible (no cabe acudir por ello al *id quod actum*), si lo es la primera. En consonancia Celso también considera que sólo se estipula la primera (la comparecencia) y por tanto no se podría exigir la pena (D.45,1,97pr.). Creemos que esta solución se debe a que Celso realiza una interpretación arriesgada y tendente a garantizar el interés de las partes, que no se pueda burlar la pretensión primariamente pretendida (la comparecencia); **Papiniano** creemos que defiende la postura más acertada, distingue entre los dos tipos de estipulación penal y sus consecuencias, formula una estipulación doble y dice que hay dos objetos *in obligatione* (el esclavo y la cantidad), a continuación formula una estipulación penal independiente y manifiesta que hay una prestación *in obligatione* y otra *in facultate solutione*. **Sin embargo, Papiniano en consonancia con la relajación de los formalismos propios del clasicismo tardío, subordina su teoría a la voluntad de las partes al *id quod actum*.**

En conclusión, no creemos que la existencia de uno o dos verbos estipulatorios sean decisivos para determinar la existencia de una estipulación penal independiente o bien doble, sino que hay que acudir a otros criterios que proporcionan mayor flexibilidad a la estipulación, como el criterio interpretativo del *id quod actum*. Es decir consideramos más acertada la teoría de Papiniano, esto supone un inconveniente cuando nos encontramos con textos (como el que estamos estudiando) en los que el jurista no concede importancia o no pone de manifiesto cual ha sido la voluntad de las partes, ya que no nos permite decidir ante que tipo de estipulación penal nos encontramos.

Desde el punto de vista de la forma, observamos otra muestra de flexibilidad en como se **utiliza la forma singular “PER TE HEREDEMVE TUUM NON FIERI” para incluir también a los demás herederos.**

D.45, 1, 85,6 PAUL. 75 AD ED.

ITEM SI ITA STIPULATIO FACTA SIT: " **SI FUNDUS TITIANUS DATUS NON ERIT, CENTUM DARI?**", NISI TOTUS DETUR, POENA COMMITTITUR CENTUM NEC PRODEST PARTES FUNDI TRADERE CESSANTE UNO, QUEMADMODUM NON PRODEST AD PIGNUS LIBERANDUM PARTEM CREDITORI SOLVERE.

Si se hace la estipulación de que se dé cien mil sestercios si no se hubiese dado el fundo Ticiano, se habrá de pagar la pena de cien mil si no se da el fundo entero y no valen los pagos parciales de igual manera que en el caso de una prenda, no cuenta el pago parcial hecho al acreedor.

Por lo que respecta al fondo del supuesto se plantea la divisibilidad de las obligaciones *in dando*, o más estrictamente la posibilidad de pagos o cumplimientos parciales⁴¹⁰.

Con relación a la forma, se recoge en lenguaje directo una estipulación penal independiente⁴¹¹ que tiene por objeto, una obligación de dar, que no incluye nos imaginamos que en este caso, por razones de estilo, el verbo *spondes* (aunque a veces la omisión del verbo estipulatorio obedecía a un olvido de transcripción por motivos de brevedad del jurista como veremos en determinados fragmentos). Sin que desde el punto de vista de la forma podamos extraer más consecuencias.

De la explicación de Paulo, podemos ver como en el caso de las obligaciones de dar⁴¹², no se admite, en principio, un cumplimiento parcial, no vale como cumplimiento y por tanto se incurre en la pena.

D.45, 1, 99,1 CELS. 38 DIG.

SI STIPULATUS HOC MODO FUERO: " SI INTRA BIENNIUM CAPITOLIUM NON ASCENDERIS, DARI?", NON NISI PRAETERITO BIENNIO RECTE PETAM: NAM ETSI AMBIGUA VERBA SUNT, SIC TAMEN EXAUDIUNTUR, SI IMMUTABILITER VERUM FUIT TE CAPITOLIUM NON ASCENDISSE.

⁴¹⁰ TALAMANCA M, Istituzioni di Diritto Romano (1990) pag. 636 y ss. "La struttura dell'adempimento stesso varia a seconda della natura della prestazione. L'attività del debitore necessaria allo scopo può esaurirsi in un unico contesto, il cui spessore temporale non rileva, per il diritto(como accade per le *obligationes in dando* che prevedano un'unica prestazione)."

⁴¹¹ KNÜTEL R, *Stipulatio Poenae* pag. 84 El autor también califica la estipulación de *selbständiges Strafversprechen* y la relaciona con D.10,2,25,14 en el que Paulo trata el tema en relación a las prendas. Desde mi punto de vista también es significativo el fragmento anterior en el cual el testador es promitente de una estipulación penal, Paulo hace prevalecer la indivisibilidad de la pena frente al principio de división automática de las deudas de la herencia.

Si hubiera estipulado lo siguiente: si no hubieras subido al Capitolio en dos años, ¿prometes que se dará? no se puede reclamar⁴¹³ hasta que haya transcurrido el bienio, porque debe ser absolutamente cierto que no hayas subido al Capitolio.

Es un caso de jurisprudencia cautelar, en el ejemplo de que se trata se ha olvidado cuantificar “lo que se tiene que dar”, nosotros consideramos que se trata de una cantidad de dinero⁴¹⁴, y por tanto estaríamos ante una estipulación penal independiente.

La condición⁴¹⁵ por la que empieza la estipulación penal, contiene una prestación de hacer (subir al Capitolio) a la que se ha añadido un término para realizarla (en dos años). Vemos que en el caso de ambigüedad en el término **la interpretación favorece al deudor “que sea absolutamente cierto que no has subido”** por lo que habrá, en principio, que esperar el transcurso de los dos años. Este fragmento se puede tratar desde el punto de vista del tratamiento del término.⁴¹⁶

D.45, 1,115,0 PAP. 2 QUAEST.

ITA STIPULATUS SUM: " TE SISTI IN CERTO LOCO: SI NON STETERIS, QUINQUAGINTA AUREOS DARI SPONDES?" SI DIES IN STIPULATIONE PER ERROREM OMISSUS FUERIT, CUM ID AGERETUR, UT CERTO DIE SISTERES, IMPERFECTA ERIT STIPULATIO. NON SECUS AC SI QUOD PONDERE NUMERO MENSURA CONTINETUR SINE ADIECTIONE PONDERIS NUMERI MENSURAE STIPULATUS ESSEM,

⁴¹² PASTORI f, Il negozio verbale in diritto romano (Bologna 1994) pag.289 El autor siguiendo a *Gai* 4,4 considera que *dare* puede tener dos significados : uno atécnico que hace referencia al acto en su materialidad y un sentido técnico , un acto idóneo para hacer adquirir la propiedad o la posesión.

⁴¹³ MASI A, Studi sulla condizione nel diritto romano (Milano 1966) pag.82 “Ai fine di dissipare ogni dubbio sulla tecnicità delle espressione *non recte petere* che vi ricorrono, nel senso che esse deporrebbero per la preclusione della possibilità di riproporre l’azione.”

⁴¹⁴ KNÜTEL R, *Stipulatio Poenae* pag. 25 El autor considera que en la mayoría de los casos consiste en una suma de dinero, pero hay excepciones como en D.45,1,72,1 (uno de los casos que hemos tratado) y también en el ámbito de las estipulaciones pretorias (que como ya hemos dicho quedan al margen de nuestro estudio).

⁴¹⁵ SACCONI G, Ricerche sulla *stipulatio* (Napole 1989) pag.7 “ Altre volte l’ambiguitas verborum induce l’interprete ad attenersi con maggiore aderenza ai verba stipulationis. Di fronte alla possibili difficoltà rappresentate dall’interpretazione di una condizione potestativa negativa in cui col termine *ascendere Capitolium* si può intendere sia, in senso materiale, ascendere sul colle Capitolino, sia, in senso traslato, l’andarvi a celebrare una cerimonia religiosa connessa con un’operazione militare od trionfo. Celso asserisce che la condizione si ritiene realizzata se nella realtà delle cose il promittente, durante il biennio, non è salito sul Campidoglio.”

⁴¹⁶ Epígrafe 3.7

VEL INSULAM AEDIFICARI NON DEMONSTRATO LOCO, VEL
FUNDUM DARI NON ADIECTO NOMINE. QUOD SI AB INITIO ID
AGEBATUR, UT QUOCUMQUE DIE SISTERES ET, SI NON STETISSES,
PECUNIAM DARES, QUASI QUAE LIBET STIPULATIO SUB
CONDICIONE CONCEPTA VIRES HABEBIT, NEC ANTE
COMMITTETUR, QUAM FUERIT DECLARATUM REUM PROMITTENDI
SISTI NON POSSE.

Se recoge una estipulación en la que se promete comparecer en determinado lugar y si no se compareciera se pacta una pena de 50 áureos. Dice el jurista que si en la estipulación se omitió por error el día, y lo que se quería es que se compareciera un día determinado, la estipulación será incompleta como si se hubiera estipulado entregar un fundo sin dar el nombre. Pero si, desde el primer momento se acordó que se compareciera cualquier día y que se pagara la pena si no se hacía esta estipulación, vale como cualquier otra condicional y no queda incumplida hasta que no se declare que el deudor no podrá comparecer.

Hay que advertir antes de entrar en éste caso, que en rigor el supuesto quedaría fuera del estudio, y si lo incluimos es porque consideramos tiene un valor general⁴¹⁷.

Vemos en lenguaje directo que podría tratarse de una estipulación independiente⁴¹⁸, confusamente formulada ya que debería empezar por la condición *si non steteris*. No creemos que se trate de una estipulación penal independiente ya que se incluye una condición pero no en la primera estipulación sino en la segunda y esto nos indica, en principio, que no estamos ante una estipulación penal independiente sino ante una estipulación penal doble. Evidentemente la estipulación penal doble, estaría también

⁴¹⁷ VOICI P, Una *quaestio* di Papiniano in tema di *Stipulatio Poenae*: D.45,1,115 .Scritti in memoria di Antonio Giuffrè (Milano 1967) pag.859 y ss “In D.45,1,115 Papiniano esamina alcuni problemi relativi alla scadenza della *stipulatio poenae*. Il caso è tolto da un contesto dedicato alla *cautio vadimonium sisti*, ma non tratta di questa specie di *stipulatio*: solo la struttura della *cautio vadimonium sisti*-negozio duplice, in cui si promette con una prima *stipulatio* di comparire in giudizio e con una seconda di pagare una certa somma in caso di mancata comparizione: ipotesi, dunque di pena convenzionale propria-induce il giurista a passare allo studio di una *stipulatio conventionalis* analoga e di estendere il discorso alla pena convenzionale impropria.”

⁴¹⁸ KNÜTEL R, *Stipulatio Poenae* pag. 121 El autor la considera una estipulación penal independiente.

mal formulada, pues se ha omitido el verbo por error en la transcripción, (el jurista no se plantea la omisión).

La estructura típica de la estipulación doble sería: *Pamphilum dari spondes? Si non dederis, centum dari spondes?* Pensamos que es más sencillo fingir la existencia de un verbo estipulatorio, que no modificar el tipo de estipulación penal con las consecuencias que ello supone, pero en todo caso habría que tener en cuenta la voluntad de las partes Pap D.45,1,115,2.

Knütel considera que los formularios que se asemejaban a la estipulación doble, pero carecían del primer *spondes*, fueron considerados como estipulaciones penales independientes salvo casos excepcionales, habla en este sentido de conversión, seguiría pues la teoría de Paulo en D.44,7,44,6 que hemos expuesto al tratar de D.45,1,85,3 (en este mismo apartado sobre la forma de las estipulaciones penales). El autor compara el supuesto con D.17,2,71 pr., el cual hemos tratado ampliamente ⁴¹⁹y donde ponemos de manifiesto que el jurista formula de forma incorrecta la estipulación y no sólo se olvida de transcribir el primero sino también, el segundo *spondes*. Para los juristas romanos clásico-tardíos creemos, que no era tan decisivo la existencia del verbo *spondes* como que la estipulación mantuviese una cierta estructura: con dos prestaciones *in obligatione* (estipulación penal doble) o con una única prestación *in obligatione* (estipulación penal independiente), pero opinamos que el criterio decisivo según manifiesta Papiniano, pasa por tener en cuenta la voluntad de las partes D.45,1,115,2.

Pensemos que aunque nos ciñamos al lenguaje directo, por considerarlo la mejor aproximación a las estipulaciones que eran realmente pronunciadas, es lógico suponer que se permitiesen ciertas alteraciones en la reproducción de las mismas, y esto también nos hace pensar que quizás lo que ha inducido a error a Knütel (además lógicamente de la teoría de Paulo en D.44,7,44,6) sea el considerar que está delante de un formulario y no es cierto, está delante de la plasmación de una estipulación utilizada.

Creemos que nuestra interpretación se apoya también en D.45,1,126,3 Paul 3 quaest.

⁴¹⁹ Vease epígrafe 2.3.1.3.1.

Si ita stipulatus fuero te sisti et, ni si steteris, aliquid dari, quod promittendi impossibile est: detracta secunda stipulatione prior manet utilis et perinde erit, ac si te siste stipulatus essen.

En este texto aunque no esté en lenguaje directo, se ve claramente como Paulo hace, necesariamente, una excepción a su teoría expresada en D.44,7,44,6. Lo decisivo es que existan dos estipulaciones, si la promesa penal accesoria es nula (la pena), la promesa penal principal sigue vigente (la prestación realmente querida por las partes y reforzada). Podría pensarse que el jurista intenta mantener la vigencia del negocio, y evidentemente este es una de los problemas con los que se encuentra Paulo, pero el jurista no dice que finge que existan dos estipulaciones, hay dos estipulaciones. De hecho la estipulación penal doble surgió para dar protección a las promesas principales que escapaban a la tutela de la estipulación penal independiente, Paulo no puede desconocer esta finalidad y a pesar de su preferencia por las estipulaciones penales independientes, opta en este caso por considerar la existencia de dos estipulaciones.

Se produciría en la época clásico-tardía dos fenómenos que no tienen porque ser siempre necesariamente incompatibles: en primer lugar, una relajación generalizada de las formalidades en el ámbito de la estipulación, en segundo lugar nos encontramos con distintos fragmentos en los cuales se aprecian errores en cuanto a la transcripción de la estipulación realmente realizada. De ahí que se acepte con reservas una clasificación fundamentada en un criterio formal (hay dos estipulaciones, dos *spondes*, o bien una estipulación, un *spondes*). Nos parece más acertada la teoría fundamentada en el *id quod actum*, sin dar una solución apriorística, de Papiniano.

Como vemos en el supuesto arriba reproducido, el jurista, en consonancia con la relajación de las formalidades, ni se cuestiona el haber omitido el primer *spondes*. De hecho, el mismo Knütel admite que si bien él supone que cuando se olvida el primer *spondes*, la estipulación penal pasa a ser independiente, “Doch ist, wenngleich ausdrückliche Zeugnisse fehlen, möglich, dass bei der zunehmend freieren Interpretation, insbesondere in der Spätclassik, von diesem Erfordernis abgesehen wurde, wenn das *quod actum* dafür Anhaltspunkte bot.”

Creemos por otra parte, que aunque es más acertada la doctrina de Papiniano, la tendencia a flexibilizar cada vez más las formalidades conduce a que se extienda mayoritariamente la forma de estipulación penal independiente, pero también a la protección de la promesa condicionada, del comportamiento primariamente pretendido⁴²⁰.

Se plantea también en el supuesto otra cuestión interesante en la que no vamos a profundizar que hace referencia a los actos sin límite de tiempo⁴²¹. La omisión del día en el que comparecer, es relevante si investigamos la voluntad de las partes "*id agebatur*", es decir con **la mera forma no es suficiente para saber si esta estipulación es completa** (porque se quería que comparecieras cualquier día) o es incompleta (se omitió por error el día en el cual se debía comparecer). En función de la forma existiría una presunción de validez en este caso, que podría modificarse en función de la voluntad de las partes. En el caso de que la voluntad de las partes fuera que se pudiese comparecer cualquier día, el jurista compara esta estipulación con las condicionales (estando pendiente la condición). Esta precisión del jurista nos confundiría más, si se tratase de una estipulación penal independiente, que evidentemente es condicional y desde nuestro punto de vista no tiene sentido la comparación. Si se trata de una estipulación doble está comparación haría referencia a la segunda parte de la estipulación penal **SI NON STETERIS, QUINQUAGINTA AUREOS DARI SPONDES?**, Creemos que esta explicación es más sensata y esto abonaría nuestra suposición de que podría tratarse, en función de la voluntad de las partes, de una estipulación penal doble confusa y cuya transcripción ha sido errónea pues se omitió el primer verbo estipulatorio.

D.45, 1,115,1 PAP. 2 QUAEST.

SED ET SI ITA STIPULATUS FUERO: " **SI IN CAPITOLIUM NON ASCENDERIS**" VEL " **ALEXANDRIAM NON IERIS, CENTUM DARI SPONDES?**" NON STATIM COMMITTETUR STIPULATIO, QUAMVIS CAPITOLIUM ASCENDERE VEL ALEXANDRIAM PERVENIRE

⁴²⁰ KNÜTEL R, *Stipulatio Poenae* pag 77 Estamos de acuerdo con el autor en que es posible un paralelismo con los penal bonds del derecho inglés de la edad media, que se configuraban como promesas penales independientes, pero en los que se llegó a considerar la prestación *in conditione* como la realmente debida.

⁴²¹ KNÜTEL R, *Stipulatio Poenae* pag 120 y ss Ver el tratamiento que de esta cuestión hace el autor.

POTUERIS, SED CUM CERTUM ESSE COEPERIT TE CAPITOLIUM
ASCENDERE VEL ALEXANDRIAM IRE NON POSSE.

Si se estipula diciendo: si no subieras al Capitolio o sino fueras a Alejandría, prometes que se me darán cien mil sestercios. El jurista explica que no queda cumplida la condición y se incurre por tanto en la pena hasta que no resulta seguro que no se puede subir al Capitolio o ir a Alejandría.

El fragmento⁴²² está recogido en el epígrafe *De vadimoniis* dentro del libro segundo de las *Quaestiones* de Papiniano. Como ya hemos venido advirtiendo, se redactan documentos, y no estipulaciones, por ésta razón el texto debiera quedar fuera de nuestro estudio, sin embargo lo incluimos a fin de poder compararlo con otros textos que tratan también del régimen de la condición potestativa⁴²³ en estipulaciones.

El texto reproduce una estipulación penal independiente completa **SI ALEXANDRIAM NON IERIS, CENTUM DARI SPONDES** y parte de otra **SI IN CAPITOLIUM NON ASCENDERIS** (la adición de “si” creemos que se debe hacer por razones de estilo).

Ambas contienen una condición “subir al capitolio” o “ir a Alejandría”. Papiniano dice que para considerar incumplidas las estipulaciones es necesario que sea cierto que no se van a poder cumplir (es decir no basta con que haya transcurrido el tiempo suficiente). Hemos visto varios supuestos en los que se utiliza un criterio diferente: en algunos casos como este se exige que la prestación (de hacer) sea imposible para reclamar, en otros que pase el tiempo necesario para ir a un sitio si se trata de una prestación de dar (¿prometes dar en Éfeso?), en el caso de la construcción de una casa (prestación de hacer), hay quien exige el tiempo necesario para la construcción pero también hay quien admite que el promitente entre en mora.

Al encontrarnos con el problema de la existencia de distintos criterios entre los juristas, superamos el ámbito de nuestra investigación que se limita a la estructura externa, la

⁴²² LENEL O, col. 816 vol.II.

⁴²³ TALAMANCA M, Istituzioni di Diritto Romano (1990) pag.248 y ss.

forma de la estipulación. En este caso el objeto de la estipulación está determinado pero faltan aspectos de la relación obligatoria.

D.45, 1,115,2 PAP. 2 QUAEST.

ITEM SI QUIS ITA STIPULETUR: " **SI PAMPHILUM NON DEDERIS, CENTUM DARI SPONDES?**" PEGASUS RESPONDIT NON ANTE COMMITTI STIPULATIONEM, QUAM DESISSET POSSE PAMPHILUS DARI. SABINUS AUTEM EXISTIMABAT EX SENTENTIA CONTRAHENTIUM, POSTQUAM HOMO POTUIT DARI, CONFESTIM AGENDUM ET TAMDIU EX STIPULATIONE NON POSSE AGI, QUAMDIU PER PROMISSOREM NON STETIT, QUO MINUS HOMINEM DARET, IDQUE DEFENDEBAT EXEMPLO PENUS LEGATAE. MUCIUS ETENIM HEREDEM, SI DARE POTUISSET PENUM NEC DEDISSET, CONFESTIM IN PECUNIAM LEGATAM TENERI SCRIPSIT, IDQUE UTILITATIS CAUSA RECEPTUM EST OB DEFUNCTI VOLUNTATEM ET IPSIUS REI NATURAM. ITAQUE POTEST SABINI SENTENTIA RECIPI, SI STIPULATIO NON A CONDICIONE COEPIT, VELUTI " **SI PAMPHILUM NON DEDERIS, TANTUM DARE SPONDES?**", SED ITA CONCEPTA SIT STIPULATIO: " **PAMPHILUM DARI SPONDES? SI NON DEDERIS, TANTUM DARI SPONDES?**" QUOD SINE DUBIO VERUM ERIT, CUM ID ACTUM PROBATUR, UT, SI HOMO DATUS NON FUERIT, ET HOMO ET PECUNIA DEBEATUR. SED ET SI ITA CAUTUM SIT, UT SOLA PECUNIA NON SOLUTO HOMINE DEBEATUR, IDEM DEFENDENDUM ERIT, QUONIAM FUISSE VOLUNTAS PROBATUR, UT HOMO SOLVATUR AUT PECUNIA PETATUR.

Si se estipula diciendo: "Si no me dieras el esclavo Pánfilo ¿me prometes dar cien mil sestercios" Según Pegaso no queda incumplida la estipulación hasta que resulta seguro que no se va a poder entregar a Pánfilo. Según Sabino creía que se debía atender a la intención de las partes, puede reclamarse la pena desde el momento en que haya sido posible dar el esclavo, y no se haya dado. Sabino pone otro ejemplo, el legado de provisiones. Quinto Mucio Escévola dice en este sentido que si el heredero hubiese podido dar las provisiones y no las hubiera dado, queda obligado sin más a dar la

cantidad legada, por razones prácticas, teniendo en cuenta la voluntad del difunto y la naturaleza del legado. Se puede aceptar la opinión de Sabino cuando la estipulación no se redacta empezando por una condición sino (como una estipulación doble) así: ¿prometes que se me dé el esclavo Pánfilo y, si no me lo dieras, prometes que se me dé tal cantidad? Esta solución es correcta para Papiniano cuando se prueba que lo querido por las partes era que si no se entregara el esclavo, se debiese el esclavo y la cantidad (mediante dos estipulaciones distintas se puede reclamar, el esclavo en virtud de la primera estipulación y la pena en virtud de la segunda siempre que no se haya dado el esclavo Pánfilo) . Si se estipula que se de la cantidad (pena) cuando no se diera el esclavo, puede decirse lo mismo, pues se prueba que la intención era la de que o se pagase el esclavo o se reclamase la cantidad.

Este famoso fragmento ha servido a múltiples romanistas para estudiar el régimen jurídico de las estipulaciones penales⁴²⁴.

Desde nuestro punto de vista es decir, la forma, éste texto es importante pues aparecen claramente diferenciadas dos tipologías distintas de estipulaciones penales, las que siguiendo a la doctrina más reciente, denominamos estipulaciones penales dobles o bien estipulaciones penales independientes y la utilización de una u otra, tiene trascendencia en el ámbito jurídico.

Observando el fondo del fragmento, podemos apreciar que se trata de un caso de interpretación *ex sententia contrahentium*⁴²⁵, se supera la realidad de los verba, pues la

⁴²⁴ KNÜTEL R, *Stipulatio Poenae* pag. 27 (con bibliografía) Papiniano distingue entre estipulación penal independiente y estipulación doble.

⁴²⁵ SACCONI G, Ricerche sulla *stipulatio*.(Napole 1989) Il passaggio del lungo frammento che qui interessa sottolineare è la presa di posizione di Sabino, il quale, nell'ipotesi di una stipulazione condicional, si basa sulla *sententia contrahentium*. A contrastare l'opinione di Sabino si leva Pegaso, il quale ritiene che i cento dedotti nella stipulazione possano essere richiesti non appena risulti impossibile la prestazione di Panfilo. L'interpretazione di Pegaso si basa quello che è il tenore della *stipulatio*. L'estensore del frammento, Papiniano cerca di conciliare gli opposti pareri, sostenendo che l'opinione di Pegaso possa essere accolta nell'ipotesi di *stipulatio poenae* congiunta o *stipulatio quae non a condicione coepit*.

Papiniano sottolinea poi che l'opinione avanzata da Sabino è senza dubbio da preferire allorché l'assetto di interessi voluto dalle parti mira a che, in caso di inadempimento dell'obbligazione di *hominem dare*, sia l'homo sia la pecunia siano parimenti dovuti.

Dalla lettura del brano di Papiniano risulta quindi che il tenore della stipulazione penale congiunta può essere inteso anche nel senso di un cumulo fra prestazione principale e pena. Tale modo d'intendere la portata di siffata stipulazione è ancorato da Papiniano all'eventualità che *id actum probetur*, ossia che si riesca ad accertare che tale sia stata l'intenzione delle parti"; TALAMANCA M, *Conventio e Stipulatio nel sistema dei contratti romani. Le droit romain et sa reception en Europe* (Varsovia 1978) pag.211 "La

interpretación gramatical del precepto no conduce a un resultado económico aceptable. Parece que los criterios utilizados para la interpretación de la estipulación se van acercando a los de los negocios de buena fe, sin embargo como ya hemos dicho la interpretación de la *stipulatio* supera el ámbito de nuestra investigación.

D.45, 1,137,7 VEN. 1 STIPUL.

SI UT ALIQUID FIAT STIPULEMUR, ET USITATIUS ET ELEGANTIUS ESSE LABEO AIT SIC SUBICI POENAM: " **SI ITA FACTUM NON ERIT**": AT CUM QUID NE FIAT STIPULEMUR, TUNC HOC MODO: " **SI ADVERSUS EA FACTUM ERIT**": ET CUM ALIA FIERI, ALIA NON FIERI CONIUNCTE STIPULEMUR, SIC COMPREHENDENDUM: " **SI NON FECERIS, SI QUID ADVERSUS EA FECERIS**".

Labeón considera que si estipulamos que se haga algo, lo más normal es añadir una pena, con la condición de que no se hiciera así; si se estipula que no se haga algo, entonces se debe decir: "si se hiciera en contra de esto"; y si se estipula a la vez que se haga una cosa y no se haga otra debe decirse: "si no lo hicieras o hicieras algo en contra de esto".

La jurisprudencia cautelar se dedicaba como podemos ver, a supervisar formularios. En este caso se nos muestra como se debe redactar la estipulación penal independiente, si se trata de asegurar una prestación de hacer, si se trata de asegurar una prestación de no hacer, o bien, si se trata de asegurar que se haga una cosa y no se haga otra.

Como de hecho no se reproduce ninguna estipulación penal completa, también podríamos examinar este fragmento dentro de las cláusulas que suelen establecerse.

3.8.3. La *Acceptilatio*

sententia contrahentium, dunque dettrmina da una parte , che il comportamento dedotto nella condizione debba essere considerato alla stregua di una prestazione versata in un assetto d'ineressi più vasto, il quale si esplica nella *conventio*: e questo assetto d'interessi nella sua funzionalità bien preso a partito per dar alla condicio della *stipulatio* un valore che, presa nel suo tenore letterale, essa non avrebbe. L'ardizza del procedimento interpretativo proposto da Sabino risalta in tutta la sua portata, quando si tenga conto che, ancora alla fine del II sec. d.C. , Papiniano , per ammettere la medesima soluzione, richiederà un preciso

D.46, 4, 7,0 ULP. 50 AD SAB.

SANE ET SIC ACCEPTILATIO FIERI POTEST: " **ACCEPTA FACIS DECEM?**" ILLE RESPONDIT " **FACIO**".

En verdad, también puede hacerse la aceptilación con la pregunta "¿das por recibidos los diez mil sestercios?" y la respuesta "los doy".

Encontramos recogido en lenguaje directo otra forma de realizar una *acceptilatio*⁴²⁶ dirigida únicamente a la deuda a la que se hace referencia "**ACCEPTA FACIS DECEM?**" "**FACIO**". No hay remisión pues se trata de extinguir una deuda determinada, el objeto está determinado.

D.46, 4, 9,0 PAUL. 12 AD SAB.

PARS STIPULATIONIS ACCEPTO FIERI POTEST NON TANTUM, SI SIC DICAT: " **EX NUMMIS DECEM, QUOS TIBI PROMISI, QUINQUE HABESNE ACCEPTOS ?**", SED ET SI SIC: " **QUOD EGO TIBI PROMISI, ID PRO PARTE DIMIDIA HABESNE ACCEPTUM ?**

Se puede hacer aceptilación de una parte de la estipulación, no sólo diciendo "¿tienes por recibidos cinco mil de los diez mil sestercios que te prometí?" sino también de esta otra forma: "¿tienes por recibido de lo que yo te prometí la mitad?".

Recibimos en este fragmento dos formas de realizar *acceptilatio*s parciales: Una haciendo referencia a la cantidad de la deuda y a la cantidad que se pretende extinguir y otra utilizando la forma remisoria de carácter general para extinguir un conjunto de deudas, pero concretándolo con el tenor de la *interrogatio* (*pro parte dimidia*). Hay que

aggancio nei *verba sollemnia*, e cioè una *conceptio stipulationis*, come quella congiunta, che evidenzi il carattere di prestazione del comportamento dedotto nella *condicio poenae*."

⁴²⁶ MOLLÁ NEBOT M^S Extinción formal de las obligaciones verbales: la *acceptilatio* Madrid (1993) pag.73 y ss. La autora admite esta fórmula como una de las posibles para realizar la aceptilación y señala que para Lévy-Bruhl la expresión *acceptum facere* se refiere a la función de liberar de la obligación sin recibir efectivamente el pago, aunque esto no quiere decir según la autora que sea un negocio lucrativo a favor del aceptilante.

señalar la perplejidad que produce una *acceptilatio* sin liberación, pues la liberación por su carácter definitivo *ipso iure* es contraria a la supervivencia de parte de la obligación desde luego sólo se podría aplicar a las obligaciones divisibles⁴²⁷.

3.9.- ELEMENTOS EXTRAÑOS EN UN CONTRATO DE DERECHO ESTRICTO

3.9.1. Buena fe

D.19, 2, 54,0 PAUL. 5 RESP.

QUAERO, AN FIDEIUSSOR CONDUCTIONIS ETIAM IN USURAS NON ILLATARUM PENSIONEM NOMINE TENEATUR NEC PROSINT EI CONSTITUTIONES, QUIBUS CAVETUR EOS, QUI PRO ALIIS PECUNIAM EXSOLVUNT, SORTIS SOLUMMODO DAMNUM AGNOSCERE OPORTERE. PAULUS RESPONDIT, SI IN OMNEM CAUSAM CONDUCTIONIS ETIAM FIDEIUSSOR SE OBLIGAVIT, EUM QUOQUE EXEMPLO COLONI TARDIUS ILLATARUM PER MORAM COLONI PENSIONUM PRAESTARE DEBERE USURAS: USURAE ENIM IN BONAE FIDEI IUDICIIS ETSI NON TAM EX OBLIGATIONE PROFICISCANTUR QUAM EX OFFICIO IUDICIS APPLICENTUR, TAMEN, CUM FIDEIUSSOR IN OMNEM CAUSAM SE APPLICUIT, AEQUUM VIDETUR IPSUM QUOQUE AGNOSCERE ONUS USURARUM, AC SI ITA FIDEIUSSISSET: " **IN QUANTUM ILLUM CONDEMNARI EX BONA FIDE OPORTEBIT, TANTUM FIDE TUA ESSE IUBES?"** VEL ITA: " **INDEMNEM ME PRAESTABIS?"**

Preguntó si el fiador del arrendatario estará obligado también por los intereses de las rentas no pagadas, y si no le favorecen las constituciones en las que se prevé que aquellos que han de pagar una cantidad por otros, sólo deben responder de la pérdida del capital. Respondió Paulo que si el fiador se obligó también en toda la

⁴²⁷ MOLLÁ NEBOT M^ºS. Extinción formal de las obligaciones verbales: la *acceptilatio* Madrid (1993) pag.140 y ss "Parece suficientemente probado en las fuentes que, en derecho clásico se admite la aceptación parcial, aunque sometida a las mismas limitaciones aplicables a la indivisibilidad de las obligaciones."

deuda del arrendamiento debe responder lo mismo que el colono de los intereses de las restas que se abonan con retraso por mora del colono. Pues los intereses, en las acciones de buena fe, aunque más que nacer de la misma obligación se imponen por arbitrio del juez, no obstante, si el fiador se obligó por toda la deuda parece justo que él mismo responda de la carga de los intereses, como si hubiera hecho así la fianza: “¿afianzas en tanto en cuanto él deba ser condenado según la buena fe?”, o bien así: “¿responderás de que yo quede indemne?”

El jurista se pregunta sobre si el fiador del arrendatario responde también de los intereses. Se dice que si el fiador se obliga por toda la deuda, parece justo que responda de la carga de intereses como si hubiese hecho así la fianza:

¿Afianzas en tanto en cuanto él deba ser condenado (intereses) según la buena fe?

¿Responderás de que quede indemne?

Hay una *fideiussio* superpuesta a un contrato de arrendamiento, es decir una forma compleja negocial. Además desde el punto de vista de la forma nos aparecen elementos propios de un *bona fidei iudicia*. En este caso la redacción debe ser lo suficientemente amplia para incluirlos, por esta razón también hay una remisión en cuanto al objeto “en tanto en cuanto él deba ser condenado según la buena fe”.

3.9.2. Dolo

D.45, 1, 38,13 ULP. 49 AD SAB.

SI QUIS DOLUM MALUM PROMISSORIS HEREDISQUE EIUS ABESSE VELIT, SUFFICERE " ABESSE AFUTURUMQUE ESSE" STIPULARI: SI VERO DE PLURIUM DOLO CAVERE VELIT, NECESSARIUM ESSE ADICI: " CUI REI DOLUS MALUS NON ABEST, NON AFUERIT, QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM DARI SPONDES?"

Si un estipulante quiere que se le prometa la ausencia de dolo malo del promitente y del heredero de éste, basta que estipule “que no hay ni habrá dolo”, pero si quiere precaverse contra el dolo de más personas, entonces es necesario

añadir: “¿prometes dar la cantidad que importe el que haya o llegue a haber dolo en tal asunto?”

El jurista explica como se ha de realizar la estipulación en el caso que el estipulante quiera prevenir la presencia del dolo por parte del promitente o su heredero " **ABESSE AFUTURUMQUE ESSE**" o bien de otras personas " **CUI REI DOLUS MALUS NON ABEST, NON AFUERIT, QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM DARI SPONDES?**"

Con este texto apreciamos con relación a la forma, el distinto tenor que ha de tener la referencia al dolo, según las personas contra las que el estipulante se quiere precaver: “*abesse afuturumque esse*” si quiere evitar el del promitente o su heredero lo que supone el caso más habitual y la forma más sencilla incluyendo esta **cláusula** reproducida en la estipulación principal; o bien , “*Cui rei dolus malus non abest, no afuerit, quanti ea res erit , tantam pecuniam dari spondes?*” sí se pretende extender a otras personas es necesario⁴²⁸, al parecer, una **estipulación independiente** de la que pretendemos garantizar la ausencia de dolo.

D.45, 1, 50,1 ULP. 50 AD ED.

ITEM STIPULATIONE EMPTAE HEREDITATIS: " **QUANTA PECUNIA AD TE PERVENERIT DOLOVE MALO TUO FACTUM EST ERITVE, QUO MINUS PERVENIAT**" NEMO DUBITABIT QUIN TENEATUR, QUI ID EGIT, NE QUID AD SE PERVENIRET.

Asimismo, en la estipulación que se interpone en la compra de una herencia, de “cuanto te llegara de la herencia o impidieras con dolo malo que te llegara”, nadie dudará que responde el que hizo que algo de la herencia no llegara a su poder.

⁴²⁸ PASTORI F, Il negozio verbale in diritto romano (1994) pag. 297 el autor pone de manifiesto: “Ora mentre la prima ipotesi rientra nella prestazione di non facere e coinvolge un comportamento personale del promittente -un *curaturum*-, nella seconda in cui la promessa ha riguardo al fatto di terzi, che è indubbiamente un evento obiettivo rispetto al promittente, è necessario fare esplicita menzione nella *stipulatio* della promessa del risarcimento del danno; PASTORI F, Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano. Milano. La Goliardica. (1985).

Se explica como se debe realizar la estipulación de compra de una herencia para evitar que el vendedor intente excluir algo de la masa hereditaria⁴²⁹.

Se trata de un negocio complejo, una compra de una herencia que se refuerza mediante estipulación, lo que se promete es “cuanto te llegase de la herencia” y esto se encadena con otra conducta “o impidieras con dolo malo que te llegara”. El objeto es indeterminado (la masa hereditaria) pero se incluye un comportamiento cualificado para el promitente para intentar acotar esta indeterminación.

Es interesante observar este texto desde la óptica de un elemento normalmente extraño al contrato de *stipulatio*, pero también es interesante ver la forma como se determina el objeto “cuanto te llegase de la herencia y tu mala fe impidiera que te llegara”.

D.45, 1, 83,0 PAUL. 72 AD ED.

INTER STIPULANTEM ET PROMITTENTEM NEGOTIUM CONTRAHITUR. ITAQUE ALIUS PRO ALIO PROMITTENS DATURUM FACTURUMVE EUM NON OBLIGATUR: NAM DE SE QUEMQUE PROMITTERE OPORTET. ET QUI SPONDET " **DOLUM MALUM ABESSE AFUTURUMQUE ESSE**", NON SIMPLEX ABNUTIVUM SPONDET, SED CURATURUM SE, UT DOLUS MALUS ABSIT: IDEMQUE IN ILLIS STIPULATIONIBUS " **HABERE LICERE**" ITEM " **NEQUE PER TE NEQUE PER HEREDEM TUUM FIERI, QUO MINUS FIAT**"

La estipulación se contrae entre el estipulante y el promitente, y por eso no puede quedar obligado el que promete que dará o hará algo un tercero, pues cada uno debe prometer por sí mismo. El que promete que “no hay ni habrá dolo malo”, no promete sólo una abstención, sino que procurará que no haya dolo malo, y lo mismo en las estipulaciones de “poder tener” o “de no impedir algo ni el promitente ni su heredero”.

⁴²⁹ Trata este texto GEHRICH W.D. Kognitur und Prokuratorin rem suam als Zessionsformen des klassischen römischen Recht (1963).

Se recoge el principio de que *alteri stipulari nemo potest*⁴³⁰, se hace referencia a que la estipulación se contrae entre estipulante y promitente. Posteriormente se explica que en la cláusula de dolo como en las estipulaciones *habere licere* y las que incluyen la cláusula *per te non fieri*, no sólo se promete una omisión sino también un comportamiento positivo.

Esta cláusula de no tener dolo, perteneciente a una interrogación, se refiere tanto al presente como al futuro y obliga a quien la promete no sólo a una conducta omisiva si no también a una conducta positiva (procurar que no haya dolo malo). Lo mismo ocurre con otras cláusulas que se refieren a un objeto de la estipulación de carácter omisivo pero, que también obligan a una conducta positiva como en las estipulaciones de “poder tener” o la de “no impedir algo el promitente y su heredero” sí están formuladas con este tenor.

En este caso la cláusula de dolo afecta al promitente y sus herederos.

3.10. CLÁUSULAS QUE SUELEN ESTABLECERSE

“*Quanti ea res erit*” *compromisum*; estipulación de denuncia de una obra nueva.

D. 4, 8, 28,0 PAUL. 13 AD ED.

NON AUTEM INTEREST, CERTA AN INCERTA SUMMA COMPROMISSA
SIT, UT PUTA " QUANTI EA RES ERIT"

Lo mismo da que se haya consignado en el compromiso una cantidad determinada o indeterminada por ejemplo: “cuanto valiera esta cosa”

La estipulación puede ser de un *incertum* “lo que valiera aquella cosa”

D.39, 1, 21,7 ULP. 80 AD ED.

⁴³⁰ PASTORI F, Il negozio verbale in diritto romano (1994) pag. 312 Parimenti Ulpiano in D.45,1,38,13 parlando della stipulatio dolum malum abesse a futurumque esse, afferma la necessità di inserire nei formulari della stipulatio la menzione della clausola *quanti ea res est* quando il promitente intende garantire non solo il proprio contegno, ma anche in contegno di estranei.

IDEM DICIT ADICIENDUM ESSE IN STIPULATIONE, UT TANTUM PRAESTETUR, QUANTI UNIUSCUIUSQUE INTERSIT, SI HOC MALUERINT: CETERUM SI ITA FUERIT, INQUIT, CAUTUM " **QUANTI EA RES ERIT**", DUBITABITUR, UTRUM AD TOTIUS CORPORIS AESTIMATIONEM HAEC VERBA REFERUNTUR AN VERO AD QUOD EIUS INTEREST QUI STIPULATUR. EGO PUTO ET SI SIC FUERIT UNI CAUTUM " QUANTI EA RES ERIT", DEFENDI POSSE STIPULATIONEM SUFFICERE: AD OPERIS ENIM QUANTITATEM EA REFERTUR.

Dice el mismo Labeón que debe añadirse en la estipulación que la indemnización ha de ser por el interés de cada uno de ellos, si prefieren que así se haga; pero si se hubiese dado caución “por el valor que tenga la cosa” dice se dudará si estas palabras se refieren a la estimación de la cosa o al interés de cada uno de los estipulantes; y yo creo que aunque se hubiera dado caución a uno sólo por el valor que tenga la cosa, cabe decir que la estipulación resulta suficiente, pues se refiere a la cuantía de la obra.

Cláusula de la estipulación que garantiza la denuncia de obra nueva “por el valor que tenga la cosa”

“Ut si quid dolo in ea re factum sit” compromissum

D. 4, 8, 31,0 ULP. 13 AD ED.

ITA DEMUM AUTEM COMMITTETUR STIPULATIO, CUM ADVERSUS EAM QUID FIT, SI SINE DOLO MALO STIPULANTIS FACTUM EST: SUB HAC ENIM CONDICIONE COMMITTITUR STIPULATIO, NE QUIS DOLI SUI PRAEMIUM FERAT. SED SI QUIDEM COMPROMISSO ADICIATUR " **UT SI QUID DOLO IN EA RE FACTUM SIT**", EX STIPULATU CONVENIRI QUI DOLO FECIT POTEST: ET IDEO SI ARBITRUM QUIS CORRUPIT VEL PECUNIA VEL AMBITIONE, VEL ADVOCATUM DIVERSAE PARTIS, VEL ALIQUEM EX HIS, QUIBUS CAUSAM SUAM COMMISERAT, EX DOLI CLAUSULA POTERIT CONVENIRI, VEL SI ADVERSARIUM CALLIDE CIRCUMVENIT, ET OMNINO SI IN HAC LITE

DOLOSE VERSATUS EST, LOCUM HABEBIT EX STIPULATU ACTIO: ET IDEO SI VELIT DE DOLO ACTIONEM EXERCERE ADVERSARIUS, NON DEBEBIT, CUM HABEAT EX STIPULATU ACTIONEM. QUOD SI HUIUSMODI CLAUSULA IN COMPROMISSO ADSCRIPTA NON EST, TUNC DE DOLO ACTIO VEL EXCEPTIO LOCUM HABEBIT. HOC AUTEM COMPROMISSUM PLENUM EST, QUOD ET DOLI CLAUSULAE HABET MENTIONEM.

Si se añade esta cláusula “que si en aquel negocio se hubiese hecho algo con dolo”, el que obra con dolo puede ser demandado por lo estipulado.

“Eum hominem quod de agitur noxa esse solutum”

D.21, 2, 11,1 PAUL. 6 RESP.

EX HIS VERBIS STIPULATIONIS DUPLAE VEL SIMPLAE " **EUM HOMINEM QUO DE AGITUR NOXA ESSE SOLUTUM**" VENDITOREM CONVENIRI NON POSSE PROPTER EAS NOXAS, QUAE PUBLICE COERCERI SOLENT.

En virtud de aquella expresión de la estipulación del duplo o simple que dice: “que el esclavo de que se trata está exento de responsabilidad noxal”, no puede demandarse al vendedor si es por crímenes de los que suelen dar lugar a una represión pública.

“que el esclavo de que se trata está exento de responsabilidad noxal” Cláusula que se introducía para garantizar la responsabilidad penal del esclavo, en el caso de la compra del mismo. (acto negocial complejo compraventa más estipulación)

“Sanum esse, furem non esse, vispellionem non esse”

D.21, 2, 31,0 ULP. 42 AD SAB.

SI ITA QUIS STIPULANTI SPONDEAT " **SANUM ESSE, FUREM NON ESSE, VISPELLIONEM NON ESSE**" ET CETERA, INUTILIS

STIPULATIO QUIBUSDAM VIDETUR, QUIA SI QUIS EST IN HAC CAUSA, IMPOSSIBILE EST QUOD PROMITTITUR, SI NON EST, FRUSTRA EST. SED EGO PUTO VERIUS HANC STIPULATIONEM " FUREM NON ESSE, VISPELLIONEM NON ESSE, SANUM ESSE" UTILEM ESSE: HOC ENIM CONTINERE, QUOD INTEREST HORUM QUID ESSE VEL HORUM QUID NON ESSE. SED ET SI CUI HORUM FUERIT ADIECTUM " PRAESTARI", MULTO MAGIS VALERE STIPULATIONEM: ALIOQUIN STIPULATIO QUAE AB AEDILIBUS PROPONITUR INUTILIS ERIT, QUOD UTIQUE NEMO SANUS PROBABIT.

Cláusula que se introducía en la estipulación dirigida a garantizar la responsabilidad por vicios materiales y ocultos, que se superponía a una compraventa. Praestari hace referencia a la existencia de una garantía.

“Fugitivum non esse , erronem non esse”

D.21, 2, 32,0 ULP. 46 AD SAB.

QUIA DICITUR, QUOTIENS PLURES RES IN STIPULATIONEM DEDUCUNTUR, PLURES ESSE STIPULATIONES, AN ET IN DUPLAE STIPULATIONE HOC IDEM SIT, VIDEAMUS. CUM QUIS STIPULATUR " **FUGITIVUM NON ESSE, ERRONEM NON ESSE**" ET CETERA QUAE EX EDICTO AEDILIIUM CURULIUM PROMITTUNTUR, UTRUM UNA STIPULATIO EST AN PLURES? ET RATIO FACIT, UT PLURES SINT.

Como se dice cuando se comprenden varias cosas en una estipulación, hay varias estipulaciones, veamos si estose da en la estipulaciondel duplo. Cuando alguien estipula, “que no es fugitivo, que no es vagabundo”, y todo lo demás que se promete en el edicto de los ediles curules ¿hay acaso una estipulación o varias?. Es de razón que sean varias.

Cláusula que se introducía al igual que las anteriores para garantizar los vicios curules.

“Vaquamque possessionem tradi”

D.22, 1, 4,0 PAP. 27 QUAEST.

SI STIPULATUS SIS REM DARI VACUAMQUE POSSESSIONEM TRADI, FRUCTUS POSTEA CAPTOS ACTIONE INCERTI EX STIPULATU PROPTER INFERIORA VERBA CONSECUTURUM TE RATIO SUADET. AN IDEM DE PARTU ANCILLAE RESPONDERI POSSIT, CONSIDERANDUM EST. NAM QUOD AD VERBA SUPERIORA PERTINET, SIVE FACTUM REI PROMITTENDI SIVE EFFECTUM PER TRADITIONEM DOMINII TRANSFERENDI CONTINENT, PARTUS NON CONTINETUR: VERUM SI EMPTOR A VENDITORE NOVANDI ANIMO ITA STIPULATUS EST, FACTUM TRADENDI STIPULATUS INTELLEGITUR, QUIA NON EST VERISIMILE PLUS VENDITOREM PROMISSISSE, QUAM IUDICIO EMPTI PRAESTARE COMPELLERETUR. SED TAMEN PROPTER ILLA VERBA " **VACUAMQUE POSSESSIONEM TRADI**" POTEST DICI PARTUS QUOQUE RATIONEM COMMITTI INCERTI STIPULATIONE: ETENIM ANCILLA TRADITA PARTUM POSTEA EDITUM IN BONIS SUIS REUS STIPULANDI HABERE POTUISSET.

“y entregar la libre posesión” Cláusula que se utilizaba en algunos negocios complejos (compraventa junto a estipulación) para garantizar la entrega de la cosa, su posesión pacífica y los frutos que haya podido generar.

“cum moriar”

D.33, 2, 5,0 PAUL. 3 AD SAB.

USUM FRUCTUM " CUM MORIAR" INUTILITER STIPULOR: IDEM EST IN LEGATO, QUIA ET CONSTITUTUS USUS FRUCTUS MORTE INTERCIDERE SOLET.

Estipulo sin eficacia un usufructo para “cuando me muera”, y lo mismo si se lega, pues el usufructo ya constituido suele extinguirse con la muerte.

Nos encontramos con una forma compleja negocial, un usufructo junto a una estipulación.

Desde el punto de vista de la forma la introducción de la cláusula “*cum moriar*” en un usufructo supone la invalidez pues se suele extinguir con la muerte.

“*si in matrimonio mulier decessisset*”

D.34, 5, 9,3 TRYPH. 21 DISP.

SI MARITUS ET UXOR SIMUL PERIERINT, STIPULATIO DE DOTE EX CAPITULO " **SI IN MATRIMONIO MULIER DECESSISSET**" HABEBIT LOCUM, SI NON PROBATUR ILLA SUPERSTES VIRO FUISSE.

Si un marido hubiera muerto juntamente con su mujer, tendrá lugar la estipulación de restitución de la dote, por la cláusula de “si la mujer hubiera muerto casada en aquel matrimonio”, a no ser que se pruebe que había sobrevivido al marido.

Vemos una cláusula típica que se suele incorporar en el caso que la estipulación se refiera a la restitución de la dote “si la mujer hubiera muerto casada en aquel matrimonio”.

“*Quanto amplius quam per legem falcidiam ceperit reddi*”“*Quod amplius legatorum nomine ceperis quam e lege Falcidia capere licebit*” “*Qua amplius per Falcidiam ceperis licuerit dari*”

D.35, 2, 1,12 PAUL. L.S. AD L. FALCID.

INTERDUM OMNIMODO NECESSARIUM EST SOLIDUM SOLVI LEGATARIO INTERPOSITA STIPULATIONE " **QUANTO AMPLIUS, QUAM PER LEGEM FALCIDIAM CEPERIT, REDDI**": VELUTI SI QUAE A PUPILLO LEGATA SINT NON EXCEDANT MODUM LEGIS FALCIDIAE, VEREMUR AUTEM, NE IMPUBERE EO MORTUO ALIA LEGATA INVENIANTUR, QUAE CONTRIBUTIONE FACTA EXCEDANT

DODRANTEM. IDEM DICITUR ET SI PRINCIPALI TESTAMENTO
QUAEDAM SUB CONDICIONE LEGATA SUNT, QUAE AN DEBEANTUR
INCERTUM EST. ET IDEO, SI HERES SINE IUDICE SOLVERE PARATUS
SIT, PROSPICIET SIBI PER HANC STIPULATIONEM

D.35, 3, 1,11 ULP. 79 AD ED.

HAEC VERBA STIPULATIONIS " **QUOD AMPLIUS LEGATORUM
NOMINE CEPERIS, QUAM E LEGE FALCIDIA CAPERE LICEBIT**"
NON TANTUM EUM COMPREHENDUNT, QUI AMPLIUS ACCEPIT,
QUAM EI FALCIDIA PERMISSIT ^ PERMISIT ^ , UT REDDAT PARTEM,
HABEAT PARTEM, VERUM ETIAM EUM QUI TOTUM DEBET
RESTITUERE. ETENIM SCIENDUM EST LEGEM FALCIDIAM
INTERDUM PARTEM EIUS QUOD DATUM EST, INTERDUM TOTUM
REVOCARI. CUM ENIM HABITA RATIONE AERIS ALIENI FALCIDIA
INEATUR, PLERUMQUE EVENIT, UT EMERGENTE DEBITO VEL
CONDICIONE AERIS ALIENI EXSISTENTE TOTUM QUOD LEGATUM
EST EXHAURIATUR. SED ET LIBERTATIUM CONDICIO INTERDUM
EXSISTENS EFFICIET LEGATUM OMNINO NON DEBERI, QUIPPE CUM
HABITA RATIONE LIBERTATIUM ET DEDUCTIS PRETIIS EORUM
TUNC DEMUM LEGATORUM INEATUR RATIO.

D.35, 3, 5,0 MARCELL. 21 DIG.

VIDEAMUS, AN STIPULATIO " **QUA AMPLIUS PER FALCIDIAM
CEPERIS LICUERIT DARI**" ADVERSUS EUM NON SUFFICIAT, QUI
LEGATUM ALII RESTITUERE EX FIDEICOMMISSI CAUSA DEBET.
SUFFICIET AUTEM DICI NIHIL EIUS FIDEI COMMISSUM ESSE:
CAVEBIT SCILICET LEGATARIO ET IS, QUI FIDEICOMMISSUM
ACCIPIET, NISI FORTE MALET LEGATARIUS CIRCUITU SUBLATO
HEREDI CAVERI. SED ET LEGATARIO PRAETEREA CAVENDUM EST,
SI (UT PLERUMQUE AEQUUM EST) PRO RATA EX FIDEICOMMISSO
RETINERE EI CONCEDENDUM EST, QUAMVIS TANTUM EX LEGATO
APUD EUM ERIT REMANSURUM, UT SUFFICERE POSSIT AD
PRAESTANDUM FIDEICOMMISSUM.

Cláusula que se introduce en la estipulación que se hace para el pago de los legados \$, como cautela que toma el heredero “Restituir lo que hubiera recibido de más por la Ley Falcidia”

“Cum poposcero”

D.38, 1, 22,0 GAI. 14 AD ED. PROVINC.

CUM PATRONUS OPERAS STIPULATUS SIT, TUNC SCILICET COMMITTITUR STIPULATIO, CUM POPOSCERIT NEC LIBERTUS PRAESTITERIT. NEC INTEREST, ADIECTA SINT HAEC VERBA " **CUM POPOSCERO**" AN NON SINT ADIECTA: ALIUD ENIM EST DE OPERIS, ALIUD DE CETERIS REBUS. CUM ENIM OPERARUM EDITIO NIHIL ALIUD SIT QUAM OFFICII PRAESTATIO, ABSURDUM EST CREDERE ALIO DIE DEBERI OFFICIUM, QUAM QUO IS VELLE, CUI PRAESTANDUM EST.

Cláusula que se suele incorporar en las estipulaciones de prestación de servicios en el patronato. “cuando los pida” aunque según el jurista, si no se incorporara esta cláusula, se incurriría igualmente en la estipulación si el patrono lo solicita y el liberto no los presta.

“Si eum aliter quam tu filium observasset”

D.45, 1,132,0 PAUL. 15 QUAEST.

QUIDAM CUM FILIUM ALIENUM SUSCIPERET, TRADENTI PROMISERAT CERTAM PECUNIAE QUANTITATEM, SI EUM ALITER QUAM UT FILIUM OBSERVASSET. QUAERO, SI POSTMODUM DOMO EUM PROPULERIT VEL MORIENS NIHIL EI TESTAMENTO RELIQUERIT, AN STIPULATIO COMMITTETUR, ET QUID INTERSIT, UTRUM FILIUS AN ALUMNUS VEL COGNATUS AGENTIS FUERIT. PRAETEREA QUAERO, SI FILIUM SUUM QUIS LEGITIME IN ADOPTIONEM DEDERIT ET ITA, UT SUPRA SCRIPTUM EST,

STIPULATIO INTERCESSERIT EUMQUE PATER ADOPTIVUS EXHEREDAVERIT VEL EMANCIPAVERIT, AN STIPULATIO COMMITTATUR. RESPONDI: STIPULATIO UTILIS EST IN UTROQUE CASU: IGITUR, SI CONTRA CONVENTIONEM FACTUM SIT, COMMITTETUR STIPULATIO. SED VIDEAMUS PRIMUM IN EO, QUI LEGITIME ADOPTAVIT, AN POSSIT COMMITTI, SI EUM EXHEREDAVERIT VEL EMANCIPAVERIT: HAEC ENIM PATER CIRCA FILIUM SOLET FACERE: IGITUR NON ALITER EUM QUAM UT FILIUM OBSERVAVIT. ERGO EXHEREDATUS DE INOFFICIOSO AGAT. QUID ERGO DICEMUS, SI ET MERUIT EXHEREDARI? EMANCIPATUS PLANE ET HOC REMEDIO CAREBIT. QUARE SIC DEBUIT INTERPONI STIPULATIO, UT, SI EUM EMANCIPASSET VEL EXHEREDASSET, CERTUM QUID PROMITTERET. QUO TAMEN CASU COMMISSA STIPULATIONE POTEST QUAERI, AN EXHEREDATO PERMITTENDUM ESSET DICERE DE INOFFICIOSO? MAXIME, SI PATRI NATURALI HERES EXTITISSET, AN VICTO DENEGANDA EST EX STIPULATU ACTIO? SED SI EI, QUI STIPULATUS EST, NON DEBUIT DENEGARI VICTO FILIO, NEC IPSI DENEGANDA ERIT DEBITAE PECUNIAE EXSECUTIO. IN EO AUTEM, QUI NON ADOPTAVIT, QUEM INTELLECTUM HABEAT HAEC CONCEPTIO " **SI EUM ALITER QUAM UT FILIUM OBSERVASSET**", NON PROSPICIO: AN ET HIC EXIGIMUS EXHEREDATIONEM VEL EMANCIPATIONEM, RES IN EXTRANEIS INEPTAS? SED SI IS, QUI LEGITIME ADOPTAVIT, NIHIL FACIT CONTRA VERBA STIPULATIONIS, CUM UTITUR PATRIO IURE IN EO, QUI HAEC NON FECIT, DICIT SUPERVACUO: DICI TAMEN POTERIT COMMISSAM ESSE STIPULATIONEM.

Se trata de una estipulación que se realiza en el ámbito del derecho de familia, prometiendo una cantidad en caso de no tratar como hijo propio a un hijo ajeno acogido por el promitente.

Debido a que el fragmento recogido en lenguaje directo es muy pequeño “si no le trataba como a un hijo”, solo podemos considerarlo como una cláusula que solía establecerse en materia de derecho de familia.

“Si in eadem causa maneat”

D.46, 3, 38,0 AFR. 7 QUAEST.

CUM QUIS SIBI AUT TITIO DARI STIPULATUS SIT, MAGIS ESSE AIT, UT ITA DEMUM RECTE TITIO SOLVI DICENDUM SIT, SI IN EODEM STATU MANEAT, QUO FUIT, CUM STIPULATIO INTERPONERETUR: CETERUM SIVE IN ADOPTIONEM SIVE IN EXILIUM IERIT VEL AQUA ET IGNI EI INTERDICTUM VEL SERVUS FACTUS SIT, NON RECTE EI SOLVI DICENDUM: TACITE ENIM INESSE HAEC CONVENTIO STIPULATIONI VIDETUR " **SI IN EADEM CAUSA MANEAT**".

“Si permanece en la misma situación”: cláusula implícita que se suele suponer, con relación a la situación del *adiectus solutionis causa*.

“Si nuptiae fuerint secutae”

D.23, 3, 21,0 ULP. 35 AD SAB.

STIPULATIONEM, QUAE PROPTER CAUSAM DOTIS FIAT, CONSTAT HABERE IN SE CONDICIONEM HANC " **SI NUPTIAE FUERINT SECUTAE**", ET ITA DEMUM EX EA AGI POSSE (QUAMVIS NON SIT EXPRESSA CONDICIO), SI NUPTIAE, CONSTAT: QUARE SI NUNTIUS REMITTATUR, DEFECISSE CONDICIO STIPULATIONIS VIDETUR.

La estipulación que se hace a causa de la dote, es claro que implica la condición de “si se efectuase el matrimonio” y que por ello sólo puede reclamarse en virtud de ella (aunque no se haya expresado la condición) si se efectuase el matrimonio; por lo cual, si se enviara un nuncio de desistimiento que impida el matrimonio, se considera que faltó la condición de la estipulación.

Reproducción de una cláusula que hace referencia a una condición tácita “si se efectuase el matrimonio” y que se entiende está comprendida dentro de la estipulación por causa de dote aunque no se incluya expresamente. Esta condición se utiliza también en la dote *aestimata* (D.23,3,10,4y5 Ulp.34 ad Sab.)

“Cum petiero”

D.45, 1, 48,0 ULP. 26 AD ED.

SI DECEM " CUM PETIERO" DARI FUERO STIPULATUS, ADMONITIONEM MAGIS QUANDAM, QUO CELERIUS REDDANTUR ET QUASI SINE MORA, QUAM CONDICIONEM HABET STIPULATIO: ET IDEO LICET DECESSERO PRIUSQUAM PETIERO, NON VIDETUR DEFECISSE CONDICIO.

Si yo hubiera estipulado diez mil sestercios para “cuando los pida” la estipulación contiene una simple advertencia de pagar prontamente y sin mora, más que una condición; y por esto, aunque me muriera antes de pedirlos, no se considera frustrada la condición.

El jurista interpreta en este caso que la inclusión de “*cum petiero*” no puede considerarse como una condición jurídica sino la indicación de que el pago se debe realizar sin demora.

3.16. CONCLUSIONES SOBRE LA FORMA ESTIPULATORIA EN EL LENGUAJE DIRECTO DEL DIGESTO

En este apartado sistematizaremos las conclusiones que hemos obtenido. Hemos estudiado la forma estipulatoria desde la óptica innovadora del lenguaje directo en el Digesto. Esta perspectiva nos aproxima más a la dicción de la estipulación que realmente se pronunció y por tanto nos parece una vía adecuada para avanzar en la

investigación sobre la estipulación⁴³¹. Seguimos para ello el mismo esquema que a lo largo de éste capítulo, necesariamente abreviado en función de los resultados y alterado a fin de resaltar la importancia de determinados apartados.

A) Por lo que respecta a la **forma de las estipulaciones penales**:

- 1) Podemos apreciar que, existen dos formas de estipulaciones penales (independiente y doble) ya en la época clásica. Sin embargo, la diferencia entre ambas, fundamentada esencialmente en criterios formales se va diluyendo, al menos con relación al lenguaje directo recogido por el Digesto. Este fenómeno sin ser determinante puede ser un indicio de la paulatina progresión de la flexibilidad en la forma estipulatoria. Muchas veces los juristas no se preocupaban de reflejar el *spondes* final, y menos aún de plasmar el verbo estipulatorio que debería cerrar la primera estipulación en el caso de una pena convencional doble. Esto no significa que desaparezca totalmente la distinción entre las dos formas de pena convencional. En el caso de que sea dudoso ante que tipo de estipulación penal estamos, el criterio interpretativo que van a utilizar los juristas romanos se va a alejar cada vez más de juicios formales (hay que ver si hay un *spondes* o dos) y va predominar la investigación sobre la voluntad de las partes, a pesar de que subsisten distintas opiniones, así lo podemos ver en D.45,1,85,3⁴³². Pensemos que aunque nos ciñamos al lenguaje directo, por considerarlo la mejor aproximación a las estipulaciones que eran realmente pronunciadas, **es lógico suponer que se permitiesen ciertas alteraciones en la reproducción de las mismas, y esto también nos hace pensar que quizás lo que ha inducido a error a Knütel (además lógicamente de la teoría de Paulo en D.44,7,44,6) sea el considerar que está ante un formulario y ello no es siempre cierto, está ante la plasmación más o menos literal, de una estipulación utilizada.**

Creemos que nuestra interpretación se apoya también en D.45,1,126,3 Paul 3 quaest.

⁴³¹ Con las delimitaciones que hemos venido haciendo sobre el objeto de nuestro estudio .

⁴³² Epígrafe 3.8.2 La forma en las estipulaciones penales.

- 2) Encontramos un dato significativo en D.34,5,13,2 y 5 pues la única diferencia desde el punto de vista de la forma para justificar un significado distinto de *aut* (cumulativo o alternativo) es que en un caso estamos ante una estipulación penal independiente y en otro ante una estipulación penal doble ¿Podría esta diferencia en la configuración de la pena modificar el sentido de la forma de establecer el objeto? Evidentemente otra opción posible sería acudir a la vía interpretativa.
- 3) Predomina la flexibilidad de la estipulación sobre la rigidez de la forma verbal estricta, pues en función del objeto (*operae libertorum*) la pena no se podría exigir y los servicios estarían protegidos en vía pretoria. También se utiliza la forma singular y se vincula a los herederos en obligaciones de hacer y no hacer D.45,1,85,3

B) Con relación a la **forma como se establece el objeto** de la estipulación encontramos las siguientes consecuencias que afectan al régimen jurídico de la estipulación:

- 1) Si se establece un objeto de una estipulación en forma de **renta periódica**, la estipulación es única y perpetua. Única en el sentido de que no hay tantas estipulaciones como fracciones o anualidades (con las consecuencias procesales que ello conlleva), y perpetua, puesto que la estipulación no se extingue con la muerte del deudor (a diferencia de los legados de renta periódica) D. 45,1,115⁴³³
- 2) El **objeto de la estipulación establecido con carácter alternativo a través de la conjunción “aut”** (*Stichum aut Pamphilum, utrum ego velim*) es *incertum* y sigue el régimen de las obligaciones alternativas en cuanto al riesgo por la pérdida del objeto. Por otra parte, esta forma de determinar el objeto supone que el promitente no puede, pendiente la obligación, manumitir a uno de los esclavos sin incurrir en la *Lex Aelia Sentia*. (D.46,3,95 Pap.28 quaest. ; D.40,9,5,2. Iul. 64 dig.) Por el contrario se puede considerar determinado el objeto de una estipulación establecido en forma alternativa si se introduce la siguiente cláusula: “*illud aut illud, quod ego voluero*” D.45,1,76 Paul. 18 ad Ed.⁴³⁴ Para determinar el sentido de *aut* hay que investigar cual ha sido la

⁴³³ Epígrafe 3.5.1 Establecimiento de una prestación periódica

⁴³⁴ Epígrafe 3.5.2. Utilización de la partícula *aut* para determinar el objeto

voluntad de las partes. Hay que destacar el distinto régimen jurídico de las cantidades de dinero unidas por la partícula *aut* D.45,1,83,3 Paul 72 ad ed.

- 3) El principio “*tot stipulationes quot res*” es discutido entre los *veteres* y se consolida posteriormente “dar una cantidad de plata cualquier día de tres anualidades”. En la época clásica **aunque formalmente una sola estipulación contenga distintos objetos, en cuanto a sus consecuencias jurídicas (esencialmente en el plano procesal) se considera que hay una pluralidad.** D.45,140,1 y D.45,1,140 pr.(Paul. Ad Ner.)⁴³⁵

En este último texto, encontramos una *interrogatio* a la que falta el verbo estipulatorio, aunque como hemos puesto de manifiesto reiteradas veces, **es una técnica que se utiliza para evitar la repetición cuando el verbo estipulatorio se menciona justo antes de reproducir el fragmento en estilo directo.**

Desde el punto de vista de la forma el objeto no es único y se recoge en la estipulación mediante la técnica de la remisión “*Ea omnia, quae supra scripta sunt*”. Sin embargo el jurista establece que es mejor realizar tantas estipulaciones como objetos tengamos que dar. Lo mismo sucede en D.46,2,34,2 Gai 3 de verb. oblig. dónde observamos formas remisoria que utilizan la partícula *quod* y que según nos dice el jurista sirven para novar varias obligaciones absorbiendo el contenido de los objetos anteriores. “*Quod Titium et Seium mihi dare facere oportet, id dari spondes*”. **Habría que distinguir cuando *quod* sustituye a toda la prestación caso en el que el objeto se convertiría en *incertum*, del supuesto en el que *quod* sirviese para introducir una proposición de relativo.**

El principio “*tot stipulationes quot res*” no esta recogido en lenguaje directo pero es una consecuencia de la *interrogatio* formulada.

⁴³⁵ Epígrafe 3.5.5 “*Tot stipulatione quot res*”

Creemos que este principio fue acogido mayoritariamente por los juristas romanos, pero su aplicación tuvo un carácter tópico⁴³⁶ y no normativo estricto. De la aplicación, o no, de este principio se desprenden consecuencias jurídicas importantes sobre todo de orden procesal, en cuanto a la consumición de la acción. Este problema también se plantea en el caso de una *acceptilatio* que pretenda extinguir distintas deudas así en D.46,4,6 Ulp. 47 ad Sap

- 4) Un objeto indeterminado "*pecuniam*" no supone un obstáculo a la validez de la estipulación, que se puede completar a posteriori.(D.45,1,68 Paul. 2 ed.)⁴³⁷
- 5) Las prestaciones de hacer y de no hacer (D.45,1,75,7 Ulp.22 ed.) hacen que el objeto de la estipulación sea un *incertum*, al igual que cuando se realiza una remisión como en D.7,7,1 Paul 2 ad Ed. En el que la técnica de la remisión provoca que el objeto de la estipulación sea *incertum*, como podemos ver en este caso "lo que nazca de la esclava Aretusa".

Por lo que se refiere a remisiones tales como "*quidquid te dare facere oportet*" se refiere a lo que se debía en el momento de realizar la estipulación, si se quiere incluir obligaciones futuras, el verbo debe ser "*oportebit*" o bien utilizar otras expresiones como "*praesens in diemve*". La remisión en cuanto al objeto provoca, en algunos casos, su incerteza y amplitud, por eso de alguna manera se intenta limitar el verbo ya que al tratarse de un supuesto de estipulación novatoria de un *bonae fidei iudicia*, la finalidad novatoria sólo se consigue con una remisión lo más amplia posible. D.45,1,76,1(Paul .18 ed.) Es decir existe en este ámbito un rigor superior a la hora de determinar que obligaciones se están incluyendo, por lo que es necesaria una mayor precisión en la forma verbal empleada .

- 6) En el caso de objeto de una obligación de dar, establecido en forma alternativa para que el estipulante pueda escoger, debe incluir una manifestación específica "*quem*

⁴³⁶ VIEHWEG T, Tópica y jurisprudencia (1986) pag 24 "La tópica es una técnica del pensamiento problemático, que fue desenvuelta por la retórica y que es el desarrollo de una contextura epiritual, que incluso en sus particularidades se distingue en una forma inequívoca del espíritu deductivo sistemático. La tópica se encuentra en el *ius civile* , en el *mos italicus* , en la doctrina civilista actual y presumiblemente también en otras sedes"

⁴³⁷ Epígrafe 3.3.8 Objeto indeterminado

voluero” “*quem volam*” y la elección de una u otra forma afecta al *ius variandi* (si se utiliza la forma *quem volam*, la elección se puede modificar después de la decisión “hasta que se dicte la demanda” según dice Pomponio .D.45,1,112 Pomp. 15 ad Q.Muc.

C) Con relación a la **forma de establecer condiciones**, podemos concluir que la posición del **verbo solemne es importante**, pues la condición que se inserta después no tiene relevancia civil, aunque tenga eficacia pretoria. La condición que se quiera incluir en una estipulación se debe interponer o pronunciar antes del verbo. D.44,7,44,2 Paul. 74 ad Ed. Praet.

D) Por lo que respecta a las **remisiones que hacen referencia al objeto**:

1)La forma remisoria utilizada para determinar el objeto de la prestación afecta a la posibilidad jurídica de la prestación y por tanto a la validez de la estipulación como podemos ver en D.45,1,29,1 Ulp 46 ad Sab “Si estipulo de un ladrón que me dé un esclavo que me pertenece”, vemos la importancia de la forma en la que se recoja el objeto de la prestación para determinar si la estipulación es o no válida. Se quiere obtener la misma prestación, pero si ésta se determina con una remisión “lo que tú debes dar o hacer a causa de la condición”, la estipulación es inicialmente válida, mientras que si se estipula “que se me diera aquel esclavo hurtado” la *stipulatio* no vale. Vemos pues la importancia de la forma por la que por medio de una remisión puede convertir el objeto estipulatorio en un *incertum* superando, de esta manera, la imposibilidad jurídica de la prestación.

2)Una consecuencia, que ya hemos señalado reiteradamente, de utilizar una forma remisoria para la determinación del objeto, es que el objeto de la estipulación se puede convertir en indeterminado. **Para aclarar si se produce o no éste fenómeno habremos de investigar en la relación subyacente que ha originado la remisión en función de si el *quod* sustituye a toda la prestación o bien sirve para introducir una proposición de relativo.** Esta situación es especialmente interesante e el caso de la *fideiussio*. Esto supone que en el caso de realizar una *fideiussio*, aunque los fiadores quieran prometer una cosa determinada, al utilizarse la forma remisoria “*id fide tua esse*

iubes?”, dependiendo de la relación subyacente pueden prometer un *incertum*. D.45,1,75,6 Ulp 22 ad Ed.. Parece que en el caso de las estipulaciones penales como siempre introducen una posibilidad de elección entre cumplir con la obligación asegurada y la pena, la remisión siempre daría lugar a un *incertum*.

E) En cuanto a la **forma de determinar al estipulante**:

- 1) Como hemos ido viendo si se incluye dos sujetos en la posición activa y quien estipula es el primero de ellos utilizando el conector *aut*, si no hay más menciones, el segundo tiene la condición de *adiectus solutionis causa*, con las consecuencias jurídicas que esto genera. Para el jurista no se puede afianzar al *adiectus* (Ticio en éste caso) ya que él no es acreedor y por lo tanto no puede reclamar. D.46,1,23 Marcian. 4Reg⁴³⁸
- 2) Aunque se incluya un *adiectus solutionis causa* junto al estipulante (el patrono) usando para ello, la partícula *aut*. Si se trata de una obligación de prestación de servicios de un liberto, el *adiectus solutionis causa* no es un sujeto hábil para recibir el pago. Esta sería una excepción que se referiría a la particularidad de las *opera libertorum* en el que no se podría considerar cumplida la estipulación en la persona del *adiectus solutionis causa*. D.38,1,10,1 Pomp 15 ad Sab
- 3) El principio de que nadie puede estipular algo que es suyo quiebra en el caso de los copropietarios de un esclavo común. D.45,3,9 Ulp 48 ad Sab; podemos ver una muestra de flexibilidad de la *stipulatio* para salvar la validez de la estipulación.
- 4) Los juristas romanos son especialmente estrictos en el caso de estipulaciones realizadas por esclavos especialmente en cuanto a determinar quien adquiere como veremos más adelante. Sin embargo, hay supuestos en los cuales la utilización de determinada forma ambigua primaría la flexibilidad de la estipulación y se podrían superar los posibles problemas de autocontratación (de un esclavo que es en parte de Mevio y en parte de Ticio), el esclavo no puede estipular el mismo para sí, sin embargo este problema puede desaparecer si se omite “*mihī*” pues tal como esta

formulada la estipulación “¿prometes dar la parte que es de Mevio?” puede entenderse para quien es posible adquirir ese derecho (D.45,3,18,1 Pap 27 quaest).

Es decir en este caso, la supresión de la partícula *mihi*, hace que pueda considerarse eficaz la estipulación.

Vemos pues la importancia de la forma de expresarse la estipulación para su validez e influencia de una interpretación flexible. D.45,3,18,1 Pap 27 Quaest.

5) Si se establece que dos personas son *reus stipulandi*, y se introduce una condición que afecta a la indeterminación del sujeto acreedor, esta indeterminación genera la ineficacia de la estipulación D.45, 3, 21,0 VEN. 1 STIPUL. " **KALENDIS IANUARIIS DECEM TITIO AUT MAEVIO DOMINIS, UTER EORUM TUNC VIVET, DARE SPONDES?"**

6) La forma que se utilice determinará o no, la constitución de una obligación solidaria. El tenor de la estipulación respeta los principios estipulatorios: un sólo objeto y dos sujetos activos obligados solidariamente que son copropietarios de un esclavo. La relación de solidaridad le quita a la estipulación el componente de ambigüedad y por tanto la estipulación es eficaz. Lo podemos ver en una interrogación completa cerrada por el verbo *spondes*. D.45, 3, 29,0 PAUL. 72 AD ED. " **DECEM ILLI DOMINO, EADEM DECEM ALTERI DARE SPONDES?"**, “¿Prometes dar diez mil sestercios a tal dueño y los mismos diez mil al otro?”

7) Podemos ver las distintas posibilidades de adquirir un objeto, mediante un esclavo que es propiedad de ambos *reus stipulandi* en función de la forma. Dependiendo de esta, se puede adquirir por partes iguales (si se mencionan los nombres) o bien según las cuotas de propiedad (sin hacer referencia a los nombres se hace mención de un derecho de co-propiedad), bien puede ser dudoso si se mezclan ambos criterios, aunque según el jurista si se mencionan los nombres debería prevalecer el criterio de por partes iguales. La forma en que se determina a los *reus stipulandi* tiene consecuencias importantes de régimen jurídico. D.45,3,37 Pomp. 3 ad Q.Muc

⁴³⁸ Epígrafe 3.3.1 Forma de determinar al estipulante.

- 8) En D.46,3,95,5 Pap.28 Quaest. se recoge en lenguaje directo una de las formas, mediante las que se puede determinar el sujeto activo de la estipulación. **Si aparece primero la mención del padre**(estipula el padre), “*mihi aut filio meo...*”, se permite que aparezca el nombre del hijo, pues el padre se considera que puede estipular para su hijo ya que tiene capacidad para estipular para el mismo; en este caso el hijo de familia tiene el mismo trato que si se tratase de un tercero es decir se le considerará *adiectus solutionis causa*. **Si el hijo aparece en primer lugar**, lo que desde el punto de vista de la forma permite suponer que es el estipulante, y el padre en segundo lugar entonces se va a tener en cuenta la relación subyacente padre-hijo, siendo así que el jurista, Papinano, manifiesta que “sólo puede añadirse el nombre del padre cuando el hijo no puede adquirir por aquella estipulación a favor de su padre”
- 9) La forma que se utilice el conector *aut* para determinar la posición activa de la estipulación (estipulante y *adiectus solutionis causa*) tiene consecuencias con relación a cómo liberarse de la obligación estipulatoria. D.45,1,9 Pomp 2 ad Sab. También en el caso de que la estipulación la realice un esclavo que actúa para sus co-propietarios *Primo aut Secundo*, los juristas romanos exigen especial rigor y claridad para determinar para quien se estipula y quien es *adiectus solutionis causa* D.45,3,11 Ulp 48 ad Sab

F) Por lo que respecta a la **forma empleada para determinar al promitente**.

- 1) Existe una relación entre la forma de determinar el objeto (en función de sí es divisible o no) y la forma como se puede exigir a los herederos. Nos dice el jurista que si la prestación es indivisible, la infracción se considera cometida por todos los herederos mientras que esto no ocurre si la prestación es divisible. D.45,1,4,1 Paul.12 ad Sab.
- 2) Debido al problema de la transmisibilidad de las obligaciones *in faciendo* se exige con relación a la forma estipulatoria la referencia explícita a los herederos. D.45,1,131 Scaev. 13 Quaest.

Estas son las consecuencias, que de la utilización de una determinada forma hemos podido extraer. Sin embargo nos encontramos con que se va imponiendo la flexibilidad de la estipulación como en D.46,4,15 Pomp 27 ad Sab, D.45,2,4,Pomp 24 ad Sab, D.45,1,131 Scaev 13 Quaest, D.46,1,16 Iul. 53 Dig, D.45,3,9 Ulp 48 ad Sab, D.45,1,137,2 , D.46,1,52 Pap 11 Resp, D.46,1,55 Paul 11 Quaest. D.45,1,56 y D.45,1,56,1 Iul 52 Dig entre otras más que a lo largo del capítulo tercero hemos ido señalando. Aunque está claro que la utilización de una determinada forma provoca distintas consecuencias en cuanto al régimen jurídico de la estipulación, también es cierto que los juristas romanos trataban de mantener, en lo posible, la estipulación realizada aunque esto llevase a una flexibilización de la forma de la misma. También influye en la progresiva flexibilización, aunque esté fuera del objeto de nuestro estudio, los criterios utilizados para la interpretación de las estipulaciones que se van acercando a los utilizados en los negocios de buena fe.

Encontramos, por otra parte, algunos ámbitos donde la incidencia de esta tendencia a la atenuación de las formalidades es menor, como: en la forma de determinar al estipulante (desde el punto de vista de los juristas romanos es decisivo conocer quien tiene la acción) especialmente si el estipulante es un esclavo, o bien desde el punto de vista del establecimiento de una condición.

Estas consecuencias no creemos que sean contradictorias, pues no hemos encontrado casos en que la flexibilidad se impusiese si el régimen jurídico de la estipulación, en cuestión, fuera cierto y además son reflejo de una situación de conflicto entre el formalismo de la estipulación (entendida como *Shutzform* en el capítulo segundo) y la necesidad que la estipulación funcionase como una vía de apertura del sistema negocial romano.

En definitiva, podemos afirmar que ya en la época clásico-tardía se va imponiendo la flexibilidad de la estipulación, no sólo en los casos que aparecía ambigüedad o indeterminación en el lenguaje directo⁴³⁹. Este fenómeno se desencadena por dos causas distintas. En primer lugar, la preferencia de los juristas romanos clásico-tardíos por el mantenimiento de la validez de la estipulación que supera a su

apego al rigorismo formal de la misma. En segundo lugar la tensión que se produce entre la necesidad de respetar una concepción de la estipulación (entendida como *shutzform* en el capítulo segundo) y la exigencia de que la estipulación funcionase como una vía de apertura del sistema negocial, se resuelve a favor de ésta última.

⁴³⁹ D.45,1,85,3 (*Paul .75 ed.*)