

ALEJANDRO GUZMAN BRITO

Profesor Ordinario de Derecho Romano
en la Universidad Católica de Valparaíso
y en la Universidad de Chile

399-1

v. 2

2211

11

CAPITULO IV

LAS ESTIPULACIONES²⁷⁰

DERECHO Y SOCIEDAD (CONTRATACION)

PROF. FERNANDO ATRIA.

PAG. 9-28.

DERECHO
PRIVADO ROMANO

TOMO II

EL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES (CAPITULOS IV A IX)

EL DERECHO DE LA SUCESION POR CAUSA DE MUERTE

EL DERECHO DE LAS LIBERALIDADES

UNIVERSIDAD ADOLFO IBAÑEZ
BIBLIOTECA

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

Barcelona • Buenos Aires • México D. F. • Santiago de Chile

Sección Primera

ESTIPULACIONES SIMPLES

§ 141. LA FORMA ESTIPULATORIA

I. CONCEPTO Y RÉGIMEN GENERAL. 1. El nombre genérico de *stipulatio* se da a un negocio entre dos partes, consistente en que una dirija oralmente una pregunta formal o solemne a la otra, en el sentido de si está dispuesta a dar, hacer o no hacer algo, que esta última responde oral, inmediata, afirmativa, congruente y adhesivamente. Por ejemplo: "¿Prometes que me han de ser dados 10.000 sestercios? ¡Prometo!" (*Sestertium X milia mihi dari spondesne? Spondeo!*) Aunque el acto íntegro consta de la pregunta y la respuesta, y todo él recibe el nombre de estipulación, a veces se distingue nominalmente desde el punto de vista del que responde y se habla de "promesa" (*promissio*). El que pregunta se llama "estipulante" (*stipulator* o *reus stipulandi*), y "promitente" el que responde (*promissor* o *reus promittendi*)²⁷¹.

En D. 45.1.5.1, Pomponio da esta definición: "La estipulación es una fórmula de palabras con la que quien es interrogado responde que dará o hará aquello que se le interrogó" (*Stipulatio autem est verborum conceptio quibus is, qui interrogatur, daturum facturumve se, quod interrogatus est, responderit*). Cfr. D. 44.7.1.7 = Inst. 3.15 pr.: "Se contrae una obligación con palabras mediante pregunta y respuesta, cuando estipulamos que se nos dé o haga alguna cosa" (*Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsu, cum quid dari fieriue nobis stipulemur*).

²⁷⁰ s.m. D. 45.1; Cl. 8.37; Inst. 3.15.

²⁷¹ D. 45.2.1.

Su efecto es crear una obligación civil y convertir al promitente en deudor del estipulante.

2. La estipulación es esencialmente una forma de obligarse. Por ello está sometida rigurosamente a ciertas exigencias o requisitos solemnes derivados de su propia estructura: (i) tanto la pregunta como la respuesta deben ser pronunciadas oralmente (*verbis*)²⁷²; “hablando una y otra parte” (*utroque loquente*); (ii) ambas partes deben estar presentes en el acto²⁷³; (iii) la respuesta debe seguir inmediatamente a la pregunta (*continuus actus*)²⁷⁴; (iv) la pregunta tiene que contener ciertos verbos prescritos, que deben ser repetidos en la respuesta. Tales son: *spondes? spondeo!* (sólo utilizables por ciudadanos romanos), *promittis? promitto!*; *dabis? dabo!*; *facies? faciam!*²⁷⁵; (v) la respuesta tiene que ser congruente con la pregunta, y en realidad constituye una entera adhesión al contenido de aquélla, manifestada con el uso del mismo verbo ya empleado en la pregunta sin más ni menos.

En consecuencia: no puede contraer estipulación el ausente por carta o por medio de mensajeros. Pero es posible superar este inconveniente práctico mediante el uso de esclavos o hijos o de libres a que se confiere un *iussum*. Tampoco pueden celebrarla el sordo, porque no puede oír la pregunta, ni el mudo y el infante, porque no pueden hacerla ni responderla (D. 45.1.pr.). Se puede usar indistintamente el latín o el griego, e incluso formular la pregunta en una de esas lenguas y responderla en la otra (Gai. 3.93). Los juristas discutieron si era posible el uso de idiomas distintos a los mencionados, y Sabino lo aceptaba, con tal que se entendieran recíprocamente las partes (D. 45.1.1.6). Si entre presentes se hace la pregunta, y el estipulante se marcha, y en su ausencia se da la respuesta, no hay estipulación (D. 45.1.1.1); si el que la hizo se marcha, y vuelve después para entonces escuchar la respuesta, tampoco hay estipulación válida (D. 45.1.137 pr., pero vid. D. 45.1.1.1 itp., que admite un tal intervalo). Si la pregunta es respondida mediante gestos concluyentes o de asentimiento, como un movimiento de la cabeza, es nula (D. 45.1.1.2). Si en la respuesta se emplea otro verbo o un giro, por afirmativo que sea, igualmente hace defecto la estipulación, como cuando preguntado alguien si promete, responde: ¿por qué no? o ¡por supuesto que sí! (D. 45.1.1.2). El requisito de la congruencia entre pregunta y respuesta en el fondo consiste en la adhesión entera del respondiente: “¿Prometes dar el fundo Corneliano? ¡Prometo dar el fundo Corneliano!”, la cual se manifiesta externamente por la simple repetición del verbo empleado en la pregunta: “¿Prometes dar 1.000? ¡Prometo!”. Por tanto, hay incongruencia así: “¿Prometes dar el fundo Corneliano? ¡Prometo dar el fundo Capeno!”, o: “¿Prometes dar 1.000? ¡Prometo dar 100!”. Justiniano relajó el requisito: si hay incongruencia relativa, y el objeto de la respuesta se contiene en la pregunta (“¿Prometes dar 20? ¡Prometo dar 10!”), la estipulación se considera perfecta en la medida de esta última (D. 45.1.1.4 itp.; cfr. D. 45.1.83.3 itp., en contra de Gai. 3.102 e incluso de Inst. 3.19.5, que reflejan el principio clásico de la invalidez de semejante estipulación). Si la pregunta contiene plazo o condición y la respuesta los excluye; o viceversa, si la pregunta es pura y simple y la

²⁷² D. 45.1.1 pr.

²⁷³ D. 45.1.1 pr.

²⁷⁴ D. 45.1.1.1; 45.1.137 pr.

²⁷⁵ Gai. 3.92; PS. 2.3.

respuesta contiene plazo o condición, en cambio, hay incongruencia absoluta y vicio: “¿Prometes dar 100 si ocurre tal cosa? ¡Prometo aunque no ocurra!”, o: “¿Prometes dar 100? ¡Prometo si ocurre tal cosa!” (D. 45.1.1.3). Pero vale esta estipulación: “Prometes dar Estico? ¡Prometo dar Estico y Pánfilo!” en virtud del principio de que hay tantas estipulaciones como objetos, de modo que ahí se tiene una válida por Estico y una inválida por Pánfilo, debido a que no obedeció a una pregunta (D. 45.1.1.5; 45.1.85.4). No vale, en cambio así: “¿Prometes dar Estico o Pánfilo? ¡Prometo dar Estico!”, porque no se respondió a la pregunta, que era por la alternativa (D. 45.1.83.2). Los agregados impertinentes y accidentales (no en el sentido de modalidades de condición o plazo) no obstan a la estipulación, como si el estipulante dice: “¿Prometes tal?” y el promitente responde: “Me gustas cuando callas porque estás como ausente, ¡prometo!”, porque el añadido de esos versos, aunque impertinente, es inofensivo y no daña (vid. D. 45.1.65 pr. con una respuesta a que anteceden los primeros versos de La Eneida: “Canto a las armas y a los hombres, ¡prometo!” (*Arma virumque cano, spondeo!*)).

3. Toda estipulación supone una negociación concluida entre las partes, es decir, un acuerdo, que después viene reducido a la forma estipulatoria. Es en este sentido que las fuentes hablan de también importar ella una convención; convención que por lo ordinario no produce efecto obligacional, y que justamente por ello se la transporta a dicha forma, para que genere ese efecto. Aunque las partes hayan negociado en posición de igualdad, en la forma estipulatoria el contenido negocial aparece fijado por el estipulante en su pregunta, de modo que el promitente se limita a aceptar ese contenido, adhiriendo a la pregunta por medio de su respuesta congruente.

Esta forma cumple la importante misión de marcar con toda nitidez el acto en que las partes entienden haber abandonado la fase de ofertas y contraofertas, de regateo y de negociación, en suma, para pasar a la fase de acuerdos vinculantes; acuerdos que quedan vaciados formalmente en el acto estipulatorio, a partir del cual ya no puede caber duda de qué fue lo verdaderamente acordado entre ellas; en este sentido, la estipulación constituye como el resumen depurado de los acuerdos finales que ellas obtuvieron.

Una vez perfecta la estipulación, todo el contenido de la pregunta se convierte en contenido de una prestación obligatoria a cargo del promitente.

4. La estipulación, si bien posee una estructura bilateral, por ser acto de partes, es obligacionalmente unilateral: de ella sólo resulta deudor el promitente, sin que el estipulante contraiga obligación de especie alguna. Si también se desea obligar al estipulante, necesario es celebrar una estipulación distinta entre las mismas partes, en la que dicho estipulante figure como promitente y el promitente de la anterior como estipulante; pero entonces no es que haya una estipulación obligacionalmente bilateral, o un acto cualitativamente distinto y bilateralmente obligatorio; tan sólo hay dos estipulaciones cruzadas e independientes una de la otra.

5. El intercambio de pregunta y respuesta orales perfecciona la estipulación. Por ello los juristas suelen decir que la obligación nace

“por palabras” (*verbis*) en el entendido de tratarse de “palabras solemnes” (*sollemnia verba*).

Este modo de decir de los juristas fue aprovechado por Gayo. Después de dividir las obligaciones en nacidas de contrato (*ex contractu*) y de delito (*ex delicto*), y al subdividir las primeras, habló entonces de *obligatio verbis* para referirse a la generada por una estipulación, aparte de otras a que nos referiremos más adelante (Gai. 4.92 ss.). La romanística suele decir entonces que la estipulación es un “contrato verbal”.

El hecho de haber tenido lugar una estipulación oral puede ser probado de acuerdo con las reglas generales sobre la materia; normalmente con testigos que presenciaron el acto oral, para cuyo efecto fueron especialmente llamados por las partes como testigos instrumentales, o que por accidente vieron a las partes y escucharon su estipulación; pero también por medio de un escrito. De hecho, era usual que, después de haber tenido lugar la formalidad verbal, se dejase constancia de ella en un documento que recibe el nombre de *testatio* y también de *cautio*, *instrumentum* o *chirographum*. Pero este escrito no puede suplir la falta del acto oral, de modo que si un interesado prueba que no lo hubo (por ejemplo, demostrando que el promitente estaba fuera del lugar en donde se declara haberse celebrado la estipulación), por más que el escrito lo consigne (que entonces consigna algo que no sucedió), no hay obligación.

II. OBLIGACIONES Y ACCIONES. Por medio de una estipulación se puede prometer una prestación de dar, hacer o no hacer, con efecto obligacional civil a cargo del promitente. El estipulante, en consecuencia, dispone de una acción civil para reclamarla.

1. Si la promesa fue de “ser dada” (*dari*) una cantidad de dinero o de otros fungibles o una especie o cuerpo cierto, en otras palabras, si fue de un *dari certum*, entonces procede la *actio certi*, que no es otra que la misma *condictio* ²⁷⁶.

No se promete “dar” (*dare*) sino “ser dado” (*dari*); la diferencia es ésta: en el primer caso no otro podría dar que el promitente; en el segundo, éste pero también un tercero; tal forma impersonal permite, pues, que la obligación sea pagada por cualquiera, incluso sin la voluntad del promitente y aun en contra de ella. El carácter abstracto de la fórmula propia de la *condictio*, que sólo se remite a la verificación de un *dare oportere* a cargo de No. No., es el que la hace procedente también respecto de obligaciones de dar nacidas de estipulación, igual que respecto de similares obligaciones nacidas de mutuo o *dare ob rem*.

2. Cuando lo prometido fue un *incertum*, es decir un *facere* (o *non facere*) o *dari* una cantidad incierta, procede la *actio incerti* o “de lo estipulado” (*actio ex stipulatu*). Su fórmula sigue el siguiente modelo:

²⁷⁶ D. 12.1.24; Inst. 3.15 pr.; cfr. Cic., *Pro Rosc. com.* 5.14.

“Puesto que Ao. Ao. estipuló algo incierto de No. No., cuyo plazo venció, a todo cuanto por este asunto No. No. debe dar y hacer a Ao. Ao., a ello condena, juez, a No. No. en favor de Ao. Ao.” (*Quod As. As. de No. No. incertum stipulatus est cuius rei dies fuit, quidquid ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet, eius iudex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato*) ²⁷⁷. Posee, pues, *demonstratio* e “*intentio incerta*” lo mismo que *condemnatio incerta*.

Lo que en este modelo aparece como un *incertum* estipulado era señalado específicamente en cada fórmula concreta: hacer tal cosa, no hacer nada en contra de tal cosa, etc.

III. FUNCIONES. Puesto que la estipulación es una forma de obligarse, carece de cualquier contenido material típico, es decir, de prestaciones constantes e invariables; no sólo pueden éstas consistir indiferentemente en dar, hacer o no hacer, mas también cualquiera de tales prestaciones puede recaer en modo indistinto sobre todo aquello en que consiste el tráfico jurídico: *corpora, iura y facta*. Cual sea la prestación concreta y cual el objeto de ésta que deban ser llevados al interior de la forma estipulatoria, eso depende del acuerdo de las partes (o de una decisión del magistrado en el caso de las estipulaciones pretorias).

En este sentido, la estipulación ofrece la genérica y al mismo tiempo simple función de establecer una obligación. Si aquélla tiene como causa a un negocio ya obligatorio, su función específica es reforzar la obligación preexistente con otra superpuesta, siempre que sea abstracta la estipulación, o bien sustituirla por otra (novación), cuando aquélla es concreta. Asimismo agregarle una obligación anexa garantizadora (fianza), o convertir en indivisible la prestación divisible (solidaridad). En caso de no ser obligatorio el negocio causante, la estipulación cumple la función de crear directamente la obligación; de ese modo, cualquier convenio consensual no tipificado materialmente como contrato es convertido en obligatorio a través de su deducción en la forma estipulatoria, y tal es el caso del convenio de donación, de dote, de pago de una renta temporal o vitalicia, etc. Por lo mismo, es también la manera de preparar un futuro negocio (el moderno “precontrato” o “promesa de contrato”), como si se estipula dar una cantidad en mutuo ²⁷⁸ o se promete constituir una fianza ²⁷⁹. De igual modo sirve para agregar una obligación a las relaciones reales que por sí misma no pueden producirla, como ocurre a través de la *cautio usufructuaria*.

²⁷⁷ Gai. 4.136.

²⁷⁸ D. 45.1.68.

²⁷⁹ D. 45.1.112.1; 46.1.3.

IV. INTERPRETACIÓN. Como la estipulación es un negocio de palabras formalizadas, su interpretación mira primordialmente al significado objetivo de ellas; lo que no aparece expresado no se toma en cuenta y no puede ser suplido, a no ser que sea consecuencia lógico-formal del significado de las palabras. En caso de ambigüedad se está a lo que las partes, en concreto, realmente quisieron y actuaron con sus declaraciones (*id quod actum est*)²⁸⁰, de manera de transformarse la indagación de lo querido por las partes en una cuestión de hecho verificable de acuerdo con las reglas generales sobre prueba. Para ello incluso puede servir como elemento lo que se acostumbra objetivamente en el lugar en que actuaron las partes²⁸¹. En todo caso, la interpretación debe dirigirse a dar un mínimo sentido eficaz a la estipulación que a restarle toda eficacia, salvo ilicitud²⁸². Una ambigüedad insuperable de las palabras viene interpretada en contra del estipulante y en favor del promitente²⁸³ porque el contenido del acto es formalmente declarado por aquél a través de la pregunta, a la que el promitente sólo adhiere. Se supone, pues, que correspondió expresarse claramente al estipulante, de guisa que cuando no lo hizo; las dudas no susceptibles de aclaración a él deben perjudicar²⁸⁴.

Veamos algunos ejemplos: se prometen 1.000 para el presente mes: el estipulante puede exigir los 1.000 sólo después del último día del mes de que se trate, porque lógicamente el último día es aún el presente mes y parte de él (D. 45.1.42). Se prometen 1.000 para enero, sin especificarse el año: “es una cuestión de hecho inducir qué es lo que pensaron las partes, esto es, qué sea lo actuado entre ellas; pues ciertamente nos atenemos a lo que se actuó” (*facti quaestionem inducere, quid forte senserit, hoc est, quid inter eo acti sit; utique hoc sequimur, quod actum est*), de modo que se deban los 1.000 para el mes de enero del año en que las partes pensaron según las pruebas aportadas; si no aparece el año pensado, se interpreta que los 1.000 se deben para enero del año próximo al de la estipulación, porque tal es el mínimo sentido eficaz en que puede interpretarse el no señalamiento de año si es que no se quiere postergar indefinidamente el pago para un enero que siempre será después (D. 45.1.41 pr.). Se estipula 10 para mí y 10 para Ticio: como cabe dudar si se trata de unos mismos 10, de modo que tal es el total debido por el promitente, o de 10 diferentes, de suerte que aquél debe 20, se da la primera interpretación, contra el estipulante (D. 45.1.38.19)

§ 142. ORIGEN Y EVOLUCION

La más antigua forma de prometer es la *sponsio*, caracterizada por el uso del verbo *spondere*, reservada exclusivamente para los ciudadanos

²⁸⁰ D. 34.5.21 pr.; 45.1.80; 50.17.34.

²⁸¹ D. 50.17.34.

²⁸² D. 50.17.34.

²⁸³ D. 34.5.26; 45.1.38.18; 45.1.99 pr.-1; cfr. 45.1.41.1.

²⁸⁴ D. 45.1.99 pr.

romanos. Pudo haber consistido en una promesa jurada y ritual (*spondere* está relacionado con el griego *spendo* = *libare* = “libar ritualmente”) que carece de efectos civiles; este carácter más bien sacral la aproxima a un *votum*, de modo que el incumplimiento de la promesa no acarrea más que sanciones religiosas: el *sponsor* es un *sacer*. En algún momento la *sponsio* recibió sanción civil, por medio de la *actio legis per iudicis arbitrive postulationem*, conocida por la ley de las XII Tablas; y en otro fue denominada *stipulatio*.

No conocemos la etimología de esta palabra: los antiguos la veían en *stipulus* = “firme, establecido, fijado”; también en *stips* = “pequeña moneda” (de donde *stipendium*); se la relaciona con *stipula* = “brizna, paja, varilla” porque se usaba romper una en señal de acuerdo. Cfr. *stipare* = “apretar, presionar” y también “apilar, amontonar”, de donde vendría *stips*, como pieza de metal presionada o impresionada, es decir, acuñada, o porque las monedas se apilan o amontonan.

Este nombre terminó por prevalecer como genérico, en tanto *sponsio* permaneció para designar la promesa de matrimonio (“esponsales”), sin sanción jurídica propia, y para una forma de garantía personal, con sanción.

La *stipulatio* rigió durante toda la época clásica. Pero su especial formalismo y el carácter oral la hacían incomprendible para los provinciales, en especial para los habitantes del Oriente, quienes preferían las formas escritas. De hecho, algunas habían entrado en el uso de los romanos, aunque no en el derecho romano. Se trata del *syngraphe* y del *chirographum*²⁸⁵.

Ambos son escritos de efecto obligacional, y no, en consecuencia, mera prueba de un acto anterior, aunque pueda éste haber existido. El *chirographum* es unilateral, es decir, emanado del deudor, quien lo escribe y firma de su puño y letra, declarando deber una cantidad en virtud del negocio del cual se trate; independientemente de éste, el escrito funda la acción del acreedor. El *syngraphe*, que no necesariamente lo escribe el deudor, pero que se escribe en dos copias, una para cada parte, constituye una obligación en virtud del acuerdo reducido a escritura y redactado en estilo objetivo o descriptivo, y que puede ser abstracto, es decir, sin indicación de la causa de deber, o con indicación de una causa ficticia. Estos negocios son propios del derecho helenístico, y en Roma se los sanciona cuando han tenido lugar entre peregrinos o entre ellos y ciudadanos romanos; pero no entre sólo estos últimos, de modo que, como dijimos, propiamente no fueron recibidos ni sancionados por el derecho civil. Gayo los menciona como ejemplo de obligaciones nacidas “por letras” (*litteris*), esto es, por escrito, y la romanística habla de “contratos literales”.

Entre los ciudadanos romanos de origen oriental, regidos por el derecho de la *civitas*, pues, la *stipulatio* no consiguió arraigar. Fue común que entonces estos ciudadanos celebraran sus actos por escrito (*cautio*), sin una previa y verdadera estipulación oral, del hecho de haber tenido lugar la cual, sin embargo, se dejaba constancia por

²⁸⁵ Gai. 3.134.

escrito, de un modo ficticio en consecuencia. El fenómeno se acentuó con la extensión de la ciudadanía a todos los habitantes del imperio el 212 d. C. La estipulación tendió a transformarse en una suerte de cláusula de estilo de los documentos, para dejar constancia de haberse celebrado y de este modo aparecer cumpliendo con las exigencias del derecho romano.

La incompreensión oriental hacia la *stipulatio* se refleja también en el hecho de que solía decirse formulísticamente haberla habido incluso respecto de actos en que para el propio derecho romano no sólo no era exigible, sino que era imposible que la hubiera, como el testamento. Esta cautela excesiva, para evitar una posible nulidad del acto escrito, revela que los usuarios y notarios no sabían de qué se trataba.

En Roma, como se ha visto, era usual reducir a escritura una estipulación oral previa verdaderamente celebrada, al punto que la palabra misma de *chirographum* terminó por ser adoptada para denominar a estos documentos que en latín se llaman *cautiones* o *testationes*. En el derecho postclásico, ambas prácticas, la de suscribir un documento sin previa estipulación con constancia ficticia de haberse-la celebrado, y la de dejar constancia escrita de una estipulación previa y verdadera, se conjugaron hasta conducir al otorgamiento de valor vinculante al escrito en sustitución del acto oral. El emperador León en 469 d. C. prescindió de los *sollemnia verba*, declarando válida a toda estipulación “celebrada por el consenso de los contrayentes con cualquiera palabras” (*quibuscumque verbis consensu contrahentium compositae*)²⁸⁶. El propio Justiniano relajó el requisito de la presencia simultánea de ambas partes; y estableció que cuando se impugnara un documento que contenía estipulación y el deudor alegara no haber habido dicha simultaneidad, la alegación sólo podría fundarse en que una de las partes hubiera estado fuera de la ciudad en la fecha indicada por el documento; lo que significaba autorizar el acto sin aquella presencia, siempre que ambas partes estuviesen en la ciudad el día en que se dijo haberse firmado el documento²⁸⁷. De ese modo, la estipulación tendió a convertirse en una promesa consensual documentada.

Pero Justiniano, tanto en las *Institutiones* como en los *Digesta*, conservó el análisis que los juristas clásicos habían hecho de la estipulación según su forma original, y con ello mantuvo para la posteridad unos resultados que todavía hoy son la base y el fundamento del derecho de obligaciones.

La *stipulatio* ha sido un *unicum* en toda la historia del derecho, y una de las más altas manifestaciones del genio jurídico del pueblo romano y de sus juristas. Su formalismo estricto, unido a su simplici-

²⁸⁶ CI. 8.37.10.

²⁸⁷ CI. 8.37.14; Inst. 3.15.1; 3.19.12 y 17.

dad, lo mismo que al carácter unilateral que tenía, permitió a los juristas estudiar el fenómeno obligatorio y el negocio jurídico en estado puro, por así decirlo, y descubrir sus reglas más íntimas. De ella deriva, por generalización y abstracción, la moderna teoría del acto jurídico y de las obligaciones.

§ 143. CAUSA DE LA ESTIPULACION

I. CONCEPTO. 1. Los juristas suelen hablar de una *causa stipulationis*. En efecto, este negocio es esencialmente causal o, por mejor decir, causado.

Como la estipulación es tan sólo una forma de obligarse, supone un acto previo que justifique o explique por qué las partes la han celebrado. Ese acto pudo haber generado ya por sí mismo una obligación o no. En el primer caso la estipulación refleja un previo compromiso obligatorio del promitente; y en el segundo, un compromiso que carece de sanción jurídica. En ambos casos, el acto constituido por el o los compromisos, obligatorios o no, es la *causa* de la estipulación.

A falta de otro término mejor, usamos aquí la palabra “compromiso”, no en el sentido técnico del *compromissum* arbitral, por cierto, y tampoco en el de acto que contenga una explícita declaración de dar o hacer algo en el futuro, sino en el vago sentido de vincularse voluntariamente por un acto; el francés dispone del término *engagement*. Así, por ejemplo, en el mutuo podemos ver un compromiso del mutuario consistente en restituir la cantidad recibida, aunque nada expreso diga, e incluso aunque calle. Y en el acuerdo de permitir gratuitamente a otro la extracción de agua de un fundo suyo, hay un compromiso de permitirla, aunque no obligue.

La causa límite es un acuerdo o pacto de donar, que envuelve el compromiso de dar el donante, pero que no crea la respectiva obligación a su cargo; si las mismas partes de ese acuerdo celebran una estipulación, el promitente resulta obligado ahora, y entonces se dice que esa estipulación es *donandi causa*. En vez de un acuerdo donatorio pudo tratarse de uno de dote, y la estipulación es *dotis causa*.

A partir de este modelo límite, la causa puede estar constituida por cualquier acuerdo entre las partes, futuros estipulante y promitente, de carácter consensual (dé o no lugar a un contrato consensual), sea uni o bilateral en cuanto a que sólo una de las partes o ambas prevean una prestación a su cargo; y sea gratuito u oneroso, es decir, sin precio o con él. Incluso puede ser un *dare ob rem* la causa en tanto se incluya en la estipulación la no obligatoria contraprestación esperada de parte de quien recibió algo de otro. Finalmente, hasta puede ser un negocio real ya perfecto la causa, si es que la obligación nacida de aquél es vuelta a incluir en una estipulación.

Examinemos algunos ejemplos: se acuerda que Ticio permitirá extraer agua de su predio gratuitamente a Cayo. El mero pacto de esta prestación sólo permite a

Cayo excepcionarse si es que Ticio pretende demandarlo por haber extraído agua; pero no le sirve para exigirle continuar permitiéndole la extracción de agua en el futuro, en el caso que Ticio decida prohibirla. Si las partes, en vez de dejar el asunto en el mero estado de pacto, lo llevan a una estipulación, y Ticio promete a Cayo no hacer nada para impedirle extraer agua, entonces cualquier obstáculo a ello que provenga del promitente, legitima al estipulante para la *actio ex stipulatu*. Ahora bien, esa estipulación sólo se explica en virtud de haber previamente acordado las partes el permiso gratuito, y entonces ese acuerdo es su causa. Si ahora suponemos que el acuerdo consistió en dejar Ticio extraer agua a Cayo y en pagar éste una suma de dinero a cambio, mientras nada real operen las partes, es decir mientras Cayo no extraiga agua ni pague el dinero, eso es un mero pacto que no obliga ni a dejar extraer agua ni a pagar; si en ese estado las partes hacen una estipulación por la que Ticio promete no hacer nada para impedir extraer el agua, la causa de tal estipulación es ahora el acuerdo oneroso antes descrito; si Ticio impide la extracción, Cayo tiene la *actio ex stipulatu*; pero si este último no paga el precio, Ticio sólo dispone de la acción penal *de dolo*. Mas tendrá a su favor la *condictio* si es que, junto con la promesa estipulatoria suya de dejar extraer agua, se hizo otra estipulación por la que Cayo le prometió pagarle la cantidad. Hipótesis en la cual la causa de tal estipulación es el mismo acuerdo que sirvió de causa a la estipulación de dejar extraer agua. Ambas estipulaciones reflejan sendos compromisos no obligatorios de cada parte. Sentemos ahora que tuvo lugar el mismo acuerdo antes descrito, pero que Cayo pagó el precio exigido por Ticio para dejarle extraer agua; en tal caso ha operado un *dare ob rem* (se da algo para que otro no impida extraer agua). En ese estado del negocio, si Ticio impide la extracción, Cayo dispone de la *condictio* para recuperar el dinero entregado. Pero si en vez de dejarlo en tal estado, las partes hacen estipulación, de modo que Ticio aparezca prometiendo nada hacer para impedir extraer agua a Cayo, entonces ese *dare ob rem* es causa de tal estipulación, la cual no hace más que también reflejar un compromiso no obligatorio de Ticio. Supongamos ahora que ciertas partes han acordado una compraventa, de la cual, en consecuencia, ambas resulten obligadas a dar el precio la una, y a entregar la cosa vendida la otra; si alguna no cumple, la contraparte dispone de la acción de la compra o de la venta, según el caso, para reclamar el cumplimiento. Pudo ocurrir que ellas hayan dispuesto celebrar dos estipulaciones cruzadas, con una de las cuales el vendedor promete entregar cierta cosa al comprador y éste promete dar una cantidad de dinero al vendedor con la otra. Aunque ambas estipulaciones aparezcan como independientes entre sí y además sin relación alguna con la compraventa, en realidad cada una refleja los compromisos ya obligatorios adquiridos en virtud de ella, y entonces decimos que esa compraventa es causa de cada estipulación. Algo semejante tiene lugar si dos partes acuerdan celebrar un mutuo, y el mutuante entrega efectivamente la cantidad acordada; cuando el mutuario caiga en mora, su contraparte dispone de la *condictio*. Si, no contentas con la tradición del dinero, de la cual ya nace una obligación de restituir, las partes celebran estipulación, por la que el mutuario promete dar una cantidad (equivalente a la mutuada) al estipulante, en tal hipótesis es el mutuo mismo ya celebrado el que constituye la causa de la estipulación, y ésta, por ende, refleja un compromiso obligatorio previo del mutuario.

2. Cuando no hubo un acuerdo de donar al menos, que justifique la estipulación, ni a partir de él, ningún acuerdo, negocio, acto o relación que envuelva un compromiso, obligatorio o no, reflejable y reflejado por la estipulación, entonces ésta contiene una promesa de lo indebido, y decimos que carece de causa (*sine causa*)²⁸⁸.

²⁸⁸ D. 46.1.15 pr.; 44.4.2.3.

Supóngase que aparece un testamento por el cual se impone al heredero pagar la suma de un millón a Cayo (legado *per damnationem*); y que el heredero, en virtud del mismo, promete dar un millón a Cayo; pero que después se descubre un segundo testamento que revoca el legado; como en fuerza de esto el millón no era debido por el heredero que lo prometió a Cayo mediante estipulación, ésta carece de causa: la promesa ahí contenida no refleja ningún compromiso previo.

3. Puede ocurrir que la estipulación tenga causa al comienzo, pero que después la pierda porque el negocio causante resulta invalidado; se dice entonces que la causa “finaliza” (*causa finita*)²⁸⁹.

Como cuando se promete a un menor de 25 años el precio de una compraventa, que después es rescindida mediante *restitutio in integrum*; inicialmente hubo causa: la compraventa, pero después desapareció, aunque civilmente el promitente queda aun obligado, solo que ahora sin causa.

4. Si bien la estipulación no debe carecer de causa, eso no significa que ésta deba necesariamente aparecer indicada en la formulación misma del negocio. Por lo ordinario no aparece, y entonces decimos que la estipulación es “abstracta” (o “no causal”, o “incausal”, o “no titulada”); cuando, en cambio, la causa figura expresada en la estipulación, la llamamos “concreta” (o “causal” o “titulada”).

Que la estipulación sea abstracta, pues, no significa “sin causa”, sino “sin causa expresada”. Las expresiones “titulada” o “no titulada” y “causal”, “no causal” o “incausal” son peligrosamente ambiguas: dan a entender que igualmente la estipulación puede o no tener causa, como modalidades normales. Por ello es preferible hablar de estipulación abstracta y concreta, aunque esta última denominación suene algo bizarra. Los medievales hablan de *cautio* (o *stipulatio discreta* (con causa expresada) e *indiscreta* (no expresada), inspirados en D. 22.3.25.4 itp. de Paulo, que se refiere a que un documento (*cautio*) “hable indiscretamente” (*indiscrete loquitur*), en oposición a que se hayan “explicado las causas” (*causas explanavit*).

Supóngase que ha tenido lugar una compraventa, y que enseguida las partes deciden estipular el precio, mediante un acto en que el comprador aparece como promitente del valor acordado como precio. La estipulación puede entonces concebirse de una de estas dos maneras: “Lo que me debes por compra, ¿prometes que ha de serme dado?” (*Quod ex empto mihi debes, dari spondesne?*)²⁹⁰. Como aquí la causa de la estipulación, es decir la compra, figura expresamente indicada, se trata de un acto concreto. Es formulada abstractamente, por el contrario, cuando se pregunta: “¿Prometes que han de serme dados 10.000 sesteracios?” (*Sestertium X milia mihi dai spondesne?*), en el entendido tácito de que los 10.000 son el precio del contrato de compraventa, que es por ende la causa no expresada de la estipulación.

²⁸⁹ D. 44.4.2.3.

²⁹⁰ Cfr. D. 45.1.75.6.

5. La importancia de expresar o no la causa radica en esto: si es abstracta la estipulación y en verdad carece ella de causa —en el ejemplo anterior, si compraventa no hubo, o fue declarada nula—, el promitente necesita incluir en la fórmula una *exceptio doli* contra la *intentio* de la acción entablada por el estipulante con que éste exige el cumplimiento de la obligación, asumiendo la carga de probar la inexistencia de la causa²⁹¹. Cuando, en cambio, la causa figura expresada, pero es inexistente, y el estipulante acciona, no es necesario que el promitente oponga una excepción, porque la carga de probar la causa *apud iudicem* corresponde al actor, de modo que el demandado ha de resultar absuelto si el contrincante no consigue demostrarla.

Por supuesto, la prueba de la causa sigue la misma suerte que la de la propia estipulación; si hay, por ejemplo, un documento en que ésta figura con expresión de causa, y se confiere valor probatorio al documento, con ello se dan por probados el hecho de la estipulación y el hecho de haber habido causa.

6. En las fuentes aparece, además, otro recurso procesal en favor del deudor para atacar una estipulación sin causa: la *condictio liberationis*²⁹², que también figura como *condictio incerti*²⁹³. Mediante ella el promitente pide que el estipulante lo libere de la obligación civil nacida de la estipulación, a través de un acto formal de cancelación (*acceptilatio*), bajo el concepto de que se trata de una prestación de hacer (la liberación) a cargo del acreedor.

La ventaja sería ésta: para defenderse con la *exceptio doli*, el promitente necesita esperar que el estipulante lo demande; entretanto figura como deudor civil; a través de la *condictio liberationis*, en cambio, se adelanta y consigue extinguir civilmente la deuda. De haber sido clásica esta acción, tuvo que tener carácter extraordinario y no formulario, porque no se ve con base en qué criterio habría de fijarse la condena pecuniaria del acreedor, cuando no quiere liberar al promitente. Si se supone que tal condena es al valor de la deuda, resulta ostensible que entonces se produciría un enriquecimiento en favor del deudor, por recibir una cantidad que él no ha pagado. Esta acción, en cambio, mejor supone un procedimiento que permita condenar al acreedor a liberar, y que, de no hacerlo, autorice al juez para dar por liberado al deudor. Pero ello sólo es posible en el procedimiento extraordinario.

II. ESTIPULACIÓN CON CAUSA MUTUARIA. Se practica ordinariamente recubrir los mutuos con interés mediante una única estipulación abstracta por el capital y aquéllos, que el promitente-mutuuario promete dar al estipulante-mutuante, caso en el cual los juristas dicen que la obligación nace *re* (por la *numeratio* o tradición del dinero mutuado) y *verbis* (por la estipulación)²⁹⁴. El mutuo es entonces la causa de esta última.

La ventaja de este negocio complejo radica en poderse cobrar los intereses, ya que de su mero pacto no nace acción, y de cobrar el total del capital más los intereses con una sola acción: la *condictio*, sin necesidad de tener que demandar dos veces: una por el capital y otra por los intereses, si es que éstos fueron estipulados por separado. Además, permite reservarse la *condictio* al menos por el capital, fundándola en la *numeratio* mutuaría, si es que por cualquier razón no prospera la *condictio* basada en la estipulación. La contraposición *re-verbis* sirvió de base a Gayo para construir su cuatripartición de obligaciones nacidas *re, verbis, litteris y consensu*.

El mutuuario-promitente dispone de una *exceptio doli* en contra del mutuante-estipulante si es que éste, una vez cobrada la deuda mediante la *condictio* (estipulatoria), pretende volver a cobrarla a través de una nueva *condictio* (mutuaría esta vez), o viceversa.

Puede ocurrir que las partes tengan acordado un mutuo, y que, retrasando la entrega del dinero el futuro mutuante al que va a ser mutuuario, celebren de antemano la estipulación (de que se deja constancia en una *cautio*), en el entendido de que la cantidad será entregada poco después. Si esto realmente acaece, el negocio se desenvuelve en forma normal; pero si el estipulante no llega a entregar el dinero, la estipulación carece de causa. Para el evento en que, ello no obstante, aquél pretenda exigir el cumplimiento de la estipulación, el promitente debe oponer la habitual *exceptio doli* y probar que no hubo *numeratio* mutuaría a fin de resultar absuelto²⁹⁵.

Caracalla reformó profundamente este régimen del negocio *re et verbis*, para cuando fuera previsto así por las partes y resultara ejecutado sólo *verbis*. Concedió al deudor una “excepción de dinero no entregado” (*exceptio non numeratae pecuniae*) en contra de la acción del estipulante como alternativa a la de dolo²⁹⁶. En virtud de aquélla resulta invertido el peso de la prueba, pues ahora corresponde al estipulante que demanda probar haber habido *numeratio*, en defecto de la cual prueba se absuelve al promitente demandado. Esta medida fue complementada con una *querela non numeratae pecuniae*²⁹⁷. o acción que se concede *extra ordinem* al promitente para permitirle adelantarse a la demanda del estipulante y así obligarlo a probar haber habido entrega del dinero, de modo de obtener una suerte de absolución preventiva, cuando efectivamente entrega no hubo. Dicha *querela* se justifica porque la excepción sólo puede ser entablada dentro de un plazo de caducidad, de forma que le bastaría al estipulante esperar a que se cumpliera éste para entablar su acción, sin el temor de verse enfrentado a la carga de probar la *numeratio*. La única manera de evitar esta burla, en consecuencia, fue conceder al deudor la iniciativa del juicio, y tal es la función de la *querela*. Inicialmente ese

²⁹¹ D. 45.1.75.6.

²⁹² D. 16.1.8.2; 36.4.1 pr.; CI. 2.5.1.

²⁹³ D. 12.7.1 pr.; 12.7.3; 19.1.5.1; 23.3.46 pr.; 39.5.2.3-4; 44.4.7 pr.-1; CI. 4.6.4; 4.30.7; 8.40.15.

²⁹⁴ D. 45.1.122.1; 45.1.126.2; 46.2.6.1; 46.2.7.

²⁹⁵ D. 44.4.2.3.

²⁹⁶ D. 17.1.29 pr.; 44.4.4.16; CI. 4.30.3.

²⁹⁷ CI. 40.30.4.

plazo fue de un año (bajo Alejandro Severo); Diocleciano lo aumentó a cinco ²⁹⁸ y Justiniano lo disminuyó a dos ²⁹⁹.

La *exceptio* y sobre todo la *querela* suponen un documento en que consta la estipulación (*cautio*), porque en la época de Caracalla la tendencia a ver la fuerza obligacional de la estipulación en el documento está muy avanzada.

Con la querella, pues, se trata de forzar al tenedor del documento estipulatorio a que lo exhiba y pruebe su correspondencia con el acto real de la entrega del dinero, y a que lo devuelva si es que no consigue probarlo. Como pasado el plazo de caducidad el documento se torna en inobjetable por la excepción y en inatacable por la acción, Justiniano consideró que entonces el deudor queda obligado por él en cuanto documento, con independencia del acto causante, y vio en ello un caso de obligación nacida *litteris* en sustitución del caso original ofrecido por Gayo, ya caído en desuso ("*transscriptio nominum*") ³⁰⁰.

III. *Stipulatio (promissio) ob rem*. En las fuentes quedan rastros de haber existido la figura de una *stipulatio (promissio) ob rem*, que debió de ser paralela y equivalente al *dare ob rem*. Consiste aquélla en prometer por un fin que se espera, el cual no sigue. En esta figura debemos distinguir el acuerdo consensual previo entre las partes, que contiene el compromiso de dar, hacer o no hacer de una de ellas, y que después es trasladado abstractamente a una estipulación; y el compromiso de la otra, que no es trasladado. El cumplimiento del compromiso de esta otra parte es la *res* esperada por el promitente; si este último es cumplido, la estipulación queda perfecta; en caso contrario, el promitente permanece obligado por una finalidad que no se cumplió.

Un ejemplo viene en D. 39.5.19.6 de Ulpiano: se promete dar 100 para que el estipulante jure adoptar el nombre del promitente; el jurista dice que no hay donación porque fue hecha *ob rem* (la estipulación) y la *res* siguió (*res secuta est*).

El fin no debe ser expresado en la fórmula de la estipulación, porque entonces actuaría como condición.

Las estipulaciones *ob rem* debieron de ser muy raras, precisamente por la posibilidad que existe de introducir el fin en la formulación misma del acto. En efecto, entre prometer abstractamente dar para, por ejemplo, que se manumita a un esclavo (fin este que queda fuera de la pregunta y no es expresado, en consecuencia), y prometer dar si se manumite a un esclavo (expresándolo en la pregunta), evidentemente no

suele haber impedimentos para escoger esta última opción más segura. Por lo demás, esta forma de estipulación, una vez cumplida, es decir pagada, se transforma en un *dare ob rem* (si lo prometido fue un *dare*).

Si el fin no sigue y se hubiese tratado de un *dare ob rem*, el *dans* podría repetir lo dado mediante una *condictio*; pero como aquí se trata de una obligación, estrictamente ella no puede ser repetida, y el remedio es o una *exceptio doli* en favor del promitente contra la acción del estipulante que exige el cumplimiento de la obligación, o una acción en favor del promitente destinada a obtener su liberación de la deuda estipulatoria.

Esta última es la acción antes recordada que en las fuentes aparece como *condictio liberationis* o *condictio incerti*, que, según se dijo, debió de ser conferida *extra ordinem*. Mas, como efectivamente hay un paralelismo entre la *condictio* dirigida a repetir lo dado *ob rem re non secuta* y esta acción extraordinaria para conseguir la liberación de lo prometido *ob rem re non secuta*, es posible que haya recibido el nombre de *condictio liberationis*, como si se repitiera la obligación, en el entendido de que ella de común con la verdadera *condictio* no pudo tener más que el nombre (si es que dicho nombre es clásico).

En este caso no se trata de una estipulación sin causa, aunque la apariencia sea contraria y el efecto el mismo en cuanto al remedio en favor del promitente. La causa de una *stipulatio ob rem* es el acuerdo previo entre las partes, uno de cuyos compromisos es reflejado por la estipulación; pero ese acuerdo causante no desaparece al resultar incumplido por la contraparte, de modo que la estipulación no pierde la causa; es únicamente la frustración del fin esperado el que induce a defender al promitente.

Al igual que en el caso del *dare ob rem*, los postclásicos ven una *causa* en la *res* esperada, y la *stipulatio ob rem* es transformada en una *stipulatio ob causam*, de modo que si la *causa* no sigue, proceda una *condictio causa non secuta* (D. 12.7.1.2), que es asimilada a la *condictio sine causa*.

§ 144. INVALIDEZ, INEFICACIA Y RESCISIÓN ³⁰¹

Las estipulaciones pueden resultar *ipso iure* inválidas cuando adolecen de vicios de "nulidad", y "*ope exceptionis*" ineficaces, si ofrecen uno de "inutilidad"; por derecho pretorio, además, una estipulación válida y eficaz deja de serlo en virtud de la rescisión decretada en una *restitutio in integrum*.

I. INVALIDEZ. Para indicar que una estipulación es inválida por derecho civil, los juristas dicen que "no existe" o que "no hay nada" o que "nada fue actuado" (*nullius momenti est* o *nullum actum est*).

³⁰¹ s. m. CI. 8.38; Inst. 3.19; cfr. Gai. 3.97-108.

²⁹⁸ Cod. Hermog. visigot. 1.1.

²⁹⁹ CI. 4.30.14.

³⁰⁰ Inst. 3.21.

Equivale, pues, a lo que modernamente se llama "inexistencia" y que debería llamarse "nulidad", porque *nullus*, de donde esta última expresión deriva, significa precisamente "nada".

1. En relación con los sujetos, son "nulas" las estipulaciones en que intervienen como estipulantes o promitentes los mudos y los sordos³⁰², los dementes³⁰³ y los impúberes *infantia minora*³⁰⁴. Que cuanto estas personas actúen sea como "nada", es consecuencia de que no pueden hablar, oír o entender.

Los hijos, esclavos, mujeres *in manu*, personas *in mancipio* pueden estipular válidamente de terceros, aunque la obligación la adquiere el padre, amo, marido (Gai. 2.87; D. 45.1.45 pr.; 45.1.45.4), pero no pueden estipular de su jefe, porque sería como si éste estipulara consigo mismo (Gai. 3.104). Estas personas también pueden prometer a terceros, aunque el efecto del acto consista sólo en generar una *obligatio naturalis*.

2. Por lo concerniente al objeto, son "nulas" las estipulaciones: (i) cuya prestación carece de objeto material por no existir en la naturaleza, como dar un hipocentauro o un esclavo que ya ha muerto³⁰⁵, o no existe en derecho, como la herencia de una persona que todavía vive³⁰⁶; y (ii) cuya prestación es imposible, aunque tenga objeto material, como ocurre con las de dar cosas que están fuera del comercio humano o privado: un hombre libre, una *res sacra, religiosa* o *sancta* y también *publica*³⁰⁷; o una cosa propia³⁰⁸ (como si el dueño estipula la cosa que le fue hurtada³⁰⁹); ninguna de las cuales puede ser dada.

3. Cualquier incongruencia entre pregunta y respuesta acarrea la "nulidad" de una estipulación³¹⁰.

4. Son también "nulas" las estipulaciones que ofrecen un defecto en la forma: (i) si no hubo oralidad³¹¹; (ii) si alguna de las partes estuvo ausente al formularse la pregunta o darse la respuesta³¹²; (iii) si hubo discontinuidad entre la pregunta o la respuesta³¹³; (iv) si no se utilizaron las palabras prescritas (*sollemnia verba*)³¹⁴.

5. Hay otras causas de nulidad provenientes de ciertas modificaciones introducidas al esquema normal de una estipulación, como

cuando se inserta una condición imposible o se hace en favor de terceros, etc., que serán examinadas en su lugar.

II. INEFICACIA. Una estipulación jurídicamente existente y civilmente válida puede no producir efectos o ser ineficaz, y entonces los juristas dicen que es "inútil" (*inutilis*), porque si bien estipulación hay, no hay obligación civil ni natural.

Algunos supuestos equivalen a la moderna "anulabilidad", término este del todo equívoco.

1. En lo que concierne a los sujetos, son "inútiles" las estipulaciones en que actúan como promitentes los impúberes *infantia maiora* y las mujeres púberes, cuando las celebraron sin la *auctoritas* de sus respectivos tutores³¹⁵; lo propio ocurre con las promesas de los pródigos³¹⁶.

2. Por lo relativo al objeto, son también "inútiles" aquellas estipulaciones cuya prestación, aunque posible y con objeto material existente, es sin embargo, ilícita, es decir, contraria a las buenas costumbres (*contra bonos mores*) o a las normas públicas (*contra leges senatus-consulta edicta principum*), como prometer un crimen o no casarse o casarse con una hermana³¹⁷.

En algún texto se dice que estas estipulaciones son nulas (D. 45.1.26 itp.; 45.1.123 itp.), pero el régimen era el de la *denegatio actionis* o de la *exceptio doli*, lo que demuestra haberse tratado sólo de inutilidad; el régimen de la nulidad es justiniano (Inst. 3.19.24). Cuando se estipula una cosa cuyo comercio no tiene el estipulante (por ejemplo, si actúa como tal un gobernador de provincia y como promitente un habitante de la provincia que aquél rige, porque éste no puede adquirir de dicho habitante), la estipulación es inútil; cuando se estipula una cuyo comercio no tiene el promitente (como si le está prohibido enajenarla), es útil, y aunque no la pueda cumplir, eso le perjudica a él (D. 45.1.34).

3. Del mismo modo, hay vicios de inutilidad que dependen de modificaciones al esquema normal de una estipulación, los cuales deben ser analizados en otro lugar.

III. RESCISIÓN. Una estipulación existente, válida y eficaz puede ser dejada sin efecto por medio de un decreto rescisorio del pretor emitido en un procedimiento de *restitutio in integrum* a causa de fuerza o de minoridad del promitente, y en otras hipótesis más específicas, en conformidad con las reglas generales estudiadas en su momento.

³⁰² Gai. 3.105; D. 44.7.1.14-15; 45.1.1 pr.; Inst. 3.19.7.

³⁰³ Gai. 3.106; D. 4.7.1.12; 45.1.6; 46.1.70.4; Inst. 3.19.8.

³⁰⁴ Gai. 3.109; 44.7.1.13; 45.1.1 pr.; Inst. 3.19.10.

³⁰⁵ Gai. 3.97a; D. 44.7.1.9; 45.1.35 pr.; Inst. 3.19.1.

³⁰⁶ CI. 8.38.4.

³⁰⁷ Gai. 3.97; D. 44.7.1.9; 45.1.35 pr.; 45.1.83.5; 45.1.103; Inst. 3.19.2.

³⁰⁸ Gai. 3.99; D. 44.7.1.10; 45.1.82 pr.; 45.1.87; Inst. 3.19.2.

³⁰⁹ D. 45.1.29.1.

³¹⁰ Gai. 3.102; D. 45.1.1.3; 45.1.83.2; Inst. 3.19.5; cfr. en contra D. 45.1.1.4 itp.

³¹¹ D. 45.1.1 pr.

³¹² D. 45.1.1.1; Inst. 3.19.12.

³¹³ D. 45.1.137 pr.

³¹⁴ D. 45.1.1.2.

³¹⁵ Gai. 3.107-109; Inst. 3.19.9-10.

³¹⁶ D. 45.1.6.

³¹⁷ D. 45.1.27 pr.; 45.1.134 pr.; CI. 4.7.5.

IV. INFLUENCIA DEL ERROR EN LAS ESTIPULACIONES. 1. Puesto que la estipulación necesariamente encierra una convención consensual previa³¹⁸, que es reducida a aquella forma, la jurisprudencia dio entrada al tema del error, que puede impedir o inutilizar dicho consentimiento.

a) El error puede recaer en la cosa misma (*in re, in corpore*), como si se estipula el esclavo Estico y bajo tal nombre el estipulante entien- de referirse a un individuo de ese nombre, mientras que el promi- tente a otro distinto aunque sea del mismo nombre, caso en el cual la estipulación es nula (*nullum actum est*)³¹⁹. Esta inexistencia de estipulación se funda en que un tal error equivale a que el estipulan- te hubiera preguntado por Estico y el promitente respondido por Pánfilo; hay, pues, falta de congruencia, es decir, ausencia de con- sentimiento estipulatorio.

b) Si el error no recae sobre la identidad de la cosa, sino sobre su nombre (*errare in nomine*), como cuando es estipulado el esclavo que realmente se llama Estico, sobre cuya corporeidad hay pleno acuer- do entre las partes, pero es llamado Pánfilo en la estipulación, enton- ces ésta es plenamente válida, y sus cláusulas se aplican a la cosa corporal que en realidad se llama Estico, porque en ella habían pensado el estipulante y el promitente³²⁰.

c) Puede suceder que el error, de una o ambas partes, incida sobre la sustancia de la cosa, supuesto que haya acuerdo acerca de su identidad, como si un objeto determinado, que las partes tienen presente y conocen, una de ellas cree que es de oro cuando en verdad es de bronce; dada tal hipótesis, en principio la estipulación vale sobre el objeto de esa materia de que se trató; pero si hubo dolo de la contraparte para inducir a engaño a la que erró, aquélla hace inútil merced a la *exceptio doli*³²¹.

2. No necesariamente es caso de error la hipótesis de que una designación de cosas pueda ser aplicada indistintamente a varios *cor- pora*, como si se estipula el esclavo Estico y existen muchos Esticos³²² o se promete el fundo Corneliano y hay varios fundos del mismo nombre³²³. En primer lugar, se ofrece aquí un problema de inter- pretación, y, por ende, de acuerdo con el criterio usual del *id quod actum est*, el caso se resuelve aplicando la estipulación al *corpus* indivi- dual en que las partes pensaron, por lo que se debe el Estico o el fundo Corneliano en que las partes estaban de acuerdo al estipular;

³¹⁸ D. 2.14.1.3; D. 45.1.83.1.

³¹⁹ D. 45.1.83.1; 45.1.137.1; Inst. 3.19.23.

³²⁰ D. 45.1.32.

³²¹ D. 45.1.22.

³²² D. 34.5.21 pr.

³²³ D. 45.1.106.

eso, por cierto, constituye una cuestión de hecho por demostrar. De no aparecer aquello, la obligación se considera como genérica, de guisa que se deberá la especie que el deudor elija. Pero si una de las partes había pensado en un cuerpo de ese nombre y la otra en otro distinto del mismo nombre, entonces es una hipótesis de *errare in corpore*, que invalida la estipulación³²⁴.

V. *DOLUS Y METUS*. La intervención de dolo contra el promitente por parte del estipulante en la celebración de una estipulación no la vicia civilmente, y éste permanece sujeto a la acción derivada. Pero puede oponer la *exceptio doli*, con la cual consigue enervar aquélla por derecho pretorio³²⁵.

Dada la amplitud que en el derecho clásico presenta el concepto de dolo, el cual no sólo consiste en un engaño o en una maquinación destinada a producir error en la contraparte, sino en cualquier comportamiento contrario a la buena fe, la excep- ción de dolo es oponible también cuando no se hizo dolo para inducir a celebrar la estipulación, pero se puede apreciar su existencia en el acto de demandar, como, por ejemplo, si la estipulación se quedó sin causa (D. 44.4.2.3; 45.1.36), a lo que nos hemos referido en otro lugar.

Idéntico régimen se aplica en caso de haber intervenido coac- ción (*metus*) contra el promitente para lograr su promesa; sólo que no se exige que ésta haya provenido del estipulante mismo y es suficiente que el primero la haya padecido de alguien³²⁶.

VI. ILICITUD DE LA CAUSA. Como se vio, la prestación objeto de una *stipulatio* debe ser lícita, esto es, no puede contrariar a las buenas costumbres (*contra bonos mores*) ni a las normas públicas (*contra leges senatusconsulta edicta principum*); las que adolecen de algún vicio de ilicitud así, se llaman "estipulaciones torpes" (*turpes stipulationes*). Lo son, por ejemplo, las que contienen la promesa de cometer un homi- cidio o un sacrilegio. Estas estipulaciones son *inutiles*.

Aunque la sanción sea la misma, se construyen de manera distin- ta las estipulaciones con causa torpe (*ob turpem causam*). Ellas supo- nen un previo convenio (obligatorio o no) entre las partes de la estipulación, uno de cuyos compromisos, al menos, adolece de obje- to ilícito, y cuya ilicitud se comunica al convenio entero, aunque éste envuelva otros compromisos de objeto lícito. Debido precisamente a esa ilicitud, las mismas partes con posterioridad reflejan en una esti- pulación el compromiso lícito, de modo que el ilícito quede oculto. Pero como es todo el convenio el que viene a ser la causa de esa

³²⁴ D. 45.1.83.1.

³²⁵ D. 45.1.36.

³²⁶ D. 44.4.4.33: es una *exceptio in rem scriptam*.

estipulación, se dice que ella tiene causa ilícita. Supóngase que Ticio y Cayo convienen en que el primero dará una cantidad de dinero al segundo, y que éste cometerá cierto delito; y que después los mismos estipulan la cantidad, de forma que Ticio aparezca prometiéndola abstractamente a Cayo. El convenio involucra dos objetos: uno lícito, consistente en dar la cantidad, y otro ilícito, en cometer un delito; la ilicitud de este último, sin embargo, es suficiente para transformar en ilícito a todo el convenio. Por su parte, la estipulación tiene objeto lícito, porque sólo contiene la promesa (abstracta) de dar una cantidad. Pero como el anterior convenio todo es la causa de la estipulación y aquél es ilícito por entero, se dice que ésta tiene causa ilícita. Si en vez de prometerse la cantidad, lo prometido fuera el delito, entonces la estipulación misma ya tendría además objeto ilícito. En razón de una tal causa se puede inutilizar la estipulación oponiendo la *exceptio doli* a la acción que se entable para exigir su cumplimiento ³²⁷.

Si el promitente paga, empero, puede o no repetir, según que la torpeza le afecte o no. Cuando ésta incida en el promitente y en el estipulante (como en el ejemplo anterior), o en el promitente (como prometer a una meretriz), éste, si pagó, no puede repetir ³²⁸; cuando sólo afectó al estipulante (como prometer para que no se cometa un delito), podría hacerlo ³²⁹.

Sección Segunda

ESTIPULACIONES SIMPLES CON MODALIDADES

§ 145. ESTIPULACION CONDICIONADA

La estipulación es un acto que se presta ampliamente para recibir una gran variedad de modalidades accidentales; entre ellas, la condición, cuya inserción da origen, pues, a la estipulación condicionada.

I. CONCEPTO. Se entiende por condición (*condicio*) al hecho futuro ³³⁰ e incierto ³³¹ de cuya efectiva realización se hace depender los

³²⁷ D. 12.5.8. El régimen justiniano es el de la nulidad: D. 45.1.123 itp.; Inst. 3.19.24.

³²⁸ D. 12.5.8.

³²⁹ D. 12.5.6.

³³⁰ D. 12.1.39.

³³¹ D. 46.2.9.1.