

## SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LA ESTIPULACIÓN<sup>1</sup>

Rolf KNÜTEL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Error en la designación del objeto en el texto de la estipulación*. III. *Falta de indicación de la causa*. IV. *La determinación del objeto de la prestación*. V. *El perfeccionamiento de la estipulación*. VI. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

La estipulación fue uno de los más importantes contratos en el tráfico jurídico romano. En el derecho clásico se perfecciona de conformidad con ciertas formalidades: el futuro acreedor dirige al futuro deudor la pregunta formal, de si éste le promete una prestación (descrita detalladamente). El futuro deudor responde afirmativamente la pregunta. Ambas partes deben estar presentes al concluirse el contrato; tanto la pregunta como la respuesta deben ser intercambiadas oralmente, sucederse inmediatamente, referirse al mismo contenido y el verbo (*verbum*) utilizado en la pregunta debe aparecer de nuevo en la respuesta.<sup>2</sup>

El emperador León suprimió en el año 472 todas las formalidades relativas a las palabras, por lo que para la constitución de la estipulación bastaba con el acuerdo (*consensus*) de los contratantes, independientemente

<sup>1</sup> Traducción de Carla Huerta Ochoa. *Für die ehrenvolle Einladung zur Teilnahme an dem wichtigen Congreso Internacional de Derecho Civil y Romano danke ich dem Kollegen und Freunde Jorge Adame Goddard sehr herzlich. Die Übersetzung hat Carla Huerta freundlicherweise übernommen. Auch ihr bekunde ich meinen herzlichen Dank. Die Übersetzung der Texte 1-20 sind übernommen aus: El Digesto de Justinian. Versión castellana por Á. D'Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burillo, Bde. 1-3, Pamplona, 1968, 1972, 1975.*

<sup>2</sup> Siehe Gai. 3,92-93; Pomp. D. 45,1,5,1; Ulp. D. 45,1,1,1 pr.

de las palabras con que fuese expresado.<sup>3</sup> Justiniano le dio continuidad.<sup>4</sup> Con base en dichos datos se ha producido la discusión de si las restricciones y atenuación del formalismo de la estipulación que se nos presentan en el Digesto provienen de los juristas clásicos, o si fueron introducidas en los textos por los compiladores justinianos o por otros desconocidos autores posclásicos.<sup>5</sup>

En una investigación, realizada hace casi 30 años, me propuse comprobar el clasicismo de la regla *pacta in continenti facta stipulationi in esse creduntur* (Paul, D. 12,1,40) se supone que los pactos informales que se celebran al mismo tiempo que la estipulación forman parte del contenido de ésta.<sup>6</sup> De las fuentes especializadas se desprende que la regla mencionada debe ser entendida como un principio interpretativo: para la interpretación de la estipulación se partía del *quod actum*, y para su determinación se consideraban también circunstancias ajenas a la formulación de la estipulación. A estas circunstancias pertenecían, en primer término, los *pacta*, es decir los pactos complementarios informales correspondientes a la obligación principal de la estipulación. Eran incluidos, según una interpretación objetiva, en el texto de la estipulación, en virtud de la presunción de que existía una *condicio tacita*.<sup>7</sup> Así también, en la medida en que en el texto de la estipulación aparecían dudas o lagunas, se incluían en la estipulación, por este medio de interpretación, los *pacta* individuales y concretos concluidos por las partes para el caso específico.<sup>8</sup>

Esto se puede observar principalmente desde la etapa clásica alta, claramente y sobre todo en Juliano. Una interpretación tal, que permite dentro de lo posible, tanto lo que las partes racionalmente quisieron o hubiesen podido querer, si hubiesen pensado en el problema respectivo, como tam-

<sup>3</sup> C. 8,37,10.

<sup>4</sup> C. 8,37,10; Inst. 3,15,1.

<sup>5</sup> Für sehr weitgehende Interpolationen insbesondere S. Riccobono in seiner einflussreichen Studie *Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustiniano*, SZ 35 (1914) 214-305 (= Riccobono I) und SZ 43 (1922) 262-397 (= Riccobono II), auch zugänglich in: S. Riccobono, J. Kerr Wylie, B. Beinart, *Stipulation and the Theory of Contract*, 1957, S. 1 ff.; 91 ff.

<sup>6</sup> Knütel, R., *Stipulatio und pacta*, Fschr. Max Kaser (zum 70. Geburtstag), 1976, S. 201 ff.

<sup>7</sup> Paul, D., 2,14,4,2; Pomp. D. 12,1,3; Ulp. D. 23,3,21 (u. III); Iul. D. 38,1,24; Afr. D. 46,3,38 pr., zu alldem Knütel (o. Fn. 6), S. 204 ff.

<sup>8</sup> Paul, D., 2,14,4,3; Ulp. D. 39,2,15,1; Ulp. D. 45,1,41 pr.; Pap. D. 45,1,115 pr.; Paul, D., 46,3,98,5 und die *lex Lecta* Paul, D., 12,1,40, zu alldem Knütel (o. Fn. 6), S. 209 ff.

bién lo que las partes en el caso concreto en relación con la conclusión de la estipulación convinieron efectivamente, es una interpretación que presupone que la voluntad de los contrayentes tiene que ser considerada principalmente en la interpretación de la estipulación. De hecho, esto es lo que ocurre, al menos desde el *dictum* de Pedius *nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est* (en Ulp. D. 2,14,1,3: “no hay ningún contrato, ninguna obligación que no encierre en sí una convención, tanto que se haga por entrega de una cosa como por palabras, pues también la estipulación que se hace por palabras, es nula si no encierra un consentimiento”). Este reconocimiento es de gran alcance. A partir de entonces el acuerdo de voluntades se considera el fundamento de validez de la *stipulatio*;<sup>9</sup> wie dies auch die (oft für interpoliert erklärten) Begründungen in Ven. D. 45,1,137 (*nam stipulatio es utriusque consensu perficitur* und Paul D. 45,1,83,1 *nam stipulatio ex utriusque consensu valet*) zeigen.<sup>10</sup> Diese Erkenntnis löste die Vorstellung ab, según el cual su fundamento de validez era el hecho que las partes se servían o, mejor dicho, se sometían a la forma de la estipulación.<sup>11</sup>

Evidentemente, el reconocimiento de que el *consensus* es el fundamento de validez de la estipulación implica la afirmación de que, tanto la pregunta como la respuesta para concluir la estipulación, reposan en la voluntad de las partes (Inst. 3,19,23). A este respecto se plantea el famoso y tan discutido dilema entre *verba-voluntas*<sup>12</sup> (las palabras y la voluntad). Quintiliano escribe en su tiempo, esto es, el siglo primero después de Cristo, sobre la cuestión de la que tanto se ocuparon los juristas en su tiempo, relativa a la primacía del texto o de la voluntad, una pregunta de la cual

<sup>9</sup> Siehe nur Kaser, M., *Das römische Privatrecht*, Bd. 1, 2. Aufl. 1971 (= RP12), S. 239; Sturm, F., *Stipulatio Aquiliana*, 1972, S. 368; Knütel (o. Fn. 6), S. 202.

<sup>10</sup> Für Echtheit dieser Aussagen etwa B. Biondi, *Contratto e stipulatio*, 1953, S. 319, 320 f.; F. Sturm (o. Fn. 9), S. 367; Pastori, F., *Il negozio verbale in diritto romano*, 1994, S. 262.

<sup>11</sup> Daß dies allein noch die klassische Auffassung gewesen sei, nahmen unter anderem an Schulz, F., *Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken röm. Recht*, SZ 43 (1922) 212 f.; Seckel, E., Levy, E., *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen röm. Recht*, SZ 47 (1927) 151 Fn. 4; Levy, E., *Rez. Studi Bonfante*, SZ 51 (1931) 556 f.; Wolf, J. G., *Error im römischem Vertragsrecht*, 1961, S. 55 ff.

<sup>12</sup> Dazu die Hinweise und Literatur bei Kaser, RP1, 1971, S. 235 f.

depende gran parte del derecho controvertido entonces.<sup>13</sup> Esto encuentra expresión en nuestros textos. La opinión dominante hoy en día sostiene que en principio la estipulación se interpreta de forma muy estricta según el tenor literal de las palabras, pero partiendo del siglo primero antes de Cristo en adelante y en toda la época clásica empieza a adquirir relevancia la voluntad de las partes, así como otros aspectos no tomados necesariamente en su sentido más estricto, como parecía interpretar Kaser.<sup>14</sup> Veremos, por el contrario, cómo se ha convertido en mayoritaria la interpretación tendente a poner la voluntad de las partes y otras circunstancias o aspectos en primer plano.

## II. ERROR EN LA DESIGNACIÓN DEL OBJETO EN EL TEXTO DE LA ESTIPULACIÓN

Procedamos ahora a analizar con mayor detenimiento aquellos textos que se refieren, no a aspectos tangenciales, sino a la determinación de la obligación misma, tomando como punto de partida el texto 1:

### D. 45,1,32 *Ulpianus, libro quadragensimo septimo ad Sabinum*

<p><i>Si in nomine servi, quem stipularemur dari, erratum fuisset, cum de corpore constitisset, placet stipulationem valere.</i></p>	<p>Si hubiera habido error en el nombre del esclavo cuya dación estipulamos, se admite que vale la estipulación ya que hubo acuerdo en el esclavo mismo.</p>
--	--

Ambas partes se encuentran en el mismo error<sup>15</sup> sobre el nombre del esclavo, pero están de acuerdo respecto de la identidad del esclavo. Cierta-

<sup>13</sup> Inst. or. 7,6,1: *Scripti et voluntatis frequentissima inter consultos quaestio est, et pars magna controversi iuris hinc pendet.* Das umschließt auch die Stipulation, deren Wortlaut überdies häufig protokolliert wurde.

<sup>14</sup> Wie M. Kaser, RP1, 1971, S. 541 meint.

<sup>15</sup> Ebenso H. Siber, *Römisches Recht*, Bd. 2, 1928, Nachdruck 1968, S. 249; W. Flume, *Irrtum und Rechtsgeschäft im Römischen Recht*, Fshr. Schulz, F., Bd. 1, 1951, S. 246; Kaser, RP1, S. 239; Harke, J. D., *Si error aliquis intervenit. Irrtum im klassischen römischen Vertragsrecht*, 2005, S. 125. An einen einseitigen *error in nomine* des Stipulators scheint Zimmermann, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1990, S. 600 zu denken; unklar S. E. Wunner, *Contractus*, 1964, S. 174.

mente, el texto *si in nomine servi erratum fuisset* no es del todo claro. Si en cambio se tratase de un error *unilateral* en la concepción, por parte del estipulante A, que quiere adquirir a Pamphilus, pero en la pregunta lo denomina por equivocación Stichus, entonces debería suponerse que el promitente se percató de la situación; de otra forma no podría considerarse un acuerdo respecto del *corpus*. Pero si B “el promitente” dice su *spondeo* con conocimiento del malentendido de A, entonces se deja llevar por el error, y esto equivale a un error común.<sup>16</sup>

Ulpiano considera irrelevante la falsa denominación común, dado que el acuerdo de voluntades se dirigía a un esclavo en concreto como objeto de la prestación. Esto debe ser aclarado desde dos aspectos. Por una parte, desde el punto de vista del error jurídico, el error es considerado como no perjudicial, cuando resulte claro lo que realmente se quiso decir; esto se resumiría hoy en día con la regla (inspirada en el derecho sucesorio romano),<sup>17</sup> *falsa demonstratio non nocet*. Desde el punto de vista del error jurídico, este caso no hubiera presentado dificultad alguna a los juristas romanos. Para ellos era decisivo *id quod actum est*, lo que en realidad se pretendía. Si esto era reconocible, entonces una falsa denominación por error carecía de significado, máxime respecto de los esclavos, cuyos nombres propios eran fácil y frecuentemente cambiados.<sup>18</sup>

El segundo aspecto se refiere al problema de la forma, es decir la cuestión de si la forma requerida de la estipulación queda garantizada cuando el objeto de la prestación no es designado correctamente y por ello no puede ser determinado objetivamente. El que Ulpiano hubiese sostenido por este motivo la ineficacia de la estipulación en D. 45,1,32, ha llevado a muchos intérpretes a asumir que el fragmento fue interpolado.<sup>19</sup> Pero este

<sup>16</sup> Harke (o. Fn. 15), S. 125, der auf Mentalreservation abstellt. Anders verhält es sich bei einem wirklichen Irrtum, Inst. 3,19,23 (mit dem Beispiel *si hominem Stichum a te stipulatus quis fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari credideris*).

<sup>17</sup> Siehe dazu nur Kaser, RP1, S. 240 m. Fn. 40; Wieling, H. J., Falsa demonstratio, conditio pro non scripta, conditio pro impleta im römischen Testament, SZ 87 (1970), 197 ff. *Falsa demonstratio* bedeutet ursprünglich eine “falsche Begründung”; erst in der Schuljurisprudenz erhielt sie die Bedeutung, falsche zusätzliche Kennzeichnung (so Wieling).

<sup>18</sup> Bei Sklavenverkäufen wurde deshalb oft der Vorbehalt gemacht, der Sklavename könne anders lauten (*sive is qui alio nomine est*), vgl. die Kaufurkunden FIRA III, 87-89, 132 sowie (*mancipatio*) 91; W. Eck, Neue pompejanische Geschäftsurkunden, SZ 9 (1888) 81 f.

<sup>19</sup> G. v. Beseler, Miscellanea critica, SZ 43 (1922) 416; G. Dulckeit, Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht, F Schr. F. Schulz, Bd. 1, 1951, S. 173

es precisamente el *thema probandum*. Si pensamos en las consideraciones hechas previamente sobre los *pacta* en la interpretación de la estipulación,<sup>20</sup> se impone la suposición de que Ulpiano, también en nuestro caso, hubiese recurrido a la voluntad común para la concreción de las palabras y procedido,<sup>21</sup> al mismo tiempo, conforme al sentido de la regla de interpretación *potius valeat actus quam pereat*<sup>22</sup> “es mejor que valga el acto a que perezca”. La actual jurisprudencia vigente en Alemania no lo hace de otra manera, ya que la regla *falsa demonstratio non nocet* se aplica también a negocios que requieren de forma.<sup>23</sup>

En el desarrollo del presente problema no se ha mencionado hasta ahora que la solución de Ulpiano también fue sostenida por Labeón y Iavolenus (texto 2):

D. 24,3,66,4 *Iavolenus, libro sexto ex posterioribus Labeonis*

*Mulier, quae centum dotis apud virum habebat, divortio facto ducenta a viro errante stipulata erat. Labeo putat, quanta dos fuisset, tantam deberi, sive prudens mulier plus esset stipulata sive imprudens: Labeonis sententiam probo.*

Una mujer que tenía una dote de cien mil sestercios en poder de su marido, estipuló, de su marido, al divorciarse, doscientos mil por error. Piensa Labeón que se debe entregar tanta dote como había, tanto si la mujer hizo la estipulación dándose cuenta de lo que hacía como por error; yo apruebo esta opinión de Labeón.

Fn. 8 (174) mit S. 165 und Fn. 2; Flume (o. Fn. 15), S. 246; wohl auch Siber (o. Fn. 15), S. 433.

<sup>20</sup> Siehe oben nach Fn. 5, vgl. ferner Quintilians Hinweis auf den Streit zu *verba und voluntas*.

<sup>21</sup> Für Echtheit im Ergebnis auch Harke (o. Fn. 15), S. 124 ff., der die Bedeutung des *consensus* jedoch herunterspielt, indem er annimmt, dieser sei kein eigenständiges Erfordernis, sondern bereits in den *verba* der Stipulation enthalten; die Stipulation trage, wenn sie abgeschlossen werde, den *consensus* schon in sich (S. 128, 139). Doch ist das mit dem Wesen des *consensus* schwerlich vereinbar, vgl. M. Kaser/R. Knütel, Römisches Privatrecht, 18. Aufl. 2005, Rz. 8.23.

<sup>22</sup> Gebildet in Anlehnung an die Regel *quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit* (Ulp. D. 45,1,80). Im common law lautet sie *ut res magis valeat quam pereat*, vgl. zum Beispiel Langston vs. Langston (1834) 6 Eng. Rep. 1128, 1147.

<sup>23</sup> Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (= BGHZ) 87,150 v. 25.3.1983 = Neue Juristische Wochenschrift (= NJW) 1983, 1610 (in Abkehr von BGHZ 74, 116 = NJW 1978, 1350).

En general, después de la separación del matrimonio, estaba a disposición de la mujer la *actio rei uxoriae* para la devolución de la dote (*dos*);<sup>24</sup> esta reclamación sería en nuestro caso por 100 mil sestercios. La mujer se hizo prometer por estipulación del ex marido “200” mil sestercios. Labeón y Javoleno consideran que es decisivo cuanto aportó efectivamente en dote, así que independientemente de la expresión “200” en la estipulación, solamente adeuda 100, de conformidad con el derecho civil (*deberi*).<sup>25</sup> Reinhard Zimmermann de manera llamativa ha señalado al respecto que: “*This decision must seem either very strange or astonishingly ‘progressive’ to anybody who would assume this stipulation to have been something like ‘Ducenta mihi dari spondes?’ ‘Spondeo’. For how could a clear and unambiguous promise of ducenta be held to mean centum by any classical lawyer, let alone by an early classical writer such as M. Antistius Labeo?’*”<sup>26</sup> “Esta decisión debió parecer o muy extraña o sorprendentemente progresiva a cualquiera que hubiera entendido que esta estipulación fue algo así como ‘¿prometes darme doscientos mil? Prometo’. Pues ¿cómo podría una clara y no ambigua promesa de dar doscientos mil ser interpretada en el sentido de significar cien mil, por cualquier jurista clásico y especialmente por un jurista de época temprana como Labeón?”

Para poder sostener la afirmación de “muy extraña o sorprendentemente progresivo” (“*very strange or astonishingly progressive*”), supone Zimmermann —como también lo hacen otros autores—, que la estipulación se formuló de manera causal, algo así como ‘*Centum mihi dotis causa spondes?*’ ‘*Spondeo*’; como tal tendría efectos novatorios y quedaría como objeto de la prestación solamente lo que realmente se adeudaba.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> M. Kaser, RP1, 1971, S. 336 ff.

<sup>25</sup> Biondi, B. (o. Fn. 10), S. 321. Es bedarf also nicht der (honorarrechtlichen) *exceptio doli* in die Klagformel, wenn die Frau auf 200 klagen wollte; anders jedoch P. Voci, *L’errore nel diritto romano*, 1973, S. 261.

<sup>26</sup> Zimmermann (o. Fn. 15), S. 92.

<sup>27</sup> Zimmermann (o. Fn. 15), S. 92 f.; ders., *Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?*, 1979, S. 133. Sacconi, G., *Ricerche sulla stipulatio*, 1989, S. 87, 92 vermutet eine *conceptio verborum*: ‘*quanta pecunia dotis nomine ad me venit ducenta mulieri promitto*’. Riccobono II, S. 279-281 behauptet dagegen, Labeo habe die Stipulation auf 200 anerkannt: *putat “non” quanta dos fuisset, [tantam imprudens] “sed ducenta deberi”*; Javolen habe dagegen wegen des Irrtums des Mannes Nichtigkeit der Stipulation angenommen. Doch läßt sich das aus Lab. Iav. D. 33,4,6 nicht rechtfertigen. Im übrigen ist Riccobonos Interpolationsbehauptung dekuvierend: Behauptet man noch für die Frühklassik eine strenge Wortlautinterpretation für die Stipulation, so muß das entgegenste-

Sin embargo, en el texto no se habla de una versión causal de la estipulación. Por lo que debemos partir del hecho de que ni para Labeón ni para Javoleno se trata de una versión causal o abstracta de la estipulación.<sup>28</sup> De todos modos, la distinción entre estas dos versiones de la estipulación no debe ser sobrevalorada.

Se acepta en general, por ejemplo, que en la delegación de la obligación (*delegatio ad promittendum*), la estipulación por medio de la cual se obliga el delegado respecto del delegatario, se concibe causalmente (*‘Decem quae Titio [=Delegante] debes, mihi dari spondesne?’*).<sup>29</sup> No obstante, en Cels. D. 12,1,32 se presenta un caso en el cual la estipulación por la que se hace efectiva la delegación solamente pudo haber tenido una formulación abstracta,<sup>30</sup> con lo cual se afirma la eficacia novatoria de la estipulación, esto es, la extinción de la obligación del delegante respecto del delegado (la *prior obligatio*). La referencia de la estipulación de ejecución a esta *prior obligatio* debe, por consiguiente, estar vincu-

hende Zeugnis des fr. 66,4 als unecht ausgeschieden werden. Dagegen auch Sacconi, S. 87 ff. Vergleichbar ist der Interpolationsverdacht von P. Koschaker, *Bedingte Novation und pactum im römischen Recht*, F Schr. F. G. Hanausek, 1925, Neudruck 1979, S. 120 mit Fn. 4, der unterstellt, der Hinweis *dotis causa* habe in der Formel der Stipulation gestanden. Vergleiche auch Fn. 34.

<sup>28</sup> Wunner (o. Fn. 15), S. 207 (“Ob in der Stipulation gesagt war, daß damit die *dos* zurückerstattet werden sollte, ist nicht entscheidend”), offenbar auch Biondi (o. Fn. 10), S. 321, 343. Von abstrakter Fassung geht aus E. Betti, *Bewußte Abweichung der Parteiabsticht von der typischen Zweckbestimmung (causa) des Rechtsgeschäfts*, F Schr. P. Koschaker, Bd. 1, 1939, S. 324 (err. D. 24,3,64,4), der bei Irrtum der Parteien die *exceptio doli* als gegeben ansieht.

<sup>29</sup> Siehe Kaser, RP1, S. 651 f.; J. G. Wolf (o. Fn. 11), S. 88 Fn. 27 mit S. 87 Fn. 26.

<sup>30</sup> Hier hatte Tu sowohl den Ego als auch den Titius um ein Gelddarlehen gebeten. Ego hatte seinen Seius angewiesen und dieser hatte sich gegenüber Tu durch die Vollzugstipulation verpflichtet. Tu nahm hierbei jedoch an, Seius sei der Schuldner des Titius. Eine titulierte Formel (*‘Decem quae ‘Ego’ debes mihi dari spondesne?’*) kann hier nicht vorliegen, weil Tu annahm, er verpflichte sich den Schuldner des Titius, und auch diesen kann er in der Stipulationsfrage nicht genannt haben. Es bleibt deshalb nur die Annahme einer abstrakten Fassung der Stipulation. Für Abstraktheit auch E. Rabel, *In tema di delegazione*, Scr. Ferrini 4, 1949, S. 218 f. Rabel, *Gesammelte Aufsätze*, Bd. 4, 1971, S. 642 f.; W. Endemann, *Der Begriff der Delegatio im Klassischen Römischen Recht*, 1959, S. 30 und insbesondere I. Reichard in seiner (leider noch unveröffentlichten) Habilitationsschrift “*Delegation und Novation im klassischen römischen Recht*”, Bonn 1998, Manuskript S. 219, 224 ff. mit weiteren Nachweisen. Zum fr. 32 ferner Chr. Krampe, *Celsus bei Ulpian D. 2,14,51: Ein ungerechtes Verrechnungs-Pactum*, Mélanges Fritz Sturm, Bd. 1, 1999, S. 273 ff.

lada al *quod actum*, esto es, a las circunstancias así como a los pactos informales entre las partes.<sup>31</sup>

Además, Labeón y Javoleno tomaron la decisión, de hecho importante, sobre una *stipulatio dotis* en D. 24,3,66,4. Por ello, debe tomarse en consideración que los juristas romanos, en virtud de la relevancia de la dote, se dejaban guiar en alto grado por el *favor dotis* en relación con los problemas correlativos a la dote, y, como Justiniano subraya, así suavizan frecuentemente las severas consecuencias del derecho.<sup>32</sup> Es posible también que el fr. 66,4 se refiera a un caso de excepción,<sup>33</sup> sin duda nos encontraremos con algunas particularidades de la *stipulatio dotis*. Este caso excepcional podría haber tenido la función de un “adelanto o prevención” para impedir una libre interpretación, tal como ocurre en Ulp. D. 45,1,32.

En consideración a lo anteriormente expuesto, consideramos creíble que Labeón y Javoleno en D. 24,3,66,4, respecto de esa *stipulatio dotis* abstracta, interpretaron el texto “200” en el sentido de 100. En el caso de que la mujer hubiera sido *imprudens*, se encontraría un paralelo con Ulp. D. 45,1,32: Labeón y Javoleno parten del hecho de que las partes han llegado a un acuerdo sobre el valor efectivo de la dote que quisieron hacer como objeto de la prestación, y por ello interpretan “200” como una falsa denominación de 100. Es evidente que la mujer tampoco puede mejorar su situación en el caso, de que conscientemente (*prudens*) se deja prometer demasiado aprovechando el error del futuro marido.

No nos ocuparemos del caso calificado de manera distinta por Pomp. D. 45,1,21,<sup>34</sup> para analizar dos textos en relación con la *causa*.

### III. FALTA DE INDICACIÓN DE LA CAUSA

Es posible “al hacer una estipulación” anticipar una indicación sobre su causa. Si una estipulación calla su causa jurídica (*causa*), esto es, la deter-

<sup>31</sup> So treffend, I. Reichard (o. Fn. 30), S. 232.

<sup>32</sup> Inst. C. 4,29,25,1 (a. 531): *cum enim scimus favore dotium et antiquos iuris conditores severitatem legis saepius mollire*.

<sup>33</sup> Riccobono meint sogar: “La riduzione parziale applicata nel fr. 66.4 cit. è fuori le norme del ius civile” (SZ 43, 281). Doch geht es gerade darum, ob schon Labeo eine so kühne Entscheidung zuzutrauen ist. Mit dem Text ist das anzunehmen.

<sup>34</sup> Dort wissen die *beiden* Geschiedenen, daß der Mann mehr verspricht, als er tatsächlich aufgrund der *actio rei uxoriae* schuldet. Näheres zum fr. 21 bei E. Betti, Fschr. Koschaker 1, 1939, S. 323 ff.; Kaser, Fschr. Lewald, 1953, S. 72 ff.; Sacconi (o. Fn. 27), S. 88 f.

minación material del fin por el cual fue celebrada, entonces queda formulada de manera *abstracta*, por ejemplo, “*centum milia sestertiorum dari spondes?*”, por lo que surge la obligación respecto de los mil sestercios aun cuando la *causa* no se haya producido de manera válida o no exista más. El deudor puede hacer válida la falta de causa solamente mediante la *exceptio doli*.<sup>35</sup> Sin embargo, existen excepciones. Los textos 3 y 4 demuestran que la naturaleza jurídica de una estipulación también puede ser determinada y considerada aun cuando la *causa* de la estipulación no haya sido indicada al formularla.

D. 23.3.21 *Ulpianus, libro trigesimo quinto ad Sabinum (texto 3)*

*Stipulationem, quae propter causam dotis fiat, constat habere in se conditionem hanc ‘si nuptiae fuerint secutae’, et ita demum ex ea agi posse (quamvis non sit expressa condicio), si nuptiae ‘fuerint secutae’, 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.

D. 23.3.23 *Ulpianus, libro trigesimo quinto ad Sabinum (texto 4)*

*Quia autem in stipulatione non est necessaria dotis adiectio, etiam in datione tantundem dicimus.*

Como en la estipulación no es necesaria la expresión de la dote, aplicamos lo mismo a la dote que se constituye dando simplemente la propiedad.

En el texto 3 indica Ulpiano una peculiaridad de la *stipulatio dotis*: se encuentra sujeta a la *condicio tacita* que el matrimonio sea celebrado. En

<sup>35</sup> Gai. 4, 116 = Inst. 4, 13 pr. und 2; Iul. D. 46, 1, 15 pr.; Ulp. D. 44, 4, 2, 3, vgl. nur Kaser, M., Knütel R. (o. Fn. 21), S. 199 f. (Rz 40.4).

tanto no se dé cumplimiento, la estipulación no podrá ser reclamada con éxito, incluso según derecho civil y sin necesidad de que medie una *exceptio*. Las fuentes apuntan esta peculiaridad con frecuencia; es un ejemplo de la interpretación objetivo-tipificadora antes mencionada que lleva a incluir en la estipulación aquellos *pacta* que las partes cuidan convenir razonablemente en cada estipulación.<sup>36</sup>

Citamos el texto 3 solamente porque para nosotros es relevante el texto 4, que probablemente haya sucedido también en el contexto del libro 35 *ad Sabinum* de Ulpiano.<sup>37</sup> En el texto 4 se afirma, según la redacción conservada, que para la petición de la dote por medio de la estipulación no es necesaria la presencia del término *dos* en el texto de la estipulación. Esto significa que también una estipulación formulada abstractamente como “*Centum dari spondes?*” podía ser entendida como promesa de dote. Por interpretación conforme al *quod actum*, podría entonces determinarse la naturaleza jurídica de la estipulación aun cuando su texto no proporcionase ningún punto de referencia.

Desde Cujacio, y esencialmente igual lo hace Mommsen en la *editio maior*, se propone una enmienda al fr. 23, que dice literalmente: *in stipulatione dotis non est necessaria adiectio huius condicionis*.<sup>38</sup> En consecuencia, esta afirmación, a continuación del fr. 21 diría que en la *stipulatio dotis* no se requiere una indicación expresa de la condición *si nuptiae fuerint secutae* y por consiguiente tampoco para la constitución de la dote por simple *datio*.

Esta propuesta de enmienda no debe seguirse. Está inspirada en textos de los Basílicos que hasta ahora no son claros.<sup>39</sup> Sobre todo, porque la

<sup>36</sup> Siehe oben zu Fn. 7; insbesondere Paul. D. 2,14,4,2; Paul. D. 23,3,41,1; Pap. D. 23,3,68; zur Parallele bei der *acceptilatio* s. Ulp. D. 23,3,43 pr. Eine Unterscheidung danach, ob die Stipulation “kausal” oder “abstrakt” gefaßt war, ist hier nirgends zu erkennen, vgl. A. Wacke, Zur causa der Stipulation, TR 40 (1972) 245 ff., 251 f.; Knütel (o. Fn. 6), S. 206 f.; M. Dobbertin, Zur Auslegung der Stipulatio im klassischen Römischen Recht, 1987, S. 72.

<sup>37</sup> O. Lenel, Palingenesia iuris civilis, Bd. 2, 1889, Nachdr. 1960, Sp. 1150, Ulp. Nr. 2796.

<sup>38</sup> J. Cuiacius, Opera, ed. Neapoli 1722, Bd. 3, Sp. 377. Auch Koschaker (o. Fn. 27), S. 120 Fn. 4 versteht unter der *dotis adiectio* die Bedingung ‘*si nuptiae secutae fuerint*’.

<sup>39</sup> In Bas. 29,1,19 (Schelt. A IV 1449 = Heimbach III 365), der Paraphrase von D. 23,3,23, scheint auf die in Bas. 29,1,17 (Schelt. A IV 1448 = Heimb. III 364, umschreibt D. 23,3,21) wiedergegebene Bedingung Bezug genommen zu sein. Näheres dazu und zur Unergiebigkeit des von Mommsen angeführten Stephanos-Scholions (Schelt. B V 2006 = Heimb. III 364) bei Reichard (o. Fn. 30), S. 206 f.

propuesta conduce a una repetición parcial del fr. 21 y a una reducción de la declaración del fr. 23; Ulpiano mejor hubiera dicho directamente que, en relación con la *dotis datio*, la mencionada *tacita condicio* debía ser presunta. Si, en cambio, nos quedamos con el texto recibido, resulta un razonamiento plausible: Ulpiano dice primero, la promesa *propter causam dotis* es condicionada, aun cuando la condición no se exprese (fr. 21). Seguidamente pone de relieve que tampoco es necesario, en la constitución de la dote, incluir expresamente la mención de la *causa dotis* en el texto de la estipulación, y por lo tanto tampoco en la *dotis datio*.<sup>40</sup> Vale también, en relación con la falta de indicación de la *causa dotis* en el texto de la estipulación, que *magis enim res quam verba intuenda sunt*<sup>41</sup> “más debe atenderse la realidad que las palabras”.

#### IV. LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE LA PRESTACIÓN

El hecho de que el objeto de la prestación no fuese suficientemente determinado en el texto de la estipulación no producía la nulidad de la misma, siempre y cuando el objeto de la prestación pudiese ser determinado conforme al *quod actum*.

##### 1. Interpretación como deuda genérica

El texto 5 es menos problemático:

D. 45,1,106 *IAVOLENUS libro sexto epistularum*

*Qui ex pluribus fundis, quibus idem nomen impositum fuerat, unum fundum sine ulla nota demonstrationis stipuletur, incertum stipulatur, id est eum fundum stipulatur, quem promissor dare voluerit. tamdiu autem voluntas promissoris in pendenti est, quamdiu id quod promissum est solvatur.*

El que estipula sin más concreción un fundo entre varios a los que se había dado el mismo nombre, estipula un objeto indeterminado, es decir, el fundo “de ese nombre” que el promitente quiera dar, y la voluntad del promitente puede quedar pendiente hasta pagar lo prometido.

<sup>40</sup> So A. Bechmann, *Das Römische Dotalrecht*, 2. Bd., 1867, S. 135; Reichard (o. Fn. 30), S. 207 f.; im gleichen Sinne auch Wacke (o. Fn. 36), S. 247.

<sup>41</sup> Paul. D. 23,3,41,1 (im Hinblick auf die Bedingung ‘*si nuptiae secutae non fuerint*’).

La estipulación tiene por objeto un *fundus Tusculanus*; no obstante existen varios predios que responden a esta calificación. Javoleno entiende la estipulación en el sentido de una deuda genérica, por lo que el promitente puede elegir con cuál de los *fundis Tusculanis* da cumplimiento. Esto es válido con fundamento en la regla *ambiguitas contra stipulatorem*,<sup>42</sup> el estipulante tuvo la posibilidad de precisar el objeto de la prestación. Javoleno no considera el caso de que las partes hubiesen acordado un predio específico (como cuando el promitente sólo tiene uno de estos *fundi*) y que el estipulante no hubiese aclarado esto en su pregunta.

## 2. Interpretación como deuda en especie

Pero si las partes se pusieron de acuerdo en un objeto específico, pero no lo indicaron en la estipulación más que de manera general e insuficiente, entonces se interpretaba la estipulación en el sentido de la voluntad coincidente. Esto lo demuestra el texto 6:

D. 34,5,21(22) pr.,1 *PAULUS libro quarto decimo ad Plautium*

*Ubi est verborum ambiguitas, valet quod acti est, veluti cum Stichum stipuler et sint plures Stichi, vel hominem, vel Carthagini, cum sint duae Carthagines. 1. Semper in dubiis id agendum, ut quam tutissimo loco res sit bona fide contracta, nisi cum aperte contra leges scriptum est.*

Cuando hay ambigüedad en los términos, vale lo que realmente se quiso hacer; por ejemplo, si estipulo el esclavo Estico y hay varios Esticos, o un esclavo “o” en Cartago habiendo dos Cartagos. 1. En caso de duda, debe procurarse que el acto resulte haberse hecho de la mejor manera conforme a la buena fe, a no ser que se haya escrito el documento en contra de las leyes.

<sup>42</sup> Das Fragment ist nicht zu beanstanden, vgl. etwa Wunner (o. Fn. 15), S. 176; B. Eckardt, Javoleni epistulae, 1978, S. 163 ff.; Sacconi (o. Fn. 27), S. 23. Eckardt rügt allerdings, Javolen verwechsle Ursache und Wirkung in seiner Begründung, die *voluntas promissoris* sei so lange in Schwebe, bis der Promittent eines der versprochenen Grundstücke leiste (S. 164); dagegen bereits K. Misera in der Rezension, SZ 98 (1981) 465 mit dem treffenden Hinweis, daß der Schuldner bis zur tatsächlichen Leistung an Willensbekundungen, welches Grundstück er zu leisten beabsichtigt, nicht gebunden ist.

Paulo formula casi una regla: cuando el texto es ambiguo, es válido *quod acti est*, esto es lo que las partes en realidad quisieron. El jurista ejemplifica esto con el caso en el que el estipulante se hace prometer a “Estico”, pero existen varios esclavos que responden a este nombre que pudieran considerarse, tal vez porque el vendedor posee más de uno. Si las partes al concluir la estipulación de este Estico se referían a uno en específico, entonces sólo éste puede constituirse como el objeto de la estipulación. El texto se concreta entonces de conformidad con la voluntad de las partes.<sup>43</sup>

Lo mismo sucede con los siguientes ejemplos. Sin embargo, el texto ha sido alterado. Si se toma literalmente, podría significar que solamente se estipuló “un esclavo”, pero las partes tenían un esclavo específico en mente.<sup>44</sup> El tercer ejemplo se refiere al caso en que la prestación se promete “en Cartago”, pero existen dos Cartagos.<sup>45</sup> Sin embargo, “la expresión” *vel hominem* opera, respecto de los otros ejemplos claramente descritos solamente como una alusión, que en relación con el primer ejemplo no aportan nada nuevo. Es por ello mejor enmendarlo con Mommsen: *Stichi hominemve Carthagini*,<sup>46</sup> de tal forma que sólo resulten dos ejemplos. En el segundo ejemplo, en el que “un esclavo debe ser entregado en Cartago”, se determina igualmente a cuál Cartago se referían de conformidad con la voluntad de las partes.

No es ninguna casualidad que Paulo (presumiblemente ya en contexto original), como consecuencia, destaque de inmediato que, en casos de duda en un asunto regulado contractualmente según la buena fe, siempre se debe proceder de tal forma que sea asegurado y obtenga reconocimiento jurídico (fr. 21,1),<sup>47</sup> ya que eso corresponde con la idea fundamental, que se vio en relación con el texto 1 (Ulp. D. 45,1,32, en nota 20), de conocer la auténtica voluntad “de las partes” para concretar y sostener una estipulación indeterminada en su texto.

<sup>43</sup> Vgl. Wunner (o. Fn. 15), S. 176; Talamanca, “Conventio” e “stipulatio” nel sistema die contratti romani, in: H. Kupiszewsk/W. Wo<sup>3</sup>odkiewicz, Le droit romain et sa reception en Eurooe, 1978, S. 220; Chr. Krampe, Die ambiguitas-Regel: Interpretatio contra stipulatorem, venditorem, locatorem, SZ 100 (1983) 222; Sacconi (o. Fn. 27), S. 22 f.

<sup>44</sup> Zu diesem Fall alsbald bei Ven. D. 45,1,137,1.

<sup>45</sup> Nämlich eines in Afrika, eines in Spanien (hoy Cartagena).

<sup>46</sup> *Stichi hominemve Carthagini*, Mommsen, Editio maior; Mommsen/Krüger, Ed. stereotypa; Dig. Mil., alle ad h. l.

<sup>47</sup> Vgl. Iul. D. 34,5,12; Iul. D. 50,17,67; vgl. Ulp. D. 45,1,80. Sog. Grundsatz der konservierenden Auslegung, auch *favor negotii*.

### 3. *Excursus: Ineficacia como resultado de la interpretación*

La interpretación podría por supuesto dar como resultado según el *quod actum*, que una estipulación no se constituyó de manera válida. De ello trata el texto 7:

D. 45,1,137,1 *VENULEIUS libro primo stipulationum*

<i>Si hominem stipulatus sim et ego de alio sensero, tu de alio, nihil acti erit: nam stipulatio ex utriusque consensu perficitur.</i>	Si estipulo un esclavo, pero yo estoy pensando en uno y tú en otro, el acto es nulo, pues, la estipulación se funda en el acuerdo de las dos partes.
--	--

El caso parece extraño: el estipulante se hace prometer “un esclavo”, pero él está pensando en el esclavo A y el promitente en el esclavo B. Venuleyo declara inválida la estipulación en virtud de que ésta se perfecciona con el consenso de ambas partes; el jurista parte de que hay un disenso.

Se podría pensar que, de conformidad con las palabras, se hubiera contraído, de cualquier modo, una obligación genérica. Pero evidentemente esto no cubriría la voluntad de ninguna de las partes. Como promesa de género, esto es como *stipulatio incerti* sería una estipulación inválida de origen. La idea de una promesa genérica conduce indefectiblemente al error. No se puede concebir que alguien que piensa en un esclavo específico haga una pregunta estipulatoria: “¿Me prometes tú, entregarme un esclavo?” Más bien preguntaría: ¿“Me prometes tú, entregarme el esclavo?” Es precisamente en este sentido en que se debe entender en nuestro texto el *si hominem stipulatus sim*, sin olvidar que en latín no hay artículo. Lo que se quiso hacer era una *stipulatio certa*, respecto de la cual la interpretación arroja que el estipulante y el promitente pensaron en distintas *certae res*, de tal forma que se produce un desacuerdo clásico.

Con esta interpretación del texto 7 nos ponemos por supuesto en contradicción con una doctrina que ya habíamos brevemente rechazado en relación con el texto 1 (Ulp. D. 45,1,32).<sup>48</sup>

Es la doctrina que parte del hecho de que hasta el final de la época clásica, los juristas romanos tomaron como fundamento de validez de la

<sup>48</sup> Oben bei Fußn. 19.

*stipulatio* el cumplimiento de la forma; el intercambio formal de las palabras constituía el acto autónomo de obligación. Ciertamente la jurisprudencia clásica reconoció importancia a la voluntad, aunque solamente como elemento secundario, que sólo podría ser considerado indirectamente, esto es mediante una *exceptio*, pero que de ninguna manera podía ser entendido como fundamento de validez de la estipulación.<sup>49</sup>

A partir de esta opinión, la distinción entre la *stipulatio certa*, que señala de manera concreta el objeto de la prestación en su formulación, y la *stipulatio incerta*, que solamente lo hace de manera general, normalmente señalando características genéricas, adquiere un significado adicional: se trata de formas distintas de estipulación,<sup>50</sup> y cuando el cumplimiento de las palabras formales es necesario, entonces la interpretación encuentra sus límites ahí donde la respectiva forma estipulatoria celebrada se abandona y se produce como resultado otra forma de estipulación. Por esto, si una estipulación se concreta según su forma como *stipulatio incerta*, como en nuestro texto 7, pero se determina que las partes querían celebrar una *stipulatio certa*, entonces la *stipulatio incerta* no puede ser interpretada, para hacerla valer, como si fuera una *stipulatio certa*, ni siquiera en consideración de la voluntad de las partes. Permanece como una *stipulatio imperfecta*, tal como J. G. Wolf señalaba en su obra sobre el *error*,<sup>51</sup> e inválida; en otras palabras: una *stipulatio imperfecta* no puede ser salvada mediante interpretación, no puede volverse *perfecta*.<sup>52</sup> Wolf concluye que solamente en una *stipulatio certa* podría resultar problemático un disenso,<sup>53</sup> y dado que en el texto 7 se trata evidentemente de un disenso, debería insertarse *Stichum* junto a *hominem* o debería entenderse que *Stichum* fue eliminado después de *hominem*.

Para comenzar con el último punto, es difícil imaginar que alguien hubiese borrado la palabra *Stichum* del texto, ya que *hominem dare* también puede significar “transmitir la propiedad del esclavo”. ¿Qué propósito pudo

<sup>49</sup> So in der Kennzeichnung durch Levy (o. Fußn. 11), S. 557; kritisch gegenüber dieser Berücksichtigung des Willensmoments Wolf (o. Fn. 11), S. 57 f.

<sup>50</sup> Vgl. Ulp. D. 45,1,75,9.

<sup>51</sup> Wolf (o. Fn. 11), S. 54 f.

<sup>52</sup> Wolf, S. 55.

<sup>53</sup> Offenbar, weil eine *stipulatio incerta* schon wegen der mangelnden Bestimmtheit des Leistungsgegenstandes nichtig sein soll. Doch ist das bedenklich, wie sich im Folgenden zeigen wird (IV. 4).

haber tenido la persona que realizó la presunta alteración? Hay que añadir, que la opinión de que el fundamento de validez de la *stipulatio* en el periodo clásico era la observancia de la forma oral, la cual debe contar con que hay numerosas interpolaciones, por lo que denuncia la falta de autenticidad de la explicación del texto 7 que dice: *nam stipulatio ex utriusque consensu perficitur* “pues la estipulación se perfecciona con el sentimiento de ambos”. Desde la postura actual de la crítica textual esto no es plausible. Más bien, los textos de nuestro contexto, así como los relativos a la cuestión de la inclusión de pactos complementarios<sup>54</sup> en la formulación de la estipulación, permiten reconocer que la rigidez formal de la estipulación experimentó durante el periodo clásico considerables restricciones, sobre todo en virtud de la amplia consideración de la voluntad de las partes. Esto será ahora desarrollado de manera más detallada, pero antes se analizará brevemente el texto 8, que, en el extracto que aquí se reproduce, se corresponde esencialmente con el texto 7:

D. 45,1,83,1 *PAULUS libro septuagenimo secundo ad edictum*

*Si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio nihil actum erit. ... nam stipulatio ex utriusque consensu valet ...*

Si, al estipular el esclavo Estico, yo pienso en uno y tú en otro, no vale la estipulación... porque la estipulación requiere el consentimiento de las dos partes...

La *stipulatio* es formulada como *certa*; no obstante, en realidad es incierta, ya que varios Esticos pueden ser considerados. Queda excluida la posibilidad de una concretización por interpretación de lo que las partes de común acuerdo quisieron, ya que cada parte pensaba en un Estico distinto, por lo que existía un desacuerdo.

En esto es diferente al texto 5, el caso del predio (Jav. D. 45,1,106), en que Javoleno interpretaba la estipulación como deuda genérica y concedía al promitente la elección del predio con el cual cumplía. Para aclarar esta diferencia, ha de considerarse que en el caso de Javoleno la voluntad del estipulante no se orientaba a un predio específico del grupo de distintos predios que podían entrar en consideración. Esto es posible en el caso de

<sup>54</sup> Siehe oben nach Fn. 6 ff.

predios parcelados, cuando las parcelas han sido divididas esencialmente igual. Es más realista suponer, aun en el caso de Javoleno, que el estipulante quería adquirir un predio específico de los que llevaban el mismo nombre. La decisión de Javoleno se explicaría, por tanto, en virtud de la estricta aplicación que el jurista hace de la regla *interpretatio contra stipulatorem*, por la cual no consideró la voluntad no expresada por el estipulante en la pregunta estipulatoria.<sup>55</sup>

#### 4. Continuación: Interpretación como deuda en especie

Una muy extensa interpretación se encuentra en el texto 9:

a.D. 45,1,94 *Marcellus, libro tertio digestorum*

*Triticum dare oportere stipulatus est aliquis: facti quaestio est, non iuris. igitur si de aliquo tritico cogitaverit, id est certi generis certae quantitatis, id habebitur pro expresso: alioquin si, cum destinare genus et modum vellet, non fecit, nihil stipulatus videtur, igitur ne unum quidem modium.*

Alguien estipula que se le deba dar trigo: la cuestión “acerca de qué clase y cantidad de trigo deba darse” es una cuestión de hecho y no de derecho. Así, pues, si el estipulante hubiera pensado en algún trigo, es decir, en una determinada cantidad de una cierta clase, se tendrá esto por declarado; en cambio, si, queriendo concretar la clase y la cantidad, no llegó a hacerlo, se considera que no hubo estipulación, y por ello ni siquiera respecto a un solo modio de trigo.

Alguien estipuló que se le debe entregar trigo. Llama la atención que una promesa tan imprecisa pueda haber sido hecha, por lo que requiere de una aclaración. Marcelo establece que se trata de una *quaestio facti* y no de una cuestión de derecho, y presenta una alternativa razonable que debe considerarse: si el estipulante tenía en mente (*cogitaverit*) un género de trigo determinado y también una cantidad precisa, entonces se consi-

<sup>55</sup> Siehe oben Fn. 42.

dera como si hubiese sido expresado en la estipulación (*id habebitur pro expresso*). *Cogitaverit* no se refiere a un hecho del fuero interno, sino a la voluntad expresada informalmente,<sup>56</sup> respecto de la cual el promitente se compromete en las negociaciones y a más tardar en el momento en que declara su “*spondeo*”.

La otra posibilidad que menciona Marcelo, es que el estipulante, sin ser su intención, haya omitido determinar género y medida en las negociaciones. De ser así, faltan puntos de referencia que pudieran sostener la interpretación con el fin de la concretización, por lo que la estipulación resulta ineficaz en virtud de la indeterminación del objeto: nada ha sido prometido, ninguna fanega, como sostiene finalmente Marcelo, obviamente en rechazo de una opinión, que, en una indeterminación sobre la prestación de una obligación, aboga por el menor volumen posible, es decir, una concretización sobre el mínimo.<sup>57</sup>

Este fragmento fue anterior y frecuentemente considerado como una interpolación,<sup>58</sup> sin embargo, hoy es abiertamente considerado en general como auténtico.<sup>59</sup> Muestra con toda claridad que el objeto de la prestación en la estipulación también podía ser conocido por otras circunstancias ajenas a la formulación de la estipulación, principalmente a través de los pactos realizados entre las partes durante las negociaciones previas. De esta manera, Marcelo convierte una *stipulatio valde incerta* en una *stipulatio certa*.

b. En la misma línea se encuentra el texto 10:

<sup>56</sup> Treffend Wunner, S. 178; zustimmend Knütel (o. Fn. 6), S. 212 Fn. 40; M. Talamanca (o. Fn. 43), *Conventio e stipulatio nel sistema dei contratti romani*, in: H. Kupiszewski/W. Woodkiewicz, *Le droit romain et sa reception en Europe*, 1978, S. 218 f.; Sacconi (o. Fn. 27), S. 25. Ganz entsprechend will Ulpian bei einer Lücke im Stipulationswortlaut die *quaestio facti* danach beantworten *quid forte senserit* (sc. *reus stipulandi*), D. 45,1,41 pr., dazu Knütel (o. Fn. 6), S. 212 f.

<sup>57</sup> Der Gedanke klingt an in Bas. 29,1,81 (Schelt. A IV 1465).

<sup>58</sup> Beginnend mit F. Eisele, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen*, SZ 18 (1897) 34 (der aber die Entscheidung, daß der Stipulationsinhalt nach den Vorverhandlungen bestimmt wird, nicht angriff), sodann Vassalli, Beseler, Hägerström und von J. G. Wolf (Nachweise bei Knütel, S. 227 Fn. 98).

<sup>59</sup> Siehe etwa Biondi (o. Fn. 10), S. 334; Wunner (o. Fn. 15), S. 117 f.; Knütel (o. Fn. 6), S. 227; Talamanca (o. Fn. 43), S. 218 f.; Sacconi (o. Fn. 27), S. 25 f. (Wunner ausschreibend); W. Ernst, *Gattungskauf und Lieferungskauf*, SZ 114 (1997) 299; Harke (o. Fn. 15), S. 66 f.

D. 23,3,69,4 *Papinianus libro quarto responsorum*

*Gener a socero dotem arbitrato socii certo die dari non demonstrata re vel quantitate stipulatus fuerat: arbitrio quoque detracto stipulationem valere placuit, nec videri simile, quod fundo non demonstrato nullum esse legatum vel stipulationem fundi constaret, cum inter modum constituendae dotis et corpus ignotum differentia magna sit: dotis etenim quantitas pro modo facultatum patris et dignitate mariti constitui potest.*

Un yerno había estipulado de su suegro que le había de dar en cierto día una dote conforme al arbitrio del mismo suegro, sin señalar cosa ni cuantía; se admitió que era válida la estipulación, prescindiéndose del arbitrio del suegro, y que no es esto semejante a aquello de que, cuando se lega algún fundo sin designarlo, es nulo el legado, o la estipulación; porque hay gran diferencia entre el arbitrio para moderar la constitución de una dote y la designación de un objeto desconocido, pues la cuantía de la dote puede determinarse en proporción a los bienes del padre y a la dignidad del marido.

Aquí el yerno, obviamente bastante reservado, se dejó prometer de su suegro una estipulación de dote, que le debería ser entregada de conformidad con el juicio del suegro en un día determinado. Pero no se determinó el objeto ni la cantidad.

Papiniano refiere una decisión (*placuit*), que probablemente emitió el mismo en un *responsum*. Según esta decisión la estipulación de la dote sería eficaz, y lo sería incluso aun cuando en ella no se considerara el juicio del suegro.<sup>60</sup> La razón radica en que el objeto de la prestación puede ser determinado por interpretación: la cantidad de una *dos* puede ser determinada, como Papiniano destaca, de conformidad con las relaciones patrimoniales del suegro y el rango del marido.

Estas medidas no son ciertamente muy precisas, pero al menos son medidas.<sup>61</sup> En ellas radica, como Papiniano enfatiza, la diferencia decisiva, la

<sup>60</sup> Vgl. Gord. C. 5,11,3 (a. 240): *videtur enim boni viri arbitrium stipulationi (sc. dotis) insertum esse.*

<sup>61</sup> Labeo hatte mit ihnen keine Schwierigkeiten: *ait, id non esse difficile ex dignitate, ex facultatibus, ex numero liberorum testamentum facienti aestimare*, Cels. D. 32,43.

*magna differentia*, respecto del caso del “predio”, sin más determinaciones, prometido en la estipulación o dejado en el legado; estos negocios se referían a objetos desconocidos, por lo que serían nulos.<sup>62</sup>

Es sorprendente que Papiniano no tomara en consideración que el predio puede ser determinado por las negociaciones realizadas entre las partes de la estipulación, y el legado por manifestaciones hechas por el testador o por otras circunstancias.<sup>63</sup> Quizá supone con motivo del ejemplo que en su caso estas posibilidades no se presentaron. También podría tratarse de una postura por principio, según la cual la incertidumbre de puntos relevantes de la promesa de prestación no puede ser superada por circunstancias que carecen de punto de referencia en el texto del contrato. Mientras que en el caso del *favor dotis* en el fr. 69,4. “esas circunstancias” son claramente reconocibles.

c. El texto 11 permite reflexionar que Papiniano ha sostenido más la rigidez formal de la estipulación que los otros juristas hasta ahora considerados:

D. 45,1,115 pr. *Papinianus libro secundo quaestionum*

*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*

He estipulado en esta forma: “¿prometes comparecer en determinado lugar y, si no comparecieras, que se me den cincuenta áureos?” Si en la estipulación se omitió por error el día, siendo así que se trataba de comparecer en determinado día, la esti-

<sup>62</sup> Von der Echtheit des Textes ist auszugehen; für die Kompilatoren bestand, da im justinianischen Recht der Vater gesetzlich verpflichtet war, seiner Tochter eine Mitgift zu geben, kein Anlaß, sich näher auf die Argumentation zur Gültigkeit der Stipulation einzulassen, s. F. Gallo, Nuovi spunti nell'interpretazione di C. 5,11,1, Studi Volterra, Bd. 4, 1971, S. 583 (gegen Albertario); S. Riccobono, Le mie colpe, Bull. 49/50 (1947) 40 (nei suoi elementi essenziali ... senza dubbio genuino); Biondi (o. Fn. 10), S. 334 f.; Wunner 80. Fn. 15), S. 176 f.; Sacconi (o. Fn. 27), S. 23 f., anders insbesondere G. v. Beseler, Einzelne Stellen, SZ 45 (1925) 443; ders., Bull. 53/54 (1948) 352.

<sup>63</sup> Ulpian (D. 30,70 pr.) unterscheidet im vergleichbaren Fall (*domus simpliciter legata*): Die Erben können aus den Häusern des Erblassers eines auswählen; habe dieser jedoch kein Haus gehabt, so sei das Legat nicht wirksam, sondern lächerlich (*derisorium*).

*mensura continetur sine adiectione ponderis numeri mensurae stipulatus essem, 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 quaelibet stipulatio sub condicione concepta vires habebit, nec ante committetur, quam fuerit declaratum reum promittendi sisti non posse.*

pulación será incompleta, como si hubiera estipulado una cosa genérica sin indicar el peso, número o medida, o la construcción de una casa de viviendas sin señalar el lugar, o que se dé un fundo sin añadir el nombre. Mas si desde el primer momento se convino que comparecieras cualquier día y que dieras la cantidad si no lo hacías, tal estipulación valdrá como cualquier otra condicional, y no quedará incumplida hasta que pudiera declararse que el deudor no podía ya comparecer.

Se trata de la *cautio vadimonium sisti*, esto es, una estipulación por medio de la cual el demandado se obliga con el demandante a presentarse de nuevo ante el tribunal para continuar el proceso; en general esta *cautio* tenía el carácter de una pena convencional.<sup>64</sup> Papiniano ventila en el texto 11 la pregunta sobre si esta *cautio* es eficaz cuando no incluye el momento en el que el demandado debe presentarse ante el tribunal. Es evidente que el momento es un *essentiale* de esta *cautio*.

En su respuesta distingue Papiniano: si se olvidó por error la determinación del momento, entonces la promesa de sanción es incompleta y por lo mismo ineficaz. Si en cambio, el término fue omitido concientemente al perfeccionarse la estipulación (*ab initio*), porque el promitente podría acudir en cualquier momento, entonces la promesa como toda estipulación condicional es eficaz. En el presente contexto no es necesario profundizar en esta solución.<sup>65</sup>

En nuestro contexto es relevante, en cambio, el paralelo que Papiniano hace en la primera alternativa respecto de la omisión por error de la manifestación del término. Por eso dice que “no es distinto de cuando me dejo prometer algo que se determina por peso, número o medida sin proporcio-

<sup>64</sup> Oder auch einer sogenannten “unechten Vertragsstrafe”, s. Knütel, R., *Stipulatio poenae*, 1976, S. 71 ff.

<sup>65</sup> Näheres dazu bei Knütel (o. Fn. 65), S. 121 f.

nar el peso, el número o la medida, o la construcción de una casa de viviendas sin especificar el lote, o el traspaso de un predio sin determinar su denominación”. Según Papiniano, en todos estos casos la estipulación debe ser considerada ineficaz, en virtud de la indeterminación del objeto de la prestación. Al respecto se plantea la pregunta de si el jurista recurriría a las negociaciones previas, antes de que diera una declaración de invalidez, para extraer de ahí puntos de referencia para concretizar el objeto de la prestación. En el *vadimonium sine die* esto fue lo que él hizo. De lo cual resulta entonces, que el día no quedó indeterminado por error, ya que las partes presumiblemente no pensaron para nada en ponerse de acuerdo en un día fijo.

Si Papiniano recurre a las negociaciones previas en el caso de la estipulación completa de *Vadimonium*, entonces debería de manera consecuente hacerlo también, cuando se trata de una estipulación en que se promete por género, sin que se especifique en el formulario de la estipulación el peso, la cantidad o la medida. Hay que añadir que Papiniano, también en un contexto más amplio, a saber en el fragmento D. 45,1,115,2, adaptó el *id quod actum* y la *voluntas* de las partes.<sup>66</sup> Sobre esto debe observarse, que Marcelo ya se había pronunciado en relación con el caso de la construcción de la casa *non demonstrato loco* “en un lugar no descrito” (en el texto 12):

d. D. 45,1,95 *Marcellus libro quinto digestorum*

*Qui insulam fieri stipulatur, ita demum acquirit obligationem, si apparet, quo in loco fieri insulam voluerit: si et ibi insulam fieri interest eius.*

Cuando se estipula que se construya una casa de viviendas sólo surge la obligación si resulta claro en qué lugar quiso el estipulante que se hiciera la casa, y si le interesa que se haga allí.

Marcelo parte de una estipulación en la cual el promitente promete *insulam fieri*, sin haber especificado en la formulación de la estipulación el predio en el que se ha de construir.<sup>67</sup> El jurista concluye que el acreedor

<sup>66</sup> Näheres zu diesem Teil des fr. 115,2 bei Knütel (o. Fn. 65), S. 284 ff. (auch zur Echtheit).

<sup>67</sup> Andernfalls spräche Marcellus nur eine Selbstverständlichkeit aus. Wie hier auch Talamanca (o. Fn. 43), S. 219.

gana una acción, en otras palabras: la estipulación será eficaz, cuando se sepa (*apparet*) en donde, de conformidad con su voluntad, debe construirse la casa (*quo in loco fieri insulam voluerit*). Aquí también con *velle* no se hace referencia al acto interno de voluntad, sino a la voluntad efectivamente expresada del estipulante, con la que se comprometió el promitente al concluir la estipulación.<sup>68</sup> Marcelo recurre aquí a la voluntad de las partes para superar la incertidumbre que se deriva de la formulación de la estipulación. Pero si Marcelo, que vivió una generación antes que Papiniano,<sup>69</sup> ya proponía recurrir a la voluntad de las partes en este caso para complementar la formulación de la estipulación, entonces resulta bastante improbable que Papiniano hubiese retrocedido posteriormente.

En la difícil, y evidentemente corta parte final de nuestro texto de Marcelo (fr. 95), respecto del cual, por ejemplo, Jhering confiesa haberlo früher/=antes (?) “entendido completamente mal”,<sup>70</sup> se trata del requisito de que también el lugar determinado por interpretación de la prestación prometida (recurriendo a la voluntad de las partes) sea de interés para el acreedor: *si et ibi insulam fieri interest eius*. Estas palabras corresponden a un contexto especial. Es muy probable que se tratara del caso de una estipulación con un acreedor alternativo *solutionis causa adiectus*. Al respecto se podría haber planteado la cuestión, sobre si el estipulante puede estar interesado en que la casa sea construida en el predio del acreedor *solutionis causa adiectus*.<sup>71</sup> No obstante, no es necesario profundizar al respecto en nuestro contexto; ya que no es posible deducir nada del enunciado final en relación con la autenticidad de la parte en cuestión que es de nuestro interés.

<sup>68</sup> Vgl. oben bei Fn. 57 zu Marcell. D. 45,1,94; Talamanca (Fn. 43), S. 219.

<sup>69</sup> Er gehörte dem *consilium* des Antoninus Pius (Historia Augusta, vita Pii 12,1) und des Mark Aurel an (Marcell. D. 28,4,3; das dort wiedergegebene Urteil Mark Aurels führt auch Papinian D. 34,9,12 an).

<sup>70</sup> R. v. Jhering, Ein Rechtsgutachten, betreffend die Gäubahn, Jherings Jahrbücher 18 (1880) 84 (siehe auch unten Fn. 72).

<sup>71</sup> In diesem Sinne mit weiteren Differenzierungen P. Voci, Le obbligazioni romane, Bd. 1/1, 1969, S. 241 f. – Bei Marcellus ging es im 7. Buch der Digesten, wie O. Lenel, Palingenesia, Bd. 1, Sp. 596 (Marcell. Nr. 44) annimmt, um eine Frage zum Edikt: *De eo quod certo loco dari oportet*. Jhering (o. Fn. 71), S. 85 f. denkt an den Fall, daß jemand, der ein großes Areal in bisher nicht bebauter Umgebung parzelliert und die Parzellen als Baugrundstücke verkaufen will, den Käufern eine Bebauungspflicht durch Stipulation auferlegt, weil jeder, der dort ein Haus baut, den Wert der noch unverkauften Parzellen steigert.

En conclusión quisiéramos hoy suponer —en oposición a nuestra previa impresión—, que Papiniano tampoco hubiese dudado en recurrir también a la voluntad de las partes, cuando se tratase de precisar la determinación del objeto de la prestación, esto es, del aspecto principal de la estipulación.<sup>72</sup>

## V. EL PERFECCIONAMIENTO DE LA ESTIPULACIÓN

### 1. *Cuestión de partida*

De las fuentes que hasta ahora han sido discutidas, se extrae como impresión general, que según algunos precedentes, ya en el periodo clásico alto, se impuso una interpretación muy liberal: el sentido de la estipulación era interpretado,<sup>73</sup> precisado<sup>74</sup> o también corregido<sup>75</sup> según lo que las partes al concluir el contrato hubiesen querido de manera reconocible o razonable. Si esto era así, se puede presumir, que los juristas utilizaban bastante libremente los métodos de interpretación no solamente en relación con la cuestión de cuál era el contenido exacto de la estipulación celebrada, sino también en relación con la pregunta de si la estipulación se perfeccionó o no. Por ello que quisiéramos fijarnos ahora en algunos fragmentos que tratan la cuestión sobre si la estipulación se concluyó.

### 2. *Correspondencia entre pregunta y respuesta*

Ulpiano se ocupa en un análisis, que se encuentra al principio del título 45,1 del Digesto, de los problemas que se derivan del requisito de que la pregunta y la respuesta se correspondan. Una primera limitación resulta de (texto 13):

<sup>72</sup> Anders noch in Fs. Kaser, 1976, S. 227 in Anlehnung an J. G. Wolf (o. Fn. 11), S. 53 ff., freilich ohne hinreichende Beachtung des Umstandes, daß Papinian in D. 45,1,115 pr. für die Frage, ob das Schweigen der Vadimoniums-Stipulation zum Termin beredt war, das für maßgeblich hielt, *quod ab initio agebatur*.

<sup>73</sup> Vgl. Ulp. D. 45,1,32; Lab.-Iav. D. 24,3,66,4 (jeweils zu *falsa demonstratio*).

<sup>74</sup> So insbesondere in Marcell. D. 45,1,94 (o. IV. 4a), auch Pap. D. 23,3,69,4 (o. IV. 4b).

<sup>75</sup> Vgl. auch insoweit die Texte zu *falsa demonstratio* (o. Fn. 74).

D. 45,1,1,2 *Ulpianus libro quadragesimo octavo ad Sabinum*

*Si quis ita interrogatus<sup>76</sup> 'dabis?' responderit 'quid ni?', et is utique in ea causa est, ut obligetur: contra si sine verbis adnitisset. non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit: et ideo recte dictum est non obligari pro eo nec fideiussorem quidem.*

Si uno pregunta “¿darás?” y “el otro” respondiera “¿cómo no?”, también así queda éste obligado, pero no si asintió sin palabras. No sólo no se obliga civilmente el que así asiente, sino tampoco naturalmente, y por eso se dice con razón que ni siquiera puede obligarse por él un fiador.

Así resulta que para la conclusión de la estipulación basta con que el promitente responda a la pregunta: “¿Darás?” con “¿Por qué no?” simplemente. En Gayo (3.92,93) en cambio, se utiliza en todos los ejemplos, el mismo verbo en la pregunta y en la respuesta.<sup>77</sup> No obstante, no es posible derivar de ello nada contra la autenticidad de la solución de Ulpiano.<sup>78</sup> Así lo explica Ulpiano posteriormente en el párrafo seis (texto 14):

D. 45,1,1,6 *Ulpianus, libro quadragesimo octavo ad Sabinum*

*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,*

Lo mismo da que se responda en la misma lengua o en otra distinta; por esto, si uno pregunta en latín y se le responde en griego, con tal de que la respuesta sea congruente queda constituida la obligación; y al revés. Pero puede dudarse “según escribe Sabino”, si esto lo admitimos tan

<sup>76</sup> Das *interrogat* der Florentina paßt nicht; Mommsen emendiert: *interroganti*; doch dürfte eher mit Dig. Mil. *interrogatus* zu lesen sein (wie in § 3), ebenso Riccobono I, S. 247 Fn. 3, 255. Brenkmann in Gebauer/Spangenberg verweist auf das *interrogetur* des Codex Rehdigeranus.

<sup>77</sup> Ebenso in PS 2,3,1.

<sup>78</sup> Für Interpolation jedoch Riccobono I, S. 247, 255; ders., La forma della stipulatio, Bull. 31 (1921/22), 35 ff., ferner Siber (o. Fn. 15), S. 178; aus jüngerer Zeit Zimmermann (o. Fn. 15), S. 73 f. (“not credible at all”).

*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.*

sólo para el griego o también para otra lengua, como el fenicio, el asirio o cualquier otra, y la verdad es que la obligación verbal puede ser en cualquier lengua, siempre que cada parte entienda la lengua de la otra, sea por sí misma, sea por un intérprete de confianza.

En tiempos de Ulpiano era pues posible, responder a una pregunta formulada en latín, en griego, púnico, arameo<sup>79</sup> o en cualquier otra lengua, siempre y cuando la respuesta fuese “congruente”<sup>80</sup> y cada una de las partes comprendiese la lengua de la otra, ya fuese por sí mismos o mediante un auténtico intérprete experto en lenguas. Esta presunción es también sostenida por Gayo (3,93), cuando dos romanos estipulan en griego o dos griegos en latín: *si modo Graeci/Latini sermonis intellectum habeant*.

De ahí resulta que lo determinante es que las partes se entiendan la una a la otra<sup>81</sup> y en este entendimiento haya acuerdo sobre el objeto de la prestación. Aquí también es claro que la voluntad precede a la forma.<sup>82</sup> Presumiblemente esto no siempre fue reconocido así y por ello encuentra un desarrollo, desde Gayo hasta Ulpiano,<sup>83</sup> que pudo haber sido favorecido por la *constitutio* Antoniana del 212.<sup>84</sup> Si resulta aceptable que en tiempos

<sup>79</sup> Dies ist mit dem *sermo Assyrius* gemeint, siehe U. Manthe, *Assyrius sermo*: Ulp. D. 45,1,1,6, in: Mél. Fritz Sturm, Bd. 1, 1999, S. 357 ff.

<sup>80</sup> Dazu sogleich.

<sup>81</sup> Vgl. auch Inst. 3,15,1. Deshalb kann auch der Taube nicht stipulieren, Gai. D. 44,7,1,15; Inst. 3,19,7.

<sup>82</sup> Vgl. Biondi (o. Fn. 10), S. 296: “I Giuristi parlano di *intellegere e intellectum*, alludendo alla compresione piuttosto che alla espressione delle parole”; ferner A. Wacke, *Gallisch, Punisch, Syrisch oder Griechisch statt Latein?*, SZ 110 (1993) 25: “Die Zulassung eines Sprachenwechsels bildet somit einen bemerkenswerten Schritt von äußerlicher Konsonanz zu inhaltlicher Kongruenz der Stipulation unter Betonung ihres Willenselements”.

<sup>83</sup> So auch H.L.W. Nelson/U. Manthe, *Gai. Institutiones* III 88-181, 1999, S. 110, 469 (im Hinblick auf D. 45,1,1,2).

<sup>84</sup> In deren Sinn dürfte es auch gelegen haben, daß jeder Bürger sich im Privatverkehrsverkehr der ihm vertrautesten Sprache, also der Muttersprache, bedienen konnte. Vgl. auch H. Ankum, *Was acceptilatio an Informal Act in Roman Law?*, in: J. W. Cairns/O. Robinson (Hrsg.), *Critical Studies in Ancient Law, Comparative Law and Legal History*, 2001, S. 9.

de Ulpiano pudieran utilizarse distintas lenguas en la estipulación para la pregunta y la respuesta, entonces también es creíble que tampoco era necesario utilizar el mismo verbo en la conclusión de la estipulación, por lo que podía ser formulada de otra forma, siempre y cuando fuese en todo caso expresada, esto era imprescindible para una *verbis obligatio*,<sup>85</sup> y entendida como afirmación de la pregunta estipulatoria. Así es el caso de la respuesta “*quid ni*” a la pregunta “*dabis?*” Las explicaciones de Ulpiano en los §§ 2 y 6 se sostienen por lo tanto recíprocamente, y no existe ninguna razón para considerarlas como interpoladas.<sup>86</sup>

### 3. *Congruencia entre la pregunta y la respuesta*

La respuesta debe coincidir materialmente con el contenido de la pregunta, es decir el objeto de la prestación debe ser acorde con la pregunta. Este es el tema de los fragmentos §§ 3- 5 en el análisis de Ulpiano. Empecemos con el fragmento 3 (texto 15):

#### a) Principio

#### D. 45,1,1,3 *ULPIANUS libro quadragésimo octavo ad Sabinum*

*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 conditione, responderit pure, dicendum*

Si uno respondiera a una pregunta simple diciendo: “si hace tal cosa, daré”, consta que no se obliga, y tampoco si, a la pregunta “antes de las kalendas quintas” respondiera: “daré en los idus”, pues no ha respondido conforme a la pregunta que se le hizo. Viceversa, si se le hubiere preguntado insertando una condi-

<sup>85</sup> Wie Ulpian in § 2 mit der Zurückweisung einer konkludenten Erklärung klar zum Ausdruck bringt. Vgl. auch Wacke (o. Fn. 83), S. 25 f.

<sup>86</sup> Anders jedoch auch im Hinblick auf § 6 Riccobono I, S. 248, 256 f., dem F. Pringsheim, *Rez. Siber*, SZ 46 (1926) 354 Fn. 7 = *Ges. Abh.*, Bd. 1, 1961, S. 372 Fn. 34 sowie im wesentlichen auch noch W. Kunkel/H. Honsell, *Röm. Recht*, 4. Aufl. 1987, S. 107 m. Fn. 9 (nachklassisches Recht) und Kaser, *RP 2*, 1975, S. 381 m. Fn. 54 folgen. Von Echtheit geht demgegenüber aus Wacke (o. Fn. 83), S. 24 f.

*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.*

ción y respondiera sin ella, ha de decirse que el promitente no queda obligado. Cuando “el promitente” añade o quita algo a “lo dicho en la estipulación”, debe admitirse “debe probarse”, según la interpretación del autor de este trabajo” que la obligación es inválida, a no ser que la diferencia de la respuesta fuera inmediatamente aceptada por el estipulante, pues en ese caso se entiende que se ha contraído otra estipulación.

Resulta una divergencia respecto de los dos primeros ejemplos “en comparación con la solución de los siguientes”: si el promitente responde a una pregunta no condicionada con una aceptación condicional de la prestación<sup>87</sup> o si a la pregunta con plazo para el cumplimiento antes de las calendas quintas,<sup>88</sup> respondiese con el plazo en los idus, lo que en debería ser cumplido en los idus del quinto mes; en ambos casos, como Ulpiano destaca, el promitente no queda obligado, ya que no respondió como fue preguntado.

La falta de congruencia debería conducir también a la invalidez en el caso inverso, esto es, cuando el promitente responde a una pregunta incondicional sin la condición.<sup>89</sup> Pero Ulpiano se expresa aquí de manera más cautelosa: *dicendum erit* frente a *constat* en la primera alternativa. La forma más cuidadosa de expresión permite pensar, que pudo haber existido una opinión contraria. No parece posible que la opinión contraria fuera que una respuesta incondicional a una pregunta condicionada también pudiera ser interpretada como aceptación de la condición.<sup>90</sup> Es más factible

<sup>87</sup> Dieses Beispiel bringen auch Gai. 3,102 und Inst. 3,19,5.

<sup>88</sup> *Kalendas quintas*, s. Schulting ad h. l. (mit Gothofredus).

<sup>89</sup> Ebenso Inst. 3,19,5.

<sup>90</sup> Bei der Frage “*Si Titius consul factus fuerit, decem dari spondes?*” kann die Antwort “*decem dari spondeo*” ohne weiteres im Sinne der Begründung einer bedingten Zahlungspflicht gemeint sein, was durch Auslegung zu ermitteln wäre. Doch geht Ulpian von der Situation aus, in der die mangelnde Kongruenz feststeht. Die Problematik wird in Inst. 3,19,5 angesprochen.

pensar que en la segunda alternativa, el promitente coloca al estipulante en una mejor posición que la que a su pregunta corresponde: una promesa condicionada es menos que una incondicional, por lo que se puede decir que quien como promitente hace una promesa incondicional tiene al mismo tiempo la voluntad, en el caso de que la promesa incondicional no se perfeccione, de obligarse al menos de manera condicionada. Desde este punto de vista podría asumirse un *consensus* sobre la obligación condicional y considerarse la condición adicional en la respuesta *pro non dicto*.

Ulpiano considera esto nulo, probablemente no sólo por las exigencias de la formalización verbal y de la congruencia, sino también porque él tenía una solución más clara a la vista.

Por eso Ulpiano formula un principio: cuando el promitente en su respuesta agrega o suprime algo a la obligación (prevista en la pregunta estipulatoria), la presunción de que la obligación no es válida debe ser probada.

#### b) Primera excepción: *Stipulatori ilico placet*

De aquí resulta una notable limitación: *nisi stipulatori diversitas ilico placuerit*, a no ser que el estipulante manifieste en el acto estar de acuerdo con la discrepancia. La limitación parece sorprendente, puesto que se encuentra a renglón seguido y está en contradicción con el *semper probandum* del principio; es por ello que muy pronto esta limitación causó suspicacia.<sup>91</sup> Se piensa que los compiladores pudieron agregar esta limitación con motivo de la Constitución de Leo (C. 8,37,10), según la cual basta el consenso independientemente de las palabras con que se expresase. No obstante, los compiladores debieron mejor eliminar de una vez las explicaciones de Ulpiano en relación con el requisito de congruencia, ya que precisamente éste fue eliminado por la Constitución. Cabe señalar, que en el texto aparecen ideas fundamentales de la doctrina —que hoy podemos llamar: clásica— de los *Pacta*. Las palabras *Cum adicit aliquid vel cdetrahit obligationi* contienen una clara alusión a las *pacta quae detrahunt* y aquellos *quae adiciunt* (Pap. D. 18,1,72 pr.).<sup>92</sup> Y la presunción ulterior, de que

<sup>91</sup> O. Lenel, Pal. 2, 1889, Sp. 1986 Fn. 4; Riccobono I, S. 248, 256; II, S. 268 f.; Bonfante, Perozzi, Girard (alle nach Ind. Itp.), s. auch Beseler, Miszellen, SZ 45 (1925) 477 (diversitas).

<sup>92</sup> Vgl. auch Ulp. D. 2,14,7,5.

el estipulante debía *ilico*, en el acto, de inmediato, manifestar su acuerdo, implica el requisito (desarrollado en el ámbito de los *bonae fidei iudicia*) de que los *pacta* debían ser *ex continenti*, estar vinculados directamente al contexto de la conclusión del contrato, para poder ser aptos para dar lugar a una acción (Ulp. D. 2,14,7,5). Esta idea se encuentra también en la estipulación. Desde Paulo, contemporáneo de Ulpiano, se conoce la fórmula cuasi regulatoria *pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur*<sup>93</sup> “los pactos hechos en el momento se tienen incluidos en la estipulación”. Además existe suficiente documentación para considerar un *pactum ex continenti factum* como un acuerdo que se produce inmediatamente después de la conclusión de la estipulación.<sup>94</sup> Tomando todo esto en consideración resulta probable que Ulpiano indicara una “salida” para subsanar la falta de congruencia mediante el inmediato acuerdo del estipulante. La justificante indicación *tunc alia stipulatio contracta esse videtur* podría entonces significar, que, en virtud del acuerdo, se concibe como si el estipulante hubiese planteado ya la pregunta modificada,<sup>95</sup> sin embargo, podría simplemente significar que se perfeccionó una estipulación con otro contenido.

c) Segunda excepción: *In maiore minus*

Hasta ahora Ulpiano ha tratado la falta de congruencia básicamente por falta de coincidencia en aspectos complementarios, por lo que a continuación trata la divergencia respecto del aspecto principal (texto 16):

D. 45,1,1,4 *Ulpianus libro quadragesimo octavo ad Sabinum*

*Si stipulanti mihi ‘decem’ tu ‘viginti’* Si yo estipulo “diez mil” y tú respondes “veinte mil”, consta que no  
*respondeas, non esse contractam*

<sup>93</sup> Paul, D., 12,1,40, dazu Knütel (o. Fn. 6), S. 216 ff. Für Echtheit, jedoch ohne dem Sinn des Satzes gerecht zu werden, Sacconi (o. Fn. 27), S. 167.

<sup>94</sup> Paul, D., 12,1,40 (*stipulatus est Publius Maevius, spopondi ego Lucius Titius ... convenitque inter nos ...* Daß dies die tatsächliche Reihenfolge wiedergibt, ist nicht sicher, aber wahrscheinlich); Scaev, D., 45,1,135,2 (*Seia cavit Lucio Titio ... deinde in continenti inter utrumque convenit ...*), dazu Näheres bei Knütel (o. Fn. 6), S. 222 f.

<sup>95</sup> Beispiele für entsprechende “Korrekturen” enthalten Cels. D. 45,1,97 pr. und Paul. D. 45,1,126,3; 38,1,39 pr. Dazu siehe unten.

*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.*

se ha contraído la obligación más que en los “diez mil”. Viceversa si yo pregunto por “veinte mil” y tú respondes “diez mil” no se contrae la obligación más que por “diez mil”; porque aunque las cantidades deben coincidir, sin embargo, es muy evidente que los diez mil están comprendidos en los veinte mil.

La pregunta estipulatoria dice “diez”, pero el promitente responde “veinte”. Ulpiano opina que no sería perfecta una tal obligación, pero lo sería por “diez”. Lo mismo afirma en el caso contrario, en que la pregunta dice “veinte” y la respuesta, en cambio, dice “diez”. Aquí tampoco se perfeccionaría la obligación, pero podría ser por diez. Como justificación dice que, aun cuando evidentemente debe haber congruencia en la cantidad, es más que claro (*manifestissimum*) que en los veinte están comprendidos los diez. Hasta hace aproximadamente veinte años, la decisión, en ambas variantes, de que se produce la obligación de diez, se consideró como una interpolación,<sup>96</sup> principalmente en virtud de conflicto con el requisito de congruencia. No obstante, Ralph Backhaus en 1983 sostuvo que con toda probabilidad el texto reproduce la opinión de Ulpiano.<sup>97</sup> Como justificación (en una ligeramente distinta ponderación a la hecha por Backhaus) se debe precisar:

1. Como acabamos de ver y aun veremos, los conflictos con el requisito de congruencia en los textos tardoclásicos no constituían *per se* un motivo de suspicacia; el formalismo en la estipulación experimentó, especialmente desde la etapa clásica alta, crecientes limitaciones. Por ejemplo, Florentino resalta en D. 45,1,65,1 —un texto aun no considerado en nues-

<sup>96</sup> Nachweise bei Backhaus, SZ 100 (1983) 152 Fn. 83, 84, dazu etwa Ferrini, C., Grosso, G., Manuale di Pandette, 4. Aufl. 1953, S. 514 Fn. 5; A. Bürge, Röm. Privatrecht, 1999, S. 116 A. 8 (stark verändert). Für Echtheit dagegen P. Kretschmar, Kritik der Interpolationenkritik, SZ 59 (1939) 186 f.; Biondi (o. Fn. 10), S. 299 f., in der Tendenz auch H. H. Seiler, Utile per inutile non vitiatur, F Schr. M. Kaser, 1976, S. 131 f.

<sup>97</sup> SZ 100 (1983) 152 ff. Zustimmung etwa M. Schermaier, Auslegung und Konsensbestimmung, SZ 115 (1998) 254 A. 87; H. L. Nelson, W., Manthe, U., Gai Institutiones III 88-181, 1999, S. 134; Kaser, M., Knütel, R. (o. Fn. 21), S. 54 (Rz. 8.10).

tro contexto—, que es aceptado (*placet*), que la distinta denominación del objeto de la prestación o de la persona, no contravienen la estipulación: cuando la pregunta se refiere a 250 denarios y la respuesta a (su equivalente) 1,000 sestercios, o cuando un esclavo estipula a favor de “Lucio”, su propietario, y obtiene la promesa en beneficio de su propietario “Ticio”, siendo que el propietario se llama Lucio Ticio, entonces la estipulación es válida.<sup>98</sup> La congruencia verbal cede en beneficio de la congruencia fáctica, y esto se asume también en relación con el problema de *decem y viginti*.

2. En Gayo (3,102), así como en las *Instituciones* de Justiniano (3,19,5), encontramos por cierto, la decisión contraria, esto es, la determinación de la invalidez total.<sup>99</sup> Sin embargo, Gayo no elimina completamente la posibilidad de que existiera una controversia entre clásicos,<sup>100</sup> sobre todo, cuando se transmite a juristas posteriores a Gayo. Además, el hecho que las *Instituciones* justinianeas sigan la solución de Gayo es precisamente un indicio de autenticidad: si para los compiladores hubiese habido motivo para modificar el texto de Ulpiano, como nos ha sido transmitido, entonces Teofilo, Doroteo y Triboniano no hubiesen adoptado la solución contraria en las *Instituciones*, las cuales se conformaron inmediatamente después de la conclusión del *Digesto*.

3. Los juristas clásicos recurrieron con mucha frecuencia al tópico *in maiore minus inest*, generalmente con el propósito de proporcionar una validez parcial a un “accidentado” negocio jurídico.<sup>101</sup> En esta línea se encuentra nuestro texto 16.

<sup>98</sup> Flor. D. 45,1,65,1: *Sed et si in rei quae promittitur aut personae appellatione varietur, non obesse placet: nam stipulanti denarios eiusdem quantitatis aureos spondendo obligaberis: et servo stipulanti Lucio domino suo, si Titio, qui idem sit, daturum te spondeas, obligaberis.* Statt von *aurei* sprach Florentin von *sestertii*, vgl. Inst. 3,7,3.

<sup>99</sup> Gai. 3.102: *Adhuc inutilis est stipulatio si quis ad id, quod interrogatus erit, non responderit, velut si sestertia X a te dari stipuler, et tu nummum sestertium V milia promittas, aut si ego pure stipuler, tu sub condicione promittas.*

<sup>100</sup> Siehe außer Backhaus (o. Fn. 97), S. 153 Nelson/Manthe (o. Fn. 98), S. 134.

<sup>101</sup> Dazu eingehend Backhaus (o. Fn. 97), S. 136 ff., 154. Für das vergleichbare Problem, daß auf die Frage “*decem aut viginti dari spondes?*” die Antwort “*decem dari spondeo*” erteilt wird, führt Paulus zur Rechtfertigung der Lösung, daß eine Obligation auf zehn entstanden ist, aus: *quia semper in summis id, quod minus est, sponderi videtur*; D. 45,1,83,3. Hier dürfte es sich freilich eher um eine spezielle Auslegungsregel zur Alternativstipulation, bei der eine *maius-minus*-Relation ja nicht besteht, handeln, vgl. Backhaus (o. Fn. 97), S. 159 f.

4. La llamativamente repetida declaración de que la obligación no se produjo más que por diez (*non esse contractam obligationem nisi in decem*), es asimismo un indicio de autenticidad. Dado que el jurista hace así evidente, que no se fundamenta de manera automática una obligatoriedad respecto de la menor cuantía, sino que esto es más bien, tan sólo posible. La decisión ha de tomarse cada vez para el caso concreto según el *quod actum*, es decir, según la auténtica o hipotética voluntad de las partes.<sup>102</sup>

En conclusión, podemos considerar a Ulp. D. 45,1,1,4 (texto 16) como un caso más en que el principio de congruencia sufre una restricción. Esta limitación se produce con motivo de una mayor consideración de la auténtica o hipotética voluntad de las partes.<sup>103</sup>

d) Tercera excepción: *Tot stipulationes quot res*

Ulpiano presenta otra limitación al requisito de congruencia en el texto 17:

D. 45,1,1,5 *Ulpianus libro quadragesimo octavo ad Sabinum*

<p><i>Sed si mihi Pamphilum stipulanti tu Pamphilum et Stichum spoponderis, 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.</i></p>	<p>Pero si, al estipular yo el esclavo Pánfilo, tú prometieras Pánfilo y Estico, creo que debe tenerse por superfluo el añadido de Estico, porque si hay tantas estipulaciones como objetos, dos son “en este caso” las estipulaciones, una válida y otra no, y no se invalida aquélla por ésta.</p>
---	--

La pregunta estipulatoria establece a “Pánfilo” como objeto de la prestación; el promitente sin embargo, respondió con “Pánfilo y Estico”. Ulpiano estima que la adición de Estico en la respuesta es superflua, y afirma, como consecuencia, la realización de una estipulación exclusivamente res-

<sup>102</sup> Ebenso Backhaus (o. Fn. 97), S. 154 f.

<sup>103</sup> Diesen Umstand betonen auch P. Kretschmar (o. Fn. 97), S. 186 f.; Biondi (o. Fn. 10), S. 299 f.; Backhaus (o. Fn. 97), S. 153-155.

pecto de Pánfilo. Para su justificación aduce la regla de interpretación *tot stipulationes quot corpora*, tantas estipulaciones como objetos. En consecuencia, si la pregunta se hubiese referido a “Pánfilo y Estico”, sería de suponer que efectivamente se celebraron dos estipulaciones. Dado que la pregunta estipulatoria carecía de referencia a Estico, no se produjo la respectiva estipulación, mientras que la estipulación de Pánfilo era válida.<sup>104</sup> El caso inverso es decidido en el mismo sentido en el texto 18:

D. 45,1,83,4 *Paulus libro septuagesimo secundo ad edictum*

*Item si ego plures res stipuler, Stichum puta et Pamphilum, licet unum spoponderis, teneris: videris enim ad unam ex duabus stipulationibus respondisse.*

Igualmente, si yo estipulo varias cosas, como el esclavo Estico o Pánfilo: aunque tú prometieras sólo uno de ellos, quedarás obligado, pues parecerá que has respondido a una entre dos estipulaciones.

En este caso, la pregunta estipulatoria abarca dos objetos “Estico y Pánfilo”; pero en la respuesta sólo se nombra uno. Paulo interpreta la pregunta individual sobre dos objetos como una doble pregunta por cada uno de los objetos, por lo que en todo caso puede afirmarse que se produce una estipulación respecto del objeto que es retomado en la respuesta. Es evidente que aquí se apoya en la regla *tot stipulationes quot res*.<sup>105</sup> La regla citada pertenece al sólido catálogo de reglas de interpretación del derecho estipulatorio.<sup>106</sup> En derecho procesal es relevante, ya que limita los riesgos de la consumición de la acción;<sup>107</sup> sin embargo, su función más importante radi-

<sup>104</sup> Die entsprechende Entscheidung trifft zur *acceptilatio* Pomp. D. 46,4,15: 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 ita interroget: *quod tibi decem promisi, viginti habesne accepta?*, etiam decem nomine erit liberatus.

<sup>105</sup> Vgl. Backhaus (o. Fn. 97), S. 161. Bei einer Frage “*Stichum aut Pamphilum*” würde eine nur den Stichus umschließende Antwort dagegen keine Verbindlichkeit begründen. Da die alternative Verknüpfung eine Anwendung der Regel *tot stipulationes quot res* nicht zuläßt, führt die Verletzung des Kongruenz-Erfordernisses zur Nichtigkeit, Paul. D. 45,1,83,2 (*constat*).

<sup>106</sup> Ulp. D. 21,2,32; D. 45,1,1,5; D. 45,1,75,9; D. 45,1,86; Paul. D. 45,1,83,4; D. 45,1,134,3; D. 45,1,140 pr., vgl. auch Call. D. 21,2,72.

<sup>107</sup> Dazu R. Knütel, Der mehrfache Verfall von Kautionen, SZ 92 (1975) 130, 135 ff.

ca en la limitación del formalismo en la estipulación, puesto que permite mantener parcialmente un negocio estipulatorio inválido. Esta regla corresponde a la voluntad hipotética de las partes, que también en este campo encuentra reconocimiento frente al formalismo de la estipulación. No es de sorprender, que la exposición de Ulpiano en D. 45,1,1,5 *neque vitiatur utilis (sc. stipulatio) per hanc inutilem* proporcionara la base para la regla jurídica de *ius commune: utile per inutile non vitiatur*, que se ha convertido en uno de los fundamentos esenciales de la actual regulación de la nulidad parcial.<sup>108</sup>

e) Cuarta excepción: *Supervacua non nocent*

Como hemos visto, en el texto 15 (D. 45,1,1,5), Ulpiano con fundamento en la regla *tot stipulationes quot res* distinguió una estipulación válida de una inválida, la cual consideraba él como superflua (*supervacua*) y le negó la capacidad de “infectar” la estipulación válida: *neque vitiatur utilis per hanc inutilem*. Así, lo superfluo es aislado y descartado como irrelevante. El jurista procede, por lo tanto, conforme a la regla *supervacua non nocent*, que también nos ha sido transmitida como *superflua non nocent*.<sup>109</sup> Florentino en el texto 19 se pronuncia claramente sobre la pertinencia de esta regla en la conclusión de la estipulación:

D. 45,1,65 pr. *Florentinus libro octavo institutionum*

*Quae extrinsecus et nihil ad praesentem actum pertinentia adieceris stipulationi, pro supervacuis habebuntur nec vitiabunt obligationem, veluti si dicas: ‘arma virumque cano: spondeo’, nihilo minus valet.*

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

<sup>108</sup> Vgl. Seiler (o. Fn. 97), S. 133. Vgl. etwa § 878 ABGB, Art. 20 II SchweizOR; Art. 1419 itCc; Art. 2.092 mexCc; Art. 1039 argCc; Art. 184 brasCc 2002; anders, nämlich im Zweifel für Nichtigkeit des gesamten Rechtsgeschäfts die (inzwischen in Rechtsprechung und Wissenschaft jedoch sehr eingeschränkten) Bestimmungen in § 139 BGB; Art. 181 griech. ZGB.

<sup>109</sup> So PS 3,4a,10; Arcadius C. 6,23,17 (a. 396) (zum Testament); Augustin, De civitate Dei 4,27 (*solet enim et a iuris peritis dici: superflua non nocent*).

comienzo de la Eneida de Virgilio”  
 “canto las armas y el héroe”, no deja  
 por esto de valer la estipulación.

Antes de responder a la pregunta estipulatoria, el promitente demuestra algo de cultura al citar tres palabras iniciales de la Eneida, a las cuales sigue su *Spondeo*. En sentido estricto, de esta forma se interrumpe la continuidad de la conclusión del negocio (*continuitas actus*),<sup>110</sup> que constituía uno de los requisitos de la forma de validez de la conclusión de la estipulación.<sup>111</sup> Imaginemos nada más, que el promitente en vez de las tres primeras palabras, recita los primeros tres libros de la Eneida hasta el verso 718: *conticit tandem factoque hic fine quievit*.

De cualquier forma, está documentado que para el periodo clásico alto y clásico tardío, que *aliquod momentum naturae intervenire potest* (Ven. D. 45,1,137 pr.) que un *modicum intervallum* (Ulp. D. 45,1,1,1) no es perjudicial, aun cuando no debe abarcar un día completo (Ven. D. 45,1,137 pr.).<sup>112</sup> Pero no es necesario seguir profundizando en ello, pues resulta evidente, que el relajamiento de la *continuitas actus* y la regla *supervacua non nocent* apuntan parcialmente a lo mismo y que ambas conducen al ablandamiento del alguna vez estricto formalismo estipulatorio.

#### 4. Corrección de la pregunta estipulatoria

Nuestra lectura del análisis de Ulpiano en D. 45,1,1,2-6 (Textos 13-17) ha permitido hacer manifiesto que la rigidez de la forma verbal ya había sufrido considerables limitaciones o atenuaciones en el clásico tardío. A esta idea corresponde, que la pregunta de la estipulación ocasionalmente fuera corregida. Esto lo demuestra el texto 20:

<sup>110</sup> Für Unechtheit daher Schulz, Classical Roman Law, 1951, S. 473 f., 482. Zum *continuus actus* bei der Stipulation siehe A. Wacke, *Ex post facto convallescere*, in: *Au-delà des frontières*, Fs. Woodkiewicz, Band 2, 2000, S. 1049 f.

<sup>111</sup> Ven. D. 45,1,137 pr.: *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 spopondisset*. Dazu Biondi, (o. Fn. 10), S. 297; für Interpolation etwa Riccobono I, S. 247, 252 ff.; Schulz (o. Fn. 111), S. 473 f., 482, auch noch Kaser, RP 1, S. 540 m. Fn. 22; Zimmermann (o. Fn. 15), S. 73.

<sup>112</sup> Vgl. ferner Iul. D. 45,2,6,3; Ven. D. 45,2,12 pr.

D. 38,1,39 pr. *Paulus libro septimo ad Plautium*

*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 hubiera estipulado diciendo: “¿prometes dar veinte mil sestercios si no me hubieras prestado diez días de servicios?”, cabe preguntar si acaso no debe darse ni la acción por los veinte mil, por haberse prometido esa cantidad para gravar la manumisión, ni la acción de los servicios, por no ser éstos el objeto de la estipulación. ¿Acaso debe fingirse que se prometieron los servicios a fin de que el patrono no quede absolutamente privado de toda acción? Por esto el pretor entiende que tan sólo se prometieron los servicios.

El patrono se hizo prometer del liberto, por vía de estipulación, veinte mil sestercios en el caso de que el liberto no prestase diez días de trabajo. Según interpretación firme, cuando el patrono se hacía prometer por el liberto dinero en vez de trabajo, esto constituía una limitación a la libertad que no estaba permitida; esto fue expresamente prohibido por la *lex Aelia Sentia* (año 4 a. C.).<sup>113</sup>

En nuestro caso (texto 20), la prestación de la promesa del liberto es finalmente el pago de veinte mil sestercios; la verificación de los días de trabajo se encuentra solamente *in condicione*. Se trata entonces, de una estipulación penal o también de una, así llamada, “pena convencional impropia”,<sup>114</sup> impropia, porque la promesa de sanción no asegura ninguna vinculación contractual. En consecuencia, Paulo explica esta situación de

<sup>113</sup> Ter. Clem. D. 40, 9,32,1 (*Non prohibentur lege Aelia Sentia patroni a libertis mercedes capere, sed obligare eos...*); Iul. D. 38,1,25; Einzelheiten bei P. Jaubert, *La lex Aelia Sentia et la locatio conductio des operae liberti*, RH 43 (1965) 1, 8 ff., 13 ff.; W. Waldstein, *Operae libertorum*, 1986, S. 175 ff.

<sup>114</sup> Vgl. Knütel (o. Fn. 66), S. 76 f.; W. Waldstein (o. Fn. 114), S. 249 f., 355, auch S. 160 f.; jeweils mit weiterer Lit.

manera muy acertada: los veinte mil no pueden ser exigidos, dado que la promesa de limitación a la libertad prohibida es nula, y los días de trabajo no pueden ser exigidos, porque no fueron prometidos. El patrono quedaba con las manos vacías.

Paulo aclara, que este resultado podía ser evitado mediante la suposición de que solamente fueron prometidos los días de trabajo y el pretor también aceptaba esto así. Solamente la acción prevista en la condición, y por ello, colocada bajo coacción indirecta, puede constituir el objeto de la promesa estipulatoria y así hacerse exigible directamente; de la pregunta estipulatoria: “*Si decem dierum operas non dederis viginti nummos dare spondes?*” “¿prometes dar veinte mil sestericios si no dieras diez días de trabajo?”, resulta la pregunta: “*Decem dierum operas dare spondes?*” “¿prometes dar diez días de trabajos?” El sentido de la pregunta estipulatoria se corrige con ayuda de una ficción (*an ... fingi debeant*).

Esto es un paso muy audaz. El pretor lo hizo presumiblemente con fundamento en la asesoría de los juristas de su concilio. Este paso permitía conceder en caso de litigio la establecida *actio operarum*.<sup>115</sup> No obstante, el pretor podía haber garantizado el derecho de acción aun sin recurrir a una ficción, mediante una *actio in factum*. El hecho de que no obstante, hubiese elegido el otro camino, lleva a concluir, que tanto él como los juristas que lo asesoraron, difícilmente atribuían relevancia esencial al formalismo estipulatorio. Por otra parte, es bastante probable, que esta decisión tenga precedentes y paralelos.<sup>116</sup>

## VI. CONCLUSIONES

Vamos a resumir nuestros resultados en cuatro breves puntos:

<sup>115</sup> Sie war eine *actio civilis*, die die beiden Fälle erfaßte, in denen die Verpflichtung auf Leistung der *operae* entstand, den Fall des *iusiurandum liberti* wie den der *stipulatio operarum*, O. Lenel, Das Edictum perpetuum, 3. Aufl. 1927, S. 338 f.

<sup>116</sup> Möglicherweise in Cels. D. 45,1,97 pr., verstanden im Sinne von M. Kaser, Die Stipulationsklausel “*quanti ea res erit*”, SZ 90 (1973) 209 Fn. 118; Knütel (o. Fn. 66), S. 74 ff. (dagegen etwa F. Sturm, Rez. Knütel, SZ 97 [1980] 422). Dies hängt von der schwer zu beantwortenden Frage ab, ob die *cautio vadimonium sisti* als Doppelstipulation oder als selbständiges Strafversprechen gefaßt war oder ob zwischen beiden Formen variiert wurde. Beachtlich dazu aus jüngerer Zeit J. Platschek, *Vadimonium factum Numerio Negidio?*, ZPE 137 (2001) 281 ff. Immerhin ist nicht erkennbar, daß aus der *cautio* auf etwas anderes als auf die Strafe geklagt wurde (also nicht auf das Interesse, abgesehen von Kautionen *sine poena*).

1. Del examen de los manuales del derecho romano resulta una impresión general, como la expresada por Fritz Schulz: “*Thus few rules had to be observed in the making of this contract (the stipulation), but those few had to be observed scrupulously*”.<sup>117</sup> Hasta el final del periodo clásico debe haberse mantenido la estricta observación de la forma.<sup>118</sup> Esta manera “idealista” de percibirlo no se encuentra en consonancia con las fuentes. Las fuentes permiten identificar más bien un paulatino desmantelamiento de la forma de la estipulación, que se hace evidente en los juristas alto-clásicos y que en los clásicos tardíos alcanza un estadio tan avanzado, que la base para la disolución de la forma en el posclásico queda lista.

2. También para la interpretación de la *stipulatio* resulta difícil demostrar la verdad del resumen de Max Kaser, que hubieren sido válidos “en todo su rigor, ciertos principios ligados formalmente al texto”.<sup>119</sup> La estipulación es interpretada a la luz de acuerdos complementarios, los cuales eran considerados, a veces, cuando no encontraban ningún punto de referencia en las palabras de la estipulación, pero sí puede reconocerse algún deber de prestación que las partes hubieran fundado bajo cierta modalidad.<sup>120</sup> Esto no solamente es válido en relación con las cuestiones accesorias, sino evidentemente también con la prestación principal prometida por estipulación. Los juristas clásicos, de esta manera, van parcialmente más allá de lo que actualmente consideramos posible en la interpretación de declaraciones sujetas a forma, con fundamento en la así llamada “teoría de los indicios” (*Andeutungstheorie*).<sup>121</sup>

3. El desmantelamiento del formalismo estipulatorio está relacionado con la interpretación que cada vez reduce más el peso del texto. Ambas se explican por el incremento de la consideración de la voluntad de las partes,

<sup>117</sup> Classical Roman Law, 1951. S. 473. Dem entspricht die Darstellung bei M. Kaser, RP 1, 1971, S. 540 und auch bei Zimmermann (o. Fn. 15), S. 72 ff. Anders etwa P. F. Girard/F. Senn, Manuel élémentaire, 8. Aufl. 1929, S. 519.

<sup>118</sup> Zimmermann (o. Fn. 15), S. 74 (“Throughout the classical period, however, he had to use the same verb as the stipulator”). Auch Riccobono, Bull. 31 (1921/22) 37 meinte: “La stipulatio invece non subì alcuna alterazione fino alla riforma di Leone”.

<sup>119</sup> So Kaser, RP 1, S. 541, vgl. oben Fn. 14.

<sup>120</sup> So etwa bei der *falsa demonstratio* (Lab.-Iav. D. 24,3,66,4; Ulp. D. 45,1,32).

<sup>121</sup> Danach müssen Umstände, die bei der Interpretation einer beurkundeten Erklärung Berücksichtigung finden sollen, in der Urkunde zumindest angedeutet sein, siehe etwa BGH 80, 242 und 80, 246; D. Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 8. Aufl. 2002, S. 128 f. (Rz 328-331).

cuya relevancia, incluso para la estipulación, encontró reconocimiento general a más tardar en el periodo alto clásico.

4. En el derecho de la estipulación, cuya estructura fundamental es clara y sencilla, es especialmente fácil dar seguimiento a la manera en que los juristas desarrollaron y utilizaron reglas de interpretación comúnmente aceptadas. En nuestro estudio de los textos encontramos muchas de estas reglas de interpretación. Sobre todo la interpretación según *id quod actum est*, de lo verdadera o razonablemente querido, y del *favor negotii*, es decir la interpretación de que *ut res magis valeat quam pereat* “es mejor que el negocio valga que perezca”. Al mismo tiempo dimos con las reglas *falsa demonstratio non nocet, supervacua non nocent, tot stipulationes quot res, utile per inutile non vitiatur* e *interpretatio contra stipulatorem*. Todas estas reglas son expresión evidente del práctico razonamiento jurídico; por lo cual encontraron, casi sin excepción, admisión en los ordenamientos jurídicos actuales.<sup>122</sup> Por su práctico razonamiento jurídico los juristas romanos son para nosotros hasta hoy en día un modelo; y lo seguirán siendo en el futuro.

<sup>122</sup> Für die aufgrund des Stipulationsformalismus entstandenen Regeln *tot stipulationes quot res* und *pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur* läßt sich das natürlich nur insoweit sagen, als ihre Grundgedanken – die separierende Betrachtungsweise und die Einbeziehung der Nebenabreden in den Vertrag – uns in der allgemeinen Vertragslehre selbstverständlich geworden sind, mögen auch andere Faktoren dafür wesentlicher gewesen sein.