

Dare facere oportere

y los orígenes de la *obligatio ex contractu*

Margarita FUENTESECA DEGENEFFE

(Université de Vigo)

1.- *Agere nominata causa* (o *agere ex lege*); 2.- *Certum dare oportere ex sponsione*; 3.- *Dare facere oportere ex sponsione*; 4.- *Dare facere oportere ex fide bona* en la *lex de Gallia Cisalpina*; 5.- *Dare facere oportere ex fide bona (iudicia bonae fidei)*; 6.- *Dare oportere* y *condictio certi*; 7.- *Dare facere oportere* y *condictio incerti*; 8.- *Dare facere oportere* y los orígenes de la *obligatio ex contractu*.

1.- *Agere nominata causa* (o *agere ex lege*)

La indagación sobre los orígenes de la *obligatio ex contractu* tiene un claro punto de arranque en el reconocimiento de la *sponsio* como *causa ex lege* para instaurar la *legis actio per iudicis postulationem*, del cual se tuvo noticia a través de la información contenida en el fragmento gayano IV,17a, hallado en un papiro egipcio (PSI. 1182) y publicado en el año 1933¹.

Según Gayo IV, 17a, las XII Tablas prescribían el procedimiento de *legis actio per iudicis postulationem* en el caso de que se pida lo que se debe por estipulación (*sicut lex XII Tabularum de eo quod ex stipulatione petitur*), y también para el supuesto de la división de la herencia, y lo mismo hace la *lex Licinnia* para la división de la cosa común (*item de hereditate dividenda inter coheredes eadem lex per*

¹ Publicado por V. ARANGIO-RUIZ, en PSI XI, 1182 en 1933 = *Studi epigrafici e papirologici*, Napoli, 1974, pp. 55 ss; 110 ss; vid. F. de ZULUETA, *The new Fragments of Gaius III, The legis actiones*, JRS 26 (1936), pp. 74 ss.

iudicis postulationem agi iussit. Id fecit lex Licinnia, si de aliqua re communi dividenda ageretur)². Sin embargo, como afirmó Lévy-Bruhl³, esta lista de Gayo no es limitada ; es decir, se puede deducir de este pasaje gayano que se trata de meros ejemplos de remisión por una *lex* al procedimiento de la *iudicis postulatio*.

Corbino⁴ considera que en este pasaje gayano referido a la *legis actio per iudicis postulationem* (Gayo IV, 17a) se puede distinguir una primera afirmación dirigida a indicar la causa por la que se disponía a pedir un *iudex* o un *arbiter* (*ex sponsione te mihi X milia sestertiorum dare oportere aio : id postulo aias an neges*) y una segunda, dirigida precisamente a pedir el *iudex* o el *arbiter*. Así, para Corbino, este *lege agere*, al menos a partir de una determinada época, legitimaba para pedir un *iudex* o un *arbiter* por causas profundamente diversas. La *iudicis (arbitrive) postulatio*, según Corbino, desde el momento en que se consolidó como *modus procedendi*, presenta una articulación flexible en la primera de las dos afirmaciones iniciales del actor, precisamente aquella que Gayo individualiza como dirigida a nombrar la causa de la acción : *itaque nominata causa ex qua agebatur, statim arbiter petebatur*.

Para P. Fuenteseca⁵, en la *iudicis postulatio* el magistrado apenas intervenía en este procedimiento, puesto que parece más bien que se limitaba a dar el *iudex* o *arbiter*, simplemente *nominata causa* (*ex qua agebatur*, Gayo IV,17a), es decir, según P. Fuenteseca, la *causa ex qua agebatur* sería la *sponsio* o las *leges* que se remitiesen a dicho

² 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 iudicis postulationem agi iussit. Idem fecit lex Licinnia, si de aliqua re communi diuidenda ageretur. Itaque nominata causa, ex qua agebatur, statim arbiter petebatur.*

³ Vid. H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, 1960, pp. 256 y 257.

⁴ Vid. A. CORBINO, *La struttura dell'affermazione contenziosa nell'agere sacramento in rem* (secundum suam causam, in *Gai 4, 16*), *Studi in onore di Cesare Sanfilippo VII*, Milano, 1987, pp. 157 y 158.

⁵ P. FUENTESECA, *Las legis acciones como etapas del proceso romano*, *Investigaciones de derecho procesal romano*, Salamanca, 1969, p. 56.

procedimiento, limitándose el magistrado a instaurar un *iudicium* o un *arbitrium*⁶.

Así, según P. Fuenteseca⁷, además de la acción de división de la herencia desde las XII Tablas y de la división de la cosa común desde la *lex Licinnia* (Gayo IV, 17a), en general, serían varias *leges* que se remitirán a la *postulatio iudicis* porque bastaría, como dice Gayo IV, 17a : *ut ita ageretur lex iussisset*.

Por tanto, esta expresión gayana que acabo de mencionar advierte de que la *legis actio per iudicis postulationem* será aplicable a todos los casos previstos en la ley, esto es, se instaurará el procedimiento de la *legis actio per iudicis postulationem* cuando la ley prescriba que se emplee esta forma. Como ya afirmó Wieacker⁸, el procedimiento de la *iudicis postulatio* únicamente puede emplearse para determinadas pretensiones siempre que así lo prevea la *lex*.

En consecuencia, del texto gayano se puede deducir, más bien, que se trata siempre de una *iudicis postulatio*, en la que se exige la instauración de un *iudex* que emite un *iudicium*, por ejemplo, cuando se trata de un *agere ex sponsione*, que, en consecuencia, será un *agere ex lege* al haber sido instaurado por la ley de las XII Tablas. De ahí que el *agere sacramento* fuese una *actio generalis sacramenti* (según afirma Gayo IV, 13⁹), que se utilizará cuando la ley no hubiese

⁶ En un estudio específico sobre esta cuestión A. M. GIOMARO, *La tipicità delle legis actiones e la nominatio causae*, Milano, 1988, p. 101, propone una solución intermedia, al defender que la *causa* del *lege agere* viene a asumir un significado que se podría calificar de intermedio entre el significado de « causa-causa » (que sería *nominatio causae*, con referencia específica a la ley instauradora con descripción del episodio que da origen al litigio, tal y como está descrito en la ley, pero también, en consecuencia, tal y como ha acaecido en la realidad) y el significado « causa-razón de la contienda », la cual después, en su evolución, se transformó en *causa petendi*. Giomaro llega a la conclusión de que la ley introductoria del *lege agere* específico debe ser entendida igual que lo que, en el periodo clásico, será el título, la relación jurídica, el « derecho subjetivo lesionado », que justificará el recurso a la acción formularia, de modo tal que se podría hablar de ella como se habla de *causa mandati*, *causa fideicommissi*, *causa locati* o *conducti*.

⁷ P. FUENTESECA, *Las legis actiones...*, *op. cit.*, p. 57.

⁸ *Vid.* F. WIEACKER, *Zum Ursprung der bonae fidei iudicia*, ZSS 80 (1963), p. 8 también afirma que según Gayo IV, 17a, la *legis actio per iudicis postulationem* sólo era aplicable a pretensiones expresamente determinadas por ley (*si qua de re ut ita ageretur lex iussisset*).

⁹ *Vid.* FIRA, *Auctores*, *Gai Institutionum* IV, 13 : *Sacramenti actio generalis erat ; de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur*.

previsto otra acción expresamente, ya que las restantes *legis actiones* y especialmente la *legis actio per iudicis postulationem* requieren una remisión de una *lex* que instaure dicho procedimiento, lo que las convierte, en consecuencia, en *legis actiones* no generales, sino únicamente aplicables cuando expresamente así lo prevea una *lex*.

2.- *Certum dare oportere ex sponsione*

Así pues, en Gayo IV,17a resulta reconocida la *sponsio* como acto generador de un deber jurídico exigible *ex lege* en virtud de una promesa verbal de las partes. Se reconoce por disposición legal simultáneamente la existencia de la *sponsio* con un procedimiento aparejado, la *iudicis postulatio*, dando así lugar a un *iudicium* instaurado *ex lege*.

Pero la literalidad del pasaje gayano IV,17a plantea un problema de interpretación, en cuanto afirma que la *iudicis postulatio* se aplicaba *de eo quod ex stipulatione petatur*, es decir, a todo lo que se pidiese *ex stipulatione*, ya que pone a continuación Gayo como ejemplo una fórmula que menciona la *sponsio* únicamente de una cantidad cierta de dinero: EX SPONSIONE TE MIHI X MILIA SESTERTIORVM DARE OPORTERE. En consecuencia, según este pasaje gayano, procede la *iudicis postulatio* cuando se trate de la *sponsio* de *certum* (*decem milia*) *dare oportere* sin mención alguna del supuesto de que se trate de un *incertum*, aunque tampoco excluyéndolo expresamente¹⁰.

La *stipulatio certi* contendría un *certum dare oportere*, que sería un *dare oportere* de una *certa pecunia* o de una *certa res*. Así se

¹⁰ Vid. V. ARANGIO-RUIZ, *Sponsio e stipulatio nella terminologia romana*, *BIDR* 65 (1962), cuya investigación está encaminada a probar que la historia del contrato *verbis* no está encuadrada en dos instituciones diversas, de las cuales una habría llevado el nombre de *sponsio* y la otra la de *stipulatio*. Para Arangio Ruiz (*op. cit.*, p. 194) la fase del acreedor interrogante se habría llamado *stipulatio*, y *sponsio* sería la palabra del deudor que respondía. En relación con Gayo IV, 17a, afirma Arangio Ruiz (*op. cit.* p. 196) *de eo quod ex stipulatione petitur* se refiere al *actor*, pero la *legis actio* misma se refiere a la declaración propia del deudor; de ahí que aparezca la *sponsio*. Así considera Arangio Ruiz desautorizados a quiénes, admitiendo dos fases históricas en la denominación de la *verborum obligatio* excluyen que al tiempo de las XII Tablas se haya podido hablar de *stipulatio*. Siguiendo a Arangio Ruiz en este artículo utilizo la palabra *sponsio* cuando me refiero al pasaje IV, 17a de Gayo y a los casos más antiguos de *obligatio verborum*, y el término *stipulatio* en los casos en los que ya se puede hablar de un *ius creditoris* del *creditor* frente al promitente.

encuentra definida en D. 45,1,74¹¹, texto según el cual la *stipulatio* de un *certum* sería la *stipulatio* de una cosa fungible cuantificada numéricamente si se trata de dinero, o bien designada por su nombre propio o determinada por su calidad específica cuando no se trate de dinero (*aurei decem, homo Stichus, fundus Tusculanus, tritici Africi optimi modii centum*). En definitiva, los supuestos de *certum dare oportere* se resumen en el *dare oportere* de una *certa res* (*res certa credita*), ya que este supuesto engloba el de *certa pecunia*, la cosa fungible por excelencia.

Del mencionado pasaje gayano IV,17a se deduce claramente que la *sponsio* se podía invocar como causa para la reclamación de *certum dare oportere*, con lo cual en el procedimiento de la *iudicis postulatio* se individualiza o concreta la deuda objeto de la reclamación del demandante a lo debido *ex sponsione*, convirtiéndose así la reclamación del *certum dare oportere* en causal (no abstracta), con la consecuencia de que al demandante le incumbiría la (en la mayoría de los casos) difícil prueba de la celebración de la *sponsio* invocada para iniciar el *iudicium*.

Esta sería otra posibilidad de reclamar el *certum dare oportere*, junto con la *legis actio sacramento* y la *legis actio per conditionem* (como se deduce de Gayo IV,20¹²), siendo en estas dos últimas el *certum dare oportere* objeto de una reclamación abstracta, esto es, que no requiere una remisión a la *causa* por la que se reclamaba, que en este caso sería la *sponsio*. El más tardío procedimiento *per conditionem* fue creado, como es sabido, mediante las *leges Silia*

¹¹ D. 45.1.74 (Gaius libro VIII ad Edictum provinciale) : *Stipulationum quaedam certae sunt, quaedam incertae ; certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet, quid, quale, quantunque sit, ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus, homo Stichus, tritici Africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphorae centum.*

¹² Vid. FIRA, *Auctores, Gai Institutionum* IV, 20 : *Quare autem haec actio desiderata sit, cum de eo nobis dari oportet, potuerimus aut sacramento aut per iudicis postulationem agere, ualde quaeritur.* Existe una bastante extravagante interpretación de este pasaje en P.CORNIOLEY, *De la sponsio à la stipulation : procédure et contrat, Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, vol. 6, Napoli, 1984, quien afirma (p. 2916) que Gayo confunde la ley *per iudicis postulationem* y la ley *per conditionem*, y esto es lo que le haría escribir el pasaje IV, 20. Según Cornioley, históricamente, la *certae creditae pecuniae* o la *legis actio per iudicis postulationem* servirían para los *certa*, mientras que la *legis actio per conditionem* serviría para los *incerta* solamente. Una vez suprimida la *stipulatio* en sentido amplio, ya no subsistió más que la *condictio*, esto es, un concepto que abarca todas las entregas : *certa* o *incerta*, a excepción del *damnum infectum* y *centumvirale iudicium* (Gayo IV, 131).

y *Calpurnia* para los casos de *certa pecunia* y de *certa res* como específico procedimiento abstracto. Esto significa que al interponerse la acción no se requería una remisión a la *sponsio*, lo cual permitía, en consecuencia, una articulación de la defensa del demandado basándose en la *causa stipulationis* subyacente y no implicaba, por tanto, una rígida sujeción a la prueba de la efectiva celebración *sponsio*.

Así resulta explicable que acabase prevaleciendo la específica *condictio* para los supuestos del *certum dare oportere* y decayendo la modalidad causal de reclamación judicial de la *stipulatio* que fue la *legis actio per iudicis postulationem*¹³.

3.- *Dare facere oportere ex sponsione*

En cambio, no resulta claro del mencionado pasaje gayano IV,17a si es exigible mediante *iudicis postulatio* la *stipulatio incerti*, es decir, si Gayo al referirse a la *sponsio* como causa fundadora de la *iudicis postulatio* también incluye la *stipulatio* de un *incertum*, en cuyo caso las palabras rituales del *certum dare oportere* (EX SPONSIONE TE MIHI X MILIA SESTERTIORVM DARE OPORTERE AIO) habrían sido incluidas por este jurista romano a título de ejemplo.

P. Fuenteseca¹⁴, ya afirmó que esta información de Gayo da a entender que toda obligación *ex sponsione* podría invocarse como causa, tanto de *sponsio certa* como *incerta*. El ejemplo de la fórmula gayana se refiere a *pecunia certa* como modelo, pero según P. Fuenteseca nada permite afirmar que una *sponsio* de *pecunia incerta* quedase fuera del procedimiento.

Un argumento (estrictamente literal) a favor de esta hipótesis lo proporciona el hecho de que Gayo IV, 17a menciona la *sponsio* de una *certa pecunia* como causa instauradora de la *iudicis postulatio* pero con la petición dirigida al pretor de que nombre un *iudex* o un *arbiter*, cuando precisamente este último nunca interviene cuando se trata de una *certa pecunia*. Esta redacción es indicativa de que Gayo

¹³ Ya afirmó M. KASER, *Das römische Privatrecht*, München, 1971, p. 542 que cuando se estipula un *certum* es la *condictio* la que sirve de acción estipulatoria; vid. F. SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht*, Münster-Köln, 1952, p. 281-294.

¹⁴ Vid. P. FUENTESECA, *Las legis acciones...*, *op. cit.*, p. 57.

se limitaba a dar un mero ejemplo de aplicación de la *iudicis postulatio*¹⁵.

La resolución de esta controvertida cuestión, acerca de la cual no hay opinión unánime en la doctrina romanista, es crucial para la aclaración del origen de la *obligatio ex contractu* ya que mediante la *stipulatio incerti* se hacía exigible por primera vez el *dare facere oportere* propio de la *actio in personam*. Un punto de partida viene constituido por la fundamental especificación del contenido de la *stipulatio incerti* que aparece con claridad en D. 45,1,75,pr y 1¹⁶. Existe *stipulatio* de un *incertum* en el caso de se trate de una cosa fungible sin especificación de su calidad o sin su propia denominación, por lo que seguía siendo genérica (por ejemplo, *fundum sine propria appellatione, hominem generaliter sine proprio nomine, aut vinum, frumentumve sine qualitate...*), y también en el caso de la estipulación de un *facere* o *non facere*¹⁷.

La precisa distinción entre *stipulatio certi* e *incerti* que aparece en los textos romanos permite deducir que la *stipulatio incerti* únicamente introducía un *incertum* en la *stipulatio* como negocio jurídico *stricti iuris*. Por tanto, la *stipulatio incerti* no implica que se deba remitir o trasladar a un *arbiter* la valoración de la pretensión demandada, para, en consecuencia, imponer una *condemnatio* por esa

¹⁵ Vid. H. LÉVY-Bruhl, *Recherches...*, *op. cit.*, p. 256, para quien la *iudicis postulatio* se aplica normalmente a la estipulación de una suma de dinero como a cualquier otra.

¹⁶ D. 45.1.75pr-1 (Ulpianus libro XXII ad Edictum): *Ubi autem non apparet, quid, quale, quantumque est in stipulatione, incertam esse stipulationem dicendum est; I.- Ergo si qui fundum sine propria appellatione, vel hominem generaliter sine proprio nomine, aut vinum, frumentumve sine qualitate dari sibi stipulatur, incertum deducit in stipulationem.*

¹⁷ Contamos con una clarísima descripción de Ulpiano en D. 45.1.75 (Ulpianus libro XXII ad Edictum) de lo que supone la diferenciación entre *stipulatio certi* e *incerti*. Según D. 45.1.75.2, la estipulación de cien modios de buen trigo africano o cien ánforas de buen vino de Campania se considera estipulación incierta, porque la palabra « bueno » no indica una calidad cierta, pero sí es estipulación cierta la de « la mejor calidad ». También, según D. 45.1.75.3, es incierta la estipulación de un usufructo, aunque sea cierto el fundo sobre el que recae, y según D. 45.1.75.4, es incierta la estipulación, por ejemplo, de los frutos que nacieren del fundo Tusculano, o también según D. 45.1.75.5, la estipulación del vino o aceite que hay en el almacén. También es incierta la estipulación *quod mihi Seius dabet, dare spondes ?* o *quod ex testamento mihi debes, dare spondes ?* (D. 45.1.75.6) o la estipulación de hacer o no hacer (D. 45.1.75.7), o la estipulación alternativa en la que el acreedor no se reserva el derecho de elección (D. 45.1.75.8) ; es estipulación incierta la de los intereses, no la del capital (D. 45.1.75.9). En cambio, la estipulación *fundum Tusculanum dari* será de cosa cierta (D. 45.1.75.10).

cantidad (como en los casos de *arbitria bonae fidei*, como veremos), sino que la *condemnatio* se fundamenta en la falta efectiva de cumplimiento de la *stipulatio* invocada como *causa ex lege* instauradora de un *iudicium*.

Parece admisible que la *legis actio per iudicis postulationem* haya sido aplicable a los supuestos de *stipulatio incerti*, ya que se trata de una *causa ex lege* que sirve para instaurar un *iudicium ex lege* en el que el demandante reclama el no cumplimiento de lo prometido mediante *stipulatio*, tras cuya constatación el *iudex* procederá a condenar al demandado a la cuantía en que estime el *dare facere oportere* contenido en la *stipulatio* (*quidquid dare facere oportet*).

La confirmación de lo expuesto se encuentra en el ejemplo de los *sponsalia* (Gellius N. A. 4,4,2: *is contractus stipulationum sponsionumque dicebatur sponsalia*), en el que según Varrón (*De ling. lat.* 6,70) se prometía la hija en matrimonio o una cantidad de dinero como alternativa: *spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa*. En consecuencia, en caso de ruptura de los *sponsalia*, *iudex... litem pecunia aestimabat... et condemnabat* (Gellius, N.A 4,4,2). Por tanto, esta formulación de la *sponsio* faculta al *iudex* para resolver en los mismos términos: una vez comprobado que los esponsales no se han cumplido (*iudex quamobrem data acceptave non esset uxor quaerebat*, Gellius N. A. 4,4,2 cit.) condena a pagar la cuantía de *litis aestimatio*, que calculará el *iudex* mediante *arbitrium litis aestimandae*, cuya existencia aparece testimoniada en las antiguas siglas de Valerio Probo IV,10 (A.L.A.)¹⁸. Se tratará de un *merum arbitrium*, mediante el cual el *iudex* condena al *quidquid dare facere oportet* según el contenido de lo estipulado por las partes, cuyo fundamento proviene de los propios términos en los cuales se formuló la *sponsio* que es la *causa ex lege* para instaurar dicho *iudicium*.

Es decir, la resolución del litigio en este caso se fundamenta en la propia formulación de los esponsales mediante *sponsio*, en la que el demandado ha prometido o bien el cumplimiento del *dare facere oportere* contenido en la misma, o bien *pecuniam dari*¹⁹.

¹⁸ Vid. FIRA, *Auctores*, p. 456.

¹⁹ Posteriormente, en el procedimiento formulario, continúa existiendo la posibilidad del pago de la *litis aestimatio* por parte del demandado *in personam* durante el procedimiento. Vid mi artículo: *La litis aestimatio desde las perspectiva del procedimiento formulario romano*, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 10 (2006), pp. 403-412: en el procedimiento formulario el pago de la *litis*

Lo expuesto hasta aquí en relación con la *sponsio* se confirma también con la peculiar forma en que se manifiesta la *legis actio in rem per sponsionem*, en la que, como ha afirmado Schmidlin²⁰, la *sponsio* como negocio jurídico se fusiona en un procedimiento peculiar. Este procedimiento se inicia *per sponsionem*, en el que se promete por el demandado una cantidad para el caso de que el demandante logre probar en juicio que la cosa litigiosa le pertenece. Como afirma Gayo IV,93²¹, se presenta una fórmula por la que pretendemos que se nos debe dar la cantidad de dinero de la apuesta. La *sponsio* así formulada permite iniciar el litigio, pues, como afirma Gayo IV,94 esta *summa sponsionis* interviene únicamente para dar ocasión al litigio, en el que el demandado tiene que prestar la *satisdatio pro praede litis et vindiciarum*, que se formula con la siguiente alternativa: *ut si victus sis nec rem ipsam restituas nec litis aestimationem sufferas* (Gayo IV,89). Así la *sponsio* introduce también en el procedimiento *in rem* la posibilidad de cumplimiento alternativo para el demandado vencido en juicio, que puede, o bien proceder a la *restitutio rei* o bien *litis aestimationem sufferere*. Es el formalismo de la antigua *sponsio* el que también permite resolver un procedimiento *in rem*, ya que el demandado se compromete mediante ella a restituir la cosa o a pagar la cuantía de la *litis aestimatio*.

En definitiva, en *legis actio per iudicis postulationem* se trata de un *agere nominata causa*, siendo la *stipulatio* de un *certum* o de un *incertum* una *causa ex lege XII Tabularum* para instaurar el *iudicium*. Así, el formalismo de la *sponsio* abre desde las XII Tablas la nueva vía para la tramitación de las acciones *in personam* por medio de la *iudicis postulatio*.

aestimatio por el demandado en las acciones *in personam* se equipara a la compraventa de la cosa litigiosa, con lo cual le sirve al demandado de *iusta causa usucapionis*.

²⁰ Vid. B. SCHMIDLIN, *Zur Bedeutung der legis actio : Gesetzklage oder Spruchklage*, TR 38 (1970), p. 386.

²¹ Vid. FIRA, *Auctores*, Gai Institut. IV, 93 : *Per sponsionem uero hoc modo agimus : prouocamus aduersarium tali sponsione : SI HOMO QVO DE AGITVR EX IVRE QVIRITIVM MEVS EST, SESTERTIOS XXV NVMMOS DARE SPONDES ? ; deinde formulam edimus, qua intendimus sponsionis summam nobis dari oportere ; qua formula ita demum uincimus, si probauerimus rem nostram esse.*

4.- *Dare facere oportere ex fide bona* en la *lex de Gallia Cisalpina*

La tramitación por medio de la *legis actio per iudicis postulationem* de los supuestos de *sponsio* de un *incertum* no se ha admitido unánimemente en la doctrina romanista, debido, entre otros motivos, a la existencia de un controvertido texto, el cap. XX (l. 20-30)²² de la *lex Rubria*, que contenía una estipulación, referida a la *cautio damni infecti* pero formulada en los siguientes términos: *quidquid dare facere oporteret ex fide bona*, que constituye una combinación de acción unilateral estricta con la expresión *ex fide bona*.

Broggini defiende que la expresión *oportere ex fide bona* del cap. XX (l. 22 ss) de la *lex Rubria* forma parte de la *intentio* de la *actio ex stipulatu incerti*. Para Broggini la *stipulatio incerti* habría alcanzado relevancia jurídica como base obligacional únicamente con la penetración de la *bona fides*, por tanto, su accionabilidad se fundamentaría en la *bona fides*, igual que los *iudicia bonae fidei*²³. En consecuencia, para Broggini²⁴, la *iudicis postulatio* sólo es admisible en las XII Tablas para el caso de la *sponsio certae pecuniae*; en cambio, la *stipulatio incerti* habría existido como acción *bonae fidei*; es decir, en todos los casos en los que se estipula un *incertum* se puede suponer (“vermuten”), según Broggini, la *bona fides* como base legal de la obligación. Con este planteamiento establece Broggini el origen común de todas las obligaciones derivadas de un *incertum* como *actiones bonae fidei*, cuando, como veremos, se trata de dos formas de tramitación procesal del *incertum* radicalmente diferentes derivadas, en un caso, de un negocio jurídico *stricti iuris*, y en otro, de un negocio jurídico de buena fe.

²² *Lex Rubria*, cap. XX (l. 20-30) : ... *iudicium det itaque iudicare iubeat: Iudex esto. Sei, antequam id iudicium qua de re agitur factum est, Q Licinius damni infectei eo nomine qua de re agitur eam stipulationem, quam is quei Romae inter peregrinos ius deicet in albo propositam habet, L. Seio reipromeississet: tum quicquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio dare facere oporteret ex fide bona dumtaxat. HS eius iudex Q. Licinium L. Seio, sei ex decreto... Q. Licinius eo nomine qua de re agitur L. Seio damnei infectei repromittere noluit, condemnato, sei non paret, absolvito.*

²³ Vid. G. BROGGINI, *Iudex Arbiterve, Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz, 1957, p. 187 : con la posterior atracción de la *actio ex stipulatu incerti* al ámbito de los juicios estrictos se retrajo fuertemente el elemento arbitral, pero no hasta el punto de que se borraran las huellas de la transformación.

²⁴ Vid. G. BROGGINI, *Iudex Arbiterve, op. cit.*, p. 188.

Wieacker²⁵ ha calificado este texto de la *lex Rubria* de “eigentliche pièce de résistance”, es decir, texto clave para la teoría que defiende el origen peregrino de los *bonae fidei iudicia*, que Wieacker logra combatir. Según Wieacker²⁶, en este caso un *oportere ex fide bona* no es paradójico si se entiende como un *oportere* civil de un *incertum* que debe medirse según el criterio de la *fides bona*, pero no si se entiende como un *oportere* cuyo fundamento no es el *ius civile*, sino la *fides* extrajudicial.

Así, para Wieacker²⁷, el sorprendente (“erstaunliches”) *opporteret ex fide bona* de este pasaje podría provenir del contenido específico de la *cautio damni infecti*. En la *cautio* romana existiría una cláusula de dolo: *tantam pecuniam dari dolum malumque abesse afuturumque esse*, que, según Wieacker, no forzaría mucho la idea de que al *iudex*, por medio del *opporteret ex fide bona*, se le indica la toma en consideración de este tipo de dolo.

De ahí que parezca admisible la explicación que respecto a este controvertido texto da Schmidlin²⁸, quien califica la expresión clave

²⁵ Vid. F. WIEACKER, *Zum Ursprung der bonae fidei iudicia*, *op. cit.*, p. 15.

²⁶ Vid. F. WIEACKER, *Zum Ursprung der bonae fidei iudicia*, *op. cit.*, p. 18.

²⁷ Vid. F. WIEACKER, *Zum Ursprung der bonae fidei iudicia*, *op. cit.*, p. 17.

²⁸ Vid. B. SCHMIDLIN, *Der verfahrensrechtliche Sinn des ex fide bona im Formularprozess, De iustitia et de iure*, Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag, Berlin, 1980, pp. 365 ss. Reproduzco aquí su aguda explicación de esta combinación de acción unilateral estricta con la expresión *ex fide bona*; concretamente pretende atribuir a la expresión *ex fide bona* una precisa y necesaria función en ese estrecho contexto, limitada a la regulación de la *lex Rubria*. Para ello analiza Schmidlin la relación entre la acción estipulatoria de la *lex Rubria* y la regulación de la *cautio damni infecti* del edicto pretorio. Así, según D. 39.2.7 en el edicto pretorio se preveía, según Schmidlin, un procedimiento escalonado, en el que, en primer lugar, se exigiría al que amenazaba con el daño una *cautio* o *satisdatio*, y si éste se negaba, autorizaría el pretor en virtud de un primer decreto la toma de posesión del predio vecino. Y si esta medida no resultase suficiente, en virtud de un segundo decreto, otorgaría el pretor la propia posesión. Según Schmidlin, este segundo decreto dependería de la constatación de la *iusta causa*. Si el vecino se opusiese a esas disposiciones, entonces concederá el pretor finalmente al amenazado con el daño una acción, en la que directamente se fingiría la prestación de la *cautio* o de la *satisdatio*, según la cual el vecino tendría que sufragar los daños igual que si hubiese prestado la caución. Frente al edicto pretorio contraponen Schmidlin (*op. cit.* pp. 367 ss) la regulación de la *lex Rubria*, que presentaría un procedimiento esencialmente simplificado, en el que las *missiones ex primo* y *ex secundo decreto* decaen, y en el que el magistrado competente concede inmediatamente una acción ficticia al amenazado con el daño frente al vecino, en cuanto la negativa de éste a la caución habría desencadenado un verdadero supuesto de daños, cuya fórmula, de nuevo divergente con el edicto del pretor, contendría la conocida *intentio*: *quidquid*

quidquid dare facere oportet ex fide bona que aparece en la *lex Rubria* como un supuesto especial en el que se podrían coordinar los elementos *quidquid dare facere oportet* y *ex fide bona* mediante una interpretación conjunta de la *lex Rubria* y la *cautio damni infecti* del edicto pretorio²⁹. Así, según Schmidlin, en la *lex Rubria* se habría simplificado el procedimiento contenido en la *cautio damni infecti* edictal, admitiéndose con la expresión *ex fide bona* la toma en consideración por el juez del posible comportamiento doloso del demandante. Es decir, para Schmidlin se trata de una acción peculiar, que combina dos elementos heterogéneos: la *stipulatio* estricta y el *ex fide bona*, que habría subsistido como *ius singulare*, y que únicamente

Q. Licinium ex ea stipulatione Lucio Seio dare facere oporteret ex fide bona. Schmidlin (*op. cit.* p. 367) se pregunta qué significado tendría el *ex fide bona* en el marco de una acción estipulatoria; para responder a esta cuestión, según Schmidlin, no se puede dejar de lado la disposición especial que aparece en la *lex Rubria*, en la que el amenazado por el daño únicamente tiene la posibilidad de ejercitar una acción frente al vecino cuando puede demostrar un daño concreto. Según Schmidlin, no habría ninguna forma de presionar al que amenazaba con el daño para que asumiese la *cautio* antes de la causación del mismo. Esto podría ser, según Schmidlin, un incentivo para que el amenazado con el daño no lo evitara, o incluso lo fomentara, o lo ocasionara más o menos intencionadamente. Para Schmidlin, la vía normal que tendría el demandado por su parte para defenderse frente al demandante de semejante comportamiento, sería la *exceptio doli*. Pero, según Schmidlin, el demandado en el caso de la *lex Rubria* se encuentra en una situación delicada: se habría negado a asumir cualquier tipo de daños *–repromittere noluit–* de cualquier manera que hubiesen sido causados. En este caso, se pregunta Schmidlin, cómo podría oponer que el daño se había ocasionado intencionada o dolosamente por el demandante? En esta situación explica Schmidlin el sentido procesal de la expresión *ex fide bona*: la *lex Rubria* no podía admitir las maquinaciones del demandante frente al demandado, cuya situación, a pesar de su negativa inicial a prestar la caución, era digna de protección frente al *dolus* del contrario. El *ex fide bona* permitiría al juez, según Schmidlin, la toma en consideración del *dolus* por parte del demandante. En el procedimiento edictal normal una solución de este tipo sería superflua, porque en éste se concedía la acción ficticia después de las dos previas *missiones*, estando ligada la segunda *missio* a la constatación de una *iusta causa*, según Schmidlin; la toma de posesión en virtud de un segundo decreto se habría denegado al demandante doloso.

²⁹ H.H. PLÜGER, *Zur lex Rubria*, ZSS 64 (1944), pp. 360-367; F. PASTORI, *La genesi della stipulatio e la menzione della bona fides nella lex de Gallia Cisalpina con riferimento all'actio ex stipulatu*, *Studi Urbinati* 26 (1957-1958), pp. 257-283; M.W. FREDERIKSEN, *The lex Rubria: reconsiderations*, JRS 54 (1964), pp. 129-134; A. TORRENT, *A propósito de la lex Rubria de Gallia Cisalpina: cap. XXIII*, AHDE 36 (1966), p. 593-604; G. NEGRI, *In margine alla lex Rubria de Gallia Cisalpina*, *Studi storici in onore di E. Nasalli Rocca*, Piacenza, 1971, pp. 409-434; C.TH. TOMULESCU, *La clause ex fide bona dans la soi-disant lex Rubria de Gallia Cisalpina*, BIDR 78 (1975), pp. 175-191; U. LAFFI, *La lex Rubria de Gallia Cisalpina*, *Athenaeum* 64 (1986), pp. 5-44.

se puede entender teniendo en cuenta la regulación específica de la *cautio damni infecti* contenida en la *lex Rubria*³⁰.

A la explicación de este singular pasaje puede contribuir la constatación de un especial paralelismo entre la *stipulatio incerti* y los *bonae fidei iudicia*. En ambos casos se introduce un *incertum* en la pretensión, siendo común a ambos la *intentio quidquid dare facere oportet*. Lo que las distingue es la diferente forma en la que se plantea el *iudicium*, ya que en una pretensión derivada de una *stipulatio incerti* el *iudex* debe atenerse a lo estrictamente establecido en la *stipulatio* por las partes, lo cual implica que el demandado únicamente se puede oponer a la demanda mediante la introducción de una *exceptio* antes de la *litis contestatio*, y esto conduciría a valorar la *condemnatio* teniendo en cuenta cuanto se haya estrictamente prometido – *quidquid dare facere oportet*-. En cambio, en la acción derivada de un *bonae fidei iudicium*, como veremos, el *iudex*, sin necesidad de *exceptio* introducida por el demandado, deberá tomar en cuenta *quod alterum alteri dare praestare oportet*, basándose entonces la *condemnatio* en el *arbitrium boni viri* realizado por el *iudex*.

En contra de la opinión de Brogini antes expuesta, se trata de dos formas de tramitación procesal de un *incertum* radicalmente diferentes, incluso incompatibles entre sí, ya que no se puede fundamentar una *condemnatio* simultáneamente en una fórmula estricta y a la vez en el *arbitrium boni viri*. Este pasaje de la *lex Rubria* solamente es comprensible a través de la explicación que aporta Schmidlin, basándose en la peculiar configuración de la *cautio damni infecti*, y constituye el único caso, como dice Wieacker³¹, en que la *fides bona* aparece en la *intentio* de una acción de derecho estricto.

5.- *Dare facere oportere ex fide bona (iudicia bonae fidei)*

Sobre la todavía hoy muy debatida cuestión del origen de los *iudicia bonae fidei* hay acuerdo en la doctrina romanista acerca de que

³⁰ Vid. B. SCHMIDLIN, *Der verfahrensrechtliche Sinn des ex fide bona*, op. cit., p. 368. W. DAJCZAK, *La funzione della espressione ex bona fide nella lex Rubria de Gallia Cisalpina*, RIDA 43 (1996), p. 142, también considera que la expresión *ex fide bona* se añadiría en este caso para ligar la responsabilidad del demandado con las circunstancias particulares del caso.

³¹ Vid. F. WIEACKER, *Zum Ursprung der bonae fidei iudicia*, op. cit., p. 35.

no habrían sido producto de la *lex*, sino que se trata de *iudicia sine lege*. Según Kaser/Hackl³² éstos no tienen fundamento legal y estaban excluidos de las *legis actiones*. Y Wieacker ya había afirmado que los *bonae fidei iudicia* serían originariamente acciones honorarias *sine lege*, que se habrían creado en el siglo II a. C., probablemente por el *praetor urbanus*, como tipo unitario de acción, para lograr el cálculo de prestaciones indeterminadas derivadas de relaciones jurídicas complejas de un modo más global y elástico³³.

Además se caracterizan por dos rasgos : presencia del *oportere* en la *intentio* y ausencia de edicto introductorio, lo cual indica que no se trata *actiones in factum* pretorias³⁴, es decir, no eran *actiones honorariae*, pero esto no excluye que pudiese tratarse de *arbitria bonae fidei*, en los cuales el pretor procedía desde antiguo al nombramiento de un *iudex* que realizase un *arbitrium boni viri*. Por tanto, en el intento de aclaración del origen de los *iudicia bonae fidei* deben coordinarse estas peculiares características de los *bonae fidei iudicia*, en el sentido de que son *iudicia sine lege* y, además, fórmulas *in ius conceptae* que se desarrollan en el ámbito de la jurisdicción pretoria³⁵.

³² M. KASER/K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996², p. 153 : « die *bonae fidei iudicia* beruhen auf keiner volksgesetzlichen Grundlage und waren damit von den *legis actiones* abgeschlossen ».

³³ Vid. F. WIEACKER, *Zum Ursprung der bonae fidei iudicia*, *op. cit.*, pp. 40-41.

³⁴ Para G. BROGGINI, *Iudex Arbitrere*, *op. cit.*, p. 232, la *actio in factum* indica un manejo muy seguro y avanzado del sistema procesal por el pretor, en el que no necesita fundamentarse en una norma, ni siquiera en una norma ética general de la *bona fides*, puesto que él mismo se habría convertido en intérprete del *aequum et bonum*. Sobre la naturaleza civil de las acciones de buena fe, vid. J. PARICIO, *Estudio sobre las acciones in aequum conceptae*, Milano, 1986 ; *Génesis y naturaleza de los juicios de buena fe*, in *De la justicia y el derecho : Escritos misceláneos romanísticos*, Madrid, 2002, pp. 275-290 ; *Apuntes sobre el pretendido origen arbitral del proceso privado romano*, in *De la justicia y el derecho*, *op. cit.*, pp. 253-264.

³⁵ Vid. sobre el derecho pretorio, M. TALAMANCA, v^o *Processo civile (dir. romano)*, ED XXXVI, Milano, 1987, p. 30, para quien las primeras huellas de los *iudicia honoraria* en el ámbito de la *iurisdictio* urbana se remontan a la primera mitad del siglo II a. C. Según Talamanca, a ese mismo periodo se pueden remitir los primeros indicios de la tutela interdictal, de las *restitutiones in integrum* y también de las *cautiones praetoriae*. Estos son supuestos, para este romanista italiano, en los cuales hay un empleo del *imperium praetorium* para la protección de situaciones jurídicas no tuteladas por el *ius civile*, pero la solución de posibles conflictos de intereses podía tener lugar sin que existiese la necesidad de organizar entre las partes un procedimiento formulario fundamentado sobre el *imperium* del magistrado. Según Talamanca en la primera mitad del siglo II a. C. se realiza una extensión de la tutela,

En relación a los *bonae fidei iudicia* deduce Schmidlin de *Cic. de off. 3,70*³⁶ que la expresión (*iis arbitriis*) *in quibus adderetur ex fide bona* demuestra que estas palabras son una ampliación de una fórmula ya existente. Según Schmidlin³⁷, el *quidquid dare facere oportet* se corresponde literalmente con la *intentio* de una *stipulatio incerti*, en la que la parte demandada únicamente puede ser tomada en consideración cuando para ello se introduce una *exceptio*³⁸. En consecuencia, según Schmidlin, la primera decisiva directriz procesal que debía deducir el *arbiter-iudex* del *ex fide bona* es que prohíbe tomar en consideración sólo unilateralmente las pretensiones del demandante, y le obliga a tener en cuenta constantemente la conjunta relación obligacional bi- o plurilateral. Que no se trata

sustancial y procesal, de las situación jurídicas privadas que no sigue un modelo unitario. Las necesidades relevantes en el plano económico-social imponen modificaciones en la estructura jurídica, pero no se alcanza todavía la prevalencia de la tutela pretoria realizada sobre la base del procedimiento formulario que sería propia de la república tardía y del principado. Según Talamanca, esta es una prueba de que la extensión de los *iudicia honoraria* a los *cives* debía, entre los siglos III y II a. C., estar propiamente en su fase inicial. *Vid.* También : *Il ordinamento augusteo del processo privato*, in *Atti dell VIII Convegno di diritto romano di Copanello*, Napoli, 1999.

³⁶ *Vid.* *Cic. de off. 3, 70* : *Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis societatis, fiduciis mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur: in his magni esse iudicis statuere –praesertim, quum in plerisque essent iudicia contraria- quid quemque cuique praestare oporteret.* De este texto deduce B. SCHMIDLIN, *Der verfahrensrechtliche Sinn*, *op. cit.*, p. 361 y 362 las siguientes afirmaciones : 1.- Las *actiones bonae fidei* se denominan unitariamente *arbitria* ; 2.- La *bona fides* se caracteriza como una *additio* a una fórmula previamente ya existente, como una parte concreta de la fórmula ; 3.- La *bona fides* no es una acción unitaria, sino que esos *iudicia* se reúnen en un grupo de relaciones obligacionales, que ni siquiera son todas de tipo contractual, y cuya fórmula de acción tampoco consta unitariamente como *dare facere oportere ex fide bona* ; 4.- La parte de la fórmula *ex fide bona* indica al juez la constante toma en consideración de la totalidad de la relación obligacional : su multilateralidad y reciprocidad entre las partes, para atribuir a cada uno lo que le corresponda.

³⁷ *Vid.* B. SCHMIDLIN, *Der verfahrensrechtliche Sinn...*, *op. cit.*, p. 364.

³⁸ *Vid.* R. KNÜTEL, *Die Inhärenz der exceptio pacti im bonae fidei iudicium*, ZSS 84 (1967), p. 161, deduce como resultado de su investigación que la expresión *bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt* (D. 18.5.3 ; D. 2.14.7.5, ss) habría sido clásica por su forma y su contenido. El juez del procedimiento formulario podía tomar en consideración en los *bonae fidei iudicia* un *pactum*, sin estar sujeto a una *exceptio pacti* admitida *in iure*. Esta inherencia, según Knütel, incluso habría hecho inadmisibles la presencia de la *exceptio pacti* en la fórmula. P. FREZZA, *Fides bona, Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, pp. 1-48.

simplemente de una máxima ética de Cicerón, sino de una norma procesal fundamental de los *bonae fidei iudicia* lo deduce Schmidlin³⁹ de otras expresiones paralelas como la que aparece en Cic. *top.* 17,66 : *alterum alteri praestare oportet*, que utiliza también Gayo III,137 : *quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet*⁴⁰.

Así, según Schmidlin⁴¹, se puede distinguir la actividad de estimación que se lleva a cabo en la *stipulatio incerti* y en las acciones *bonae fidei*. De Gayo III, 137 se deduce, según Schmidlin, que la buena fe permite examinar, más allá de la formalidad externa, los vínculos internos obligatorios, bilaterales o multilaterales, desde una perspectiva de reciprocidad, al contrario que en la acción *ex stipulatu certi* o *incerti*, en la que el juez está ligado a la estructura unilateral y estricta de la estipulación.

Estas particularidades de las acciones *bonae fidei* se reflejan también en la estructura que presentan en el procedimiento formulario, en el que aparecen siempre introducidas por una *demonstratio*. Según Schmidlin⁴², 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*. Según Schmidlin, la *demonstratio* fija la *res de qua agitur*, la 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 comprobado⁴³.

³⁹ Vid. B. SCHMIDLIN, *Der verfahrensrechtliche Sinn...*, op. cit., p. 365.

⁴⁰ Vid. FIRA, *Auctores*, *Gai Institutionum* III, 137 : *Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet; cum alioquin in uerborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur.*

⁴¹ Vid. B. SCHMIDLIN, *La fonction de la demonstratio dans les actions de bonne foi*, *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, V, 1984, pp. 719 y 720.

⁴² Vid. B. SCHMIDLIN, *Der verfahrensrechtliche Sinn...*, op. cit., p. 370.

⁴³ Vid. B. SCHMIDLIN, *La fonction de la demonstratio*, op. cit., pp. 716 y 717 : la *demonstratio* parecía estar reservada para los actos jurídicos aptos para crear inmediatamente un efecto jurídico principalmente el contrato, el testamento, la *communio*, que obtienen su efecto normativo, no mediante una intervención exterior (por ejemplo a la ley o la protección del edicto), sino que lo llevan en sí mismos,

En relación a la *demonstratio*, ya Kaser⁴⁴, en contra de Arangio Ruiz⁴⁵ 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 *demonstratio* como supuesto de hecho irrefutable provendría de la traducción de la palabra *quod* por “porqué”, que considera Kaser incorrecta, puesto que, para este romanista, en estos casos el *quod* significaría “si, en tanto, en cuanto”, lo cual se deduciría de la expresión *ea res agatur quod...* que originariamente sería introductoria de la *demonstratio*. Por tanto, para Kaser⁴⁶, la *demonstratio*, sería una afirmación no demostrada, planteada por el demandante.

Así, en los *iudicia bonae fidei* el *iudex* procederá primero a comprobar la *res de qua agitur*, y, una vez constatada, a imponer la *condemnatio pecuniaria* teniendo en cuenta la relación jurídica bilateral creada entre las partes. En definitiva, parece admisible suponer que la fórmula de los *iudicia bonae fidei* habría nacido sin fundamento en la *lex*, pero como una ampliación de la fórmula estipulatoria ya existente (el *dare facere oportere* derivado de la *sponsio*) debido a la necesidad de proceder a la estimación de la *condemnatio* pecuniaria de forma más equitativa.

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*.

⁴⁴ Vid. M. KASER, *Formeln mit intentio incerta, actio ex stipulatu und condictio*, *Labeo* 22 (1976), pp. 8-10. Se trata de una recensión que hace Kaser a una obra de SELB W., *Formeln mit unbestimmter intentio iuris, Studien zum Formelaufbau*, Teil I, en *Wiener rechtsgeschichtliche Arbeiten*, Band XL, Wien-Köln-Graz (Herm. Böhlau Nachf.) 1974 ; de ahí que Kaser aborde el tema de las fórmulas con *intentio incerta* no de modo genérico, sino a modo de comentarios que le sugiere la obra de Selb

⁴⁵ Vid. V. ARANGIO RUIZ, *Le formule con demonstratio e la loro origine*, *St. Cagl.* 4,2 (1912), 75 ss = *Scritti di diritto romano*, I, 1974, 323 ss, afirma 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.

⁴⁶ Vid. M. KASER, *Formeln mit intentio incerta, actio ex stipulatu und condictio*, *op. cit.*, p. 11.

Lo expuesto hasta aquí es compatible con la opinión de Wieacker⁴⁷, para quien todos los *bonae fidei iudicia* serían una creación simultánea, o lograda en breve tiempo, probablemente de la segunda mitad del siglo II a. C. La reunión de tan dispares relaciones jurídicas en un tipo unitario de acción habría sido, según Wieacker, una innovación procesal, que habría tenido por objeto la ampliación del *officium iudicis* para posibilitar una más libre determinación del importe de la condena. Para este romanista, el verdadero motivo de esta nueva creación habría sido la necesidad de una evaluación más elástica de un *incertum*, tal como requerían todas esas relaciones jurídicas por su materia.

Según Wieacker, la *intentio quidquid oportet ex fide bona* sería una nueva medida atribuida al *iudex* para la valoración de la suma condenatoria en el caso de un *incertum*. Y la esencia de la nueva creación (“Nerv der Neuschöpfung”) de los *bonae fidei iudicia*, según Wieacker⁴⁸ (en contra de Brogginì, que los fundamenta en *arbitria* extraestatales⁴⁹), habría sido la potestad jurisdiccional, que inspiraba autoritariamente al *iudex* por ella nombrada y le obligaba a asumir el *officium boni viri*.

En consecuencia, en los *bonae fidei iudicia* (o *arbitria in quibus adderetur ex fide bona*, Cic. *de off.* 3,70), el *iudex* en el desempeño de su *officium* debe tener como patrón o medida de comportamiento el del *bonus vir*, por tanto, realizará un *arbitrium boni viri*. Los *bonae fidei iudicia* habrían nacido a consecuencia de la atribución al *iudex* de un margen de discrecionalidad más amplio para realizar la valoración pecuniaria de una pretensión de un *incertum* exigida mediante la ampliación de una fórmula ya existente *ex lege XII Tabularum* (la de la *stipulatio incerti: quidquid dare facere oportet*) conforme al *arbitrium boni viri (ex fide bona)*.

Los *iudicia bonae fidei* habrían sido simplemente *arbitria* hasta la *lex Iulia iudiciorum privatorum*. Esto significa que no habría habido una recepción formal de estos *arbitria* en el *ius civile*, sino que éstos, siendo ya *in ius conceptae*, mediante la *lex Iulia iudiciorum privatorum*, reformadora del proceso, pasaron a ser *iudicia legitima*

⁴⁷ Vid. F. WIEACKER, *Zum Ursprung der bonae fidei iudicia*, *op. cit.*, p. 34.

⁴⁸ Vid. F. WIEACKER, *Zum Ursprung der bonae fidei iudicia*, *op. cit.*, p. 36.

⁴⁹ Vid en contra de esta teoría de Brogginì mi monografía : *La función jurisdiccional civil en Roma, Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid, 2008.

cuando presenten las condiciones descritas por Gayo IV,104⁵⁰. Como afirmó P. Fuenteseca⁵¹ desde las *leges Iuliae* las *formulae cum demonstratione*, que serían originariamente *arbitria honoraria*, pasaron a ser *iudicia*. De ahí que ya en época republicana Cicerón equipare los *arbitria*, como aquellos *in quibus adderetur ex fide bona* (*Cic. de off.* 3, 70), a los *sine lege iudicia*, *in quibus additur ex fide bona* (*Cic. de off.* 3,61)⁵².

Los *bonae fidei iudicia* nacen *sine lege*, es decir, que junto al procedimiento de las *legis actiones* y a las *actiones civiles* que se derivaron de las primeras, permitió el *praetor* una condena basada en el *arbitrium boni viri*, formándose así una jurisdicción que permitiría la penetración de la *aequitas* en el proceso romano de acuerdo con la definición de Celso en D. 1,1,1pr : *ius est ars boni et aequi*. Por tanto, a partir de época republicana ya es admisible la exigibilidad de un *oportere ex fide bona* impulsado por la *aequitas*, criterio que fundamenta todo el *ius praetorium*, en el cual el *iudex* emite un *arbitrium boni viri*.

6.- *Dare oportere* y *condictio certi*

Existía pues, época de las *legis actiones*, la posibilidad de exigir un *certum dare oportere*, o bien mediante una acción abstracta (la *legis actio sacramento* o la *legis actio per conductionem*), o bien mediante *legis actio per iudicis postulationem*, que sería una acción causal.

Esta reclamación del *certum dare oportere* causal, esto es, mediante *iudicis postulatio* y remisión a la *sponsio* realizada, se

⁵⁰ Vid. R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Giuffrè, 2003, quien ha constatado la existencia de dos modelos de procedimiento formulario republicano, con fórmulas que se distinguen esencialmente en dos tipos: fórmulas con *intentio si paret*, y fórmulas con *demonstratio*. Afirma (p. 236) que el procedimiento instaurado con fórmulas con *demonstratio* tenía efectos civiles por su propia estructura; de lo cual se puede deducir, según Fiori, que era admisible la existencia de un procedimiento formulario civil antes de la *lex Aebutia*.

⁵¹ Vid. P. FUENTESECA, *La necesidad de retornar al estudio del edicto pretorio*, *Investigaciones*, cit. p. 75, nota nº 9.

⁵² En Cicerón ya prevalece la denominación de *iudicia* como afirma F. CANCELLI, *Iudicia legitima, arbitria honoraria, advocatio di pro Quinto Roscio comoedo 5,15 nel sistema lessicale-giuridico di Cicerone*, en *Atti del Convegno La giustizia tra i popoli nell'opera e nel pensiero di Cicerone*, Roma,1993, 143-229, p. 165 : en los lugares en los que Cicerón trata de los *arbitria bonae fidei*, una sola vez los llama *arbitria* (*Cic. de off.* 3,70), mientras que en todos los demás casos los llama *iudicia* (*Nat. deor.* 3,74 ; *Top.* 66 ; *Q. Rosc.* 16).

entablaba *sine poena*, como indica Gayo IV,17^a : *itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat*, subsistiendo, en este caso, como ya he afirmado, sin embargo, a cargo del demandante la prueba de la *sponsio* realizada. El problema en esta modalidad de reclamación causal de la *sponsio* es que la propia formalidad de la *stipulatio* no es una prueba en sí misma de que ésta se haya celebrado (como sí ocurría en el caso de la *mancipatio*), complicándose la prueba en juicio de su efectiva celebración, lo que aumenta para el demandante el riesgo de la consunción de la acción. De ahí que terminara por prevalecer la *condictio* como forma abstracta de reclamación de un *certum dare oportere*, en el cual no había remisión a la *sponsio* realizada y esto implicaba que, en caso de oposición por el demandado, el litigio se centraría en la existencia o no de la *causa stipulationis* subyacente.

Es decir, el procedimiento abstracto de reclamación de un *certum dare oportere* como es la *legis actio per conditionem* se litiga sin remisión a la causa fundadora de la reclamación (la *sponsio*), en la cual, el demandado que niega la deuda deberá lograr probar que la *causa sponsionis* –la causa subyacente- no existió o no tuvo lugar (no que la *sponsio* no se celebró, pues ésta no se menciona, cfr. Gayo IV, 17b⁵³). En este caso, en cambio, ambas partes se exponen a la penalidad de la *sponsio* y la *restipulatio tertiae partis* que caracterizaba la reclamación del *certum dare oportere* mediante *condictio*, con las cuales se evitarían demandas infundadas (o litigantes temerarios) y también la oposición infundada por parte del demandado.

Bajo la fórmula *si certum petetur* se admiten generalmente, como modalidades para exigir una *res certa credita*, la *actio certae creditae pecuniae* (para el caso de una cantidad de dinero cierta: *sestertium decem milia dare oportere*) y la *condictio triticaria* o *condictio certi* (para el caso de una *certa res* individualizada en su cualidad o por su nombre propio: *tritici Africi optimi modios centum dare oportere* o bien *servum Stichum dare oportere*)⁵⁴. En ninguno de los casos se

⁵³ Vid. Gayo IV, 17b : *per conditionem ita agebatur* : AIO TE MIHI SESTERTIORVM X MILIA DARE OPORTERE : ID POSTVLO AIAS AN NEGES. *Aduersarius dicebat non oportere. Actor dicebat* : QVANDO TV NEGAS, IN DIEM TRICENSIMVM TIBI IVDICIS CAPIENDI CAUSA CONDICO.

⁵⁴ A esta misma clasificación se remite para el derecho romano clásico F. SCHULZ, *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960, trad. Santa Cruz Teigeiro, pp. 456 y 457,

hacia referencia a la *stipulatio* celebrada, lo cual permite deducir la inexistencia de la llamada *actio ex stipulatu certi*⁵⁵. La abstracción de la *condictio certi* implicaba que la *actio certae creditae pecuniae* fuese también la fórmula empleada para la *actio ex mutuo*⁵⁶ o para cualquier supuesto en que se reclame una *certa pecunia*.

En esta *condictio certi* (abstracta) el demandado puede alegar en la *exceptio doli* que la estipulación fue hecha, p. ej. *mutui causa* o *dotis causa*, debiendo el juez absolverle (según Gayo IV, 116)⁵⁷ si logra

quien se remite a Lenel (Edict. 95) que bajo la rúbrica *si certum petetur* describe estas tres *formulae*. Así, si se trata de un *certum petere*, existió, según Schulz, en época clásica, la *actio certae creditae pecuniae* (también *condictio certae pecuniae*) para cuando se había prometido una cantidad cierta de dinero. También existió la *stipulatio* de una cantidad genérica de cosas, pero especificadas en su calidad (p. ej. *tritici Africi optimi centum dare oportere*), que, según Schulz, fue el supuesto que los bizantinos, no los clásicos, llamaron *condictio triticaria* o *condictio certi*, no constando el nombre clásico de la acción. Y añade Schulz para la época clásica también un tercer supuesto de estipulación de una cosa determinada (por ejemplo, *servum Stichum dare*), cuyo nombre clásico, afirma Schulz, es desconocido, pero que los juristas bizantinos llamaron también *condictio triticaria*.

⁵⁵ También según M. KASER, *Das römische Privatrecht*, 1er Abschnitt, *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München, 1971, p. 572 afirmó que no estaba claro si junto a la *condictio* habría subsistido hasta época clásica la *actio certi ex stipulatu* que existió en derecho arcaico - Gayo IV,17^a -, y según A. D'ORS, no parece haber habido en época clásica una *actio certi ex stipulatu* (titulada, es decir, con remisión a la *stipulatio*) para el caso del *certum dare oportere*. Vid. A. D'ORS, *Condictio ex stipulatione*, SDHI 26 (1960), pp. 323-325, donde se reafirma en su teoría de que la *actio certae creditae pecuniae* era equivalente a la *condictio*, en una recensión a J. C. VAN OVEN, *Les actions issues de la stipulation*, TIJ 27 (1959), en la que éste último afirma que cuando la *actio certae creditae pecuniae*, abstracta, se utilizaba para pedir un *certum* prometido por *stipulatio*, no recibía el nombre de *condictio*, sino que en tal caso se hablaría de *agere ex stipulatu*. Según d'Ors, una vez desaparecida la *legis actio per conductionem*, la nueva *actio certae creditae pecuniae* formularia viene a ocupar su lugar, y el término *condictio* deja de tener sentido puramente procesal para adquirir otro material, de acción de repetición. Según d'Ors, no hay así una distinción entre una *condictio* y una *actio certae creditae pecuniae*, sino un doble sentido de *condictio*, procesal y material. La acción, según d'Ors, es siempre la misma. Vid. A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 12^a ed., Napoli, 2001, *op. cit.*, p. 837 afirma que d'Ors no logra negar convincentemente la clasicidad de la *stipulatio* de un *incertum* en *Condictio ex stipulatione*, *op. cit.*

⁵⁶ Así lo afirmó para el caso del mutuo F. SCHULZ, *Derecho romano clásico*, *op. cit.*, p. 456.

⁵⁷ Vid. FIRA, *Auctores, Gai Institutionum* IV,116^a: *Veluti <si> stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim; nam eam pecuniam a te peti posse certum est, dare enim te oportet, cum ex stipulatu teneris; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere.*

probar su afirmación (p. ej. si el *stipulator* había prometido darle 100 a título de préstamo - *mutuum* - y luego no realizó la entrega). Resulta así beneficiado el demandado en cuanto puede fundamentar su *exceptio* en la causa subyacente a la *stipulatio* celebrada.

Además, este procedimiento abstracto de la *condictio certi* también favorece al demandante que pueda probar la causa subyacente a la *stipulatio* (p. ej. mediante un reconocimiento de deuda firmado por el deudor). De ahí que, como instrumento de protección a favor del demandado, se introdujese (mediante las constituciones imperiales del s. III, según Schulz⁵⁸), la *exceptio non numeratae pecuniae*, por medio de la cual se imponía al actor la prueba de que el préstamo se había realizado, incluso en el caso de que el promitente hubiese reconocido por escrito haberlo recibido. Se trata de una excepción privilegiada que podía utilizarse únicamente durante un año, transcurrido el cual el demandado sólo podía oponer la *exceptio doli* (no sujeta a plazo alguno), incumbiéndole entonces de nuevo la carga de la prueba.

En la doctrina romanista, en cambio, la abstracción de la *condictio certi* ha sido interpretada de forma diferente. Así para Kaser⁵⁹, es “genial” la invención de la *condictio* abstracta, ya que en un único procedimiento se podría hacer efectiva una pretensión que se podía justificar por medio de uno entre varios motivos. Kaser piensa en el típico caso del *mutuum* que normalmente se acompaña de una *stipulatio* para la determinación de las modalidades (de tiempo y lugar de la prestación, y en todo caso, de los intereses). En este caso, según Kaser, el demandante con la *condictio* demandaría simultáneamente por la estipulación y por el préstamo; y si no se pudiese demostrar la estipulación, la pretensión de pago todavía se podría justificar con la prueba de la *numeratio creditae pecuniae*. Y, según Kaser, si finalmente tampoco podía el demandante probar el acuerdo de mutuo, subsistió para el demandante la pretensión derivada del *indebitum solutum* con esa misma acción⁶⁰.

⁵⁸ Vid. F. SCHULZ, *Derecho romano clásico*, op. cit., p. 459. Según M. KASER /K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, op. cit., p. 487, la específica *exceptio non numeratae pecuniae* fue creada para el procedimiento de cognición y está acreditada desde época de Caracalla. Esta *exceptio* más tarde se denominó *querela non numeratae pecuniae*.

⁵⁹ Vid. M. KASER, *Formeln mit intentio incerta, actio ex stipulatu und condictio*, op. cit., p. 23.

⁶⁰ Kaser sostiene, en concordancia con su interpretación de la abstracción de la *condictio certi*, que en el supuesto de que entre acreedor y deudor existiesen varias

Pero esta interpretación de la abstracción de la *condictio*, que permite al demandante, que no logra probar la *causa stipulationis* negada por el demandado en la *exceptio*, mantener esa misma acción fundamentada en otra causa diferente, no es admisible desde la perspectiva de la consunción de la acción, ya que ésta se producía *ipso iure* en el momento de la *litis contestatio* en los casos de *certum dare oportere*.

deudas pecuniarias, entre las cuales el demandante pretendiese especificar una en concreto (la derivada de *sponsio*) se habría insertado en la fórmula del *certum dare oportere* una *praescriptio* en la que se hacía mención de la *sponsio*. La subsistencia de esta última posibilidad la ha defendido Kaser (*vid. Formeln mit intentio incerta, actio ex stipulatu und condictio*, cit. p. 21-23), fundamentándose en la *Tabula pompeiana* (TPSulp.31), donde se conserva la completa literalidad de una fórmula en la que se antepone una *praescriptio* (*ea res agetur de sponsione*) a una fórmula de *dare oportere* referido a una *certa pecunia*. *Vid.* M. KASER, *Formeln mit intentio incerta, actio ex stipulatu und condictio*, *op. cit.*, p. 21, plantea la posibilidad de que se consuma mediante *litis contestatio* el contenido total de la demanda, en el caso de que la literalidad de la fórmula tenga un contenido que exceda de la pretensión del demandante en el caso concreto. Para ello, según Kaser, servía la *praescriptio*, que según la *Tabula Pompeiana* (*Tabula VII*, editada por GIORDANO, *Rend. Acc. Arch.*, Napoli 46, 1971, también podría anteponerse en los casos de una fórmula de *certum*. *Vid.* sobre esta cuestión R. SANTORO, *Le due formule della Tabula Pompeiana* 34, *Annali Palermo* 38 (1985), 335 ss. También G. SACCONI, *Ricerche sulla stipulatio*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino 33, Napoli, 1989, p. 65 cita esta *Tab. pomp.* como una excepción a la habitual abstracción de la *actio certae creditae pecuniae*. *Vid.* recensión a esta obra de W. LITEWSKI, *SDHI* 56 (1990), pp. 543-554. Según Kaser (*op. cit.*, p. 22), en época clásica, si se quería delimitar el objeto del *certum dare oportere* a lo prometido mediante *sponsio*, faltan evidencias seguras de los juristas clásicos de que hubiera existido una *actio certi ex stipulatu* titulada. Basándose en la *Tabula pompeiana*, para Kaser, era más bien aplicable la *condictio* con una *praescriptio* en la que se menciona la *stipulatio* fundadora de la demanda. Según Kaser (*op. cit.*, *ibid*) en el caso de la *condictio*, la *praescriptio ea res agetur de sponsione* siempre tiene que aludir a la causa, no al objeto de la obligación, y así la *condictio* sólo se consume en la medida en que se apoya en la estipulación. Radicalmente en contra de esta teoría se ha manifestado, mediante un análisis exhaustivo y minucioso de la *praescriptio* de la *Tabula pompeiana*, L. PELLECHI, *La praescriptio. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Milano, 2003, pp. 353 ss, que refiere esta *praescriptio* de la TPSulp.31 a la *sponsio* y a la *restipulatio tertiae partis* de la *actio certae creditae pecuniae*, llegando a la conclusión (*op. cit.*, p. 428) de que la *praescriptio ea res agetur de sponsione* se antepone a la *condictio* de la *stipulatio tertiae partis* para permitir que la acción fuese adaptada contextualmente a la resolución de la *actio certae creditae pecuniae*. Según Pellechi (*op. cit.*, p. 434) la cláusula *ea res agetur de sponsione* advertía de que la acción a la que se refería (la derivada de la *sponsio tertiae partis*) era respecto a la otra (la acción sin *praescriptio*, esto es, la *actio certae creditae pecuniae*) una acción diferida, que debía considerarse aplazada en relación a su objeto. *Vid.* KOLITSCH, *Praescriptio und exceptio ausserhalb des Formularverfahrens*, ZSS 76 (1959).

A esta afirmación se llega a través del análisis del sistema de preclusión procesal que aparece en Gayo, según el cual ésta operaría *ipso iure* en las *legis actiones* (IV, 108) y en cambio en el procedimiento formulario operaría *ipso iure* únicamente en el caso de un *iudicium legitimum in personam* con *intentio iuris civilis*.

En efecto, según Gayo IV, 107⁶¹, únicamente cuando se trata de un *iudicium legitimum in personam* con *intentio iuris civilis*, la acción se extingue *ipso iure*. Se trata de una excepción a la regla general del procedimiento formulario, según la cual la preclusión procesal se realizaría mediante la *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*. Esta distinción gayana es explicable si se entiende referida a los originarios *iudicia legitima* del *ius civile* que serían los casos de *certum dare oportere* que no requerían su instauración mediante *lex* y se resolvían desde antiguo mediante la *legis actio sacramento* en la que todavía no se operaba con el concepto de *actio in personam* ni, por tanto, con el concepto de *creditum* entendido como *ius creditoris* frente al *obligatus*. En estos casos la acción se extingue *ipso iure* porque a partir de la *litis contestatio* no subsiste el *dare oportere* frente al demandado, sino que éste, tras la *litis contestatio*, queda obligado a lo establecido en la sentencia.

Estos textos gayanos relativos a la preclusión procesal están en íntima conexión con la extinción, también *ipso iure*, de la *obligatio* por medio de la *litis contestatio* referida al *iudicium legitimum*, que aparece en los pasajes gayanos III, 180 y 181.

Según Gayo III, 180⁶², la obligación se extingue por la *litis contestatio*, siempre que se trate de un *iudicium legitimum*, pues entonces se extingue la obligación principal, quedando el demandado obligado por la *litis contestatio*. Es muy significativa la expresión:

⁶¹ Vid. FIRA, *Auctores, Gai Institutionum*, IV, 107 : *si uero legitimo iudicio in personam actum sit ea formula quae iuris ciuilibus habet intentionem, postea ipso iure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio superuacua est ; si uero uel in rem uel in factum actum fuerit, ipso iure nihilo minus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei iudicatae uel in iudicio deductae.*

⁶² Vid. FIRA, *Auctores, Gai Institutionum* III, 180 : *Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. Nam tunc obligatio quidem principalis dissoluitur, incipit autem teneri reus litis contestatione ; sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri. Et hoc <est> quod apud ueteres scriptum est : ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere.*

ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere, según la cual el deudor, antes de la *litis contestatio* debe dar, después de la *litis contestatio* debe ser condenado, y después de la condena debe cumplir la sentencia.

En efecto, estos pasajes gayanos encuentran explicación si se entienden referidos los antiguos *iudicia legitima* (de ahí la expresión Gayo III, 180 : *et hoc <est> quod apud veteres scriptum est*), que serían los casos de *certum dare oportere*, supuestos en los cuales el *dare oportere* se convierte tras la *litis constestatio* en *condemnari oportere*, es decir, la *actio* queda extinguida *ipso iure*. Esto se confirma en la expresión gayana III, 181⁶³ : *Vnde fit, ut si legitimo iudicio debitum petiero, postea de eo ipso iure agere non possim, quia inutiliter intendo DARI MIHI OPORTERE, quia litis contestatione dari oportere desiit*, es decir, con la *litis contestatio* la obligación del *dare oportere* desaparece.

Como han afirmado Kaser/Hackl⁶⁴ se trata evidentemente de un regla muy antigua, que se remonta a la época de las *legis actiones*, en la que todavía no se distingue entre el derecho material del demandante (*in personam*) y su derecho procesal a interponer la acción (*actio*), y en la que, por tanto, se parte de la base de que con la *litis contestatio* se consume la *obligatio (consumitur)*⁶⁵.

En definitiva, la abstracción de la *condictio certi* significa que no había en la acción una remisión a la *stipulatio* realizada, con lo cual

⁶³ FIRA, *Auctores, Gai Institutionum* III, 181 : *Vnde fit, ut si legitimo iudicio debitum petiero, postea de eo ipso iure agi non possim, quia inutiliter intendo DARI MIHI OPORTERE, quia litis contestatione dari oportere desiit. Aliter atque si imperio continenti iudicio egerim ; tunc enim nihilo minus obligatio durat, et ideo ipso iure postea agere possum, sed debeo per exceptionem rei iudicatae uel in iudicium deductae summoueri. Quae autem legitima <sint> iudicia et quae imperio continentia, sequenti commentario referemus*. Según ya afirmó A. GUARINO, *Diritto privato romano, op. cit.*, p. 232, n. 11.8.1, la apreciación *ex officio* de la preclusión, limitada en el procedimiento formulario únicamente a los *iudicia legitima in personam* con fórmula *in ius* era una regla del procedimiento de las *legis actiones*.

⁶⁴ Vid. M. KASER/K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht, op. cit.*, p. 81.

⁶⁵ Ya afirmó A. BISCARDI, *Une catégorie d'actions négligée par les romanistes : les actions formulaires 'quae ad legis actionem exprimuntur'*, *TIJ* 21 (1953), p. 319, que aquí Gayo se refiere a las fórmulas que contemplan las obligaciones de *dare*, que son precisamente las fórmulas de la *condictio*, y también L. PELLECHI, *La praescriptio, op. cit.*, p. 224 afirma que las instituciones gayanas, cuando ponen en relación la *intentio* con las palabras *dare oportere*, se refieren siempre a un juicio caracterizado por la presencia de una *intentio certa*, generalmente la de la *condictio*.

en el *iudicium* se procederá a la *condemnatio* del demandado una vez probado que el demandante actúa habiendo cumplido, a su vez, con lo establecido en la *causa stipulationis* subyacente, es decir, el *iudex* comprobará si subsiste el *dare oportere* a cargo del demandado. Y así se produce la consunción *ipso iure* de la acción en el momento de la *litis contestatio* en el ámbito del *certum dare oportere* sin que se pueda volver a interponer la misma acción basada en otra *causa stipulationis* diferente.

7.- *Dare facere oportere* y *condictio incerti*

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

Para el procedimiento formulario ha logrado probar Wolf⁶⁶ (basándose principalmente en los pasajes gayanos IV,41, IV,43, IV,50-51 y IV,131) la existencia de una *condictio incerti* del tipo: *quidquid paret Nm Nm Ao Ao dare facere oportere iudex, Nm Nm Ao Ao dumtaxat HS X milia c.s.n.p.a.* Así se posiciona en contra de la doctrina, tan controvertida y todavía no pacífica, de que la recién mencionada *intentio* (*quidquid paret...*) sería la correspondiente a la *actio ex stipulatione*.

La supuesta existencia de la *actio ex stipulatione* es una cuestión largamente debatida en la doctrina romanista, respecto a la cual, de nuevo, igual que en el ámbito de la *condictio certi*, se puede abrir una vía de aclaración desde la perspectiva de la consunción de la acción. En efecto, la *stipulatio* clásica se caracteriza por la abstracción, esto es, en el negocio jurídico estipulatorio la *causa stipulationis* no se

⁶⁶ Me remito a la exhaustiva revisión de los pasajes gayanos realizada por J. G. WOLF, *Causa stipulationis*, Köln-Wien, 1970, pp. 190-201; Vid. M. KASER, *Formeln mit intentio incerta, actio ex stipulatu und condictio*, op. cit., p. 18 afirma que los fundamentos de la teoría de Wolf son fidedignos.

menciona nunca⁶⁷, sin embargo, en el ámbito procesal se requiere, en ciertos casos, una remisión a la *stipulatio* subyacente previa a la *litis contestatio*. Así, por ejemplo, es necesaria esta remisión en el caso de que 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 de una acción. Una clave explicativa de esta cuestión la proporciona la descripción gayana del sistema de las *praescriptiones* en el procedimiento formulario romano.

En efecto, Gayo IV,131⁶⁸ comienza la descripción de las *praescriptiones* refiriéndose al caso de una *stipulatio* de *pecunia certa* 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 corresponde a ese periodo⁶⁹. En este caso,

⁶⁷ 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 F. SCHULZ, *Derecho clásico romano, op. cit.*, p. 458, toda obligación podía ser constituida por estipulación, con tal de que no lo prohibiese el ordenamiento jurídico.

⁶⁸ 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, CUIVS REI DIES FVIT ; alioquin si sine hac praescriptione egerimus, ea scilicet formula, qua incertum petimus, cuius intentio his uerbis concepta est : QUIDQVID PARET NUMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTERE, totam obligationem, id est etiam futuram, in hoc iudicium deducimus, et quae ante tempus obligatio...*

⁶⁹ Para L. PELLECHI, *La praescriptio, op. cit.*, 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 *conditiones* (naturalmente sin

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 OPORTET. 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 incluso de las prestaciones todavía no devengadas, puesto que el efecto consuntivo de la *litis contestatio* habría impedido la posibilidad de interponer una acción posterior para las prestaciones todavía no exigibles. Esta sería, según Wolf⁷⁰, una prueba de que mediante esta fórmula se podía reclamar el cumplimiento del *incertum* contenido en la *stipulatio*.

Esta fórmula descrita por Gayo IV, 131 sería una forma abstracta de reclamación del *dare facere oportere* ya que esta formulación de la *intentio* traslada al *iudex* toda la potestad de decidir si el demandado debe dar o hacer y la cuantía de la *condemnatio*⁷¹. Frente a esta forma abstracta cabe admitir una forma causal para instaurar un *iudicium* frente a *qui incertum promiserit* que 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

praescriptio) cada vez que los plazos individuales hubiesen caducado. En efecto, como expongo en la nota nº 72, no tiene fácil encaje esta *praescriptio* con la *formula qua incertum petimus*.

⁷⁰ Vid. J. G. WOLF, *Causa stipulationis*, *op. cit.*, p. 198.

⁷¹ La plena formulación procesal abstracta de la *stipulatio* se produce, según M. KASER, *Formeln mit intentio incerta, actio ex stipulatu und condictio*, *op. cit.*, p. 25, con la *formula qua incertum petimus* que aparece en Gayo IV, 131 : QVIDQVID PARET NM NM AO AO DARE FACERE OPORTERE, que únicamente encaja en una fase de plena madurez clásica, en la que se debe buscar la creación de esta *condictio incerti*. Según Kaser, se trata de una fórmula abstracta que no individualiza el objeto del litigio ni con una *demonstratio* o *praescriptio*, ni mediante el nombramiento de una causa en la *intentio*, y que por medio del *parere* imponía al juez expresamente no solamente la estimación (*quidquid oportet*) sino también el examen del fundamento y del contenido de la pretensión. Esta sería la formulación de la *condictio incerti*, más tardía que la *condictio certi*, cuyos orígenes parten de la *legis actio per conductionem*, introducida mediante las *leges Silia* y *Calpurnia*. También para H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, *op. cit.*, p. 274, la *condictio incerti* sería una creación relativamente reciente.

DE NVMERIO NEGIDIO INCERTVM STIPVLATVS EST, CVIVS REI DIES FVIT. La *praescriptio* se inserta en favor del actor, que quiere reservarse la exigibilidad de las prestaciones futuras, evitando la consunción procesal de las mismas. Se deduce de Gayo IV, 136 que en este caso podría hacerse una remisión a los plazos vencidos de la *stipulatio* mediante una *praescriptio* inserta *loco demonstrationis*, expresión ésta que todavía no ha encontrado aclaración en la doctrina romanista⁷². Según Wolf⁷³ en este pasaje Gayo quiere recordar que la fórmula se propone de tal manera *ut praescriptio inserta sit formulae loco demonstrationis* en el sentido de que desde el principio ya contiene la prevención frente a la consunción. Según Wolf, con esta fórmula no se podía temer que la prestación, en cuanto no estuviese vencida, fuese objeto del litigio, puesto que Gayo aclara que esto solamente sucedería con la *formula qua incertum petimus*.

Cabe por tanto una nueva interpretación de la expresión *praescriptio loco demonstrationis* desde el punto de vista de la función que cumple la *praescriptio* en relación a la preclusión procesal. Si la *praescriptio* se introduce en el lugar de la *demonstratio* esto implica que el *dare facere oportere* contenido en la *intentio* se remite a la prueba de lo establecido en la *demonstratio*, puesto que ésta no se presenta como una realidad indiscutida, sino que debe probarse en el juicio. Es decir, en favor del actor se admite una remisión a la subyacente *stipulatio*, con lo cual se indicaba al juez antes de la *litis contestatio* y sin necesidad de que el demandado se

⁷² Vid. L. PELLECHI, *La praescriptio*, *op. cit.*, pp. 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. Una posición asigna a la fórmula una única cláusula : la *praescriptio*, que se corresponde con la construcción completa *quod incertum stipulatus est cuius rei dies fuit*, inserta en la fórmula en el lugar de la *demonstratio*. La otra postura, en cambio, salvando la especificidad de cada cláusula, postula que la *praescriptio* (*cuius rei dies fuit*) se encontraría dentro de la fórmula al lado de la *demonstratio* (*quod incertum stipulatum est*). La conclusión a la que llega Pellechi (*op. cit.*, p. 299) es que esta expresión de Gayo IV, 136 servía para realizar la confrontación entre las dos cláusulas –*praescriptio* y *demonstratio*– de tipo estructural, ligada a las posiciones que éstas ocupaban en el cuerpo de la fórmula.

⁷³ Vid. J. G. WOLF, *Causa stipulationis*, *op. cit.*, p. 199.

remitiese a ella mediante alguna *exceptio*, que debía tener en cuenta alguna circunstancia de la previa *stipulatio* celebrada. Es una *praescriptio* que previene frente a la consunción total de la acción y que opera como una *demonstratio* en el sentido de que antes de proceder a la *condemnatio* al *dare facere oportere* se deberá tener en cuenta que solamente se exigen los plazos ya vencidos de la *stipulatio* celebrada.

De ahí que, según Gayo IV, 136, la *intentio* de la fórmula en la que se inserta la *praescriptio loco demonstrationis* sea la siguiente: QUIDQUID OB EAM REM NUMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTET. La remisión a la *demonstratio* que aparece en la *intentio* mediante las palabras *ob eam rem* demuestra que la petición contenida en la *intentio* se somete a la previa constatación de la celebración de la *stipulatio* y el vencimiento de las prestaciones ya devengadas, admitiéndose también la oposición por parte del demandado de las excepciones derivadas de la subyacente *stipulatio*⁷⁴.

La *intentio* así formulada es exactamente la misma que aparece en los *bonae fidei iudicia*, en los que siempre se introduce una *demonstratio*, como ya he afirmado en páginas anteriores. Esta hipótesis se confirma en Gayo IV, 131a, donde el jurista romano pone como ejemplo el caso de la *actio empti* (*item si verbi gratia ex empto agamus*). En este caso, según Gayo, si se pretende únicamente que se entregue la propiedad de un fundo y reservarse para más tarde la entrega de la posesión, deberá constar en la fórmula la *praescriptio* EA RES AGATVR DE FVNDO MANCIPANDO, puesto que la obligación jurídica se consume totalmente cuando se interpone una acción con la (ya mencionada) *intentio*: QUIDQUID OB EAM REM NUMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTET.

⁷⁴ 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.

Esta es la formulación de la *intentio* de todos los *iudicia bonae fidei*, que implica que, una vez constatada la afirmación contenida en la *demonstratio*, se condenará por el *iudex* al *dare facere oportere* calculado conforme al *arbitrium boni viri*.

En consecuencia, según los pasajes gayanos, existiría una *condictio incerti* general, mediante la cual se podría reclamar el *incertum* contenido en una *stipulatio* (*formula qua incertum petimus: quidquid paret Nm Nm Ao Ao dare facere oportere*, Gayo IV, 131)⁷⁵. 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*⁷⁶.

⁷⁵ Vid. M. KASER, *Formeln mit intentio incerta, actio ex stipulatu und condictio*, *op. cit.*, p. 25, basándose en el análisis de los textos gayanos referidos a la *praescriptio*, afirma que para la *stipulatio incerti* estarían a elección la *condictio incerti* delimitada por una *praescriptio* (Gayo IV, 131 : *ut cum hac praescriptione agamus : EA RES AGATVR, CVIVS REI DIES FUIT*) y la *actio ex stipulatu* regular, provista de la misma *praescriptio*, conforme a la fórmula de Gayo IV, 137 (*EA RES AGATUR, QUOD A. AGERIUS DE LUCIO TITIO INCERTVM STIPVAVTVS EST... CVIVS REI DIES FVIT...*). En ambos casos, según Kaser, no habría diferencia en cuanto a los efectos jurídicos, ni materiales ni procesales. Sin embargo, no parece deducirse de Gayo IV, 131 que la *condictio incerti* haya sido compatible con la *praescriptio cuius rei dies fuit*. Gayo dice exactamente : *alioquin si sine haec praescriptione egerimus, ea scilicet formula qua incertum petimus...*, es decir, en otro caso, si litigamos sin esta *praescriptio*, esto es, con la fórmula en la que pedimos una cosa indeterminada... No parece, por tanto, que una *praescriptio* que se refiera a los plazos vencidos de una deuda haya aparecido como delimitadora de una *condictio incerti*, que confiere al *iudex* la potestad de determinar si el demandado debe, y cuánto, esto es, la amplitud de la fórmula no es compatible con la restricción impuesta al *iudex* de que sólo se exigen los plazos ya vencidos de una deuda. La fórmula apropiada en este caso sería la que Gayo describe en IV, 136, como sostengo en este artículo. Además, Gayo IV, 137 tampoco se puede invocar como prueba de la existencia de una *actio ex stipulatione* regular porque lo único que se deduce del mismo es que en el caso de que se interponga una acción frente al garante de una obligación (*sponsor*), se insertará la *praescriptio*. Ésta más bien únicamente advierte de que no se litiga por la obligación principal. En consecuencia, aquí efectivamente la *intentio* sería compatible con la fórmula general *qua incertum petimus* (*quidquid paret...*) con la *praescriptio* que advierte de esta circunstancia que favorece al actor.

⁷⁶ En relación al pasaje IV, 137 de Gayo (*praescriptio* antepuesta a la fórmula utilizada frente a un *sponsor* o *fideiussor*) afirma L. PELLECHI, *La praescriptio...*, *op. 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* (pp. 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*

En este caso la fórmula se convierte en causal, esto es, contiene una referencia a la *stipulatio* realizada (*quod...incertum stipulatus est*), introduciéndose en la *intentio* una remisión a la *praescriptio* (*quidquid ob eam rem dare facere oportet*), confirmándose así la naturaleza de ésta 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*. Exactamente esta misma formulación de *intentio* existe en los *bonae fidei iudicia*, en la que asimismo existe una remisión a la *demonstratio*, la cláusula ordinaria que en estos *iudicia* acompaña siempre a la *intentio* (*quidquid ob eam rem...*)⁷⁷.

8.- *Dare facere oportere* y los orígenes de la *obligatio ex contractu*

La *legis actio per iudicis postulationem* significó una innovación fundamental para el ordenamiento procesal romano, al admitirse, a

demonstrationis) que aquella que se utilizaba frente al *promissor incerti*. Según lo que expuesto en la nota anterior, 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 inserta la *praescriptio* en la propia fórmula precisamente porque no se hace depender la *condemnatio* de la obligación principal, sino que la acción únicamente se dirige contra la obligación asumida por el *sponsor* o del *fideiussor*, y ésta es una advertencia que inserta el actor en su favor.

⁷⁷ Las cláusulas ordinarias que acompañan a la *condemnatio* son la *demonstratio* o la *intentio* (o la *adiudicatio*). Así, la *condictio incerti* o bien contiene una alusión general al *incertum* en la *intentio* (formulada entonces mediante *quidquid paret...*) o bien contiene una remisión a la *stipulatio* en la *demonstratio*, en cuyo caso la *intentio* se formularía de modo distinto, con remisión a la *demonstratio* (*quidquid ob eam re...*). No resulta de gran ayuda la versión que aparece en FIRA, *Auctores, Gai Institutionum* IV, 44 : *item condemnatio sine demonstratione uel intentione, uel adiudicatio sine demonstratione uel intentione nullas vires habet, <et> ob id numquam solae inueniuntur*, ni tampoco está claro, según otras ediciones del pasaje gayano IV, 44, qué extensión tendría la presunta laguna que aparece en dicho texto. De ahí que sea admisible volver a las ediciones más antiguas del texto gayano, como la de Goeschen, en las que este pasaje tendría la siguiente redacción: *item condemnatio sine demonstratione uel intentione, uel adiudicatione nullas vires habet: ob id numquam solae inueniuntur* (Vid. GOESCHEN, *Gaii institutionum commentarii* IV, Berlin, 1824, pp. 321 y 322 ; y también A. G. HEFFTER, *Gaii iurisconsulti institutionum commentarius quartus*, Berlin, 1827, p. XXI ; G. STUDEMUND, *Gaii institutionum commentarii quattuor*, Neudruck der Ausgabe, 1873, Osnabrück, 1965, p. 203 ; E. DUBOIS, *Institutes de Gaius*, 6ème edition, Paris, 1881, pp. 429 y 430). Estas ediciones no incluyen la supuesta laguna gayana, con lo cual se obtiene que, según Gayo IV, 44 la *condemnatio* no es efectiva si no se acompaña de la *demonstratio*, o bien de la *intentio* o de la *adiudicatio*.

partir de las XII Tablas, la exigibilidad procesal de lo que hubiese sido estipulado (*de eo quod ex stipulatione petatur*)⁷⁸. De la *sponsio* surge, por tanto, la noción de *obligatio verbis* clásica, que crea un *vinculum iuris*, sancionable con una *actio in personam* frente al *obligatus* (o *debitor*). Este *vinculum iuris* obliga al sujeto pasivo al cumplimiento del débito pecuniario, porque se trata de una *obligatio pecuniaria*, propia del *creditum* o contrato de crédito (*pecunia stipulata*). Frente al *obligatus*, el *stipulator* puede actuar *in iure* mediante una *actio in personam*. Por tanto, en contra de la opinión de Betti⁷⁹ y según lo expuesto hasta aquí, la concepción de la *obligatio* como *vinculum iuris* surge en la esfera procesal desde el momento en que la *sponsio* se puede hacer efectiva a través de una *actio in personam*, mediante la cual se exigía el cumplimiento del *dare facere oportere* prometido en la misma⁸⁰.

En la *legis actio per iudicis postulationem* el *creditor* es quien ostenta el *ius creditoris* y por tanto, ejerce una *actio in personam* enfrentándose al *debitor* u *obligatus*, que está gravado con el deber jurídico de cumplir la promesa (*debitum*) y obligado a comparecer *in iure* para asumir su responsabilidad como demandado. La laicización de la *sponsio* realizada mediante *postulatio iudicis arbitrive* aplicada al *debitum ex sponsione* significó una nueva concepción del derecho

⁷⁸ Vid. LÉVY-BRUHL, *Le sacramentum in personam, Studi in onore di V. Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, II, Napoli, 1953, p. 29, la *iudicis postulatio* frente al *sacramentum* toma la forma de un procedimiento de tipo moderno en el que las pretensiones de los litigantes y las fuentes jurídicas de los derechos alegados forman el objeto, fuera del tribunal del magistrado, de un debate contradictorio decidido por la sentencia de un juez.

⁷⁹ Es muy distinto el punto de partida y el enfoque que presenta en su obra E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955. En p. 77 afirma que decir que alguien está *obligatus* en la época de las XII Tablas equivale a decir que su persona física está encaminada a servir para la satisfacción de otros por una suma de dinero, cuya función es la de ser un precio de rescate. Para Betti, el derecho de obligaciones más antiguo aparece bien distinto al que hoy en día se entiende y entendían los propios romanos en época clásica: muy distinto, esto es, de un derecho de crédito. En este artículo llego a la conclusión contraria, desde un enfoque procesal de la exigibilidad del *dare facere oportere*.

⁸⁰ Vid. B. BIONBI, *Sponsio e stipulatio, Divagazioni intorno alla storia del contratto, dell'obligatio, delle garanzie personali*, BIDR 65 (1962), p. 110 afirmó que la *sponsio* era la más antigua fuente de *obligatio*. También según V. ARANGIO RUIZ, *Sponsio e stipulatio nella terminología romana, op. cit.*, p. 210, la *sponsio* en época muy antigua significó el pronunciamiento del verbo *spondeo* por parte del deudor de una *verborum obligatio* o bien la asunción de una obligación.

(*ius*) entendido como exigencia de un deber jurídico o como deber de cumplir (*vinculum iuris*).

Al reconocimiento de la *sponsio* va ligada pues la acción que le corresponde para hacer exigible el *debitum* contenido en la misma. Al disociarse los conceptos de *debitum* y *creditum*, éste se hace exigible mediante una *actio*, entendida como derecho a perseguir en un juicio lo que se nos debe. Nace así el concepto de *actio* entendido como *ius quod sibi debeat iudicio persequendi*, según la definición clásica de Celso en D. 44,7,51.

En consecuencia, se puede afirmar que la *sponsio* exigida mediante la *iudicis postulatio* es el origen de las *actiones in personam* definidas por Gayo en IV, 2 (*in personam actio est... cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE*), y en IV,5 (FIRA, *Auctores: ...in personam uero actiones quibus dari fieriue oportere intendimus condictiones*).

El concepto de *obligatio* nace, por tanto, a partir de que se hace exigible *ex lege XII Tabularum* el *dare facere oportere* contenido en la *sponsio* mediante *legis actio per iudicis postulationem*. Y bajo la jurisdicción pretoria desde época muy antigua se amplió la fórmula del *dare facere oportere* a lo exigible *ex fide bona*, en la que el *iudex* debía tomar en consideración esencialmente la bilateralidad de la relación jurídica establecida entre las partes, condenando al *quidquid alterum alteri dare facere oportet (ex fide bona)*⁸¹.

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

⁸¹ Vid. P. FUENTESECA, *Los sistemas expositivos de las obligaciones contractuales en la jurisprudencia romana y la idea de contractus*, AHDE 23 (1953), p. 39 : la idea de *contrahere* –de donde surgió el concepto que responde al sustantivo de *contractus* – nació en el campo de los *iudicia bonae fidei* como idea ajena al *creditum*. Según P. Fuenteseca, ya el mismo Gayo realiza una superposición de la idea de *contractus* sobre su cuatripartición de las obligaciones. Para P. Fuenteseca, los *iudicia bonae fidei* llevaban el germen del *contractus* en la bilateralidad, que iba implícita en el *quidquid alterum alteri dare facere oportet*. En cambio, la acción típica del *creditum*, la *condictio*, según P. Fuenteseca, era una acción de derecho estricto en la que no cabía valorar la conducta mutua de las partes y la bilateralidad no podía germinar en ese campo.

el *incertum* (*condictio incerti*) mediante la que se exigía judicialmente el *dare facere oportere*.

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

La *stipulatio* sería una forma contractual susceptible de los más diversos contenidos, con lo cual una fórmula general *ex stipulatione* del tipo *quidquid Nm Nm Ao Ao ex stipulatu dare facere oportet* no añadiría ninguna precisión adicional a la *intentio*, no sería definitoria para el *iudex*⁸². En cambio, sí se podría hacer exigible el *dare facere*

⁸² En la doctrina romanista es mayoritaria la opinión en contra de la existencia en época clásica de una *actio ex stipulatu incerti* en la que se exigiese *quidquid ex stipulatu dare facere oportet*. M. KASER, *Formeln mit intentio incerta, actio ex stipulatu und condictio*, *op. cit.*, p. 18, ha afirmado que no parece haber existido una fórmula general de este tipo y descarta que una fórmula general *quidquid Nm Nm Ao Ao ex stipulatu dare facere oportet* haya sido de utilidad práctica. Para Kaser la necesidad de individualización en la acción de estipulación debió ser tan fuerte, que en la práctica no se podía utilizar una fórmula concebida de modo general como *quidquid Nm Nm Ao Ao ex stipulatu dare facere oportet*. Más bien, en estos casos de *stipulatio incerti* se utilizaría, según Kaser (*op. cit.*, p. 24), la fórmula en la que se inserta una *praescriptio loco demonstrationis*, que consta en Gayo IV,136 (*op. cit.*). Esta fórmula gayana, como sostengo en este artículo, introduce mediante la *praescriptio loco demonstrationis* como cláusula extraordinaria una remisión a la *stipulatio* realizada, lo que justifica la redacción de la *intentio* bajo la forma *quidquid ob eam re...* Esta misma redacción de la fórmula la defiende como *actio ex stipulatu* en época clásica F. SCHULZ, *Derecho romano clásico*, *op. cit.*, p. 457, siguiendo a Lenel (Edict. 855) para el caso de haberse estipulado un *incertum*, especialmente cuando se había prometido un *facere* (que sería : *aedificium mihi fieri spondes ?*) : *quod As As de No No incertum stipulatus est, quidquid ob eam rem Nm Nm Ao Ao dare facere oportet eius, iudex Nm Nm Ao Ao condemnato*. Sin embargo, Schulz, constatando la ausencia del término *actio ex stipulatu* en las fuentes romanas (el término *actio ex stipulatu* no figura en *Gai Inst.*, ni en el *Epitome Ulpiani*, ni en los *Fragmenta Vaticana*, ni en la *Collatio legum Mosaicarum et Romanorum*, ni el la

oportere contenido en la *stipulatio* mediante la *condictio incerti*, en la que, como ya he afirmado, se traslada al *iudex* tanto la subsistencia de la obligación derivada de la *stipulatio* como la cuantía de la *condemnatio*.

En la *stipulatio* exigida mediante la *condictio incerti* se refleja la *intentio* general propia de la fórmula de la *actio in personam* que es el *dare facere oportere*, mediante la cual se hace exigible un *incertum* de cualquier tipo. Por tanto, la forma contractual estipulatoria está inseparablemente unida a la aparición de *actio in personam* en el ámbito procesal. Como afirmó P. Fuenteseca⁸³, la *stipulatio* constituyó un esquema apto para cualquier contenido y es, por tanto, el prototipo de los negocios crediticios⁸⁴. Es decir, en la expresión *dare facere oportere* exigible a través de la *stipulatio* encajan cualquiera de las modalidades de la *obligationes ex contractu* admitidas en Roma: *re, verbis, litteris, consensu*. El *dare facere oportere* de la *stipulatio* constituyó una fórmula general a partir de la cual luego se fueron perfilando las diferentes modalidades contractuales. La *stipulatio* se configuró como la *obligatio verbis contracta (obligatio verborum)* de época clásica, en torno a la cual, según P. Fuenteseca⁸⁵, se desarrolló todo lo que se puede denominar teoría general de las *obligationes*.

llamada *Consulatatio*; en las *Sententiae* de Paulo aparece una sola vez -2,22-, donde la frase *ex stipulatu* está sin duda, para Schulz, interpolada) llega a la conclusión de que el término *actio ex stipulatu* se debe eliminar del vocabulario clásico. La remisión a esta fórmula para los casos de un *facere* que hace Schulz no parece admisible, ya que el *facere* (o *non facere*) más bien sería exigible mediante la fórmula general de la *condictio incerti (quidquid paret...)* en cuanto no es susceptible de cumplimiento parcial, puesto que si lo fuese no estaríamos ante una obligación de *facere* sino, por ejemplo, ante un arrendamiento de obra o de servicios.

⁸³ Vid. P. FUENTESECA, *Visión procesal de la historia del contrato en derecho romano clásico*, en *Estudios homenaje al prof. A. D'Ors*, EUNSA, Pamplona, 1987, p. 474.

⁸⁴ Vid. la investigación de V. ARANGIO RUIZ, *Sponsio e stipulatio nella terminología romana*, *op. cit.*, en la que intenta probar si y en qué momento en las fuentes romanas el término *stipulatio* haya significado pregunta y respuesta unidas conjuntamente, sin encontrar indicios seguros en las fuentes que permitan deducir cuándo se produjo ese cambio.

⁸⁵ Según P. FUENTESECA, *Los sistemas expositivos de las obligaciones contractuales*, *op. cit.*, p. 42, la masa englobada bajo la rúbrica (D. 45,1) *de verborum obligationibus* contiene la problemática fundamental de las obligaciones contractuales que constituye una verdadera teoría general del contrato. Los compiladores habrían incurrido en un anacronismo que, debido a su reverencia clasicista y al peso de la tradición jurisprudencial romana, no percibieron. Habrían dejado la teoría general de las obligaciones estructurada en torno a la *stipulatio*, forma contractual que en sus

En definitiva, la exigibilidad procesal del *dare facere oportere* se puso de manifiesto a través de la *sponsio-stipulatio*, forma contractual susceptible de cualquier contenido negocial, que se convirtió, en consecuencia, en el prototipo de la noción de *obligatio (verbis contracta)* del *ius civile* a partir del cual se fueron definiendo en Roma las demás *obligationes ex contractu*.

tiempos ni siquiera existía ya. No habrían percibido que cuanto acogían bajo la rúbrica *De verborum obligationibus* no era, en el fondo, más que una teoría general de las obligaciones contractuales. Según P. Fuenteseca, los compiladores podrían haber sustituido en la mayor parte de los casos las alusiones a la *stipulatio* por el vocablo *contractus*. De hecho, para P. Fuenteseca, la *stipulatio* habría sido el molde apto para cualquier contenido contractual, pero este molde formal se había ya perdido y en su lugar existía el molde conceptual, el concepto general de *contractus* como convención.