

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

¿EXISTIÓ LA DENOMINADA *ACTIO INCERTI EX STIPULATU*?

DID DENOMINATED *ACTIO INCERTI EX STIPULATU* EXIST?

Margarita Fuenteseca
Catedrática de Derecho Romano
Universidad de Vigo

1.- La admisión mayoritaria por la doctrina romanista de la *actio incerti ex stipulatu*:

En la doctrina romanista se viene aceptando mayoritariamente la existencia de una *actio incerti ex stipulatu*, esto es, de una acción mediante la que se puede hacer exigible el *incertum* contenido en la *stipulatio*, generalmente precedida de una *praescriptio* delimitadora del *incertum*

contenido en la pretensión. La fórmula, según la describe Lenel¹ y según ha sido aceptada por la gran mayoría de la doctrina romanista, sería: *quod As As de No No incertum stipulatus est, cuius rei dies fui, quidquid ob eam rem Nm Nm Ao Ao dare facere oportet, eius iudex Nm Nm Ao Ao condemnato, s.n.p.a.*

Pero es cuestionable que esta formulación de la *actio incerti ex stipulatu* se pueda tomar como fórmula general para las acciones en las que se exija el *incertum* contenido en la *stipulatio*, si se analizan desde una distinta perspectiva los pasajes gayanos, hoy verdaderamente los únicos atendibles en esta materia, relativos a la consunción de las acciones que contienen un *incertum*, concretamente los que se refieren a la introducción de la *praescriptio* en la fórmula.

El punto de partida es el hecho, por todos conocido, de que el negocio jurídico estipulatorio clásico (*stipulatio*) se caracteriza por su abstracción,

¹ LENEL, O., EP, 151 ss. Esta misma redacción de la fórmula la defiende como *actio ex stipulatu* en época clásica SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, cit., p. 457, siguiendo a Lenel para el caso de haberse estipulado un *incertum*, especialmente cuando se había prometido un *facere* (que sería: *aedificium mihi fieri spondes?*): *quod As As de No No incertum stipulatus est, quidquid ob eam rem Nm Nm Ao Ao dare facere oportet, eius iudex Nm Nm Ao Ao condemnato*. Sin embargo, Schulz, constatando la ausencia del término *actio ex stipulatu* en las fuentes romanas (el término *actio ex stipulatu* no figura en *Gai Inst.*, ni en los *Fragmenta Vaticana*, ni en la *Collatio legum Mosaicarum et Romanorum*, ni en la llamada *Consultatio*; en las *Sententiae* de Paulo aparece una sola vez -2,22-, donde la frase *ex stipulatu* está sin duda, para Schulz, interpolada) llega a la conclusión de que el término *actio ex stipulatu* se debe eliminar del vocabulario clásico.

esto es, la *causa stipulationis* no se menciona nunca². Sin embargo, en la formulación procesal de la *actio ex stipulatu* que acabo de describir, aparece, –y esta es, como ya he dicho, la fórmula generalmente aceptada por la doctrina romanista- una remisión a la *stipulatio* subyacente en forma de *praescriptio*. Esta remisión es muy útil, por ejemplo, cuando sólo se pretendan exigir judicialmente los plazos ya vencidos de una deuda pecuniaria, con la finalidad de evitar que el efecto consuntivo de la *litis contestatio* extinga todo el contenido (*incertum*) de una acción. Pero, en virtud de la interpretación de los pasajes gayanos relativos a la *praescriptio* que voy a proponer en este artículo, no habría existido una fórmula general del tipo que he descrito al inicio de estas líneas, sino que existiría una fórmula general mediante la cual sería exigible procesalmente en Roma el *incertum* contenido en la *stipulatio* sin remisión a esta última, esto es, abstracta, igual que el negocio jurídico estipulatorio; la remisión a la *stipulatio* subyacente únicamente tendría lugar cuando a favor del actor se introduzca una *praescriptio* que evite la consunción de todo el *incertum* contenido en la *stipulatio incerti*.

Por tanto, el intento de aclaración de esta cuestión requiere necesariamente una reinterpretación de la descripción gayana del sistema de las *praescriptiones*, teniendo en cuenta la función extraordinaria que

² Como es sabido, la *stipulatio* clásica se caracteriza por su configuración como negocio jurídico abstracto, esto es, la *causa stipulationis* no se menciona nunca. Incluso, como afirmó SCHULZ, F., *Derecho clásico romano*, cit., p. 458, toda obligación podía ser constituida por estipulación, con tal de que no lo prohibiese el ordenamiento jurídico.

cumplen éstas en el procedimiento formulario romano, frente al papel de cláusula ordinaria que desempeña la *demonstratio*.

2.- La descripción gayana de las *praescriptiones* y la *condictio incerti*:

Gayo IV,131³ comienza la descripción de las *praescriptiones* refiriéndose al caso de una *stipulatio* de *pecunia* que se debía pagar en plazos anuales o mensuales. Se trata de que en virtud de una misma obligación haya una prestación que se deba de inmediato y otra en el futuro, por ejemplo, cuando se estipula que se pague una cantidad cierta de dinero por años o por meses (*in singulos annos vel menses*) debiéndose al

³ Vid. FIRA, *Auctores, Gai Institutionum* IV,131: *Saepe enim ex una eademque obligatione aliquid iam praestari oportet, aliquid in futura praestatione est: ueluti cum in singulos annos uel menses certam pecuniam stipulati fuerimus; nam finitis quibusdam annis aut mensibus huius quidem temporis pecuniam praestari oportet, futurorum autem annorum sane quidem obligatio contracta intellegitur, praestatio uero adhuc nulla est. Si ergo uelimus id quidem, quod praestari oportet, petere et in iudicium deducere, futuram uero obligationis praestationem in integro relinquere, necesse est, ut cum hac praescriptione agamus: EA RES AGATVR, CVIVS REI DIES FVIT; alioquin si sine hac praescriptione egerimus, ea scilicet formula, qua incertum petimus, cuius intentio his uerbis concepta est: QUIDQVID PARET NUMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTERE, totam obligationem, id est etiam futuram, in hoc iudicium deducimus, et quae ante tempus obligatio...*

término de cada año o de cada mes la cantidad de dinero que corresponda a ese periodo⁴. En este caso, según Gayo IV,131, para mantener íntegra la prestación futura se insertará la *praescriptio: ea res agatur cuius rei dies fuit*.

A continuación, según la parte legible de este mismo pasaje, Gayo afirma que si no se utiliza esta *praescriptio* se actuaría mediante la *formula qua incertum petimus: QVIDQVID PARET NUMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTERE*. Esta sería la fórmula general en la que, según Gayo, se entendería *deducta in iudicium totam obligationem, id est etiam futuram*, por tanto, mediante la cual se exigiría en su totalidad el *dare facere oportere* contenido en una *stipulatio*, lo cual implicaría la consunción de la acción incluso respecto a las prestaciones todavía no exigibles debido al efecto consuntivo de la *litis contestatio*. Es crucial para fundamentar la hipótesis que mantengo en este artículo la interpretación de este pasaje gayano IV,131, del cual más bien únicamente puede deducirse la existencia de una alternativa entre la fórmula con *praescriptio*

⁴ Para PELLECHI, L., *La praescriptio Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Milano, Cedam 2003, p. 73, en la *stipulatio in singulos annos* era preciso el importe de cada uno de los plazos (*cum certam pecuniam stipulati fuerimus*, Gayo IV,131) pero eran indeterminados el número de pagos imputables al promitente porque éstos eran debidos sin término fijo (así se deduciría de D. 45,1,16,1 y l. 3,15,3). Según Pellechi (op. cit. p. 76), hay una generalizada *deductio in iudicium* cuando el actor omite la anteposición de la *praescriptio (ea res agatur cuius rei dies fuit)* a la *formula qua incertum petimus*. Afirma Pellechi que Gayo IV,131 insinúa que la alternativa para este supuesto sería una fórmula, pero sin *intentio incerta*, es decir, se podría evitar la deducción en el juicio de toda la *stipulatio* de una sola vez, usando específicas *conditiones* (naturalmente sin *praescriptio*) cada vez que los plazos individuales hubiesen caducado. En efecto, como intento probar en este artículo, no tiene fácil encaje esta *praescriptio* con la *formula qua incertum petimus (condictio incerti)* de Gayo IV,131.

y la fórmula sin *praescriptio* (*alioquin si sine hac praescriptione egerimus*), en cuyo caso cambia la formulación de la *intentio* (*cuius intentio his verbis concepta est: quidquid paret...*). Esta última sería, según pretendo probar en este artículo, la fórmula general (*condictio incerti*) mediante la que se podría exigir el cumplimiento íntegro de la promesa contenida en la *stipulatio incerti*, que no requiere una específica remisión a la *stipulatio* celebrada, y es, por tanto, abstracta.

La existencia de la *condictio incerti* en época gayana ya ha sido constatada por Wolf⁵, quien ha logrado probar (basándose principalmente en los pasajes gayanos IV,41, IV,43, IV,50-51 y IV,131) para el procedimiento formulario la existencia de una *condictio incerti* del tipo: *quidquid paret Nm Nm Ao Ao dare facere oportere iudex, Nm Nm Ao Ao dumtaxat HS X milia c.s.n.p.a.* Esta sería la *condictio* mediante la cual sería exigible el *incertum* contenido en una *stipulatio*.

Esta fórmula descrita por Gayo IV,131 sería una forma abstracta de reclamación del *dare facere oportere*, ya que, como acabo de afirmar, esta formulación de la *intentio* trasladada al *iudex* toda la potestad de decidir si el demandado debe dar o hacer (el fundamento de la pretensión) y además la cuantía de la *condemnatio*⁶. Frente a esta forma abstracta cabe admitir la

⁵ Me remito a la exhaustiva revisión de los pasajes gayanos realizada por WOLF, J. G., *Causa stipulationis*, Köln/Wien, Böhlau 1970, y a sus conclusiones en p. 190-201; Vid. KASER, M., *Formeln mit intentio incerta, actio ex stipulatu und condictio*, Labeo 22, 1976, p. 18 afirma que los fundamentos de la teoría de Wolf son fidedignos.

⁶ Para KASER, M., *Formeln mit intentio incerta, actio ex stipulatu und condictio*, cit. p. 25, la plena formulación procesal abstracta de la *stipulatio* se produce con la *formula qua incertum petimus* que aparece en Gayo IV,131: *QVIDQVID PARET Nm Nm Ao Ao DARE FACERE OPORTERE*, aunque para el romanista alemán esta fórmula únicamente

existencia de una forma causal para instaurar un *iudicium* frente a *qui incertum promiserit*, esto es, una fórmula procesal en la que se hace remisión a la *stipulatio* celebrada. Ésta se encuentra descrita en Gayo IV,136, donde el jurista romano admite la inserción de una *praescriptio loco demonstrationis* del siguiente tenor: *QVOD AVLVS AGERIVS DE NVMERIO NEGIDIO INCERTVM STIPVLATVS EST, CVIVS REI DIES FVIT*. La *praescriptio* se inserta en favor del actor, que quiere reservarse la exigibilidad de alguna de las prestaciones, evitando la consunción procesal de las todavía no exigibles. En definitiva, según Gayo IV,136, en este caso podría introducirse en la fórmula una advertencia de que únicamente se exigen los plazos ya vencidos de la *stipulatio* mediante una *praescriptio inserta loco demonstrationis*, expresión ésta que todavía no ha encontrado aclaración en la doctrina romanista⁷.

encaja en una fase de plena madurez clásica, en la que se debe buscar la creación de esta *condictio incerti*. Según Kaser, se trata de una fórmula abstracta que no individualiza el objeto del litigio ni con una *demonstratio* o *praescriptio*, ni mediante el nombramiento de una causa en la *intentio*, y que por medio del *parere* imponía al juez expresamente no solamente la estimación (*quidquid oportet*) sino también el examen del fundamento y del contenido de la pretensión. Para Kaser, esta fórmula abstracta habría sido compatible con una *praescriptio* y habría concurrido, en la exigibilidad del *incertum* con la *actio ex stipulatu* regular de Gayo IV,137, cuya existencia como acción general cuestiono en este artículo.

⁷ Vid. PELLECHI, L., *La praescriptio*, cit., p. 294 ss somete esta expresión a una profunda revisión. A qué se intentaría referir el jurista con esta expresión ha sido un objeto de un largo debate, esencialmente reunido en torno a dos posiciones, según Pellechi: por un lado quien ha visto en la imagen gayana la representación de un componente inserto en la fórmula en lugar –esto es, en sustitución– de la *demonstratio*; y por otro, quien ha interpretado la alusión a una *praescriptio* inserta en unión a la *demonstratio* en el lugar

3.- *Praescriptio* y *demonstratio* en el procedimiento formulario:

Precisamente la clave explicativa de la cuestión planteada en este artículo se puede fundamentar en una nueva interpretación de la expresión gayana (IV,136) *praescriptio loco demonstrationis* desde el punto de vista de la función que cumple la *praescriptio* en relación a la preclusión procesal cuando se trata de una *stipulatio incerti*.

Según Wolf⁸, con esta expresión quiere Gayo recordar que la fórmula se propone de tal manera *ut praescriptio inserta sit formulae loco demonstrationis*, en el sentido de que desde el principio ya contiene la prevención frente a la consunción. Según Wolf, con esta fórmula no se podía temer que la prestación, en cuanto no estuviese vencida, fuese objeto

ocupado por ésta, según la expresión gayana. Para Pellechi la divergencia está muy clara. Una posición asigna a la fórmula una única cláusula: la *praescriptio*, que se corresponde con la construcción completa *quod incertum stipulatus est cuius rei dies fuit*, inserta en la fórmula en el lugar de la *demonstratio*. La otra postura, en cambio, salvando la especificidad de cada cláusula, postula que la *praescriptio* (*cuius rei dies fuit*) se encontraría dentro de la fórmula al lado de la *demonstratio* (*quod incertum stipulatum est*). La conclusión a la que llega Pellechi (op. cit. p. 299) es que esta expresión de Gayo IV,136 servía para realizar la confrontación entre las dos cláusulas – *praescriptio* y *demonstratio*- de tipo estructural, ligada a las posiciones que éstas ocupaban en el cuerpo de la fórmula.

⁸ Vid. WOLF, J. G., *Causa stipulationis*, cit. p. 199.

del litigio, puesto que Gayo (IV,131) aclara que esto solamente sucedería con la *formula qua incertum petimus*.

Desde esta perspectiva se puede lograr un enfoque diverso relacionando la cláusula de la *praescriptio* con la función que cumple la *demonstratio* en el procedimiento formulario, esto es, la locución *praescriptio loco demonstrationis* significa que la *praescriptio* cumple la misma función que la *demonstratio*. Esto implica que el *dare facere oportere* contenido en la *intentio* se remite a la prueba de lo aducido en la *demonstratio*, puesto que ésta no se presenta como una realidad indiscutida, sino que debe probarse en el juicio. Es decir, en favor del actor se admite una remisión a la subyacente *stipulatio*, con lo cual se indicaba al juez antes de la *litis contestatio* que debía tener en cuenta alguna circunstancia de la previa *stipulatio* celebrada. Es una *praescriptio* que previene frente a la consunción total de la acción y que opera como una *demonstratio* en el sentido de que antes de proceder a la *condemnatio* al *dare facere oportere* se deberá tener en cuenta, por ejemplo, que solamente se exigen los plazos ya vencidos de la *stipulatio* celebrada.

En consecuencia, al introducirse la *praescriptio (loco demonstrationis)* debe cambiar la formulación de la *intentio*, tal y como aparece descrita en Gayo IV,136, es decir, la *intentio* de la fórmula en la que se inserta la *praescriptio loco demonstrationis* será la siguiente: *QVIDQVID OB EAM REM NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTET*. La remisión a la *praescriptio* que aparece en la *intentio* mediante las palabras *ob eam rem* demuestra que la petición contenida en la *intentio* se somete a la previa constatación de la celebración de la *stipulatio* y del vencimiento de las prestaciones ya devengadas, admitiéndose también la

oposición por parte del demandado de las excepciones derivadas de la subyacente *stipulatio*⁹.

La *intentio* así formulada es exactamente la misma que aparece en los *bonae fidei iudicia* (con excepción de la expresión *ex fide bona*, a la que aludiré más adelante), que, según se admite generalmente en la doctrina romanista, se presentan en el procedimiento formulario siempre introducidos por una *demonstratio*, aunque no ha sido cuestión pacífica en la doctrina la determinación del papel que desempeñaba la *demonstratio* en los *iudicia bonae fidei*.

En éstos, según Schmidlin¹⁰, el *ob eam rem* que aparece en las fórmulas con *quidquid dare facere oportet* demuestra indudablemente que el motivo de *dare facere oportet* no se afirma en la *intentio*, sino en la *demonstratio*. Para Schmidlin, la *demonstratio* fija la *res de qua agitur*, la

⁹ Que el fundamento de la *condemnatio* se traslada a la prueba de lo aducido en la *demonstratio* se confirma en Gayo IV,60. En este pasaje distingue Gayo dos fórmulas del depósito: en la forma *in ius concepta* se indica todo el asunto en la *demonstratio*, centrándose la cuestión litigiosa en las palabras: *quidquid ob eam rem illum dare facere oportet*. En cambio, en la fórmula *in factum*, según Gayo, se plantea el asunto en la *intentio* de modo diverso: *si paret illum apud <illum rem> illam deposuisse*. Esta distinción la utiliza Gayo como ejemplo para afirmar que en este último caso (*actio in factum* y no *actio in ius*) el demandante puede perder el litigio por *pluris petitio*. Se deduce de esta exposición gayana que en el caso de plantearse una fórmula mediante *demonstratio*, la petición contenida en la *intentio* se somete a la previa comprobación de lo afirmado en la *demonstratio*, que no constituye, por tanto, un hecho indiscutido.

¹⁰ Vid. SCHMIDLIN, B., *Der verfahrensrechtliche Sinn des ex fide bona im Formularprozess*, De iustitia et de iure, Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag, Duncker-Humblot, Berlin 1980, p. 370.

propia relación litigiosa, introducida o finalizada con la expresión *ea res agatur* (o *qua de re agitur*). Según Schmidlin, como primer paso debe el juez comprobar esa *res de qua agitur*, de la que depende el subsiguiente *quidquid dare facere oportet*. Será entonces en el segundo paso, donde, según Schmidlin, tiene lugar la estimación del importe de la condena por el *iudex- arbiter*, apoyándose en el *factum* ya comprobado¹¹.

En relación a la *demonstratio* en los *iudicia bonae fidei*, también Kaser¹², en contra de Arangio Ruiz¹³ y de acuerdo con Wlassak, había afirmado que ésta no contiene un *factum* indiscutido, sino que, como se

¹¹ Vid. SCHMIDLIN, B., *La fonction de la demonstratio dans les actions de bonne foi*, Studi in onore di Cesare Sanfilippo V (1984) p. 716 y 717: la *demonstratio* parecía estar reservada a los actos jurídicos aptos para crear inmediatamente un efecto jurídico principalmente al contrato, al testamento, a la *communio*, que obtienen su efecto normativo, no debido a una intervención exterior (por ejemplo a la ley o la protección del edicto), sino que lo llevan en sí mismos, creando un *oportere* que basta mencionar como *res de qua agitur* para que el juez pueda verificar la existencia de la causa creadora de un *oportere*.

¹² Vid. KASER, M., *Formeln mit intentio incerta, actio ex stipulatu und condictio*, cit. p. 8-10.

¹³ Vid. ARANGIO RUIZ, V., *Le formule con demonstratio e la loro origine*, St. Cagl. 4,2 (1912), 75 ss = Scritti di diritto romano I, (1974) 323 ss, afirmó que las fórmulas con *demonstratio*, a las que pertenecen la mayoría de los *bonae fidei iudicia*, están construidas ilógicamente, porque comienzan con la *demonstratio quod*, continuando con una *intentio incerta: quidquid dare facere oportet ex fide bona* y terminan con una *condemnatio* propia de una fórmula de un *certum: (eius)iudex Nm Nm Ao Ao condemnato, si non paret absolvito*. Para Arangio Ruiz en los *bonae fidei iudicia* el supuesto de hecho sería indiscutible, abordando el *iudex*, en consecuencia, únicamente la valoración y la condena pecuniaria.

deduce expresamente de las fuentes, únicamente contiene una afirmación presentada por el demandante. La errónea interpretación de la *demonstratio* como supuesto de hecho irrefutable provendría de la traducción de la palabra *quod* por “porqué”, que considera Kaser incorrecta, puesto que, para este romanista, en estos casos el *quod* significaría “si, en tanto, en cuanto”, lo cual se deduciría de la expresión *ea res agatur quod...* que originariamente sería introductoria de la *demonstratio*. Por tanto, para Kaser¹⁴, la *demonstratio*, sería una afirmación no demostrada, planteada por el demandante.

Así pues, en los *iudicia bonae fidei* el *iudex* procederá primero a comprobar la *res de qua agitur*, y, una vez constatada, a imponer la *condemnatio pecuniaria* teniendo en cuenta la relación jurídica bilateral creada entre las partes.

Y esta misma función cumpliría la *praescriptio inserta loco demonstrationis*, según la expresión gayana, hipótesis que se confirma en otro pasaje de Gayo (IV,131a), donde el jurista romano pone como ejemplo el caso de la *actio empti* (*item si verbi gratia ex empto agamus*). En este caso, según Gayo, si se pretende únicamente que se entregue la propiedad de un fundo y reservarse para más tarde la entrega de la posesión, deberá constar en la fórmula la *praescriptio EA RES AGATVR DE FVNDO MANCIPANDO*, puesto que la obligación jurídica se consume totalmente cuando se interpone una acción con la (ya mencionada) *intentio: QVIDQVID OB EAM REM NUMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTET*.

¹⁴ Vid. KASER, M., *Formeln mit intentio incerta, actio ex stipulatu und condictio*, cit. p. 11.

Esta *praescriptio inserta loco demonstrationis* delimita la *intentio* de tal manera que en ella no se incluyen las palabras *ex fide bona*, como correspondería a la *actio empti*, sino que la *praescriptio* circunscribe la *actio empti* a la obligación de mancipar, sin consumir en el proceso el resto de las obligaciones exigibles derivadas de la *mancipatio*. Se deduce de este pasaje gayano que sería, en consecuencia, incompatible una *praescriptio (loco demonstrationis)* con una *intentio* que contenga la expresión *ex fide bona*, propia de los *bonae fidei iudicia*, ya que esta expresión reviste al *iudex* de la potestad de emitir un *arbitrium (boni viri)*, teniendo en cuenta la totalidad de la relación jurídica bilateral establecida entre las partes.

En consecuencia, mediante una interpretación conjunta de los pasajes gayanos mencionados, existiría una *condictio incerti* general, mediante la cual se podría reclamar el *incertum* contenido en una *stipulatio*, pero sin remisión a ésta (*formula qua incertum petimus: quidquid paret Nm Nm Ao Ao dare facere oportere*, Gayo IV,131). Pero si el actor quería protegerse frente a la consunción total de la acción debía advertirlo en la fórmula mediante una *praescriptio* que hacía la función de *demonstratio*¹⁵. En este

¹⁵ En relación al pasaje IV,137 de Gayo (*praescriptio* antepuesta a la fórmula utilizada frente a un *sponsor* o *fideiussor*) afirma PELLECHI, L., *La praescriptio...*, cit. p. 335 que las *praescriptiones* usadas contra los garantes podían ser utilizadas solamente cuando hubiese necesidad de evitar, gracias al inciso *cuius rei dies fuit*, las consecuencias de la *petitio ante diem*. Y concluye tras un análisis exhaustivo de las *praescriptiones* que se usaban contra el *sponsor* y el *fideiussor* (p. 307-336) que se sabe demasiado poco sobre la sustancia de los componentes de la fórmula para comprender por qué motivos en las acciones contra los *fideiussores* y *sponsors* se usaban *praescriptiones* diversas (esto es, antepuestas a la fórmula y no insertas *loco demonstrationis*) que aquella que se utilizaba frente al *promissor incerti*. Según lo que expuesto en este artículo, esta distinción podría encontrar explicación en el hecho de que la *praescriptio loco*

caso la fórmula se convierte en causal, esto es, contiene una referencia a la *stipulatio* realizada (*quod...incertum stipulatus est*), lo cual implica un cambio en la formulación de la *intentio* que requiere una remisión a la *praescriptio* (*quidquid ob eam rem dare facere oportet*). Exactamente esta misma formulación de la *intentio* existe en los *bonae fidei iudicia* (con el añadido *ex fide bona*), en los que asimismo existe una remisión a la *demonstratio*, la cláusula ordinaria que en estos *iudicia* acompaña siempre a la *intentio* (*quidquid ob eam rem...*)¹⁶. Con esta hipótesis se confirma

demonstrationis remite a la *stipulatio* subyacente, de la que se hace depender la *condemnatio* del demandado, mientras que en el caso del *sponsor* y del *fideiussor* se antepone la *praescriptio* a la propia fórmula precisamente porque no se hace depender la *condemnatio* de la obligación principal, sino que se introduce una advertencia a favor del actor de que la acción únicamente se dirige contra la obligación asumida por el *sponsor* o del *fideiussor*. Esta advertencia no condiciona el sentido de la *condemnatio* porque su contenido no es objeto de prueba en el juicio, por tanto, es una *praescriptio* que no desempeña el papel *loco demonstrationis*, es decir, no constituye el fundamento de la demanda, sino solamente advierte que ésta se dirige contra el *sponsor* o *fideiussor*.

¹⁶ Las cláusulas ordinarias que acompañan a la *condemnatio* son la *demonstratio* o la *intentio* (o la *adiudicatio*). Así, la *condictio incerti* o bien contiene una alusión general al *incertum* en la *intentio* (formulada entonces mediante *quidquid paret...*) o bien contiene una remisión a la *stipulatio* en la *demonstratio*, en cuyo caso la *intentio* se formularía de modo distinto, con remisión a la *demonstratio* (*quidquid ob eam re...*). No resulta de gran ayuda la versión que aparece en FIRA, *Auctores, Gai Institutionum* IV,44: "*item condemnatio sine demonstratione uel intentione, uel adiudicatio sine demonstratione uel inten>tione nullas uires habet, <et> ob id numquam solae inueniuntur*", ni tampoco está claro, según otras ediciones del pasaje gayano IV,44, qué extensión tendría la presunta laguna que aparece en dicho texto. De ahí que sea admisible volver a las ediciones más antiguas del texto gayano, como la de Goeschen, en las que este pasaje tendría la siguiente redacción: *item condemnatio sine demonstratione vel intentione, vel*

además la naturaleza de la *praescriptio* como cláusula extraordinaria de la fórmula, ya que únicamente se utiliza en los casos en los que el actor quiere protegerse frente al efecto consuntivo de la *litis contestatio*.

4.- La *stipulatio* como prototipo de la *obligatio ex contractu*:

Si se admite la hipótesis hasta aquí expuesta, sería perfectamente concordante la abstracción que caracteriza la *stipulatio* clásica con una acción (*condictio incerti*) que sería también abstracta. Además esta hipótesis también permite comprender mejor la evolución histórica de la *stipulatio* en virtud de la exigibilidad de del *dare facere oportere* contenido en la misma.

Como antecedente de la *condictio incerti* es admisible la exigibilidad del *dare facere oportere* en época de las *legis actiones* mediante remisión a una *sponsio* como *causa ex lege* para instaurar la *legis actio per iudicis postulationem* (según Gayo IV,17a¹⁷), que permitía la imposición de una

adiudicatio *nullas vires habet: ob id numquam solae inveniuntur* (Vid. GOESCHEN, *Gaii institutionum commentarii IV*, Berlin (1824), p. 321 y 322; y también HEFFTER, A. G., *Gaii iurisconsulti institutionum commentarius quartus*, Berlin, 1827, p. XXI; STUEDEMUND, G., *Gaii institutionum commentarii quattuor*, Neudruck der Ausgabe (1873), Osnabrück, 1965, p. 203; DUBOIS, E., *Institutes de Gaius*, 6^e edition, Paris (1881), p. 429 y 430). Estas ediciones no incluyen la supuesta laguna gayana, con lo cual se obtiene que, según Gayo IV,44 la *condemnatio* no es efectiva si no se acompaña de la *demonstratio*, o bien de la *intentio* o de la *adiudicatio*.

¹⁷ Vid. *Gaius IV,17a*:...*Per iudicis postulationem agebatur si qua de re ut ita ageretur lex iussisset, sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur; eaque res talis fere*

condena al *quidquid dare facere oportet* contenido en la *sponsio*. Esta fórmula se habría ampliado por el *praetor* para los supuestos de los *iudicia bonae fidei*, permitiéndose así al *iudex* la valoración de la *condemnatio* conforme al *arbitrium boni viri* exigida en virtud de la fórmula *quidquid dare facere oportet ex fide bona*.

El concepto de *obligatio civilis* nace, por tanto, a partir de que se hace exigible *ex lege XII tabularum* el *dare facere oportere* contenido en la *sponsio* mediante *legis actio per iudicis postulationem*. Y bajo la jurisdicción pretoria desde época muy antigua se amplió la fórmula del *dare facere oportere* a lo exigible *ex fide bona*, en la que el *iudex* debía tomar en consideración esencialmente la bilateralidad de la relación jurídica establecida entre las partes, condenando al *quidquid alterum alteri dare facere oportet (ex fide bona)*¹⁸.

erat. qui agebat sic dicebat: EX SPONSIONE TE MIHI X MILIA SESTERTIORVM DARE OPORTERE AIO: ID POSTVLO AIAS AN NEGES. aduersarius dicebat non oportere. actor dicebat: QVANDO TV NEGAS, TE PRAETOR IVDICEM SIVE ARBITRVM POSTVLO VTI DES. Itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat. Item de hereditate diuidenda inter coheredes eadem lex per iudicis postulationem agi iussit. Idem fecit lex Licinnia, si de aliqua re communi diuidenda ageretur. Itaque nominata causa, ex qua agebatur, statim arbiter petebatur.

¹⁸ Vid. FUENTESECA, P., *Los sistemas expositivos de las obligaciones contractuales en la jurisprudencia romana y la idea de contractus*, AHDE, XXIII, Madrid 1953, p. 39: la idea de *contrahere* –de donde surgió el concepto que responde al sustantivo de *contractus*– nació en el campo de los *iudicia bonae fidei* como idea ajena al *creditum*. Según P. Fuenteseca, ya el mismo Gayo realiza una superposición de la idea de *contractus* sobre su cuatripartición de las obligaciones. Para P. Fuenteseca, los *iudicia bonae fidei* llevaban el germen del *contractus* en la bilateralidad, que iba implícita en el *quidquid alterum alteri dare facere oportet*. En cambio, la acción típica del *creditum*, la

Y en el procedimiento formulario también habría existido una fórmula general *in personam* para la reclamación del *dare facere oportere* (*quidquid paret...*, Gayo IV,131), esto es, del *incertum* de forma abstracta. Es decir, no puede deducirse de las Instituciones de Gayo que la *stipulatio* haya sido exigible mediante una acción específica *ex stipulatione* sino que existía una *condictio* general y abstracta para hacer exigible el *incertum* (*condictio incerti*) mediante la que se exigía judicialmente el *dare facere oportere*.

Ésta no era propiamente una *actio ex stipulatione*, ya que no se requería una remisión a la *stipulatio* realizada, esto es, directamente se remitía al juez la determinación de si el demandado debe dar o hacer (*si paret...*) y también la estimación (*quidquid oportet*) de la *condemnatio* en su caso impuesta al demandado. Y, según se deduce de los textos gayanos, únicamente existía una remisión a la *stipulatio* celebrada mediante una *praescriptio loco demonstrationis* cuando el actor pretendía protegerse frente a la consunción de la totalidad de la *obligatio* contenida en el *incertum*. Esta sería la única forma de coordinar la existencia de la *stipulatio* clásica y su característica abstracción (la *obligatio* nacía sin necesidad de mencionar la celebración de la *stipulatio*), con su exigibilidad procesal, en la que, en consecuencia, tampoco se hacía remisión a la *stipulatio* realizada.

La *stipulatio* sería una forma contractual susceptible de los más diversos contenidos, con lo cual una fórmula general *ex stipulatione* del *condictio*, según P. Fuenteseca, era una acción de derecho estricto en la que no cabía valorar la conducta mutua de las partes y la bilateralidad no podía germinar en ese campo.

tipo *quidquid Nm Nm Ao Ao ex stipulatu dare facere oportet* no añadiría ninguna precisión adicional a la *intentio*, no sería definitoria para el *iudex*¹⁹. En cambio, sí se podría hacer exigible el *dare facere oportere* contenido en la *stipulatio* mediante la *condictio incerti*, en la que, como ya he afirmado, se traslada al *iudex* la decisión acerca de la subsistencia de la obligación derivada de la *stipulatio* como de la cuantía de la *condemnatio*.

En la *stipulatio* exigida mediante la *condictio incerti* se refleja la *intentio* general propia de la fórmula de la *actio in personam* que es el *dare facere oportere*, mediante la cual se hace exigible un *incertum* de cualquier tipo. Por tanto, la forma contractual estipulatoria está inseparablemente unida a la aparición de *actio in personam* en el ámbito procesal. Como afirmó P. Fuenteseca²⁰, la *stipulatio* constituyó un esquema apto para

¹⁹ En la doctrina romanista es mayoritaria la opinión en contra de la existencia en época clásica de una *actio ex stipulatu incerti* en la que se exigiese *quidquid ex stipulatu dare facere oportet*. KASER, M., *Formeln mit intentio incerta, actio ex stipulatu und condictio*, cit. p. 18, ha afirmado que no parece haber existido una fórmula general de este tipo y descarta que una fórmula general *quidquid Nm Nm Ao Ao ex stipulatu dare facere oportet* haya sido de utilidad práctica. Para Kaser la necesidad de individualización en la acción de estipulación debió ser tan fuerte, que en la práctica no se podía utilizar una fórmula concebida de modo general como *quidquid Nm Nm Ao Ao ex stipulatu dare facere oportet*. Más bien, en estos casos de *stipulatio incerti* se utilizaría, según Kaser (op. cit. p. 24), la fórmula en la que se inserta una *praescriptio loco demonstrationis*, que consta en Gayo IV,136 (cit.). Esta fórmula gayana, como sostengo en este artículo, introduce mediante la *praescriptio loco demonstrationis* como cláusula extraordinaria una remisión a la *stipulatio* realizada, lo que justifica la redacción de la *intentio* bajo la forma *quidquid ob eam re...*

²⁰ Vid. FUENTESECA, P., *Visión procesal de la historia del contrato en derecho romano clásico*, Estudios homenaje al prof. A. d'Ors, EUNSA, Pamplona (1987), p. 474.

cualquier contenido y es, por tanto, el prototipo de los negocios crediticios. Es decir, en la expresión *dare facere oportere* exigible a través de la *stipulatio* encajan cualquiera de las modalidades de las *obligationes ex contractu* admitidas en Roma: *re, verbis, litteris, consensu*. El *dare facere oportere* de la *stipulatio* consituyó una fórmula general a partir de la cual luego se fueron perfilando las diferentes modalidades contractuales. La *stipulatio* se configuró como la *obligatio verbis contracta (obligatio verborum)* de época clásica, en torno a la cual, según P. Fuenteseca²¹, se desarrolló todo lo que se puede denominar teoría general de las *obligationes*.

En definitiva, la exigibilidad procesal del *dare facere oportere* se puso de manifiesto a través de la *sponsio-stipulatio*, forma contractual susceptible de cualquier contenido negocial, que se convirtió, en

²¹ Según FUENTESECA, P., *Los sistemas expositivos de las obligaciones contractuales*, cit. p. 42, la masa englobada bajo la rúbrica (D. 45,1) de *verborum obligationibus* contiene la problemática fundamental de las obligaciones contractuales que constituye una verdadera teoría general del contrato. Los compiladores habrían incurrido en un anacronismo que, debido a su reverencia clasicista y al peso de la tradición jurisprudencial romana, no percibieron. Habrían dejado la teoría general de las obligaciones estructurada en torno a la *stipulatio*, forma contractual que en sus tiempos ni siquiera existía ya. No habrían percibido que cuanto acogían bajo la rúbrica *De verborum obligationibus* no era, en el fondo, más que una teoría general de las obligaciones contractuales. Según P. Fuenteseca, los compiladores podrían haber sustituido en la mayor parte de los casos las alusiones a la *stipulatio* por el vocablo *contractus*. De hecho, para P. Fuenteseca, la *stipulatio* habría sido el molde apto para cualquier contenido contractual, pero este molde formal se había ya perdido y en su lugar existía el molde conceptual, el concepto general de *contractus* como convención.

consecuencia, en el prototipo de la noción de *obligatio (verbis contracta)* del *ius civile* a partir del cual se fueron definiendo en Roma las demás *obligationes ex contractu*.