



www.ridrom.uclm.es

ISSN 1989-1970

ridrom@uclm.es

RIDROM

Derecho Romano,
Tradición Romanística y
Ciencias
Histórico-Jurídicas

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

¿EXISTIÓ LA DENOMINADA *ACTIO INCERTI EX STIPULATU*?

DID DENOMINATED *ACTIO INCERTI EX STIPULATU* EXIST?

Margarita Fuenteseca

Catedrática de Derecho Romano

Universidad de Vigo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ese periodo⁴. En este caso, según Gayo IV,131, para mantener íntegra la prestación futura se insertará la *praescriptio: ea res agatur cuius rei dies fuit*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En relación a la *demonstratio* en los *iudicia bonae fidei*, también Kaser¹², en contra de Arangio Ruiz¹³ y de acuerdo con Wlassak, había afirmado que ésta no contiene un *factum* indiscutido, sino que, como se deduce expresamente de las fuentes, únicamente contiene una afirmación presentada por el demandante. La errónea interpretación de la

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

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

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

actio empti a la obligación de mancipar, sin consumir en el proceso el resto de las obligaciones exigibles derivadas de la *mancipatio*. Se deduce de este pasaje gayano que sería, en consecuencia, incompatible una *praescriptio* (*loco demonstrationis*) con una *intentio* que contenga la expresión *ex fide bona*, propia de los *bonae fidei iudicia*, ya que esta expresión reviste al *iudex* de la potestad de emitir un *arbitrium* (*boni viri*), teniendo en cuenta la totalidad de la relación jurídica bilateral establecida entre las partes.

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

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

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

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

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

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

430). Estas ediciones no incluyen la supuesta laguna gayana, con lo cual se obtiene que, según Gayo IV,44 la *condemnatio* no es efectiva si no se acompaña de la *demonstratio*, o bien de la *intentio* o de la *adiudicatio*.

¹⁷ Vid. *Gaius* IV,17a:...*Per iudicis postulationem agebatur si qua de re ut ita ageretur lex iussisset, sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur; eaque res talis fere erat. qui agebat sic dicebat: EX SPONSIONE TE MIHI X MILIA SESTERTIORVM DARE OPORTERE AIO: ID POSTVLO AIAS AN NEGES. aduersarius dicebat non oportere. actor dicebat: QVANDO TV NEGAS, TE PRAETOR IVDICEM SIVE ARBITRVM POSTVLO VTI DES. Itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat. Item de hereditate diuidenda inter coheredes eadem lex per*

