

ESTUDIO ESPECIAL DE LOS ELEMENTOS FORMALES EN LA ESTIPULACIÓN

Por

NÚRIA COCH ROURA
Universidad de Lleida

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Romano 29 (2017)

RESUMEN: Los requisitos formales del contrato de stipulatio y su flexibilidad en la época clásica.

PALABRAS CLAVE: stipulatio, instrumentum, flexibilidad negocial.

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Forma y formalismo en la estipulación. 3.- Stipulatio: de la Wirkform a la Schutzform. 4.- Revisión de los requisitos formales de la stipulatio. 4.1. Oralidad. 4.1.1. Más fuentes en relación a la oralidad. 4.1.2. El verbo en la stipulatio. 4.1.3. Los tratos preliminares y la técnica de la remisión. 4.1.4.- Un caso concreto de remisión: D.17,2,71 pr. (Paul 3 epit Alf dig). 4.2. Unidad de acto. 4.3. Presencia de las partes. 4.4. Congruencia entre pregunta y respuesta. 4.4.1. La mera congruencia en las palabras. 4.4.2. Congruencia en relación a la condición y al término. 4.4.3. Congruencia en relación a la cantidad. 4.4.4. Más casos de congruencia. 5.- Conclusiones.

ABSTRACT: The formal requirements of the stipulation contract and its flexibility in classical times.

KEYWORDS: stipulatio, instrumentum, business flexibility.

1.- INTRODUCCION

Recientemente se ha publicado dentro de la Colección de Monografías de Derecho Romano de la editorial Dykinson -dirigida por el Profesor. D.. Antonio Fernández de Buján- la obra "La forma estipulatoria" trabajo con el que optamos al grado de Doctor en Derecho. Agradecemos a la Revista General del Derecho la oportunidad de dar difusión a nuestro trabajo.

El objeto de nuestro estudio es el contrato verbal de *stipulatio* y concretamente su forma y estructura externa. Lógicamente, la relación entre el contrato verbal de *stipulatio*

y su substrato lingüístico es más intenso¹ que en otras figuras contractuales². Este motivo es el que nos decidió a abordar el estudio de la *stipulatio* desde la perspectiva de la transmisión de las distintas formas estipulatorias en las fuentes romanas, de la manera más semejante posible a como en realidad éstas debieron producirse (al tratarse de un contrato verbal) y, en consecuencia, a tomar únicamente en cuenta las reflejadas en lenguaje directo³ y en especial

La abundancia de testimonios, dado el vasto campo de aplicación de la *stipulatio*, nos llevó, sin embargo, a acotar la muestra; nos centraríamos en el Derecho de obligaciones⁴, dejando fuera de nuestro estudio otros ámbitos dónde la estipulación también se manifiesta, como los negocios del derecho de familia, la sucesión *mortis causa*, los derechos reales,⁵ así como las estipulaciones pretorias⁶, que constituyen un núcleo aparte de las estipulaciones propiamente negociales⁷.

Presentamos ahora el capítulo segundo de nuestro libro el relativo al estudio de los elementos formales en la estipulación.

2. FORMA Y FORMALISMO EN LA ESTIPULACIÓN

¹ V. gr. ZIMMERMANN *The Law of Obligations* (Oxford 1996) pag. 69 ss.: "The Latin language does not provide any equivalent for this abstract affirmation (yes). It made allowance only for the concrete way of affirmatively responding to what had been asked in each particular instance by forming a small sentence consisting at least of subject and verb: An interesting example of how language reflects (or moulds?) a people's mind." Los filólogos han llegado a la conclusión que primero se aprende a negar antes que afirmar; esto podría explicar que en latín no exista el adverbio *sí*.

² Así también en un interesante trabajo WACKE *El pluralismo lingüístico y su reglamentación jurídica en el imperio romano*, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano XI* (Madrid 1999) PAG. ¿??, dedicado en su mayor parte a la estipulación (en el ámbito de los negocios *inter vivos*).

³ El uso de las 'comillas simples' para denotar el estilo directo facilita su localización en bases de datos como el proyecto *Digesten-computer* de la Universidad de Linz (MANNER/MEINHART).

⁴ Aceptamos, en este sentido, las dificultades que se pueden suceder al partir de una categoría que no existía propiamente en Derecho romano (cf. Gai. 3,88).

⁵ Se recurre a paráfrasis, ya que al utilizar expresiones como derecho de personas o derecho de obligaciones se está empleando terminología moderna. Esto no quiere decir que no aparezcan esporádicamente textos que se refieran a estos ámbitos, si son útiles para nuestro trabajo.

⁶ BIONDI *Contratto e Stipulatio* (Milano 1953) pag. 273 ss. "Talune *stipulationes* per svariatissime esigenze e diverso contenuto sono imposte dal pretore. Data la ripugnanza alla coscienza giuridica romana che una *obligatio*, ossia un vincolo della persona e del patrimonio, possa derivare direttamente dalla legge senza atto o fatto di colui sul quale dovrebbe cadere il vincolo, il pretore nei casi e tra le persone contemplate dall'editto impone una *stipulatio* con quel contenuto stabilito dallo stesso editto. Sorge e si sviluppa la serie assai numerosa delle *stipulationes praetoriae*, que hanno avuto la importante funzione di ampliare l'ordinamento giuridico." Entre otros trabajos BORTOLUCCI, *Sulla Cautio usufructuaria* BIDR 21 (1901) pag. 110 ss.; SOLAZZI *Note minime sulla cautio legatorum servandorum causa*, en *Scritti di diritto romano V* (Napoli 1972) pag. 186 ss., entre otros. KASER/HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht* (München 2ª ed. 1996) .

⁷ Si bien no todas las estipulaciones pretorias están asociadas a la marcha del proceso, v. KASER/KNÜTEL *Römisches Privatrecht* (München 17ª ed. 2003) pag. 492 marg. 11.

El estudio de la forma en la estipulación⁸ nos sirve para reflexionar sobre la importancia del formalismo en Derecho romano. En la Roma arcaica, para conseguir efectos jurídicos, se recurría a los actos formales p.ej *mancipatio*, *sponsio*, porque su realización conllevaba también consecuencias mágicas y religiosas; es la llamada 'form as the oldest norm'⁹. Los rituales mágico-religiosos estaban supervisados por los pontífices, que también se encargaban de la aplicación y desarrollo del derecho. Es decir, estos dos ámbitos: derecho y prácticas mágico-religiosas están interrelacionados. En los actos formales propios de la Roma arcaica, cualquier ligero error (con relación a las palabras que se había de pronunciar o los gestos a realizar) conducía a que no se produjese el efecto jurídico deseado, de ahí el famoso fragmento de Gayo.

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

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

3. LA STIPULATIO: DE LA 'WIRKFORM' A LA 'SCHUTZFORM'

Para nosotros hoy, es evidente que, con la idea de formalismo que hemos mencionado más arriba, se podía producir errores que pusiesen de manifiesto la discrepancia entre lo declarado (las palabras) y lo realmente querido; sin embargo, no podemos trasladar, sin más, este razonamiento a la época arcaica, sin el peligro de caer

⁸ MARCHESE/FORRADELLAS Diccionario de retórica, crítica y terminología literaria (Barcelona 2000) pag. 173 "En lingüística, el concepto de forma se actualiza tanto en el plano del contenido como en el plano de la expresión. Según Hjelmslev, la sustancia del contenido (lo que para Saussure era el pensamiento amorfo) recibe una forma, constituida por las unidades cognitivo-culturales propias de una lengua determinada; así la sustancia de la expresión (masa fónica) se estructura como forma en los significantes de la lengua." El concepto de forma en el contexto de la crítica literaria afecta a los planos de la expresión y del contenido; la forma en el derecho, por su parte a disposiciones o figuras externas que afectan en mayor o menor grado a la validez de un acto o negocio jurídico.

en una interpretación ahistórica. Hasta el último siglo de la República¹⁰ los juristas romanos no se dan cuenta (o no se plantean jurídicamente) esta posible discordancia. En la época arcaica, la voluntad de las partes sólo podía ser conocida a través de las palabras y gestos, en definitiva rituales, a cuya estricta observancia se anudan los efectos jurídicos¹¹. Es posible que si no se utilizaba la forma determinada, las partes mostrasen su interés de no contratar¹². Pensemos que, en una sociedad agraria, las transacciones no son muy usuales y que se revestía de importancia el acto realizado no sólo a nivel jurídico sino también en relación a la observancia de determinados usos sociales.

De la misma manera podemos considerar que la *stipulatio*, como acto formal, es adecuada a una sociedad primitiva o bien con limitados intercambios comerciales con el exterior¹³. La presencia de las partes es un corolario de la oralidad de la estipulación. Cuando, sobre todo a partir de la segunda guerra Púnica, Roma entra en una fase de expansión, pasan a utilizarse, cada vez más, los negocios no formales. Sin embargo, la *stipulatio* no desapareció, ni en el periodo clásico, que estudiamos, ni en la época postclásica ni en la época justiniana, y encontramos estipulaciones en la baja edad media¹⁴, y podemos poner de manifiesto un documento excepcional, suscrito en Burgos en 1258, en el que de una manera expresa alude a la celebración de una *stipulatio*. Aparece recogido en la colección de documentos del siglo XIII, procedentes de la Catedral de Valladolid. El documento refleja la devolución de un préstamo de dinero y fue otorgado por cambistas florentinos Gualterio de Burgo y Tucio Bernardi a favor del Cabildo de Valladolid, quien satisfizo en Burgos el 11 de julio de 1258 la cantidad más

⁹ ZIMMERMANN The law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. (Oxford reimpr. 1996) p. 82. El autor utiliza muy gráficamente el epígrafe para abordar el tema.

¹⁰ Va progresando el dualismo *verba stipulationis/conceptio verborum* y la *conventio* subyacente; y poniéndose de relieve la eficacia de la *conventio* en el plano pretorio.

¹¹ WASSERSTEIN, C. Form and formalism. A case study, en American Journal of Comparative Law 31 (1983) El autor, aunque no se refiere a la experiencia jurídica romana, pag. 630 "Nothing has happened if the form was absent because only by means of form were the public, religious, requirements of certainty and society fulfilled. For the same reason, just as nothing had happened in law, nothing had happened in fact."

¹² Podría ser una posible justificación que debe entenderse históricamente, para evitar entrar en el problema del error, de la discordancia *verba-voluntas*.

¹³ Piénsese en la limitación que supone el requisito de la presencia de las partes; si bien es cierto que esta limitación se atenuaba con la posibilidad de utilizar a un *filius familias*. Aún así esta prescripción resultaba inconveniente si las transacciones se vuelven frecuentes.

¹⁴ ARIAS BONET Recepción de formas estipulatorias en la baja edad media. Un estudio de las *promisiones* de las Siete Partidas. Boletín de la Facultad de Derecho de Coimbra (1967) vol.42 pags. 285 y ss. El autor se interroga sobre si las leyes de las Siete Partidas dedicadas a la promisión (tal es la traducción de la *stipulatio*) enlazan con una previa utilización práctica de ésta forma negocial. Asimismo NUÑEZ LAGOS La estipulación en las Partidas y el ordenamiento de Alcalá. (Discurso de la Real academia de Jurisprudencia y Legislación el 15 de junio de 1950..

intereses y precio de cambio, que previamente había recibido en Roma - de manos de Hugo de Burgo socio de dichos cambistas-. Se intercala la siguiente cláusula:

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

Substancialmente creemos¹⁵ que dos razones posibilitaron la continuidad¹⁶, con cambios y modificaciones de la *stipulatio*: por una parte el rigor de su tutela judicial mediante acciones *stricti iuris*¹⁷, que ofrecía una mayor seguridad al estipulante¹⁸ y, por otra parte, el que la *stipulatio* proporcionaba la ventaja de la abstracción¹⁹. Esta segunda característica debía ser fundamental en la época clásica, pues el sistema contractual romano ofrecía una limitación típica²⁰ en cuanto a los actos o negocios realizables²¹. En

¹⁵ Aunque el tema resulta interesantísimo, la demostración de estos postulados, que exponemos como posibles, desplazaría el ámbito temporal de nuestro trabajo hasta la baja edad media, ámbito que excede no sólo de nuestras posibilidades sino también del ámbito estricto del Derecho romano. Véase ARIAS BONET, J. A. La recepción de formas estipulatorias en la baja Edad Media, en. Boletín de la Facultad de Derecho de Coimbra 42 (1967) pag. 285 ss.

¹⁶ Aunque excede como hemos dicho del ámbito temporal de nuestra investigación, queremos resaltar que en el Fuero Nuevo o Compilación de derecho civil foral de Navarra (Ley 1/1973 de 1 de marzo) existe el título IX dedicado a las estipulaciones, la ley 515 las define como "los actos por los que una persona, mediante su promesa, se hace deudora de otra sin que ésta quede contractualmente obligada a cumplir una contraprestación".

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

¹⁸ BRANDILEONE La *stipulatio* nell' età imperiale romana e durante il medio evo (Roma 1928) pag. 7-y ss.

¹⁹ Debido a la característica de la abstracción, hay quien sitúa, en la Baja edad Media, a la estipulación como precursora del derecho cambiario.

²⁰ Tendríamos que distinguir entre tipicidad formal y tipicidad causal (pues hay contratos, como el mutuo, compraventa, comodato, etc...que son contratos típicos por su causa que no constituyen una 'forma negocial').

²¹ Entre otros muchos autores, V. TALAMANCA Istituzioni di Diritto Romano (Milano 1990) pag. 561 ss.; TALAMANCA. Contratto e patto nel diritto romano, en Digesto. Discipline privatistiche. Sez. Civile 4 (Torino 1989) pag. 58 ss.; CORBINO Il formalismo negoziale nell'esperienza romana (Torino 1994) pag. 85; VOCI La dottrina romana del contratto (Milano 1946) pag. 303 ss.; BURDESE Recenti prospettive in tema di contratto, en Labeo 38 (1992) pag. 200 ss.; WATSON The Evolution of Law. The Roman System of Contracts, en Law and History Review 2 (1984) pag. 1 ss.; BISCARDI A. Génesis y desarrollo del sistema contractual romano, en Temas de Derecho Romano (Barcelona 1987) pag.37 ss [y más recientemente FERNADEZ DE BUJAN, A. Derecho Privado Romano. \(Madrid 2.017\) pag 473-475.](#)

este sentido, el sistema contractual romano de la época clásica era un sistema típico²² en cuanto admitía unos tipos contractuales determinados²³ y no permitía la creación, mediante la autonomía privada de las partes, de nuevos modelos. Sin embargo, encontramos en esta época tres posibles fracturas (o, más bien, atenuaciones) de esta tipicidad.

La primera de estas atenuaciones hace precisamente referencia al objeto de nuestro estudio: la *stipulatio*, que es un contrato eventualmente abstracto²⁴, lo cual permite verter, en un molde formalmente típico, cualquier acuerdo de intereses entre las partes (bien entendido, dentro de los límites que imponen, entre otros, el carácter unilateral y de derecho estricto de la obligación generada). Además la *stipulatio* proporcionará también una cierta flexibilidad, entendida como la relevancia (en determinados casos) de la voluntad común de las partes, a fin de ajustar a sus intereses un rígido tipo, forma contractual. La estipulación -como es sabido- puede versar sobre cualquier prestación lícita; la voluntad expresada en la *conceptio verborum* es relevante, sin más; las aludidas muestras de flexibilidad tienen que ver con contenidos negociales queridos por las partes, pero no expresados con relación a elementos accidentales (se puede incorporar las condiciones o términos que juzguen oportunos o en vía interpretativa²⁵ (alcance del *quod actum*, términos implícitos...)

La segunda atenuación, se refiere a los contratos innominados y en concreto, a través de la tutela mediante la *actio praescriptis verbis*²⁶ o mejor —como algunos autores

²² Sobre la relajación de la tipicidad v., entre otros, RICCOBONO La formazione della teoria generale del *contractus*, en Studi Bonfante I (Milano 1930) pag. 125 ss; PUGLIESE Istituzioni di diritto romano (Torino 1991) pag. 525 ss.; TALAMANCA Istituzioni de diritto romano (Milano 1990) pag. 532 ss.

²³ Cfr. MELILLO *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano* (Nápoles 1994): "La tipicità, se da un lato esclude che si possa parlare di un sistema negoziale in senso moderno —com'è del resto naturale per un ordinamento, quale è quello romano, che affida largamente il suo sviluppo ai sistemi processuali e alla consuetudine— non indica tuttavia l'assenza di una organicità complessiva dei mezzi negoziali" (pag. 53). En este sentido, creemos que al referirse el autor a una 'organicità complessiva', alude, de hecho, a un sistema contractual; sólo vemos una diferencia terminológica, en la que el autor no ahonda. Lo que comprendemos es que resulte difícil comparar un sistema negocial típico con un sistema contractual moderno. Ello es, sin embargo, posible en el terreno de las reiteradas posibilidades de actuación que ofrecía dicho sistema típico.

²⁴ Vease V. TALAMANCA Istituzioni de Diritto Romano (Milano 1990) pag. 561 ss.; CORBINO II formalismo negoziale nell'esperienza romana (Torino 1994) pag. 85; SACCONI *Richerche sulla stipulatio* (Napoles 1989) pag. 80 ss.

²⁵ DOBBERTIN *Zur Auslegung der Stipulation im klassischen römischen Recht* (Zurich 1987). El autor trata del *id quod actum* en el primer capítulo (pag. 41 ss.)

²⁶ V. la serie de artículos: BURDESE *In margine ai contratti innominati*, en Bull.88. (1985) pag 397 y ss.; BURDESE *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, en Atti Seminario sulla problematica contattuale I. Milano 1988 pag.15 y ss; BURDESE *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in Diritto romano*, en Seminarios Complutenses dederecho romano 5. Pag 41 y ss (1993); BURDESE A. *Contratti innominati*, en Derecho Romano de Obligaciones.

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

La tercera de ellas es la influencia del consentimiento, entendido en un sentido amplio (es decir no limitado al momento inicial de la formación de cualquier contrato), que se extiende al establecimiento de la regulación contractual. La relevancia del

Homenaje al profesor J.L. Murga (Madrid 1994) pag.63 y ss.. Burdese estudia la tipicidad del sistema contractual romano a lo largo de distintas etapas históricas; dejando aparte la edad arcaica, el autor distingue las siguientes épocas, identificándolas, en algún caso, por los juristas más destacados:

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

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

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

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

5) Las Constituciones imperiales desde los Severos a Diocleciano: Burdese muestra tres constituciones (rescriptos) en las que aparece la fórmula clásica del *agere praescriptis verbis* análogamente a como aparecía en los contratos consensuales típicos; faltan en cambio, entre estas constituciones anteriores a Diocleciano, testimonios del reconocimiento de una *actio civilis*, sobre la base del modelo introducido por Aristón, salvo en algunos casos en materia de dote.

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

consentimiento dentro del sistema contractual romano²⁷ ha suscitado numerosas disputas entre los romanistas, en las que no podemos entrar, pues cada una de ellas podría dar lugar a un trabajo de investigación independiente²⁸.

En la actualidad, cuando pensamos en la forma de un acto jurídico, la consideramos "un añadido" al acto jurídico por razones de política legislativa y la tenemos en cuenta, como mucho, como un requisito adicional para la validez del mismo²⁹. Así, Dulckeit³⁰ distingue entre 'Wirkform' como forma efectiva o esencial para conseguir el efecto jurídico deseado y 'Schutzform' como forma protectora, que permite p.ej. que sea probado en juicio un acto jurídico determinado. Podríamos decir de ésta manera que, en la época arcaica, nos encontraríamos con actos negociales que tendrían en cuenta la 'Wirkform' una forma esencial, pero que también afectaría a los ámbitos social-religioso, político y económico. Esta Wirkform supone también un concepto más profundo: la aprehensión corporal simboliza la adquisición de un poder sobre la cosa aprehendida.³¹ Al producirse una evolución (no sólo jurídica, sino que también afectaría a los demás ámbitos que

acción (conservada en la compilación justiniana) parece confirmar la preexistencia de una pluralidad de remedios procesales.

²⁷ Cf. GROSSO *Il sistema romano dei contratti* (Torino 3ªed.1963 [la primera edición de la obra se remonta a 1945]); rec. de WOLFF H. J. *Iura* 2 (1951) pag. 263 ss.; BIONDI *Contratto e stipulatio* (Milano 1953), JUNTO A la reciente panorámica de BURDESE *Recenti Prospettive in tema de contratto*, en *Labeo* 38 (1992) pag. 200 ss.; WATSON *The Evolution of Law. The Roman System of Contracts*, en *Law and History Review* 2 (1984) pag. 1 ss.; TALAMANCA *Contratto e patto nel Diritto romano*, en *Digesto. Discipline privatistiche sez. civile* 4 (1989) pag. 58 ss.; BISCARDI *Génesis y desarrollo del sistema contractual romano*, en *Temas de Derecho Romano* (Barcelona, 1987) pag. 37 ss..

²⁸ Con todas las precisiones y acotaciones que son necesarias para tratar este tema y en especial al hacer relación a Ped.-Ulp. D. 2,14,1,3 (4 ed.); teniendo en cuenta el reflejo de la discusión reciente entre SANTORO *Il contratto nel pensiero di Labeone*, en *Annali Palermo* 37 (1983) pag. 304 ss. (que considera la célebre definición labeoniana (D. 50,16,19 [11 ed.]) de contrato como intercambio de voluntades, y SARGENTI *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, en *Iura* 38 (1987) pag. 25 ss.; IDEM *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, en *Iura* 39 (1988) pag. 24 ss. (que niega, con ciertas precisiones, esta concepción consensualística del contrato —sostenida también por Magdelain y Gallo—). Junto a los problemas que ha generado el texto de Labeón en D. 50,16,19 (Ulp. 11 ed.), en especial la postura minoritaria de D'ORS A. *Derecho Privado Romano* (Pamplona, 1983) pag. 517 y *passim* (con bibl. del mismo autor), quien sostiene la claridad del concepto de contrato de Labeón, que sería el genuino, y distingue entre *contractus* —categoría que incluiría sólo los contratos bilaterales perfectos— y *creditum*, que incluiría las restantes formas contractuales

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

²⁹ Una excepción en la cual el formalismo tenía una importancia intrínseca era en el ámbito cambiario. Sin embargo, las últimas modificaciones en la legislación cambiaria tienden, cada vez más, a reducir la importancia del formalismo..

³⁰ Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht, en *Festschrift Schulz* vol. I (Weimar 1951) pag. 160 ss.

³¹ ZIMMERMANN R, *The law of obligations* (Oxford 1996) pag.82 y ss.

hemos citado³²) el *instrumentum, cautio* o *scriptura* pasarían a tener la consideración de 'Shutzform', documentos con función probatoria .

4. REVISIÓN DE LOS REQUISITOS FORMALES DE LA STIPULATIO

4.1. Oralidad

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

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

Tab. I,1. *Si in ius vocat, ito. Ni it, antestamino: igitur em capito*³³.

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

³² Pues realmente se produce una modificación en la sociedad, al pasar del estado-ciudad al imperio universal.

B) El latín es un idioma que no tiene el adverbio afirmativo 'sí'³⁴ por lo tanto, si la *stipulatio* consiste en una pregunta seguida de respuesta, en la respuesta debe utilizarse el verbo estipulatorio empleado en la *interrogatio* ; sin embargo en algunos casos no sucede así (v. infra)

C) Posibilidad de la utilización de otras lenguas.

La mayoría de estipulaciones³⁵ recogidas por escrito —refiriéndonos siempre al ámbito negocial— están en latín, este es el presupuesto del que partimos, y nos limitaremos al estudio de las mismas.

Sin embargo, como ya hemos apuntado, cabía la posibilidad de la utilización de otras lenguas, en función de si, la institución jurídica en cuestión pertenecía al *ius civile* o al *ius gentium*³⁶ y especialmente dependiendo de la lengua de las partes intervinientes. Vamos a ver brevemente la situación que debía producirse en la época clásica.. En primer lugar, debemos destacar la situación del griego; esta lengua no tiene la misma consideración que las demás lenguas bárbaras. Así Cicerón³⁷ distingue *Graecia*, *Italia* y *Barbaria*, como una posible clasificación aplicable también a la situación lingüística existente en su tiempo. Es decir, después del latín, el griego mantiene una posición predominante, y se consideraba que la educación de un joven romano debía comprender, entre otras materias, el conocimiento de la lengua griega³⁸. De hecho, la Cancillería imperial, desde Claudio hasta la época post-clásica, estaba dividida en dos secciones *ab epistulis Latinis* y *ab epistulis Graecis*. Sin embargo, el griego no se generalizará en el ámbito jurídico hasta la época de Justiniano.

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

D. 45,1,1,6 (Ulp. 48 Sab.) *Eadem an alia lingua respondeatur, nihil interest. proinde si quis Latine interrogaverit, respondeatur ei Graece, dummodo*

³³ Si uno es llamado a juicio, vaya. Si no va, llámese a testigos y luego se le aprehenda.

³⁴ ZIMMERMANN The law of obligations (Oxford 1996) pag 69 yss "the promissor could not, for instance, shrug off the question and thus try to avoid a reflection of its content by simply answering "yes", the Latin language does not provide any equivalent for this abstract affirmation. It made allowance only for the concrete way of affirmatively responding to what had been asked in each particular instance by forming a small sentence consisting at least of subject and verb: an interesting example of how language reflects (or moulds?) a people's mind. (vide supra nota 5)

³⁵ SIMON D, Studien zur Praxis der Stipulationsklausel (München 1964) pag.33 y ss . Este estudio sobre la cláusula estipulatoria afronta el estudio de las fuentes papirológicas, donde abundan los testimonios en lengua griega.

³⁶ KASER Ius gentium (Köln 1993) pag. 19 y ss.; 142 y ss.

³⁷ WACKE A, El Pluralismo lingüístico y su relamentación jurídica en el imperio romano. Seminarios Complutenses de Derecho Romano XI (Madrid 1999)

³⁸ MARROU Histoire de l' education dans l'antiquité. (Seuil 1981) pag. 374 ss.=Historia de la educación en el antigüedad EUDEBA (1970)

congruenter respondeatur, obligatio constituta est: idem per contrarium. sed utrum hoc usque ad graecum sermonem tantum protrahimus an vero et ad alium, Poenum forte vel Assyrium vel cuius alterius linguae, dubitari potest. et scriptura Sabini, sed et verum patitur, ut omnis sermo contineat verborum obligationem, ita tamen, ut uterque alterius linguam intellegat sive per se sive per verum interpretem.

Gai. 3,93³⁹

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

D. 46,4,8,4 (Ulp. 48 Sab.) Filius familias promittendo patrem civiliter non obligat, sed se obligat: propter quod accepto rogare filius familias potest, ut se liberet, quia ipse obligatus est, pater autem acceptum rogando nihil agit, cum non sit ipse obligatus, sed filius. idem erit et in servo dicendum: nam et servus accepto liberari potest, et tolluntur etiam honorariae obligationes, si quae sunt adversus dominum. quia hoc iure utimur, ut iuris gentium sit acceptilatio: et ideo puto et Graece posse acceptum fieri, dummodo sic fiat, ut Latinis verbis solet: # exeis labwn dynaria tosa; exo labwn. #

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

Es interesante y sugestiva la propuesta que hace Wacke⁴⁰, en el sentido de considerar cumplido el requisito del *congruenter respondere* aún con el cambio de idioma entre la pregunta y la respuesta, y matiza este autor que es posible que se admitiesen en primer lugar las estipulaciones cuya pregunta y respuesta se formulaban en la misma lengua, es decir, el caso de estipulaciones homólogas (entendiendo por estipulaciones

³⁹ V. infra el verbo en la *stipulatio* ap. 2.3.1.2.

⁴⁰ WACKE Gallisch, Punisch, Syrisch oder Griechisch statt Latein?, en SZ 110 (1993) pag. 32.

homólogas las que emplean el mismo verbo en la pregunta y respuesta), que en el caso en que se utilizasen lenguas distintas en la pregunta y respuesta.

De nuestro estudio de las fuentes epigráficas podríamos concretar una tercera categoría de estipulaciones, las que se realizan en la misma lengua pero se reflejan verbos distintos en la pregunta y en la respuesta⁴¹. Pero, al tratarse de una Testatio redactada en lenguaje indirecto (tercera persona), no puede deducirse el empleo de verbos distintos.

4.1.1.- Más fuentes en relación con la oralidad

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

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

Gayo se ocupa de la oralidad en otros fragmentos:

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

⁴¹ Así en un fragmento de las Tablillas de Transilvania transcrito más arriba [AP. 1.1.3.3.], que se refiere a la compra de una casa.

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

verba stipulantis exaudire debet.

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

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

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

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

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

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

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

Es curioso que, teniendo Gayo⁴² una monografía sobre la obligación verbal que trata sobre *De verborum obligationibus*, estos fragmentos que tratan del requisito de la oralidad en general, provengan de obras de carácter elemental como las *Institutiones* o las *res cottidianae*⁴³.

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

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

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

Ulpiano también tiene varios textos interesantes en este sentido:

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

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

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

⁴² KUNKEL *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* (Wien 1967)

⁴³ Hubo una viva discusión sobre el tema ; a favor de la post-clasicidad de las *res cottidianae*: ARANGIO-RUIZ *Ancore sulle res cottidianae*, en *Studi Bonfante* (Milano 1930) pag. 491 ss.; WOLFF, H.J. y GROSSO. A favor de la clasicidad de la obra: TALAMANCA *Istituzioni di diritto romano* (Milano 1990) pag. 508. Recientemente PARICIO *Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana*, en *Homenaje al profesor José L. Murga* (Madrid 1994) pag. 54 (con bibl.) matiza al respecto: "Frente a la hipótesis mayoritaria hasta no hace mucho, según la cual dicha obra no procedería directamente de Gayo, una parte de la doctrina más reciente se muestra cada vez más proclive a admitir la autoría gayana. No se puede descartar que así fuera, pero debo reconocer que en los escritos de estos últimos años no he encontrado argumentos lo bastante persuasivos como para modificar mi convicción personal de que las *res cottidianae* se deberían a un reelaborador de la primera época post-clásica que trabajaba sobre la obra de Gayo". V.

non obligari pro eo nec fideiussorem quidem.

Este texto corresponde al fragmento 2949 del tomo II del la Palingenesia de Lenel⁴⁴; estaría (sin olvidar que la reconstrucción de Lenel es conjetural) situado al inicio del libro XLVIII (*ad Sabinum*) sobre *de verborum obligatione*, bajo un subepígrafe que hace referencia a las estipulaciones inútiles. Creemos, por tanto, que los principios que contiene pueden ser de alcance general. El libro anterior (del comentario *ad Sabinum*) se refiere al *vadimonium* y el posterior (49) a unos supuestos concretos como son *de stipulatione servorum...*

En este importante fragmento de Ulpiano, podemos resaltar dos circunstancias especialmente. En primer lugar, como veremos, al tratar del verbo en la estipulación (v. ap. 4.1.2), es la única muestra de la jurisprudencia romana que admite que no se deba responder a la *interrogatio* con un verbo. Aunque, como hemos puesto de manifiesto, en latín no existía el adverbio 'sí', hubiese sido posible sustituirlo por otras expresiones asertivas: claro, porque no, etc. (*quid ni?*). Sin embargo, entre todos los textos examinados en el Digesto y en las fuentes epigráficas, es el único caso en que tal cosa se autoriza. Existiría, por tanto, esta posibilidad pero sería escasamente utilizada. Podría tratarse, más bien de un relajamiento del formalismo oral, en el contexto de la jurisprudencia clásica tardía (Ulpiano).

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

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

Los dos primeros fragmentos de Ulpiano que hemos examinado son de carácter más introductorio y pertenecen a los comentarios *ad Sabinum*; mientras el último texto que hemos citado procede de los comentarios al Edicto, y trata el problema de la oralidad, no desde la perspectiva de un requisito general de la estipulación, sino desde la óptica de un uso particular de esta: la promesa de dote. Con carácter general al leer el texto, nos podríamos plantear que forma se utiliza para constiutir la dote y sus efectos en éste caso. En todo caso, la frase que cierra este fragmento creemos que tiene un carácter

asimismo COMA FORT *El Derecho de obligaciones en las Res Cottidianae* (Madrid 1996) pag. 13 ss.

⁴⁴ *Palingenesia Iuris Civilis* vol. II (reimp. Aalen 2000) col. 1186.

valor general, pues aparece en la Palingenesia de Lenel⁴⁵ encuadrada en un sub-epígrafe que hace referencia al dolo y, por ello, nada obsta a que se pueda aplicar a todo tipo de estipulaciones el *quoniam qui dari non poterat, stipulari non poterat*; es decir, no puede estipular válidamente el que no es capaz de hablar con discernimiento, ya sea, como en este caso, impúber o bien, mudo.

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

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

Se trata de un pasaje muy controvertido (se plantea la temática de la 'degeneración' post-clásica de la estipulación), creemos que Paulo esta haciendo referencia a la utilización, cada vez más generalizada en su época del *instrumentum*, con el fin de recoger o los tratos preliminares de una estipulación o bien el contenido complejo de una *stipulatio*, al cual las partes se remitían al realizar el acto oral. Paulo, en este sentido, dice que no quedamos obligados por el *instrumentum* sino por la declaración *oratio* que este encierra, pues necesariamente debe acompañarle una estipulación oral. Sin entrar a fondo⁴⁶ en el texto de Paulo, lo que a nuestros efectos nos interesa es el final del mismo: *quam quod vocibus lingua figuratis significaretur*, en este sentido admite el jurista que se puede quedar vinculado por las palabras pronunciadas.

En cuanto al contexto palingenésico, es significativo que no se incluya en el libro XLV del Digesto. El fragmento ⁴⁷aparece situado bajo la rúbrica *de pactis* del libro III *ad edictum* de Paulo que lleva por título *De iuris dictione*.

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

PS 2.3. *Stipulatio est verborum conceptio ad quam quis congrue interrogatus*

⁴⁵ Paling.cit. vol.II col. 467.

⁴⁶ RICCOBONO S, *Stipulation and the theory of contract* (Amsterdam/Capetown 1957) pag.11 "One of the most notable texts adduced was D.44,7,38 where the *figura litterarum* and the *oratio* are expressly contrasted, in the second part of this fragment the phrase *non minus valere quod scriptura* was conveniently interpreted in the sense that a *cautio stipulatoria* had full efficacy as an obligation not by itself alone, but by virtue of the pronouncement of solemn words which its existence presupposed. This interpretation, however, was not universally accepted and much controversy prevailed as to the true meaning of this fragment which was quoted sometimes as an authority for, sometimes as an authority against, the obligatory force of the written instrument."; PASTORI F, *Il negozio verbale in diritto romano* (Bologna 1994) pag. "l'efficacia meramente probatoria del documento è concezione ribadita in tutto il diritto classico come si evince da D.44.7.38. Il documento scritto può avvicinarsi alla *apocha*, o sia la quietanza, la quale produce l'estinzione dell'obbligazione solo in quanto il pagamento sia effettivamente avvenuto, al contrario della *acceptilatio*, la quale determina l'estinzione dell'obbligazione per effetto intrinseco dell'atto."

⁴⁷ Pal. Vol.I col.971

respondet: velut SPONDES? SPONDEO... et tam pure quam sub condicione concipi potest.

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

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

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

En las estipulaciones se debe cumplir la formalidad verbal como pone de manifiesto Paulo. Los dos últimos fragmentos pertenecen a las *Pauli sententiae*, obra que se suele aceptar procede de la época post-clásica. Si consideramos que esta obra pertenece a la época post-clásica, podemos observar que se mantiene la utilización de las solemnidades verbales, aunque desde luego está generalizado el uso de la documentación (con alcance en su mayor parte probatorio, pero también aligerando la formalidad oral al permitirse una remisión al contenido del documento) ya desde la época clásica⁴⁸.

Por último, parece que, en la época clásica⁴⁹ hubo tres juristas que escribieron monografías sobre la estipulación: Sexto Pedio, Pomponio y Venuleyo Saturnino. De estos autores nos han llegado muestras únicamente de la obra de Venuleyo Saturnino (unos treinta fragmentos), que no dejan ver la sistemática⁵⁰ original de la *stipulatio*. Gayo por otra parte realizó una monografía sobre *De verborum obligatio*.

4.1.2.- El verbo en la *stipulatio*

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

⁴⁸ El interés de estos fragmentos radica en examinar la continuidad de los principios clásicos.

⁴⁹ BRETONI Storia del diritto romano (Bari 1991) pag.280.

⁵⁰ LENEL Palingenesia cit. vol. II col. 1218 hace el siguiente comentario: "*Qualis fuerit in his libris rerum ordo, ex his quae supersunt non potest pro certo expediri. Suspicio autem prioribus libris generaliter actum fuisse de stipulationibus, posterioribus libris de stipulationibus praetoriis.*"

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

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

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

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

Parece que el verbo usual para poner un ejemplo de estipulación es el verbo *spondes*, sin embargo, en tal caso estaríamos propiamente ante una *sponsio*, reservada (únicamente) a los ciudadanos romanos. Mientras que la *stipulatio*, como institución del *ius gentium*, admite, como vemos en el texto, distintas posibilidades, en cuanto al verbo a emplear.

B. Nicholas⁵¹ sostiene y argumenta una teoría según la cual el *ueluti* que aparece en el fragmento 3,92 puede tener un carácter ilustrativo o bien un carácter exhaustivo, y este autor se decanta por la segunda opción; para B.Nicholas, en relación a la estipulación clásica, existirían un número determinado de verbos: los que enumera Gayo. El autor enlaza esta teoría con la evolución postclásica de la estipulación y en especial

⁵¹ NICHOLAS The form of the Stipulation in Roman Law, en The Law Quaterly Review 69 (1953) pag.63 ss. "Thus, on the evidence considered so far, it is at least possible that in the time of Gaius the stipulation consisted of a question and answer in certain fixed traditional words, and the corresponding Greek versions of these words had been recognised. Nor is this, a priori, at all surprising. Indeed it is usually assumed that (the) originally only *spondeo* was recognised, ant the other were allowed as time went on, until eventually, by the time of Gaius at any rate, any question and answer sufficed."

con la Constitución de León del 472. Sin embargo, aunque el autor argumenta su tesis, ésta nos parece posible pero improbable, y no ha recibido el respaldo de la doctrina. Por lo que admitimos, que la enumeración de Gayo es puramente ilustrativa y pueden utilizarse tantos verbos como pueda proporcionar la lengua latina (en su caso) para realizar una promesa.

Esta enumeración de verbos latinos (y no sólo latinos) posibles, (idénticos en la pregunta y en la respuesta) pero naturalmente, en tercera persona en la *interrogatio*, y en la primera en la *responsio*, que encontramos en los famosos fragmentos de Gayo, constituye una norma de general aceptación entre los romanistas; sin embargo, como ocurre a lo largo de las *Istitutiones*, el jurista tiende a la simplificación, en aras de una mayor claridad; pero, si acudimos a otras fuentes jurídicas (incluyendo las epigráficas), nos damos cuenta de que la realidad ofrecía mas posibilidades⁵².

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

Esto no sucede en todos los documentos epigráficos (sí que sucede en los quirógrafos) y en algunos textos de los que hemos recogido del Digesto. Naturalmente es reflejo de la plasmación en estilo indirecto de la *conceptio verborum* y en éste caso no podemos hablar de la utilización de "verbos distintos" sino que se corresponde con la plasmación de lo dicho por otros.

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

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

Se recurre aquí también al uso de una partícula para hacer referencia al contenido negocial de cláusulas previamente formuladas (*haec...*) pero, no se utilizan dos verbos distintos, ni dos veces el mismo verbo, sino que aparece únicamente un solo verbo: *spondesne*. Esto suscita el problema de cómo se estructurarían las acciones relativas a uno u otro tipo de responsabilidad para evitar el efecto consuntivo de la *litis contestatio*. Este aspecto esta relacionado también con la máxima interpretativa *tot stipulationes quot*

⁵² WACKE El pluralismo lingüístico y su reglamentación jurídica en el imperio romano, en Seminarios Complutenses de Derecho Romano vol. XI (Madrid 1999) pag. 117 ss. Por lo que se refiere a la práctica provincial, PÓLAY Die Rolle der Stipulation in den Urkunden der Siebenbürgischen Wachstafeln, en The Journal of Juristic Papyrology. vol. XV (Varsovia 1965) pag.

*res*⁵³ (Ulp. D.45,1,29 pr. y Paul. D. 45,1,140 pr.); es decir, hay tantas estipulaciones como objetos y, por tanto, se permite la reclamación procesal en función de los distintos objetos, como se puede ver en D. 21,2,32,1 *in fine* (Ulp. 46 Sab.). Aquí tenemos una muestra clara de la conexión entre forma estipulatoria y régimen jurídico de la obligación verbal⁵⁴

La segunda técnica a la que nos referíamos al iniciar éste epígrafe es la relativa a las estipulaciones penales. Actualmente la terminología que se utiliza es la de estipulaciones penales independientes (selbständige Strafvorsprechen) y estipulaciones penales dependientes, conjuntas o dobles (Doppelstipulationen). Así también Knütel⁵⁵ se considera el introductor del anterior dualismo (Selbständiges Strafvorsprechen/Doppelstipulationen) que intenta reemplazar la vieja contraposición entre pena convencional en sentido propio y pena convencional en sentido impropio.⁵⁶ En las *Doppelstipulationen* hay dos preguntas que se cierran, cada una, con el verbo *spondes*, (o con el que corresponda). El objeto de cualquiera de las dos estipulaciones, ya sea la prestación originalmente solicitada o la pena para el caso de incumplimiento, puede exigirse mediante una *actio ex stipulatio*.(podría producirse problemas por concurso de acciones). No ocurre lo mismo con la estipulación penal independiente, en la cual hay un único verbo *spondes*, es decir, a diferencia del caso anterior, no hay más que una estipulación pero se incluye un comportamiento configurado como la condición que desencadena a la estipulación.

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

No creemos que esta terminología: pena convencional en sentido propio y pena convencional en sentido impropio, se pueda trasladar o aplicar al Derecho romano; pues,

185 ss; PÓLAY Die Verträge der Wachstafeln aus Dakien (Budapest 1972) pag. 510 ss.

⁵³ La aplicación de este principio, como veremos en el capítulo tercero, tiene un carácter tópico y no normativo estricto apart. 3.3.5..

⁵⁴ SCHMIDLIN B, Die Römischen Rechtregeln (Köln 1970) pag.73 y ss El autor dice al tratar de la regla *tot stipulationes quot res*, que en la estipulación no se puede comprender varias prestaciones particulares. Si se establece una estipulación de este tipo, ésta se descompone en tantas estipulaciones como prestaciones han sido prometidas. Este efecto adquiere validez independientemente de la voluntad de las partes, que sólo pueden concebir el objeto de la obligación como una unidad simple.

⁵⁵ KNÜTEL *Stipulatio poenae*. Studien zur römischen Vertragsstrafe (köln 1976) pag. 10 ss.

⁵⁶ Sin embargo hay autores que se oponen o introducen matices a esta terminología (Sturm aboga por la terminología tradicional y Talamanca acepta el dualismo introducido por Knütel pero no su argumentación).

en este caso, lo decisivo no es que el comportamiento que sirve de soporte a la pena sea exigible o no autónomamente, sino que este comportamiento sea exigible mediante *stipulatio*, y no mediante una acción de buena fe —por ejemplo—. ⁵⁷ como bien dice Knütel.

El texto del Digesto que generalmente se toma como punto de partida para la clasificación de las estipulaciones penales es ⁵⁸:

D. 45,1,115,2 (Pap. 2 quaest.) *Item si quis ita stipuletur: 'si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?' Pegasus respondit non ante committi stipulationem, quam desisset posse Pamphilus dari. Sabinus autem existimabat ex sententia contrahentium, postquam homo potuit dari, confestim agendum et tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quo minus hominem daret, idque defendebat exemplo penus legatae. Mucius etenim heredem, si dare potuisset penum nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit, idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem et ipsius rei naturam. itaque potest Sabini sententia recipi, si stipulatio non a condicione coepit, veluti 'si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?', sed ita concepta sit stipulatio: 'Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?' quod sine dubio verum erit, cum id actum probatur, ut, si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur. sed et si ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur aut pecunia petatur.*

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

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

En definitiva, en un texto del Digesto Ulp. D. 45,1,1,2 encontramos que el promitente puede responder con un *quid ni?* (porqué no?). También aparece recogida la posibilidad de que se responda en otra lengua p.ej. en griego, en púnico, en sirio ⁵⁹.

⁵⁷ KNÜTEL *Stipulatio Poenae*. Studien zur römischen Vertragstrafe. (Köln 1976) pag.25 y ss

⁵⁸ KNÜTEL *Stipulatio Poenae*. Studien zur römischen Vertragstrafe. (Köln 1976) con bibl. pag. 122 ss.

⁵⁹ Un ejemplo *Gai* 3,93

Asimismo encontramos la posibilidad de utilizar un solo verbo que sirva para garantizar distintas prestaciones, como vemos en las variantes propias de un formulario en el caso de los de Varrón. En ellos se aplicaría el principio *Tot stipulationes quot res*. Mientras que en el caso de las estipulaciones penales, si se trata de una estipulación independiente sólo existe un objeto garantizado por la estipulación, la pena; En las estipulaciones penales dobles para asegurar dos objetos ha de haber necesariamente dos verbos estipulatorios

4.1.3.- Los 'tratos preliminares' y la técnica de la remisión

Creemos que, al hacerse más complejo el tráfico jurídico y en particular el negocial, la simple estructura estipulatoria (pregunta/respuesta) no se adaptaba a las nuevas necesidades y fue surgiendo el fenómeno de hacer referencia en la estipulación, a los tratos o convenciones preliminares que se hubiesen tenido, antes de celebrarse la estipulación, y para ello se utilizaba la técnica de la remisión, para evitar la repetición de toda la negociación en la estipulación (v.gr Paul D.17,2,71 pr.. *Haec quae supra scripta sunt ea ita dari fieri neque adversus ea fieri (spondes)?*)

Este fenómeno de los tratos preliminares, teniendo en cuenta que esta terminología puede no ser adecuada puesto más que una negociación puede tratarse de un contenido negocial vinculante⁶⁰, se va generalizando..

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

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

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

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

⁶⁰ Un ejemplo: D.45,1,134,1 (Paul.15 resp.)

Paul. D. 45,1,134,1 (15 resp.) *Idem respondit: plerumque ea, quae praefationibus convenisse concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita creduntur, sic tamen ut non ex ea repetitione inutilis efficiatur stipulatio.*⁶¹

Para Talamanca⁶² el anterior supuesto y otros dos, Paul. D. 12,1,40 y Paul. D.14,4,2-3 (3 ad ed) están relacionados. El autor considera que para Paulo se trata siempre de un problema de la integración de la formalidad de la *verborum obligatio*: en un caso el aspecto tomado en consideración es el efectivo intercambio entre la *interrogatio* y la *responsio*, que aparece -salvo prueba en contrario- probado también en un documento en el cual unilateralmente se hace referencia; en el otro caso se trata de recavar de las circunstancias del caso una más amplia sustentación de los *verba stipulationis*, en definitiva ampliar el contenido de la estipulación.

Para Knütel⁶³ Paul. D. 45,1,134,1 (15 resp.) encierra una regla de Derecho con eficacia limitada. El principio contenido en esta regla viene a equivaler al *pacta in continentia facta* de la *lex Lecta* (= Paul. D. 12,1,40): el pacto de pago aplazado entra en el contrato principal. Es sabido, dice Knütel,⁶⁴ que Paulo comparado con Ulpiano tiende a la sistematización y a la visión dogmática y por tanto, afirmaciones como las del fragmento citado nos sorprenden, más aún cuando él mismo las limita con palabras como *plerumque*. Por lo demás, las fuentes examinadas confirman que la estipulación se extendía a los acuerdos que subyacen a la *conceptio verborum*. Sin embargo, se trataba de casos en los que el tenor estipulatorio era más o menos dudoso y, por tanto, habría lugar para una interpretación según los pactos que la acompañaban, como por ejemplo la regulación del vencimiento.

Estas remisiones, a algo que se halla fuera el formulario estipulatorio, las podemos también considerar como una muestra de la eficacia de la *conventio* en la *stipulatio* y como una muestra de la complejidad creciente del tráfico comercial (del que son reflejo las cláusulas estipulatorias de las que se habla a continuación). En la mayoría de los casos, esto es ciertamente debido a la complejidad de las cláusulas estipulatorias. Como dice

⁶¹ "Respondió el mismo: con frecuencia lo que se conviene en las conversaciones previas a la estipulación se considera reiterado en la misma estipulación, pero siempre que no sea para quitar eficacia a la estipulación".

⁶² TALAMANCA *Conventio e stipulatio*, en *Atti del Convegno di diritto romano [Siena]* (Napoli, 1991) pag. 209 ss.

⁶³ KNÜTEL *Stipulatio und Pacta*, en *Festschrift für Max Kaser zum 70 Geburtstag* (München, 1976) pag. 230.

⁶⁴ KNÜTEL *Stipulatio und Pacta*, en *Festschrift für Max Kaser zum 70 Geburtstag* (München, 1976) pag.232 y ss.

Ricobbono⁶⁵, no es preciso pronunciar de palabra todo el contenido de la estipulación, sino que se puede hacer una remisión al mismo (a un documento, a un clausulado..), siempre que todo se cierre con una pregunta y una respuesta congruente. En este sentido, parece lógico pensar que, debido a su elaboración, estamos ante una técnica que se utilizaba en derecho clásico; sin embargo, Levy-Bruhl⁶⁶ pone de manifiesto que esta técnica se utilizaba ya en las ceremonias de los Feciales, y dice el mismo autor, que las promesas solemnes se podían realizar: o repitiendo textualmente y sin errores la palabras solemnes⁶⁷, o bien haciendo una remisión a los formularios en poder de los Feciales. De esta manera, parece que la técnica de la remisión era conocida y utilizada desde la época arcaica, pero suponemos que se extendería a otros ámbitos y con otros objetos que esta más allá de la muestra que nos ofrece Levy-Bruhl. Es previsible que se incrementase su uso, debido al aumento de la complejidad de las relaciones jurídicas y económicas, como consecuencia de la expansión y dominio territorial de Roma.

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

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

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

⁶⁵ RICOBBONO sv *stipulatio*, en *Novissimo Digesto Italiano* (LUGAR AÑO) pag. 447 ss. V. también en este sentido SACCONI *Ricerche sulla stipulatio* (Napoli 1989) pag. 156 ss.

⁶⁶ LEVY-BRUHL "La *congruentia* dans la stipulation", en *Archives de droit privé* 16 (Atenas, 1953) pag. 49 ss.

⁶⁷ Existían, además, una serie de signos externos; pues el magistrado que iniciaba su cargo permanecía sentado mientras el que interrogaba —el magistrado saliente— estaba de pie.

Este fragmento, además de ponernos de manifiesto algunos usos de la *stipulatio*, nos muestra que la remisión provoca que el contenido de la estipulación de garantía sea un *incertum*⁶⁸. Del texto se desprende las vacilaciones y dudas de Ulpiano al respecto.

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

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

Para Talamanca,⁶⁹ en este caso de *acceptilatio* se produce una ruptura de la autonomía de la *conceptio verborum* y lo compara con un caso de Paulo D.34,5,21 pr., en el cual se hace referencia al esclavo Estico, pero hay varios con ese nombre; es decir un caso de ambigüedad. Según Talamanca, en tal caso se procede a una indagación del *id quod actum est* y, en el caso de que no se pueda determinar, no se puede concluir *nihil agitur*, sino que se da a la *conceptio verborum* toda su abstracta potencialidad (es decir, extinguir todas las estipulaciones vigentes entre las partes). Mientras la determinación del *quod actum est* restringe ese ámbito virtual. En la progresión casuística, no limitada a un rígido encuadramiento sistemático, se puede fácilmente incidir en la autonomía de los *verba* y sobre el carácter autosuficiente de la *verborum obligatio*. En el plano del *ius civile* se da a la *conventio* un relieve para solucionar la ambigüedad de los *verba*.

Para Molla Nebot⁷⁰, este caso muestra un aspecto de la congruencia aceptilatoria; es decir, que la declaración del promitente coincida con la del aceptilante. En el supuesto en el cual no quede definida la obligación que se pretende extinguir, se puede considerar que es producto de la *ambigüitas verborum*.

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

⁶⁸ Las consecuencias de que la estipulación tenga un objeto determinado o indeterminado tienen consecuencias en el ámbito jurídico, y en especial en la tutela procesal (*condictio, actio ex stipulatu...*)

⁶⁹ TALAMANCA M, *Conventio e Stipulatio nel sistema dei contratti romani. Le droit romain et sa reception en Europa* (Varsovia 1978) pag.226 y ss.

⁷⁰ MOLLA NEBOT, M.S. *Extinción formal de las obligaciones verbales. La acceptilatio*. (Madrid 1993)

4.1.4.- Un caso concreto de remisión: D. 17,2,71.pr. (Paul. 3 epit. Alf. Dig.)

Queremos advertir que a lo largo de éste epígrafe, se entremezclan tres fenómenos bien distintos : 1) la función probatoria del documento; 2) la remisión a un clausulado negocial, que permite no recargar la interrogatio, y la manifestación de la causa stipulationis. Iniciamos el epígrafe con estas aclaraciones pues al tratar Paul.D.17,2,71 pr. como una unidad independiente, sistemáticamente se nos hace difícil mantener la separación de los fenómenos que forzosamente están interrelacionados en el fragmento.

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

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

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

El texto esta situado en la Palingenesia de Lenel⁷¹ en el libro tercero de Alfeno Varo (, que incluye distintas rúbricas (de hereditatis petitione, de rei vindicatione, pro socio, de emptione et venditione, de locatione conductione, de in factum actionibus, de dotibus), es decir, se refiere a distintas acciones; sin distinguir si se trata de acciones in rem o de

⁷¹ LENEL *Palingenesia Iuris Civilis* cit. vol. I col. 47.

bonae fidei iudicia . *Se han conservado unicamente trece fragmentos de este libro y siete digesta .. El supuesto de la sociedad de los gramáticos está lógicamente incluido en el apartado pro socio.*

Siguiendo la teoría tradicional, en la *Doppelstipulation* existen dos prestaciones, la que es objeto de garantía y propiamente la pena (la estipulación penal). Puede decirse que ambas prestaciones son debidas, generalmente no se pueden exigir ambas pues lo impide la regulación del concurso de acciones. En este sentido, encontramos también dos verbos *spondes*. Este texto es especialmente interesante para nuestro trabajo por diversas razones y especialmente por el fenómeno de la remisión., como veremos a continuación.

Queremos advertir que a lo largo del estudio del fragmento hay cierta confusión entre las ideas que provienen de Servio y las que son originales de Alfeno⁷²

Un primer problema metodológico deriva de la forma en que Alfeno responde a la pregunta planteada: no directamente, sino proponiendo un caso imaginario⁷³ y, a través de él, llega a solucionar el caso. Esta técnica hace que la exégesis sea más difícil, puesto que tenemos que tener en cuenta este doble plano: caso real—caso imaginario. Sobre éste problema metodológico volveremos más adelante, al intentar solucionar el caso.

En segundo lugar, otro problema que nos plantea el pasaje es la referencia: *pacto conventum societatis*. Parece que lo normal, si dos personas deciden crear una sociedad para enseñar gramática, sería hablar de un contrato de sociedad, y no de un *pactum convento societatis*. En la época que escribe Alfeno, los contratos consensuales han sido recibidos en el ámbito del *ius civile*. La doctrina dominante considera que, ya en una época republicana avanzada, se ha producido la citada recepción de los contratos consensuales⁷⁴. También reforzaría esta teoría el hecho de que Quinto Mucio conocía ya el contrato de sociedad, como se puede ver en el famoso texto sobre la sociedad leonina:

⁷² BISCOTTI Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano (Milano 2002) pag.200 "Altro punto rilevante, nell'esaminare passi dei Digesti di Alfeno Varo, è quello relativo alla paternità dei responsi in essi contenuti. Anche a questo proposito la dottrina è sostanzialmente concorde nel ritenere che tale materiale giurisprudenziale sia nella più larga parte attribuibile a Servio Sulpicio Rufo, cui sarebbero riferibili i molti 'respondit' rintracciabili nei passi alfeniani."

⁷³ V. HORAK *Rationes decidendi* SZ vol. I (1969) pag. 205 ss.

⁷⁴ Así BURDESE sv. *contratti innominati*, en Derecho Romano de obligaciones. Homenaje a J.L. Murga. cit. pag. 63 ss. dice "Tra III e I secolo a.C. in relazione a un profondo mutamento economico sociale que vede intesificarse dei traffici internazionali ed interni, si vengono infatti anzitutto individuando nella prassi negoziale e riconoscendo ad opera della giurisprudenza con conseguente concessione di tutela pretoria (da parte del pretore sia peregrino che urbano) tramite l'instaurazione di arbitria honoraria di buona fede, le quatro figure di contratti consensuali (*emptio-venditio, locatio-conductio, societas e mandatum*)."

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

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

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

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

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

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

El primer significado de la expresión pactum, es una acepción muy utilizada por los juristas romanos; proviene del antiguo verbo pacere que aparece ya en el léxico de las XII Tablas (v. Tab. 1,6 s.; 8,2) y que, posteriormente, generó el más moderno término pacisci, que se utiliza con el significado de 'acuerdo'. El término pactum fue perdiendo amplitud en la época republicana (restringiéndose su uso al pactum de non petendo, y a algún otro), mientras el término conventio va acentuando su importancia.⁷⁵

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

D. 2,14,7,7 (Ulp. 4 ed.) Ait praetor: 'Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebiscita senatus consulta decreta edicta principum, neque

⁷⁵ Véase el tratamiento de BURDESE A Sulle nozioni di Patto, convenzione e contratto in diritto

quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo.'

Por lo que hace a la conventio:

D. eod. 1,3 s. (Ulp. 4 ed.) ...

Este título ha sido muy estudiado, tanto desde el contenido de la rúbrica de *pactis et conventionibus*⁷⁶, como desde el punto de vista de su ubicación en la sistemática del Edicto⁷⁷.

Volviendo a nuestro D. 17,2,71 pr., no abundan las explicaciones convincentes del inciso *pactum conventum societatis*. Hay incluso autores que pasan por alto esta formulación⁷⁸.

De todas las opiniones, es la que fue sostenida por Grosso en su *Sistema romano dei contratti*, la que considerámos más adecuada. Decía Grosso que la expresión *pacta conventa* era utilizada para poner intensamente de manifiesto el carácter consensual de algunos tipos de contrato (en este caso se trata de un contrato de sociedad). No habría, pues, contradicción entre los términos *pactio-conventio-contractus*, sino que los dos primeros términos reforzarían el carácter consensual del último⁷⁹. Sin embargo, nos encontramos con opiniones contrarias de autores como Arangio-Ruiz, para el cual *pacta conventa* pone de manifiesto que no se ha celebrado un contrato de sociedad, sino que existen más bien unos tratos preliminares y de ahí la expresión voluntariamente confusa ("sottilmente scelta", dice Arangio) del jurista⁸⁰.

romano en Seminarios complutenses (Madrid 1993) pag 41 y ss.

⁷⁶ LENEL *Palingenesia Iuris Civilis* cit. vol. II, col. 433. Se refiere al comentario de Ulpiano ad Edictum

⁷⁷ LENEL *Das Edictum Perpetuum* (Leipzig. 1927) ; MAGDELAIN *Le consensualisme dans l'édit du préteur* (Paris 1958); Más recientemente ALBURQUERQUE J.M. *La protección jurídica de la palabra dada en derecho romano :Contribución al estudio de la evolución y vigencia del principio general romano « pacta sunt servanda » en el Derecho europeo actual.* (Cordoba 1997) pag 121 y ss ; En torno a la formulación edictal *pacta conventa servabo* (Cordoba 1990) pag 128. ; BISCOTTI B , *Dal Pacere ai Pacta conventa . Aspetti sostanziali e tutela del fenómeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano.* Milano (2002) pag 115 y ss.. De hecho la teoría de Magdelain era que el sistema contractual romano se cerraría durante el Principado, mientras que en el periodo anterior estaría abierto a la tutela de nuevas figuras por vía del Edictum de *Pactis* estas teorías no fueron aceptadas mayoritariamente debido a la escasez de fuentes tardorepublicanas, y la dificultad por reconstruir el evolución prehadriana del Edicto.

⁷⁸ BIANCHINI M *Studi sulla Societas* (Milano 1967) pag 27 y ss

⁷⁹ GROSSO G, *Il sistema romano dei contratti* (Torino 1950) pag.33 yss; BURDESE *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 5 (1993), pag.41 a 67.

⁸⁰ ARANGIO-RUIZ *La compravendita in diritto romano* (Napoli 1987) pag. 63 ss. "Dalla frase *in pacto convento societatis*, sottilmente scelta, mi sembra, al fine de evitare che sorgese nel lettore l'idea che fosse senz'altro postulato il perfezionamento del contratto consensuale."

También, como Arangio, F. Gallo⁸¹ sostiene que la expresión *pacta conventa* pone de manifiesto la existencia de una categoría intermedia entre pacto y contrato⁸², pero la falta de fuentes jurídicas, en las que fundamentar ésta teoría, y la cronología del texto (comienzos del Principado), nos hace desechar la posibilidad de ésta categoría intermedia.

Sin embargo, el Profesor Miquel nos sugirió verbalmente una explicación plausible y sugerente de la expresión *pacta conventa societatis*: que se hiciese referencia a los estatutos de una sociedad. Esta posibilidad también es citada por Knütel⁸³, y es la que consideramos más satisfactoria.

En cuanto a los orígenes de la *societas*, la doctrina está de acuerdo en apuntar al *consortium ercto non cito*, la antigua comunidad familiar. Sin embargo, autores como Talamanca precisan aún más⁸⁴, y apuntan que la sociedad consensual ha tenido probablemente dos orígenes diferentes. Por una parte, la *societas omnium bonorum* es la continuación del *consortium ercto non cito* y también otro tipo de sociedad general, la *societas omnium quae ex quaestu veniunt*. Por otra parte la sociedad comercial se desarrolló en el tráfico en las provincias y encontró primero protección en la jurisdicción pretoria, y así, en ese contexto, se forma el esquema de sociedad consensual tutelada por un *iudicium bonae fidei*, esquema que se trasladará a las relaciones entre *cives* y será usada para regular la gestión en común de patrimonios enteros (*omnium bonorum*).

El esquema societario tiene, en la experiencia romana, una aplicación muy amplia, tanto para gestionar patrimonios enteros o bien una actividad determinada (*societas unius rei*), como en el caso del pasaje que ahora examinamos. Podía llevar a la formación de un patrimonio común (*communio*) (aunque no actúa como persona jurídica frente a terceros⁸⁵), o bien simplemente limitarse a generar relaciones obligatorias

⁸¹ GALLO *Synallagma e conventio nel contratto* (Torino 1992) pag.56 ss.

⁸² BISCOTTI *Duo societatem coierunt. Appunti per uno studio di alcune fonti tardo-repubblicane in tema de società*, en Atti del II Convegno sulla problemática contrattuale in diritto romano (Milano 1995) pag. 87 ss. "Innanzitutto Alfeno nomina, come si diceva, un *pactum conventum*, che una prima volta viene detto *societatis*, ed una seconda *de societate facto*: questo modo di esprimersi lascia intravedere l'esistenza di una categoria vasta, costituita dai *pacta conventa*, dei quali un'applicazione specifica sarebbe rappresentata da quello di *società*, che viene in considerazione nel caso di specie." Como se puede ver, Biscotti apunta la misma teoría que Gallo, pero, de igual no ha sido aceptada mayoritariamente por la doctrina..

⁸³ KNÜTEL *Stipulatio poenae* (Köln/Wien 1976) pag. 67 n.10.

⁸⁴ TALAMANCA *Istituzioni de diritto romano* (Milano, 1990) pag. 597.

⁸⁵ MIQUEL *Derecho Privado Romano* (Madrid 1992), pag.328.

obligatorias entre los socios⁸⁶, esto hace que la caracterización de la sociedad sea genérica, que comprenda ambas modalidades.

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

Arangio-Ruiz⁸⁷ piensa, en este sentido, que, si bien sociedad y copropiedad podrían estar relacionadas, no se puede deducir que la copropiedad sea una consecuencia necesaria de la sociedad ni que la sociedad sea la única causa de copropiedad. Pone Arangio-Ruiz como ejemplo el caso de una sociedad entre dos profesores que quieren repartir sus ganancias enseñando un idioma extranjero; esta sociedad, dice Arangio que no da lugar a copropiedad (*communio*), pues la relación entre los socios que quieren constituir una sociedad no depende de que pongan en común unos bienes es un tema de la naturaleza de las aportaciones de los socios, como en el caso de las *societates publicanorum*.

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

Arangio-Ruiz⁸⁸ sólo admite una sociedad *re contracta* en la época post-clásica, añadiendo que se le ha dado más importancia de la debida, pues no pasó de ser una modesta corriente en la época post-clásica. Sin embargo, parece que hoy la hipótesis de la existencia de una *societas re contracta* ha sido abandonada⁸⁹. De cualquier manera, el problema fundamental, del origen de la sociedad, no lo pretendemos abordar con toda

⁸⁶ En este sentido, habría que precisar que, como consecuencia de una *societas unius rei* (sin poner, en principio, un patrimonio en común) surgiría evidentemente un montante del hecho de poner las ganancias obtenidas a consecuencia de la actividad desarrollada por la sociedad.

⁸⁷ ARANGIO-RUIZ V, *La Società in diritto romano* (Napoli 1950) pag. 32 y ss

⁸⁸ ARANGIO-RUIZ V, *La Società in diritto romano* (Napoli 1950) pag.63 y ss

⁸⁹ BIANCHINI *Studi sulla societas* (Milano, 1967) pag.71 ss.

su amplitud pues no es decisivo para nuestro estudio, una vez determinado que existía el contrato consensual de sociedad en la época de Alfeno y que podía tratarse de una sociedad particular, en la cual lo fundamental era la realización de una actividad profesional y no la puesta en común de un patrimonio, como ocurre en el caso de la sociedad de los gramáticos.

El tercer problema, y el más importante para nosotros⁹⁰, que plantea D. 17,2,71 pr., es nuevamente el relativo a la redacción de un documento por escrito (*in pacto convento societatis proscripterunt*⁹¹). Hemos de volver a insistir en la época en la cual situamos el pasaje, es decir, en la República tardía, (al tratarse de un fragmento de Servio-Alfeno). No podemos hablar todavía de la evolución-degeneración de la *stipulatio* recogida en una constitución de León en el año 427 d.C. (ep. 2.3.1.3.)

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

*En el caso de Paul. D. 17, 2, 71 pr.(ep. 2.3.1.2.) podemos decir que se trata de la redacción de un documento probatorio, que creemos responde a la necesidad de fijar el contenido en el caso de que las estipulaciones cruzadas tengan gran complejidad⁹². Esta práctica, aunque no muy frecuente⁹³, sería un factor desencadenante de las modificaciones del contrato de *stipulatio* clásico (tal Y como hoy lo conocemos), puesto que, en el *instrumentum* al que se hace referencia en la *stipulatio*, aparecería la causa de la misma, por encima de los *verba*. Este es un elemento más a tener en cuenta cuando hablamos de la flexibilidad de la *stipulatio*, es decir, la posibilidad de ajustar un complejo *clausulado* negocial en el molde oral de la *stipulatio* y su reflejo en el sistema contractual romano. Podemos poner otro ejemplo de la técnica de redactar un documento probatorio, que sirve para poner de manifiesto las causas de la estipulación⁹⁴.*

D. 45,1,140 pr. (Paul. 3 ad Ner.) Pluribus rebus praepositis, ita stipulatio facta

⁹⁰ Creemos que todo el excurso anterior es necesario para afrontar este tercer problema.

⁹¹ Creemos que es una expresión imprecisa, de hecho, no se puede leer con toda claridad el verbo; en la Vulgata se lee *perscripserunt*, y Cuyacio suponía un *praescripserunt*.

⁹² BISCOTTI *Dal pacere ai pacta conventa* (Milano 2002) pag 209 "Innanzitutto, come si è detto, l'uso del verbo *proscribere* ha indotto parte de la dottrina a pensare al *pactum conventum* come ad un documento probatorio."

⁹³ Otros ejemplos D. 45,1,134,1; (eod. 134,3?); D. 45,1,140; D. 46, 2, 27.

⁹⁴ LINARES *Compromisum y receptum arbitri*, en Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor J.L. Murga (Madrid 1994) pag. 709 ss. destaca que lo que cuenta es el intercambio de

est: 'ea omnia quae supra scripta sunt, dari?' propius est, ut tot stipulationes, quot res sint.

D. 45,1,134,1 (Paul. 15 resp.) Idem respondit: plerumque ea, quae praefationibus convenisse concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita creduntur ...*D. eod. 134,3* Idem respondit, quotiens pluribus specialiter pactis stipulatio una omnibus subicitur, quamvis una interrogatio et responsum unum subiciatur, tamen proinde haberi, ac si singulae species in stipulationem deductae fuissent.

La stipulatio (a diferencia de la primitiva sponsio, que podía tener su origen en un juramento), es un negocio totalmente laico, consistente en el intercambio congruente de pregunta y respuesta; es un contrato eventualmente abstracto. La stipulatio sustituyó a la primitiva sponsio en un tiempo en que la escritura ya esta difundida y ésta, se convierte en un instrumento de prueba de las palabras pronunciadas. A menudo se recurre a las tabulae ceraeque para documentar un negocio. Uno de los casos de documentación más antiguas de estipulaciones se encuentra en el tratado De agricultura de Catón.⁹⁵

Durante el Principado, se desarrolla y se consolida la práctica de confiar al documento escrito la memoria del negocio realizado, y esto se hace muy a menudo a través de las testationes y de los quirógrafos, que tuvieron difusión en Roma por influjo de la praxis negocial griega. Testationes (documento en el que se describía objetivamente el negocio efectuado) y quirógrafos⁹⁶ (documento redactado por una persona a quién puede afectar lo que en él está inscrito) no tenían eficacia constitutiva y sólo constituían un medio de prueba⁹⁷ (pero no el único, ni con un valor privilegiado).

La legislación post-clásica se alinea⁹⁸ (al contrario de lo que había hecho la cancillería imperial hasta Diocleciano) a favor de las concepciones provinciales y, por lo que respecta a la eficacia probatoria privilegiada del documento, ésta parece avanzar en el siguiente sentido: la parte procesal contra la cual se exhibe un documento tiene la alternativa bien de negar los hechos, diciendo que son falsos, o de someterse a su

estipulaciones, y no su documentación.

⁹⁵ Vide supra

⁹⁶ TALAMANCA sv. Documento e documentazione, en *Enciclopedia del Diritto* vol. XIII (Milano 1964) con bibliografía, pag. 548; GROSSO *Singraphae, stipulatio e ius gentium*, en *Labeo* 17 (1971) pag. 7 ss. (= Comunicazione alla XXV sessione della Société d'histoire des droits de l'antiquité 'Fernand de Visscher' [Viena 1970])

⁹⁷ TALAMANCA M, Documento e Documentazione cit. pag. 555 "È dottrina comune ed indiscussa che il diritto romano classico conoscesse —in linea di massima— soltanto il documento probatorio, al quale non era riconosciuta una posizione preminente rispetto agli altri mezzi di prova."

⁹⁸ ASTUTTI *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano Parte generale* (Milano 1952) pag 85 y ss ; KASER *Röm. Privatrecht*, 2 pag. 373 y ss

eficacia probatoria⁹⁹. Por otra parte, empieza a modificarse el sistema de reparto de la carga de la prueba (pasando a tener la la carga de la prueba) el que afirma la falsedad del documento). En la época post-clásica y justiniana los documentos que se redactaban en tablas enceradas pasarán a redactarse en pergaminos y en papiros. Justiniano establece (completando disposiciones anteriores una prelación en la Nov. 72 del año 538, en la cual se exigen una serie de requisitos añadidos como la presencia de tres testigos o la *comparatio litterarum*).

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

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

dos socios prometen:

1) (en forma estipulatoria o no, según veremos) cumplir un contrato de sociedad que ha sido recogido por escrito.

2) (de nuevo en forma estipulatoria o no) pagar una pena si se contraviene lo pactado.

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

1) '*haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri?*'

2) '*si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari?*'

Servio-Alfeno no responde directamente la pregunta, sino que plantea una variante irreal que le sirve para resolver el caso¹⁰⁰

Ese supuesto imaginario que se debe al jurista es:

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

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

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

⁹⁹ De esta manera, el documento recibe un valor probatorio vinculante, en los límites de la *querella* de falsedad.

¹⁰⁰ V. HORAK *Rationes Decidendi* (Aalen Scientia 1969) pag. 205 ss.; DAUBE *Slightly different*,

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

Esta solución del caso imaginario presenta un problema a tener en cuenta: el de la novación de un *bona fidei iudicium*¹⁰¹. Dice Servio-Alfeno *futurum fuisse, ut, si novationis causa id fecissent, pro socio agi non possit...* Nos encontramos, pues, que, para solucionar el caso imaginario (en el cual existirían dos estipulaciones, siguiendo a Knütel¹⁰², existiría una estipulación penal doble o estipulación penal dependiente¹⁰³.

Para que exista novación, la estipulación realizada debería ser de la modalidad 4), cuando, en realidad, los gramáticos utiliza las modalidades 1) y 2) dado que la modalidad 3), ya pertenece al supuesto imaginario. Sin embargo creemos que el enunciado de 4) (o de 3) se debe sobreentender en el enunciado de 1) (*haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri?*). Es decir, el jurista realiza una elipsis, se hace elisión del verbo *spondes?*, al referir la *interrogatio* y, en caso de admitir esta elipsis, no habríamos de recurrir al *animus novandi*. Aunque hay que aclarar que el *animus novandi* no tiene que ver con el defecto de forma denunciado por Servio-Alfeno.

Si, por el contrario, los gramáticos hubieran utilizado la expresión contenida en el número 4) (o en el número 3), al formular el caso, deberíamos admitir la posibilidad de que el *animus novandi* se añade al negocio verbal para la novación del contrato de sociedad en la *stipulatio*; es decir, deberíamos seguir la tesis de quienes dicen que, en algunos casos el *animus novandi* puede ser clásico¹⁰⁴

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

En ambos supuestos, tanto si consideramos que es la misma estipulación la que nova el contrato de sociedad (aunque se recoge sólo una formulación abreviada que omite el *spondes* final, como si admitimos la posibilidad del *animus novandi*, (como ya hemos dicho desaparecería el obstáculo formal advertido por Servio-Alfeno); nos encontraremos con el mismo problema antes apuntado, y que ha sido objeto de estudio por David

en IURA 12 (1961) pag 81 y ss..

¹⁰¹ DAUBE *Novations of Obligations Giving a bonae fidei iudicium*, en SZ 61 (1948) pag. 91 ss.

¹⁰² KNÜTEL *Stipulatio poenae* (Köln 1976) pag. 31 y ss

¹⁰³ KNÜTEL *Stipulatio poenae* (Köln 1976) pag. 29: La estipulación doble o estipulación penal dependiente es aquella en la que el comportamiento (o pacto?) objeto de refuerzo con la pena es también exigible mediante *stipulatio*.

¹⁰⁴ KASER M RP I (München 1971) pag 648

Daube¹⁰⁵: "Certainly, an obligation giving a *bona fidei iudicium* could be novated just as much as any other. But to achieve novation the whole of that was owing had to be promised, neither more or less. That is to say the promise had to be of '...whatever must be given or done under the old obligation', of *quidquid dare facere oportet* or something to the same effect on the basis of *bona fides*."

Es decir, Daube sostiene que, para novar un contrato de buena fe, la estipulación novatoria debe tener un tenor que permita recoger toda la complejidad del contrato consensual subyacente, es decir: ¿Todo lo que tuvieras que dar o hacer en razón de la buena fe, lo prometes? De esta manera, se trasladarían las excepciones pretorias a la estipulación novatoria. Esta estipulación novatoria empezaría, según Daube, con un '*quidquid dare facere oportet...*', pero también creemos que se podrían utilizar otras partículas como '*quod*' o bien, en el supuesto que tratamos, '*haec, quae supra scripta sunt*', puesto que la remisión amplía a un formulario negocial, tema de este apartado de la estipulación novatoria permitiría recoger la flexibilidad del *iudicium bona fidei*. A estas partículas *quidquid, quod, quae supra scripta sunt...* se les está dando una función pronominal, (son, de hecho, pronombres) que sustituye al sintagma que recoge el contenido del *bona fidei iudicium*¹⁰⁶.

Planteado el problema de la novación, vamos a reflejarlo sobre la estipulación imaginaria de Alfeno¹⁰⁷: 3) '*haec ita dari fieri spondes?*' y sobre la que proponemos que debería ser la intención de Alfeno 4) '*Haec qua supra scripta sunt ea ita dari fieri neque adversus ea fieri spondes?*'

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

¹⁰⁵ Novation of Obligations Giving a *bonae fidei iudicium*, en ZS 61 (1948) pag. 93.

¹⁰⁶ CORBINO *Il formalismo negociale nell'esperienza romana* (Torino 1994) pag 64 El autor dice que, en la antigua *sponsio*, las partes (del negocio) no tenían que formalizar el contenido integro del negocio dentro de la *interrogatio-responsio*, sino sólo pronunciar la pregunta y la respuesta el que enmarcan el negocio realizado. Dicha *sponsio* podía obligar, tanto a un comportamiento elemental (*centum mihi dari spondesne? spondeo?*), como a un comportamiento complejo, en cuyo caso se redactaría así: '*haec, quae supra diximus, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri spondesne? spondeo?*'.

¹⁰⁷ Indagar en la intención de Alfeno pertenece al terreno del psicoanálisis, las formulaciones 3) y 4) son formulaciones nuestras, pueden considerarse equivalentes por otro lado a *haec ita dari fieri spondes?* y *ea ita dari fieri spondes?*. Estas son dos *interrogationes* consideradas suficientes por Alfeno para producir el efecto (novatorio) de que *tota res in stipulationem translata videretur*, que admitimos a continuación.

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

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

Se sobreentiende de la solución de Alfeno que, al no existir un *spondes* al final de la primera promesa, no habría novación y, por tanto, subsistiría la posibilidad de accionar *pro socio*. Es decir, en términos actuales, Alfeno no considera que el supuesto planteado constituya una doble estipulación¹⁰⁸, sino de una estipulación penal independiente o principal: es decir existiría un concurso alternativo en caso de incumplimiento de los pactos sociales entre la acción derivada del contrato de sociedad y la exigibilidad de la pena. Para Alfeno existiría una única estipulación¹⁰⁹.

Para Horak¹¹⁰, la solución de Alfeno es demasiado rigurosa, pues se puede suponer que el *spondes* final cubre las dos conductas, y, desde un punto de vista lingüístico, esta interpretación sería más satisfactoria. Asimismo apunta a que **un resto del viejo formalismo del *ius civile*** impediría a Alfeno¹¹¹ dejarse llevar por el lenguaje. Para que exista una pena convencional en forma de 'Doppelstipulation' es necesario, todavía a finales de la República, que encontremos dos *interrogationes* cerradas con sendos *spondes*.

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

Si Alfeno es tan formalista como para exigir 'ad substantiam' la presencia de la palabra *spondes*, al final de la primera *interrogatio*, debería consecuentemente

¹⁰⁸ Recordemos que, en Derecho romano, lo decisivo para que exista doble estipulación es que la obligación principal pueda ser exigida mediante *stipulatio*, y no (v.gr.) a través de un *iudicium bonae fidei*.

¹⁰⁹ En este sentido también la exégesis que hace KNÜTEL en *Stipulatio poenae* cit. pag. 67 ss.

¹¹⁰ HORAK F, *Rationes Decidendi* (Aalen Scientia 1969) pag. 205 y ss

¹¹¹ En la solución del caso dado por Alfeno, cuando éste utiliza '*si ea ita facta non essent, decem dari?*', podemos considerarlo como una simplificación y resumen de las dos promesas cruzadas en el caso real.

exigirla también al final de la segunda *interrogatio* ('si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari?').

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

Si volvemos al caso planteado en Paul.. D. 17,2,71 pr.. *Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent et quod ex eo artificio quaestus fecissent, comune eorum esset: de ea re quae voluerunt fieri in pacto convento societatis proscripserunt, deinde inter se his verbis **stipulati** sunt...*

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

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

4.2.- Unidad de acto

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

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

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

Para Riccobono¹¹² el final del texto: *intervallum enim medium non vitavit obligationem* esta interpolado al igual que los siguientes:¹¹³:

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

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

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

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

Desde nuestro punto de vista, en la época clásica la forma en los negocios solemnes o formales mostraría ya una cierta flexibilidad, que los distanciaría del rigor de épocas anteriores¹¹⁴. Flexibilidad en virtud de la que se consideraría absurdo invalidar una estipulación, por un estornudo o bien no se considera interrumpida la estipulación por pronunciar un fragmento de Virgilio al tiempo que se respondía con un *spondeo* en el fragmento de Florentino¹¹⁵ en D. 45,1,65¹¹⁶.

¹¹² RICCOBONO SZ 35 (1914) pag. 252-253.

¹¹³ ZIMMERMANN op.cit. pag.73 considera probablemente interpolados ambos textos.

¹¹⁴ MACCORMACK Formalism, Symbolism and Magic in Early Roman Law (Aberdeen AÑO) pag. 439 ss. "Certain assumptions, often made about formalism in general, have been applied to the formalism of early Roman law: that it is to be found in legal systems at the beginning of their development, that is primarily to magical or religious action and therefore (by implication) that it characterised the legal system when it was not clearly differentiated from magic or religion."

¹¹⁵ Florentino ha de recurrir en este caso a la máxima "*utile per inutile non vitiatur*"

¹¹⁶ D. 45,1,65 (Flor.8 inst.) *Quae extrinsecus et nihil ad praesentem actum pertinentia adieceris stipulationi, pro supervacuis habebuntur nec vitiabunt obligationem, veluti si dicas: 'arma virumque*

En este sentido, creemos que tiene razón Biondi al afirmar que: "non si tratta soltanto di unità temporale ma di continuità di affare"¹¹⁷; parece que no sólo deberíamos tener en cuenta la duración del intervalo. Venuleyo D.45,1,137 pr. admite que las declaraciones del estipulante y promitente deben ser continuas; aunque pueda separarlas "un momento natural" , el jurista llega a admitir un plazo de un día, en el cual el acto puede no ser válido por incongruencia, pero si no hay incongruencia no parece que Venuleyo tuviera dificultad en aceptar éste lapso de tiempo, como posible en cuanto al requisito de la unidad de acto.

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

Es por esta razón apuntada por Biondi -por la existencia de varios textos que pueden interpretarse en este sentido: Juliano D.45,2,6,3 (52 dig.); Venuleyo¹¹⁸ D.45.1,137 pr(1 de stip.), D.45, 2,12 pr (2 de stip), Ulpiano D.45,1,1,1 (48 ad Sab)- por lo que creemos que, no sólo la posibilidad de flexibilizarlo se empezaría a discutir en la jurisprudencia clásica, sino que esta forma de entender el principio de la unidad de acto se generalizaría en ésta época.

4.3.- Presencia de las partes

De acuerdo con el carácter verbal de la estipulación, el contrato se debe realizar *inter praesentes*¹¹⁹. Y, en nuestra opinión, la rigidez de este principio¹²⁰ (Ulp.D.45.1,1 pr. fue determinante para la llamada 'degeneración' postclásica de la estipulación. Mientras Roma tiene una estructura de ciudad-estado, este principio (v.gr. la presencia de las partes) no obstaculiza el normal desarrollo del tráfico jurídico. Hay que reconocer que

cano: spondeo', nihilominus valet.

¹¹⁷ BIONDI *Contratto e stipulatio* (Milán, 1953) pag. 267 ss.

¹¹⁸ Los textos de Venuleyo (D.45,1,137 pr. y D.45,2,12 pr.) están situados en la *Palingenesia* de Lenel al principio col.1218 y 1219 de su obra *De stipulationibus*, que, presumiblemente tratarían de la estipulación en general; aunque, como dice el autor , Lenel en nota a pie de página I, no es totalmente seguro el orden de los libros sobre las estipulaciones.

¹¹⁹ V. DÜLL *Stellvertretung im Bereich von Stipulationem?*, en *Studi Arangio-Ruiz* vol. I (Napoli 1953) pag. 309; VAN OVEN *Mélanges Levy-Bruhl* (Paris 1959) pag. 301 ss.

¹²⁰ Matizado de forma insuficiente por la posibilidad de estipular y de prometer a través de esclavos o hijos de familia , cf :

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

uno de los ámbitos donde más se utilizan las estipulaciones, es en el ámbito bancario¹²¹, cuyo *modus operandi* se justifica esencialmente en función de los objetivos conseguidos. Cuando Roma pasa a ser un imperio universal y a dominar los otros núcleos comerciales importantes que ya existían aparte de la metrópoli, la exigencia de la presencia de las partes —a menudo residentes en ciudades distintas— pasa a ser un obstáculo para el tráfico jurídico, atendiendo al desarrollo de las comunicaciones en la época, de manera que aumentaran su importancia los tipos negociales consensuales. Existen también otras razones que obstaculizan el tráfico jurídico, como la ausencia de representación directa o la prohibición del contrato a favor de tercero en derecho romano. Debido a estas razones y a que cada vez más los *verba* van a tener una interpretación *pro consensu*, se facilita cada vez más la atenuación del principio de la presencia de las partes, que, sin embargo no puede desaparecer sin más, pues quebraría la esencia misma del contrato de *stipulatio*¹²² y ello supondría la anulación de una gran obra, paciente e incesante, de la jurisprudencia clásica.

Encontramos fragmentos de Gayo en este sentido:

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

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

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

¹²¹ CAMODECA L'archivio Puteolano dei Sulpicii (Napoli 1992) pag. 3 ss. Cuando en 1959 se estaba construyendo la autopista entre Pompeya y Salerno, aparecieron muchos documentos que hasta el momento se habían conservado en buen estado pertenecientes a la familia de los Sulpicii, una familia de banqueros de Puteoli. Todos estos documentos reciben el nombre de archivo Puteolano de los Sulpicios y nos sirven para el conocimiento de la actividad bancaria que se realizaba en la época así como para el estudio de los formularios estipulatorios que forman parte de este archivo.

¹²² Según MARTINI Sulla presenza delle parti alla *stipulatio* nel diritto giustiniano, en Labeo 47 (2001) pag. 245 ss.: "per i classici la presenza delle parti, piu che un requisito, fosse piuttosto un presupposto di fatto per un contratto che si poneva in essere con una effettiva domanda e una

trata de la presencia de las partes en la estipulación, pero sin comparar ésta con otras formas contractuales. Lenel¹²³ sitúa este fragmento al comienzo del libro 48 (que trata sobre las estipulaciones inútiles), por lo que consideramos que la doctrina del fragmento se puede aplicar a todo tipo de estipulaciones.

Justiniano¹²⁴ se encuentra con el problema de intentar mantener los principios clásicos, adecuándolos a las necesidades de su época. En especial, por lo que respecta al principio de la presencia de las partes, en Inst. 3,19,12 (que remite a la c. del 531 en C. 8,37,14) se intenta solucionar los supuestos en los que, debido a la intervención de esclavos en estipulaciones documentadas, se discutía si se debía probar su presencia, cuando la otra parte la negaba. Según Justiniano *tales scripturas omnifariam esse credendas*, y había que presumir que el esclavo había estado presente. Esta presunción *iuris tantum* sólo se podía destruir con pruebas manifiestas —y mejor por documentos— *liquidis ac manifestissimis probationibus et melius quidem, si per scripturam...* de que las partes en ese día habían estado fuera de la ciudad.

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

Con esta disposición, no sólo se fortalece la importancia del documento redactado, sino que se dificulta la prueba de la ausencia de alguna de las partes, hasta el punto de convertirla en una *probatio diabolica*. De esta manera parece que se habría de producir un cambio de criterio probatorio: el documento escrito tendría más importancia que la prueba de uno de los requisitos clásicos de la estipulación, esto es, la presencia de las partes; en el caso que se quisiera atacar el documento escrito (en cuanto a la presencia de las partes) sólo sería posible si quedaba probado que las partes hubiesen estado fuera de la ciudad. Esta norma Justiniana parece que no hace más que recoger lo admitido anteriormente; así en el Digesto encontramos un fragmento significativo de Paulo¹²⁵

D. 45,1,134,2-3 (Paul.15 resp.) Idem respondit, cum Septicius litteris suis praestaturum se caverit pecuniam et usuras eius semisses, quae apud

risposta contestuale".

¹²³ LENEL Paling. cit. vol. II col. 1186.

¹²⁴ MARTINI Sulla presenza delle parti alla *stipulatio* nel diritto giustiniano cit. considera que, en la época justiniana, no se produce una debilitación del requisito de la presencia de las partes, al contrario que Bonini, Luchetti y Burdese. Lo justifica en que, en Inst. C. 8,37,14 (a. 531), se produjo la fusión de dos constituciones referidas a cuestiones diversas y esto produjo la inclusión de la presencia de las partes en la misma ciudad, que se debía únicamente a que en los documentos no se incluía el lugar de realización de la *stipulatio* sino la ciudad, y esto justificó la introducción de la presunción normativa por parte de Justiniano.

¹²⁵ Respondió el mismo: Con frecuencia lo que se conviene en las conversaciones previas a la estipulación se considera reiterado en la misma estipulación, pero siempre que no sea para quitar

Sempronium depositae sint: Si inter praesentes actum est, intellegendum etiam a parte Lucii Titii praecessisse verba stipulationis.. Idem respondit, quotiens pluribus specialiter pactis stipulatio una omnibus subicitur, quamvis una interrogatio et responsum unum subiciatur, tamen proinde haberi, ac si singulae species in stipulationem deductae fuissent.

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

Posteriormente, en la reelaboración postclásica de las *Sententiae* de Paulo, se reproduce lo anteriormente recogido¹²⁶:

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

4.4.- Congruencia entre pregunta y respuesta

Creemos que la *stipulatio*, desde su perfección, surge como una entidad nueva y distinta a la *interrogatio/responsio*. En este sentido se produce la evolución de la *sponsio/stipulatio*, desde la época arcaica, al superar el valor mágico de los *verba*, 'estos toman una consideración distinta y superior a un mero conjunto de palabras. Evidentemente en toda la evolución de la *stipulatio* subyace una serie de tensiones en la jurisprudencia clásica, tensiones por intentar armonizar la nueva realidad social a los principios recogidos por la jurisprudencia anterior. Es por esta tendencia, no sólo a la armonización, sino también al respeto de la tradición y a la gran aportación romana a la construcción posterior de una teoría general de la relación obligatoria, lo que hace que la jurisprudencia clásica no se pronuncie con más claridad sobre la congruencia entre *interrogatio/responsio*.. Debido a las citadas tensiones que se produjeron en la evolución de la *stipulatio*, junto a la atracción por las interpolaciones en los autores de la primera mitad del siglo XX¹²⁷; se consideraron muchos de los textos clásicos justinianeos.

eficacia a la estipulación.

¹²⁶ Para BIONDI *Contratto e stipulatio* (Milano 1953) pag. 311 ss., el texto fue seguramente alterado por los compiladores visigodos.

¹²⁷ Así los trabajos de RICCOBONO *Stipulatio e instrumentum nel diritto giustiniano*, en SZ 35 (1914) pag. 214 ss.; IDEM SZ 43 (1922) pag. 262 ss.

Teniendo en cuenta que la verdadera esencia de la *stipulatio* no está en pronunciar unas palabras determinadas, sino en la concurrencia de pregunta y respuesta, que han de ser necesariamente congruentes, de ahí la importancia de este requisito clásico. Por tanto, debe existir una correspondencia entre pregunta y respuesta, entendida como una manifestación del acuerdo de voluntades de las partes¹²⁸. Pero, siguiendo las fuentes jurídicas que han llegado hasta nosotros, hemos de ir matizando, en cada caso, el significado de la congruencia en la estipulación.

4.4.1.- La mera congruencia en las palabras

Como hemos dicho más arriba, en la época arcaica, la congruencia tiene un carácter predominantemente (aunque no únicamente) verbal, respecto de las fórmulas pronunciadas. En este sentido, Levy-Bruhl¹²⁹ considera que existen, en relación a los juramentos, dos tipos de congruencia: un primer tipo de congruencia se limitaría a la exacta repetición de las palabras; mientras que —en un segundo tipo de congruencia que aparece en el juramento que utilizaban los Feciales para la conclusión de los tratados— hay una "conformité scrupuleuse de la parole avec l'écrit". Nos encontramos aquí con el primer fenómeno de remisión o de repetición verbal de un formulario escrito que ha llegado hasta nuestros días, y que podría ser el germen de la llamada 'Shutzform'¹³⁰.

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

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

La congruencia en la *stipulatio*, como dice Levy-Bruhl¹³¹ debe verse afectada también por las remisiones, aunque el promitente no repita la *interrogatio* íntegra del estipulante, sino solo el verbo que la cierra.

¹²⁸ De la misma manera que creemos, que en la moderna teoría general del contrato debe existir correspondencia entre oferta y aceptación.

¹²⁹ LEVY-BRUHL La congruentia dans la stipulation, en Archives de droit privé 16 (Atenas 1953) pag. 49 ss.

¹³⁰ DULCKEIT Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht, en Festschrift Schulz vol. I (Weimar 1951) pag. 160 ss.

¹³¹ LEVY-BRUHL La congruentia dans la stipulation, en Archives de droit privé 16 (Atenas 1953) pag. Pag 60

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

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

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

También Modestino hace referencia a la congruencia:

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

Asimismo en la reelaboración postclásica de las Sentencias de Paulo:

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

Sin embargo¹³², observamos en algunos documentos epigráficos como los formularios de Varrón, ap. 4.1.2, se admitía un sentido más flexible de congruencia.

A medida que en la *stipulatio*, debido a las nuevas necesidades de la sociedad, se va dando más importancia al *consensus*, habrá que incorporarlo al principio de congruencia. No parece razonable pensar (teniendo en cuenta además el *modus operandi* de los juristas romanos), que cualquier discrepancia entre *interrogatio/responsio* conllevara la nulidad de la *stipulatio*. Los juristas tienen en cuenta la voluntad de las partes y el primer nivel de esta manifestación volitiva se centra precisamente en la voluntad de contratar, el criterio del *id quod actum*. El examen de lo que las partes han querido hacer, toma un papel preponderante en la interpretación de los contratos¹³³.

4.4.2.- Congruencia en relación a la condición y al término

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

¹³² Ya hemos hecho referencia a ello al tratar el epígrafe **2.3.1.2.**

¹³³ DOBBERTIN Zur Auslegung der Stipulation im klassischen römischen Recht.(Zurich1987) pag. 41 ss.

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

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

Lenel¹³⁴ sitúa este texto al comienzo (concretamente en tercer lugar) del libro 48 (*De verborum obligatione*) bajo el subepígrafe *De inutilibus stipulationibus*. En estos fragmentos Ulpiano trata de problemas relacionados con cuestiones básicas de la eficacia de la estipulación (si una respuesta utilizando *quid ni* es posible, si la *acceptilatio* inútil vale o no como pacto, etc.), por lo que creemos que el fragmento que aquí nos ocupa (D. 45,1,1,3 Ulp. [Ulp. 48 ad Sab.]) resulta aplicable a la estipulación en general.

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

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

Sacconi¹³⁵, considera que il brano è collocato dopo un lungo discorso in cui si esaminano formule stipulatorie nelle quali manca, per un motivo o per un altro la corrispondenza sostanziale tra domanda e risposta. Nelle svariate ipotesi descritte da Ulpiano ricorre un elemento comune, ossia la mancata corrispondenza tra il tenore della domanda e quello della risposta. Rivela piuttosto un disaccordo sul contenuto dell'*obligatio* anziché apparire semplicemente come vizio de la forma. Manifesta quindi non tanto un difetto de forma, ma l'assenza di un vero e proprio accordo negoziale dal momento che, como dice Venuleio *nam stipulatio ex utriusque consensu perficitur*. D'

¹³⁴ LENEL *Palingenesia Iuris Civilis* cit. vol I, col. 1186.

¹³⁵ SACCONI G, *Ricerche sulla stipulatio* Publ. Fac.Giur. Università di Camerino, 33. Napoli Jovene (1989) pag.17 y ss

altra parte, se tale consenso viene a ricomporsi, il negozio stipulatorio si ricostituisce, dando luogo ad un nuovo vincolo obbligatorio, come osserva lo stesso Ulpiano nel prosiegua del brano già citato "Cum adicit aliquid vel detrahit...."

4.4.3. *Congruencia en relación a la cantidad*

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

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

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

Este texto se encuentra situado en la Palingenesia de Lenel¹³⁶ a continuación de D.45,1,1,3 (Ulp 48 ad Sab.), por lo que consideramos que valen nuevamente las observaciones que anteriormente hicimos para aquél.

Ulpiano interpreta la congruencia como un principio no formal sino sustancial explicando su razonamiento de que 'lo más comprende lo menos'¹³⁷. Hemos de considerar que el carácter unilateral de la *stipulatio* podría hacer viable el razonamiento de Ulpiano.

Sacconi¹³⁸ interpreta este fragmento de forma conjunta a D.45.1,1,3 Ulp 48 ad Sap explicación que hemos reproducido en el anterior apartado

En un interesante artículo Guarino¹³⁹ deja clara su postura. El autor empieza contraponiendo el texto a Gai 3, 102. Considera que para la doctrina hoy dominante, el fragmento está interpolado "eventualmente da mano postclassica pregiustiniana" Una minoría se adscribe a que el texto pertenece a la edad de los Severos, de la cual es exponente Ulpiano. A esta minoría se ha añadido, recientemente con nuevos

¹³⁶ LENEL *Palingenesia Iuris Civilis* cit. vol I col. 1186.

¹³⁷ También Paulo en D. 45,1,83,3 (72 ed.)

¹³⁸ SACCONI G, Ricerche sulla *stipulatio* Publ. Fac.Giur. Università di Camerino, 33 .Napoli Jovene (1989)pag.17 y ss

¹³⁹ GUARINO A, La congruenza delle somme. Pagine di diritto romano 6 (Napoli 1995) pag 200 y ss

argumentos R.Backhaus¹⁴⁰. Sin embargo estos argumentos no convencen a Guarino que es partidario de una reelaboración prejustiniana. Nosotros creemos con Backhaus que la ruptura del principio de congruencia no es un indicio suficiente de interpolación como se confirma en otros casos (D.45,1,5; D.45,1,65; D.45.1.83.3-4). Por otra parte el recurso a la *regula in maiore minus inest*, que se puede leer al final de D.45,1,14 es parte del repertorio argumentativo de la jurisprudencia clásica y se manifiesta claramente contra la hipótesis de la interpolación.

4.4.4.- Más casos de congruencia

Ulpiano (eod. 1,5) también trata el supuesto¹⁴¹ en el que el estipulante se refiere a la entrega del esclavo Pánfilo, mientras el promitente responde obligándose a entregar a Pánfilo y Estico. El jurista intenta mantener la eficacia del contrato, considerando no hecha la referencia a Estico. En virtud del principio interpretativo *tot stipulationes quod res*, de las dos posibles estipulaciones (la que tiene por objeto a Pánfilo y la que tiene por objeto a Estico) sólo considera perfeccionada, en virtud del principio de congruencia, la que se refiere a Pánfilo. Vemos en este sentido, que el principio de mantenimiento de los actos jurídicos, que inspira la actividad de la jurisprudencia romana, junto a la existencia de principios interpretativos que atenúan el rigor del principio de congruencia, priman frente a una estipulación formalmente única¹⁴².

D. 45,1,1,5 (Ulp.48 Sab.) *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 vitatur utilis per hanc inutilem.*

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

¹⁴⁰ BACKHAUS R *In maiore minus inest*. Eine justinianische regula iuris i dem klassischen. ZS 100 (1983) pag 136 y ss.

¹⁴¹ LENEL *Palingenesia Iuris Civilis* cit. vol. I col. 1186. Como ya hemos puntualizado en el epígrafe anterior, D. 45,1,1,3-6 están situados por Lenel uno a continuación del otro (tal y como estan en el propio Digesto); por esto consideramos válidas las precisiones que hemos hecho en relación al primero de los fragmentos (D. 45,1,1,3) .

¹⁴² En sentido contrario D. 45,1,83,2 (Paul. 72 ed). (Aquí la alternativa la propone el estipulante . Paulo distingue , por otro lado entre estipular "Stichum aut Pamphilum" y estipular "Stichum et Pamphilum"

Este fragmento es tratado por Sacconi¹⁴³ conjuntamente con otros (3-4) y la autora concluye: "Nelle svariate ipotesi descritte da Ulpiano ricorre un elemento comune, ossia la mancata corrispondenza tra il tenore della domanda e quello della risposta. Ora la discordanza tra la richiesta del *lo stipulans* e la risposta del *promissor*, rivela piuttosto un disaccordo sul contenuto dell'*obligatio* anziché apparire semplicemente come un vizio di forma." La autora manifiesta a continuación que en este caso se produce no tanto un defecto de forma como la ausencia de un acuerdo negocial. Pero este consenso se recompone, dando lugar a un nuevo vínculo obligatorio.

Voci¹⁴⁴ por otra parte dice que se plantea un problema histórico ¿cuándo el consentimiento se considera un requisito de la *stipulatio*. Dice que el pensamiento de Pedio es un término *a quo*, pero resulta claro que el inicio del desarrollo jurisprudencial debe ser anterior a Pedio.

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

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

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

Para Sacconi¹⁴⁵ en la fórmula estipulatoria hay un error sobre el nombre del esclavo, objeto del contrato, mientras subsiste la identidad física del esclavo. El jurista afirma por tanto que la estipulación es válida. En este caso afirma la autora estamos ante un error relativo, porque resulta relevante que el *consensus in corpore* existe entre estipulante y promitente. La *conventio* aparece como el fundamento último de la validez del negocio estipulatorio.

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

D. 45,1,83,1 (Paul. 72 ed.) *Si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil*

¹⁴³ SACCONI G, Ricerche sulla *stipulatio* Publ. Fac.Giur. Università di Camerino, 33 .Napoli Jovene (1989)pag.17 y ss

¹⁴⁴ VOCI P, La dottrina romana del contratto (Milano 1946) pag 136.

¹⁴⁵ SACCONI G, Ricerche sulla *stipulatio* Publ. Fac.Giur. Università di Camerino, 33 .Napoli Jovene (1989)pag. 22.

actum erit. quod et in iudiciis Aristo existimavit: sed hic magis est, ut is petitus videatur, de quo actor sensit. nam stipulatio ex utriusque consensu valet, iudicium autem etiam in invitum redditur et ideo actori potius credendum est: alioquin semper negabit reus se consensisse.

Sacconi¹⁴⁶ afirma que Paulo distingue entre *iudicia* o proceso (es mejor considerar *petitum* lo solicitado por el actor) y estipulación que se funda en el consentimiento de los dos contrayentes. El hecho de que en la estipulación se requiera además de unas determinadas formalidades, la existencia de un acuerdo válido, hace que pueda tener eficacia. Esto pone de manifiesto como en la época clásica las formas representaban un aspecto esencial del negocio estipulatorio, pero no por sí mismas suficientes para la validez del contrato.

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

5.- CONCLUSIONES

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

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

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

La doctrina tradicional¹⁴⁷ ha venido subrayando los requisitos formales de la estipulación clásica y su posterior degeneración en la época post-clásica y justiniana, nosotros preferimos hablar de evolución de la estipulación clásica, pero es que consideramos que esta evolución es menos intensa de lo que se ha venido admitiendo. Es menos intensa no porque neguemos el alcance de algunas "modificaciones" post-

¹⁴⁶ SACCONI G, Ricerche sulla *stipulatio* Publ. Fac.Giur. Università di Camerino, 33 .Napoli Jovene (1989)pag. 4.

clásicas y justinianeas si no porque creemos que no modifican substancialmente la situación existente en la época clásica.

¿Por qué, si comparamos dos documentos: uno de la época clásica¹⁴⁸ y otro de la época post-clásica, hemos de considerar que, antes de redactarse el primero, se ha realizado una estipulación oral, y no lo consideramos así en el caso del segundo? ¿Por qué la aplicación de la cláusula estipulatoria recogida en los papiros egipcios ha de deberse a la ignorancia de los notarios egipcios¹⁴⁹, y no a la continuación de un proceso generalizado ya en la época clásica?.

Si consideramos correcta la primera opción, deberemos considerar interpolados muchos textos del Digesto. En la línea de los geniales trabajos de Riccobono¹⁵⁰, producto sin embargo de la aceptación generalizada de las tesis interpolacionistas. Evidentemente creemos que existen algunas interpolaciones en el Digesto, pero hoy la doctrina no admite, sin más, tesis masivamente interpolacionistas.

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

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

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

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

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

¹⁴⁷ BIONDI B, *Contratto e Stipulatio* (Milano 1953)

¹⁴⁸ Fórmula Betica s.l d.C. FIRA III§92 pgs.295-297

¹⁴⁹ SIMON *Studien zur Praxis der Stipulationsklausel* (München 1964) pag.41 y ss

¹⁵⁰ Por lo que respecta a la época clásica, especialmente RICCOBONO *Stipulatio ed instrumentum* nel diritto giustiniano, en SZ 35(1914) PAG.; pero también ZSS 43 (1922) PAG.

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

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

Como principal conclusión, podemos afirmar después del estudio de los requisitos formales que hemos examinado en el capítulo segundo, que los juristas clásicos **interpretan con flexibilidad cada uno de ellos**¹⁵¹, pero sin una ruptura con la configuración de la *stipulatio*.

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

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

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

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

PS. 2,3 *Stipulatio est verborum conceptio, ad quam quis congrue interrogatus respondet: velut spondes? spondeo: dabis? dabo: promittis? promitto: fidei tuae*

¹⁵¹ En relación al requisito de la oralidad, nos encontramos dos significativos textos de Paulo en D. 45,1,134,1 y D. 12,1,40, junto otro texto de Alfenio en Paul. D. 17,2,71,pr. Por lo que respecta a la unidad de acto, encontramos ya en la época clásica una discusión entre distintos juristas, sin que se pueda precisar el alcance de la tendencia (v.gr. D.45,2,6,3 de Juliano; D.45,1,137 pr. de Venuleyo; D. 45,1,1,1 de Ulpiano). La presencia de las partes, parece que se flexibiliza también en Paulo (D. 45,1,134,2-3 y posteriormente en Sent. 5,7,2). Para la congruencia, citaremos tres textos: el primero de Paulo D. 45,1,136, el segundo de Ulpiano D. 45,1,32 Y el tercero de Florentino D. 45,1,65,1.)

erit? fidei meae erit: et tam pure quam sub condicione concipi potest.

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

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

A pesar de estas afirmaciones, nos encontramos textos como el siguiente de Paulo cuya claridad ha sido puesta de manifiesto por Feenstra¹⁵²:

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

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

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

Lo que ocurre en la época post-clásica no lo podemos definir, pues, como una 'degeneración de la estipulación', sino como una **continuación de la práctica de los**

juristas clásicos, junto con una generalización de la técnica de presunción o ficción de la que hemos hablado también en el capítulo primero de nuestro trabajo.

¹⁵² FEENSTRA L'epistula comme preuve d'une stipulation, en *Studi Betti* 2 (1962) 412 ss.