

**UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA**

**De inutilibus stipulationibus**

**Autor: Casas León, María Etelvina de las**

**Director: María Victoria Sansón Rodríguez**

**Departamento de Disciplinas Jurídicas Básicas**

## ÍNDICE

### I.- INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN DE LA MATERIA

A.- Introducción .....	5
B.- Delimitación de la materia .....	10
1.- El término “inutilis” .....	12

### II.- CUESTIONES METODOLÓGICAS .....

### III.- CAMBIOS SEMÁNTICOS .....

## CAPÍTULO I

### LA PAREJA NOMINAL “INUTILIS STIPULATIO”: SUSTANTIVOS Y ADJETIVOS:.....

A.- Sustantivos y adjetivos .....	29
B.- La estructuración bipolar: la <i>stipulatio utilis</i> frente a la <i>stipulatio inutilis</i> .....	32

## CAPÍTULO II

### CAMPOS SEMÁNTICOS: TERMINOLOGÍA .....

A.- Ideas generales .....	35
B.- Derecho romano .....	41
C.- Derecho actual .....	59
D.- Evolución jurídica del término “inutilis”.....	67

### **CAPÍTULO III**

#### **ESTIPULACIONES INÚTILES PERO EXISTENTES EN DERECHO ROMANO CLÁSICO.-**

I.- La inutilidad de las estipulaciones en Gayo: Ideas generales .....	70
II.- Estipulaciones inútiles por el objeto .....	75
A.- Estipulaciones con objeto imposible: Gayo 3,97 .....	75
1.- Gayo 3,97 e Iust. Inst. 3,19,1: Imposibilidad física – imposibilidad jurídica de la prestación: la rerum natura y la imposibilidad objetiva de la prestación .....	81
2.- “Impossibilium nulla obligatio est”: el principio de imposibilidad en los juristas romanos .....	91
3. - Paulo D. 45,1,83: Imposibilidad inicial y sobrevenida de la prestación .....	97
4.- Conclusión .....	101
B.- Inutilidad de las estipulaciones de cosa propia: Gayo 3,99 .....	104
C. - Gayo 3,103:Estipulaciones a favor y a cargo de terceros .....	109
D.- Gayo 3,100 y 3,101: estipulaciones con adición de plazos no admitidos .....	118
E. - Gayo 3,104: Falta de capacidad jurídica para obligarse .....	129

### **CAPÍTULO IV**

#### **ESTIPULACIONES INÚTILES E INEXISTENTES EN DERECHO ROMANO CLÁSICO**

A.- Faltas que afectan al negocio estipulatorio por la adición de condiciones .....	134
---	-----

1. - Estipulaciones sometidas a condición imposible: Gayo 3,98

- a) Maeciano D.44,7,31 y Ulpiano D.45, 1,7 ..... 143
- b) Venuleyo D.45, 1,137,6 ..... 148
- c) Conclusión ..... 151

B.- ESTIPULACIONES INÚTILES POR INCONGRUENCIA ENTRE  
PREGUNTA Y RESPUESTA EN DERECHO ROMANO CLÁSICO .....155

- 1.- Congruencia total entre pregunta y respuesta ..... 157
- 2.- Congruencia parcial entre pregunta y respuesta ..... 161
- 3.- “Utilile per inutilem non vitiatur” ..... 170
- 4.- Conclusión ..... 177

**CONCLUSIONES** ..... 180

- ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO ..... 190
- ÍNDICE DE FUENTES ..... 197

## I.-INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN DE LA MATERIA

### A.- Introducción.-

Existen más de 40 términos utilizados en las fuentes jurídicas romanas para hacer referencia a la problemática de la invalidez de los negocios jurídicos en general y en particular de las estipulaciones. Expresiones como *actio non datur (denegatur , non competit)*, *cogendum non esse*, *compelli non posse*, *corrumpere*, *effectum non habere*, *facultatem non habere*, *frustra*, *facere/ fieri*, *impedire*, *inanis*, *inefficax esse*, *infirmare*, *irritus*, *iure non fieri*, *ius non habere*, *iustum non haberi*, *nihil agere*, *non acquirere*, *non consistere*, *non contrahi*, *non debere*, *non esse*, *non facere*, *non intellegi*, *non licere*, *non nocere*, *non obligari*, *non posse*, *non prodesse*, *non tenere(i)*, *non valere*, *non videri factum*, *nullas vires habere*, *nullius momenti esse*, *nullum esse*, *obstare*, *peti non posse*, *potestatem non habere*, *prohibere*, *pro non facto haberi*, *ratum non haberi*, *recte non fieri (facere)*, *servari non oportere*, *non utilis*, *vitiosus esse*, son frecuentemente utilizados para destacar la falta de efectos de los negocios jurídicos.

De estos más de cuarenta términos, como se puede observar, solamente seis de ellos son adjetivos: *inanis*, *inutilis*, *nullus*, *irritus*, *vitiosus* e *inefficax*. El resto de las expresiones se refieren a la acción en sí misma de llevar a cabo un negocio jurídico que finalmente no desplegará los efectos buscados por las partes. Se trata de una serie de verbos que ponen de relieve la imposibilidad de llevar a buen término un negocio jurídico.

Concretamente, la pareja nominal “*inutilis stipulatio*”, que es el objeto de nuestra investigación, es utilizada en 51 textos según Hellmann<sup>1</sup> y en 58 ocasiones según BIA. Es el adjetivo más empleado para designar la falta de eficacia de una *stipulatio* y que más se cita formando una pareja nominal en sentido estricto. No encontraremos, por ejemplo ningún texto en las fuentes que utilice las expresiones *irritus* o *inefficax esse* con respecto a la *stipulatio*. Por el contrario, un adjetivo muy utilizado para hacer referencia a la nulidad de los negocios jurídicos como es *nullum esse*, sin embargo sólo aparece junto a la *stipulatio* en siete ocasiones<sup>2</sup>; el adjetivo *inanis* aparece en tres ocasiones<sup>3</sup> y *vitiosum esse* únicamente en dos<sup>4</sup>.

Son Paulo, Gayo, Ulpiano y Juliano por este orden los juristas que más utilizan la expresión “*inutilis stipulatio*”, independientemente que utilicen en otros casos expresiones sinónimas (por ejemplo Juliano en D.45.1,58 emplea la expresión “*nihil agere*” para referirse a las estipulaciones con objeto imposible o Ulpiano en D. 22,1,31 respecto a los intereses añadidos a una estipulación sin señalar cuantía determinada, utiliza la expresión “*nullius esse momenti*” (*Quod in stipulatione sic adiectum est: “et usuras, si quae competierint, nullius esse momenti, si modus certus non adiciatur”*)).

---

<sup>1</sup> HELLMANN, F., *Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht*, München, 1.914.

<sup>2</sup> Pomponio D.45.1,19 “... *nulla stipulatio, quia contenti esse debemus poenis legum*”, D.45.1,25 “... *cuius stipulationes nomine exceptione tutus sit promissor, obligatibur ex posteriore stipulatione, quia superior quasi nulla sit exceptione obstante*”, Gayo D.46.1,70,4 “...*quia non solum ipsa stipulatio nulla intercessisset ...*”, Paulo D. 18. 6,8 “...*nulla est emptio, sicuti nec stipulatio...*”, Ulpiano D.12.1,9,4 “*Numeravi tibi decem, et haec alii stipulatu sum, nulla est stipulatio;...*”, D.12, 1,9,5 “*Idem erit, si a pupillo fuero sine tutoris auctoritate stipulatus...*”, D.45,1,26 “*Generaliter novimus, turpes stipulationes nullius esse momenti*”.

<sup>3</sup> Juliano D.24,1,39 “... *Respondi, inanem fuisse eam stipulationem.*”, Papiniano D.24.3,42,2 “... *inanis usurarum stipulatio compensationi non proderit*”, y Paulo D. 12.5,8 “... *quoniam sublata proxima causa stipulationis, quae propter exceptionem inanis esset*”.

<sup>4</sup> Ulpiano D. 45,1,1,1 “*intervallum enim medium non vitiavit obligationem*”, y D. 45,1,1,5 “... *neque vitiatur utilis per hanc inutilem*”, pero vemos que en estas dos ocasiones se utiliza en forma verbal y no como adjetivo.

A mayor abundamiento, tanto en las Instituciones de Justiniano libro III, título XIX, como en el Codex libro VIII, título XXXIX encontramos, como se puede comprobar, un “título” expresamente dedicado a la pareja nominal “*De inutilibus stipulationibus*”, dato que es importante destacar puesto que no ocurre lo mismo con ninguna de las expresiones restantes que se refieren a la falta de eficacia de las estipulaciones. No sucede lo mismo en las Instituciones de Gayo, donde, por las características de la propia obra, no existe un título dedicado a las estipulaciones inútiles, aunque Gayo trata la materia en sus Instituciones pasajes 3, 97-104.

Estos hechos fueron determinantes a la hora de elegir el tema de este trabajo. No cabe duda alguna, de que en el momento de la elección, fuimos conscientes de la dificultad que conllevaba el abordar la cuestión de la inutilidad de las estipulaciones en Roma. De ahí la importancia que tenía para nosotros el delimitar perfectamente el tema objeto de estudio.

A lo largo de estas páginas abordaremos el tema de la inutilidad de las estipulaciones, no solamente con una perspectiva histórico-jurídica y siguiendo el método diacrónico, sino también desde una perspectiva semántica. Desde un punto de vista semántico, nuestro objetivo, como ya explicaremos más adelante, es delimitar el término *inutilis* dentro del campo semántico de la invalidez y referido al negocio jurídico concreto de la *stipulatio*. Para ello, analizaremos también la evolución jurídico - semántica del término “*inutilis*”. Esta perspectiva semántica es la que nos va a permitir alcanzar unas conclusiones diferentes a las obtenidas hasta este momento en el campo de la invalidez de las estipulaciones.

Este plano semántico, con el que nos disponemos a abordar este trabajo, puede resultar algo sorprendente, puesto que hablar de “Semántica” puede llevarnos a confusión. De ninguna manera vamos a realizar un trabajo meramente lingüístico o a relatar la historia de la Semántica, puesto que para ello bastaría echar un vistazo a manuales tan

prestigiosos como los de Ullmann<sup>5</sup> o Giraud<sup>6</sup>; no es esta la materia de estudio, pero sí el enfoque que le vamos a dar a esta investigación.

Dejaremos al margen la semántica tradicional<sup>7</sup>, la filosófica<sup>8</sup>, y nos centraremos en la perspectiva de la Semántica estructural, presentada como ciencia del contenido, lingüísticamente configurada. Esta ciencia trata de estudiar el contenido desde un punto de vista estructural. Como afirma Coseriu<sup>9</sup>, se trataría de un estudio de las relaciones entre significados (“lexicología del contenido”), que es el objeto de la Semántica estructural, a la que sólo interesa el plano de la expresión como base de comprobación. Simplemente impregnaremos este trabajo de estas ideas que nos ayudarán a la hora de establecer conclusiones.

Como todos sabemos, muchos han sido los trabajos realizados para tratar la materia de la invalidez de los negocios jurídicos en Roma desde diferentes perspectivas<sup>10</sup>. En lo que no cabe discusión alguna es que se

---

<sup>5</sup> ULLMANN, St., *Semántica = Semántica. Introducción a la ciencia del significado*, Madrid, Trad. española, 2ª ed. 1.967.

<sup>6</sup> GUIRAUD, P. *La Semántica*, Méjico, trad. española, 2ª ed. 1965; MALMBERG, B., *Les nouvelles tendances de la linguistique*, París, 1.966.

<sup>7</sup> Para esta materia vid. BRÉAL, M., *Ensayo de Semántica*, Trad. española, Madrid y ULLMANN op. cit.

<sup>8</sup> Vid. CASSIRER, E. *Philosophie der Symbolischen Formen*, 1.923.

<sup>9</sup> COSERIU, E., *Pour une sémantique = Pour une sémantique diachronique structurale*, *Travaux de Linguistique et de Littérature*, II, 1. págs. 139-186, Strasbourg, 1.964.

<sup>10</sup> HELLMANN, E., “Zur Terminologie der Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Thatsachen”, en ZSS, 23, 1.902, pág. 381 y ss, y ZSS 24, 1903, pag 50 y ss; *Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht*; MITTEIS, L., *Römisches Privatrecht*, München und Leipzig, 1.935, págs 236 y ss; BIONDI, B., *Contratto e stipulatio*, Milano, 1.953; ALVAREZ SUÁREZ, U., “El negocio jurídico en Derecho romano”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1.954; MASI, A., “El negozio utile o inutile in Diritto romano”, en RISG, 1.959 – 1.962, págs. 21-117; PASTORI, F., *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milano, 1.961; ARCHI, G. G., “Utilis e inutilis nelle fonti giuridiche” en *Labeo* 9, 1.963, págs 263 y ss; ROBLEDA, O., *La nulidad del Acto Jurídico*, Roma, 1.964; DI PAOLA, S., *Contributti ad una teoria della invalidità e della inefficacia in Diritto romano*, Milán, 1.966; KASER, M., *Das römisches Privatrecht*, München, 1.975; SEILER, M., “Utile per inutile non vitatur. Zur Teilungswirksamkeit von Rechtsgeschäften im römischen Recht”, en *Festschrift Kaser*, München, 1.976, págs 125 y ss; MASI, A., “Inutilità ed inesistenza degli atti giuridici nelle Istituzioni gaiane”, en “Il modello di Gaio nella formazione del Giurista”, *Atti del convegno Torinese*, Milán 1981; QUADRATO, R., *Sulle tracce dell'annullabilità*, Nápoles, 1.983; KUNKEL/ HONSELL/ MAYER-MALY/ SELB, *Römisches Recht*, Berlin-Heidelberg, 1.987; DOBBERTIN, M., *Zur Auslegung der Stipulation im klassischen Römischen Recht*, Zürich, 1.987; SACCONI, G., “Ricerca sulla stipulatio”, en *Publicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino* n°33, 1.989; son entre otros los trabajos más destacados en

trata de una de las materias jurídicas más complejas, donde no hay ninguna posibilidad de llegar a una sistematización de los casos. La falta de una teoría general de la invalidez de los negocios jurídicos en el pensamiento de los juristas romanos, la utilización de múltiples términos en las fuentes para referirse a un mismo caso, la existencia de dos tratamientos dispares como son el *ius civile* frente al *ius honorarium* son, como veremos, algunas de las causas de esta complejidad. Solamente a partir del XIX con la Pandectística<sup>11</sup>, se conseguirá una sistematización en el campo de la nulidad de los negocios jurídicos.

Hasta el momento, la mayor parte de las investigaciones se han realizado oponiendo diversos términos que se encuentran dentro del mismo campo semántico como por ejemplo, pueden ser los adjetivos “nulo como sinónimo de ineficaz” o “inexistente como sinónimo de inútil” o bien intentando encuadrar estos términos dentro de estructuras ajenas al Derecho romano. Si bien nosotros nos basaremos también en oposiciones terminológicas, sin embargo, nos centraremos, en concreto, en una oposición privativa, cual es “útil – inútil”. Y es desde esa perspectiva desde donde intentaremos delimitar el significado de “inútil” en cada uno de los casos que analicemos sin intentar encuadrar el término “*inutilis*” dentro de categorías jurídicas modernas, puesto que ello nos llevaría a un fracaso “anunciado”.

Por otra parte, el estudio de la pareja nominal “*inutilis-stipulatio*”, lo centraremos en un jurista concreto, como es Gayo y como punto de partida tomaremos sus Instituciones y los fragmentos referidos a la inutilidad de las estipulaciones, concretamente Gayo 3, 97-104, así como otros pasajes que guardan mucha relación con éstos, como puede ser Gayo 3,176. Seguiremos tanto su orden sistemático como las materias que

---

la materia de ineficacia de los negocios jurídicos en Roma y en especial de la ineficacia de la estipulación.

<sup>11</sup> SAVIGNY, F.C., *Sistema del diritto romano IV*, Torino, 1.889, págs. 610 y ss; KARLOWA, O., *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung*, Berlín, 1877, págs 116 y ss; WINDSCHEID, B., *Diritto delle pandette*, vol. I.1, Torino, 1.902, págs 326 y ss; DERNBURG, H., *Pandette* vol. I. 1, Torino, 1.906, págs. 364 y ss.

Gayo toca en estos pasajes de sus Instituciones, una obra didáctica y fundamental para el estudio y la formación del Derecho europeo. Paralelamente, realizaremos también la exégesis de aquellos textos de la época clásica que, apareciendo en otras fuentes, recojan los mismos supuestos, aunque en ocasiones utilicen expresiones diferentes a “*inutilis*” para referirse a la invalidez de la estipulación.

## **B.- Delimitación de la materia.-**

La primera cuestión a tener en cuenta sería la delimitación del tema. Como se desprende del propio título de esta tesis, “**de inutilibus stipulationibus**”, nos vamos a mover dentro del campo de la invalidez e ineficacia de las estipulaciones. Pero, evidentemente, ciñéndonos a unos ámbitos perfectamente delimitados, dada la complejidad del trabajo. En este sentido, hemos concretado este trabajo en el estudio de una parte determinada de las Instituciones de Gayo: aquella que aborda la inutilidad de las estipulaciones en el comentario tercero, fragmentos 97- 104. A consecuencia de esta restricción, hemos reducido también la extensa terminología empleada por los juristas romanos en el campo de la nulidad de las estipulaciones, circunscribiéndonos exclusivamente al término “*inutilis*”. Dentro de los negocios jurídicos nos limitaremos a la *stipulatio*.

Esta delimitación por lo tanto, también viene referida a la figura de un jurista concreto, Gayo<sup>12</sup>, autor de la obra que tomamos como punto

---

<sup>12</sup> El origen de este jurista es muy enigmático. Fue profesor de derecho en tiempos del emperador Adriano, Antonio Pío, Marco Aurelio y Comodo y perteneció a la escuela de los sabinianos. Entre las cualidades del jurista sobresalen las de historiador, sistematizador, crítico y comparatista. Su actividad en el campo del derecho era limitada a las obras didácticas elementales, como son las Instituciones, “su obra” por excelencia; KUNKEL, W., *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar, 1.952, págs 186 y ss; H.J. WOLFF, “Zum Geschichte des Gaiustextes”, en Studi Arangio-Ruiz IV 1.952; WENGER, L., *Die Quellen des römischen Rechts*, Viena, 1.953, pág. 507; SCHULZ, F., *Geschichte der Römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1.961, pág. 197; HONORE, T., *Gaius*, Oxford, 1.962 pág. 18 –31; FLUME, W., “Die Bewertung der Institutionen des Gaius”, en ZSS 79, 1.962; LIEBS, D., “Gaius und Pomponius”, en Gaio nel suo tempo, Napoli, 1.966, págs. 61 y ss hace un estudio sobre el paralelismo entre ambos juristas.; NÖRR, D., *Rechtskritik in der römischen Antike*, München, 1.974,

de referencia, así como también a la estructura, requisitos y defensa procesal del contrato de *stipulatio*<sup>13</sup>, que es el que aparece junto al término “*inutilis*” en las Instituciones gyanas<sup>14</sup>. En cuanto a la expresión que hace referencia a la ineficacia de la estipulación, nos vamos a centrar esencialmente en el término de “*inutilis*”.

---

págs. 92 y ss, hace un estudio sobre de Gayo como crítico, afirmando que Gayo es de los pocos escritores jurídicos de Roma, cuyo punto de vista en la crítica jurídica mejor se comprenden. Entiende que a veces se tiene la sensación con Gayo de que las discusiones están más cerca de ser disputas filológicas que discusiones estrictamente jurídicas. Esta sensación se tiene esencialmente en aquellos casos en donde Gayo se ocupa de la crítica de enunciados jurídicos o instituciones jurídicas; ARIAS RAMOS J., ARIAS BONET, J.A., Derecho público romano e historia de las Fuentes, Valladolid, 1.977 pág 123 nt. 1; PUGLIESE, G., “Gaio e la formazione del giurista”, en *Il modello di Gaio nella formazione del giurista*, Milán, 1.981; HERNÁNDEZ TEJERO, F., “Leyendo a Gayo”, en *Estudios de Derecho romano en honor de Alvaro d’Ors*, Pamplona, 1.987, págs. 653 y ss; STOLLEIS, M., *Juristen*, München, 1.995, pág 221 y 222; GROSSO, G., “Osservazioni su Gaio”, in *Gaio nel suo tempo*, págs 32 y ss; SALLMANN, K., *Die Literatur des Umbruchs*, München, 1.997, pág 189 y ss expone la producción de Gayo como jurista, sus comentarios, obras didácticas (“*Schulbücher*”), monografías y *Spuria* al cual nos remitimos.

<sup>13</sup> La trascendencia de la *Stipulatio* es ampliamente reconocida en la doctrina romanística: MITTEIS, L., “Über die Herkunft von Sponsio und Stipulatio” in *BIDR*, 44 (1.936 – 37), págs. 16 y ss; KASER, M., *Das altrömische Recht*, Göttingen, 1.949, págs. 267 y ss; DÜLL, R., “Zur römischen Stipulatio”, in *ZSS*, 68, (1.951), págs. 191 y ss; BIONDI, B., *Contratto e stipulatio*, Milano, 1.953, págs 277 y ss; WOLF, J.G., *Causa stipulationis*, Köln-Wien, 1.970; KNÜTEL, R., “Stipulatio und Pacta”, in *FS. Kaser*, (1.976) págs 201 y ss; TALAMANCA, M., “Conventio e stipulatio nel sistema dei contratti romani”, en *Le dr.rom. et sa reception en Europe*, 1.978, págs 195 y ss; DOBBERTIN, M., *Zur Auslegung der Stipulation im klassischen Römischen Recht*, Zürich, 1.987; WACKE, A., “Gallisch, Punisch, Syrisch oder Griegisch statt latein?” en *ZSS* 110 (1993) págs. 14 y ss; CASTRESANA, A., “La estipulación”, en *Derecho romano de obligaciones 2, Homenaje al Prof. José Luis Murga Gener*, Madrid, 1.994, págs. 439 y ss; ZIMMERMANN, R., *The law of obligations*, Oxford, 1996, pág. 68. En cuanto a las fuentes Gayo 3,92 - 95 y 97 – 127; D.45,1 (*De verborum obligationibus*; CI. 8,38 (39). El propio Gayo considera la *stipulatio* en sus Instituciones 3,92, como una figura que genera *verbis obligatio* y que consiste en la promesa de realizar una prestación formalizada mediante el intercambio de una pregunta, de quien se hará acreedor, y una respuesta, de quien resultará deudor. En la época clásica, la *stipulatio* continúa siendo un acto formal, pero su formalidad era muy simple, reflejando la predilección romana por la concreción, la brevedad y la simplicidad.

<sup>14</sup> Es la única obra de la jurisprudencia clásica que nos ha llegado casi íntegra. Al no presentar las alteraciones de otros textos jurisprudenciales seleccionados en el Digesto, nos ofrece una información incomparable sobre el derecho romano de la época clásica; por ejemplo todo lo relativo al procedimiento, que se extiende incluso a la época arcaica. Sin embargo, como las instituciones de Justiniano están basadas fundamentalmente en éstas de Gayo, empezando por la división en personas, cosas y acciones, así como la clasificación de las fuentes de las obligaciones, gran parte del sistema gayano se perpetuó hasta la Edad Moderna por la recepción del derecho justinianeo.

## 1. – El término “inutilis”.-

La expresión utilizada por Gayo para designar la ineficacia de las estipulaciones es "*inutilis*". Ya pusimos de relieve que el término "*inutilis*" es aplicado en aproximadamente cincuenta y ocho textos con referencia a la "*stipulatio*"<sup>15</sup>. Es el término que Gayo prefiere dentro del campo semántico de la ineficacia. Concretamente, sólo en una ocasión (Gayo 3,176) cita el término "*nullus*" pero como pareja nominal no de la *stipulatio* sino de la *obligatio*, puesto que para referirse a la estipulación que no produce efectos utiliza, como siempre, el adjetivo "*inutilis*", teniendo la *stipulatio inutilis* efectos novatorios:

*”Praeterea novatione tollitur obligatio veluti si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim; nam interventu novae personae nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem, adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis iure tollatur, veluti si quod mihi debes, a Titio post mortem eius vel a muliere pupillove sine tutoris auctoritate stipulatus fuero; quo casu rem amitto; nam et prior debitor liberatur, et posterior obligatio nulla est; non idem iuris est, si a servo stipulatus fuero; nam tunc prior proinde adhuc obligatus tenetur, ac si postea a nullo stipulatus fuisset.”*<sup>16</sup>

Como ya adelantábamos en la introducción de este trabajo, son más de cuarenta los términos que manejan los juristas romanos para hacer referencia al problema de la invalidez de las estipulaciones. De estas expresiones destacamos aquellas que son adjetivos y señalamos que sólo son seis los adjetivos manejados para poner de manifiesto la falta de validez de un negocio jurídico. Por lo tanto, los adjetivos utilizados para

---

<sup>15</sup> Ner. D. 45,3,22; Jul. D. 13,4,2,6; D. 38,1,24; D. 45,1,61; D. 45,3,1,5; D. 45,3,9,1; D. 45,3,10; D. 45,3,11; D. 45,3,21; Celso D. 45,3,38; Pomp. D. 45,1,110; Afr. D. 12.1.41; Gayo Inst. 3, 97 – 104 y 3,176; D. 39,2,32; D. 45,1,141; Venul. D.46,8,8,2; Paulo D. 8,3,19; D.33,2,5; D. 39,2,38; D. 45,1,46,2; D. 45,1,46,3; D. 45,1,83,5; D. 45,1,83,7; D. 45,1,87; D. 45,1,126,2; D. 45,1,128; D. 45,1,130; D. 45,3,26; D. 46,3,98,7; Ulp. D. 7,9,1,7; D. 12,1,9,4; D. 13,4,2,6; D. 13,5,1,4; D. 21,2,31; D. 26,8,7; D. 45,1,1,1; D. 45,1,1,5; D. 45,1,34; D.45,1,38,1; Anton. C. 8,38,3; Diocl. C.8,38,3; C.8,38,4; C. 8,38,5; C. 8,38,6.

<sup>16</sup> Este texto, por el interés terminológico que conlleva, será tratado en el Capítulo II referente a la “terminología”. En este texto, Gayo distingue entre la obligación “nula” y la “*stipulatio inutilis*”, dándole a ambos términos un significado diferente. Además, si bien se inserta dentro del Comentario tercero de sus Instituciones, sin embargo aparece tratado junto a los párrafos que tratan la materia de la “novación”, por lo tanto aparte de aquellos que abordan la inutilidad de las estipulaciones.

señalar dichos defectos se reducen a un mínimo. En este sentido, sorprende el hecho de que, al abordar Gayo la materia de la invalidez de las estipulaciones por razón de su objeto (3,97), aquellas sometidas a condiciones imposibles (3,98), las estipulaciones de cosa propia (3, 99), aquellas cuyo cumplimiento ha de verificarse después de la muerte del *stipulator* (3,100), las estipulaciones que se encuentran afectadas por una incongruencia entre pregunta y respuesta (3,102), y por último, las estipulaciones a favor y a cargo de terceros (3,103 y 104), aplica directa y únicamente el adjetivo “**inútil**”<sup>17</sup>.

Sin embargo, cuando comienza a tratar los problemas de capacidad de las partes a la hora de llevar a cabo una estipulación, ya no se vale de la misma terminología: deja de emplear la pareja nominal *inutilis - stipulatio*. En este campo no se limita a la aplicación de un simple adjetivo, sino que describe la situación a través de un verbo, de una acción negativa: “*Mutum neque stipulari neque promittere posse palam est ... ..* (3,105), *furiosus nullum negotium gerere potest ... ..* (3, 106) , o de una acción positiva condicionada a la existencia de una serie de requisitos: *... pupillus omne negotium recte gerit, ut tamen ... ..* (3,107). En estas materias Gayo se sale del campo semántico de la invalidez de las estipulaciones y se centra en la imposibilidad de determinados sujetos para llevar a cabo una *stipulatio*. Los requisitos del propio negocio jurídico estipulatorio en particular y de los negocios jurídicos en general, impiden que sordos, mudos y locos, lleven a cabo una *stipulatio* así como los pupilos o las mujeres, cuando no cuentan con la *auctoritas tutoris* y ésta es necesaria para obligarse. Por lo tanto, no se puede entrar a valorar la utilidad o inutilidad de dicha estipulación, puesto que el contrato ni siquiera puede llegar a nacer.

Al delimitar el tema estrictamente a las **Instituciones de Gayo** y a la **stipulatio**, la terminología se reduce notablemente. Pero es que, además, las posibles causas que provocan la ineficacia del negocio ya vienen

---

<sup>17</sup> Gayo Inst. 3, 97 – 104.

restringidas en estos fragmentos de la obra de Gayo. Es por ello, por lo que, desde el punto de vista material, vamos a seguir este esquema de Gayo al abordar la inutilidad de las estipulaciones.

Así, conforme se van analizando los mismos casos en otras fuentes, nos vamos encontrando que los juristas han recurrido, en algunas ocasiones, también al término inútil y, en otras, a términos muy variados: valgan sólo de ejemplo, Ulpiano en D. 50,17,31 al referirse a las estipulaciones con objeto imposible dice que:

*“Verum est neque pacta neque stipulationes factum posse tollere: quod enim impossibile est, neque pacto **neque stipulatione potest comprehendi** ut utilem actionem aut factum efficere possit”.*

Paulo en D. 45,1,83,5 señala que:

*“Sacram vel religiosam rem, vel usibus publicis in perpetuum relictam, ut forum, aut basilicam, aut hominem liberum, **inutiliter stipulor** ... ..”.*

En las Instituciones de Justiniano 3, 19, 11 encontramos que:

*“Si impossibilis condicio obligationibus adiciatur, **nihil valet stipulatio**... ..”.*

O de nuevo en Ulpiano D. 45,1,1,5, al abordar el tema de la congruencia entre pregunta y respuesta en las estipulaciones considera que:

*“Si tot sunt stipulationes quot corpora, duae sunt quodammodo **stipulationes una utilis, alia inutilis**, neque vitiatur utilis per hanc inutilem”.*

La expresión *inutilis* es empleada frecuentemente para definir el negocio ineficaz<sup>18</sup>. Lo que no quiere decir que en algunas ocasiones la calificación “*inutilis*” sea dada también a los negocios inválidos. Todo negocio nulo está privado por esto mismo de efectos tal y como sucede

---

<sup>18</sup> DI PAOLA, S., *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milán, 1966, pág. 13.

con el ineficaz, pero no se puede decir que todo negocio ineficaz sea también inválido. De ahí que no se pueda confirmar que cada vez que se utilice la pareja nominal *inutilis – stipulatio* quiera decir invariablemente que las estipulaciones sean nulas. Nos movemos dentro de un campo semántico muy amplio como es el de la invalidez de las estipulaciones en Derecho romano, y no podemos pretender encuadrar estrictamente cada uno de los cuarenta términos dentro de las categorías jurídico – modernas de la invalidez de los negocios jurídicos.

## II.- CUESTIONES METODOLÓGICAS.-

Se podría pensar que, para una investigación en el ámbito de la invalidez de los negocios jurídicos, la vía a seguir debería ser el realizar un estudio retrospectivo de la materia. Sin embargo, ello nos llevaría a un fracaso “anunciado”. No es posible buscar, por ejemplo, el término “nulidad parcial” o “anulabilidad” en las fuentes de Derecho romano, puesto que la “nulidad parcial” o la “anulabilidad” como términos jurídicos no los vamos a encontrar en las fuentes romanas. A sensu contrario, Betti<sup>19</sup> afirma que el uso de una terminología conceptual moderna, resulta imprescindible para poder explicar un derecho que es histórico; considera completamente indispensable el uso de esta terminología moderna para la enseñanza del Derecho clásico.

Sin embargo, entendemos que es esencial que el estudio siga el método diacrónico, teniendo en cuenta, por lo tanto, el orden y sucesión cronológicos. Por consiguiente, otorgando especial importancia a las nociones de cambio y evolución. Partimos, por lo tanto, de las estructuras romanas y no viceversa; es fundamentalmente un método histórico. Si buscáramos en la actualidad el término “inútil” en estricta referencia a la invalidez de algún negocio jurídico, no lo hallaríamos. Sí que

---

<sup>19</sup> BETTI, E., *Istituzioni di Diritto Romano*, vol. I, Milán, 1.947, págs V y ss.

encontraríamos el significado jurídico de la “inutilidad” restringido exclusivamente al ámbito del Derecho Mercantil<sup>20</sup>, del Derecho Militar<sup>21</sup> o incluso en el ámbito del Derecho Fiscal<sup>22</sup>; pero en ellos, los campos en los que se utiliza, distan bastante del ámbito de los negocios jurídicos. Todos ellos emplean el sustantivo de “inutilidad” para destacar la incapacidad física para desarrollar algún tipo de trabajo en el sentido amplio del término.

Como expone X. d’Ors<sup>23</sup>, el abuso de la línea anunciada por Betti<sup>24</sup>, puede consistir en deformar los conceptos romanos con designaciones que implican realidades extrañas al pensamiento romano. Sería censurado de dogmatismo hablar de “anulabilidad” o negocio jurídico “anulable” en Derecho romano, puesto que los romanos desconocieron completamente dichos términos y no los utilizaron para resolver sus casos; ni tan siquiera se define en el Derecho romano los conceptos elementales de “hecho jurídico” o “negocio jurídico”, puesto que el Derecho romano es un Derecho casuístico. Los romanos cultivaban la reflexión “histórico – natural” y “lógico – objetiva”, pero repudiaban en cambio el derivar las resoluciones de principios teóricos generales: “*omnes definitio in iure civile periculosa est*”, afirmó Javoleno, en D. 50, 17, 202 para resumir este sentimiento romano. El postulado de la existencia de lagunas y de la vinculación estricta del juez les ha sido, al

---

<sup>20</sup> Por ejemplo, una resolución de 22 de junio de 1.990, de la Dirección General de la Marina Mercante establece el cuadro de los defectos físicos y enfermedades que constituyen inutilidad para la obtención de los títulos para el gobierno de embarcaciones de recreo.

<sup>21</sup> Dentro del ámbito militar, encontramos la “prestación de inutilidad para el servicio” o también la declaración de “inutilidad física contraída en acto de servicio” necesaria para la percepción de pensión o indemnización.

<sup>22</sup> El IRPF regula en el art. 9 de la ley, las rentas que quedan exentas de dicho impuesto, entre las que se encuentran las pensiones por inutilidad o incapacidad reconocidas por las Administraciones Públicas cuando el grado de disminución física o psíquica sea constitutivo de una incapacidad permanente o absoluta para el desempeño de cualquier puesto de trabajo; la Ley 66/1.997, de 30 de diciembre, sobre medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, modifica en materia de pensiones públicas el Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, al efecto de adecuar la normativa reguladora de la prestación de inutilidad para el Servicio a la legislación de Clases pasivas del Estado y a las normas que rigen el estatuto jurídico del personal militar.

<sup>23</sup> d’ORS, X., *Posiciones pragmáticas para el estudio del Derecho romano*, Santiago de Compostela, 1.979, págs. 27 y ss.

<sup>24</sup> BETTI, E., op. cit. págs. V y ss.

menos en la época clásica, según los supuestos históricos, jurídicos y constitucionales, completamente desconocidos.<sup>25</sup>

Realmente, el uso leal de la terminología moderna es, esencialmente, sólo una traducción, puesto que como hemos visto, sería completamente abusivo utilizar en el derecho romano la terminología moderna relativa a la nulidad, anulabilidad, etc., del negocio jurídico, que choca abiertamente con el sistema romano de concurrencia del **ius civile** y del **ius honorarium**. En estos campos del *ius civile* y *ius honorarium* es realmente difícil encontrar una denominación común para situaciones simplemente “parecidas” o encontrar similitudes con nuestro sistema actual de nulidad en los contratos. Sólo entendiendo el juego entre el *ius civile* y el *ius honorarium* podemos explicar cómo un negocio puede ser válido (mandato firme del derecho civil) pero sin alcanzar la posibilidad de producir sus efectos por una orden pretoria.

Revisando las expresiones romanas referidas a la invalidez de las estipulaciones<sup>26</sup>, apreciamos claramente, que no existe ningún término que directamente se pueda traducir por “anulabilidad” o que haga referencia a un negocio jurídico que pudiera llegar a ser “nulo”.<sup>27</sup> Los juristas romanos eran tajantes en este aspecto, a la hora de distinguir la **stipulatio** que es válida y la que no lo es. No se contemplan, desde un punto de vista lingüístico, grados intermedios<sup>28</sup>: una *stipulatio* o es válida

---

<sup>25</sup> WIEACKER, F., *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, Granada, 2000, págs. 395 y ss.

<sup>26</sup> Vid. pág 1 donde reflejamos los términos más utilizados por la jurisprudencia romana.

<sup>27</sup> DI PAOLA, S., *Contributti ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano, 1.966, págs. 1 y ss, también hace referencia al tema de la complejidad que supone la elaboración de una teoría general de la invalidez e ineficacia del negocio jurídico, entre otras razones porque ni siquiera se elaboró una teoría general sobre el negocio jurídico. Sobre este punto ver también entre otros JÖRS / KUNKEL / WENGER, *Römisches Recht*, Berlin - Heidelberg, 1.987, págs 86 y ss donde hace hincapié en la ausencia total de una teoría general en el campo de la ineficacia de los contratos, insistiendo en el peligro que se corre al intentar sistematizar esta materia tan compleja y dispersa.; MITTEIS, L., *Römisches Privatrecht*, München und Leipzig, 1.935, págs. 236 y ss; ÁLVAREZ SUÁREZ, U., “El negocio jurídico en Derecho Romano”, en *Revista Derecho Privado*, Madrid, 1.954.

<sup>28</sup> d’ORS, A., *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1.981, págs. 495 y ss reitera el problema de la terminología romana en la materia y concretamente se refiere al término “*inutilis*” en el sentido de que a veces es utilizado para señalar aquel acto que no llega a

o es nula, pero para el Derecho romano, no se ofrece término alguno que designe la existencia de una “anulabilidad”. Así Wacke<sup>29</sup>, en un estudio reciente, señala que los juristas romanos negaban, en principio, que un negocio jurídico inválido pudiese llegar a ser válido por acontecimientos posteriores: “*Quod initio vitiosum est, ex post facto convallescere non potest*”. Esta *regula iuris* se deduce de dos pasajes del Digesto (D. 50,17,29 y D. 50,17,210). En el mismo sentido se encuentran las reglas “*Ab initio nullum, semper nullum*” o “*Quod nullum est, nullum producit effectum*”.

De la regla “*ex post facto convallescere non potest*” se derivan la mayoría de explicaciones sobre la teoría de los negocios jurídicos nulos. Pero realmente, la regla cuenta en Roma con numerosas excepciones<sup>30</sup> que se daban en la práctica: las consideraciones matemático-ontológicas del tipo de las citadas convencen a los juristas sólo de forma limitada, puesto que éstos, antes de aplicar la regla, distinguen los distintos grados de ineficacia y son conscientes de que no toda deficiencia de un negocio jurídico debe acarrear necesariamente su no-existencia. El hecho de que un defecto inicial en un negocio jurídico no sea corregible, no es, por sí misma, razón suficiente, ya que puede tratarse de un vicio subsanable. El jurista habla en esos supuestos de “convalidación” o “convalecencia”, como si se tratara de una persona enferma.

Será la Pandectística la que elabore una teoría general del Derecho Privado y, por ello, también de la validez e invalidez de los negocios jurídicos basándose, eso sí, en la compilación justiniana y esforzándose en una abstracción y construcción sistemática tendente a recoger los viejos principios informadores, y tratando de aclarar, a la luz de los

---

producir efectos porque tampoco llegó a existir. Asimismo, al mencionar la moderna distinción entre nulidad y anulabilidad, afirma la imposibilidad de encontrar tal distinción en Derecho Romano en base a la no exigibilidad de la impugnación de un acto *inutilis tal y como se requiere en los actos anulables en la actualidad*.

<sup>29</sup> WACKE, A., “Ex post facto convallescere im Römischen und im Modernen Recht”, en *Au-delà des frontières – Mélanges de droit romain offerts à Witold Wolodkiewicz*, Band II, Varsovia, 2000, págs. 1025 y ss.

<sup>30</sup> WACKE, A., op. cit, analiza detalladamente cada una de estas excepciones a lo largo de su trabajo.

mismos, el sistema jurídico entero en cada uno de los casos, sin prestar mucha atención a la elaboración doctrinal debida a los juristas precedentes. El siglo XIX se esforzó por dar nombre a lo que en Roma aparecía destroncado o innominado, por unir figuras que si bien eran “hermanas”, sin embargo, nadie había cubierto con un manto común. En el Derecho romano, nadie elaboró una “teoría”, una “categoría conceptual”, “un sistema”. Sin embargo, en muchas ocasiones, se ha violentado lo romano, intentándolo introducir dentro de esquemas o módulos prefigurados.<sup>31</sup>

Actualmente los romanistas trabajamos con conceptos y distinciones que no se encuentran comunicadas con la romanidad; la ineficacia romana, no comulga con la ineficacia moderna, esencialmente porque así lo postula la propia concepción que los juristas tienen en orden al *ius civile*.

Para realizar un estudio del término “inútil” referido a la estipulación y dentro del marco de las Instituciones de Gayo, es también necesario partir de los siguientes puntos como presupuestos de nuestra investigación:

a) Es imprescindible realizar un examen detenido de un número suficientemente amplio de textos escritos: en este sentido, ya hemos señalado que partimos de los fragmentos de las Instituciones de Gayo que abordan la materia de la inutilidad de las estipulaciones utilizando expresa y únicamente el término “**inutilis**” para referirse a la ineficacia de dichos negocios jurídicos. Además es Gayo el jurista que por excelencia maneja de forma más constante esta expresión. Paralelamente, iremos analizando otros textos que, tratando sobre la misma materia, sin embargo utilicen bien el mismo adjetivo de “*inutilis*” para destacar

---

<sup>31</sup> IGLESIAS, J., Recensión a Santi di Paola, Contributi ad una teoria della invalidità e della ineficacia in diritto romano, “Invalidità e ineficacia in diritto romano”, en INDEX 1/1.970, págs. 230 y ss.

el defecto de la **stipulatio** o bien otros términos (bien adjetivos, bien verbos en sentido negativo) para identificar la falta de validez de esas estipulaciones<sup>32</sup>. Valga de ejemplo la **stipulatio** de una prestación imposible: ésta es para Gayo Inst. 3,97 “**inutilis**”, mientras que Maeciano en D. 44,7,31 y Venuleyo en D. 45,1,137,6 hablan de “**nullius momenti**”; Ulpiano, por el contrario en D. 12,1,9,4 la califica de “**nulla**” y este mismo jurista en D. 45, 1, 7 utiliza la expresión “**impossibilis condicio stipulationibus obstat**”. Se han buscado en la lengua expresiones que son sinónimas para identificar situaciones similares dada la falta de una teoría general que englobe todos esos supuestos dentro de una denominación común; se trata de expresiones que intentan reflejar siempre la falta de eficacia de ese tipo de estipulaciones afectadas por un defecto que obstaculiza su eficacia.

Existe pues, como hemos expuesto, en Derecho Romano, una falta de criterios establecidos con carácter general para la determinación del vocabulario que corresponde al campo semántico de la “invalidéz”. Esto se debe a la ausencia de una base teórica sólida y claramente fijada con relación a la invalidez de los negocios jurídicos en general, y en particular, que es lo que nos interesa, en la *stipulatio*. El carácter práctico del método de los juristas romano, no admitía una sistematización tal y como hoy la entendemos.

---

<sup>32</sup> Como ejemplos citaremos simplemente los siguientes textos: Celso D. 50, 17, 187 “**Impossibilium nulla obligatio est**”, Ulpiano D. 50, 17, 31 “**Verum est neque pacta neque stipulationes factum posse tollere ...**”, Iust. Inst. 3, 19, 1 “**Omnis res, quae domino nostro subiicitur, in stipulationem deduci potest, sive illa mobilis sive soli sit ... quae in rerum natura non est aut esse non potest, vel uti Stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut hippocentaurum, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio..**”, Maeciano D. 44, 7, 31 “**Non solum stipulationes impossibili conditioni adplicatae nullius momenti sunt, ...**”, Ulpiano D. 45,1,1,3 “**Si quis simpliciter interrogatus responderit: “Si illud factum erit, dabo”, non obligari eum constat ... Cum adicit aliquid, vel detrahit obligationi, semper probandum est, vitiatam esse obligationem nisi stipulatori diversitas responsionis ilico placuerit: tunc enim alia stipulatio contracta esse videtur.**”, Iust. Inst. 3, 19, 11 “**... nihil valet stipulatio ...**”, Ulpiano D. 45,1,34: “**Multum interest, utrum ego stipuler rem, cuius commercium habere non possum an quis promittat: si stipuler rem cuius commercium non habeo, inutilem esse stipulationem placet: si quis promittat, cuius non commercium habet, ipsi nocere non mihi**”.

Como afirma Kaser<sup>33</sup>, la investigación no debe proceder por instituciones, sino por problemas, por problemas textuales o también por casuismo hipotético que no aparecen claramente resueltos en los textos, lo que equivale a decir, problemas indirectamente presentados por los textos. Y es que, efectivamente, del uso de los textos obtenemos múltiples problemas no resueltos, de cuya solución puede derivarse una interesante rectificación del estado actual de nuestros conocimientos y con una perspectiva diferente a la que se le ha dado hasta la actualidad.

b) Por otra parte, es preciso utilizar también las definiciones que proporcionan los diccionarios o vocabularios sobre el término “*inutilis*”, pues es interesante analizar, aunque sea de forma escueta y casi podríamos decir que con un sentido meramente anecdótico, dichas definiciones para determinar el sentido que se le da en el Derecho Romano a los términos que estudiamos y como se produce una escisión al elaborar la Pandectística la Teoría General del negocio jurídico. En efecto, el término “inútil” desaparecerá completamente del plano de la invalidez de los negocios jurídicos y se utilizará en otros campos jurídicos completamente diferentes al mismo y con una significación que nada tiene que ver con el de la invalidez de los negocios jurídicos<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> KASER, M. , *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellen-Forschung*, Wien, 1.972, págs 7 y ss.

<sup>34</sup> Vid . Capítulo II de este trabajo.

### III.- CAMBIOS SEMÁNTICOS

Para Malmberg<sup>35</sup>, “la Semántica debe ser siempre el estudio del sistema de las nociones, es decir, un estudio de la cultura espiritual y material, de la que la lengua en cuestión es el medio de expresión”. No cabe duda de que la lengua crea una visión peculiar del mundo, independiente, hasta cierto punto de la misma realidad, pero son las circunstancias de ésta las que suelen si no condicionar, al menos matizar los cambios en las estructuras de contenido semántico<sup>36</sup>. Lo mismo ocurre con el lenguaje jurídico, en el sentido de que se va creando una visión parcial, limitada al ámbito estrictamente jurídico, siendo los cambios de la realidad los que suelen condicionar las variaciones en las estructuras de contenido semántico.

La propia *stipulatio* aparece en sus inicios como un contrato formal que puede recoger cualquier interés, sea directamente como prestación *in dando vel in faciendo*, sea como presupuesto de la *commissio stipulationis* en una simple *stipulatio poenae*. La evolución posterior de esta institución es evidente y ya desde sus primeros desarrollos jurídicos en el mundo del crédito pecuniario se descubre a la *stipulatio* como hábil y cómodo instrumento *iuris gentium* para la formalización de préstamos de dinero a interés, ajenos al mutuo civil. De ahí que se produjera una evolución de la *sponsio* hacia la *stipulatio*, en tanto en cuanto, esta última era también accesible a los extranjeros. Todo dependía de la lengua y concretamente del verbo que se utilizara para contraer la obligación<sup>37</sup>: si se utilizaba el verbo “*spondere*”, hablaríamos de una “*sponsio*”, puesto

---

<sup>35</sup> MALMBERG, B., *Les nouvelles tendances de la linguistique*, París, 1.966, pág. 193.

<sup>36</sup> TRUJILLO, R., *El campo semántico de la valoración intelectual en español*, Secretariado de Publicaciones de La Laguna, La Laguna, 1.970, pág 36, se trata de conjugar las ideas ya antiguas, del método “*Wörter und Sachen*” con la concepción de estructura semántica de “sistema de nociones”.

<sup>37</sup> WACKE, A., “Gallisch, Punisch, Syrisch oder Griechisch statt Latein?” en ZSS 110 (1.993) págs 22 y 58. Aproximadamente desde el 242 a de J, se comenzó a permitir el uso del griego en las estipulaciones y a partir de Sabino se admitieron como válidas otras lenguas en las estipulaciones a pesar del estricto formalismo que conllevaba la *stipulatio*.

que los extranjeros no podían emplear tal expresión. Si por el contrario se utilizaba otra lengua o bien el latín, pero un verbo diferente, como podía ser “*promitto*”, hablaríamos sin más de una “*stipulatio*”, aunque fueran ciudadanos romanos los que se obligaran. Por lo tanto, podríamos concluir, que son los cambios de la realidad, la evolución dentro de una sociedad, los que van condicionando las variaciones en las estructuras de contenido semántico.<sup>38</sup>

Junto con la evolución de la *stipulatio* van creándose nuevas formas contractuales al amparo del *ius gentium*, como pueden ser los contratos consensuales. Formas contractuales que son completamente necesarias ante las nuevas circunstancias que se iban produciendo y que el *ius civile* no podía regular por serle completamente ajenas.

El contenido de “*inútil*” ha podido encontrarse dentro de la sustancia del contenido “*nulo*” en el Derecho Romano; pero obviamente, no existía una lexicalización de la diferencia. Es por lo tanto, ante la aparición en época más reciente de la existencia de una realidad extralingüística, cuando se produce la separación de ambos términos e incluso la desaparición de la denominación de “*inútil*” para aquellos negocios que sufrieran de algún defecto que imposibilitara su validez en el mundo jurídico - comercial.

Esta realidad extralingüística viene representada en nuestro ámbito por el movimiento de estudio del Derecho de la Pandectística, que será la que elabore, con un gran esfuerzo de abstracción y construcción sistemática, una teoría general del Derecho privado<sup>39</sup>, fundada

---

<sup>38</sup> El ejemplo que pone CASTRESANA en relación a estas variaciones, nos parece muy ilustrativo: La mutui-datio no satisfacía las necesidades del comercio internacional que desarrolla Roma, a gran escala, a lo largo de buena parte de la República. Las operaciones del tráfico internacional y la financiación de las mismas excedían del reducido círculo de la ciudadanía romana y del *ius civile*. CASTRESANA, A., op. cit. pág. 442.

<sup>39</sup> Fue la Pandectística la que preparó la unificación del Derecho privado en Alemania, haciendo posible la elaboración del *B.G.B.*

principalmente en el Derecho romano-justiniano<sup>40</sup>. A través de esta tarea se pretendía recoger los viejos principios informadores, tratando de aclarar, a la luz de los mismos, el sistema jurídico entero en cada uno de sus casos y dejando en cierta manera a un lado la elaboración doctrinal de los juristas precedentes. A partir de ese momento, dejará de existir el “caos” terminológico y en materia de nulidad la cuestión quedará reducida esencialmente a la “**Ungültigkeit**” (invalidéz) término general que comprendería tanto la nulidad *ipso iure* (“**Nichtigkeit**”) como otras formas variadas de anulación de actos jurídicos<sup>41</sup> (Anfechtung). Tanto nulo como inválido fue interpretado en el siglo XIX como “ineficaz”.<sup>42</sup>

Las denominaciones de nulo o anulable han englobado todas las situaciones que hasta entonces no habían recibido una denominación común. “*Inútil*” ha segregado enteramente esta parcela de su contenido sustancial y “*nulo*”, sin embargo, ha conservado su sema, “aplicación práctica”, dejando a otros términos la pura noción de “*anulable*” o “*inexistente*”. Comienza a partir de ese momento una “**lexicalización de la diferencia**”.

En todo este proceso hay que tener presente que la conexión entre lengua y realidad es evidente, pero no debe pensarse que es la estructura de lo real lo que condiciona la estructura del contenido lingüístico, sino que el contenido lingüístico es la estructuración a nivel de la lengua de los datos de la experiencia de lo real y que esta estructuración es siempre arbitraria en relación con dicha realidad exterior, pero perfectamente coherente consigo misma. Las causas de los cambios de sentido pueden ser históricas, lingüísticas, etc., pero éstas no son las auténticas “causas”

---

<sup>40</sup>FERNANDEZ BARREIRO, A., *Presupuestos de una concepción jurisprudencial del Derecho romano*, Santiago de Compostela, 1.976, pág. 88, señala que la preferencia por el Derecho justiniano se debía a que sólo éste fue el que logró la recepción en Alemania, por lo que sólo él podía considerarse como Derecho común existente en la conciencia popular, y, por ello, digno de ser estudiado para la formación del jurista práctico.

<sup>41</sup>AAVV, *Terminología jurídica. Español - alemán*, München, encontramos estos términos Anfechtbarkeit (impugnabilidad, anulabilidad), Unwirksamkeit (ineficacia, invalidéz), Nichtigkeit (nulidad absoluta).

<sup>42</sup>ZIMMERMANN, R, op. cit. pág. 680 y ss. Ver Cap. II c de este trabajo.

de esos cambios, sino simples “hechos” que provocan los cambios. Las causas sólo pueden ser inmanentes, interiores e inherentes al sistema de la lengua y es en el sistema de la lengua donde hay que buscar las causas verdaderas que provocan los cambios del significado. Lo que nos interesa a nosotros concretamente son esos hechos y no las causas en sí mismas, puesto que no se trata de hacer un estudio de lingüística general, sino de un aspecto concreto, el jurídico, que es un hecho externo al propio sistema de la lengua.<sup>43</sup>

Estos cambios los percibimos con muchísima claridad echando un vistazo en primer lugar, y basta con que sea simplemente superficial, al *ius civile*. Para Zimmermann<sup>44</sup>, el primer problema con el que se encuentra la doctrina moderna es que para el *ius civile* no existía la diferencia entre aquellos casos en donde el negocio jurídico no ha llegado a existir (por falta de algún requisito esencial) y aquellos otros que, cumpliendo estos requisitos, sin embargo no se pueden llevar a cabo, no son exigibles, *iure civile*, porque su contenido es objetable. Así, la expresión “invalidez” podría quizás expresar, por la vía de la generalización, que a una transacción se le negaban sus efectos típicos, englobando bajo una misma expresión situaciones que un jurista moderno diferenciaría. La invalidez civil como regla podía ser invocada por cualquiera y en cualquier momento pero había excepciones, la más típica e importante de las cuales probablemente era la “*querella inofficiosi testamenti*”. No ocurría lo mismo en el ámbito del *ius honorarium* donde situaciones conformes al *ius civile*, sin embargo eran invalidadas por el pretor a través de la “*denegatio actionis*” o a través de la inserción de una *exceptio* en la fórmula procesal o a través de otros medios en el ámbito de la *restitutio in integrum*, como podía ser la *actio quod metus causa*. Pero el tema tampoco estaba claro, ni pareció preocuparles demasiado a los juristas romanos si la transacción era nula, anulable o rescindible, ni si, en este último caso, la declaración judicial era *ex tunc* o *ex nunc*.

---

<sup>43</sup> TRUJILLO, R., op. cit. pág. 37 y ss

<sup>44</sup> ZIMMERMANN, R., op. cit.

En la jurisprudencia postclásica y justiniana la distinción entre invalidez *ipso iure* y *per exceptionem* perdió su significado procesal y fue pasada por alto. Justiniano se refería a la invalidez en supuestos en donde juristas clásicos hubieran utilizado una *exceptio* y como resultado de ello, la diferencia entre inválido e invalidable se fue perdiendo.

Y por último será la Pandectística, como ya hemos afirmado en páginas anteriores, la que sistematice esta materia y se ciña a los términos de *Unwirksamkeit*, *Nichtigkeit* y *Anfechtung*.

## CAPÍTULO I

### LA PAREJA NOMINAL “INUTILIS STIPULATIO”: SUSTANTIVOS Y ADJETIVOS

En el lenguaje existen dos tipos de elementos, cuyo significado implica siempre una relación con la realidad. Unos poseen una referencia ontológica (*elementos nominales*) y otros una referencia dinámico temporal (*elementos verbales*). Todo lo demás es gramatical. Adjetivos y adverbios pertenecen a una y otra clase de elementos.

El adjetivo es un elemento dependiente, por lo que hay que referirlo siempre a la estructura de contenido sustantivo. “*Inutilis*” puede tener distintos significados en las fuentes, como afirma Sanfilippo<sup>45</sup>; pero desde el momento en que se relaciona con el sustantivo “*stipulatio*” hace referencia a los efectos de ese negocio jurídico. Y, concretamente, en el lenguaje gayano, cuando Gayo lo utiliza para referirse a la *stipulatio* lo hace con la intención de asociarlo al significado de un negocio jurídico nulo.

¿Por qué se produce este hecho? Pues porque el sustantivo es la unidad de base que posee una estructura de contenido que le presta autonomía sintáctica. Su contenido, dotado de una referencia ontológica que lo presenta como representante de una realidad extralingüística, comprende la estructuración de todo lo que percibimos como real, por medio de una serie de características conceptuales diferenciales que distinguen a un significado dado de todos los demás con los que pudiera

---

<sup>45</sup> SANFILIPPO, C., “Dubbi e riflessioni in tema di novazione mediante stipulazione nulla”, in *Annali Seminario Giur. Catania*, n.s.3 (1.949), pág. 231 traduce “*inutilis*” por “nulo”.

confundirse, dentro de su mismo paradigma<sup>46</sup>. A modo de ejemplo, si consultamos el adjetivo “*inutilis*” encontramos que tiene diferentes significados, dependiendo del sustantivo al que vaya unido. Así, si hablamos de “*homo inutilis factus*” (D. 9,3,7) traduciríamos el término “*inutilis*” “weil er *arbeitsunfähig* geworden ist” (... porque quedó *incapacitado para el trabajo*). Si nos referimos a “*proprietas inutilis*” (D. 7,1,56) traduciríamos el término “*inutilis*” “... *würde das Eigentum kunftig wertlos sein, weil ihm Gebrauch und Nutzung dauern fehlten*” ( la propiedad estaría perjudicada ...). Simplemente con estos dos ejemplos apreciamos la dependencia del adjetivo sobre el sustantivo: el significado del primero depende directamente del segundo.

El sustantivo “*stipulatio*” se refiere a un negocio jurídico, asociado a una serie de características propias a dicho negocio jurídico y que lo distingue del resto de los negocios jurídicos.

Sin embargo, hay detalles de cada uno de los casos particulares que el concepto de “*stipulatio*” en sí mismo no recoge: por ejemplo, el tipo de prestación de que se trata en cada supuesto concreto, el objeto sobre el que ésta recae, el lugar acordado para su cumplimiento o el propio elemento subjetivo del contrato. Es decir, aquellos datos fundamentales que nos van a permitir saber si el negocio jurídico cumple con todos sus requisitos o no y por lo tanto si tiene validez dentro del tráfico jurídico comercial. Por consiguiente, sólo una parte de la sustancia percibida recibe forma y el resto queda en la penumbra significativa. “La sustancia de contenido no conformada tendrá que ser actualizada por la *adjetivación* para despertar de su latencia”<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena, 1.926.

<sup>47</sup> TRUJILLO, R., *El campo semántico de la valoración intelectual en español*, La Laguna, 1970, pág. 46.

## A.- SUSTANTIVOS Y ADJETIVOS

Para Pottier<sup>48</sup> la diferencia que hay entre los dos miembros de la pareja nominal sustantivo - adjetivo es la misma que opone a los conceptos particular - general. El contenido sustantivo sólo es predicable de sí mismo, mientras que el adjetivo lo es de cualquier cosa.

La significación más abstracta es la del semema sustantivo, que supone una simplificación de la sustancia hasta dejar sólo una estructura semémica general, aplicable a una gran cantidad de representaciones variables dentro de ciertos límites. Siempre se puede hablar de que estamos ante una *stipulatio* si el acto jurídico reúne los requisitos mínimos exigidos. El semema sustantivo es una abstracción porque contiene omisiones, lagunas; es una selección de los rasgos pertinentes mínimos que permiten distinguir el contenido. La *stipulatio*, como concepto particular, implica unas características determinadas: contrato formal y abstracto, unilateral y de Derecho estricto, en virtud del cual una persona llamada promitente (*promissor*) promete oralmente la realización de una prestación a otra persona, llamada estipulante (*stipulator*), que acepta<sup>49</sup>.

Ya Gayo en sus Instituciones 3, 92 afirma que “*Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, velut DARI SPONDES? SPONDEO, DABIS? DABO, PROMITTIS? PROMITTO, FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO, FIDEIUBES? FIDEIUBEIO, FACIES? FACIAM.*” De aquí podemos concluir, que se trata de una figura contractual, que genera una *verbis obligatio* y que consiste en la promesa de realizar una

---

<sup>48</sup> POTTIER, B., *Morphosyntaxe espagnole = Introduction à l'étude de la morphosyntaxe espagnole*, París, 1.967, pág. 12.

<sup>49</sup> MIQUEL, J., *Curso de Derecho romano*, Madrid, 1.992, pág 381.

prestación, formalizada mediante el intercambio de una pregunta de quien se hará acreedor y una respuesta de quien resultará deudor<sup>50</sup>.

Una vez que se cumplen estas formalidades, que se unirán a las generales de cualquier contrato, podríamos ya afirmar que se trata de una *stipulatio*. Pero quedarían muchas lagunas por completar, puesto que cada *stipulatio* considerada en si misma, será diferente.

El contenido adjetivo, por el contrario, no posee lagunas, no es una selección abstracta y arbitraria de rasgos, sino un rasgo (o varios) verdadero y real, localizado en la sustancia no conformada del contenido sustantivo y dotada de pertenencia independientemente, para cuando haya que utilizarlo en el habla. El adjetivo “**inútil**” le añade unas notas esenciales al semema sustantivo **stipulatio** que lo diferencia de aquellos que no tienen esa adjetivación. El adjetivo **inútil** sólo representa una diferencia sustancial que puede operar como rasgo distintivo, en más de un semema sustantivo. Serían muchísimos los ejemplos que se podrían citar<sup>51</sup>, baste sólo destacar algunos del propio Gayo, como son Inst. 2, 196 *in fine* “... *inutile est legatum*”, o 3, 158 “... *inutile mandatum est* ...”. Por lo tanto, a través del adjetivo cubrimos las lagunas sémicas del sustantivo.

Si a una *stipulatio* le faltara alguno de sus elementos propios o se detectara alguna otra característica que le fuera ajena, o bien ya no

---

<sup>50</sup> La forma del contrato consiste en una pregunta oral que un sujeto dirige a otro interrogándole sobre si se compromete a realizar una determinada prestación, entregar una suma de dinero, una cosa determinada, o indeterminada pero determinable. Los requisitos específicos de la *stipulatio* serían la oralidad de la pregunta y la respuesta, la presencia simultánea de las partes y la congruencia entre pregunta y respuesta.

<sup>51</sup> HELLMANN,F., op. cit. págs. 139 - 143 presenta toda una relación de negocios jurídicos a los que se le atribuye el adjetivo de inutilis. Entre ellos destacan los legados y las estipulaciones frente al resto.

estaríamos ante ese tipo de contrato, sino ante otro diferente, o bien ni siquiera podríamos hablar de la existencia de alguna categoría de negocio jurídico o relación obligatoria. De no existir los adjetivos, necesitaríamos tantos sustantivos como situaciones pudieran darse, el número de sustantivos se multiplicaría hasta el infinito. Los semas adjetivos, por el contrario, poseen una perceptibilidad variable y su existencia obedece pues a razones de economía lingüística.

Lo mismo ocurre con el resto de negocios jurídicos: necesitan cumplir una serie de requisitos básicos y generales para tener validez jurídica<sup>52</sup>. Pero además, cada uno de ellos implica otra serie de exigencias determinadas, que son intrínsecas a cada tipo contractual sin las cuales no podrían desplegar sus efectos típicos.

La *stipulatio* en si lleva aparejada una serie de formalidades que a cualquiera de nosotros nos vienen rápidamente a la memoria cuando escuchamos o citamos el mencionado contrato. Ya hemos hecho referencia a ellas en las páginas precedentes. El sustantivo “*stipulatio*” implica una realidad jurídica. El adjetivo “inútil” es un elemento secundario, que no tiene un sentido especial, a no ser que vaya unido a un sustantivo, y en nuestro caso, a un negocio jurídico<sup>53</sup>.

Junto al adjetivo inútil, encontramos toda una serie de variantes combinatorias que no se oponen entre si y que también acarrear la falta de validez de la *stipulatio*. La diferencia, como dice Trujillo<sup>54</sup>, puede estribar en el uso “normal” de estas formas en el latín. Cualquiera de los adjetivos que impliquen la falta de eficacia de un negocio jurídico se

---

<sup>52</sup> BETTI, E., op. cit. pág. 126 y ss, los presupuestos para que se de la validez de los negocios jurídicos son la capacidad de las partes, la posibilidad del objeto, la legitimación específica de las partes en el sentido de cuáles son los intereses concretos que se proponen regular. Si faltara alguno de estos requisitos nos encontraríamos ante un negocio “*anormale*”. Nuestro Cc en el art. 1.261 señala que no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato, causa de la obligación que se establezca.

<sup>53</sup> Desde el punto de vista semántico, “inútil” no es otra cosa que un sema lexicalizado con vida independiente, que puede actuar con la libertad que su contenido le permita, junto a distintos semas.

<sup>54</sup> TRUJILLO,R, op. cit. pág 52.

puede utilizar con respecto a la *stipulatio*<sup>55</sup> aunque, como ya hemos visto, se reducen esencialmente a cinco.

## **B.- LA ESTRUCTURACIÓN BIPOLAR: LA “STIPULATIO UTILIS” FENTE A LA “STIPULATIO INUTILIS”**

Un adjetivo puede adquirir una estructura monopolar, bipolar o multipolar, según se estructuren los datos de la experiencia.

La estructuración en dos miembros da un extraordinario vigor a los significados que se sienten claramente diferenciados, sin que resulte posible el tránsito gradual de uno a otro. Es así como un contenido gradual se organiza por medio de oposiciones entre un miembro positivo (presencia de la cualidad, es decir una *stipulatio utilis* ) y un miembro negativo (ausencia de la cualidad, por lo tanto, una *stipulatio inutilis*), puesto que no llega a reunir los requisitos que le son imprescindibles. Lo característico de esta estructura es la constitución de antónimos, siendo la verdadera antonimia -lingüística- aquella que consiste en una manera peculiar de organizarse la cualidad: expresión de la presencia de las características que le son propias al negocio jurídico frente a la expresión de la ausencia de dichas cualidades. Al crearse la discontinuidad, los miembros de la oposición dejan de sentirse como grados diferentes de la misma cualidad de tal forma que por ejemplo “anulable” no significa necesariamente “nulo” pero tampoco significa necesariamente “válido”; depende de las circunstancias que se den en cada caso para que anulable signifique una u otra categoría<sup>56</sup>. Esos miembros de la oposición pasan a considerarse como cualidades diferentes (referidas a un contenido común) entre los cuales no es posible el tránsito gradual.

---

<sup>55</sup> HELLMANN, F., op. cit. pág 132, la *stipulatio contra bonos mores* es según Juliano en D.45.1,61 “*inutilis*”, según Pomponio en D. 45.1,19 “*nulla*”; la *stipulatio incerta* vuelve a ser para Venuleyo en D.45.3,21 “*inutilis*” y para Papiniano en D. 23.3,69,4 es “*nullam*”; incluso Juliano en D.35.2,51 utiliza el adjetivo “*quasi inutilis*”.

<sup>56</sup> Art. 1.300 y ss del C.c.

Este principio de estructura bipolar posee una gran vitalidad en la lengua. El máximo de significación de una cualidad se da cuando se opone paradigmáticamente a su ausencia lexicalizada. La cualidad resulta entonces de la consideración visible de su opuesto (*stipulatio* válida / *stipulatio* nula).

En el tema de la *stipulatio utilis* / *stipulatio inutilis* podemos apreciar un fenómeno de inercia del lenguaje, como dice Miquel<sup>57</sup>, que no sustituye simplemente una oposición privativa por otra, sino que mantiene tenazmente el “término marcado” de una oposición limitándose a sustituir el “no marcado”. La oposición *stipulatio utilis* / *stipulatio inutilis* es una oposición privativa. El decir, el término marcado se caracteriza por la presencia de un rasgo o marca (la *stipulatio utilis* será aquella que cumple con los requisitos que el ordenamiento jurídico le impone para tener validez dentro del campo jurídico negocial . El otro término, el no marcado (*stipulatio non utilis* o *inutilis*) se caracteriza por carecer de ese rasgo es decir, le falta alguno de esos elementos que el ordenamiento jurídico exige para poder desplegar su eficacia.

Se podría hablar de *stipulatio utilis* / *stipulatio non utilis*. Sin embargo, para Bruno Snell<sup>58</sup> el adjetivo se define como la categoría de palabras en la que existe siempre un contrario, por ello el lenguaje forma fácilmente un contrario de todo adjetivo con el prefijo “in” (por ejemplo, utilis - inutilis, eficaz - ineficaz, existente - inexistente, válido - inválido). Sólo teniendo en cuenta esta tensión polar el adjetivo significa algo en cada uno de los casos: sólo tiene sentido decir que una *stipulatio* es útil, si al mismo tiempo (aunque sólo sea en el pensamiento) existe lo que llamamos *inútil*.<sup>59</sup> Esto es el efecto de que la lengua no posee, para la ausencia, una forma determinada, por lo que hay una pérdida de

---

<sup>57</sup> MIQUEL, J., “ La definición de Servio de “silva caedua” y la naturaleza de las cosas”, en Estudios en Homenaje al Prof. Juan Iglesias I, Madrid, 1.988, pág. 454.

<sup>58</sup> SNELL, B., *La estructura del lenguaje*, Madrid, 1.966, pág 140.

<sup>59</sup> “*Utile per inutilem non vitiatur*”.

equilibrio, y en consecuencia, una tendencia a lexicalizar la ausencia. Dicha lexicalización se ha realizado a través del prefijo “in”.

Esta estructura bipolar es la que claramente se sigue en el Derecho romano, para el cual, no existen los grados intermedios. Sólo contemplan dos posibilidades: o la eficacia o la ineficacia de los negocios jurídicos y por lo tanto de la *stipulatio* (oposición privativa). Si falta alguna de las cualidades propias de la *stipulatio*, directamente se entenderá que la misma es ineficaz. Por el contrario, a partir de la Pandectística ya no se podrá hablar de esta estructura bipolar, sino que por el contrario se tratará de una estructura multipolar y por lo tanto existirá un tránsito gradual: válido – anulable – nulo.

## CAPÍTULO II

### CAMPOS SEMÁNTICOS: TERMINOLOGÍA

#### A.- Ideas generales

Como ya pusimos de relieve en la introducción, son numerosos los trabajos y los intentos por encuadrar los diferentes términos referidos a la invalidez de los negocios jurídicos en Roma dentro de nuestras concepciones modernas.<sup>60</sup>

Unos intentan “descifrar”, desde nuestros conceptos actuales, la diferencia entre “invalidez o ineficacia” en Derecho romano.<sup>61</sup> Otros hablarán de “inexistencia” e “ineficacia” en la *stipulatio*.<sup>62</sup> Y así podríamos ir analizando cuáles han sido estos intentos por llegar a algún tipo de sistematización de la invalidez de los negocios jurídicos en Derecho romano desde una perspectiva jurídica - moderna.

Lo cierto es que, generalmente, la distinción que se presenta desde el punto de vista terminológico se hace con referencia a dos términos, por ejemplo “ineficacia” e “invalidez” que vendrían a significar, en cierta forma, que la *stipulatio* carece de alguno de sus elementos intrínsecos y que por lo tanto no despliegan, al menos, los efectos positivos buscados

---

<sup>60</sup> Ver nt. 10; en la misma línea COING, H., *Europäisches Privatrecht I*, München, 1.985, pág. 413 “Die römischen Quellen enthalten keine durchgearbeitete Theorie über die Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften. Dieser Zustand der Quellen spiegelt sich in den Doktrinen des Usus modernus wieder. Es wird zwar versucht, zu einer Theorie der Unwirksamkeit und ihrer verschiedenen Ausgestaltungen zu kommen, aber es bildet sich weder eine allgemein anerkannte Lehre aus, noch gelingt es, hinsichtlich der Konsequenzen bestimmter Arten von Vertragsmängeln zu generell akzeptierten Folgerungen zu kommen”.

<sup>61</sup> Ver, por ejemplo, DI PAOLA, S., *Contributi ad una teoria della invalidità e della ineficacia in diritto romano*, Milano, 1966.

<sup>62</sup> d’ORS, A., op cit. pág 495.

por las partes. “Ineficacia” e “invalidez” son términos “sinónimos”, desde una perspectiva meramente lingüística.

Pero estos intentos no llegarán a buen puerto, puesto que las excepciones, a la supuesta regla general, en cada uno de los casos analizados, y en lo referido a cada uno de los términos específicamente, serían numerosísimos (recordemos que son más de 40 los términos empleados por los juristas romanos para referirse a la invalidez de los negocios).

En lo que no hay discusión alguna es en que *inutilis* es un cajón de sastre donde se intentan insertar muy diversas situaciones anómalas de los negocios jurídicos, fundamentalmente en materia de estipulaciones, legados e instituciones de herederos<sup>63</sup>.

Sin embargo, ello no ocurre si la bipolaridad la realizamos con dos términos opuestos, como puede ser “útil” e “inútil”, puesto que éstos términos sí que tienen un significado unánime en Derecho romano y mucho más si viene unido a un negocio jurídico determinado cual es la *stipulatio*. En este sentido nos encontramos con que sería una *stipulatio* útil, aquella que despliega los efectos positivos buscados por las partes. Por lo tanto, “útil”<sup>64</sup> sería toda estipulación que reuniese todos los

---

<sup>63</sup> SANFILIPPO, C. “Dubbi e riflessioni in tema di novazione mediante stipulazione nulla”, in *Annali Seminario Giur. Catania*, n.s.3 (1949), 58. ; MASI, A., *Il negozio utile* ....., pág. 137, que incluso afirma que “*inutilis*” sólo se utiliza en una ocasión para los contratos pignoraticios; QUADRATO, R, op. cit. pág 49.

<sup>64</sup> Ciertamente es que en las fuentes no encontramos expresamente la definición del término “útil” respecto al contrato de *stipulatio*, sino que el término “útil” se emplea fundamentalmente en el ámbito procesal, en referencia a la actio o a la exceptio, ARCHI, G., en *Labeo* 9, 1.963, pag. 265. Con referencia a la *stipulatio*, lo encontramos, por ejemplo en Pomponio D. 45,1,31 “... *utilis est stipulatio, si conditionis existentis tempore mea non sit.*”; o Africano D. 45,1,64 “*Respondit eam stipulatio nemo utilem esse*”; Paulus D. 45,1,83,5 “... *utiliter me stipulatum Sabinus ait*”. Pero entendemos que para poder definir lo que es “inútil”, hemos de referirnos a su contrario, es decir lo que los romanos entendían por “útil”, independientemente de que no utilicen tal expresión referida a la *stipulatio*, es decir, que no definan expresamente lo que es una *stipulatio* “*utilis*”. Pero es que el hecho de que una *stipulatio* fuera útil era el supuesto normal, es decir el “grado cero”. La oposición es, en este caso un hecho de experiencia, puesto que la oposición en estos supuestos, sería una oposición accidental, es decir que en determinados contextos no significa que sean unidades funcionales que operen en un mismo campo estructurado. Ver TRUJILLO, pág. 89 y ss.

requisitos que impone el ordenamiento jurídico romano para que dicho negocio pueda desplegar sus efectos. A *sensu contrario*, sería “inútil” aquella estipulación que por diferentes razones carece de alguno de los elementos propios de la *stipulatio* y que por lo tanto no llega a desplegar, al menos, los efectos positivos buscados por las partes, aunque sí que pueda producir en algún caso, efectos negativos:

Gayo, 3,176: *Praeterea novatione tollitur obligatio: veluti si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim. Nam interventu novae personae nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem, adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis iure tollatur; veluti si quod mihi debes, a Titio post mortem eius vel a muliere pupillove sine tutore auctore stipulatus fuero; quo casu rem amitto; nam et prior debitor liberatur et posterior obligatio nulla est. Non idem iuris est si a servo stipulatus fuero; nam tunc prior proinde adhuc obligatus tenetur, ac si postea a nullo stipulatus fuisset*”<sup>65</sup>.

En este texto vemos como se transforma la primera obligación en otra nueva, desapareciendo además la *obligatio*, por ejemplo si estipulo de Ticio que me será dado lo que tú me debes, puesto que por la intervención de una nueva persona, nace una nueva *obligatio* y la primera jurídicamente desaparece y se transforma en la posterior, aunque la *stipulatio* novatoria fuese inútil<sup>66</sup>.

Bajo el término de “*inutilis*” se engloba, para De Martino<sup>67</sup>, tanto una *stipulatio* que hoy sería considerada como “nula”, como es el supuesto recogido en Gayo 3, 100 referido a una *stipulatio post mortem*, o una

---

<sup>65</sup> Trad. Gayo II, 176: “También se extinguen las obligaciones por novación, p. ej. si estipulo que Ticio me de lo que tú me debes, pues al intervenir una nueva persona nace una nueva obligación y la primera se extingue por haber sido transferida a la segunda. Es más, aunque la segunda estipulación sea nula, la antigua se extingue de todos modos; p. ej. si lo que tú me debes lo he estipulado de Ticio para después de su muerte o de una mujer o de un pupilo sin autorización de sus tutores. En este caso, pierdo la cosa, porque el deudor antiguo queda liberado y la obligación posterior es nula. No ocurre lo mismo cuando he estipulado de un esclavo, pues en este caso el deudor antiguo permanece obligado como si después no hubiera estipulado nada de nadie”.

<sup>66</sup>FUENTESECA, M., *El problema de la relación entre novatio y delegatio desde Roma hasta las codificaciones europeas*, Madrid, 2000, págs. 25 y ss.

<sup>67</sup> DE MARTINO, F., *Studi sulle garanzie personali, I. L'autonomia classica della sponsio*, Napoli, 1.937, pág. 8 y ss.

*stipulatio* inexistente, como es el caso del 3, 102, donde hay una falta de congruencia entre pregunta y respuesta. No obstante, esta idea, es criticada por Sanfilippo, que entiende que “*inutilis*” vendría a significar siempre “nulo”. La tendencia es siempre la misma: el traducir los términos romanos en términos actuales, lo que fuerza muchísimo una traducción exacta<sup>68</sup>.

Sin embargo, nuestro punto de partida es el de “sistema”. Entendemos, que al hablar de invalidez de la *stipulatio*, estamos haciendo mención a un “sistema”, entendido éste como conjunto de elementos solidarios entre si: pertenecen a un mismo sistema, todos aquellos elementos que poseen, por lo menos, un rasgo distintivo en común y formarán una estructura superior a todos los pequeños sistemas de este tipo que posean estructuras paralelas o que formen intersección entre si, es decir, no sólo donde funcionen oposiciones del mismo tipo, sino también donde haya áreas de significación cubiertas simultáneamente por diversos sistemas léxicos<sup>69</sup>.

Por lo tanto, pertenecerá a un mismo “sistema” (el de invalidez), los términos como pueden ser *inefficax*, *nullus*, *inutilis*, *irritus*, *non valet*, *non posse* y así sucesivamente hasta completar todos aquellos términos que llegaron a utilizar los juristas romanos para referirse a la invalidez de los negocios jurídicos; es decir, todos los términos que tienen estructuras paralelas.

Mounin<sup>70</sup> afirma que el concepto de estructuración supone el empleo de cada unidad léxica, en un enunciado o en una clase de enunciados posibles; resulta de la elección del hablante, en nuestro caso de los juristas, que podían elegir entre diversas unidades léxicas. Por supuesto que esta cadena sólo podrá elegirse dentro de un número limitado de

---

<sup>68</sup> COING, H., op. cit., pág. 414: “Es gibt Geschäfte, die wegen bestimmter Mängel keinerlei Wirkung entfalten, z.B. die stipulatio inutilis”.

<sup>69</sup> TRUJILLO, R., op. cit. pág. 85 y ss.

<sup>70</sup> MOUNIN, G., *La dénomination des animaux domestiques. Un champ sémantique: La dénomination des animaux domestiques*, en *La Linguistique*, París, 1.965, págs 31-54.

lexemas: Ulpiano no podía utilizar por ejemplo el término “infrecuente”, para referirse a la falta de efectos de una *stipulatio*. Tuvo que elegir entre aquel grupo de lexemas que presentaba una similitud parcial del contenido semántico.

Un ejemplo lo podemos ver claramente con lo que ocurre con determinadas palabras utilizadas en otras culturas y que si las intentamos traducir al castellano, nos encontraríamos con diferencias sustanciales. En coreano, por ejemplo, el color azul y el verde no se diferencian; ambos tendrán un término unitario. Diferencian los colores visualmente, eso es evidente, pero la lengua no recoge tal diferenciación. Otro ejemplo lo tendríamos en el japonés, donde bajo el término “*uschi*” se englobaría tanto al buey, como al toro o a la vaca. Sin embargo, en castellano, en alemán, en inglés, en italiano, cada uno de estos animales tiene una palabra que los identifica perfectamente y los distingue entre sí. En estos ejemplos vemos la importancia que tiene la lexicalización de la diferencia y los problemas a los que nos puede llevar a la hora de intentar incluir términos diversos en culturas que no los recogen.

Esto es lo que ocurría en Derecho romano y concretamente en la materia de la invalidez de los negocios jurídicos: cada uno de los términos es utilizado indistintamente, pudiendo significar en muchas ocasiones lo mismo, pero en otras refiriéndose a cuestiones que en la actualidad denominaríamos de distinta manera. Nosotros sí que distinguimos lo que es el verde del azul, lo que es una vaca de lo que es un buey, pero lo que no podemos hacer es insertar estos términos dentro del lenguaje coreano o del japonés, puesto que para ellos, desde el punto de vista terminológico, todo es lo mismo, aunque en la práctica lo diferencien.

La interacción de estos elementos se hace particularmente patente, gracias a la neutralización. Se puede hablar de “sistema” (campo semántico), siempre que se elija por lo menos entre dos unidades que posean rasgos sustanciales comunes. Por lo tanto, entre unidades que vengan a significar que el negocio jurídico no reúne todos los requisitos

necesarios para desplegar los efectos que le son propios. Si actualmente tuviéramos que expresar una realidad objetiva referida a la valoración de la eficacia de un negocio jurídico, escogeríamos la unidad lingüística apropiada entre los miembros de un conjunto limitado y más o menos cerrado, o entre la masa total del léxico, o al menos entre las palabras de la categoría gramatical adecuada.

En el caso de la invalidez de un negocio jurídico escogeríamos concretamente entre un grupo cerrado del léxico, puesto que la Pandectística elaboró una teoría general sobre la materia, delimitando el uso de los términos. Por lo tanto, tendríamos que elegir entre aquel término que mejor se adapte al caso que estudiamos (bien sea nulidad, anulabilidad, nulidad parcial, o *Unwirksamkeit*, *Anfechtbarkeit*, *Nichtigkeit*, y así sucesivamente); términos todos ellos que concentran en si mismos un significado exacto.

Sólo el fenómeno de la neutralización parece apoyar seriamente la tesis de que la elección se verifica dentro de los límites de un subconjunto determinado y no en el amplio territorio del léxico en su totalidad. Las frecuentes neutralizaciones semánticas en el habla demuestran que los hablantes tienen conciencia de la estructura del contenido y de sus rasgos constituyentes y diferenciales, precisamente cuando, conscientemente, suspenden una oposición concedores de la existencia del rasgo diferencial que en tal ocasión descartan.

Los juristas romanos se movían en los límites de un subconjunto determinado: tenían conciencia de la estructura del contenido y sus rasgos constituyentes y diferenciales. Para ellos, para que la *stipulatio* fuera tal, y por lo tanto válida, debía reunir una serie de requisitos y de no ser así, buscaban la forma de ponerlo de manifiesto a través de la lengua. En este sentido sí que está claro conceptualmente lo que es una *stipulatio* útil de lo que es una *stipulatio* inútil, o lo que es una *stipulatio* existente de la no-existente. Desde esta perspectiva, sí que se puede realizar un estudio del

significado de *inutilis* en Derecho romano, dada la falta de rigor terminológico<sup>71</sup> con el que actuaban los juristas.

La delimitación de un campo semántico debe hacerse sobre una base lingüística. Se trata de determinar, como afirma Coseriu<sup>72</sup>, las unidades lexicales entre las que se puede elegir para un punto dado de la cadena hablada. Hablaríamos de un paradigma léxico - semántico (nulo, inexistente...), en el que la conmutación se da sobre la base de rasgos sustanciales comunes, (sobre la base de que falta algún elemento propio de la *stipulatio* que impide que despliegue sus efectos). No se puede prescindir de los hechos de la experiencia extralingüística, de posibles y seguras, influencias externas, ya que el sentimiento, la norma, las propias características del Derecho romano, la metodología de los juristas o incluso, la perspectiva social de la época romana, con respecto a la actual, pueden ser la causa de que cualidades sentidas como integrantes de una estructura jerárquicamente establecida se hayan disociado, formando “campos de experiencia” diferentes.

## B.- Derecho Romano.-

Como hemos venido exponiendo en las páginas precedentes, es imposible establecer una sistematización de los conceptos que atañen a la invalidez en Roma dada la falta de una teoría general en la materia. Por

---

<sup>71</sup> “rigor terminológico...” desde el punto de vista de la falta de una teoría general y una sistematización en materia de invalidez de los negocios jurídicos, pero en ninguna medida valga esta expresión como una crítica sobre las características de los juristas. Simplemente se trata de destacar la variedad de terminología empleada por los juristas romanos para referirse a una misma materia.

<sup>72</sup> COSERIU, E., *Les structures lexématiques*, 3.1.1.

ello, para poder abordar el tema de la inutilidad de las estipulaciones, nuestro punto de partida es la idea de “sistema”, entendido éste como conjunto de elementos solidarios entre sí y al cual pertenecerán todos aquellos elementos que poseen algún rasgo distintivo en común y que forman una estructura superior al resto de pequeños sistemas del mismo tipo que posean estructuras paralelas o que formen intersección entre sí. Entendemos, por lo tanto, que en Derecho romano podemos hablar de “sistema de invalidez”, dentro del cual se encontrarían los diversos conceptos que indican que un negocio jurídico, y concretamente, una *stipulatio* no reúne todos los requisitos que el ordenamiento jurídico establece a fin de desplegar sus efectos.

En Roma, frente a lo que ocurre en el Derecho moderno, nos encontramos, dentro de la materia de la invalidez de los negocios jurídicos, con todo un sistema basado en “oposiciones privativas”. Es decir, con expresiones que una vez son utilizadas se contraponen a otras que significan su contrario. En base a esta idea, podemos afirmar que en Derecho romano una *stipulatio* o bien es válida o bien es inválida, pero no encontraremos en las fuentes, desde el punto de vista terminológico, expresiones que impliquen la existencia de un grado intermedio. Existe una oposición entre un miembro positivo (donde existe la presencia de la cualidad, es decir de los rasgos típicos de una *stipulatio*) y un miembro negativo, que implica la ausencia de dicha cualidad. En base a esta idea, podemos afirmar, que en Derecho romano una *stipulatio* solamente podía ser:

Válida \_\_\_\_\_ cero \_\_\_\_\_ inválida

El grado cero<sup>73</sup> coincide con un punto medio de la escala real (extralingüística) que produce una ruptura en el continuo de la cualidad, dando lugar, como hemos expuesto, a dos continuos opuestos (validez – invalidez). Esta estructuración en dos miembros ofrece una extraordinaria importancia en los significados que se sienten claramente diferenciados, sin que resulte posible el tránsito gradual de uno a otro: no es posible encontrar una *stipulatio* que sea “más inválida” o “más válida” que otra. Es así como un contenido gradual se organiza por medio de oposiciones entre un miembro positivo (presencia de la cualidad, de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico) y un miembro negativo (ausencia de dichos requisitos).

Lo característico de esta estructura es la constitución de antónimos. Al crearse la discontinuidad, los miembros de la oposición dejan de sentirse como grados diferentes de la misma cualidad y pasan a considerarse como cualidades diferentes (pero referidas a un contenido común: el de la invalidez o validez de la *stipulatio*) entre los cuales no es posible el tránsito gradual: “no muy válida” no quiere decir directamente “inválida”.

El grado cero en el centro de la cualidad crea dos zonas continuas, que, al ser sólo dos, equivalen a contrarios lógicos, lo cual no ocurre con otros tipos de estructuras como la multipolar. En base a todo ello, podemos concluir, que en Derecho romano nos encontramos en materia de invalidez, en presencia de antónimos.

Este grado intermedio al que nos hemos referido sería, en materia de invalidez, lo que hoy en día entendemos por “anulabilidad”. Actualmente vemos recogido en los códigos civiles que un negocio puede ser:

---

<sup>73</sup> TRUJILLO,R., op. cit. pág. 62 y ss.

Válido \_\_\_\_\_ anulable \_\_\_\_\_ nulo

Por lo tanto, estaríamos ante una estructura multipolar, en la que hay más de dos términos y la idea de contrarios deja de ser absoluta, porque ninguno es exactamente la negación del otro.

Sin embargo, si bien terminológicamente hablando, estas afirmaciones son ciertas, no obstante, tendríamos que matizarlas en el siguiente sentido. Los juristas romanos no conocieron la figura de la anulabilidad, no vemos en las fuentes ningún atisbo terminológico que nos indique lo contrario. Pero también es cierto, que hay autores que ven en las fuentes, al menos, la base de lo que hoy entendemos por anulabilidad. Por ejemplo Mitteis entiende que “*Trotzdem wäre es nicht richtig, dem Zivilrecht den Gedanken der Anfechtbarkeit, das heisst, der nur auf Reaktion des in seinen Interessen Verletzten anzuerkennenden Ungültigkeit völlig abzusprechen*”. Mitteis<sup>74</sup> advierte que también se da la anulabilidad en los casos en que el pretor paraliza el derecho civil, pero que tales figuras jurídicas no tienen el carácter de tales tal y como hoy las entendemos. El pretor no destruía, sino únicamente paralizaba el derecho civil, como ocurría en los casos de *vis moralis* y *dolus*.

La “anulabilidad pretoria” tendría lugar en aquellos casos en que, un acto jurídico, basado en el *ius civile* chocaba contra la equidad, a causa de la rigidez del propio ordenamiento civil. Por lo tanto, no tenía en consideración las posibles circunstancias peculiares que podían darse necesariamente en una sociedad más evolucionada que aquella otra primitiva, para la cual había sido concebido el derecho civil. En estos casos, intervenía el pretor u otro magistrado con jurisdicción, paralizando

---

<sup>74</sup> MITTEIS, L., *Röm. Privatrecht*, pág. 240 y ss cita como ejemplos el de la ley Cicereia, el de la collusio según el SC. Ninnianum, el de la querella inofficiosi testamenti y el del error. En el mismo sentido, KASER, M., *Röm. Privatrecht I*, pág. 215; KUNKEL/HONSELL/ MAYER- MALY/ SELB, *Röm. Privatrecht*, pág. 103 y BETTI, E., *Diritto Romano*, pág. 330.

los efectos de tal acto. Y esta paralización la conseguía el pretor, bien negando la acción en orden a exigir del cumplimiento de lo pactado, o bien concediendo una *exceptio* que neutralizara o eludiera la acción admitida; otra posibilidad era, por ejemplo, la de conceder una *restitutio in integrum*, en la hipótesis de que el acto hubiere tenido cumplimiento.

En la misma dirección, estaría la regla “*Ex post facto convalescere non potest*”, en el sentido de que los juristas romanos negaban la posibilidad de que un negocio jurídico inválido pudiese llegar a ser válido por acontecimientos posteriores. Sin embargo, Wacke<sup>75</sup> también entiende que “*Mathematisch-ontologische Betrachtungen der geschilderten Art überzeugen in der Tat den Juristen nur begrenzt. Er lernt früh, verschiedene Grade von Unwirksamkeit zu unterscheiden. Und er weiß, dass die Fehlerhaftigkeit eines Geschäfts nicht mit dessen Nichtexistenz gleichgesetzt werden darf.*”

Por lo tanto, si bien es aceptado el hecho de que en Derecho romano, en materia de invalidez, los negocios sean o bien válidos o bien inválidos, sin embargo existen vías suficientes para conseguir que un negocio inicialmente válido sea declarado nulo o viceversa, que un negocio inicialmente inválido pueda ser sanado.

Desde un punto de vista terminológico, partimos en nuestra opinión, de una clara oposición privativa: la *stipulatio* útil frente a la *stipulatio* inútil. Dos términos que se contraponen entre sí y que nos reflejan dos realidades jurídicas completamente diferentes: la *stipulatio utilis* es aquella que reúne los requisitos que el ordenamiento jurídico romano exige para que el negocio despliegue sus efectos. Por el contrario, la *stipulatio inutilis* sería aquella que no reúne dichos requisitos y por lo tanto no puede desplegar los efectos que en principio buscaban las partes.

---

<sup>75</sup> WACKE, A, “Ex post facto convalesceré im Römischen und im Modernen Recht”, en Au-delà des frontières – Melanges de droit romain offerts à Witold Wolodkiewicz, B II, págs. 1025 y ss, analiza los supuestos de nulidad sanable y no sanable en derecho romano y en el derecho alemán.

Gayo utiliza, en sus Instituciones, el término de “*inutilis*” para referirse a los determinados supuestos de invalidez de las estipulaciones; sin embargo, el término no siempre implica un significado unívoco, si lo traducimos con términos jurídicos modernos, sino que, por el contrario, con la palabra “*inutilis*” Gayo se esté refiriendo a situaciones que podrían provocar efectos diversos (por ej. Gayo 3,97 y 3,98).

“*Inutilis*” es uno de tantos términos que escogen los juristas romanos en general para referirse a los supuestos de invalidez de los negocios jurídicos. Tiene un significado poco definido y que se incorpora tardíamente al vocabulario jurídico, si tenemos en cuenta qué juristas son los que utilizan el término *inutilis* en las fuentes con un significado jurídico. Estos juristas son: *Sabinus, Nerva, Atilicinus, Cassius, Plautius, Javolenus, Celsus, Neratius, Julianus Pomponius, Africanus, Gaius, Maecianus, Florentinus, Marcellus, Scaevola, Papinianus, Callistratus, Paulus, Ulpianus, Marcianus, Venuleius, Modestinus, Hermogenianus y son emperadores, Antonino Pío, Alejandro Severo, Gordianus, Valerianus y Galienus, Diocleciano.*<sup>76</sup>

Tal y como venimos sosteniendo, el término “*inutilis*” se encuentra recogido como término técnico-jurídico dentro del pensamiento romano. Lo que no quiere decir que también en ocasiones, se utilice en la fuentes en sentido vulgar, tal y como ocurre en Javoleno D. 50,16,242 pr. donde el jurista hablando del mástil de una nave afirma que “*Malum*” *navis esse partem “artemonem” autem non esse, Labeo sit, quia pleraeque naves sine malo inutiles essent; ideoque pars navis habetur; artemo autem magis adiectamento quam pars navis est*”. Javoleno hace en este texto la diferenciación entre una parte fundamental de una nave, como es el mástil de un simple aditamento, como es el trinquete. Para que un velero pueda ser considerado como tal es imprescindible que conste de

---

<sup>76</sup> Tanto en la obra de HELLMANN, F., *Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht*, págs. 117 y ss, como en BIA, encontramos la amplia relación de textos donde estos juristas emplean el término “*inutilis*” en relación a diversos negocios jurídicos y en particular, aquellos que lo utilizan en relación con la “*stipulatio*”.

mástil; si no fuera así no estaríamos ante un velero, sino ante otro tipo de nave. Jurídicamente ocurre lo mismo, en el sentido de que existen elementos necesarios para que podamos encontrarnos ante un negocio jurídico concreto, como es la *stipulatio*. En caso contrario, ésta sería “inútil”, como sucede con el velero sin mástil. Aquí podemos observar la similitud que existe en la utilización del término fuera del ámbito técnico-jurídico con respecto al lenguaje coloquial: “*naves sine malo inutiles essent*”, “*si id, quod dari stipulamur, tale sit, ut dari non possit, inutilis est stipulatio*”.

*Inutilis* es un término que entra dentro del campo semántico de la invalidez y que por lo tanto se emplea para señalar que un negocio jurídico es inválido. Si bien es cierto, que *inutilis* carece de homogeneidad en su significación, no es menos cierto que hay que entender que con “homogeneidad” nos referimos a la homogeneidad con respecto a los conceptos actuales de invalidez de los negocios. Es decir, “*inutilis*” no siempre se puede identificar con nulo, con inexistente o con anulable.

El término “*inutilis*” aparece citado en las fuentes como pareja nominal de la *stipulatio* en 51 ocasiones. Si bien Honoré<sup>77</sup> afirma que *inutilis* es una expresión propiamente ulpiana, sin embargo, son otros los juristas que la utilizan en mayor número de ocasiones. En concreto, Paulo la utiliza en 15 ocasiones en general y en 13 para referirse a la estipulación; Gayo emplea el término *inutilis* con respecto a la *stipulatio* en 10 ocasiones, Ulpiano en nueve y Juliano lo empleará en ocho ocasiones como pareja de la *stipulatio*. Pero independientemente de las veces en que utilice el término “*inutilis*”, Ulpiano es además uno de los juristas que recurre a una gran variedad de palabras dentro del campo semántico de la invalidez de los negocios jurídicos. Concretamente, utiliza en 87 ocasiones el término “*non posse*” y en 42 ocasiones “*nullum esse*” para hacer referencia a la materia de invalidez de los negocios jurídicos. No hay que dejar a un lado el hecho de que también maneja expresiones como *non valere* (en más de 70 textos), *effectum non habere*,

---

<sup>77</sup> HONORÉ, T., *Ulpian*, Oxford, 1.982, págs. 48 y 77.

*inefficax, non esse, nihil agere, inanis o irritus*. Por lo tanto, ya no es sólo una cuestión cuantitativa, sino también de la regularidad en el uso terminológico.

Mientras de Gayo se puede destacar que es muy regular en el uso de la terminología que afecta a la invalidez de la *stipulatio*, no así de Ulpiano, que se mueve indistintamente en el campo semántico de la invalidez de los negocios jurídicos. Valgan estos términos sólo a modo de ejemplo, puesto que podríamos seguir citando otros tantos. Es por ello, por lo que creemos, que el término “*inutilis*”, difícilmente se podría calificar como propiamente ulpiano.

A sensu contrario, Gayo sí que utiliza el término “*inutilis*” de forma homogénea, si bien no con un significado uniforme. A pesar de ello, no suele cambiar de expresión salvo en muy pocas ocasiones. Quizás su propio carácter didáctico, su tendencia a la enseñanza, su afán sistematizador, le influyeran notablemente a la hora de emplear casi siempre el mismo término para destacar la invalidez de las estipulaciones.

El punto de partida del estudio del término “*inutilis*” en las Instituciones de Gayo, lo podríamos encontrar en Gayo 3,176:

*“Praeterea novatione tollitur obligatio: veluti si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim. Nam interventu novae personae nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem, adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis iure tollatur; veluti si quod mihi debes, a Titio post mortem eius vel a muliere pupillove sine tutore auctore stipulatus fuero; quo casu rem amitto; nam et prior debitor liberatur et posterior obligatio nulla est. Non idem iuris est si a servo stipulatus fuero; nam tunc prior proinde adhuc obligatus tenetur, ac si postea a nullo stipulatus fuisset”*

En este texto, el jurista distingue claramente entre la inutilidad de la estipulación y la nulidad de la obligación, con los efectos que esta situación conlleva. En este sentido, el 3,176 nos presenta el supuesto de una extinción de la obligación por novación, cuando se estipula que lo que se debe sea dado por una tercera persona. Entiende Gayo que existen dos obligaciones, puesto que con la intervención de esta tercera persona

nace una obligación nueva y la primera obligación se extingue, transformándose en la siguiente. De tal forma que a veces, aunque la segunda estipulación sea inútil, sin embargo esa misma estipulación extingue la primera obligación por derecho de novación.

Este caso se daría cuando se hubiera estipulado “... de Ticio...” para después de su muerte, o de una mujer o un pupilo sin la autorización del tutor, lo que otra persona ya debe. En estos casos, dice Gayo que se pierde la prestación, puesto que el primer deudor queda liberado y la segunda obligación “*nulla est*”. Un caso diferente sería si la estipulación hubiera sido hecha con un esclavo, puesto que entonces, el primer deudor continúa todavía obligado, como si después no hubiera estipulado con nadie.

Comprobamos pues que son tres los términos que escoge Gayo dentro del campo semántico de la invalidez:

- a) Por una parte, ... *licet posterior stipulatio inutilis sit...* para referirse a la segunda estipulación que extingue la primera por derecho de novación
- b) Por otra parte, *posterior obligatio nulla est*, para referirse no ya al negocio estipulatorio en sí, sino a la propia obligación que lleva intrínseca la stipulatio.
- c) Y por último, ... *non idem iuris est si servo stipulatus fuero...* para hacer referencia a la estipulación con un esclavo.

El hecho novatorio afecta a la *obligatio* extinguiéndola, por cambio de deudor, cuando el acreedor en función de *stipulator* se hace prometer por otra persona la misma deuda del primer deudor, y éste se desliga del vínculo obligatorio. Nace así una nueva *obligatio*, con el mismo *debitum* a cargo del nuevo deudor. Para Margarita Fuenteseca<sup>78</sup>,

---

<sup>78</sup> FUENTESECA, M., *El problema de la relación entre novatio y delegatio desde Roma hasta las codificaciones europeas*, Madrid, 2000, pág. 43 y ss.

nos encontramos aquí con el problema de las tres denominadas *stipulationes inutiles*, que, a pesar de su ineficacia, extinguen la *prior obligatio*, según este texto de Gayo. Este hecho significaría para ella que desaparecería la *prima obligatio*, pero sin producir el efecto de la *translatio* de ésta en la *posterior obligatio*, tal y como el propio Gayo 3,176 comienza afirmando.<sup>79</sup> Entiende Margarita Fuenteseca que Gayo 3,176 quizá intenta explicar que, a veces, aunque la *stipulatio posterior* sea *inutilis*, no obstante desaparece *iure novationis* la *prima obligatio*, y por tanto, se libera el primer deudor, si bien la *posterior obligatio* sería civilmente nula. Esta nulidad *ipso iure* habrá que entenderla referida a la *obligatio iuris civilis*, pero cabe suponer que la *stipulatio iuris civilis* pudiera considerarse válida en cuanto susceptible de ser garantizada por *sponsors* o *fidepromissores* de acuerdo con Gayo 3,119<sup>80</sup>.

Si bien hemos destacado que Gayo es uno de los juristas que más utilizan el término *inutilis* unido a la *stipulatio*, no es menos cierto que además, en muy raras ocasiones, utiliza una terminología variada. Concretamente, sólo en una ocasión utiliza el término “*nullum*”:

D. 46,1,70,4 “ *Si a furioso stipulatus fueris, non posse te fideiussorem accipere certum est, quia non solum ipsa stipulatio nulla intercessisset, sed ne negotium quidem ullum gestum intelligitur. Quod si pro furioso iure obligato fideiussorem accepero, tenetur fideiussor*”.

En este texto Gayo aborda el problema de la estipulación del “*furiosus*”, entendiendo que, una vez realizada la estipulación con él, no se puede recibir fiador, puesto que no sólo era **nula** la estipulación que medió, sino que se entiende que **no se hizo ciertamente ningún negocio**. Pero si yo hubiere recibido fiador por un furioso obligado con arreglo a derecho, está obligado el fiador. Supuesto éste, donde vuelve a distinguir entre la estipulación, en sentido estricto, a la que considera “**nulla**” y el negocio

---

<sup>79</sup> FUENTESECA, M, op.cit., pág. 44, se insiste en que el problema se acrecienta con la afirmación gayana (3,119) que a propósito de la *sponsio* y de la *fidepromissio* nos presenta, aunque dubitante, un planteamiento análogo.

<sup>80</sup> Vid. FUENTESECA, M., op. cit. pág. 44 y 45, donde sostiene que esta interpretación sería la más acorde con los dos párrafos gayanos de casi perfecta simetría entre sí (Gayo 3,176 y 3,119).

en sí, del cual dice que “*no se hizo ciertamente ningún negocio*”. La expresión “*stipulatio nulla*” aparece aquí vinculada a la expresión “*non ullum negotium*” por la que se afirma la inexistencia del negocio realizado por el “*furiosus*” .

En otra única ocasión emplea Gayo “*nullius momenti esse*” :

D.45,1,141,8 “*Ex hoc apparet, si diversa condicio in meam personam, diversa in Titii posita sit, nec in meam personam extiterit condicio, totam stipulationem nullius momenti futuram;...*”<sup>81</sup>;

y en tres ocasiones “*nihil agere*” (D. 44,7,1,12, D. 45,2,16, Gayo 3,117)<sup>82</sup>, pero, en estos supuestos no se refiere con el término “*nihil agere*” directamente al negocio jurídico estipulatorio en su conjunto, sino al acto mismo que han de realizar las partes. Lo mismo ocurre cuando Gayo, en sus Instituciones, emplea el término “*non posse*”, donde no se refiere a la propia estipulación, sino al sujeto que pretende estipular: Gayo Inst. 3, 105:

“*Mutum neque stipulari neque promittere posse palam est. Idem etiam in surdo receptum est; quia et is qui stipulatur verba promittentis, et qui promittit, verba stipulantis exaudire debet*”<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> Trad. D. 45,1,141,8: “De esto resulta, que si se hubiera puesto una condición respecto a mi persona, y otra distinta en cuanto a la de Ticio, y la condición no se hubiere cumplido respecto a mi persona, habrá de ser de ningún valor toda la estipulación; ...”

<sup>82</sup> Gayo D.44,7,1,12 “*Furiosum, sive stipuletur, sive promittat, nihil agere, natura manifestum est*”, vemos que Gayo se refiere, al emplear el término “*nihil agere*” al propio furiosus, que no puede ni prometer ni estipular porque aunque así lo hiciere, “no haría nada”; Gayo D. 45, 2,16.: “*Ex duobus reis stipulandi si semel unus egerit, alteri promissor offerendo pecuniam nihil agit*”, aquí utiliza el jurista el término “*nihil agere*” para expresar que una vez que de dos reos de estipular uno hubiere ejercitado la acción, el prometedor no hace nada ofreciendo el dinero al otro y por último Gayo 3,117 donde afirma que recurrimos al coestipulante casi únicamente cuando estipulamos para que se nos dé algo después de nuestra muerte, puesto que como para que se nos dé de esta manera, estipulando no hacemos nada eficaz (... *quia enim ut ita nobis detur stipulando nihil agimus*...), se recurre al coestipulante para que éste reclame después de nuestra muerte; y si consiguiera algo, está obligado, por la acción de mandato, a restituirlo a nuestro heredero.

<sup>83</sup> Trad. Gayo 3,105: “Es evidente que el mudo no puede estipular ni prometer. Lo mismo se admite también para el sordo; porque el que estipula debe oír las palabras del promitente y el que promete las palabras del estipulante.”

Son supuestos donde Gayo pone de manifiesto que se trata de un escalón previo a la propia realización de una *stipulatio*, por lo que todavía no se ha llegado a concluir el propio negocio estipulatorio. Está advirtiendo que todas esas personas no pueden llevar a cabo una *stipulatio* .

Por lo tanto, parece que en principio, el jurista Gayo impregnaba al término “*inutilis*” de un significado jurídico siendo además para él el vocablo más adecuado para distinguir una *stipulatio utilis* de aquella que no lo es.

En Gayo 3,176, lo que intenta poner de manifiesto, son los diferentes efectos que tiene una *stipulatio inutilis*, una *obligatio nulla* y todo ello distinguiéndolo además de la estipulación de un esclavo. Para Gayo, hay diferencias sustanciales entre las tres situaciones y de ahí, también, el uso de términos diferentes.

Hay autores como Ludwig Mitteis<sup>84</sup>, que piensan que con esta variada terminología Gayo quiere destacar la diferencia entre los negocios jurídicos existentes, de aquellos inexistentes, que ni siquiera han llegado a existir. Los negocios jurídicos existentes pueden llegar a desplegar efectos negativos ( como por ejemplo, la *stipulatio inutilis*, donde la *stipulatio* no produce ninguna obligación puesto que es “*inutilis*”, lo que Mitteis traduce como “nulo”, pero que tiene la fuerza de destruir los efectos anteriores: Gayo 3,176). Sin embargo, los negocios inexistentes no despliegan ningún efecto, ni positivo, ni negativo (Gayo D.45,2,16). Distinción ésta de Mitteis que nos parece acertada si además, a mayor abundamiento, relacionamos el supuesto del esclavo y del peregrino<sup>85</sup> (al cual le está prohibido realizar una “*sponsio*”, institución estrictamente del ámbito del *ius civile*) con los supuestos del mudo, sordo o locos (3,105, 3,106 y 3,109), de los cuales Gayo no habla de estipulaciones inútiles,

---

<sup>84</sup> MITTEIS, L., *Römisches Privatrecht*, pág. 240 y ss.

<sup>85</sup> Gayo 3, 179: “ *Qui consequenter et illud respondit, si quis id, quod sibi L. Titius deberet, a servo fuerit stipulatus, novationem fieri et rem perire, quia cum servo agi non posset. Sed in utroque casu alio iure utimur: nec magis his casibus novatio fit, quam si ed, quod tu mihi debeas, a peregrino, cum quo sponsus communio non est, SPONDES verbo stipulatus sim*”.

sino que lo que pone de relieve es que la estipulación ni siquiera se puede llevar a cabo; es una situación previa al posible análisis y contraposición de una estipulación “útil” a una “inútil”. En estos casos la contraposición es imposible puesto que no hay situaciones opuestas; no hay por lo tanto rasgos distintivos sobre los que basar una distinción.

En estos tres ejemplos de las Instituciones gayanas, la cuestión que se plantea es que la estipulación no existe porque el ordenamiento jurídico prohíbe a sordos, mudos, locos que puedan estipular, por lo que ninguna estipulación, llevada a cabo por estos sujetos, puede llegar a existir. De hecho, Gayo no destaca en ninguno de los textos de sus Instituciones que tratan esta materia, la existencia de la *stipulatio*, sino que habla de los posibles contratantes y las dificultades que tienen para estipular válidamente ( Gayo Inst. 3, 105, 106 y 3, 179).

En el resto de los supuestos que analiza Gayo en sus Instituciones (3,176, 3,97-104), sí que habla el jurista de estipulaciones celebradas, por lo que se puede confirmar prácticamente, en general, de “existencia de la *stipulatio*”, si bien posteriormente, a causa de los diferentes defectos del negocio estipulatorio celebrado que se ponen de manifiesto en dichos fragmentos, no llegue a desplegar los efectos que las partes buscaban y que son propios de dicho negocio.

En sentido contrario, De Martino entiende que bajo el término “*inutilis*” Gayo engloba tanto a las estipulaciones inexistentes como las estipulaciones nulas. Para él, en Gayo 3,100 el jurista se refiere a una *stipulatio* nula, mientras que en el 3,102 aborda un supuesto típico de *stipulatio* inexistente. En nuestra opinión, esta es una afirmación que se corresponde con la verdadera intención de Gayo. Gayo, en el pasaje 3,102<sup>86</sup> hace referencia a una falta de acuerdo entre las partes a la hora de contratar. Entre el estipulante y el promitente no existe un acuerdo en

---

<sup>86</sup>Gayo 3,102: “*Adhuc inutilis est stipulatio, si quis ad id quod interrogatus erit non responderit, velut si sestertia X a te dari stipuler, et tu sestertia V promittas, aut si ego pure stipuler, tu sub condicione promittas.*”

cuanto al contenido sustancial de la estipulación. Por lo tanto, al no haber consenso, tampoco puede existir negocio jurídico alguno.

No obstante, no es una postura generalizada, puesto que existen casos, donde la incongruencia entre pregunta y respuesta no es tan clara<sup>87</sup>. Para ello baste leer el tenor de Ulpiano D. 45,1,1,4:

*“Si stipulanti mihi decem tu viginti respondeas, non esse contractam obligationem, nisi in decem constant. Ex contrario quoque si me viginti interrogante tu decem respondeas obligatio nisi in decem non erit; licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est, viginti et decem inesse”* ,

En este fragmento el jurista aborda la cuestión de que la falta de congruencia afecte solamente a una parte de la cantidad por la que se pregunta en la *stipulatio*. Ulpiano se plantea, pues, la posibilidad de ver en el supuesto expuesto una “validez parcial” del negocio. ¿Cómo se puede hablar, por lo tanto, en este caso, de una “inexistencia” de la *stipulatio*, cuando el propio jurista atisba una posibilidad de la validez parcial de la misma? La *stipulatio* existe, puesto que existe una pregunta sobre la que recae una respuesta. Pero esta respuesta sólo se corresponde parcialmente con la pregunta y sabemos que la congruencia entre ambas es uno de los requisitos básicos para la validez de las estipulaciones. Por ello, habría que ver qué efectos puede llegar a desplegar. No nos vamos a detener más en el tema de la incongruencia entre pregunta y respuesta, puesto que será tratado en el capítulo IV (B.1) de este trabajo. Simplemente destacar que la incongruencia entre pregunta y respuesta no tiene por qué implicar siempre, que se considere al negocio como inexistente, es decir que ni tan siquiera llegó a nacer. Además el término “*inexistens*” no es utilizado en las fuentes como sinónimo de invalidez de los negocios jurídicos, lo que nos podría llevar a pensar que los juristas romanos tampoco se plantearon la posibilidad de que un negocio que había sido llevado a cabo fuera “inexistente”.

---

<sup>87</sup> BACKHAUS, R. “In maiore minus est”, en ZSS 100 (1983).

Por el contrario, se podría hablar de inexistencia, es decir, de que no se llega a contratar, cuando se hace con la persona de un esclavo, lo que equivale a estipular “con nadie” (*“Non idem iuris est si a servo stipulatus fuero; nam tunc prior proinde adhuc obligatus tenetur, ac si postea a nullo stipulatus fuisset”*<sup>88</sup>), por ejemplo o cuando la persona con la que se promete, no reúne las condiciones para realizar el negocio (por ejemplo, un peregrino<sup>89</sup> no puede realizar una “*sponsio*” puesto que se trata de un negocio reservado únicamente para ciudadanos romanos:

Gayo 3,93: *“Sed haec quidem verborum obligatio dari spondes? spondeo propria civium Romanorum est; ceterae vero iuris gentium sunt, itaque inter omnes homines, sive cives Romanos live peregrinos, valent. Et quamvis ad Graecam vocem expressae fuerint, velut hoc modo ... etiam haec tamen inter cives Romanos valent, si modo Graeci sermonis intellectum habeant; et e contrario quamvis Latine enuntientur, tamen etiam inter peregrinos valent, si modo Latini sermonis intellectum habeant. At illa verborum obligatio dari spondes? spondeo adeo propria civium Romanorum est, ut ne quidem in Graecum sermonem per interpretationem proprie transferri possit, quamvis dicatur a Graeca voce figurata esse”*).

Di Paola<sup>90</sup>, discrepa, y entiende que se debe hablar de ineficacia del negocio, sin dudar de su validez, como si se tratara de un negocio sometido a condición suspensiva, que en caso de no cumplirse la condición será ineficaz pero no estrictamente inválido. *Inutilis* es para Di Paola, la expresión que utilizan los romanos para definir el negocio ineficaz. Lo que no excluye que al utilizar tal expresión se incluya también a los negocios inválidos. Para él, todo negocio nulo está privado de efectos, como el ineficaz, pero no se puede decir a la inversa, es decir que todo negocio ineficaz sea inválido; esto es a lo que se refiere el término “*inutilis*” en las fuentes.

---

<sup>88</sup> Gayo 3,176.

<sup>89</sup> El peregrino podrá obligarse a través de diferentes verbos: prometer “*promitto*”, dar “*dare*”, pero no podrá utilizar el verbo “*SPONDERE*” reservado únicamente para los ciudadanos romanos; Wacke, A. “Gallisch Punisch, Syrisch oder Griechisch statt Latein?” , en ZSS 110, (1993), pág 22.

<sup>90</sup> DI PAOLA, S., op. cit. pág. 13 y ss.

Afirma Di Paola que *inutilis* significa ineficaz, es decir, todo negocio privado de efectos puesto que tiene un vicio un poco grave. Pero ha de verse cada uno de los casos. El problema radica, en que los juristas romanos no distinguen entre ineficacia en sentido amplio e ineficacia en sentido estricto, que es cuando un negocio no produce efectos. Sin embargo, nos parece que Di Paola se mueve dentro de los parámetros de unos conceptos modernos para llegar a dicha conclusión. Como él mismo dice habría que estudiar cada uno de los casos, puesto que no en todos los supuestos se puede llegar a afirmar que el negocio jurídico es ineficaz. Sin ir más lejos, en Gayo 3,176 se afirma que la estipulación no produce efectos positivos; no obstante, sí que produce efectos negativos. En este sentido, no se puede englobar a “todos los negocios que no producen efectos” dentro del término *inutilis*. El error, por lo tanto, radicaría en intentar sistematizar una materia sobre la que los juristas romanos no elaboraron ninguna teoría, sino que se movían más bien inducidos por el uso del lenguaje que más se acercara a la realidad que intentaban plasmar.

Los supuestos que contempla Gayo son diferentes:

- En la *stipulatio post mortem*, rige la regla de que “*Ab heredis persona obligationem incipere non potest*<sup>91</sup>”. Pero esta regla no implicaba la inexistencia del negocio, como dice Gayo en 3,176, sino que implica la falta de aquellos efectos que conlleva el principio de que la obligación no puede surgir en la persona del heredero. De ahí la nulidad de la obligación, pero no de la *stipulatio*, que simplemente es “*inutilis*”. Esta afirmación la repite de nuevo en el 3, 100, donde tacha también de inútil a las estipulaciones “*heredi meo dari spondes?*”, afirmando que jurídicamente es “*inelegans*” que la obligación comenzara en la persona del heredero.
- Por el contrario, en la estipulación con el esclavo, el problema radica en que no se estipula con nadie, por lo que ni siquiera llega a nacer la obligación. La estipulación es inexistente, en el sentido de

---

<sup>91</sup> Gayo 3.158, Inst. 3,26,10. No puede nacer la obligación en la persona del heredero. El jurista pone el ejemplo del mandato *post mortem mandatarii*, que es inválido porque compromete directamente al heredero.

que no llega a nacer, puesto que no existe una de las partes contratantes.

- Lo mismo que con el esclavo, ocurre con el peregrino. Pero en este caso Gayo se refiere exclusivamente al supuesto de que un peregrino no puede realizar un negocio estrictamente de derecho civil; el esclavo no puede *spondere*, puesto que con *Spondeo* sólo se obligan los ciudadanos romanos y no así los extranjeros.

Masi<sup>92</sup>, por su parte tampoco ve argumentación alguna en estas afirmaciones. Para él, la intención de Gayo en 3,176 era otra: Gayo afirma, según Masi, que la primera estipulación se extingue *novationis iure*, mientras que la segunda es *inutilis*, pero no justifica la extinción de la primera *stipulatio* por el hecho de que la segunda sea *inutilis*: para Masi, la *stipulatio inutilis* es por sí misma un obstáculo a la eficacia novatoria. Según él, a la luz de los pasajes de Gayo, no es posible sostener una contraposición entre *stipulatio inutilis* y *non existens*. Sólo se puede afirmar que en el ámbito de las estipulaciones inútiles, algunas, como la *stipulatio post mortem, promittentis a muliere pupillove sine tutoris auctoritate*, en la época de Gayo pueden extinguir una obligación .

Al contrario de lo que opina Masi, nosotros sí vemos esa contraposición de *stipulatio non existens* y la *stipulatio inutilis*, sobre todo si comparamos este pasaje 3,176 con el resto de los pasajes de Gayo referidos a la inutilidad de las estipulaciones (3,97-3,109). Ya hablábamos al principio de la diversa terminología empleada por Gayo en los pasajes 3,97- 3,104 con respecto a los pasajes 3,104-3,109. Y es que en estos últimos textos, Gayo hace referencia a esos negocios estipulatorios que no pueden llegar a nacer, puesto que las partes no pueden obligarse por diferentes razones.

---

<sup>92</sup> MASI, A., op. cit., pag 91.

En el resto de los supuestos sí que escoge dentro del campo semántico de la invalidez un término para distinguir lo que es una *stipulatio* inútil de lo que sería una *stipulatio utilis*.

### **Conclusión:**

El término *inutilis* tal y como hemos visto, si bien es utilizado de forma homogénea por Gayo, sin embargo ello no obsta para que su significado sea diferente según los casos. Como se ha dicho ya, *inutilis* es un cajón de sastre donde caben los más diversos supuestos de invalidez de las estipulaciones”. Lo que no se puede afirmar con rotundidad es que *inutilis* signifique inexistencia de un negocio jurídico, puesto que para destacar esta idea, Gayo emplea otros términos dentro del campo semántico de la invalidez de los negocios jurídicos. El ejemplo más claro lo tenemos en el 3,176, donde el jurista utiliza tres expresiones diferentes para describir también situaciones y efectos distintos: “*stipulatio inutilis sit*”, “*posterior obligatio nulla est*” y “*non idem iuris est*”. Quizás el espíritu didáctico y sistematizador de Gayo influyeron a la hora de seleccionar los términos que debía utilizar. Si bien todos ellos entran dentro del campo semántico de la invalidez de los negocios jurídicos, no cabe duda que para el jurista tienen un significado diverso y que todos ellos se oponen a la validez de las situaciones a las que se refiere.

Es un error intentar encasillar el término *inutilis* dentro de nuestras categorías modernas, puesto que habría que estudiar cada uno de los casos pudiendo llegarse a la paradoja de hablar de “excepción” dentro de las múltiples excepciones que podríamos hacer si afirmáramos, en general que *inutilis* significaba sencillamente “ineficaz” o “nulo” en las fuentes romanas.

Es preferible, a nuestro entender, limitarnos a afirmar que en Derecho romano prevalecía un principio de oposiciones privativas, donde tendríamos que estudiar cada uno de los términos manejados por los juristas y sus opuestos y de esta manera estudiar la causa de la falta de validez de la *stipulatio*. Desde esta perspectiva podríamos entender mejor el significado de “*inutilis stipulationibus*” en las Instituciones de Gayo sin acudir, en esta materia, a sistematizaciones terminológicas que eran completamente desconocidas en Derecho romano, cuestión esta aceptada unánimemente por la doctrina.

#### C.- Derecho actual.-

En Derecho civil español, llamamos “invalidéz” a la negación o situación claudicante de la entidad de un negocio, por defectos en sus elementos constitutivos o ilicitud en su contenido, en los casos previstos por la ley. Es decir, un negocio jurídico es inválido cuando falta alguno de sus elementos, como puede ser la falta de causa, o está viciado (falta de capacidad de una de las partes o dolo, por ejemplo), o carece de algunos de los presupuestos necesarios del tipo de negocio al que pertenece, como por ejemplo, en la compraventa, si faltara el precio de la misma<sup>93</sup>.

Por el contrario, un negocio jurídico sería ineficaz<sup>94</sup> en sentido estricto si en él están en regla los elementos esenciales y los presupuestos de validez, pero impide su eficacia una causa extrínseca a él (por ejemplo, el

---

<sup>93</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral*, Tomo I, vol. II, pag. 931 y ss ya comienza diciendo que “ la nulidad es uno de los conceptos más confusos dentro del Derecho civil.”

<sup>94</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., LUNA SERRANO, A, RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho civil,I, Parte general del Derecho civil*, vol III, Barcelona 1.984, pags. 270 y ss señala que la ineficacia no tiene un tratamiento unitario en el Cc., pero que no se puede confundir con la invalidéz conforme a lo dispuesto en el art. 1.953 del Cc donde se exige para la usucapición ordinaria, un título válido. Si este título, además de válido, fuera eficaz, la usucapición sobraría, porque la propiedad se habría transferido al adquirente merced a aquél. También puede haber títulos que son válidos (como requiere el art. 1.953 Cc), pero que no son eficaces. En nuestra opinión, Lacruz no distingue aquí suficientemente entre eficacia obligatoria y eficacia real. El título de la usucapición, válido y eficaz, tendrá eficacia obligatoria; otra cosa es la eficacia real del acto de transmisión.

incumplimiento de la condición suspensiva a que estaba condicionado, resolución o revocación del mismo, etc.).

Sin embargo, en la actualidad hay autores que rechazan la distinción entre invalidez e ineficacia, puesto que para ellos son conceptos completamente idénticos. Así, Díez Picazo y Gullón<sup>95</sup> consideran que desde el punto de vista terminológico, todo negocio jurídico ineficaz, tiene que ser siempre un negocio jurídico inválido, por lo que invalidez e ineficacia serían conceptos iguales. Pero además, consideran que en la mayor parte de los casos en que se habla de ineficacia en sentido estricto, no la hay, sino, por el contrario, el negocio jurídico es eficaz: por ejemplo, entienden que cuando se cumple una condición o se resuelve o revoca un negocio, estos negocios son plenamente eficaces, despliegan toda su eficacia. Lo único que ocurre es que la reglamentación negocial pierde en un momento sucesivo su vigencia. No hay ineficacia, sino extinción sobrevinida de la relación o situación negocial.

Para Lacruz<sup>96</sup>, la diferencia radica en una diferencia real entre:

- el “no producir efectos”
- el “no valer como negocio”, lo que haría al negocio, o bien impugnabile o bien nulo de pleno derecho

Se trataría, por lo tanto de dos enfoques distintos que muchas veces coinciden (negocio inválido que no produce efectos o viceversa), pero que en otras ocasiones pueden no coincidir: existen negocios válidos que no

---

<sup>95</sup> DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil I*, Madrid, 1.998, págs 553 y ss.

<sup>96</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., op. cit, pág 271, nos recuerda esta distinción que hace Lacruz con el supuesto que analizábamos en las páginas precedentes referidas al Derecho romano de Gayo 3, 176 donde Gayo distinguía entre la estipulación que existiendo, no producía efectos positivos, pero sí negativos y la obligación que era considerada por el jurista como nula.

producen su efecto principal (son “ineficaces”) , mientras algunos negocios irregulares sí que los producen en alguna medida.<sup>97</sup>

Por lo tanto, lo que caracteriza la invalidez, no es la falta de eficacia, sino la deficiencia de los elementos constitutivos del acto o contrato.

En cuanto a las categorías positivas de la invalidez negocial, encontramos, en principio, la nulidad y la anulabilidad. Son especies distintas y alejadas entre sí, que la doctrina moderna reúne dentro del ámbito de la invalidez en dos grupos que denomina respectivamente con los términos de nulidad absoluta o plena y anulabilidad, nulidad relativa o impugnabilidad.<sup>98</sup>

En los casos de nulidad absoluta existe una falta total de los presupuestos del negocio jurídico (por ejemplo, el matrimonio celebrado ante el presidente de un club social o la simulación de un negocio jurídico); en los casos de nulidad relativa o anulabilidad, las deficiencias son más leves ( por ejemplo la compra de un objeto defectuoso). En la doctrina moderna se llegan a emplear imágenes como las de un contrato que nace muerto (nulidad absoluta) o aquél que nace enfermo (anulabilidad). En el Cc, los arts. 1.300<sup>99</sup> a 1.302, aún estando colocados bajo el epígrafe de “la

---

<sup>97</sup> Por ejemplo, el matrimonio totalmente inválido y no convalidable produce efectos respecto del contrayente de buena fe y en todo caso respecto de los hijos (art. 79 del C.c. y tales efectos ya producidos no se suprimen por la ulterior declaración de nulidad.

<sup>98</sup> DÍEZ PICAZO, L. / GULLÓN, A., op. cit., pág 554, hablan también de la categoría de “inexistencia” diferente a la nulidad absoluta, entendiéndola como “inexistencia” aquellos negocios en donde se omite cualquiera de los elementos que su naturaleza o tipo exige (precio en la compraventa, la renta en el arrendamiento, etc), lo que impide identificarlo, o, en términos generales, carece de alguno de los elementos esenciales de todo negocio jurídico. Pero reconoce que la admisión de esta categoría no es pacífica, puesto que no da lugar a consecuencias jurídicas distintas a las de la nulidad radical; LACRUZ, J.L., op. cit. pág. 279<sup>a</sup> también cita la inexistencia como variedad de invalidez destacando diferentes sentencias donde se reconoce tal grado de invalidez: S. 18 diciembre 1.981; S. 5 de junio de 1.978. Lacruz considera que es cierto que dentro de la categoría doctrinal de los negocios nulos, existen importantes diferencias de régimen jurídico: mientras el acto nulo se dice que no es capaz de confirmación ni prescripción, el matrimonio nulo puede convalidarse, en ciertos casos, sin nueva celebración, por la dispensa del impedimento o prohibición (el canónico mediante la *sanatio in radice*), etc.

<sup>99</sup> Concretamente el art. 1.300 Cc. señala que “los contratos en que concurren los requisitos de consentimiento, objeto y causa, es decir, los elementos esenciales del negocio, sin embargo pueden ser anulados ... siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley”. Por lo tanto, dichos negocios no son nulos

nulidad de los contratos”, sólo se refieren a los contratos anulables<sup>100</sup>. Por el contrario, un negocio jurídico es nulo radicalmente, cuando no produce efectos jurídicos: por eso se dice que “*quod nullum est, nullum effectum producit*<sup>101</sup>” ( arts. 6.º3, 1.255, 1.273, 1.271, 1.275, 1.271, 1.261, 1.305, 1.306 Cc.)<sup>102</sup>.

---

y serán válidos en la medida que no sean anulados; además cesará la facultad de anularlos cuando prescriba la acción correspondiente con arreglo a lo dispuesto en el 1.301 del Cc.

<sup>100</sup> Dentro de la anulabilidad, cita la doctrina también la nulidad parcial: el negocio puede contener, a la vez, declaraciones o cláusulas válidas y otras nulas o anulables: por ejemplo, el testamento en el cual un legado ha sido dispuesto bajo coacción, mientras que el resto de las disposiciones es espontáneo; o en un contrato en el que es ilegal una de las cláusulas que en él se contienen o prestaciones pactadas. Díez Picazo pone el siguiente ejemplo: se pacta la transmisión del dominio de un solar, la obligación del adquirente de construir un edificio, la obligación de transmitir al cedente determinados pasos y una serie de garantías reales; la ineficacia de la transmisión del dominio del solar comporta la ineficacia de todo el conjunto negocial, mientras que no ocurre necesariamente lo mismo si resultan ineficaces las garantías prestadas por el adquirente. Prevalece aquí el principio “*utile per inutile non vitiatur*”, puesto que lo contrario sería ir en contra de la autonomía privada y la voluntad presumible de los otorgantes, conforme viene regulado en el 1.289.1 del Cc. En este sentido ver S. 4 de marzo de 1.971 o S. 24 noviembre 1.983, entre otras, de donde se deduce que el contrato producirá sus efectos con amputación de los elementos, cláusulas o medida viciados o prohibidos, siempre que la regulación resultante atienda suficientemente a los intereses de las partes de acuerdo con su propósito negocial. LACRUZ, J.L., op. cit., pág 284; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, ed. Dykinson; GANDOLFI, G., *La conversione dell'atto invalido; il modello germanico*, vol I, Milano, 1.984, págs 13 y ss, hace un estudio muy interesante sobre el tema, partiendo de la idea embrionaria de Thibaut, estudiando también el concepto del negocio “parcialmente nulo” en Puchta, hasta la evolución posterior del criterio de la “nulidad parcial” de los negocios jurídicos.

<sup>101</sup> DOMINGO, R.; ORTEGA, J.; RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, B; *Principios de Derecho Global. Aforismos jurídicos comentados*, Navarra 2003, pág 209. Aforismo utilizado con frecuencia (lo que es nulo no produce ningún efecto) cuya formulación se aproxima a aquella de ALCIATO, Comentaría, c.56, núm. 76. Cfr. STS 25 de junio 1996, STS 1 febrero 1997; STS 14 enero 1998; STS 6 marzo 1998.

<sup>102</sup> La doctrina y la jurisprudencia suelen atribuir a la nulidad absoluta o de pleno derecho los caracteres siguientes: no precisa declaración judicial, ni una previa impugnación del negocio, ya que opera ipso iure, no produce efecto alguno, la nulidad es definitiva (*Quod ab initio vitiosum est, non post tractu temporis convallescere*, D. 50, 17, 29). Pero muchas de las causas o casos de nulidad que se refieren en los artículos citados, implican también algunas excepciones, por ejemplo, los problemas que plantean la invalidez por falta de forma, se plantean de manera singular en el testamento abierto, al que se exige “la garantía notarial, no sólo de la verdadera voluntad del testador, sino de todos los otros extremos que exige la ley”, de tal modo que, de acuerdo con el art. 687 Cc, “La omisión de cualquiera de estas solemnidades le priva de validez, aun en el supuesto de que racionalmente no pudiera dudarse de que su texto literal constituye la fiel expresión de los manifestado por el testador”. Sin embargo en la celebración del matrimonio, la falta de forma, cuando no es esencial, puede no ser causa de invalidez (art. 78 Cc.); LACRUZ, J.L., op. cit. págs. 281 y ss ).

Como vemos, si bien en general la invalidez de los negocios jurídicos queda reducida a unos términos generales de nulidad y anulabilidad, no es menos cierto, tal y como expone Juan Miquel<sup>103</sup>, que “ la moderna ciencia el Derecho ha realizado un considerable esfuerzo para precisar el concepto y clases de invalidez del negocio jurídico. Aunque la terminología oscila no sólo en los Códigos, sino, incluso, en la doctrina”. Por lo tanto, tal y como dijimos, en la actualidad no existen oposiciones privativas, como ocurría en Derecho romano, sino que partimos de diferentes grados:

Validez ----- anulabilidad ----- nulidad

Existe por lo tanto, un grado intermedio entre la validez y la nulidad, que viene representado por la anulabilidad.

Lo que ocurre es que este trabajo lo enfocábamos desde la perspectiva de la existencia en Derecho romano de un campo semántico referido a la invalidez de los negocios jurídicos dentro del cual se encontraban todos aquellos términos, utilizados por los diferentes juristas, y donde debíamos realizar el estudio de dichos términos desde la perspectiva de oposiciones privativas (útil frente a inútil, eficaz frente a ineficaz y así sucesivamente) para poder llegar a conclusiones más concretas.

Pero es que desde la perspectiva actual, tal y como la doctrina viene presentando el problema de la invalidez de los negocios jurídicos, también se podría hablar de la existencia de un campo semántico de “invalidez”, dentro del cual, se encontrarían todos esos términos, que si bien son cercanos a la nulidad o anulabilidad, sin embargo, sectores doctrinales los diferencian: negocio jurídico ineficaz, inexistente<sup>104</sup>, parcialmente nulo,

---

<sup>103</sup> MIQUEL, J., *Derecho privado romano*, Madrid, 1.992, pág149.

<sup>104</sup> El término “inexistencia” es utilizado por la jurisprudencia española ( S. 18 de diciembre 1.981, S. 5 junio 1.978). Tal introducción se debió en Francia en relación con el matrimonio, a una necesidad práctica coyuntural. En la doctrina antigua francesa se había consolidado la regla *pas de nullité sans texte*; promulgado el código, se advirtió que el legislador no regulaba la nulidad de actos cuya falta de protección por el Derecho era evidente, como el matrimonio de dos personas del mismo sexo. Ante ello, la doctrina subsanó el “error”, advirtiendo que en tales casos, no es que el matrimonio fuera nulo, sino iba más allá: era un matrimonium non existens.

anulable, anulabilidad parcial. Los términos se han reducido, indiscutiblemente, pero se sigue discutiendo acerca de la diferencia del significado jurídico de los mismos no existiendo un acuerdo unánime al respecto. Podríamos incluso afirmar, que si bien es indiscutible la distinción entre negocios nulos y anulables, sin embargo, desde el punto de vista terminológico, nuestro Cc no hace mención a la “anulabilidad” de forma expresa, sino que se refiere a ella en el art. 1.300 Cc como “ los contratos ..... podrán ser anulados”, pero sin ofrecer un sustantivo o adjetivo concreto para ese tipo de contratos que incurren en los supuestos regulados en el propio Cc. Por lo tanto, continuamos moviéndonos dentro de un campo semántico, aunque ciertamente lo hemos reducido a unos términos más específicos pero no exactos.

En cuanto al Derecho alemán, en el BGB, ocurre algo similar desde el punto de vista terminológico. Robleda<sup>105</sup> advierte, al comenzar a hablar de “La nulidad en el BGB”, que a pesar de haberse esmerado la doctrina científica en presentar la clasificación de la nulidad en los negocios jurídicos, sin embargo, la doctrina no ha logrado aún cristalizar en una teórica y clara construcción lógica.

En el BGB se repiten tres términos que parecen responder a otras tantas figuras de invalidez del acto: Nichtigkeit (nulidad), Unwirksamkeit (ineficacia), Anfechtbarkeit o Aufhebbarkeit (anulabilidad). Pero a ello también se le podría unir el término de inexistente, al hablar en § 154 y 155 de “nicht geschlossen” que viene referido al acto inexistente<sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup> ROBLEDA, O., op. cit. pág 71; PANAJIOTIS, Z., “Zur Theorie der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte”, en Festschrift für Jean Spiropoulos, Bonn, 1.957, pág. 461 señala que “In Deutschland selbst wo eigentlich diese Theorie der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte die bedeutendste Entwicklung erfahren hat, fehlt es noch heute an einer allgemeinen Lehre der Ungültigkeit, in der sämtliche Kategorien des ungültigen Rechtsgeschäftes eine logische Erklärung und eine Konstruktion im Zusammenhang mit der Funktion des Rechtsgeschäftes im allgemeinen finden können”; FLUME, W., *El negocio jurídico*, Madrid, 1.998, ed. traducida por J.M MIQUEL y E. GÓMEZ CALLE, también se refiere a la diversa utilización terminológica del BGB, pág. 643 y ss.

<sup>106</sup> GANDOLFI, G., *La conversione dell'atto invalido*, Milano, 1988, pags 236 y ss hace mención al problema de la inexistencia de los negocios jurídicos no solo en Italia, sino también en comparación con lo que ocurre en el Derecho alemán.

En Derecho alemán, la nulidad de un negocio jurídico ha de contemplarse siempre en relación a la causa de nulidad. De la causa de nulidad resulta qué consecuencias jurídicas se producen en lugar de la reglamentación establecida negocialmente en caso de nulidad. Las causas de nulidad no están recopiladas en la Ley, sino que se deducen de múltiples disposiciones particulares.

En el BGB se emplean los términos “Nichtigkeit” o “Unwirksamkeit”, sin que consecuentemente sean utilizados ambos con un sentido distinto. “Unwirksam” serían aquellos negocios jurídicos que aún pueden surtir efectos, para cuya eficacia aún hace falta en especial la declaración de un tercero o de una autoridad. A estos negocios que todavía pueden surtir efectos también se les denomina “ineficaces en situación de pendencia”.

“Nichtig” serían los negocios jurídicos que desde el principio o a partir de un determinado momento no pueden surtir efectos ( §§ 125, 134, 105, 138, 306, 142 BGB). Pero la Ley también utiliza frecuentemente en estos casos el término “Unwirksam”( §§ 111, 174, 344, 388, 925II, 1253.I, 1831, 1950, 2101.I y 2202.II BGB). El término “nulo”, en cambio, se usa por la Ley para las causas de nulidad de la incapacidad de obrar (§105), del defecto de forma (§125), de la transgresión de una prohibición (§134), de la contrariedad a las buenas costumbres (§138), de la imposibilidad de la prestación en el contrato obligatorio (§306) y para la nulidad por causa de impugnación (§142). Pero vemos como la Ley no diferencia los términos “nulo” e “ineficaz”. Simplemente hay nulidad en el sentido de los §§139-141 cuando el negocio jurídico ya no puede surtir efectos.<sup>107</sup>

En lo que afecta al término “Anfechtbarkeit”, el fundamento de la anulabilidad es en el Código alemán, como en todos los demás, el daño, no precisamente del orden público, sino, inmediatamente al menos, de los particulares, o sea de las partes que realizaron el acto. Ese daño produce una reacción del sujeto privado, a quien el ordenamiento jurídico protege.

---

<sup>107</sup> FLUME, W., *El negocio jurídico*, ed. trad. Madrid 1998, págs. 644 y ss.

Por otra parte, la confirmación del acto es posible, bien por renuncia expresa a anular el acto (confirmación propiamente dicha) o presunta, que se daría en la prescripción (&144, 121, 124 BGB, etc). Además, una vez anulado el acto, la situación que se sigue, se equipara a la de la nulidad absoluta.

De todas formas, el BGB se distingue de otros Códigos, por los casos en los que tiene lugar la anulabilidad (& 119-120 y 123), por el modo de llevar a cabo la acción de invocarla brevísimamente (& 143: “*Die Anfechtung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner*”) así como por el tiempo de la prescripción, donde los & &121, 124 BGB y ss, no hablan de prescripción sino de exclusión del acto impugnativo (Anfechtung).

También se distingue la nulidad inicial y la sobrevenida, sin que esta distinción tenga otro significado que el didáctico. Y del mismo modo se diferencia entre el negocio aún no completo y el negocio aún no eficaz. Esta distinción descansa en la diferencia entre el supuesto de hecho del negocio jurídico y el presupuesto de eficacia. Conforme a esta diferenciación, el simple acuerdo abstracto de transmisión, en tanto no se realice la inscripción, es un negocio jurídico incompleto, mientras que el negocio del menor de edad antes de que el representante legal otorgue su asentimiento o la disposición de quien no es titular antes del otorgamiento del asentimiento del titular es un negocio aún no eficaz<sup>108</sup>.

Por ello entendemos que podemos hablar, también en Derecho alemán, en materia de invalidez<sup>109</sup> de los negocios jurídicos de “*Semantische Felder*”, donde se encuadrarían todas estas expresiones (Anfechtbarkeit, Nichtigkeit, Unwirksamkeit, Aufhebbarkeit, nicht geschlossen), que si bien en algunos casos significan lo mismo (ineficacia- nulidad), sin embargo, la

---

<sup>108</sup> FLUME, W., *El negocio jurídico*, pág. 646.

<sup>109</sup> El término que no aparece en el BGB es el Ungültigkeit, pero sí el de gültig: ver por ejemplo & 32. 122. 307, 518, 2360.

propia Ley determina, en algunas situaciones diferencias entre ambos términos.

Como conclusión, podríamos afirmar que aún en la actualidad existen claras discrepancias doctrinales, acerca de la terminología empleada con referencia a la invalidez del negocio jurídico y los diferentes efectos que pueden provocar cada uno de estos términos unidos a un sustantivo concreto, a un negocio jurídico determinado.

#### D.- Evolución del término “inutilis”.-

Una vez elaborada por la Pandectística una teoría general del negocio jurídico, conocemos que los términos utilizados para referirse a la invalidez de los negocios jurídicos han quedado reducidos en general, al término de nulidad y anulabilidad. Es decir, ya no podemos hablar de “oposiciones privativas”, sino que la Pandectística ha incluido un grado intermedio entre la validez y la invalidez de los negocios jurídicos, que sería lo que actualmente se entiende por “anulabilidad”. Lo que no obsta, para que dentro de los diferentes ordenamientos jurídicos, existan discusiones doctrinales acerca de otros términos que se encuentran dentro del campo semántico de la invalidez, pero que no se sabe a ciencia cierta, si son o no aplicables a los diferentes supuestos de invalidez, como términos diferentes a los de nulidad o anulabilidad.<sup>110</sup>

Lo que sí que es cierto es que, en materia de negocio jurídico, el término “inútil” ha desaparecido completamente. En el ordenamiento jurídico español, encontramos, sin embargo, que la expresión “*inutil*” se sigue utilizando en materia de Derecho Mercantil, del Derecho Militar e incluso en Derecho Fiscal, pero en ellos, tal y como ya expusimos en las

---

<sup>110</sup> Ver apartado anterior referido al Derecho actual.

“Cuestiones metodológicas”, los ámbitos en los que se usa, distan mucho de la materia de la invalidez del negocio jurídico. Más bien, en todas estas disposiciones, el término de “inútil” se refiere a la persona física y concretamente a la incapacidad de los sujetos para acometer determinados actos.<sup>111</sup>

Lo mismo ocurre en el ordenamiento jurídico alemán, donde si buscamos el término “*unnützig*” se nos remite a “*Berufsunfähigkeit*”, significado que también está muy lejos de aquél aplicado por los juristas romanos y que dista mucho de la materia de “*Rechtsgeschäfte*”<sup>112</sup> y que, como ocurre en nuestro ordenamiento, se refiere también a la incapacidad profesional de la persona.

Por lo tanto, actualmente no existe el término “inútil” para hacer referencia a la invalidez de los negocios jurídicos, si bien se ha mantenido en otros campos jurídicos, pero con un significado jurídico absolutamente distinto al que se utilizaba en el Derecho romano.

Es curioso, sin embargo observar que Gayo en sus Instituciones 3,105 – 3,109 no utilizaba el término “*inutilis*” para referirse a la falta de capacidad de los sujetos para llevar a cabo el negocio jurídico estipulatorio. Para referirse a dicha incapacidad de las partes, prefirió emplear verbos en sentido positivo o negativo que implicaban el que dichos sujetos, afectados por determinadas incapacidades, no podían llevar a cabo la estipulación o por el contrario, estaban capacitados para ello. Gayo, por el contrario, recurría al vocablo jurídico “*inutilis*” para hacer constar que en el negocio jurídico estipulatorio existía algún tipo de obstáculo objetivo, que impedía que la estipulación desplegara sus efectos propios.

Sin embargo, el término “inútil” en la actualidad no se emplea, como hemos visto, para reflejar la falta de validez del negocio jurídico, sino que

---

<sup>111</sup> Ver pág. 14 y 15 notas 20, 21 y 22 de este trabajo, donde hacemos expresa referencia a las materias y disposiciones jurídicas concretas donde se utiliza el término “inútil”.

<sup>112</sup> KAUFMANN, H., WEBER, K., *Rechtswörterbuch*, München, 1.997, pág. 189.

al contrario de lo que analizábamos en Gayo, la expresión “inútil” se refiere a la incapacidad de determinados sujetos para llevar a cabo determinados actos. Es decir, actualmente “inútil” viene unido a la incapacidad física, ni siquiera a la capacidad de obrar ( que es un concepto genérico), frente al término “*inutilis*” romano que representaba una falta objetiva de la prestación en la estipulación.

## CAPÍTULO III

### ESTIPULACIONES INÚTILES PERO EXISTENTES EN DERECHO ROMANO CLÁSICO

#### I.- LA INUTILIDAD DE LAS ESTIPULACIONES EN GAYO: IDEAS GENERALES

Como ya hemos señalado anteriormente, encontramos en las Instituciones de Gayo la materia estrictamente relativa a la inutilidad de las estipulaciones (*de inutilibus stipulationibus*) recogida en los pasajes 97 hasta el 103 del Comentario tercero, así como también en el 104<sup>113</sup>. Y sostenemos que se trata de la “materia estrictamente relativa a la inutilidad de las estipulaciones”, porque es en dichos pasajes, donde se emplea expresamente el adjetivo “*inutilis*” como pareja nominal de la *stipulatio* para calificar la invalidez de dichos negocios jurídicos. No lo va a emplear, en cambio, en el resto de los pasajes del mismo Comentario (105 hasta el 109) donde existe claramente un cambio en la terminología utilizada,<sup>114</sup> si bien ciertamente continúe tratando la cuestión de la invalidez de las estipulaciones pero desde la perspectiva de estipulaciones que no pueden ser llevadas a cabo por no existir como negocio jurídico.

Como ya pusimos de relieve en las páginas precedentes, Gayo trata de analizar por un lado, las estipulaciones que, existiendo, no despliegan los efectos buscados por las partes y a las cuales tacha de “*inutilis*” y por otro

---

<sup>113</sup> Lo mismo en HELLMANN, F, op. cit., donde entiende que en el resto de los pasajes no se habla “*de inutilibus stipulationibus*”. Se utiliza otra terminología diferente referida a los sujetos que van a realizar una estipulación y no directamente a la estipulación.

<sup>114</sup> El pasaje 3, 103<sup>a</sup> trata de prestaciones exigibles, por contraposición a las estipulaciones a favor de tercero no sometido a potestad, las cuales son inútiles salvo que se estipule para mí y para un tercero no sometido, caso en el que hay división de escuelas, tal y como aparece en el pasaje 3,103 y como veremos más adelante en el apartado C de este capítulo.

lado, utilizando una terminología diversa, aquellos supuestos donde no puede existir una *stipulatio*.

Así, Gayo en 3, 97<sup>115</sup> comienza abordando la materia de las estipulaciones inútiles en base a su contenido. Concretamente, aquellas estipulaciones inútiles por razón de un objeto imposible y en particular, aquellos objetos que son considerados bien física (... *aut mortuum quem vivum esse credebat...*) o bien jurídicamente imposible (... *si quis hominem liberum, quem servum esse credebat ...*). Serían todos ellos supuestos en donde falla la idoneidad del objeto.<sup>116</sup>

En el 3, 99 habla de la inutilidad de las estipulaciones de cosa propia. Se trata de una invalidez de la estipulación basada en la falta de idoneidad del objeto en relación con el sujeto determinado. Si bien las partes son genéricamente capaces de obrar, sin embargo, el *stipulator* carece de la específica facultad de adquirir ese objeto concreto, puesto que ya le pertenece. No obstante, dicho objeto, sí que podría ser objeto de otra prestación si no fuera ya propiedad del estipulante. Es completamente imposible que exista una transmisión de la propiedad cuando ya se tiene la propiedad de la cosa sobre la que versa la *stipulatio*. En este sentido se trataría de una imposibilidad que afecta al objeto por su relación con el estipulante, pero no de una imposibilidad del objeto en sí mismo. No se trata de una imposibilidad general y abstracta, o si se prefiere, objetiva de la cosa, sino de una imposibilidad concreta del objeto en conexión con su relación directa con el sujeto estipulante.

---

<sup>115</sup> Respecto a Gayo 3,97<sup>a</sup> y la imposibilidad física ver infra Cap. III A.

<sup>116</sup> d'DORS, A., *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1.981, págs. 495 y ss, considera estas estipulaciones como inexistentes por falta de congruencia. Nosotros entendemos que la incongruencia, en sentido estricto, se refiere más bien a la falta de coherencia entre pregunta y respuesta en la *stipulatio* pero que no podemos incluir en la misma idea el resto de las estipulaciones inútiles que cita Gayo, tal y como se propone en este manual. La misma idea la podemos encontrar en BETTI, E., op. cit, págs. 126 y 127 o en KUNKEL, W., op. cit. págs. 147 y ss quienes hacen una clasificación diferente de la ineficacia de los negocios jurídicos. No nos vamos a inclinar por ninguna de ellas, puesto que entendemos que en Derecho romano no cabe clasificación alguna. Lo único que intentamos presentar es una ordenación coherente de los fragmentos de Gayo en materia de invalidez de las estipulaciones desde la perspectiva de la oposición privativa “utilidad-inutilidad”.

Seguidamente cita Gayo aquellas estipulaciones inútiles por causa de alguna falta cometida en su realización. En este sentido, en las Instituciones gyanas se distingue entre:

- a) aquellas faltas que derivan de la inserción de condiciones y plazos imposibles, como es el 3, 98 con respecto a las estipulaciones bajo condiciones imposibles y los pasajes 3, 100 y 101 que tratan la adición de plazos al negocio que no sean admitidos<sup>117</sup>
- b) aquellas otras que afectan a los requisitos de forma externa, como es el 3, 102 (falta de congruencia entre pregunta y respuesta), que plantea la importante cuestión, de si a partir de un determinado momento, la falta de congruencia fue interpretada como falta de acuerdo de voluntades.
- c) Y por último, aquellas otras faltas que afectan a la ausencia de legitimación de alguna de las partes y que para Betti<sup>118</sup> se daría, cuando ésta no existe o sea deficiente, es decir, cuando la parte carezca del poder de prescribir una relación obligatoria en orden a los hechos y a los intereses contemplados en ese negocio jurídico (3, 103 referido a las estipulaciones a favor de terceros e implícitamente a cargo de terceros) o cuando una de las partes no tenga la específica idoneidad para ser sujeto activo o pasivo del negocio que se intenta perfeccionar (3, 104 que aborda la imposibilidad de obligaciones entre el pater y el sometido a su potestad y a la falta de capacidad jurídica para obligarse con cualquiera del esclavo y la mujer *in manu* y por lo tanto una falta de legitimación para obligarse).

Los siguientes fragmentos atañen ya a la falta de capacidad de obrar de los sujetos contratantes. En esta materia la terminología es dispar, en el sentido de que no sólo no utiliza el adjetivo *inutilis*, sino que además pasa a

---

<sup>117</sup> Quizás aquí podríamos hablar también en cierta manera de una falta de legitimación en lo que a la motivación se refiere, puesto que no se puede hacer recaer la obligación en la persona del heredero.

<sup>118</sup> BETTI, E, *Istituzioni di Diritto Romano*, vol. primo, pág. 126 y 127.

hacer uso de verbos en sentido negativo para destacar que determinadas personas no pueden estipular por diferentes razones (porque no puedan oír o hablar, por ejemplo) o por el contrario cita las posibilidades de pupilos, mujeres e infantes de estipular eficazmente. Así, en el 3,105, afirma que *“Mutum neque stipulari neque promittere posse palam est. Idem etiam in surdo ...”*, el 3, 106 *“Furiosus nullum negotium gerere potest ...”*, en el cual, además, no hace expresa mención a la *stipulatio*, sino que en este supuesto del “loco”, la falta de capacidad para negociar la generaliza a todos los negocios jurídicos; en el 3, 176 aborda la falta de capacidad jurídica, concretamente del esclavo; ya por último, en el 3, 107, 108 y 109 donde Gayo no solamente no se refiere a la invalidez de la estipulación sino que además, a contrario sensu, dedica estos fragmentos a la eficacia de las estipulaciones, al afirmar que *“Pupillus omne negotium recte gerit, ut tamen, sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur, velut si ipse obligetur; nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest”* y en Gayo 3,108 *“Idem iuris est in feminis quae in tutela sunt.”*

En este aspecto, al utilizar el jurista en estos últimos pasajes diferentes verbos, bien en sentido positivo o en sentido negativo, está ampliando aún más el propio significado de sus afirmaciones. No se ciñe únicamente al análisis interno de los requisitos exigidos a la propia *stipulatio*, puesto que el negocio jurídico no se ha llevado a cabo, sino que hace hincapié en la falta de capacidad de obrar de las partes que le impide llegar a perfeccionar bien una *stipulatio* o bien cualquier tipo de negocio jurídico; es decir, en lo que afecta al elemento subjetivo del negocio jurídico, tanto en general como en particular, se cambia el enfoque terminológico que hasta ese momento venía haciendo de la cuestión. Por lo tanto, Gayo, al hablar de ineficacia de las estipulaciones, hace un análisis diferente entre aquella ineficacia por razón del objeto de la misma, donde tacha la estipulación de *“inútilis”*, bien sea por un defecto de forma o de fondo, así como la ineficacia de la *stipulatio* de cosa propia, de la estipulación a favor de terceros, casos todos ellos donde la prestación es imposible, y aquella otra ineficacia de la estipulación provocada estrictamente por la falta de

capacidad de las partes contratantes, no por la imposibilidad de la prestación en sí. A ello habría que añadir la falta de capacidad jurídica del sujeto (como puede ser el esclavo) que ya hemos visto en Gayo Instituciones 3, 176, en el capítulo precedente.

Dicha distinción se acentúa a través del propio lenguaje utilizado. Por una parte, el adjetivo “*inutilis*” unido a un sustantivo concreto, cual es “*stipulatio*” transforma por completo el significado y por lo tanto los efectos de este negocio jurídico. A través de la adjetivación, el jurista pone de manifiesto que el contrato no cumple con alguno de los requisitos impuestos por el ordenamiento jurídico para lograr su eficacia: la *stipulatio* existe, pero es “inútil”; por otra parte, una relación de verbos que implica la imposibilidad de los sujetos de realizar un determinado acto jurídico. Por lo tanto, no se puede entrar a valorar un contrato que no se ha podido llevar a cabo; en esta materia no se discute si la *stipulatio* es eficaz o ineficaz, si reúne o no todos los requisitos impuestos por el ordenamiento jurídico, sino que directamente se alude a la imposibilidad de que llegue a nacer (inexistencia de la *stipulatio*<sup>119</sup>). Notamos, por lo tanto como Gayo continúa manteniendo la distinción terminológica a la que hacíamos referencia cuando analizamos el 3,176 de sus Instituciones: existencia de la *stipulatio*, pero que no despliega los efectos buscados por las partes y que denomina “*stipulatio inutilis*”, frente a una inexistencia de la estipulación, donde se limita a citar aquellas personas que no pueden llegar a estipular.

Por último, otro dato a tener en cuenta es que, tanto en el 3, 97 como en los pasajes 3, 99 hasta el 103, ambos inclusive, de las Instituciones gayanas, se refieren específicamente a obligaciones que consisten en un “*dare*”. Y es que, como apunta Rabel<sup>120</sup>, el principio más antiguo conocido por nosotros y aceptado por la doctrina, sobre la imposibilidad de la prestación, tiene su punto de partida en la teoría republicana de la “estipulación de dar”. Este principio dice simplemente que el objeto de la

---

<sup>119</sup> d’ORS, A., op. cit. pág. 495.

<sup>120</sup> RABEL, E., *Gesammelte Aufsätze*, Band I, pág. 18 y ss.

prestación ha de existir efectivamente (por lo que no se está pensando sino en cosas corporales, cosas físicas).

## II.- ESTIPULACIONES INÚTILES POR EL OBJETO:

### A.- Estipulación de dar un objeto imposible: Gayo 3,97

Comienza Gayo el análisis de la invalidez de las estipulaciones abordando los supuestos que afectarían a la validez de una *stipulatio* por la falta de alguno de los requisitos referidos a su contenido. La penumbra significativa a la que habíamos hecho referencia en páginas anteriores, desaparece y, a consecuencia de ello, la sustancia de contenido no conformada hasta ahora ya ha sido actualizada a través de la adjetivación.

Hasta este momento hemos tratado la invalidez en términos generales, sin hacer referencia expresa a las causas que provocan dicha invalidez en la estipulación. Ahora nos enfrentamos a una serie de supuestos concretos que ponen de manifiesto que el sustantivo *stipulatio* no reúne las características y requisitos intrínsecos de dicho negocio jurídico. Con el adjetivo “*inutilis*” se representa una diferencia sustancial con respecto a otras estipulaciones que sí que cumplen con dichos requisitos y, por lo tanto, nos confirma la invalidez de esas estipulaciones: en concreto por tener un objeto imposible.

El primero de los pasajes que trata la materia de la inutilidad por razón del objeto es Gayo 3, 97:

*”Si id quod dari stipulamur tale sit, ut dari non possit, inutilis est stipulatio, velut si quis hominem liberum quem servum esse credebat, aut mortuum quem vivum esse credebat, aut locum sacrum vel religiosum quem putabat humani iuris esse dari stipuletur”.*

Aquí podemos observar que Gayo habla de estipulaciones que consisten en dar un objeto, que en ese momento determinado, no se puede dar. Aunque las partes creían que era un objeto comerciable (que era un esclavo vivo o un lugar sobre el que podía recaer una estipulación), sin embargo, estaban en un error; es por ello, por lo que la estipulación pasa a ser considerada por Gayo como inútil.

La posibilidad de la prestación es un requisito general a todos los negocios jurídicos impuesto por el ordenamiento jurídico y cuya inexistencia conllevaría la ineficacia de los mismos y no sólo de la propia *stipulatio*. No se trata ya de un requisito propio y particular de la *stipulatio*, como puede ser la congruencia entre pregunta y respuesta sino de un requisito general de cualquier negocio jurídico (“*Impossibilium nulla obligatio est*” Celso D. 50, 17, 185):

Ulpiano D. 50, 17, 31 “*Verum est neque pacta neque stipulationes factum posse tollere; quod enim impossibile est, neque pacto neque stipulatione potest comprehendi.*”

El sustantivo *stipulatio* aparece impregnado de unas circunstancias que le impiden desplegar los efectos que le son propios. Concretamente, se está contemplando la posibilidad de que se estipule dar un objeto, cuya naturaleza imposibilite ese “*dare*” el objeto mismo de la prestación (*quod dari non possit*). A continuación, Gayo expone una relación de ejemplos, como puede ser la estipulación de un hombre libre<sup>121</sup>, creyendo que era esclavo, o un esclavo muerto, creyendo que estaba vivo, o un lugar sagrado o religioso creyendo que era de Derecho humano. Si bien deja claro que ello ocurre en las estipulaciones exclusivamente de dar<sup>122</sup> (al menos con los ejemplos que cita), sin embargo, no se puede entender que se trata de una lista cerrada de supuestos referidos a estipulaciones de dar, sino que simplemente es una relación de posibles casos, a título de ejemplo, donde

---

<sup>121</sup> TOMELESCU, C. St., “Nexum bei Cicero”, in Iura, XVII, 1966 parte prima, pag. 80, “Die *stipulatio* oder das Legat, welche das *dare* eines freien Menschen zum Gegenstande hatten, waren streng verboten.”

<sup>122</sup> En Gayo 3, 98, en relación con las condiciones imposibles ya se habla de imposibilidad de “*facere*” (... “*si digito caelum tetigerit*”...), sin mencionar la naturaleza de la *stipulatio* principal (negocio jurídico condicionado).

se contemplaría de nuevo que la estipulación es inútil. En este aspecto no deberíamos olvidar que las Instituciones de Gayo son consideradas como un tratado elemental con un carácter didáctico.

En cuanto a estos ejemplos citados por Gayo, el jurista distingue entre diferentes cosas que, queriendo las partes estipulantes que sean objeto de la *stipulatio*, y creyendo que lo pueden ser, sin embargo no pueden serlo porque son objetos que no están dentro del tráfico jurídico comercial.<sup>123</sup> Si esto ocurriera, hablaríamos de una imposibilidad objetiva de la prestación, entendida ésta, como categoría jurídica: ”... *quod dari non possit*”, independientemente de que el objeto de la prestación pueda ser tanto físicamente (*mortuum est ...*) como jurídicamente imposible (*sacrum est ...*). Además, se trataría de una imposibilidad absoluta de la prestación,<sup>124</sup> pero las causas de dicha imposibilidad pueden ser tanto físicas como jurídicas<sup>125</sup>.

Toda estipulación tiene un elemento objetivo que es la propia prestación. La prestación consiste en la actividad que el deudor debe realizar frente al acreedor conforme al vínculo obligatorio que exista ente

---

<sup>123</sup> Con respecto a las *res intra o extra patrimonium*, comienza Gayo el comentario segundo hablando de “..... *nostro patimonio sunt vel extra patrimonium habentur*”, según se encontrasen o no en el patrimonio privado de los individuos. Distinción que no coincide exactamente con la de *res intra y extra commercium*, pues en las *res extra patrimonium*, pueden incluirse, además de las *res extra commercium*, las *res derelictae* y las *res nullius*. Seguidamente, Gayo 2,2, establece como primera división de las cosas, las de derecho divino y las de derecho humano. En los siguientes fragmentos, va especificando las características de cada una de ellas (*divini iuris sunt veluti sacrae et religiosae*). Esta clasificación la mantiene en 3, 97 a la hora de fijar la inutilidad de las estipulaciones por razón de su naturaleza. ARCHI, G.G., “La summa divisio rerum en Gaio e in Giustiniano”, en SDHI,3 (1.937), págs. 5 y ss, entiende que Gayo recoge dentro de la idea de cosas *intra patrimonium* aquellas que son *humani iuris* y que por el contrario, se encontrarán fuera de nuestro patrimonio las que fueran consideradas “*divini iuris*” (Gai 2, 9). Contrarios a esta postura nos encontramos GROSSO, G. “Appunti sulle distinzioni delle “res” nelle Istituzioni di Gaio”, Studi Besta,1, págs. 35 y ss, donde señala que la distinción entre *res divini iuris* y *humani iuris* debe derivar del arquetipo, de manera que Gayo sobrepuso la dependiente del *esse in nostro patrimonium* o del *extra patrimonium haberi*. En este sentido, ver también ARANGIO RUIZ, V, *Istituzioni*, pág. 625 donde habla sobre la distinción entre *divisio* y *partitio*; PARICIO,J en “Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana, en Derecho de obligaciones Homenaje al Pr. J:L:Murga Gener, Madrid, 1.994, pág. 49, entiende que con la expresión “*summa divisio*”, Gayo quiere indicar que al menos a su entender, que esa es la más completa de las divisiones posibles; BECKER, Chr., *Die “res” bei Gaius. Vorstufe einer Systembildung in der Kodifikation?*, Berlin, 1.999, págs. 35-37.

<sup>124</sup> “MOMMSEN,F., *Beiträge zum Obligationenrecht*, Darmstadt, 1.997 pág. 112 y ss.

<sup>125</sup> Ver también, Ius. Inst. 3,19,1 que analizamos en las páginas siguientes de este trabajo.

ellos y puede consistir en un *dare, facere* o *praestare*<sup>126</sup>. La prestación es uno de esos elementos que mantiene a la *stipulatio* con una penumbra significativa, que perdurará hasta que aquélla se determine. Desde el punto de vista semántico, a través de la adjetivación se aclarará, en su caso, si la *stipulatio* contiene una prestación admitida por el ordenamiento jurídico. Pero evidentemente, para que pueda existir adjetivación, ha de existir previamente una *stipulatio* que puede no desplegar los efectos buscados por las partes. Si no existiera la *stipulatio*, no podríamos hacer uso de un adjetivo para calificarla, porque careceríamos del sustantivo, que es elemento que tiene significación propia. La estipulación para Gayo existe, pero es inútil.

En este pasaje de Gayo nos encontramos ante una prestación de *dare* un objeto que, en principio, debería ser susceptible de apropiación privada<sup>127</sup>. De hecho, las partes creían que el objeto de la prestación era conforme a Derecho. Sin embargo, el objeto de la *stipulatio* acordado por los estipulantes, era imposible y de ahí que el negocio jurídico fuera, según Gayo, inútil. Las estipulaciones carecen de eficacia en el tráfico jurídico comercial puesto que a las prestaciones de dar, les falta en estos casos la idoneidad para ser objeto de una *stipulatio*. Gayo tiene en cuenta expresamente la imposibilidad de dar y de ahí que el negocio jurídico no pueda verificarse conforme a lo querido y manifestado por las partes.

En este sentido, podríamos además afirmar que nos encontramos pues ante una imposibilidad del resultado<sup>128</sup>. El esclavo es un objeto que se encuentra habitualmente en el tráfico jurídico y por lo tanto, puede ser

---

<sup>126</sup> Paulo D. 44,7,3 “*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.*”; Gayo 4,2 “*In personam actio est, qua agimus cum aliquo qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus DARE, FACERE, PRAESTARE OPORTERE.*”

<sup>127</sup> KASER, M., *Das römisches Privatrech*, Band I, pág. 489, con referencia a las Instituciones de Gayo 4,4 y 2, 204; también CUENA BOY, F., “La prestación y sus requisitos”, en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Prof. J.L. Murga Gener*, Madrid, 1.994, pág. 93 y ss nos define el término “*dare*” y concretamente se refiere a “*dare rem*” como la efectiva transmisión de la propiedad de una cosa, puesto que “*non videntur data, quae eo tempore quo dentur accipientis non fiunt*” (Paulo, D. 50, 17, 167).

<sup>128</sup> COSENTINI, C., *Conditio impossibilis*, Milano, 1.952, pág. 18.

transmitido a un tercero, al igual sucede con un edificio y así sucesivamente. Lo que ocurre es que en el momento de acordar las partes el objeto sobre el que debía recaer la prestación, ese objeto se encontraba fuera del tráfico negocial (era una *res extra commercium*) y las partes desconocían esa circunstancia (...*quem vivum credebat* ...). De ahí que no se pueda cumplir con la prestación acordada. Para que esa obligación fuera válida, la propia prestación que constituye su objeto tiene que cumplir además con una serie de requisitos, que básicamente son que el objeto ha de ser posible, lícito, determinado o determinable<sup>129</sup> y entendiéndose también como requisito de la prestación, la patrimonialidad o valor pecuniario.

Si bien en este trabajo no vamos a tratar a fondo el tema de la patrimonialidad de la prestación<sup>130</sup>, sin embargo, sí que nos parece conveniente citar el punto de vista de Medicus<sup>131</sup> en materia de imposibilidad de la prestación, en conexión con la patrimonialidad de la misma. En este sentido Medicus habla de dos grupos de cosas:

- Uno, aquellas cosas que no han existido, ni pueden llegar a existir, como es el hipocentauro. El *stipulator* quiere al hipocentauro por considerar lucrativo el traspaso a terceros intentando ganar dinero a través de dicho acto. Pero no cabe duda de que estas cosas no son evaluables en dinero, nunca tendrán, ni habrán tenido un precio de mercado.
- Otro grupo de prestaciones que consisten en la entrega de objetos que existen o han existido, pero que en el momento de constituirse la estipulación no pueden ser objeto de la prestación, por ejemplo, el hombre libre que se cree que es esclavo, o el lugar sagrado que

---

<sup>129</sup> Ulpiano D. 13,4,2,5 pone de manifiesto la invalidez de la stipulatio de dar un edificio por no describir donde estaba situado: "*stipulatio non valet*".

<sup>130</sup> Sobre este tema ver BETTI, E., *Teoria generale delle obbligazioni in diritto romano*, vol. I, Milán, 1.947; HONSELL, H., *Quod interest in bonae - fidei iudicium. Studien zum römische Schadensersatzrecht*, München, 1.969, págs. 153 y ss; MURILLO VILLAR, A., "Notas sobre la patrimonialidad de la prestación en Derecho romano", en Homenaje a Juan Vallet de Goytisolo VI, Madrid, 1.990, págs. 391 y ss entre otros.

<sup>131</sup> MEDICUS, D., "Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im römischen Recht", en ZSS, 1969, vol 86, págs. 67 y ss.

se creía profano, los edificios que se habían quemado y se ignoraba dicha situación, etc.

Para Medicus, uno de los problemas que se plantearía sería que el primer grupo de cosas nunca podría existir un precio de mercado, no son por lo tanto evaluables en dinero, requisito imprescindible para la estimación de una *certa res* a través del litigio<sup>132</sup>. El segundo grupo de cosas sí que pueden tener un precio de mercado si cambiaran aquellas circunstancias que determinan su imposibilidad jurídica. Y además entiende que no todo se debe reducir a un problema de tasación de la cosa, sino que tanto en el 3, 97 como en el 3, 99 se deja ver también el problema del error sobre la cosa, en el sentido de que es de suponer que el que sabe que un esclavo está muerto, no promete sobre él.

De todas maneras, creemos que bastaría con que el interés del acreedor en la prestación sea lícito y socialmente apreciable, aunque no tenga carácter patrimonial. En este sentido, las cosas fantásticas, como los animales de fábula, no lograrían tener nunca un carácter patrimonial, ni tampoco habría un interés socialmente apreciable; sin embargo, las otras sí que podrían tenerlo, si las circunstancias fueran otras o las hubieran tenido en algún momento de su existencia<sup>133</sup>.

Podemos finalizar diciendo que el requisito de la patrimonialidad de la prestación es también un requisito concluyente para determinar la

---

<sup>132</sup> Medicus, op cit. pág. 74 textualmente dice que “Wenigstens eine Ursache für die Entstehung der Regel, die auf eine unmögliche Leistung gerichtete Obligation sei nichtig, könnte bei der Litisästimation gelegen haben: in den Unmöglichkeitfällen fehlte ein Leistungsgegenstand mit einem realen Wert”; PASTORI, F., *Il negozio verbale in Diritto romano*, Bolonia, 1.994, págs. 306 y 307.

<sup>133</sup> SENECA, “De beneficiis, 6.15,1-2”, en *Moral essays III*, hace referencia a la patrimonialidad hablando del siguiente supuesto: “*Isto modo “inquit”, nec medico quicquam debere te nisi mercedulam dicis nec praeceptori, quia aliquid numeraveris. Atqui omnium horum apud nos magna caritas, magna reverentia est”. Adversus hoc respondetur quaedam pluris esse, quam emuntur. Emis a medico rem inaestimabilem, vitam ac bonam valetudinem, a bonarum artium praeceptore studia liberalia et animi cultum; itaque his non rei pretim, sed operae solvitur, quod deserviunt, quod a rebus suis avocati nobis vacant: mercedem non meriti, sed occupationis suae ferunt*”, donde revela la dificultad que existe en la conversión a dinero de la prestación del deudor. En el supuesto del hipocentauro, ya no se trata de una mera dificultad, sino directamente de la imposibilidad física de la prestación.

inutilidad o utilidad de la estipulación. Es una cuestión que afectaría directamente a la adjetivación de la propia *stipulatio* puesto que si el objeto no tiene un valor patrimonial, no puede constituir la prestación en una *stipulatio*. La prestación ha de tener un carácter patrimonial, es decir, convertible o valorable en dinero, porque de no ser así, no cabría una *aestimatio* al final de la condena del deudor, en caso de incumplimiento. La *condemnatio* en derecho clásico tenía que ser pecuniaria (D. 45,1,103): un hombre libre no puede ser objeto de una *stipulatio* “*quia nec dari oportere intendi nec aestimatio eius praestare potest*”, porque no puede ser objeto de una valoración patrimonial.

En el 3, 97, Gayo recoge alguno de los objetos que no cumplen esos requisitos que el propio ordenamiento jurídico exige para que puedan entrar dentro del tráfico negocial y sobre todo dentro del marco de la *stipulatio*. La invalidez de la *stipulatio* viene determinada por la imposibilidad que tiene objetivamente la prestación. De todo ello derivaría para Gayo la “inutilidad” del negocio.<sup>134</sup>

1.- Gai, 3, 97 e Iust. Inst. 3, 19, 1: Imposibilidad física – imposibilidad jurídica: la natura rerum y la imposibilidad objetiva de la prestación.-

Un texto que en cierta forma amplía más la idea de la inutilidad de la estipulación por imposibilidad de la prestación es el de las Instituciones de Justiniano, en tanto en cuanto introduce expresamente el concepto de imposibilidad física del objeto; concretamente, en I. 3, 19 ( “*De inutilibus stipulationibus*”) se comienza afirmando que cualquier cosa que esté bajo nuestro dominio, ya sea mueble o inmueble, puede ser objeto de una

---

<sup>134</sup> CUENA BOY, F., “La idea de rerum natura como criterio básico de imposibilidad de la prestación”, en RIDA V.XL.(1.993). Frente a esta idea, BARTOSEK, M., “Sulla concezione naturalistica e materialistica dei giuristi classici”, en Studi Albertario II, Milano, 1.953, afirma que se trata de objetos que no están de acuerdo con las condiciones de la vida material y social de la sociedad romana de cierta época. Cuenca Boy, sin embargo entiende que los requisitos vienen impuestos por el propio ordenamiento jurídico y que es éste el que los impone con el fin de que puedan entrar o no en el ordenamiento jurídico.

estipulación (“*Omnis res, quae dominio nostro subiicitur, in stipulationem deduci potest, sive illa mobilis sive soli sit*”). Pero continúa señalando que si hubiera estipulado “*quae in rerum natura non est aut esse non potest, vel uti Stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebatur, aut hippocentaurus, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio*”. Apreciamos como en este texto justiniano se utiliza la expresión “*rerum natura*” que ya encontramos en otros textos del Digesto, como pueden ser los de Javoleno D. 33, 6, 7, 1<sup>135</sup>, D. 35, 1, 40, 4 y también en Paulo D.5, 1, 28, 5<sup>136</sup>.

No se sabe con exactitud de cuándo data la expresión de “*rerum natura*”. En el Digesto se encuentra con frecuencia este principio en una manifestación que utiliza la expresión “*rerum natura*” originariamente como concepto filosófico. Esta derivación filosófica está fuera de duda y además es ampliamente reconocida<sup>137</sup>. En las fuentes extrajurídicas la concepción de la naturaleza como orden objetivo de las cosas se hace presente a partir del poema didáctico – filosófico “*De rerum natura*” de Lucrecio Caro (poeta epicúreo 98-55 a. de C). Sus manifestaciones son frecuentes, tanto en las obras de Cicerón como en la literatura del Imperio<sup>138</sup>, bajo la forma de expresiones como “*in rerum natura esse*” u

---

<sup>135</sup> D. 33,6,7,1: “*Lucio Titio tritici modios centum qui singuli pondo centum pendeant, heres dato; Ofilius, nihil legatum esse; quod et Labeo probat, quoniam eiusmodi triticum in rerum natura non esset; quod verum puto*”. Se trata como vemos de la nulidad de un legado por no existir la cantidad de 100 modios de trigo de 100 libras cada uno. Javoleno D. 35,1,40,4: “*Qui dotalem fundum nullum habeat, ita legaverat: “fundum Cornelianum, quem illa mihi doti dedit, ei heres dato”; Labeo, Ofilius, Trebatius responderunt, fundum nihilominus legatum esse, quia, cum fundus Cornelianus in rerum natura sit, demonstratio falsa legatum non perimit.*”

<sup>136</sup> D. 5,1,28,5: “*Si paterfamilias mortuus esset relicto uno filio et uxore praegnante, non recte filius a debitoribus partem demidiam crediti petere potest, quamvis postea unus filius natus sit, quia poterant plures nasci, cum per rerum naturam certum fuerit, unum nasci. Sed Sabinus, Cassius, partem quartam peti debuisse, quia incertum esset, an tres nascerentur; nec rerum naturam intuendam, in qua omnia certa essent, quum futura utique fierent, sed nostram inscientiam adspici debere*”. Por la propia naturaleza lo normal es que nazca un solo niño en cada uno de los partos, pero no es plenamente seguro. Sabino y Casio entienden que en el supuesto de que un padre hubiese muerto dejando un hijo y a su mujer embarazada, se debía pedir una cuarta parte y que no se debía atender a la naturaleza de las cosas, en la que todas las cosas serían ciertas, después de haberse realizado, sino que se debía partir de nuestra ignorancia.

<sup>137</sup> RABEL, E., *Unmöglichkeit der Leistung*, pág.19 y ss.

<sup>138</sup> CUENA BOY, F., *Estudios sobre la imposibilidad de la prestación*, pág. 25, nt. 26 cita a título de ejemplo los siguientes pasajes de Cicerón: de fin., 3.31; acad. Quaest., 2.17.54; pro Sex. Roscio, 15,45; ep., 11.21.3; pro C. Rabir. Perduell., 2.24; de or., 2.78. 317; y en cuanto a la literatura de la época imperial, A. Cornelio Celso, de medicina,

otras parecidas así como también sus contrarias. Con estas expresiones, lo que se quiere indicar es que algo es posible o que no lo es.

A partir del antiguo sentimiento de la naturaleza propio de los romanos, se ejercieron diferentes influencias filosóficas que llevaron a la concepción del orden natural como límite inderogable de la norma jurídica y como base de la que ha de partir esta norma necesariamente. La naturaleza de las cosas se configura como una barrera infranqueable, una barrera que ni la norma jurídica ni la voluntad de los particulares pueden traspasar por tratarse de una base de configuración jurídica preordenada al *ius civile*<sup>139</sup>. La “*rerum natura*” es la realidad objetiva, ineludible y necesaria de las cosas, el mundo corporal, físico, preexistente a cualquier regulación jurídica y que se impone a toda regulación jurídica de modo necesario. En este sentido, Mayer- Maly<sup>140</sup> ha puesto de relieve que se impone de modo tan necesario, que la solución basada en la naturaleza de las cosas no aparece sólo como más provechosa, aconsejable o correcta que otras entre las que elegir, sino como la única solución correcta, que se impone, en consecuencia, de modo ineludible. La naturaleza de las cosas encierra un orden que no tiene un carácter directamente jurídico pero que marca al derecho límites inderogables<sup>141</sup>.

---

7.2.6; Quintiliano, de instit. Orat., 2.17.32; Valerio Máximo, 8.1. abs. 13; Seneca, ep., 6.58.15.

<sup>139</sup> En cuanto a la nueva formulación jurídica, es desconocido su origen exacto. Quizás fue Ofilius (D. 31,1,40,4; D. 33,6,7,1) el primero en utilizarla, pero en Labeón la encontramos ya con seguridad, concretamente, en el texto citado anteriormente de Javoleno (D. 33,6,7,1). Sin embargo, donde mejor se refleja la expresión “*in rerum natura esse*” es en las Instituciones de Justiniano.

<sup>140</sup> MAYER- MALY; Th., “Romanistisches über die Stellung der Natur der Sache zwischen Sein und Sollen”, in Studi Volterra II, Milán, 1.971, pág. 122; CUENA BOY, F., *Estudios sobre la imposibilidad de la prestación*, Valladolid, 1.992, pág. 24.

<sup>141</sup> BIONDI, B., “La concezione cristiana del diritto naturale nella codificazione giustiniana”, en RIDA 4 (1.950) págs. 132 y ss; BURDESE, A., “Il concetto di “*ius naturale*” nel pensiero della giurisprudenza classica”, en RISG 90 (1.954) págs. 410 y ss; WALDSTEIN, W., “Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen”, en ANRW II, 15, Berlín-Nueva York, 1.976, págs 3 y ss; RABEL, E., op. cit págs. 19 y ss; DIDIER, Ph., “Les diverses conceptions du droit naturel à l’oeuvre dans la jurisprudence romaine des II et III siècles”, en SDHI 47 (1.981) págs. 195 y ss; CUENA BOY, F., *Estudios sobre la imposibilidad de la prestación*, págs. 20 y ss.

Según Rabel<sup>142</sup>, a través de la obra de Gradenwitz “Natur und Sklave”, sabemos que “*rerum natura*”, para los juristas romanos, viene referido a la “*körperliche Welt*”, al mundo corporal. En la obligación de cosa específica, se exige que el objeto esté “*in rerum natura*”, es decir, en el mundo corporal. De lo contrario se dice: “*dari non potest*”, o lo que es lo mismo, que no puede ser dado. Esta variante “*res quae in rerum natura esse non potest*” viene referida, por el contrario, a la “*Genus-Stipulation*”, es decir, a las estipulaciones de cosas genéricas, en donde lo único que podemos confirmar con seguridad del género, es que éste no está “*in rerum natura*”<sup>143</sup>. En numerosas ocasiones se repite este principio, atravesando tanto el derecho de estipulación, como el legado damnatorio, así como también en la compraventa.<sup>144</sup>

Continuando con la *stipulatio*, Gayo D. 44,7,1,9 destaca que:

*“Si id, quod dari stipulemur, tale sit, ut dari non possit, palam est naturali ratione inutilem esse stipulationem, veluti si de homine libero vel iam mortuo, vel aedibus deustis facta sit stipulatio inter eos, qui ignoraverint, eum hominem liberum esse, vel mortuum esse, vel aedes deustas esse. Idem iuris est, si quis locum sacrum aut religiosum dari sibi stipulatus fuerit.”*

Como se puede observar, aquí también se refleja la expresión “*palam est naturali ratione ...*” que, si bien no menciona expresamente en sus Instituciones, sin embargo sí que aparece en este fragmento para indicar que las estipulaciones serían inútiles “por razón natural”, por la propia naturaleza de las cosas (porque el esclavo está muerto, por ejemplo). No

---

<sup>142</sup> RABEL, E., op. cit, pág 19 y ss.

<sup>143</sup> Javoleno D. 35.1.40, 4: “*Qui dotalem fundum nullum habebat, ita legaverat: fundum Cornelianum, quem illa mihi doti dedit, ei heres dato; Labeo, Ofilius, Trebatius responderunt, fundum nihilominus legatum esse, quia, cum fundus Cornelianus in rerum natura sit, demonstratio falsa legatum non perimit*”. El fundo Corneliano está in rerum natura, existe realmente; lo que ocurre es que en el legado hay simplemente una falsa designación y se entiende que ello no invalida el legado.

<sup>144</sup> Respecto a la compraventa, el principio es claramente ubicado de forma separada. Por ejemplo, Pomponio ad Sabinum D. 18.1,8 “*Nec emptio nec venditio sine re, quae veneat, potest intellegi* “. “*Res*” es la cosa corporal, “existente” y las excepciones en su caso serán hechas para cosas futuras: “*et tamen fructus et partus futuri recte ementur*” y para la compra de expectativa (parágrafo 1): “*Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur.*” En contraste con esta última excepción se dice que la “*hereditas vivi aut nullius*” como una cosa efectivamente no existente (D.18.4,1), no ofrece ningún objeto útil (D.18.1,7,8). La herencia suele referirse todavía en Derecho clásico a cosas corporales, si bien respecto a ella se habla de *res incorporalis*.

utiliza por lo tanto el término *in rerum natura*, pero sí que maneja este otro término (“*palam est naturali ratione*”) que viene a asemejarse mucho a la de las Instituciones de Justiniano “*in rerum natura non esse*”.

Por otra parte, Gayo en este texto vuelve a hablar de que las partes ignoraban que el objeto se encontraba fuera del tráfico jurídico. Por lo tanto, existe de nuevo en este fragmento, una falsa creencia sobre la cualidad de la cosa, una conciencia “exacta” pero en realidad, falsa o equivocada, sobre las características del objeto de la estipulación. Sigue manteniendo, además, el adjetivo de inútil para identificar la falta de efectos del negocio jurídico estipulatorio.

Una distinción del texto de Justiniano con respecto al de las Instituciones de Gayo es que hace referencia expresa a cosas que ni existen ni tampoco podrán llegar a existir; a cosas que denomina “fantásticas”, como es el hippocentaurus<sup>145</sup>, un monstruo fingido por los antiguos que era mitad hombre mitad caballo. Para Rabel, encontramos en *rerum natura* uno de sus más importantes significados, como una “*Kraft, welche über allem menschlichen Können ist: ihm unübersteigliche Hindernisse schaffen kann*”. La naturaleza tiene sus propias leyes según las cuales se confirma lo que para los Hombres, está todavía oculto. En cuanto al origen de esta idea la encontramos claramente en los griegos, concretamente en el término *αδυνατος*<sup>146</sup> (lo imposible).

---

<sup>145</sup> Istituzioni di Gaio e Giustiniano, Edizioni Simone, Napoli, 1.995, pag. 93, señala que en el 97<sup>a</sup>) de las Instituciones gayanas, se cita al hipocentauro, pero en la nt.28 afirma que “*item ..... hippocentaurus: cosi integrato da Lachmann, sulla base di Iust.Inst. 3.19.1*”. La restitución de Gayo 3, 97<sup>a</sup>) que seguimos se basa en el texto del D.44.7.1.9 (Gai 2 aur) y en el Ep. Gai,2.9.5. La propuesta de Lachmann es preferida por los editores de las Instituciones, como la edición a la que nos referimos. Pero Cosentini, por ejemplo, en op. cit. pag. 18 y ss lo somete a una crítica muy profunda llegando a la conclusión de que dicha inserción sólo sería justificada si el jurista hubiera hablado primero de las “*res quae in rerum natura non sunt*”; pero este no es el caso, de lo que se deduce que Gayo, en sus Instituciones, no tenía la intención de seguir ese camino. Sin embargo, nosotros creemos que si bien Gayo no lo cita, tampoco podemos afirmar que lo rechace o lo ignore.

<sup>146</sup> Su introducción en la lengua latina es ciertamente tardía y parece haberse debido al retórico Quintiliano, en cuyo tratado “*De institutione oratoria*”, publicado después del año 90 d. de C. encontramos que “*Melius igitur, qui tertiam partem dixerunt dunaton, quod nostri possibile nominant, quae ut dura videatur appellatio, tamen sola est*” (3.8.25). Por lo tanto, si bien surgió inicialmente en el campo de la retórica y la filosofía, este adjetivo llegará a integrarse también en la terminología propia de los

Ya no se trata de cosas que se creían dentro del tráfico jurídico, es decir que el propio ordenamiento jurídico establezca la imposibilidad de dichas prestaciones, sino de cosas que en sí mismas, ni han existido, ni llegarán a existir nunca. El *hippocentaurus*, desde luego, constituye el ejemplo más claro de aquello que no puede existir en la realidad de ninguna manera.<sup>147</sup>

Ya no sólo se alude a una imposibilidad jurídica de la prestación, sino también a una imposibilidad física. El efecto es el mismo: “*inutilis erit stipulatio*”. Lo que varía es el iter hasta llegar a dicha conclusión: la sistemática gayana y justiniana difieren entre sí. Para los compiladores la distinción es básicamente entre las cosas “*quae in rerum natura non sunt*” y aquellas que “*in rerum natura esse non possunt*”. Tratan estos supuestos de forma separada mientras que en las Instituciones de Gayo, se tratan conjuntamente, sin hacer una distinción entre ambos tipos; es un enfoque inverso, en tanto en cuanto, empieza por la consecuencia, es decir “*inutilis est stipulatio*” y la razón es que “*dari non potest*”.

La causa de la inutilidad de las estipulaciones es la misma en los textos citados anteriormente, en el sentido de que siempre se trata de una imposibilidad de la prestación. Pero en nuestra opinión, lo que varía es que los supuestos son tratados desde una perspectiva diferente. Gayo no argumenta en las Instituciones la imposibilidad física del objeto de la prestación; por lo tanto, no se llega a la conclusión de que una prestación sea únicamente imposible por tener como objeto un acto o un hecho físicamente imposible. Lo único que tiene Gayo en cuenta es la existencia

---

juristas. Diogenes Laertius II.VII. 73-75: De nuevo algunas cosas son posibles y otras son imposibles; unas son necesarias y otras no lo son. En relación a las posibles cita el ejemplo de “*Diocles vive*” y en cuanto a las imposibles dice que son aquellas que no son reales: “*La tierra vuela*”. Y continúa distinguiendo las cosas reales de las verdaderas o las irreales de las falsas.

<sup>147</sup> CUENA BOY, F., *Estudios sobre la imposibilidad de la prestación*, pág 19 y ss señala que para algunos autores, este texto es el primer testimonio seguro del empleo del término *adynatos*, al menos fuera de las fuentes jurídicas: SCIALOJA, V., “*Sulle condizioni impossibili nei testamenti*”, en BIDR 14 (1.902), pag. 27; RABEL, op. cit. págs 19 y ss; WOLLSCHLÄGER, Ch., “*Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie beim Kauf*”, en Fest. Für Max Kaser für 70. Geburtstag, München, 1.976, págs 15 y ss.

efectiva de una imposibilidad de *dare*,<sup>148</sup> que conlleva la inutilidad de la estipulación y por lo tanto que la estipulación pueda o no verificarse. A lo que alude es exclusivamente a la imposibilidad del resultado, aunque posteriormente exponga una relación de ejemplos. Esto no quiere decir que Gayo deje una laguna abierta en la materia de imposibilidad de la prestación sino simplemente que establece una relación de ejemplos pero que en ningún caso son los únicos supuestos donde existe una imposibilidad objetiva de la prestación.

Por el contrario, en las Instituciones de Justiniano, para determinar el concepto de imposibilidad, se hace referencia a la “*res*” que forma el objeto de la prestación; no se tiene en cuenta la verificación del acto o del hecho que forma el objeto de la misma (“*At si quis rem, quae in rerum natura non est aut esse non potest, dari stipulatus fuerit ...*”); el resultado es coincidente, dado que la *stipulatio* también es calificada de inútil y también porque no puede ser dada, pero este dato parece quedar en un segundo término.<sup>149</sup>

---

<sup>148</sup> CUENA BOY, F., “La prestación y sus requisitos”, en Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Prof. J.L. Murga Gener, Madrid, 1994, pág. 94 y ss, define el concepto técnico de *dare* que aparece en las fuentes con el sentido de transferir la propiedad o con el de constituir un derecho real reconocido por el *ius civile*. “*Dare rem*” significaría la efectiva transmisión de la propiedad de una cosa con todas sus consecuencias (D. 45,1,22; D. 44, 7,3pr y Gai IV,2 desde el punto de vista procesal. Junto con el término de *dare* encontramos el de *facere* (Paul. D. 45, 1,2: “*Stipulationes quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt*) que es mucho más amplio (Pap. D.50,16, 218: *...verbum facere omnem omnino faciendo causam complectitur dandi, solvendi, numerandi, iudicandi, ambulandi*) y que incluso puede llegar a englobar el término de *dare* (D. 50, 16, 218, D. 50, 16,176). De ahí que técnicamente, *facere* sería todo comportamiento deducible en obligación con exclusión de aquellos que constituyen un *dare* en sentido técnico. Con relación a este tema, ver GROSSO, G. “In materia di obbligazioni di dare”, en SDHI 6 (1.940), págs. 388 y ss; PASTORI, F. “Dare, facere, praestare” en Diritto romano en NNDI V (1.960), págs. 156 y ss; CUENA BOY, F., “La idea de *rerum natura* como criterio básico de la imposibilidad física de la prestación” en RIDA V.XL (1.993), págs. 227 y ss.

<sup>149</sup> COSENTINI, C. op. cit. págs. 94 y ss. insiste también en el hecho de que para Justiniano, el concepto de imposibilidad comprende sólo la imposibilidad física que se da cuando el objeto de la prestación recae en una *res quae in rerum natura non est aut esse non potest*. La *stipulatio* es inútil porque el objeto de la misma es imposible, mientras que Gayo se fija en el fin querido por las partes; sería más bien, una imposibilidad del fin querido por las partes, *dari non potest*. Es la acción en si misma en lo que consiste el objeto de la prestación un *dare*; no está considerando la cosa corporal en sentido estricto. Los efectos sin embargo coinciden: la *stipulatio* es inútil.

Gayo no distingue si un objeto puede o no estar “*in rerum natura*” en algún momento de su existencia; no distingue entre posibilidad física o jurídica de la prestación, pero tampoco podemos afirmar que se refiera exclusivamente a la imposibilidad física o jurídica de la prestación, dado que tanto habla del esclavo muerto como del hombre libre. Sin embargo, en la obra justiniana, sí que se hace ese planteamiento. En esta última, se valora el objeto y se distingue entre aquellas cosas que no están “*in rerum natura*”, es decir que son físicamente imposibles y aquellas otras que no pueden estarlo por así venir dispuesto por el propio ordenamiento jurídico (jurídicamente imposibles).

La distinción hecha en el pasaje de las Instituciones de Justiniano nos parece más elaborada dogmáticamente, en la medida en que clasifica la imposibilidad en dos grupos:

- Por un lado aquellos objetos que pudiendo ser parte de la *stipulatio* en situación normal, sin embargo en el momento de contraer la obligación, por diferentes circunstancias no lo pueden ser;
- aquellos objetos que nunca podrán ser parte del negocio jurídico por sus propias características, distinguiendo entre las estipulaciones genéricas y las específicas

El resultado es el mismo pero como hemos señalado anteriormente el *iter* hasta el mismo es diferente, puesto que las partes, al pactar la entrega de un objeto inexistente, han podido tener otra intención diferente a la manifestada. La falsa creencia de un hecho, que tuvieran las partes, jugaría un papel esencial. “Estico el esclavo, al que se creía vivo ...”, no es que se estipulara directamente la entrega de un muerto de manera intencionada, sino que se estaba en el error de que el esclavo aún vivía o en el error de que el hombre libre era esclavo (*... ut dari non possit, inutilis est stipulatio, velut si quis hominem liberum quem servum esse credebat, ....*) . En estos supuestos existe una voluntad clara de los contratantes de llevar a cabo una *stipulatio*. Aparentemente reúnen todos los requisitos para que además, esa

*stipulatio*, desplegara sus efectos. Sin embargo, debido a un error, una falsa creencia de ambos sujetos contratantes, el objeto sobre el que recae la estipulación es imposible y de ahí deriva su invalidez. En este plano podríamos distinguir entre diferentes supuestos que provocan esta invalidez, como puede ser la falta de voluntad de las partes de concluir el negocio jurídico estipulatorio o la existencia de dicha voluntad pero que contiene un vicio, como pudiera ser un error de hecho o incluso de derecho.

Si se estipula directamente sobre un hombre que se sabe que es libre o que ya ha muerto, podríamos estar, efectivamente, ante una falta de voluntad de las partes de llevar a buen término el negocio jurídico, dado que, conociendo las circunstancias del objeto, sin embargo es su voluntad que sobre ellos recaiga la prestación; cosa que el ordenamiento jurídico ya prohíbe como se ve en las Instituciones de Gayo 2,2. Pero es que aunque hubiera error, si fuera error de derecho, no sería excusable; en este aspecto, como señala Coing<sup>150</sup>, *die ignorantia iuris entschuldigt grundsätzlich niemand*. El resultado es, en principio, el mismo: la invalidez, aunque la causa de la invalidez es diversa (en un caso hay falta de voluntad y en el otro, la voluntad existe, pero está viciada).

El *hippocentaurus* es una fantasía y por tanto no se puede incurrir en el error de “creer” (“*credebat*”) que el animal estaba vivo o que existía<sup>151</sup> o ignorar que no existía; no cabe ni error de hecho, ni de derecho. Como dice Rabel, sería “... *dem Obligationshindernis der höheren Dummheit*”. El

---

<sup>150</sup> COING, H., *Europäisches Privatrecht*, München, 1,985, pag. 417.

<sup>151</sup> MIQUEL, J, *Curso de Derecho Romano*, Barcelona, pag 326, el propio formalismo del *ius civile*, donde lo esencial para la puesta en existencia de un acto formal era el cumplimiento de una solemnidad, determinaba que no se pudiera tomar en cuenta el error: era irrelevante, por lo tanto. Lo que ocurre es que cuando el *error in substantia* implicaba una falsa identificación de la naturaleza del objeto, Ulpiano estimó que el negocio de compraventa era nulo (Ulp. D. 18,1,9). Vid. MIQUEL, J. “Una aportación al estudio del “*error in substantia*” en la compraventa”, en Anuario de Derecho civil, 1.963, IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, Ed. Ariel, Barcelona, 1.990, pag 181, JÖRS/KUNKEL/ WENGER, op. cit. pág. 124, FRIER, B.W., “Roman Law and the Wine Trade: The Problem of Vinegar Sold as Wine”, en SZ 100 (1.983) págs. 257 y ss (mit wichtigen Beobachtungen zur Wirtschaftsgeschichte). En el caso del *hippocentaurus* está claro que ha habido una falsa identificación de la naturaleza del objeto. No vamos a entrar en el tema del error en este trabajo. Simplemente llamamos la atención sobre el uso continuado de los verbos *credebat* o *ignorans* que se utiliza en los textos citados y el significado que pueden tener dentro de ese contexto.

aspecto de la “creencia” de los contratantes de una determinada circunstancia, es una constante en Gayo. Recalca mucho la idea de que se creía que el esclavo estaba vivo o que el lugar era susceptible de propiedad privada (por ser esclavo y no un hombre libre) e incluso más adelante, al tratar la inutilidad de las estipulaciones de cosa propia, en el pasaje 3,99, continúa con la idea de que se ignoraba tal circunstancia. En este sentido, la voluntad de los contratantes es esencial. Esta puede ser destruida o alterada por una serie de vicios que afecten a su esencia o a sus notas singulares y puede tratarse perfectamente de vicios inconscientes o carentes de mala intención, como puede ser el error. Y en estos fragmentos de Gayo y Justiniano nos encontraríamos ante un posible error y además un error, al que los juristas hacen expresa alusión al utilizar el verbo “*credebat*”, a fin de reflejar la verdadera intención de los contratantes. Las partes, por lo tanto, tenían un falso conocimiento o ignoraban la realidad de una cosa o de un hecho. Se trataría por lo tanto, de un error de hecho.<sup>152</sup>

Por último, destacar que Rabel<sup>153</sup>, en cuanto al tema de la imposibilidad de la prestación entiende que la imposibilidad se centra exclusivamente sobre la prestación dejando fuera a la persona del deudor. No importa que el deudor pueda o no cumplir con la prestación sino que lo que realmente tiene relevancia es que la prestación sea posible o no. Imposible es, lo que choca con la Naturaleza: *impedimentum naturale*. La cuestión versaría sobre la posibilidad de la prestación y no sobre el cumplimiento de la misma, que dependería de la voluntad del propio deudor. Es una

---

<sup>152</sup> Paulo D.22,6,9 transmite la regla sobre la distinción entre error de derecho y error de hecho; este último dice, que no perjudica: “*Juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere ...*”. Esta regla no parece relevante en nuestro caso. Los errores consistirían fundamentalmente en un error *in corpore*, que es aquel que versa sobre la identidad del objeto y donde el equívoco consiste en la propia identidad de la cosa y no simplemente en el nombre de la misma; lo que implica que el error sea esencial y por lo tanto, en los supuestos que nos ocupan, determinantes para que la estipulación sea considerada inútil. Sin embargo, al insistir Gayo en la idea de que las partes creían o ignoraban la circunstancia de que el objeto era imposible, puede parecer que hace hincapié en la idea de que las partes, de haber conocido esa circunstancia, hubieran estipulado sobre otro objeto o ni tan siquiera hubieran llegado a estipular. Por lo tanto, el error sí sería relevante en cuanto a la formación de la voluntad de las partes.

<sup>153</sup> RABEL, E., op. cit. pág 23 dice textualmente “... die philosophische “*natura*” bezieht sich immer entweder kosmologisch auf die Welt im ganzen oder auf eine Gattung von Wesen, etwa des Menschen, nie auf ein Individuum (...) Unmöglich ist das übermenschliche, *humanae imbecillitati nullo modo possibile* (...) und so zog man auch aus dem Obligationsinhalt die Person des Schuldners ab, das für die logisch - metaphysische Möglichkeitsurteil wertlos ist.”

imposibilidad objetiva, y no subjetiva. Si se tratara de la capacidad del deudor, deberíamos hablar sencillamente de *difficultas*, dado que aquí la imposibilidad se referiría a una falta de capacidad del mismo; se trata, por lo tanto, de un obstáculo que afecta a la falta de la facultad de dar del deudor. Es un impedimento, por lo tanto “*respicit ad facultatem dandi*”. Por ello, sólo en el primer caso, se habla correctamente de que “*dari non potest*”.

2. - “*Impossibilium nulla obligatio est*”: el principio de imposibilidad en los juristas romanos

Si bien hasta ahora hemos venido tratando la inutilidad de las estipulaciones por razón de la imposibilidad de la prestación en Gayo, ahora nos vamos a ceñir a dos textos fundamentales que hablan sobre la materia pero de manera general, es decir, que no comprenden únicamente un negocio determinado, sino que abordan la materia de la imposibilidad de la prestación y sus consecuencias como principio general.

El primero de estos textos es el de Celso D. 50.17,185:

*“Impossibilium nulla obligatio est”*.<sup>154</sup>

Su contenido resulta evidente, ya que el propio cumplimiento de una prestación presupone la capacidad humana de poder hacerlo. A primera vista podríamos estar ante un principio general que afectaría a un acto jurídico concreto: a la obligación con objeto imposible. Para el jurista, este tipo de obligaciones son “nulas”.

---

<sup>154</sup> JAKOBS, H.H., *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, (1.969); WOLLSCHLÄGER, op. cit, pág. 13 y ss; PETERS, F., “Zur dogmatischen Einordnung der anfänglichen, objektiven Unmöglichkeit beim Kauf”, Festschrift Kaser, München, 1.976, pags 289 y ss; ZIMMERMANN, R., *The Law of obligations*, pags. 686-689; WACKE, A., “Ex post facto.....”, pág. 1038 y ss con más bibliografía sobre la materia.

Pero en realidad estamos ante un enunciado muy amplio de Celso y ello no debe hacernos creer que el requisito de la posibilidad de la prestación tiene un valor absoluto, ilimitado y uniforme para las obligaciones en general, fundamentalmente porque la frase de Celso pertenece a un contexto particular en materia de compraventa<sup>155</sup>, lo que ya de por sí, está limitando su alcance. Pero es que además la imposibilidad de la prestación se puede deber a diferentes causas y dentro de la imposibilidad se recogerían diferentes clases, cada una de ellas con sus propias consecuencias. Por todo ello, dice Cuenca Boy<sup>156</sup>, el pasaje de Celso expresa únicamente un criterio límite que, en conjunción con otros y según los casos conducirá o no a la nulidad de la obligación<sup>157</sup>.

En cuanto a las expresiones “*possibilis e impossibilis*” entraron tardíamente en el uso lingüístico. Se utiliza en ocasiones para calificar aquella prestación considerada admisible y realizable conforme a los criterios jurídicos, físicos o naturales al uso o bien, aquella otra prestación, que por incompatibilidad con esos mismos criterios, resulta ser en sí misma irrealizable. Son desconocidas incluso para Cicerón; Quintiliano traduce como “difícil” los términos griegos de (*dynatós*) y (*adynatos*). Pero su uso parece que no es demasiado tardío, como acepta Scialoja<sup>158</sup>, aunque probablemente no es anterior a Sabino (D. 45.1,137,5) y todavía Labeón y Juliano ofrecen la siguiente regla para las disposiciones de última voluntad:

Labeón D. 28, 7, 20:

---

<sup>155</sup> En la Palingenesia de LENEL encontramos el fragmento de Celso incluido en *Celsi Digestorum Lib. VII* relativo a “*Empti venditi*”.

<sup>156</sup> CUENA BOY, F., *Estudios...*, pág. 9 y ss señala que si bien esta regla tiene apariencia de general, sin embargo, por la gran cantidad de excepciones que se ciernen sobre ella, cabe la duda de que haya tenido el valor en Derecho romano de una auténtica regla ni en el derecho clásico ni en el justiniano; WACKE, A., *op. cit.*, pág. 1038 y ss también cita una serie de excepciones a esta clásica de Celso.

<sup>157</sup> SEILER, H.H., “*Utile per inutile non vitiatur*”, en *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München, 1.976, pág 130 cita también este fragmento de Celso poniéndolo en relación con el de Gayo 3, 97. Pero en lo que a los efectos de la compraventa se refiere, establece como ejemplo una excepción: *Maecian D. 18,1,44 “Si duos quis servos emerit pariter uno pretio, quorum alter ante ventitionem mortuus est, neque in vivo constat emptio*”, por lo que no se recoge la idea de que todo el negocio sea considerado como nulo. MOMMSEN, *Fr. op cit.* págs 102 y ss también aborda el tema de la idea de Celso “*impossibilium nulla obligatio est*”.

<sup>158</sup> SCIALOJA, V., “*Sulle condizione impossibili nei testamenti*”, en *BIDR* 14 (1902), pág. 136 y ss.

*“Quodsi solus heres institutus esset in tali conditione, nihilominus puto, statim eum heredem futurum, quia **adunatoV** (impossibilis) conditio pro non scripta accipienda est.”*

Juliano D. 30.104,1 :

*“... si testamenti faciendi tempore stabulae nullae fuerunt, una ratione dici potest, legatum Titio deberi, quod αδυνατος (impossibilis) conditio pro non scripta habetur”.*

La definición de αδυνατος hace referencia a la imposibilidad lógica: el juicio sobre la imposibilidad objetiva y cosmológica. El concepto de imposibilidad para los juristas romanos es un concepto absoluto y objetivo que no se fija en la capacidad o incapacidad subjetiva del deudor, ni tampoco está expuesto a posibles cambios por razón de esta capacidad o incapacidad del deudor. La imposibilidad de la que hablan los filósofos, el αδυνατος aristotélico al menos, sí toma en consideración la circunstancia personal del sujeto, su capacidad y su voluntad. En este sentido, Aristóteles pudo referir el concepto de αδυνατος incluso a actos que, como el pago de una cantidad de dinero de la que no se dispone en el momento, son imposibles sólo para una persona determinada; son un tipo de actos que, en cambio, para los juristas romanos, no encajan en el concepto de imposibilidad, sino que entran más bien en la categoría de la *difficultas*<sup>159</sup> y del *incommodum personae*<sup>160</sup>. Para Wollschläger<sup>161</sup>, la imposibilidad de los juristas romanos, incluye únicamente, aquellas cosas que son irrealizables para todos, es una imposibilidad objetiva en sentido moderno, mientras que el αδυνατος aristotélico es el resultado de una falta de δυναμις ( fuerza, poder, capacidad) y presupone por lo tanto una incapacidad (ein Unvermögen).

---

<sup>159</sup> Paulo D. 45, 1,2,2:”... *sed non facit inutilem stipulationem difficultas praestationis.*”; Ulp. D. 45, 1,34: “*Multum interest, utrum ego stipuler rem, cuius commercium habere non possum, an quis promittat. Si stipuler rem, cuius commercium non habeo, inutilem esse stipulationem placet; si quis promittat, cuius non commercium habet, ipsi nocere non mihi.*”; Pomponio D. 19, 1, 55: “*Si servus, qui emeretur vel promitteretur, in hostium potestate sit, Octavenus magis putabat, valere emptionem et stipulationem, quia inter ementem et vendentem esset commercium; potius enim difficultatem in praestando eo inesse, quam in natura, etiamsi officio iudicis sustinenda esset eius praestatio, donec praestari possit.*”

<sup>160</sup> Venuleyo D. 45,1,137, 4 :”*Est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum, quae promittuntur.*”

<sup>161</sup> WOLLSCHLÄGER, Ch., “Die willenstheoretische Unmöglichkeitstheorie im aristotelisch-thomistischen Naturrecht”, en *Symptica* Franz Wieacker, Göttingen, 1.970, págs 159 y ss.

Zimmermann<sup>162</sup>, por su parte, también interpreta que el principio “*impossibilium nulla obligatio est*” se refiere solamente a aquellos casos en donde la prestación es objetivamente imposible. Por el contrario, si alguien promete lo que no puede cumplir, pero otra persona sí que hubiera podido verificar dicha prestación, entonces no estaríamos ante una *obligatio “nulla”*, tal y como expone Venuleyo en D.45,1,137,5:

“*Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit, iure factam obligationem, Sabinus scribit*”.

Además coincide en entender que esta imposibilidad objetiva puede concentrar las más variadas formas de imposibilidad de la prestación.<sup>163</sup>

Por otra parte, como ya veremos más adelante, es indiferente que la cosa sacra se convierta en profana o la pública en privada, puesto que la estipulación sigue siendo *inutilis*: Paulo D. 45.1,83,5:

“*Nec revocantur in obligationem, si rursus lege aliqua et res sacra profana esse coeperit, et Stichus ex libero servus effectus sit, quoniam una atque eadem causa et liberandi, et obligandi esse, quod aut dari non possit, aut dari possit.*”

Las definiciones sobre la imposibilidad de la prestación se refieren a la *rerum natura* y su relación con el mundo de la naturaleza a la *natura sui* del objeto de la prestación y no a nuestro juicio sobre éste. La filosófica “*natura*” designa siempre o bien a la cosmología del mundo en su totalidad o bien a un género del ser o sea, a los hombres y nunca a un individuo (“*auf die Welt im Ganzen oder auf eine Gattung von Wesen ... nie auf ein Individuum*”)<sup>164</sup>. Para Sócrates, imposible es lo sobrehumano, “*humanae imbecillitati nullo modo possibile*”. Y así se excluye también del contenido

---

<sup>162</sup> ZIMMERMANN, R., op. cit. pág 687 y ss.

<sup>163</sup> ZIMMERMANN, R., op. cit. pág. 688, cita como ejemplos los casos en donde el objeto del contrato no puede existir (hipocentauro), aquellos otros donde el objeto no se encuentra en la *rerum natura*, como es el supuesto del esclavo muerto, los edificios quemados (Paulo D. 18,1,57) o las cosas *extra commercium* (*res sacra o religiosas* Pomponio, D. 18,1,4-6 pr; Modestino D. 18.1,62,1; Iust. Inst. 3,23,5) o el *campus Martius*, (Pomponio D.18,1,6 pr; Paulo D. 18, 1,5).

<sup>164</sup> RABEL, E., op. cit. pág. 20.

de la obligación, la persona del deudor, que no tiene valor para el juicio de posibilidad lógico-metafísico.

De esta manera se puede resumir la decisión conocida desde antiguo en la fórmula que usa Venuleyo en su afamada explicación D.45.1,137,4<sup>165</sup> y también utilizada por Octaviano en Pomponio D.19,1,55: Imposible es lo que va contra la ley de la naturaleza, *impedimentum naturale* del objeto: *rerum quae promittuntur*. Pese a lo cual, tal y como ya hemos puesto de manifiesto, lo que sólo va contra la capacidad del deudor es designado como “*difficultas*”, donde se dice del obstáculo “*respicit ad facultatem dandi*”. Sólo en el primer caso es correctamente aplicado el término “*dari non potest*”. La estipulación de dar un esclavo ajeno es válida; pero ahora se afirma que es válida porque de ellas no se puede decir que “*dari non potest*”. No se puede sostener que se trata de una obligación imposible, cuando el problema radica en una mera dificultad, idea que se opone a lo objetivamente imposible. Los juristas romanos ya se encargaron de distinguir entre el “*impedimentum naturale*” y la “*facultas dandi*”, siendo ésta última una cuestión de capacidad o incapacidad personal, pero sin afectar al contenido de la promesa; como dice Venuleyo “*causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet* (D. 45,1,137,4).

Para Rabel<sup>166</sup>, el enunciado de Celso tiene sus raíces en la lógica natural y buscar otras razones para la misma es completamente superfluo. Se pregunta si no es evidente que dentro de la lógica natural, una prestación imposible, como puede ser la de una cosa ya destruida, no pueda producir

---

<sup>165</sup> D. 45, 1, 137, 4: “*Illud inspiciendum est, an, qui centum dari promisit, confestim teneatur, an vero cesset obligatio, donec pecuniam conferre possit, Quid ergo, si neque domi habet, neque inveniat creditorem? Sed haec recedunt ab impedimento naturali, et respiciunt ad facultatem dandi. Est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum, quae promittuntur; et alioquin, si quis Stichum dari sponderit, quaeremus, ubi sit Stichus, ut sic non multum referre videatur, Ephesi, daturm se, an quod Ephesi sit, quum ipse Romae sit, dare spondeat; nam hoc quoque ad facultatem dandi pertinet, quia in pecunia et in Stichus illud commune est, quod promissor in praesentia dare non potest. Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet, ne incipiat dici, eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit.*”

<sup>166</sup> RABEL, E., *Gesammelte Aufsätze*, Band I. Tübingen, 1.965, págs. 4 y ss.

obligación alguna. En este sentido, sostiene que la obligación consiste en un deber ético, “ein ethisches Soll”, en una necesidad ética. Por lo tanto, una obligación no puede consistir en aquello que no se puede considerar como necesario desde el punto de vista ético. En esta dirección es como hay que entender el principio de “*impossibillium nulla obligatio est*”. Para saber si esa obligación contiene o no una necesidad ética habría que acudir, según Rabel al lenguaje: ”Die Sprache ist eine gute Logikerin”. Desde esta perspectiva, “posible” sería aquello que el propio lenguaje opone a “imposible”. Se trataría de una nueva oposición privativa tal y como ocurriera con los términos *utilis – inutilis*.

Un dato interesante de este enunciado de Celso es que utiliza el término de “nulo”; término que ya permanece en el tiempo y que actualmente se utiliza en Derecho, dentro de la materia de los contratos, para designar aquellos negocios jurídicos que no despliegan sus efectos, que son nulos. Por ejemplo, si consultamos el diccionario de Heumann – Seckel<sup>167</sup>, vemos que “*nullus*” se traduce por “nichtig o wirkunglos”; pero si consultamos otros diccionarios más modernos<sup>168</sup>, encontramos la misma traducción para el término nulo (Nichtig, Unwirksamkeit) cosa que no ocurre, como hemos visto con el término de “*inutilis*” que desaparece y adquiere un significado completamente diferente en el plano jurídico al utilizado por los juristas romanos. De hecho, este principio general de Celso, permanece en los códigos civiles actuales como por ejemplo, el art. 1.272 Cc: “No podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles” o en Derecho alemán el § 306 BGB: “Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig”. Se percibe claramente como de la “*nulla obligatio*” de Celso, se pasa hoy a la idea de “contrato nulo”. En Celso “*nulla*” califica la obligación, el efecto positivo del contrato; actualmente “nulo” se traspone y califica al contrato mismo que tiene un objeto imposible.

---

<sup>167</sup> HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena, 1.926.

<sup>168</sup> Por ejemplo, DAUM, U./ HAENSCH, G./ MORAL GARCÍA, M., *Rechtssprache*, München, 1.970.

El otro texto al que hacíamos referencia y que contiene un principio también general es el de Ulpiano D. 50.17,31:

*“Verum est neque pacta neque stipulationes factum posse tollere: quod enim impossibile est, neque pacto neque stipulatione potest comprehendi ut utilem actionem aut factum<sup>169</sup> efficere possit”.*<sup>170</sup>

En este supuesto nos topamos también ante una prohibición general, en el sentido de que no se contempla una estipulación determinada y concreta, sino que se advierte que no cabe la posibilidad de estipular sobre algo imposible y que tal estipulación no puede dar lugar a una acción útil o *in factum*. Por lo tanto, es una disposición previa también a la propia estipulación. De nuevo, como contemplábamos en Celso, no se habla de los efectos o la falta de efectos directos de la estipulación, sino que a través de un verbo se hace hincapié en una acción que de ser realizada, simbolizaría la ausencia de acción judicial. Al no haber acción posible, no puede existir tampoco obligación. De ahí que no se pueda emplear un adjetivo que cumplimente al negocio jurídico, sino un verbo que haga referencia al propio comportamiento de las partes.

3.- Paulo D. 45,1,83,5: Imposibilidad inicial y sobrevenida de la prestación.-

Una cuestión que no aborda Gayo en sus Instituciones es el de la imposibilidad sobrevenida de la prestación<sup>171</sup>, donde cabría destacar, como más representativo, el texto de Paulo, D.45.1,83,5 :

---

<sup>169</sup> LENEL acusa una variante en *factum* en el sentido de que originariamente el sustantivo empleado fue el de “*pactum*”.

<sup>170</sup> Trad. Ulpiano D. 50,17,31: “Ni los pactos ni las estipulaciones pueden tergiversar los hechos, puesto que aquello que es imposible no puede ser objeto de pactos o estipulaciones y derivar en una acción útil o *in factum*.”

<sup>171</sup> CANNATA, C. A. , “Impossibilitá sopravvenuta e “culpa debitoris””, en SDHI 1.966, págs. 63 y ss; MOMMSEN, Fr. op. cit. págs. 27 y ss y 228 y ss.

*”Sacram vel religiosam rem, vel usibus publicis in perpetuum relictam, ut forum, aut basilicam, aut hominem liberum, inutiliter stipulor, quamvis sacra profana fieri, et usibus publicis relicta in privatos usus reverti, et ex libero servus fieri potest. Nam et cum quis rem profanam, aut Stichum dari promisit, liberatur, si sine facto eius res sacra esse coeperit, aut Stichus ad libertatem pervenerit. Nec revocantur in obligationem, si rursus lege aliqua et res sacra profana esse coeperit, et Stichus ex libero servus effectus sit, quoniam una atque eadem causa et liberandi, et obligandi esset, quod aut dari non possit, aut dari possit. Nam et si navem, quam spopondit, dominus dissolvit, et isdem tabulis compegerit, quia eadem navis esset, inciperet obligari. Pro quo et illud dici posse Pedius scribit; si stipulatus fuero ex fundo centum amphoras vini, exspectare debeo, donec nascatur; et si natum sine culpa promissoris consumptum sit, rursus exspectare debeam, donec iterum nascatur, et dari possit, et per has vices aut cessaturam, aut valituram stipulationem. Sed haec dissimilia sunt; adeo enim cum liber homo promissus est, servitutis tempus spectandum non esse, ut ne haec quidem stipulatio de homine libero probanda sit: illum, cum servus esse coeperit, dare spondes? Item: eum locum, cum ex sacro religioso profanus esse coeperit, dari? Quia nec praesentis temporis obligationem recipere potest, et ea dumtaxat, quae natura sui possible sunt, deducuntur in obligationem;... ”.*

Paulo es uno de los juristas que, como ya hemos destacado, en más ocasiones utiliza el término “*inutilis*” para referirse a la invalidez de una estipulación. En este texto comienza hablando de la inutilidad de las estipulaciones por razón de la naturaleza del objeto y cuyo enfoque nos ha parecido interesante traer a colación, puesto que trata sobre la posibilidad de que cambie la naturaleza del objeto, es decir, que el hombre libre dejara de serlo o que el lugar sagrado se transformara en objeto útil para una estipulación. Nos comenta Paulo, en la primera parte del texto que quien realice ese tipo de estipulaciones, estipula inútilmente (... *inutiliter stipulor* ...). Pero además añade que aunque dicha clase de cosas cambiaran su situación, la estipulación continuaría siendo inútil (*Nec revocantur obligationem ... no restablecen la obligación ...*<sup>172</sup>). Sería uno de esos casos, donde Paulo considera que *ne actio, quae ab initio inutilis fuerit, eventu*

---

<sup>172</sup> Hemos traducido el verbo “*revoco*” como restablecer o como restituir puesto que la idea en nuestra opinión de Paulo es la de que la estipulación con el cambio de circunstancias, cambie su inutilidad por una eficacia del negocio, es decir que se restablezca la *stipulatio* inicial pero con objetos válidos. En HEUMANN- SECKEL encontramos el verbo “*zurückrufen*” como posible traducción de “*revoco*”.

*confirmetur* (D. 15, 4, 1,8)<sup>173</sup>, es decir que la falta inicial de uno de los requisitos de la acción, no se puede subsanar posteriormente por medio de un suceso fortuito o casual. Nos hallamos, pues, ante un supuesto donde se excluye la convalidación cuando ésta debe ser aplicada a un suceso fortuito, acaecido de forma accidental, como es que el hombre libre se convierta en esclavo o el lugar sagrado en profano. El aprovechamiento de la casualidad no resulta compatible con la buena fe y la lealtad.

Si bien, una obligación cuyo objeto es imposible es nula desde el principio (Celso D. 50, 17, 185), sin embargo un impedimento sobre la prestación puede ser remediable, como en el supuesto de que el objeto legado o prometido sea en la actualidad parte esencial de un edificio, pero en el futuro pueda ser separado de él. Sin embargo aquí habría que distinguir entre aquellos negocios condicionados y aquellos otros que no están sometidos a condición. En los primeros, los condicionados, los efectos de los negocios se refieren al momento en que se cumple la condición<sup>174</sup>; esto no ocurre en los negocios que no están sometidos a condición alguna, como es el supuesto que expone Paulo.

El texto de Paulo tiene dos partes bien diferenciadas:

- a) En su primera parte se refiere a los supuestos que afectan a una imposibilidad de dar una cosa específica y a lo que sucedería si la naturaleza de la cosa cambiara. En el supuesto de las *res sacrae* o *publicae*, es decir, de cosas específicas, desde el principio la prestación es imposible. No se trata de que inicialmente fueran objetos que estuvieran dentro del tráfico jurídico negocial y que posteriormente su circunstancia cambiara, sino que se trata de prestaciones bien física o bien jurídicamente imposibles. Son objetos

---

<sup>173</sup> WACKE, A., “Ex post facto convalescere im Römischen und im Modernen Recht”, en *Au-delà des frontières- Mélanges de droit romain offerts à Witold Wolodkiewicz*, Varsovia, 2000, pág. 1.037-1042.

<sup>174</sup> Pomponio D. 45,1,31: “*Si meam sub conditione stipuler, utilis est stipulatio, si conditionis existentis tempore mea non sit.*”

individualmente determinados en contraposición a aquellos que tienen por objeto un *genus*. Sólo cabría hablar de imposibilidad originaria.

Paulo destaca en este fragmento el hecho de que el cambio de circunstancias del objeto se produjera de forma accidental, casual y ante esta situación considera que la estipulación continúa siendo *inutilis*. Y es que, como señalamos anteriormente, “*ne eventu confirmetur*”, la falta inicial de uno de los requisitos por medio de un suceso fortuito o casual equivale a su invalidez.<sup>175</sup> Paulo explica que aunque la cosa sagrada hubiera pasado a ser profana o el hombre libre esclavo, la estipulación sigue siendo inútil, pues habría una misma causa para librarse de la obligación y para obligarse, porque o bien se puede dar una cosa o bien no se puede dar, pero ambas situaciones serían incompatibles debido a que nos encontramos ante una oposición privativa.

b) En la segunda parte, se refiere ya a obligaciones de cosas genéricas y a las consecuencias de una supuesta imposibilidad sobrevenida sobre el objeto de la prestación (“*Pro quo et illud dici posse Pedius scribit: si stipulatus fuero ex fundo centum amphoras vini, expectare debeo, donec nascatur; et si natum sine culpa promissoris consumptum sit, rursus expectare debeam, donec iterum nascatur, et dari possit, et per has vices aut cessaturam aut valituram stipulationem.*” El objeto sería una cosa genérica y en este sentido se podría afirmar que la imposibilidad sobrevenida tiene lugar en este tipo de obligaciones, pero sin embargo no se puede determinar que la *stipulatio* sea inútil; tampoco podemos afirmar que sea ésta una regla general. Así por ejemplo, el supuesto de Paulo con respecto al vino, el objeto en un principio es posible, lo que ocurre es que por alguna circunstancia, no imputable, claro, al deudor, el objeto se ha consumido después de haber sido producido; en ese caso, habrá que

---

<sup>175</sup> Sobre esta materia ver WACKE, A., “Ex post facto convalescere non potest”, pág. 1037 y ss donde hace expresa alusión a los supuestos de exclusión de la convalidación por casos fortuitos (Die Ausschaltung von Zufällen ne eventu confirmetur).

esperar a que se vuelva a producir, puesto que la obligación persiste. El perecimiento del vino no configura un supuesto de perecimiento del objeto de la obligación, sino que solamente da lugar a una inexistencia del objeto accidental (*genus numquam perit*). La estipulación inicial es útil, pero la obligación se cumplirá más adelante.

En este sentido, Rabel<sup>176</sup> también coincide en afirmar que en el supuesto de imposibilidad de dar un hipocentauro, el hombre libre o del *forum romanum*, la imposibilidad de la prestación era realmente clara, de tal forma, que las posibles variaciones sobre la cosa, eran prácticamente imposibles (*“kurzerhand ausschied”*). La *stipulatio* que recae sobre un *homo liber* que luego incurre en esclavitud, tal y como dice Paulo, seguía siendo inútil, puesto que *“ea dum taxat quae natura sui possibilia sunt, deducuntur in obligationem (Diog. Laert. 7,75)* pero están en la naturaleza *“sui dominio nostro exempta”*. Lo que importa es el momento en que se contrae la obligación y si en ese preciso instante, la obligación es posible o por el contrario imposible. Es un problema de que esté o no *“in rerum natura”* y del comportamiento dentro de la propia naturaleza o con respecto a la misma: no depende en absoluto de nuestro parecer o criterio. Como diría Fr. Mommsen<sup>177</sup>, se trata de una imposibilidad absoluta y objetiva de la prestación y de ahí que Paulo considere que la estipulación es inútil.

#### 4.- CONCLUSIÓN

Cierto es que los romanos no elaboraron una teoría general sobre la imposibilidad de las prestaciones y su nulidad, sino que actuaron casuísticamente dado que los juristas romanos no se caracterizaban por ser unos “teóricos” del derecho. Sin embargo, sí que tenían unas posturas jurídicas claras a la hora de dilucidar un problema concreto como es el de la imposibilidad de la prestación. Es por ello, por lo que a la luz de los supuestos analizados, podemos apreciar en conjunto los efectos esenciales

---

<sup>176</sup> RABEL, E., op. cit. pág 22

<sup>177</sup> MOMMSEN, Fr., op. cit. pags 112 y ss

que produce la imposibilidad de la prestación. En todos estos supuestos, los juristas coinciden en destacar la falta de efectos de las estipulaciones que conllevan una prestación imposible.

En primer lugar destacar que tanto Gayo, Paulo como posteriormente Justiniano, utilizan el término “*inutilis*” para referirse, en concreto, a las estipulaciones cuyo objeto consiste en un imposible. Por lo tanto, dichos negocios jurídicos carecerán de eficacia en el tráfico jurídico negocial por no reunir todos los requisitos que el ordenamiento jurídico les impone para desplegar su eficacia. Otras estipulaciones serán tachadas también de inútiles ya no por tener un objeto jurídicamente imposible, sino por tener un objeto físicamente imposible, puesto que aquél no está dentro de la naturaleza de las cosas (*naturalis ratio*). No hemos encontrado en las fuentes analizadas otros textos que traten esta materia de forma tan explícita. Además, en todos estos textos, como hemos puesto de manifiesto, los juristas utilizan siempre el término de “*inutilis*” para referirse a la invalidez de este tipo de estipulaciones.

La estipulación era un contrato *stricti iuris* y la acción que le correspondería en la mayoría de los casos sería la *condictio (certae rei)*. Concretamente la fórmula “*Si paret Nm Nm A° A° hominem Stichum dare oportere, quanti ea res est, tantam pecuniam iudex Nm Nm A° A° condemnato, si non paret, absolvito*”. La *condemnatio* suponía que se tuviera que entregar (*dare*) al esclavo Estico, cosa que evidentemente no era posible, si el mismo había dejado de existir al tiempo de concluir el contrato o con posterioridad a la conclusión del mismo, tal y como analizamos en Paulo D. 45,1,83,5. En todos estos casos era totalmente imposible cumplir con el “*dare oportere*” exigido. Pero es que además otro de los requisitos era la patrimonialidad que examinamos con anterioridad, lo que implicaba que el objeto debía poder ser evaluable en dinero: “*Quanti ea res est, tantam pecuniam*”. Si la *condemnatio* debía ser en dinero, ¿cómo se hubiera podido valorar un hipocentauro, un hombre muerto o libre o unas cosas que, en general, se encontraban fuera del tráfico jurídico negocial?

Como afirmaba Medicus<sup>178</sup>, la estipulación era inútil porque existía una divergencia entre el contenido de la promesa y la realidad en el sentido de que la promesa aparecía para no ser cumplida, lo que de por sí era absurdo.

En cuanto al significado que tiene el término “*inutilis*” en casi todos los textos analizados, podemos partir del pasaje de las Instituciones de Gayo 3,176 donde distingue entre la inutilidad de la estipulación y la nulidad de la obligación. Sobre esta base, en el pasaje 3,97 así como también en el resto de las fuentes analizadas, estaríamos ante unas estipulaciones que existen en el tráfico jurídico negocial, pero que sin embargo, han de ser consideradas inválidas, por no reunir uno de los requisitos que el ordenamiento jurídico impone para que puedan desplegar sus efectos (objeto posible).

Pero si tenemos en cuenta la insistencia de Gayo (esencialmente) en afirmar que las partes creían que el objeto era posible, opinamos que con ello intentaba demostrar que las partes querían, tenían la voluntad, de llevar a cabo el negocio jurídico estipulatorio con dicho objeto; fue a posteriori, cuando se dieron cuenta de que el objeto era imposible (lo que no ocurre con el supuesto del hipocentauru expuesto por Justiniano). Por lo tanto, es difícil saber si las partes, de haber conocido dicha circunstancia hubieran estipulado sobre otro objeto con las mismas características que el imposible, pero que pudiera ser objeto de la estipulación ; o si por el contrario, de no ser con el objeto declarado, no hubieran ni siquiera llegado a estipular. Quizás por esa duda, Gayo no aporta alguna solución al problema, sino que se limita a afirmar que tal estipulación de objeto imposible era “inútil”.

Sin embargo, en nuestra opinión, en el pasaje de las Instituciones de Justiniano, donde se hace expresa mención al “hipocentauro”, tendríamos que hacer una excepción en cuanto a los efectos de esa estipulación inútil

---

<sup>178</sup> MEDICUS, D., op. cit. pág. 100.

por recaer sobre un hipocentauro. Ni siquiera Justiniano hace referencia a que las partes “creían” que dicho animal fantástico existía; es un caso incuestionable y por lo tanto no se puede plantear “una falsa creencia de las partes”. Este punto influiría de forma decisoria a la hora de entender si existía voluntad real o no de las partes para contratar. Como concluíamos, se puede pensar que un esclavo estaba vivo y estipular sobre él, pero que en la realidad dicho esclavo estuviera muerto. Sería una confusión, pero no cabe duda alguna de que existía voluntad entre las partes de llevar a cabo el negocio jurídico estipulatorio. Existía un consenso en cuanto al objeto estipulatorio. Pero esto no puede ser considerado así, en cuanto al hipocentauro se refiere.

El hipocentauro no existe, ni llegará a existir y las partes conocen este dato. Por lo tanto, no concurriría una voluntad para contratar: las partes no desean llevar a cabo la estipulación y así lo manifiestan tácitamente al incluir un animal que no existe y / o no llegará a existir. De lo que se deduce que la estipulación es “inexistente” en este supuesto concreto del hipocentauro y por lo tanto, no se puede seguir la línea del 3,176 de las Instituciones gyanas.

Posiblemente es también por ello, por lo que Gayo, al hacer referencia a la inutilidad de las estipulaciones en base a un objeto imposible, hacía tanto hincapié en la confusión de las partes, para destacar así la existencia de voluntad estipulatoria y con ello también la existencia, aunque “inutilidad” de la *stipulatio*.

B.- Inutilidad de las estipulaciones de cosa propia: Gayo 3,99

*“Praeterea inutilis est stipulatio, si quis ignorans rem suam esse dari sibi eam stipuletur; quippe quod alicuius est, id ei dari non potest.”*

En este pasaje Gayo aborda la inutilidad de las estipulaciones cuando el objeto de la prestación sea una cosa propia, afirmando que es inútil la estipulación, si alguien, ignorando que una cosa es suya, estipula que se la den, puesto que lo que es de uno, no se puede dar.

El hecho de que se considere la estipulación de cosa propia inútil, está unido también al concepto de *DARI* en este pasaje. En este aspecto, *dari*, implicaría transferir, traspasar, es decir, se utiliza con el alcance de “hingeben werden” o “überlassen werden”, que es el significado que tiene la idea de “*dari*” en la fórmula de la *condictio*. Desde esta perspectiva tendríamos que atender al pasaje de las Instituciones de Gayo 4,4, donde, hablando de las acciones, destaca el jurista que:

*“Sic itaque discretis actionibus certum est non posse nos rem nostram ab alio ita petere; si paret eum dare oportere; nec enim quod nostrum est nobis dari potest, cum scilicet id dari nobis intellegatur, quod ita datur, ut nostrum fiat; nec res quae <nostra iam est> nostra amplius fieri potest. Plane odio furorum quo magis pluribus actionibus teneantur, receptum est ut extra poenam dupli aut quadrupli, rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur: si paret eos dare oportere, quamvis sit etiam adversus eos haec actio qua rem nostram esse petimus.”*

En este texto Gayo amplía el concepto de *DARI* del 3,99, sosteniendo que no se nos puede dar lo que ya es nuestro, puesto que por “dar” se entiende “que se haga de la propiedad” del que recibe, y lo que ya es nuestro, no se puede hacer aún más nuestro (eine Sache, die schon unsrige ist, kann nicht mehr unsrige werden”).

Efectivamente, Gayo no deja duda del por qué considera inútiles dichas estipulaciones. En la idea de “*dare*”, se encuentra incluida la transmisión de la propiedad y efectivamente, no se puede transmitir a un ya propietario lo que ya le pertenece. En esta dirección encontramos también un texto de Ulpiano D. 13,3,1,1 donde, hablando de la condición triticaria (“*de conditione triticaria*”) explica que “*Rem autem suam per hanc actionem nemo petet, nisi ex causis, ex quibus potest, veluti ex causa furtiva, vel vi*

*mobili abrepta* (nadie pedirá por la *condictio* una cosa propia, a no ser por las causas por las que puede, por ejemplo por hurto, o porque la cosa le hubiere sido arrebatada ).<sup>179</sup>

Vemos, por lo tanto, que el hecho de que la estipulación de cosa propia se considere inútil, viene unida al hecho de que en la fórmula de la *condictio*, “*dari*” implicaba para los juristas romanos transmitir la efectiva propiedad de una cosa ( “*quod ita datur, ut nostrum fiat*”: Gayo 4,4). Que el deudor realice el acto civilmente adecuado para transferir la propiedad ( bien la *mancipatio, in iure cessio o traditio*) es insuficiente, si no se alcanza con él este resultado, pues “*non videntur data, quae eo tempore quo dentur accipientis non fiunt*” (Paulo D. 50,17,167). Se sobreentiende , que sólo se puede transmitir (*dari*), aquello que se entrega con el ánimo de ser transmitido, de darnos la propiedad plena e irrevocable<sup>180</sup>, pero es que una cosa que ya nos pertenece, de la que ya somos propietarios, no puede ser más nuestra.

No obstante, también en el texto de Ulpiano D. 45,1,82, el jurista añade que nadie estipula útilmente una cosa suya, pero no estipula inútilmente el precio de una cosa suya, puesto que aquí se considera que estipulo válidamente que se me restituya una cosa mía:

*“Nemo rem suam utiliter stipulatur, sed pretium rei suae non inutiliter: sane rem meam mihi restitui recti stipulari videor.”*

La estipulación es válida, puesto que en estos casos surge una obligación, bien de *dare pecuniam*, bien de *facere*, cuya realización es perfectamente posible. Lo que viene a coincidir también con el pasaje de Gayo 4,4, donde Gayo reconoce que frente al ladrón, disponemos de acción (la *condictio furtiva*) para reivindicar lo que es nuestro (... *actio qua rem*

---

<sup>179</sup> La misma idea aparece también reflejada en las Instituciones de Justiniano 3,19,2 y 22: “*Idem iuris est ... vel rem suam dari stipuletur...*”, “*Ita nemo rem suam futuram in eum casum, quo sua sit, utiliter stipulatur.*”; D. 44,7, 1, 10; D. 45,1,29,1; D. 45,1,87. .

<sup>180</sup> Lo que no impide excluir de la entrega, por acuerdo de las partes, algunas facultades sobre la cosa, como por ejemplo, las comprendidas en el usufructo, CUENA BOY, F., “La prestación y sus requisitos”, pág. 95.

*nostram esse petimus*), además de disponer de una *actio in rem* (la acción reivindicatoria).

La inutilidad se explica en estos casos también por la imposibilidad jurídica de la prestación, pero en relación con un sujeto determinado, puesto que la misma prestación, si no se tratara de una cosa propia, podría ser objeto de la estipulación<sup>181</sup>. De ahí que no hayamos incluido este pasaje 3,99 directamente en “las estipulaciones con objeto imposible”<sup>182</sup>, sino que lo hayamos separado en un epígrafe aparte, aunque dentro de las estipulaciones inútiles por su contenido.

En Ulpiano D. 45,1,29,1 se plantea la cuestión relativa a la validez de aquella estipulación en la que el ladrón promete el esclavo robado al dueño de éste:

*“ Si a furem hominem sim stipulatus, quaesitum est, an stipulatio valeat. Movet quaestionem, quod stipulatus hominem plerumque meum videor; non valet autem huiusmodi stipulatio, ubi quis rem suam stipulatus est; et constat, si quidem ita stipulatus sim: quod ex causa conditionis dare facere oportet?, stipulationem valere; si vero hominem dari stipulatus fuero, nullius momenti esse stipulationem; quodsi postea sine mora decessisse proponatur servus, non teneri furem conditione, Marcellus ait; quamdiu enim vivit, condici poterit, at si decessisse proponatur, in ea conditione est, ut evanescat conditio propter stipulationem.”*

El objeto prometido pertenece al acreedor, la estipulación debería ser también inútil: *“non valet huiusmodi stipulatio, ubi quis rem suam*

---

<sup>181</sup> CUENA BOY, F., *Estudios sobre la imposibilidad de la prestación*, pág. 89 y en “La prestación y sus requisitos”, pág. 107, hace sólo referencia a que la “nulidad” proviene de la imposibilidad jurídica de la prestación. Pero nosotros opinamos, por el contrario, que la prestación sería perfectamente posible si no coincidiera la propiedad en la persona del estipulante; si bien es una imposibilidad jurídica, además no podemos afirmar que sea objetiva o al menos puramente objetiva, sino subjetiva, puesto que si bien se refiere al objeto de la prestación, sin embargo está en estrecha vinculación con el sujeto. De no ser así, el objeto sería perfectamente posible. De hecho, el propio BONFANTE, P., en *Corso di diritto romano IV. Le obbligazioni*, Milán, 1.979, pág. 49, duda acerca del encuadramiento de los negocios sobre cosa propia del acreedor dentro de la imposibilidad física o dentro de la jurídica de la prestación; MOMMSEN, Fr., *Beiträge zum Obligationenrecht*, Darmstadt, 1.997, pág. 112 y ss, tampoco incluye la inutilidad de cosa propia dentro de “Objektive Unmöglichkeit der Stipulatio”.

<sup>182</sup> Capítulo III B de este trabajo.

*stipulatus est*”, por lo que, en el caso propuesto, “*si vero hominem meum dari stipulatus fuero, nullius momenti esse stipulationem*”. Pero por el contrario, cabría la posibilidad de una estipulación novatoria concebida en los términos siguientes. “*quod ex causa condictionis dare facere oportet?*”, porque en ella no se está prometiendo la *res creditoris*, sino la sumisión al resultado de la *condictio furtiva* y su oportuno cumplimiento. Por lo tanto, la estipulación existe, pero es inválida, puesto que no produce los efectos buscados por las partes, debido a la nulidad de la obligación; pero ello no obsta para que pueda ser novado y desplegar otros efectos, pues el negocio novado es perfectamente válido. Sería, de nuevo la misma solución que aplicaba Gayo en 3,176<sup>183</sup>, pero a la inversa.

Por último, en cuanto al hecho de que el estipulante desconociera que la cosa ya le pertenecía, es un dato, que como veíamos al analizar el pasaje de Gayo 3,97, no tiene jurídicamente relevancia alguna. El error en que hubiera incurrido el *stipulator* con respecto a la propiedad del objeto de la prestación, no tiene relevancia en cuanto a los efectos del negocio estipulatorio, puesto que éste continúa siendo inútil.

Donde únicamente influiría dicho error, es en cuanto a la formación de la voluntad de las partes, puesto que de haber conocido ese dato, o bien no hubieran estipulado o bien lo hubieran hecho sobre un objeto diferente<sup>184</sup>. La voluntad, aunque erróneamente formada, existe. Esto es indicio de la existencia de la *stipulatio*, aunque la misma sea inválida al versar sobre una cosa propia. Su invalidez no implicaría su inexistencia.

---

<sup>183</sup> De nuevo discrepamos de la opinión de CUENA BOY, F., *Estudios sobre la imposibilidad de la prestación*, pág 90, en donde afirma que tanto el D. 45,1,82 como el D. 45,1,29,1, no son propiamente hablando, contratos sobre cosa propia del acreedor y que por lo tanto, no representan excepción ninguna a la nulidad de la estipulación de dare la res creditoris. Creemos, por el contrario que tal y como hemos dicho, se tratan de supuestos de inutilidad de las estipulaciones de cosa propia, pero que con el término “inutilidad” no se hace referencia a la “nulidad” de la estipulación, sino a la falta de efectos positivos de dichas estipulaciones.

<sup>184</sup> Ver Cap. III A.1 de este trabajo.

En lo que se refiere a los efectos de las estipulaciones inútiles de cosa propia en las Instituciones de Gayo, mantenemos la misma postura que expusimos en Gayo 3,97: las partes querían, tenían voluntad para contratar y realizar la estipulación, pero desconocían que la cosa ya le pertenecía al estipulante. Este hecho lo pone de manifiesto el propio Gayo en 3,99. Por lo tanto, entendemos que la estipulación existe, pero que de ella no surge obligación alguna, por lo que es inválida: idea sostenida por Gayo en 3,176.

Ulpiano, en D. 45,1,29,1, señala que “ *non valet huiusmodi stipulatio*”, refiriéndose a la estipulación en la que el ladrón promete el esclavo robado al dueño de éste. Aunque el supuesto sea diferente, se asemeja mucho al texto de Gayo 3,176. Ulpiano sigue manteniendo esa tendencia a buscar soluciones a aquellas estipulaciones que son consideradas inválidas por el ordenamiento jurídico romano.

#### C.- Gayo 3,103: Estipulaciones a favor y a cargo de terceros

*“Praeterea inutilis est stipulatio, si ei dari stipulemur, cuius iuri subiecti non sumus. Unde illud quaesitum est, si quis sibi et ei cuius iuri subiectus non est, dari stipuletur, in quantum valeat stipulatio. Nostri praeceptores putant in universum valere et proinde ei soli qui stipulatus sit solidum deberi, atque si extranei nomen non adiecisset; sed diversae scholae auctores dimidium ei deberi existimant, pro altera vero parte inutilem esse stipulationem.”*

Gayo, en este pasaje vuelve a considerar “inútiles” aquellas estipulaciones cuando se estipula que se dé a uno bajo cuya potestad no estamos sometidos. En base a ello, se cuestiona qué valor tiene la estipulación cuando alguien que estipula que se dé para sí y para aquel bajo cuya potestad no se encuentra sometido. Según Gayo, “para nuestros maestros” la estipulación vale completamente y la suma total se debe sólo a aquel que ha estipulado como si no se hubiera añadido el nombre del extraño; pero los autores de la escuela contraria, afirma Gayo, piensan

que se debe la mitad al que estipuló y que en la otra parte la estipulación es inútil (nichtig).

Una de las primeras consecuencias que acarrea la estructura de la estipulación era la de la invalidez (inutilidad, como señala Gayo) de la estipulación relativa a terceros, es decir relativa a un sujeto distinto a las propias partes. Si la obligación se concibe como un vínculo entre dos personas (promitente y estipulante), la relación que une a ambas personas engendrará directamente derechos para el sujeto activo y no para un tercero.<sup>185</sup> La prestación recaerá en el sujeto pasivo, y no en una persona ajena a la estipulación: *inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur*. El tercero que no ha participado en la conclusión de la estipulación, no puede pedir su ejecución, como tampoco le va a poder ser pedida a él. A tenor de este principio se consideran nulas las estipulaciones a cargo y a favor de tercero, principio que si bien es propio de las épocas antigua y clásica; sin embargo este principio se atenúa en el Derecho justiniano<sup>186</sup>.

En esta línea, parece evidente la inadmisibilidad de la estipulación a cargo de un sujeto distinto al promitente (*stipulatio alterum*: a cargo de un sujeto diverso al *promissor*: si una estipulación viene formulada “*centum mihi a Titio dari promittis? Promitto*”, es absurdo que una persona extraña a la contratación se vea asumiendo un débito que realmente no ha aceptado<sup>187</sup>.

Menos evidente parece que fue la inadmisibilidad de la estipulación “a favor de un sujeto diverso al estipulante (*stipulatio alteri: centum Titio*

---

<sup>185</sup> Tengamos en cuenta todos los requisitos propios de la *stipulatio* y el concepto de *stipulatio* en sentido estricto. La *stipulatio* consistía en la pregunta oral que formula el *stipulator* al promitente y desde esta perspectiva es completamente inadmisibile que de esta promesa puedan surgir derechos para un tercero ajeno a la estipulación.

<sup>186</sup> BONFANTE, P., “Il contratti a favore di terzi”, en *Studi di diritto per el XIV centenario della codificazione giustiniana*, 1.934, págs. 211 y ss; KASER, M., “Zur Interessebestimmung bei den sogenannten Verträgen zugunsten Dritter”, en *Festschrift – Seidl*, 1.975; MIQUEL, J., *Derecho Privado romano*, págs. 271 y ss; IGLESIAS J., *Derecho romano*, págs. 371 y ss.

<sup>187</sup> Gayo 2,95: “*Et hoc est quod vulgo dicitur per extaneam personam nobis acquiri non posse. Tantum de possessione quaeritur, an per procuratorem nobis acquiratur.*”

*dari promittis? Promitto*)<sup>188</sup> cuando en esta estipulación se incluye una promesa a favor del propio estipulante y no de un tercero.

El texto de Gayo 3,103 vuelve a presentar dos posturas bien diferenciadas<sup>189</sup>:

- Como principio general Gayo afirma que es inútil la estipulación cuando estipulamos que se dé a uno bajo cuya potestad no nos encontramos sometidos (estipulaciones a favor de terceros).
- Pero, a continuación, se plantea la cuestión del valor de la estipulación cuando alguien estipula que se dé para sí y para aquél bajo cuya potestad no se encuentra sometido. En este punto Gayo plantea las posturas opuestas de sabinianos y proculeyanos:
  - los sabinianos, que consideran que la estipulación vale completamente pero que la suma total sólo se debe a aquél que ha estipulado, como si no se hubiera añadido el nombre del extraño
  - los proculeyanos se inclinan por considerar que sólo se debe la mitad al que estipuló y que en la otra parte, la estipulación es inútil.

En ambos casos, tanto los sabinianos, como los proculeyanos tienden a considerar que la estipulación es parcialmente válida, puesto que si bien los primeros consideran la estipulación válida en su totalidad, sin embargo extraen de la misma el nombre del extraño, con lo cual han variado, en cierta manera la estipulación inicial para que pudiera tener

---

<sup>188</sup> APATHY, "Zur "exceptio pacti" auf Grund eines "pactum in favorem tertii", en ZSS 93 (1.976), págs. 97 y ss.

<sup>189</sup> CLAUS, A., *Gewillkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht*, Berlín, 1.976, pag. 342 entiende que en Gayo 3,103, la cuestión versa sobre la validez o no de la estipulación: hasta qué punto se puede considerar ese tipo de estipulaciones a favor de terceros como válidas. Creemos que quizás sea por ello, por lo que Gayo sí define lo que se considera válida en la estipulación, y por otro lado que el resto sería considerado como "inútil", cuestión que no aborda Justiniano, sino que da a entender que si una parte es válida, la otra sería, a sensu contrario, y utilizando una oposición privativa, inválida.

validez. Por lo tanto, no se está pensando en una ineficacia (Unwirksamkeit) general del negocio: “die Frage ist, in welcher Höhe der Stipulator forderungsberechtigt ist”<sup>190</sup>.

La postura de la escuela Proculeyana es seguida también por Pomponio en D. 45,1,110 donde señala que:

*“Si mihi et Titio, in cuius potestate non sim, stipuler decem, non tota decem, sed sola quinque mihi debentur; pars enim aliena deducitur, ut quod extraneo inutiliter stipulatus sum, non augeat meam partem”.*

Se aprecia en este fragmento como Pomponio estima que si se estipula diez para mí y para Ticio, bajo cuya potestad yo no estuviera, no se deben los diez, sino a mí sólo cinco; porque se deduce la parte ajena, a fin de que lo que estipulé inútilmente para un extraño, no aumente mi parte. Es en esencia, la postura proculeyana que destacaba Gayo en el 3,103 y que se contrapone a la de la escuela contraria.

De nuevo, en este fragmento de Pomponio apreciamos la utilización del término “*inutiliter*” (ahora en forma de adverbio) referido a la acción de estipular. Pomponio considera que “se deba a mí solo la mitad”, excluyendo, por lo tanto, lo que correspondería a un tercero, se salva la estipulación que en un principio era “inútil”. No obstante, lo que afecta al tercero, es estipulado inútilmente.

Y también fue esta la postura que adoptó Justiniano en sus Instituciones 3,19,4:

*“Si quis alii, quam cuius iuri subiectus sit, stipuletur, nihil agit. Plane solutio etiam in extranei personam conferri potest (veluti si quis ita stipuletur: <mihi aut Seio dare spondes?>), ut obligatio quidem stipulatori acquiratur, solvi tamen Seio, etiam invito eo, recte possit, ut liberatio ipso iure contingat, sed ille adversus Seium habeat mandati actionem. Quodsi quis sibi et alii, cuius iuri subiectus non sit, dari decem aureos stipulatus est,*

---

<sup>190</sup> SEILER, H.H., op. cit. pag. 135.

*valebit quidem stipulatio, sed utrum totum debeat, quod in stipulationem deductum est, an vero pars dimidia, dubitatum est; sed placet, non plus quam dimidiam partem ei acquiri. Ei, qui iuri tuo subiectus est, si stipulatus sis, tibi acquiris, quia vox tua tanquam filii sit, sicuti filii vox tanquam tua intelligitur in iis rebus, quae tibi acquiri possunt.”*

El problema que plantea Justiniano es que se estipule “para mí y para otro, a cuyo derecho no estuviere sometido. En este caso, Justiniano, manteniendo la postura de los proculeyanos considera que sólo “se me debe la mitad a mí” considerando la estipulación válida solamente en lo que a este contenido se refiere. Es decir, de nuevo se demuestra la tendencia a salvar, aunque sea parcialmente la estipulación si bien, puede inducirnos a error, tal y como señala Claus<sup>191</sup>, el hecho de que Justiniano considere la estipulación válida, como si se quisiera referir a toda la estipulación. Sin embargo, a pesar de este posible malentendido, Justiniano deja claro que la estipulación es sólo parcialmente válida.

Con la misma idea de buscar alternativas para salvar la estipulación a favor de terceros, se encuentra nuevamente el texto de Ulpiano D.45,1,38,17, donde además, ya aparece expresamente la regla “*alteri stipulari nemo potest*”:

*“Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur; inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi acquirat, quo sua interest; ceterum, ut alii detur, nihil interest mea. Plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut si ita factum non sit, ut comprehensum est, committatur stipulatio etiam ei, cuius nihil interes; poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas, quaeque conditio stipulationis”.*

Se aprecia claramente en este texto de Ulpiano, que no pueden realizarse estipulaciones a favor de terceros, puesto que no me puede interesar que se dé a un tercero. Quizás esta postura esté indicando que el

---

<sup>191</sup> CLAUS, A., *Gewillkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht*, Berlin, 1.973, pág. 342, donde también opina que “man argumentiert nicht mehr so stark mit der Förmlichkeit der Stipulation, wenn sich auch Justinian im Ergebnis kaum von Gaius unterscheidet”.

estipulante ha de tener un interés patrimonial propio y judicialmente exigible, lo que era posible en la *condictio* de una *stipulatio incerta*, como puede ser la *stipulatio in faciendo*, cuya fórmula se refiere a “*quidquid*”, pero no en una estipulación de dar, la cual está protegida por una *condictio certa ex stipulatu*, lo que se evidencia en la propia frase del texto “*ceterum, ut alii detur, nihil interest mea*”. Además, si las partes así lo desearan, podrían salvar dicha estipulación a través de la “*stipulatio poenae*”<sup>192</sup>. A través de la *stipulatio poenae*, se pudo superar el obstáculo de la regla de “*alteri stipulari nemo potest*”, puesto que acudiendo a la *stipulatio poenae*, la parte interesada en la eficacia de la estipulación a favor de terceros imponía una sanción convencional, con la finalidad de obviar el error con los mecanismos que se incluían el ordenamiento jurídico romano.

La misma idea la recoge Justiniano en sus Instituciones 3,19,19:

*“ Alteri stipulari, ut supra dictum est, nemo potest: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi acquirat, quod sua interest: ceterum, si alii detur, nihil interest stipulatoris. Plane si quis velit hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, nisi ita factum sit, ut comprehensum esset, committetur poenae stipulatio etiam ei, cuius nihil interest; poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit eius, sed quae sit quantitas in conditione stipulationis. Ergo si quis stipuletur Titio dari, nihil agit, sed si addiderit poenam:” nisi dederis tot aureos dare spondes?, tunc committitur stipulatio”.*

La *stipulatio poenae* pudo ser utilizada, por lo tanto, para sancionar el contrato a favor de terceros. Este texto de Ulpiano implica a su vez, la evolución de la *stipulatio*, puesto que la tendencia era a que prevaleciera la voluntad de las partes sobre el pronunciamiento solemne de las palabras. El jurista utiliza la *stipulatio poenae* como medio para salvar el negocio jurídico.

---

<sup>192</sup> KNÜTEL, R., *Stipulatio poenae*, Köln, 1.976, señala con respecto al texto de Ulpiano D. 45,1,38,17, que aquí se establece que en estos casos de estipulaciones a favor de terceros, donde falta el interés del *stipulator*, requisito que es indispensable para la obligación, la estipulación es ineficaz.

En cuanto a la terminología empleada por los juristas romanos para hacer referencia a la invalidez de las estipulaciones a favor de terceros, nos encontramos con varios términos diferentes:

- Gayo 3,103: comienza hablando en general de “*inutilis est stipulatio*”
- Pomponio D. 45,1,110 destaca que “ .... *inutiliter stipulatus sum*”
- Ulpiano D. 45,1,38,17 señala que “... *alteri stipulari nemo potest* ...” distinguiéndola de las estipulaciones del esclavo para el señor o del hijo para el padre, **obligaciones** que fueron creadas para que cada cual adquiriera para sí; “*ut alii detur, nihil interest mea.*”
- Justiniano Inst. 3,19,4: “...*stipulatur nihil agit .... valebit quidem stipulatio* “.

Observamos que no en todos los fragmentos analizados se emplea la misma terminología, pero al contrario de lo que comentamos en el apartado referido a las estipulaciones sometidas a condición imposible (Gayo Inst. 3,98), en este caso de estipulaciones a favor de terceros existe una unanimidad en cuanto a los efectos de la estipulación y el significado de los diferentes términos utilizados. En este aspecto, las estipulaciones son existentes y los juristas buscan diferentes formas de considerarlas, además, válidas. Desde esta perspectiva, entienden que las estipulaciones a favor de terceros, pueden generar obligaciones válidas y exigibles por el estipulante, que es parte en el contrato, siempre y cuando aquél tenga un interés patrimonial propio en la prestación (por ejemplo, el tutor que cede a un cotutor la gestión de la tutela) o bien, como en el caso de Gayo 3,103, si el estipulante se hace prometer también para sí mismo, o si como se contempla en el texto de Ulpiano, se añade una estipulación penal a su favor, para que se cumpla la prestación a favor del tercero. Es la misma distinción que utilizaba Gayo en el 3,176, en cuanto a la estipulación y a la obligación, aunque con ciertos matices: la estipulación existe, pero es

parcialmente ineficaz, puesto que la obligación, en lo que respecta al tercero ajeno al negocio jurídico, es nula.

Tanto la postura de la escuela proculeyana como de los sabinianos tiende a salvar la validez de la estipulación; difieren entre sí en si la obligación se debe completamente al *stipulator* o sólo en la mitad. Pero en lo que a nosotros nos interesa, es decir, en cuanto al significado de “*inutilis*” dentro del campo semántico de la invalidez, hemos de destacar, que nuevamente, se sostiene que la estipulación es existente, aunque parcialmente inválida, en lo que a la obligación se refiere, puesto que ésta sería nula.

El origen de la regla *alteri stipulari nemo potest* se atribuye a las formalidades requeridas al negocio formal de la *stipulatio*. Este tipo de estipulaciones a favor de tercero no cumpliría con uno de los requisitos básicos de las estipulaciones; en concreto con el requisito de congruencia entre pregunta y respuesta. No obstante, Zimmermann opina que esto es muy dudoso, puesto que, por un lado, al decaer el rigor formal de la *stipulatio* propio de una primera etapa, los juristas mantuvieron la regla y, por otro lado, al introducirse contratos libres de forma, la regla se extendió a todas las obligaciones nacidas de contrato<sup>193</sup>. Por ello, es probable que el fundamento de la regla descansa en la falta de interés patrimonial judicialmente exigible del estipulante, al menos, una vez superado el rigor formalista en la estipulación.

La *regulae iuris* “*alteri stipulari nemo potest*” obligaba a declarar inválida toda estipulación por la que se pretendiera crear un derecho a favor de una tercera persona, como hemos visto en Ulpiano D. 45,1,38,17. Se piensa que este principio se hallaba en relación con la máxima según la cual, nada puede adquirirse por medio de persona extraña (*per extraneam*

---

<sup>193</sup> SANSÓN RODRÍGUEZ, M<sup>a</sup> V., *La stipulatio alteri en el Derecho romano*, en Anales de la Universidad, La Laguna, 2001, hace un estudio profundo acerca de la *stipulatio alteri*, no sólo en Derecho moderno, sino también en los ordenamientos jurídicos modernos.

*personam adquiri nobis non potest*<sup>194</sup>), que supondría que el promitente no se hallaba vinculado a tercera persona y que ésta, por lo tanto, no tendría acción contra él. La nulidad de la *stipulatio alteri* aparece como un principio general (D. 50,17,73,4) que impide los llamados contratos a favor de tercero.

En época republicana, los jurisconsultos no distinguían la “*stipulatio alteri*” de la representación directa que produce la estipulación en nombre de un tercero, dado que no diferenciaban situaciones que de todos modos estaban prohibidas.<sup>195</sup> Consecuencia de ello era la consideración de inadmisibles de la “*stipulatio alteri*”. Fuenteseca<sup>196</sup> opina que la prohibición de la “*stipulatio alteri*” se justifica inicialmente por la estrecha vinculación que existe entre la *obligatio* y la *actio*: no puede admitirse una “*stipulatio alteri*” puesto que la *obligatio* también se da exclusivamente entre las partes estipulantes, es decir, entre *stipulator* y *promissor*. “De la *stipulatio* nace la *actio* del *stipulator* contra el *promissor* en cuya *intentio* se han de reflejar los términos mismos de la *stipulatio*: “*Sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet*” (Gayo, 4,53 in fine).

Posteriormente, se fueron conociendo excepciones, admitiéndose, en el derecho postclásico, casos de estipulación a favor de terceros en sentido propio, siendo dudosa la claridad de los textos en donde se concedía una *actio utilis* al tercero a cuyo favor se hubiera estipulado.<sup>197</sup>

---

<sup>194</sup> KASER, M., *Röm. Privatrecht*, pág. 412, nt. 27.

<sup>195</sup> SANSÓN RODRÍGUEZ, M<sup>a</sup> V., op. cit. pág. 7 y ss.

<sup>196</sup> FUENTESECA, P., *Derecho privado romano*, Madrid, 1978 pág. 233; en la misma línea ZIMMERMANN, R., op. cit. pág. 35 también considera que el fundamento de la regla “*alteri stipulatio nemo potest*” hay que ponerlo en relación con la idea de la falta de interés patrimonial exigible en determinado tipo de acciones, aquellas derivadas de la estipulación de dar un *certum*; SANSÓN RODRÍGUEZ, M<sup>o</sup> V., op. cit. también se suma a esta línea.

<sup>197</sup> CASTRESANA, A., op. cit., pág. 461; KASER, M., *Röm. Recht*, pág. 491, pone por ejemplo, cuando el acreedor pignoraticio estipulaba, al vender el *pignus*, que el deudor podía rescatar la cosa si reintegraba el precio pagado por el comprador (D. 13,7,13) o cuando, quien tenía en depósito una cosa, la entregaba a su vez a otro con el pacto de que la devolución de ésta se hiciera al propietario, que disponía así de una *actio utilis* de depósito (Diocleciano C.3,42,8,1). Sin embargo, ZIMMERMANN, R., op. cit. pág. 40, considera que ambos textos están probablemente interpolados; en la misma línea, MIQUEL, J., *Derecho privado romano*, pág. 271 y ss opina que la doctrina en este aspecto no es pacífica; WESENBERG, G., *Vertäge zugunsten Dritter*, Weimar 1.949, pág. 10 y ss.

Otra forma de salvar la *regulae iuris* fue introduciendo una *stipulatio poenae*<sup>198</sup>, puesto que el recurrir a dicha institución en la estipulación a favor de terceros suponía una sanción con el fin de obviar la falta de tutela que existía dentro del ordenamiento jurídico romano.

Para Pastori<sup>199</sup> la justificación de la máxima "*alteri stipulari nemo potest*", es otra de las causas por las que se consideran "nulos" los contratos a favor de terceros y concretamente por la que se consideran "inválidas" las estipulaciones a favor de terceros. Paulo, en D. 45,1,83 establece que el negocio se contrata entre el que estipula y el que promete y cada cual deberá estipular o prometer por sí.<sup>200</sup>

D.- Gayo 3,100 y 3,101: estipulaciones inútiles por adición de plazos no admitidos

Gayo, 3,100: "*Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: <Post mortem meam dari spondes? Vel ita: <Post mortem tuam dari spondes? Valet autem si quis ita dari stipuletur: cum moriar dari spondes? Vel ita>: cum morieris dari spondes? Id est ut in novissimum vitae tempus stipulationis aut promissoris obligatio conferatur; nam inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem. Rursum ita stipulari non possumus: Pridie quam moriar, aut: pridie quam morieris, dari spondes? Quia non potest aliter intellegi "pridie quam aliquis morietur", quam si mors secuta sit; rursus morte secuta in praeteritum reducitur stipulatio et quodammodo talis est: Heredi meo dari spondes? quae sane inutilis est*".

De esta forma pone Gayo de manifiesto la inutilidad de las estipulaciones en aquellos supuestos donde se incluye un término que no

---

<sup>198</sup> *Spondes me Titio centum? Nisi dederis tot sestertios spondesmes?* (Prometes que darás cien a Ticio? Y si no se los dieses, ¿me prometes tantos sestercios?). De esta forma se podría exigir el pago de la pena si el promitente no cumplía la prestación prometida a favor de tercero. Sería, como dice Fuenteseca, un medio coercitivo para forzar al cumplimiento, FUENTESECA, P., op., cit, pág. 234.

<sup>199</sup> PASTORI, F., op. cit, pág 312 y ss.

<sup>200</sup> Ulpiano D. 45,1,38 "... *nemo autem alienum factum promittendo obligatur...*".

es admitido dentro del ordenamiento jurídico. Concretamente términos que se refieren a la muerte de una de las partes, bien porque la obligación tenga que ser cumplida después de la muerte, bien del estipulante o del promitente, o bien porque la obligación deba ser cumplida el día antes de que se produzca la muerte, puesto que esta fecha es completamente desconocida y no se puede llegar a conocer sino cuando la muerte se haya producido ya, lo cual se puede asimilar al supuesto en que se estipula “darás a mi heredero”.

Si bien, una obligación condicionada está sujeta a la producción o no de un evento futuro pero incierto, sin embargo, en el supuesto de que fuera completamente cierto que dicho evento va a ocurrir, ya no hablaríamos de condición sino de una cláusula de tiempo, de un término (*dies*). El término es un hecho futuro y objetivamente cierto a partir del cual comienzan o cesan, en su caso, los efectos de un negocio jurídico<sup>201</sup>. A diferencia de la condición, el término presupone un hecho cierto, es decir un hecho que ocurrirá, siendo su única función la de dilatar o retrasar los efectos o la resolución de un negocio, en este caso estipulatorio, que ha nacido en el momento de la declaración. El momento en que va a ocurrir, es un momento cierto (como por ejemplo un mes determinado o un año concreto); lo normal es que se fijen este tipo de términos (días determinados, meses determinados etc). Lo contrario sería "*a dies an incertus quando*".

Desde esta perspectiva, la estipulación del tipo "*post mortem meam dari spondes?* o "*post mortem tuam dari spondes?* será ineficaz ( *void* )<sup>202</sup>. Lo mismo ocurriría con "*pridie quam moriar dari spondes*" (el día antes de que me muera o de que te mueras), puesto que se desconoce el día en que se va a producir la muerte.

---

<sup>201</sup> Sobre esta materia vid. SOLAZZI, S., “Sull’obbigazione a termine iniziale”, en Iura, 1 (1.950) págs. 34 y ss; GROSSO, G., “Dies impossibilis e impossibilità della prestazione”, en Labeo 1, (1955); GROSSO, G., “Prospettive in materia di termine iniziale e finale e spunti sistematici di Paolo”, en BIRD, 64 (1.961), págs 99 y ss; MITTEIS, L., *Römisches Privatrecht*, 1, pág. 190 y ss; IGLESIAS, J., *Derecho romano*, págs. 178 y ss.

<sup>202</sup> ZIMMERMANN, R., op, cit, pág. 174 y ss, traduce "*inutilis*" en este caso como "*void*", es decir, ineficaz..

Este texto de Gayo, habría que ponerlo en relación con otro texto de las Instituciones de Justiniano : I. 3,19, 13:

*" Post mortem suam dari sibi nemo stipulari poterat, non magis, quam post eius mortem, a quo stipulabatur. Ac nec is, qui in alicuius potestate est, post mortem eius stipulari poterat, quia patris vel domini voce loqui videtur. Sed et si quis ita stipuletur; "pridie quam moriar," vel : "pridie quam morieris, dabis?" inutilis erat stipulatio. Sed quum, ut iam dictum est, **ex consensu contrahentium stipulationes valent, placuit nobis etiam in hunc iuris articulum necessariam inducere emendationem, ut, sive post mortem, sive pridie quam morietur stipulator sive promissor, stipulatio concepta est, valeat stipulatio.**"*

Advertimos, que en este texto de Justiniano, también se consideran inútiles las estipulaciones realizadas para ser cumplidas después de la muerte de una de las partes o el día antes de que muera una de ellas. Sin embargo, apreciamos claramente en el fragmento de Justiniano, la evolución del negocio jurídico de la *stipulatio*, en tanto en cuanto ya se tiene en consideración el consenso, del que también hablaremos al abordar el pasaje de Gayo 3,102<sup>203</sup> como elemento fundamental para intentar salvar, al menos, parte del negocio jurídico estipulatorio. Pero es que además al final del texto de Justiniano, notamos como cambian radicalmente los efectos de las estipulaciones realizadas para después de la muerte de una de las partes o bien realizadas para el día en que se produzca la muerte o su víspera. Sobre este tema Justiniano<sup>204</sup> opina que

---

<sup>203</sup>Ver capítulo IV.B al igual que ocurre con la falta de congruencia entre pregunta y respuesta, donde no se trata tanto del aspecto meramente formal, es decir, del pronunciamiento exacto de unas palabras determinadas, sino de un problema sustancial relativo al consenso, en el texto que hemos escogido de Justiniano, serán consideradas válidas ese tipo de estipulaciones sometidas a esa clase de términos si se atiende al consenso existente entre las partes en cuanto al término fijado.

<sup>204</sup> CASTRESANA, A., op. cit, pág 462 donde hace alusión a que Justiniano terminó reconociendo abiertamente la validez de la *stipulatio "post mortem"* tal y como se puede ver en una Constitución del propio Justiniano del año 528 d.C: "*Scrupulosam inquisitionem, utrum post mortem an cum morietur vel pridie, quam morietur stipulatus sit ... vel in quocumque contractu stipulati vel pacti sunt nihilo minus pro tenore contractus ... vel valere praecipimus.*"

En la misma línea, una nueva Constitución de Justiniano del año 531 d. C confirma la posibilidad de celebrar estipulaciones "*post mortem*", de manera que las obligaciones y

es necesario realizar una corrección basándonos en la idea de que las estipulaciones son válidas por el consentimiento de las partes y por ello, se considerarán válidas aquellas estipulaciones realizadas para después de la muerte de una de las partes o para la víspera del fallecimiento.

Es regla del *ius civile*, que "*a persona heredis obligatio incipere non potest*" (Gayo 3,100, 3,158, Gayo Ep. 2,9,7, Gayo 2,232, 3,117, 3,119, 3,176); por lo tanto, el testador no puede disponer que un crédito o débito comience directamente en la persona del heredero. La regla es aplicada en varios campos; posteriormente es atenuada en la etapa clásica y Justiniano, como acabamos de ver en sus Instituciones 3,19,13 y en diferentes constituciones posteriores, la abolió del todo.

Es inválida la estipulación que establece que la prestación deberá ser cumplida en un momento posterior a la muerte del *creditor* o del *debitor*: *post mortem meam dari spondes? - post mortem tuam dari spondes?* Y todavía se admite que se pueda evitar la invalidez estableciendo una sutil distinción, es decir, remitiendo la *stipulatio* al último momento de la vida del acreedor o deudor (*cum moriar dari spondes? cum morieris dari spondes?*). Por lo tanto, debido a esta admisión, los textos clásicos hablan regularmente de *stipulatio* "*cum moriar o cum morieris*"<sup>205</sup>. Voci<sup>206</sup> sostiene también, tal y como lo hacen otros autores<sup>207</sup>, que al expresar "*cum moriar o morieris dari spondes*" el texto parece haber tenido alguna laguna que fue restituida con la

---

las acciones que deriven de aquellas se den entre los herederos del *stipulator* y el *promissor*. (C.8,37,11 y C.4,11,1 respectivamente).

<sup>205</sup> Paulo D. 23,3,20: "*Julianus scribit, valere talem stipulationem: "cum morieris, dotis nomine tot dari", quia et pacisci soleant, ne a viva exhibeatur; quod non esse simile accepi; aliud est enim differre exactionem, aliud ab initio in id tempus stipulari, quo matrimonium futurum non sit; idque et Aristoni, et Neratio, et Pomponio placet.*"; D. 45,1,46,1: "*Id autem, quod in facto est, in mortis tempus coferri non potest, veluti: cum morieris, Alexandriam venire spondes?*" postura esta contrapuesta a la de Gayo, quizás en base a la teoría de Voci de no poderse concebir que se realice ninguna prestación consistente en un *facere* justo en el último momento antes de producirse la muerte, puesto que no habría energías suficientes para ello. El ejemplo de Paulo es muy clarificativo y también induce pensar en las posibles variaciones sufridas en el texto de Gayo.

<sup>206</sup> VOICI, P., *Diritto ereditario romano*, vol I, Milano, 1.960, págs. 285 y 286.

<sup>207</sup> Ver nt. 224 de este trabajo.

postura que Gayo mantiene en cuanto a los legados<sup>208</sup>. Por otra parte, no es de extrañar que Gayo mantenga una opinión diferente en las estipulaciones y en los legados, puesto que cuando analizamos el 3,98, referido a las estipulaciones sometidas a condiciones imposibles, vimos como Gayo sostenía ideas completamente contrapuestas: las estipulaciones sometidas a condiciones imposibles eran consideradas por Gayo “inútiles”, mientras que en los legados, dichas estipulaciones eran consideradas como no puestas.

Al ser inválida la *stipulatio post mortem meam* o *tuam*, así son también inválidas las estipulaciones *heredi meo dari spondes?* y *pridie quam moriar o morieris dari spondes?*. La primera es inválida, porque explícitamente hace referencia a un tiempo posterior a la muerte del estipulante o del promitente. La segunda es inválida, porque alude al día de la muerte, día que no se puede establecer, puesto que es completamente incierto. Sin embargo, esta regla tiene algunas excepciones, como, por ejemplo, la *stipulatio* dirigida al último momento de la vida del *debitore*. Pero para Voci<sup>209</sup>, es absurdo pensar que en ese último momento de la vida, se pueda tener fuerza alguna para realizar una determinada actividad (un *facere*). Justiniano, sin embargo admitió con generalidad la validez de la *stipulatio de facere* referida a la muerte del promitente.

En general se piensa que ha habido una introducción posterior en cuanto al texto a partir de "*vel ita*" en las Instituciones de Gayo. En este sentido, existen dos textos paralelos:

- el primero de ellos es el Epítome de Gayo 17,7 (2,9,7): "*Praeterea inutilis est interrogatio et promissio, si et aliquis interoget debitorem: post mortem meam vel tuam illud dari spondes*".

---

<sup>208</sup> KNIEP, Gai Inst. Commentarius tertius, Jena, 1.917, pag. 165; VASSALLI, Studi giuridici, 3.1 (1.939), págs. 253 y ss; VOICI, op. cit. págs. 285-286; ROBBE, U., "Osservazioni su Gaio", en Gaio nel suo tempo, Napoli, 1.966, pág 131; 262, 295 y 304; NELSON, W., MANTHE, U., *Studia gaiana VIII*, Berlín, 1.999, pág. 129 y ss.

<sup>209</sup> VOICI, P., op. cit. pág 286, nt. 255.

- Y el segundo sería el que ya hemos visto de las Instituciones de Justiniano 3,19,13

La incorporación que existía en la laguna inicial perdida de las Instituciones de Gayo, se soluciona con el Epítome ( y las Instituciones de Justiniano ("*post eius mortem a quo stipulabatur*") y la laguna central del texto, se soluciona acudiendo al contexto de nuestro párrafo: "*inutilis est stipulatio, si quis ita dari stipuletur... ..*", al igual que ocurre en las Instituciones de Justiniano 3,19, 15 donde se afirma "*ita autem concepta stipulatio apud veteres utilis erat*".

En cuanto al término "*inelegans*"<sup>210</sup> es la única vez que es utilizado por Gayo y proviene del sustantivo abstracto "*inelegantia*". Se trata de una expresión entre el *ius gentium* y las reglas ya conocidas del Derecho romano<sup>211</sup>. En nuestro caso, *inelegans*, se referiría a "regelwidrig" dentro del contexto. Una estipulación en el momento "*post mortem*" del promitente o del estipulante sería una estipulación "zugunsten oder zuungunsten eines Erben", como también para un tercero. *Elegans* es también utilizado por los juristas como "zutreffend o scharfsinnig", "justificado o ingenioso" ( Ulpiano D. 2,14,13)<sup>212</sup>. No obstante Robbe<sup>213</sup> entiende que es un término que pertenece al Gayo veronés. La impureza de "*ab heredis persona obligationem incipere non posse*" en Gayo 3, 100 es comprobado no solo en razón de que, según el concepto clásico el término inicial no suspende el nacimiento de la obligación, sino también en el error que la propia frase contiene. Esta frase aparece también en el

---

<sup>210</sup> ROBBE, U., op. cit., pag 134 traduce "*inelegans*" como "incongruente".

<sup>211</sup> Studia Gaiana, Gai inst. 3,88-181, pags 129 y ss " in betreff der Zuerkennung del Bürgerrechts an Kinder aus gemischter Ehe: Kaiser Hadrian hat in einem , Kaiser Vespasian in anderen Falle die "rechtliche Regel widrigkeit (inelegantia iuris) durch Gültigkeitserklärung des ius gentium behoben".

<sup>212</sup> Ulpiano D. 2,14,1,3: "*Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat; nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.*"

<sup>213</sup> ROBBE, U., "Osservazioni su Gaio", en Gaio nel suo tempo, Napoli, 1.966, pag 133 y ss; BONIFACIO, F., *La novazione nel diritto romano*, pag 49 y nt. 26 entiende también que se trata de un añadido posterior a la publicación de las Instituciones gayanas.

Epítome de Gayo 2,9,7. Para Solazzi<sup>214</sup>, la explicación es obvia: la inserción en el 3,100 de la expresión “*nam inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem*” es anterior a la redacción del Epítome.

Otra de las posibilidades que contempla Gayo en 3, 100 era el aplazar el cumplimiento “*cum morier*” y entonces, en estos casos, la estipulación era posible, válida. Ello también coincide con la opinión manifestada por Gayo en 3,117 y 3,119<sup>215</sup>, en donde igualmente pone de manifiesto la imposibilidad de estipular para después de la muerte. La razón que justifica esta postura de admitir las estipulaciones “*cum morier*” es que para Gayo, parece “*inelegans*” que la obligación comience en la persona del heredero, es decir, después de producirse la muerte, mientras que si se estipula “*cum morier*”<sup>216</sup>, la obligación se difiere al último momento de la vida del estipulante o en su caso del promitente. Quizás esta explicación se vea más clara si acudimos a Gayo 2,232:

*"Post mortem quoque heredis inutiliter legatur, id est hoc modo: cum heres meus mortuus eri, do lego, aut: dato. Ita autem recte legatur; cum heres <meus> morietur, quia non post mortem heredis relinquitur, sed ultimo vitae eius tempore".*

Gayo entiende que la obligación no se deja para después de la muerte del heredero, sino para el último momento de su vida. Es en este pasaje donde Gayo nos aclara lo que él entiende por “*cum moriar*”.

---

<sup>214</sup> SOLAZZI, S., op. cit. pags 34 y ss entiende que “E nulla impedisce di ammettere che questa attingesse ad un testo alterato come il Veronese”.

<sup>215</sup> Gayo 3,117: “*Sponsores quidem et fidepromissores et fideiussores saepe solemus accipere, dum curamus ut diligentius nobis cautum sit; adstipulatorem vero fere tunc solum adhibemus, cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur; <quia enim ut ita nobis detur stipulando nihil agimus, adhibetur adstipulator, ut is post mortem nostram agat; qui si quid fuerit consecutus, de restituendo eo mandati iudicio heredi meo tenetur.*”

Gayo 3,119: “*Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, quamvis interdum ipse qui promiserit non fuerit obligatus, velut si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit; at illud quaeritur, si servus aut peregrinus sponderit, an pro eo sponsor aut fidepromissor obligetur.*”

<sup>216</sup> MITTEIS, L., *Röm. Privatrecht*, pág. 191, nt. 84.

En Gayo 3,100 “ *cum morier* ” significaría “ *ut in novissimum vitae tempus conferatur*”, mientras que en Gayo 2,232, donde aborda el tema de los legados, se entendería como “ *ultimo vitae eius tempore*”, lo que significaría el “último momento en que la persona aún vive (“der letzte Augenblick, in dem die betreffende Person noch am Leben ist”<sup>217</sup>).

En cuanto a la parte del pasaje 3,100 de Gayo “ *rursum ita stipulari non possumus: pridie quam moriar aut pridie quam morieris, dari spondes?*”, es comprensible y lógico que no se pueda estipular para el día en que se vaya a producir la muerte o el día antes de que se vaya a producir, puesto que como ya hemos dicho anteriormente, ese término es completamente desconocido e incierto. Sin embargo, en Gayo 2,232 donde trata la materia de los legados, pero haciendo también referencia al día en que se vaya a producir la muerte, destaca que “ *Rursum ita non potest legari: pridie quam heres meus morietur; quod non pretiosa ratione receptum videtur*” (“aunque esta regla no encuentra una explicación lógica” ), por lo que en parte contradice lo que ha afirmado con rotundidad al hablar de las estipulaciones.

Las explicaciones que se dan a esta falta de congruencia entre ambos pasajes son diversas. Para Robbe<sup>218</sup>, por ejemplo, la razón de tal oposición es que Gayo no publicó íntegramente su obra, sino que fue realizada libro por libro. Vassalli<sup>219</sup>, también ha observado dicha contraposición y duda incluso que el término “ *pridie* ” sea genuino del propio pasaje de Gayo, opinando que esta segunda parte del pasaje 3, 100 es una “glossema”.

---

<sup>217</sup> Ver STUDIA GAIANA, pag. 131, donde se plantea también la cuestión del significado de “cum moriar” desde el punto de vista filosófico; VALIÑO, E., *Instituciones de Derecho privado romano*, Valencia, 1988, pág. 249, entiende que la jurisprudencia llegó admitir una forma menos indeterminada, *cum moriar*, puesto que en el momento en que uno se sienta morir podría exigir el cumplimiento de la estipulación. Por ello, la jurisprudencia consideró, según Valiño que era suficiente para que el estipulante adquiriese la obligación antes de morir, y por lo tanto, que la estipulación fuese eficaz.

<sup>218</sup> ROBBE, U., “Osservazioni su Gaio” en Gaio nel suo tempo, Napoli, 1.966, págs. 131 y ss.

<sup>219</sup> VASSALLI, Studi giuridici, 3.I (1.939) pags 253,262-4, 295 y 304 y ss donde explica las razones existentes para entender que la segunda parte de Gayo 3,100 ha sido una introducción posterior. En el mismo sentido, SOLAZZI, S., “Sull’obbligazione...” en Iura I (1.950), pág. 53.

En cuanto a los efectos de la inutilidad en este tipo de estipulaciones, Robbe, si bien no entra a fondo en esta materia, indica que para explicar el significado del negocio inútil es absolutamente necesario partir de la premisa de que la “*utilitas*” constituye uno de tantos elementos del *ius*; tal es así que Ulpiano en D. 1,1,1,2 define el *ius privatum* “*quod ad singulorum utilitatem*”, Paulo D. 1,3,16 explica el *ius singulare* como “*quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*”, Juliano D. 9,2,51,2 advierte que “*multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilitate comuni recepta esse innumerabilibus rebus probari potest*” y por último el propio Gayo en 3,160 habla de “*utilitas causa*” en contraposición a la “*stricta iuris ratio*”. Por lo tanto está tratando el tema de la inutilidad de estas estipulaciones desde el punto de vista de las oposiciones privativas: la estipulación útil frente a la estipulación inútil, afirmando que sólo desde esa perspectiva se puede aclarar el significado de “*inutilis*” en el fragmento gayano y entendiendo el término “*inutilis*” dentro del campo semántico de la invalidez.

Por último, Robbe entiende, como también lo hace Masi<sup>220</sup> que *inutile*, en este supuesto concreto, designa el negocio que no despliega efecto alguno pero que en otros supuestos puede tener otros significados dispares, opinión que chocaría con Gayo 3,176, donde se entiende que la estipulación desplegaría efectos negativos (novación).

Para Bonifacio<sup>221</sup>, en lo que se refiere a la estipulación “*post mortem*”, no cabe duda de que existe una invalidez; pero una invalidez, que en cierta manera no “termina de motivar o convencer a Gayo”; no se duda de la ineficacia de la estipulación, puesto que no despliega los efectos positivos que le son propios; la obligación es nula, pero la estipulación

---

<sup>220</sup> ROBBE, U., op. cit. pag. 139; MASI, A., *Il negozio utile...*, pag. 96.

<sup>221</sup> BONIFACIO, F., *La novazione nel diritto romano*, Napoli, 1.959, pag 49 y ss.

puede, a través de la novación, crear una nueva obligación, postura esta que sí que estaría en consonancia con el pasaje de Gayo 3,176.<sup>222</sup>

Al inicio del texto de Gayo 3, 100, al acometer el tema de las estipulaciones realizadas para después de la muerte o el día antes de que se produzca la muerte, apreciamos que en ambos supuestos vuelve a tachar de inútiles dichas estipulaciones. Para Gayo, las estipulaciones sometidas a términos no admitidos o que realmente no son auténticos “términos” en el sentido jurídico, son inválidas porque no pueden desplegar los efectos buscados por las partes. En el primer caso, porque considera que la obligación no puede comenzar en la persona del heredero; en el segundo caso, por el término desconocido e incierto que se ha incluido en la estipulación.

De nuevo ha elegido, dentro del campo semántico de la invalidez, el término de “*inutilis*”, tal y como también lo repite Gayo en el pasaje 2,232 al abordar el tema de los legados.

Si bien hay dudas sobre la autenticidad de la parte del pasaje “*vel ita: cum morieris dari spondes? Id est ut in novissimum vitae tempus stipulatoris aut promissoris obligatio conferatur; ...*”, sin embargo, es interesante estudiar como de nuevo se menciona que el problema radica en que la obligación se difiera al último momento de la vida del estipulante o del promitente. De tal manera que vuelve a distinguir, aunque repetimos que la autenticidad de este párrafo es discutida, entre *obligatio* y *stipulatio*, tal y como ocurría en el 3,176: la *stipulatio* es *inutilis* pero la obligación ni siquiera puede llegar a nacer (*nam inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem*). La estipulación es formalmente válida, pero es ineficaz (*inutilis*) puesto que adolece de un defecto que le impide producir los efectos que le son

---

<sup>222</sup> VALIÑO, E., *Instituciones de Derecho privado romano*, Valencia, 1988, pág. 249, entiende que “si se estipula para después de mi muerte, no puedo hacerme acreedor yo, porque me tendría que hacer acreedor después de mi muerte y en esa circunstancia no puedo exigir el cumplimiento. De ahí que afirme también que la estipulación es válida, pero, en cambio, no da lugar a una obligación, porque no puedo reclamar yo después de mi muerte.”

propios. La estipulación existe, pero no engendra obligación; en este caso por lo tanto, como en el 3, 176, hay estipulación pero no hay obligación. La estipulación existe, puesto que puede extinguir (por novación) una deuda anterior, como en el 3,176 y además puede ser afianzada o coestipulada por un *adstipulator* (Gayo 3,117)<sup>223</sup>.

Es por ello, por lo que podríamos destacar, tal y como concluíamos al analizar el 3,176, que si bien la obligación es nula, sin embargo, la estipulación, al menos es existente, aunque inútil, por no desplegar los efectos buscados por las partes.<sup>224</sup>

En cuanto al segundo de los pasajes de Gayo que hacen referencia a la adición de plazos no admitidos, encontramos seguidamente el 3,101:

*“Quaecumque de morte diximus, eadem et de capitis deminutione dicta intellegemus.”*

En este pasaje advertimos como Gayo, se remite al 3,100 para tratar el tema de la adición de plazos no admitidos cuando se ha producido una *capitis deminutione*. Por lo tanto, serían inútiles aquellas estipulaciones que se realizaran para después de la producción de la *capitis deminutione* o en la víspera de que se llegara a producir; mientras que se considerarían válidas, cuando se produzca la *capitis deminutione*, puesto que sería el momento justo anterior a la producción de la misma.

---

<sup>223</sup> d'ORS, A., *Derecho privado romano*, pag 497 y ss; Di Paola, S., op. cit. págs. 21 y ss también está de acuerdo en que la “*stipulatio post mortem*” no comporta la nulidad de la stipulatio, sino sólo la falta de aquellos efectos que le son propios y que van en contra del nacimiento de la obligación en la persona del heredero. Para Di Paola, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, “*inutilis*” equivale en este pasaje a ineficaz, que no produce, al menos los efectos positivos buscados por las partes y que lo que se entiende que es nula es la obligación; en sentido contrario, GUARINO, A., *Diritto privato romano*, Napolés, 1.992, págs 837 y ss habla sobre la invalidez de estas estipulaciones.

<sup>224</sup> Ver pág. 66 y ss y 72 de este trabajo.

Al hablar de persona física, se dice que “persona” es todo hombre (Mensch) incluyendo también a los esclavos. La palabra que se utilizaba para denominar a la persona física era la de “*caput*”. Con la palabra “persona”, no se denominaba al sujeto capaz de ostentar derechos y obligaciones. Era un término desconocido para los romanos. *Capitis deminutio*<sup>225</sup>, si bien no es confirmado por Cicerón (Top, 4,18; 6,29<sup>226</sup>) era un concepto jurídico muy antiguo. Con dicho término se agrupaban diferentes casos, en donde un hombre libre perdía su “*status*” (Gliederstellung) en el ámbito civil o en la familia (*status civitatis o familiae*)<sup>227</sup>.

Lo que realmente nos interesa de este pasaje de las Instituciones 3,101 de Gayo, es la remisión que hace acerca del tema de la producción de la *capitis deminutio* con respecto al cumplimiento de la obligación después del momento de la muerte, abordado en el pasaje 3,100 de las Instituciones gayanas; y en este sentido nos remitimos a las páginas anteriores donde hacíamos el estudio de los términos “*post mortem*”, “*cum morier*” y “*pridie quam morieris*” y a los efectos de la estipulación inútil.<sup>228</sup>

#### E.- Gayo 3, 104: Falta de capacidad jurídica para obligarse

---

<sup>225</sup> “Sobre la materia de la “*capitis deminutio*” ver KASER, Zur Geschichte der *capitis deminutio*”, en Iura, 3 (1.952), págs 48 y ss; LEVY, E., “Libertas und civitas”, en ZSS 78 (1.961); KASER, M., *Das Röm. Privatrecht*, págs. 271 y ss mit Literatur; IGLESIAS, J., *Derecho romano*, pág 155 y ss también con abundante bibliografía.

<sup>226</sup> Cic. Top. 6.29: “*Gentiles sunt inter se, qui eodem nomine sunt. Non est satis, qui ab ingenuis orti sunt, ne id quidem satis est, quorum maiorum nemo servitutem servivit. Abest etiam nunc: qui capite non sunt deminuti hoc fortasse satis est>: nihil enim video Scaevolam pontifi ad hanc definitionem addidisse.*”

<sup>227</sup> Paulo D. 4, 5, 11: “*Capitis deminutionis tria genera sunt, maxima media minima: tria enim sunt quae habemus, libertatem civitatem, familiam,. Igitur cum omnia haec amittimus, hoc est libertatem et civitatem et familiam, maximam esse capitis deminutionem: cum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse capitis deminutionem: cum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat.*”; Gayo Inst. 1,159: “*Est autem capitis deminutio prioris status permutatio. Eaque tribus modis accidit: nam aut maxima est capitis deminutio, aut minor, quam quidam mediam vocant, aut minima*”.

<sup>228</sup> Ver págs. 199 y ss de este trabajo.

*“ Praeterea inutilis est, si ab eo stipuler qui iuri meo subiectus est; item si is a me stipuletur. Sed servus quidem et qui in mancipio est et filia familias et quae in manu est, non solum ipsi, cuius iuri subiecti subiectaeve sunt, obligari non possunt, sed ne alii quidem ulli.”*

Dice Gayo que también es inútil la estipulación cuando estipulo de aquél que está sometido a mi potestad, igual que si éste estipulara de mí. Tanto el esclavo, como el que está en mancipio, la hija de familia o la que está bajo poder marital no pueden obligarse, no sólo con el que los tiene en potestad, sino tampoco con ninguna otra persona. Con esta afirmación, reconoce la invalidez de aquellas estipulaciones hechas a cargo de alguna persona que se encuentra bajo su patria potestad o al contrario, que dichas personas sometidas a su potestad (ya sea de su padre, abuelo, marido o “dueño”) puedan estipular conforme al *ius civile* a cargo suyo o viceversa.

Sabemos que en el derecho clásico romano existía una íntima conexión entre la existencia de la obligación y la posibilidad de su efectividad judicial; la *obligatio* y la acción procesal eran conceptos que estaban íntimamente unidos. Sin embargo, en contradicción con esto se hallaría el hecho de que los propios juristas clásicos reconocieran la existencia de algunos casos de obligaciones cuya efectividad no se podía pedir judicialmente (obligaciones naturales) y cuya característica era precisamente la de faltarle la tutela jurídica (una acción). La teoría de las obligaciones naturales sólo se puede comprender en relación con los problemas que, para los romanos, se derivaban del tratamiento jurídico de los vínculos obligacionales de los esclavos y personas libres sometidas a patria potestad. Y es aquí donde los juristas romanos parece que aplicaron el concepto de la obligación natural, obligación de hecho.

Parece ser que el primer texto donde se emplea el término de “obligación natural” pertenece a Javoleno D. 35,1,40,3:

*“Dominus servo aureos quinque sic legaverat: heres meus Stichus, servo meo, quem testamento liberum esse iussi, aureos quinque, quos in tabulis debeo, dato; nihil servo legatum esse,*

*Namusa Servium respondisse scribit, quia dominus servo nihil debere potuisset: ego puto, secundum mentem testatoris naturale magis, quam civile debitum spectandum esse; et eo iure utimur.”*

Posteriormente, ya aparecen dos textos de Juliano que directamente se refiere a la obligación natural:

D. 46,1,7: “*Quod enim solutum repeti non potest, conveniens est, huius **naturalis obligationis** fideiussorem accipi posse*”<sup>229</sup>.

D. 46,1,16,3: “*Fideiussor accipi potest, quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur*” ( Se puede recibir fiador siempre que hay alguna obligación bien civil o natural a la que sea aplicado).

La distinción entre obligación civil y natural ha sido también objeto de amplias discusiones doctrinales<sup>230</sup>, pero en general, podemos afirmar que por obligación natural se entiende aquella que se caracteriza negativamente, en cuanto a sus efectos, por la falta de tutela procesal y positivamente por la *soluti retentio*, donde si el obligado naturalmente paga, no puede reclamar lo que pagó. Para Miquel,<sup>231</sup> “estas dos consecuencias se desprenden del concepto de obligación natural que se ha expuesto: lógicamente, si el Derecho no concede acción al acreedor para reclamar lo que se le debe naturalmente, tampoco concederá al deudor para reclamar la devolución de lo que pagó. El ordenamiento jurídico se limita a volver la espalda a este tipo de obligaciones, puesto que son obligaciones naturales, de hecho”.

---

<sup>229</sup> Trad. D. 46,1,7: “Como no se puede repetir lo pagado, es conveniente que se pueda recibir fiador de esta obligación natural”.

<sup>230</sup> No vamos a entrar en las discusiones doctrinales acerca de las obligaciones civiles y naturales, dado que lo que nos interesa es ver el significado de inútil en este fragmento y la contraposición de terminología que emplea Gayo en este pasaje 3,104. Sobre las obligaciones naturales ver LONGO, G., “Concetto e limiti dell’obbligazione naturale dello schiavo nel diritto romano classico”, SDHI,16 (1.950), págs 86 y ss; LONGO, *Ricerche sull’ “obligatio naturalis”*, Milano, 1.962; BURDESE, A., Recensión crítica a la monografía anterior de Longo, en Iura 14 (1.963), pág. 264 y ss; STURM, F., “Oportere”, en SZ 82 (1.965), pág. 211 y ss; KASER, M., “Oportere und ius civile”, en SZ 83 (1.966), pág. 1 y ss; BURDESE, A., “Dubbi in tema di “naturalis obligatio””, en Studi Scherillo, 2 (1.972); BURDESE, A., “La “naturalis obligatio” nella più recente dottrina”, Studi Parmensi, 32 (1.983), pág. 43 y ss; IGLESIAS, J., *Derecho romano*, pág 376 y ss; MIQUEL, J., *Derecho privado romano*, pág. 269 y ss ; KASER, M., *Priv. Recht I*, pág. 480 y ss; HONSELL/MAYER MALY / SELB, *Röm. Recht*, pág 216, estos últimos manuales con amplia bibliografía sobre el tema.

<sup>231</sup> MIQUEL, J., op. cit, pag 270.

En este pasaje de Gayo, el jurista ya está haciendo referencia a la falta de capacidad de determinados sujetos para obligarse, al menos, civilmente. De ahí también se deriva el cambio de terminología que utiliza al final del pasaje, donde afirma que “*obligari non possunt*”. Con esta terminología Gayo ya no se está refiriendo estrictamente a la estipulación, sino que en general los esclavos, o los *filiifamiliae* no pueden llegar a obligarse con su *paterfamilias*. Tampoco los esclavos y mujeres *in potestate* pueden obligarse con ninguna persona. Sería un escalón previo a la propia estipulación, donde el jurista advierte que dichas obligaciones no podrían llegar a ser válidas.

También Gayo hace mención expresa a las obligaciones de los esclavos en el 3,176 in fine, donde advierte que “*Non idem iuris est, si a servo stipulatus fuero; nam tunc prior proinde adhuc obligatus tenetur, ac si postea a nullo stipulatus fuissem*”, es decir, que no se produciría la novación de la estipulación junto con la extinción de la primera, puesto que en este caso de la estipulación con un esclavo, el deudor antiguo permanece obligado como si después no hubiera estipulado nada de nadie. Para Labruna<sup>232</sup> este pasaje de Gayo no contradice en manera alguna la tesis del reconocimiento, aunque sea implícito del 3,119<sup>a233</sup> de las Instituciones de Gayo acerca del reconocimiento de la obligación natural del siervo.

---

<sup>232</sup> LABRUNA, L., op. cit. pág 407 señala que “Gaio nel suo ragionamento non ha necessità de ricordare gli effetti secondari, diversi l’una dall’altra ipotesi, delle stipulationes poste in essere dalla donna, dal pupillo, dallo schiavo, le quali erano accomunate semplicemente dalla mancanza del sorgere di un vincolo primario, per così dire, cioè di una obbligazione iure civili valida alla quale solo egli mira”

<sup>233</sup> Gayo 3, 119<sup>a</sup> : “*Fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint, obligationes, adici potest. Ac ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit, cui adiciatur; adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit, qui a servo fideiussorem accipiat, sive ipse dominus in id, quod sibi debeatur*” (Tanto el fiador como el fideiussor pueden intervenir en todas las obligaciones, ya hayan sido contraídas a través de un contrato verbal, literal o consensual. La obligación en que él interviene, lo mismo puede ser civil o natural. Es más, hasta puede obligarse por un esclavo, ya sea una persona extraña la que recibe al fiador del esclavo, como el mismo dueño de éste por algo que se le debe.)

En cuanto al significado de “*inutilis*” en este pasaje 3,104 hay que entenderlo en relación con el 3,176 de Gayo, puesto que es ahí donde explica que no se va a producir novación alguna (efectos negativos de la estipulación celebrada con un esclavo), sino que el deudor antiguo permanece obligado, como si después no se hubiera estipulado con nadie. La estipulación es inexistente en cuanto al esclavo, pero existente y válida en cuanto al primer deudor, cuya obligación permanece.

## CAPÍTULO IV

### ESTIPULACIONES INÚTILES E INEXISTENTES EN DERECHO ROMANO CLÁSICO

#### A.- FALTAS QUE AFECTAN AL NEGOCIO ESTIPULATORIO POR LA ADICIÓN DE CONDICIONES

##### 1.- Estipulaciones sometidas a condición imposible: Gayo 3,98

*“Item si quis sub ea condicione stipuletur, quae existere non potest, velut “si digito caelum tetigerit”, inutilis est stipulatio. Sed legatum sub impossibili condicione relictum nostri praeceptores proinde deberi putant, ac si sine condicione relictum esset: diversae scholae auctores nihilo minus legatum inutile existimant quam stipulationem. Et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest”.*

En este pasaje aborda Gayo el supuesto de estipulaciones inútiles por causa de alguna falta cometida en la realización del negocio jurídico y que concretamente afectan a requisitos de forma interna, es decir que en el negocio jurídico de *stipulatio* se ha incluido un elemento nuevo, como es la condición, que impide que dicho negocio llegue a desplegar sus efectos por ser una condición imposible.

De nuevo nos enfrentamos a uno de esos elementos, que permanecen en la penumbra significativa hasta que se introduce en el negocio jurídico. Los elementos propios a la *stipulatio* son, en este caso, correctos, reúnen

los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico y por lo tanto podemos hablar de una *stipulatio* en sentido estricto, pero el elemento accidental que las partes voluntariamente incluyen en el mismo, es una condición imposible; no puede ser cumplida, por lo que el negocio no va a poder desplegar sus efectos. La condición, una vez que se incluye en el negocio jurídico, pasa a ser un elemento esencial del mismo y la imposibilidad de su cumplimiento implica la invalidez del propio negocio.

**- Inutilidad de la estipulación sometida a condición imposible**

En este sentido, Gayo afirma que si se estipula bajo una condición imposible como puede ser “que se toque el cielo con el dedo”, la estipulación es inútil. Sin embargo en los negocios *mortis causa*, concretamente en los legados, plantea la disparidad de opiniones entre Sabinianos y Proculeyanos a la hora de determinar los efectos de las condiciones imposibles, en el sentido de que dichas condiciones, para los Sabinianos, pueden ser consideradas como “no puestas” en cuyo caso se salva la validez del legado. Esta posibilidad también la plantea Ulpiano en D. 35,1,3: “*Optinuit impossibiles condiciones testamento adscriptas pro nullis habendas*”, donde se salva aquella parte del testamento que no está afectada por la condición imposible (... *ac si sine condicione relictum esset* ...); en estos supuesto de legados sometidos a condición imposibles podríamos hablar de una “nulidad parcial” (Teilnichtigkeit) por aplicación de la regla Sabiniana.<sup>234</sup> Esta regla Sabiniana también se recoge en las Instituciones de Justiniano 2, 14, 10: “*Impossibilis condicio in*

---

<sup>234</sup> BALDUS, Chr., *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteipollen im klassischen römischen Recht und in der modernen Völkerrechtswissenschaft. Zur Rezeptionsfähigkeit römischen Rechtsdenkens*, Teil 2, Frankfurt-Berlin, 1.998, págs. 721-722 explica la aplicación de esta regla Sabiniana no sólo en los legados, sino que también la contrapone a su aplicación en las estipulaciones, consiguiendo un efecto diferente, puesto que en ellas toda la estipulación se consideraría “*unwirksam*”.

*institutionibus et legatis nec non in fideicommissis et libertatibus pro non scripto habetur*” donde contemplamos que ya en época justiniana se amplía aún más la aplicación de esta regla.<sup>235</sup> Si no se aplicara esta ficción, causarían la invalidez absoluta de todo el negocio siendo esta última la postura que siguen los Proculeyanos.

A pesar de ello, esta regla no es aplicable para las estipulaciones, donde Gayo considera que toda la estipulación es inútil, no sólo la condición imposible.<sup>236</sup>

Por lo tanto la diferencia entre los negocios jurídicos *inter vivos* y *mortis causa* es clara, jugando la condición imposible un papel completamente diferente: mientras los negocios *inter vivos* sometidos a condición imposible son, para Gayo inútiles, en los negocios *mortis causa* la condición se tiene por no puesta y por lo tanto se salva la validez del negocio considerando que la condición no ha sido añadida al contrato.<sup>237</sup>

Si bien conocemos que la condición es un elemento accidental del negocio jurídico y como tal extraño a la propia estructura típica del negocio, una vez que las partes lo introducen, se entiende como parte integrante del mismo, pasando a tener los mismos efectos que un elemento esencial. Es un elemento que nos aclara más el contenido de esta estipulación en concreto y del que podrá derivar a su vez, la validez o no del negocio. Desde la perspectiva lingüística, al añadir al concepto de

---

<sup>235</sup> Sobre esta materia, KASER, M., *Das römische Privatrecht*, pág. 253; LIEBS, D., *Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat*, ANRW. II 15 (1.976) pág.197 y ss; HONSELL/MAYER-MALY/SELB, *Röm. Recht*, con abundante bibliografía; ZIMMERMANN, R., *Law of obligations.*, pág. 719 y ss también con abundante bibliografía; BUND, E., “Die Fiktion pro non scripto habetur” als Beispiel fiktionsbewirkter Interpretation, *Sein und Werden im Recht*”, Festg. U. Von Lübtow zum 70. Geburtstag, 1.970, págs 352 y ss.

<sup>236</sup> BUND, E., “Die Fiktion “pro non scripto habetur” als Beispiel fiktionsbewirkter Interpretation, “Sein und Werden im Recht””, Festg. U. Von Lübtow zum 70. Geburtstag, 1.970, pág. 357.

<sup>237</sup> Nos centraremos únicamente en aquella parte del texto que se refiere a la *stipulatio*, puesto que la materia de legados podría ser objeto por sí sola de un trabajo de investigación independiente. Sin embargo, sí que conviene tener en cuenta los diferentes efectos del legado y de la *stipulatio* sometidos a condición imposible.

estipulación una condición imposible, el sustantivo deja de tener el significado que le es propio y necesitará de un adjetivo que califique dicha situación anormal, puesto que ya no se trata de una *stipulatio* en sentido estricto, dado que no reúne todos los requisitos que el ordenamiento jurídico exige para poder hablar de un contrato de *stipulatio*. Ante esta situación, Gayo, utiliza de nuevo el adjetivo de “**inutilis**” para calificar el negocio jurídico estipulatorio sometido a una condición imposible.

**- Imposibilidad inicial de la condición (condición impropia, requisito de la inutilidad de la estipulación)**

Desde el punto de vista jurídico, el negocio condicionado tiene en su contenido, la estructura lógica de un juicio hipotético, doble y alternativo. Esta alternancia se desprende de lo “alternativo” de si se cumple o no la condición, por lo que nos encontramos ante un estado de “*pendenza*”, tal y como afirma Betti<sup>238</sup>. Este estado perdurará mientras subsista la posibilidad de que el evento ocurra o bien puede cesar en el momento de producirse el acontecimiento futuro e incierto.

---

<sup>238</sup> BETTI, E. *Istituzioni di diritto romano*, vol. I. Padova. 1.947, pág. 193 y ss, define la condición como “la previsione di un evento futuro e oggettivamente incerto, collegata al contenuto precettivo del negozio nel senso di sospendere o di risolvere col suo avversarsi el vigore del regolamento d’ interessi disposto”. La previsión, por lo tanto debe caer sobre un evento “futuro y objetivamente incierto” y por lo tanto, no es conocido por las partes del negocio. Hay una falta de certeza sobre lo que pueda ocurrir. KASER, M., *Das römische Privatrecht*, München, 1.971, pág. 253, define la condición como “das zukunfftige ungewisse Ereignis, von dessen Eintritt eine Rechtswirkung abhängig gemacht ist” y afirma también que los romanos entienden la condición en sentido técnico como condición suspensiva.

No obstante, en el caso que nos plantea Gayo, la condición es desde un principio imposible. No se trata ya de una posibilidad o no, de un estado de “*pendenza*” o de una alternancia, en el sentido de que se pueda cumplir o no la condición; todo lo contrario, se trata de una condición que desde su nacimiento se sabe que no se va a poder cumplir por las propias características de su contenido. Es más, se podría llegar a afirmar que las propias partes, al incluir esa condición, estarían manifestando expresamente una falta de voluntad por concluir la *stipulatio*, por lo que no existiría negocio jurídico alguno.

Es por ello, por lo que podemos afirmar que se trata de una condición “impropia”: si bien toda condición ha de consistir en un acontecimiento futuro y objetivamente incierto, del cual depende la eficacia del negocio jurídico, si no se cumplen esos requisitos, la condición no tendría carácter de tal. Es lo que ocurre con las condiciones imposibles, que son consideradas impropias en tanto en cuanto a priori se tiene conciencia de que no han de ser cumplidas.

En lo que atañe al contenido de la condición imposible, en el texto la alusión que se hace es expresa “... *condicione ... quae existere non potest...*” tomándose como ejemplo una condición determinada “... *si digito caelum tetigerit...*”. La expresión “*digito caelum tangere*” implica “*das Höchste erreichen, des höchsten Glückes teilhaftig werden*”, lo que encontramos también en Cicerón Att. 2, 1, 7 *cum ... nostri ... principes digito si caelum putent attingere, si nulli barbati in piscinis sint, qui ad manum accedant, alia autem neglegant, da...*”.

#### - **Condición jurídicamente imposible y físicamente imposible**

La cuestión que se plantearía en cuanto a Gayo 3,98, sería si con él se excluyen las condiciones jurídicamente imposibles o si por el contrario se entienden éstas como también incluidas en el fragmento de forma tácita.

En general, las condiciones imposibles comprenden aquellas que se tiene conciencia a priori que no han de ser cumplidas por ser física y jurídicamente irrealizables, debiéndose distinguir además entre los efectos que producen en los negocios *inter vivos* y *mortis causa*. Esta es la idea que recoge Iglesias<sup>239</sup>.

Sin embargo Betti entiende que dentro de la categoría de condiciones inadmisibles por la naturaleza del evento del cual se hace depender los efectos del negocio, encontramos las condiciones naturalmente y las jurídicamente imposibles, dado que puede tratarse de un evento que sea imposible, bien por la propia naturaleza de la cosa o bien porque el ordenamiento jurídico así lo disponga.

En la misma línea encontramos a Rabel<sup>240</sup> que señala que, en lo que afecta a las "*stipulationes in faciendi*", se establece una formulación diferente que afecta al significado de *condicio impossibilis*, en el sentido de que "*si stipulor ut id fiat, quod natura fieri non concedit, non magis obligatio consistit, quam cum stipulor ut detur quod dari non potest*".<sup>241</sup> Por lo tanto, la condición imposible es aquella *quae in rerum naturam admitti non potest*. Celso en D. 50,17,188 lo resume con el principio general de "*Quae in rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt*".

Gayo tampoco distingue en este pasaje 3,98 entre las condiciones física o jurídicamente irrealizables; se limita a poner un ejemplo y declarar la inutilidad de la estipulación sometida a dicha condición, por lo que podríamos pensar que al hablar de "*condicio impossibilis*", se refiere en principio sólo a las físicamente irrealizables, en conexión con las

---

<sup>239</sup> IGLESIAS, J. op. cit. pág 175 y ss. Encuadra las condiciones imposibles dentro de las condiciones impropias, entendiéndolo por éstas, aquéllas que, en realidad no tienen el carácter de condiciones por carecer de alguno de los requisitos que definen su esencia. Al definir las condiciones imposibles utiliza esa expresión de "física y jurídicamente irrealizables", afirmando que si esto ocurre, los actos intervivos se consideran nulos. Por lo tanto tendríamos que entender que para el autor, se requieren ambos requisitos para que se pueda hablar de la existencia de una condición imposible.

<sup>240</sup> RABEL, E., op. cit, pág. 20 in fine.

<sup>241</sup> Paulo ad Sab. D. 45,1,35.

estipulaciones *in faciendi*, es decir, aquellas *quod natura fieri non concedit*, sin hacer otro tipo de distinción. Los efectos están claros: la estipulación es inútil.

Tanto en las *Pauli Sententiae*<sup>242</sup> como en las Instituciones de Justiniano, podemos encontrar definiciones del concepto de “condición imposible”. Si bien no nos sirven para reconstruir el concepto clásico, sin embargo sí que podemos analizar la terminología utilizada, así como también, los efectos que dichos textos le atribuyen y los orígenes que puedan tener.

Pauli Sent. 3,4,b,1: “*Condicionum duo sunt genera: aut enim possibilis est, aut impossibilis: possibilis, quae per rerum naturam admitti potest, impossibilis, quae non potest: quarum ex eventu altera expectatur, altera (impossibilis) submovetur.*”

Iust. Inst. 3,19,11: “*Si impossibilis condicio obligationibus adiciatur, nihil valet stipulatio. Impossibilis autem condicio habetur, cui natura impedimento est, quo minus existat, veluti si quis ita dixerit: si digito caelum attigero, dare spondes?*”

La definición dada en estos textos, parece ser a primera vista la del concepto de imposibilidad física, de donde se debería concluir, que para los romanos, la condición imposible era aquella físicamente imposible. Pero el criterio de determinación de la imposibilidad aplicado por Gayo y Justiniano, a propósito de la prestación, debe valer para determinar el concepto de condición imposible también de Gayo y Justiniano. A esta idea se llega a través de la comparación del texto de las Instituciones justinianas referente a la prestación imposible y el texto de la misma fuente relativo a la condición imposible, donde se habla en ambos casos de prestaciones o condiciones físicamente imposibles. Los efectos que

---

<sup>242</sup> Las *Pauli Sententiae* contienen la misma definición de *condicio impossibilis* dada por Justiniano. En derecho clásico existían las condiciones físicamente y jurídicamente imposibles. Este texto no es de Paulo y la doctrina, por ejemplo ARANGIO-RUIZ señalan que las Sentencias no son una obra de Paulo, sino una compilación de algún estudioso, contemporáneo de Diocleciano. El origen tardío del texto nos impide hablar de la clasicidad del fragmento y por lo tanto de la definición de *condicio impossibilis* contenida en el mismo.

tendría la condición imposible sobre la stipulatio, según Justiniano es que ...”*nihil valet stipulatio*...”

Lo primero que nos llama la atención, es el término utilizado por Justiniano para referirse a la ineficacia del negocio jurídico. Habla de que “... *nihil valet stipulatio*”. Hellmann<sup>243</sup> ni siquiera menciona este término como significativo para destacar esos efectos de la estipulación. Tampoco se refleja este vocablo en otros diccionarios jurídicos<sup>244</sup>. Simplemente encontramos el vocablo “*nihil*” traducido como “*nichts*” y aplicado a otro tipo de expresiones<sup>245</sup>. La traducción literal que se podría hacer sería que “de nada vale la estipulación”, es decir que la estipulación en este caso ni siquiera se podría tener por realizada; sería por lo tanto inexistente. Las partes pueden incluir en la *stipulatio* aquellas condiciones que les interesen, siempre y cuando esas condiciones impliquen un auténtico estado de “*pendenza*” del negocio jurídico. Pero en los supuestos tratados tanto por Gayo como por Justiniano, la condición que se inserta por las partes, es una condición que ya se sabe de antemano que es imposible de realizarse. El ejemplo que se cita es tan significativo (“*si digito caelum tetigerit*”), que mediante él se intenta poner de manifiesto que las propias partes eran conscientes de que la condición no iba a verificarse. Por lo tanto, se podría incluso llegar a pensar en que existía una falta de voluntad de las partes para conseguir llegar a la conclusión del negocio jurídico y de ahí la inexistencia del negocio.

Retomando el texto de Gayo, para Cosentini<sup>246</sup>, no se debe pensar que el jurista clásico se limita a entender por condición imposible, aquella que es físicamente imposible, simplemente por ser el ejemplo que se cita. Si

---

<sup>243</sup> HELLMANN, op. cit. recoge expresiones como non valet o nihil facere o agere que traduce como “vollen Wirkungslosigkeit einer Handlung”; pero en ningún momento hace alusión al término “nihil valet”.

<sup>244</sup> HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, no recoge tampoco esta posibilidad; sí que aparece el “*nihil obstat*”; GARCÍA GARRIDO, M., *Diccionario de jurisprudencia romana*, Madrid, 1982, tampoco lo contiene.

<sup>245</sup> Por ejemplo, “*Nihil per extraneam personam adquiri posse*”, principio antiguo del ius civile, que expresa la imposibilidad de una persona para adquirir por medio de otra (Gayo, 3,95); GARCÍA DEL CORRAL, traduce la expresión “*nihil valet stipulatio*” como “es nula la estipulación”.

<sup>246</sup> COSENTINI, C., *Conditio impossibilis*, Milano, 1952, págs 22 y ss.

nos fijamos en el Epítome de Gayo 2,9,6, encontramos que “*praeterea inutilis est promissio, si aliquis rem sub tali condicione promittat, quae impleri pro rei difficultate non possit*”. No se habla de imposibilidad física sino que se define como aquella condición que no puede ser satisfecha por “dificultad” de la prestación en que consiste la propia condición. Este término de “dificultad” se utiliza en un sentido general, aludiendo tanto a la imposibilidad jurídica como la “subjetiva o relativa”<sup>247</sup>, lo que viene a demostrar que el criterio de determinación de la imposibilidad de la condición es el mismo que asume Gayo, en cuanto a la prestación, es decir tanto el físicamente como el jurídicamente imposible. Y los efectos sobre el negocio también son los mismos. Los compiladores del Epítome seguramente tuvieron presente el texto de las Instituciones de Gayo y lo que aportaron fue una interpretación del mismo. De ahí que se pueda concluir que en el 3, 98, al referirse a la imposibilidad física con un ejemplo, no se pueda entender que excluye el otro tipo de condición imposible.

De todo ello podríamos llegar a la conclusión de que el jurista, utiliza varios ejemplos, tanto para las prestaciones como para las condiciones imposibles, pero que con ellos no intenta excluir ningún tipo de imposibilidad: ni la física ni la jurídica. Si bien en el 3, 97 analiza los supuestos de prestaciones de dar, sin embargo en el 3, 98 cita una condición que consiste en un *facere*.

Las preguntas que nos tendríamos que formular son ¿qué significado tiene el término “*inutilis*” aplicado a la *stipulatio* en Gayo en estos casos de estipulaciones sometidas a condiciones imposibles? ¿La estipulación existe pero es inválida, o la estipulación puede ser considerada como inexistente? Para ver cómo se consideró la estipulación sometida a

---

<sup>247</sup> La llamada “imposibilidad relativa o subjetiva” por Mommsen, es la que se encuentra en Gayo 3,99, al tratar la cuestión de la inutilidad de estipular sobre cosa propia. En este sentido, nos parece más acertado el tratamiento que hace Rabel del tema, al decir que el término *difficultas* se refiere a la imposibilidad subjetiva, en el sentido de que el obstáculo reside en el deudor y no en la cosa.

condición imposible, es necesario ver otros textos clásicos, en los que se usa una terminología variada.

a) Maecianus, D.44,7,31<sup>248</sup> y Ulpiano D.45,1,7

*“ Non solum stipulationes impossibili conditioni adplicatae nullius momenti sunt, sed etiam ceteri quoque contractus, veluti emptiones locationes, impossibili conditione interposita aequae nullius momenti sunt, ... ..”*

*“Impossibilis condicio cum in faciendum concipitur, stipulationibus obstat: aliter atque si talis condicio inseratur stipulationi “si in caelum non ascenderit”: nam utilis et praesens est et pecuniam creditam continet.”*

Estos dos textos recogidos en el Digesto, analizan también la cuestión de la condición imposible en los negocios jurídicos. Llama la atención los diferentes términos que se utilizan para identificar la falta de efectos de ambos negocios estipulatorios.

Así, en ambos fragmentos vemos que abordan en general las condiciones imposibles dentro de los negocios *inter vivos*; sin embargo, Ulpiano habla en particular de las condiciones imposibles que consistirían en un “*facere*”, citando un ejemplo muy similar al de las Instituciones de Gayo (“*si in caelum non ascenderit*”) con lo cual se vuelven a plantear dos cuestiones fundamentales:

---

<sup>248</sup> No está muy clara la autoría de este texto. Si acudimos a la Palingenesia de Lenel, vemos que el texto se incluye en el libro II de Fideicommissis de VOLUSIUS MECIANUS (de condicionibus fideicommissorum) y que en Marciani no aparece dicho fragmento. Por el contrario, en el Corpus Iuris Civilis (Paulus KRUEGER – Teodorus MOMMSEN), figura MARCIANUS D.44,7,31 (libro secundo fideicommissorum) como el autor del fragmento. Pero es que si nos dirigimos al índice por autores, encontramos que el texto aparece recogido en Volucius Maecianus, concretamente en fideicommissorum LXVI y no en los textos atribuidos a Marcianus. Por lo tanto, atribuimos el fragmento a Maeciano.

- Por una parte, si se entiende que sólo se consideran nulas aquellas estipulaciones sometidas a una condición imposible *in faciendum*.
- Por otra parte, si con el ejemplo citado por Ulpiano se excluyen o no las condiciones jurídicamente imposibles o si se sobreentiende que también las estipulaciones sometidas a condición jurídicamente imposibles, son nulas.

En este sentido, entendemos que ambos juristas comprenden en estos textos que se trata en general de condiciones que son imposibles de verificarse, independientemente de que consistan en un *dare* o en *facere* o de que se trate de una imposibilidad física o jurídica. Simplemente intentan distinguir entre aquellas condiciones que pueden llegar a cumplirse en un determinado momento y aquellas otras que desde un principio se sabe que van a ser imposibles de verificarse.

En cuanto al tema de los efectos de las estipulaciones sometidas a condición imposible, constatamos, como ya hemos puesto de relieve, que ninguno de los dos juristas utiliza la misma terminología:

- Para Maeciano, la estipulación “*nullius momenti est*”
- Para Ulpiano, “*impossibilis condicionum in faciendum stipulationibus obstat*”

Apreciamos que Maeciano utiliza la misma expresión empleada por Venuleyo en D. 45,1,137 (texto que analizamos seguidamente), pero no se detiene a analizar las causas que llevan a tachar de imposible la condición. Extiende, eso sí, los efectos de la condición imposible a otro tipo de contratos *inter vivos*: a los contratos de compraventa y a los arrendamientos.

En Ulpiano, por el contrario, el término elegido en esta ocasión es el de “*obstat*”, término que sólo utiliza Ulpiano y únicamente en esta ocasión para hacer referencia a la invalidez de un contrato estipulatorio. No hemos encontrado ningún otro jurista que lo utilice en las fuentes. La traducción que se podría hacer del término escogido por Ulpiano es que las condiciones imposibles *in faciendum* “impiden” la estipulación. Para Hellmann, el verbo elegido significa lo mismo que “*impedire*”, por lo que se le pueden atribuir los mismos efectos; es decir, dicha condición implicaría la nulidad absoluta. En el diccionario, “*obsto*” podría ser efectivamente sinónimo de “*impedire*”. Hellmann a su vez entiende que también sería sinónimo de *non valere, nullus, nullius momenti, effectum non habere, pro non facto haberi, non esse, non consistere, nihil agere, non posse, non licere o prohiberi*.

Utilizando no sólo la terminología moderna sino también la romana, el término “*obstat*” implica, directamente, la nulidad de la estipulación.

Nos parece interesante destacar, que si bien hemos afirmado anteriormente que en ambos textos del Digesto no se hace referencia alguna a los legados, sin embargo hay que añadir que el texto de Ulpiano se inserta en la Palingenesia tras otro texto referido también a las condiciones imposibles pero en relación a los testamentos, siendo aquellas condiciones imposibles consideradas como nulas y no el negocio en sí, que aparentemente sería válido, coincidiendo con los textos anteriormente analizados (Gayo 3,98, Iust. Inst. 3, 19, 11). Lo que continúa sin identificarse expresamente es si se trata de una condición física o jurídicamente imposible, aunque, como ya dijimos anteriormente, no encontramos razón alguna para que no se sobreentiendan ambos tipos de imposibilidades en la condición; de hecho, en la primera parte del fragmento observamos como se habla de “*optinuit impossibiles condiciones*” en general.

*Ulpiani ad Sabinum, Lib. VI: “Optinuit impossibiles condiciones testamento adscriptas pro nullis habendas.*

*Impossibilis condicio cum in faciendum concipitur, stipulationibus obstat: aliter atque si talis condicio inseratur stipulationi “si caelum non ascenderit: nam utilis et praesens est et pecuniam creditam continet”.*

Un supuesto diferente recogido también por Ulpiano con referencia a la invalidez de las condiciones imposibles es el que encontramos en D. 12, 1, 9, 6 y donde el jurista utiliza un término más generalizado dentro del Derecho romano para hacer referencia a la falta de efectos de ese tipo de estipulaciones:

*“Item quaeri potest et si, quod tibi numeravi, sub impossibili condicione stipuler: cum enim **nulla sit stipulatio**, manebit conditio”.*

El caso que presenta Ulpiano es el de una estipulación sometida a condición imposible, donde ya se ha hecho entrega del dinero, es decir, donde ya se ha cumplido con el objeto de la propia estipulación con anterioridad a la verificación de la condición. Ulpiano entiende que si bien la estipulación sometida a condición imposible es nula, sin embargo en este supuesto concreto, quedará la condición, puesto que ya se ha entregado el dinero objeto de la stipulatio.

El término elegido en esta ocasión por el jurista para calificar la *stipulatio* vuelve a ser un adjetivo. Pero en este caso, un adjetivo que permanecerá en el tiempo y que actualmente se utiliza para destacar la nulidad de los negocios jurídicos: la estipulación es para el jurista, “**nulla**”, término este que sí que lo utiliza Ulpiano en otras dos ocasiones con respecto a las estipulaciones<sup>249</sup> y en bastantes otras ocasiones para referirse a la falta de efectos de otros negocios jurídicos, como puede ser en los contratos de venta.<sup>250</sup>

---

<sup>249</sup> D. 12,1,9,4; D. 45,1,26.

<sup>250</sup> HELLMANN, op. cit. págs 25 y 26 aparece reflejada la utilización de Ulpiano de “nullum esse” en seis ocasiones para hacer referencia a la falta de efectos de la venditio: D. 18,1,7; D. 18,1,2,1; D. 18,1,9,2; D. 18,1,11,1; D. 18,1,37; D. 27,9,5,14.

En cuanto al significado que se le puede atribuir al concepto de “*nullo*” en Ulpiano, podemos acudir a diferentes diccionarios jurídicos y ver las acepciones que tiene dicho término:

Así, en el diccionario de Berger, *nullus*, referido a actos legales o transacciones, significa “*invalid, void*”<sup>251</sup>.

En el Heumann–Seckel, “*nullus*” se traduce también como “*nichtig, wirkungslos*”, es decir, “nulo”.

Y si a su vez consultamos en un Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales<sup>252</sup> ya en castellano, encontramos que la expresión jurídica “nulo” en conexión con los negocios jurídicos, se referiría a “las causas que privan de validez a los contratos por vicios existentes *ab initio*; a diferencia de la resolución y rescisión que los extinguen por circunstancias sobrevinientes. El contrato es nulo y carente de todo efecto jurídico cuando le falta alguno de los elementos necesarios para su constitución; ya sea por falta de capacidad de los contratantes, por falta de consentimiento, por falta de causa, por ilicitud de la causa, por defecto de forma o por falta, imposibilidad, licitud o indeterminabilidad de la prestación”.

Sin embargo, si bien la *stipulatio* descrita por Ulpiano es inválida, ello no obsta para que pueda aún hablarse de condición, puesto que el objeto de la prestación ya ha sido entregado antes de verificarse la condición; y dado que se trata de una condición imposible, competirá, como señala Ulpiano, también en D. 12,1,9,6, la condición:

---

<sup>251</sup> ROBB, L. A., *Dictionary of legal terms*, Nueva York, 1.955, traduce “*invalid y void*” como “nulo”.

<sup>252</sup> OSSORIO, M., *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Buenos Aires, 1.978, CABANELLAS, G., *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, tomo IV, Buenos Aires, 1.979, aportan estos significados a la palabra “nulo”. Es curioso, que en este último, también se hace referencia a “nulo” como aquella persona “inútil”.

*“ Item quaeri potest, et si, quod tibi numeravit, sub impossibili conditione stipuler; cum enim nulla sit stipulatio, manebit condictio.”*

Aunque la *condictio* aquí viene motivada por el hecho de que se ha transmitido la propiedad *solutionis causa*, que no exige la validez de la estipulación anterior, no obstante, no debe confundirse con inexistencia. La estipulación, por lo tanto, existe, aunque sea inválida. Pero Ulpiano no la califica de “inútil”, sino de “*nulla*”.

Es incierto, pero ¿puede esto indicar una evolución terminológica de la época de Gayo a Ulpiano o sólo un diferente uso terminológico dentro del campo semántico de la invalidez de diversos juristas? Posiblemente sea esto último lo más concreto y correcto, pues no podemos verificar como veremos una evolución terminológica.

b) Venuleyo D. 45,1,137,6

*“ Cum quis sub hac condicione stipulatus sit, si rem sacram aut religiosam Titius vendiderit vel forum aut basilicam et huiusmodi res, quae publicis usibus in perpetuum relictæ sint: ubi omnino condicio iure impleri non potest vel id facere ei non liceat, **nullius momenti fore stipulationem**, proinde ac si ea condicio, quae natura impossibilis est, inserta esset, nec ad rem pertinet, quod ius mutari potest et id, quod nunc impossibile est, postea possibile fieri: non enim secundum futuri temporis ius, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio”.*

En este texto de Venuleyo se aclaran quizás las dudas que pueden plantear los textos que hemos venido analizando hasta este momento. Venuleyo comienza hablando de una serie de estipulaciones sometidas a condiciones jurídicamente imposibles, por ejemplo que Ticio hubiere vendido una cosa sagrada o religiosa o un foro o una basílica así como también, cosas dejadas a perpetuidad para los usos públicos. Considera que dichas condiciones no pueden ser cumplidas. Pero aún amplía más los supuestos de condiciones jurídicamente imposibles ( ... *ubi omnino*

*condicio iure impleri non potest ..... nullius momenti fore stipulationem,* ...), es decir, condiciones consistentes en un acto o hecho que no puede verificarse *iure* puesto que así lo impide el propio ordenamiento jurídico. Además, se puede ver el paralelismo entre los términos utilizados por Venuleyo “... *ubi ... condicio iure impleri non potest ...*” con la utilizada en el epítome de Gayo 2, 9, 6 “...*condicio ... quae impleri non possit, ...*” que ya hemos dicho que podría constituir una interpretación de las Instituciones de Gayo 3, 98: “*si quis sub ea condicione stipuletur quae existere non potest ...*”. Se confirmaría así que para los juristas clásicos, la condición imposible puede ser de dos especies: físicamente o jurídicamente imposible y que éstos atienden al problema de la imposibilidad desde el punto de vista del resultado querido (*impleri non potest*).

A continuación parece que intenta hacer referencia a las condiciones ilícitas ( *...vel id facere ei non liceat ...*”). Para Cosentini<sup>253</sup>, hay datos suficientes para demostrar que esta frase está interpolada. Para él, de la primera parte del texto se deriva que el jurista consideraba sólo los efectos de la condición jurídicamente imposible. Será posteriormente cuando aparezca la condición ilícita. La intención del jurista, era la de señalar, por un lado, que las condiciones jurídica y físicamente imposibles producían la nulidad de la *stipulatio* y por otro lado constatar el hecho de que, de los textos de la compilación, así como de las fuentes prejustinianas, se deriva que la condición ilícita, a propósito de la *stipulatio*, era tratada de diversa forma a como lo era la condición imposible.

---

<sup>253</sup> COSENTINI, C., op. cit. pág. 22 y ss reconoce que esta teoría de la interpolación y más concretamente del significado de la frase no es apoyada unánimemente por la doctrina: Concretamente cita a Messina Vitaro, not. 43 que piensa que la frase alude solamente a la condición jurídicamente ilícita y a Scialoja, not. 44 que piensa que no sólo se refiere a esta última sino también a la condición moralmente ilícita. En el mismo sentido se inclina MASI, A. *Studi sulla condizione nel diritto romano*, Milano, 1.966, pág 202 donde también critica esta afirmación de Cosentini. Le resulta difícil llegar a la misma conclusión que Cosentini. Para él, Venuleyo quiso hacer alusión en general a las condiciones contrarias a derecho.

Así, mientras la *stipulatio* gravada por una condición imposible era nula *iure civili*, la gravada por una condición ilícita era válida *iure civile* y *nulla iure praetorio*. El pretor tacha de ineficaz el negocio, mediante la *denegatio actionis* y la *exceptio doli*. Una vez que se produce la fusión del derecho pretorio y del derecho civil, la *stipulatio* gravada por una condición ilícita comienza a ser considerada como nula “*iure civile*”. Es por todo ello por lo que considera que en el texto de Venuleyo la frase “... *vel id facere ei non liceat...*” ha sido incluida por los compiladores para señalar la identidad de los efectos entre la condición imposible y la ilícita en relación a la considerada como nula “*iure civile*”.

Seguidamente habla también Venuleyo de las condiciones físicamente imposibles, aquellas que por su propia naturaleza no pueden ser cumplidas y por lo tanto son consideradas como imposibles.

Ya en la parte final del fragmento advertimos como coincide con Paulo<sup>254</sup> a la hora de acometer la materia de la imposibilidad sobrevenida, puesto que Venuleyo también entiende que la estipulación ha de ser estimada en el presente y no según el derecho del tiempo futuro (... *non enim secundum futuri temporis ius, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio*). Es indiferente que cambien las circunstancias de imposibilidad que afectan a la condición, puesto que la imposibilidad de la condición es tenida en cuenta en un principio y no con posterioridad.

En lo que afecta a la terminología que utiliza Venuleyo, éste tacha las estipulaciones sometidas a condiciones imposibles de “*nullius momenti fore*”. Por lo tanto, califica en sí a la propia estipulación, no a través de la adjetivación del propio sustantivo, sino a través del verbo (“... en ningún momento fue hecha...”). Si buscamos esta expresión en los diccionarios de Derecho romano encontramos que:

---

<sup>254</sup> Paulo, D. 50,17,144 ,1 recordemos que daba valor a las características de la prestación en sus inicios y consideraba irrelevante el hecho de que tales características pudieran cambiar en un futuro; en el mismo sentido Paulo D. 45,1,83,5.

“Diccionario of Roman Law”<sup>255</sup>: “*nullius momenti esse*” nos remite a la voz “*momentum*” que traduce como “*to be void, of no legal force. Inneficax, nullus, effectum non habere*” y cuyo antónimo sería “*valere*”, puesto que el fenómeno de la gramaticalización está muy lejos de alcanzar a todas las oposiciones bipolares y por lo tanto, en el habla, en el uso lingüístico puede aparecer, como ocurre en este caso, una conformación que sigue el esquema bipolar pero cuya oposición no es de la lengua, sino que depende de las experiencias concretas y que dentro de ese campo, se considera válida. Al no tener un antónimo en la lengua el término “*nullius momenti esse*” se utiliza para designar su contrario el término “*valere*”.

No encontramos, sin embargo, este término en el diccionario de Heumann–Seckel, donde sólo aparece el término “*nullum*”, ni tampoco en el “Diccionario de jurisprudencia romana” de Manuel García Garrido, donde ni tan siquiera se refleja la palabra “*nullum*”.

Hellmann por su parte, desde el punto de vista jurídico traduce “*nullum momenti esse*” como “estipulación nula”, coincidiendo con Berger.

### c) Conclusión

Si bien en el capítulo anterior, al analizar los efectos de las prestaciones imposibles en las estipulaciones, decíamos que había una tendencia más bien clara a utilizar el término de “*inutilis*”, probablemente en el sentido de inexistencia de efectos positivos de la obligación, no podemos afirmar lo mismo con referencia a las estipulaciones sometidas a condición imposible.

---

<sup>255</sup> BERGER, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1.991, no remite a su vez al artículo de Hellmann en ZSS 23 (1.902).

Al contrario de lo que contemplábamos en el capítulo anterior, es esta una de las materias donde se utiliza una variadísima terminología para referirse a los efectos de las estipulaciones sometidas a condición imposible. En la inutilidad de las estipulaciones sometidas a condiciones imposibles aparecen perfectamente reflejados los “pequeños sistemas” que pertenecen al campo semántico de la invalidez de los negocios jurídicos. Cada una de estas unidades léxicas se ha utilizado en diversos enunciados, con un fondo común: todos ellos hacen mención a las estipulaciones sujetas a condiciones imposibles, y los juristas han elegido entre las diversas unidades léxicas para hacer alusión a la invalidez de las estipulaciones. Concretamente vemos que :

- Gayo 3,98: ....*inutilis est stipulatio*
- Iust. Inst. 3,19,11: ...*nihil valet stipulatio*
- Maeciano D. 44,7,31: *nullius momenti fore*
- Ulpiano D. 45,1,7: ....*stipulationibus obstat*
- Venuleyo D. 45,1,137: ... *nullius momenti fore*
- Ulpiano D. 12,1,9,6: ...*nulla sit stipulatio*

Salvo Maeciano y Venuleyo que utilizan el mismo término de *nullius momenti fore*, ninguno de los juristas, cuyos textos hemos analizado en las páginas precedentes, denominan los efectos de la estipulación sometida a condición imposible con el mismo léxico, aunque sí que se mueven dentro del mismo campo semántico referido a la invalidez de los negocios jurídicos.

En todos los supuestos, el denominador común no es sólo que la condición no se vaya a cumplir por ser imposible, sino que además, esta circunstancia se conoce desde el primer momento, dada las características de la propia condición añadida al contrato por las partes. Con el ejemplo que utilizan los juristas, no dejan margen de duda alguna: la *stipulatio*, no produce efecto alguno y jamás podrá llegar a producirlo; de ahí que se considere que es un negocio inexistente. Las partes, al incluir en la estipulación, una condición que saben que no se va a poder cumplir bajo

ningún concepto, están manifestando tácitamente la falta de voluntad de que el negocio jurídico llegue ni tan siquiera a nacer.

Este sería, por lo tanto, uno de los ejemplos más claros donde se refleja la idea de Santi di Paola<sup>256</sup>, al mantener que el uso promiscuo de todos los términos nos puede llevar a la conclusión de que todos los negocios calificados con alguno de los términos que aluden a la falta de efectos, son nulos, como también nos puede llevar a la conclusión de que simplemente son ineficaces. Todo dependerá ciertamente del punto de partida. Pero aún así, hemos de ser muy cautelosos a la hora de intentar encasillarlas estrictamente en una u otra categoría.

En nuestra opinión, tendríamos que partir de la idea de que se trata de un campo semántico y dentro del mismo de un sistema. En consecuencia, los términos utilizados, aún siendo tan variados, sin embargo todos tienden a señalar la falta de efectos y sobre todo, en estos casos, la inexistencia de la propia estipulación en base a la falta de voluntad de las partes de concluir ese contrato determinado. Cada uno de los términos, para poder ser comprendido, debería estudiarse junto con su contrario, de tal forma que estuviéramos en disposición de analizar el alcance de cada una de las expresiones empleadas por los juristas.

Sólo estaríamos ante un supuesto diferente en el texto de Ulpiano (D.12,1,9,6), donde además se utiliza uno de esos términos que permanecerán en el tiempo como es “*nullo*”. En este aspecto, tal y como señala Mitteis<sup>257</sup>, el negocio jurídico estipulatorio sí que llega a existir, pero no despliega sus efectos. Aún siendo el negocio nulo, sin embargo, se efectuó previamente el pago, de lo que se deriva que persista la condición, es decir, una acción abstracta, donde no se va a mencionar la

---

<sup>256</sup> DI PAOLA, S., op. cit., pag. 15 y 16.

<sup>257</sup> MITTEIS, L., *Röm. Privatrecht*, pag. 238, indica en general que aún en contratos civiles formales, puede ocurrir que el negocio no despliegue efectos positivos pero sí negativos. De ahí que no se puedan considerar los negocios inútiles como absolutamente inexistentes “jenen Ausdruck dem der “Nullität” im Ganzen verzog. De todas formas Mitteis está hablando en un sentido general y no del supuesto concreto de Ulpiano, que es diferente al tratado por Gayo en sus Instituciones.

pretensión del actor. La condición se deriva del pago de lo indebido y no de la propia estipulación. Aun así, la utilización por parte de Ulpiano del adjetivo “nulo” en esta ocasión es una simple coincidencia, muy alejada de nuestros conceptos modernos sobre nulidad.

En lo que afecta a la expresión “*nullius momenti fore*”, sí que es recogida en el trabajo de Hellmann<sup>258</sup>, pero no traduce su significado, sino que dependería del caso en que fuera utilizado, por lo que su significado es, para el autor, muy diverso.

En el D. 45,1,141,8 aparece de nuevo este término de “*nullius momenti fore*”, utilizado por Gayo, excepcionalmente, puesto que además, lo pone en relación con una *stipulatio* sometida a condición, pero en este caso, no sería una condición imposible:

“ *Ex hoc apparet, si diversa conditio in meam personam , diversa in Titii posita sit, nec in meam personam extiterit condicio, totam stipulationem **nullius momenti futuram**; exstante vero mea condicione, si quidem Titii quoque condicio extiterit, poterit vel Titio solvi; si vero in illius persona defecerit, quasi non adiectus habebitur.*”

Aquí el negocio sería existente pero inválido, y no inexistente, puesto que de cumplirse la condición, tal y como dice el mismo jurista, la *stipulatio* sería válida. Se trataría de una imposibilidad sobrevenida por incumplimiento de la condición. ¿Pura coincidencia o es que Gayo de nuevo, como en el 3,176, tenía la intención de marcar las diferencias de ambos supuestos con la utilización de una terminología variada? Hellmann entiende que en este supuesto, “*nullius momenti fore*” significa “*nichtig*” y que no sólo es “*nichtig*” la estipulación, sino también el “*adiectus*”. Sin embargo, si bien ambos supuestos son de estipulaciones sometidas a condición, Gayo a la *stipulatio* sometida a una condición imposible, sí la denominó *inutilis* y en la *stipulatio* sometida a una condición simplemente incumplida habla de “*nullius momenti fore*”.

---

<sup>258</sup> HELLMANN, F., op. cit , pág. 37.

## B.- ESTIPULACIONES INÚTILES POR INCONGRUENCIA ENTRE PREGUNTA Y RESPUESTA EN DERECHO ROMANO CLÁSICO

Gayo 3,102:

*“Adhuc inutilis est stipulatio, si quis ad id quod interrogatus erit non responderit, velut si sestertia X a te dari stipuler, et tu nummum sestertium V milia promittas, aut si ego pure stipuler, tu sub condicione promittas.”*

Así es como el jurista Gayo pone de manifiesto el problema de la inutilidad por la incongruencia entre pregunta y respuesta, afirmando que aquellas estipulaciones en las que no se responde a lo que se ha preguntado, son inútiles y poniendo como ejemplo “si yo pregunto si prometes dar diez mil sestercios y tú prometes cinco mil o si yo estipulo puramente y tú prometes bajo condición”.

En principio son dos los problemas que vemos planteados en este pasaje:

- Por un lado, la inutilidad de las estipulaciones en las que la cantidad estipulada no coincide entre stipulator y promitente a la hora de declarar su voluntad: es decir, existe un disenso entre las partes en cuanto a la prestación sobre la que ha de recaer la obligación. Dicho desacuerdo se manifiesta en la falta de concordancia entre pregunta y respuesta a la hora de pronunciar las palabras referidas al objeto mismo del contrato.
- Por otro lado, la inutilidad de aquellas estipulaciones en las que se promete bajo condición cuando realmente la pregunta es pura y por lo tanto no depende de condición alguna

Para abordar este problema, debemos remitirnos al concepto y sobre todo a los requisitos específicos de la stipulatio.

Si nos remitimos a la propia definición de *stipulatio*<sup>259</sup> que recoge el mismo Gayo en 3,92, vemos que literalmente afirma que “*Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, velut; (...)*”. La obligación por las palabras (refiriéndose a la *stipulatio*) se realiza por una pregunta y una respuesta. Consiste la *stipulatio*, por lo tanto en la promesa de realizar una prestación formalizada mediante el intercambio de una pregunta del futuro acreedor y una respuesta del futuro deudor. La forma del contrato consiste en una pregunta oral que dirige un sujeto a otro, interrogándole acerca de si se compromete o no a cumplir con un determinado comportamiento, y el otro debe emitir inmediatamente una respuesta oral, si desea obligarse *verbis*, afirmativa y absolutamente coherente con la pregunta formulada.

De todo ello podemos concluir que son tres los requisitos fundamentales y particulares que requería una *stipulatio* para ser considerada válida (oralidad, presencia de las partes y *unitas actus*, y congruencia entre pregunta y respuesta). De estos requisitos, Gayo refleja el problema en 3, 102 de la oralidad ( de forma indirecta) y de la congruencia, de forma expresa, pero deja sin mencionar la cuestión de la *unitas actus* y de la presencia de las partes. De la exigencia de la presencia de las partes<sup>260</sup> habla Gayo, en cambio, en la parte final del 3,136: “*cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit*”. Por lo menos, del tenor expreso del texto que nos ocupa, no se puede deducir que aborde el tema de la inutilidad de las estipulaciones donde no exista una *unitas actus*<sup>261</sup> ni que lo trate en este apartado ni tampoco en

---

<sup>259</sup> HEUMANN- SECKEL, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, Jena, 1.926, nos ofrece la definición de *stipulatio*: “bedeutet einmal die mündliche Anfrage des Gläubigers an den Schuldner, ob dieser eine Leistung angelobe, sodann das auf solche Anfrage gegebene Versprechen. Durch die diese Anfrage und die darauf erfolgte Angelobung begründete obligatorische Verhältnis, die Forderung oder Schuld aus der Stipulation” citando como vemos también los requisitos de las estipulaciones.

<sup>260</sup> También lo podemos encontrar en Pauli Sententiae 5,7,2.

<sup>261</sup> La cuestión de la *unitas actus*, sí que es tratado en otras fuentes como pueden ser en Venuleyo D.45,1,137<sup>261</sup> donde se afirma que “*Continuus actus stipulantis et promittentis esse debet*”. “Debe ser...” es la expresión que emplea Venuleyo para estos casos, y sin embargo no entra a calificar la situación de negocio si no se cumple con el requisito de la “*unitas actus*”. Sobre este tema, Ulpiano D.45, 1,1,1: “*Qui praesens interrogavit, si antequam sibi responderetur, discessit, inutilem efficit stipulationem. Sin vero praesens interrogaverit, mox discessit, et reverso responsum est, obligat;*

otro pasaje dentro de las estipulaciones inútiles. En el 3,136 utiliza la misma terminología que en el 3, 105 y ss, donde no se refiere a una estipulación ya llevada a cabo, sino directamente afirma que las obligaciones por las palabras no puede contraerse entre ausentes. Es, por lo tanto un momento anterior a la celebración de las obligaciones por las palabras.

### 1.- Congruencia total entre pregunta y respuesta

Al hablar de congruencia entre pregunta y respuesta, habría que distinguir entre las palabras utilizadas y el contenido de las mismas. En este sentido, no se puede entender en las estipulaciones que la congruencia consista estrictamente en la utilización de idénticas palabras al contestar que al preguntar. El propio Gayo, en las Instituciones 3,93, hace mención de las diferentes maneras tanto de preguntar como de responder y afirma que:

*“Sed haec quidem verborum obligatio: Dari spondes? Spondeo, propria civium Romanorum est; ceterae vero iuris gentium sunt, itaque inter omnes homines, sive cives Romanos sive peregrinos, valent; et quamvis ad Graecam vocem expressae fuerint, velut hoc modo: (...) etiam haec tamen inter cives Romanos valent, si modo Graeci sermonis intellectum habeant;(...)”*

---

*intervallum enim medium non vitiauit obligationem”*. De lo cual se deduce que tampoco se interrumpe el acto porque el acreedor se ausente un momento, por alguna razón justificada. Sobre esta materia ver ZIMMERMANN, R., op. cit. pág 73; recientemente WACKE, A., “Ex post facto convalescere im Römischen und im Modernen Recht”, págs 1048 y ss y ZSS 110 (1.993), págs 26 y ss.. Ciertamente es que en la estipulación romana se exigía una continuidad del acto entre pregunta y respuesta. A la pregunta del acreedor debía el deudor *comminus respondere*; si se ocupaba entre tanto de otros asuntos, su promesa no iba a tener efecto, aunque la ofreciese en el mismo día (D. 45,1,137). Naturalmente, si que podían transcurrir unos momentos entre la pregunta y la respuesta, por ejemplo para traducir la pregunta a otro idioma o para meditar simplemente la respuesta. En estos supuestos no se puede entender que se haya roto la continuidad del acto.

Por lo tanto, presenta en este sentido, una “liberalización” de la forma en este aspecto<sup>262</sup>. Para Biondi,<sup>263</sup> al referirnos a la congruencia, no nos tenemos que limitar a pensar que lo necesario sea que la respuesta repita, en cuanto al objeto del negocio, necesariamente las palabras exactas de la pregunta. Bastaría simplemente con que se respondiera con una fórmula imperativa<sup>264</sup>. El antiguo rigor de la congruencia verbal fue gradualmente superada por la jurisprudencia, considerando el consenso incluido en las propia palabras.

La congruencia habría que entenderla en cuanto al acuerdo existente entre pregunta y respuesta, en lo que afecta, por lo tanto, al propio objeto de la *stipulatio*, pero la forma de manifestarlo podría ser diferente; es decir el contenido formal puede variar, pero el contenido sustancial ha de mantenerse para que se pueda dar esa congruencia. La falta de congruencia entre pregunta y respuesta, a raíz de la cual surge la ineficacia de la estipulación, revela un desacuerdo en el contenido de la propia obligación, aunque aparentemente aparezca como un vicio de forma. No se trata, por consiguiente, tanto de un vicio de forma, por la diferencia existente entre la pregunta y la respuesta, sino de un disenso en el objeto del vínculo jurídico que se quiere crear. Ello viene a manifestar,

---

<sup>262</sup> La *stipulatio* es una promesa, instada por medio de una pregunta y en el antiguo Derecho civil, la pregunta y la respuesta se conciben en la forma de la “*sponsio*”. Sin embargo, gracias al *ius gentium* que favorece el tráfico comercial, se reconoce la validez de otras formas de estipulación, desapareciendo la rigurosidad formal propia de la *sponsio*. Sobre este tema ver WINKLER, A., “Gaius III,92 anlässlich der These von B.Nicholas: nur hier genannten Stipulationsformen seien bis zum Jahre 472 zugelassen gewesen”, en RIDA 5 (1.958), págs. 603 y ss.; KNÜTEL, R., “Stipulatio und pacta”, en Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag, München, 1.976; WACKE, A., “Gallisch, Punisch, Syrisch oder Griechisch statt Latein?”, en ZSS 110 (1.993) págs. 24 y ss.

<sup>263</sup> BIONDI, B., *Contrato e stipulatio*, Milano, 1.953, pág. 300, apunta a la importancia de que se responda a lo que se pregunta pero que tampoco se debe entender que se pueda responder cualquier cosa pero de forma oral. La respuesta ha de ser en relación a la pregunta, pero los términos pueden variar, La *stipulatio*, como *conceptio verborum* exige la congruencia perfecta u correspondencia entre esos dos elementos que son la pregunta y la respuesta, lo que se entendería en la actualidad como acuerdo de voluntades y por lo tanto correspondencia entre oferta y aceptación. En este sentido, dice Biondi, que para Gayo es nula la *stipulatio* que carece de esa correspondencia. Entiende por lo tanto el término “*inutilis*” como “nulo”.

<sup>264</sup> I. 3,19,5 (in fine): “*Nam si hoc solum respondeas; “Promitto”, breviter videris in eandem diem aut conditionem spondidisse; nec enim necesse est, in respondendo eadem omnia repeti, quae stipulator expresserit*”, donde se plasma también la misma idea de que basta con que exista congruencia en el contenido y que por ello que no hace falta pronunciar exactamente idénticas palabras.

no tanto un defecto de forma, como la ausencia de un propio y verdadero acuerdo negocial del momento, que como dice Venuleyo en D. 45,1,137,1 “*nam stipulatio ex utriusque consensu perficitur*”.

En este pasaje de Gayo 3,102, el jurista propone un ejemplo de *stipulatio inutilis*, es decir, inválida y considerando la hipótesis de una *stipulatio* en la que se da una incongruencia entre pregunta y respuesta. En este caso, según Gayo, se puede decir que el promitente no había respondido exactamente al contenido de la pregunta formulada. La nulidad, para Sacconi,<sup>265</sup> deriva del error en el acuerdo entre el stipulator y el promitente acerca del contenido del negocio. No se trata tanto del aspecto formal, del simple pronunciamiento de la pregunta y la respuesta con las mismas palabras, sino que más bien es un problema sustancial relativo al consenso, según el cual se puede afirmar que “*nihil actum erit*” (Paulo, D. 45,1,83,1: *Nam stipulatio ex utriusque consensu valet*”). Por lo tanto, se puede sostener que, el disenso entre pregunta y respuesta, no afecta propiamente al formalismo estipulatorio que exige el uso del mismo verbo pronunciado entre el promitente y el estipulante, sino que afecta al objeto de la promesa por el estipulante al promitente. Un ejemplo claro sería el supuesto contemplado en Ulpiano D. 45,1,1,6<sup>266</sup>. Aquí lo que falla es la correspondencia formal entre el verbo usado en la demanda y aquél usado en la respuesta, pero el jurista sostiene que lo importante es la congruencia sustancial.

A sensu contrario, Pastori sostiene que en las Instituciones de Gayo el problema de la congruencia se limita más bien al tenor de las palabras, si bien en el tiempo de Gayo, fuera más corriente atender a la autonomía del consenso frente a las palabras pronunciadas. La posición de Gayo,

---

<sup>265</sup> SACCONI, G., op cit. págs. 18 y ss.

<sup>266</sup> Ulpiano D.45,1,1,6: “*Eadem, an alia lingua respondeatur, nihil interest. Proinde si quis latine interrogaverit, respondeatur ei graece, dummodo congruenter respondeatur, obligatio constituta est. Idem per contrarium. Sed utrum hoc usque ad Graecum sermonem tantum protrahimus, an vero et ad alium, Poenum forte, vel Assyrium, vel cuius alterius linguae dubitari potest? Et scriptura Sabini; sed et verum patitur, ut omnis sermo conteneat verborum obligationem, ita tamen, ut uterque alterius linguam intelligat sive per se, sive per verum interpretem*”.

para Pastori<sup>267</sup>, depende de su tendencia conservadora, en relación con la finalidad de sus Instituciones, destinada a la enseñanza de los fundamentos tradicionales del *ius civile*. Para Gayo, la congruencia en la *stipulatio*, afecta a las palabras pronunciadas en la pregunta y en la respuesta, tal y como lo manifiesta en el 3,102, donde tacha de inútiles a las estipulaciones que carezcan de esta congruencia. Sin embargo, nosotros creemos que tal y como afirma Sacconi, se trata más de un problema de disenso que de una simple formalidad en las palabras. El problema de la inutilidad de la estipulación radica en que no hay acuerdo sobre el objeto negocial, y esa falta de acuerdo viene reflejada en la falta de congruencia en la *stipulatio*. De esta falta de consenso en el objeto estipulado deriva la invalidez de la estipulación, que Gayo en el 3, 102 vuelve a tachar de inútil<sup>268</sup>. No obstante, entendemos que para poder concretar este término en el pasaje 3,102, deberíamos ver qué es lo que ocurre en el supuesto contrario al que es tratado por Gayo en 3, 102; es decir que se pregunte por una cantidad y se responda por otra que sea superior a la preguntada en el negocio estipulatorio.

En la misma línea, encontramos el texto de Ulpiano donde aborda concretamente esta materia. Este jurista, en D. 45,1,1,4, ofrece una solución alternativa al problema de la invalidez del negocio, en la trayectoria de que intenta salvar, al menos, parte del negocio:

*“ Si stipulanti mihi decem tu viginti respondeas, non esse contractam obligationem, nisi in decem, constat. Ex contrario quoque si me viginti interrogante tu decem respondeas, obligatio nisi in decem non erit contracta; licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est, viginti et decem inesse”.*

Ulpiano entiende que si se pregunta por una cantidad y se responde por otra mayor, el negocio sería válido en lo que afecta a la cantidad por la que se pregunta en la estipulación.

---

<sup>267</sup> PASTORI, F., *El negozio verbale in Diritto romano*, Bologna, 1.994, págs 256 y 257.

<sup>268</sup> Si bien es cierto que como dice Pastori, Gayo lo que intenta transmitir es la falta de congruencia entre pregunta y respuesta, en nuestra opinión Gayo, aunque no lo manifieste expresamente, no sólo se limita a un defecto estrictamente formal, sino también a que lo importante es una congruencia sustancial: BIONDI, B., op. cit, pág. 298 “ nella stipulatio emerge il consenso, la congruenza riguarda il consenso”.

## 2.- Congruencia parcial entre pregunta y respuesta

Dentro del tema de la inutilidad de la estipulación por falta de congruencia entre pregunta y respuesta, se podría plantear otra cuestión: ¿qué ocurre si dentro de la respuesta existe una parte que coincide con la pregunta y otra parte que si bien no anula la primera, sin embargo, incluye un nuevo elemento que no coincide estrictamente con la pregunta? Tendríamos que analizar si realmente en estos casos, la falta parcial de concordancia en el contenido, tenía o no relevancia práctica, si afecta o no a la validez del negocio o si existía algún medio en el Derecho romano clásico para superar tal dificultad.

Para Biondi<sup>269</sup>, es ridículo pensar que cualquier desacuerdo conlleve la nulidad del acto. Se tendería a salvar el negocio<sup>270</sup>, siempre que hubiera una voluntad concorde y expresa en las palabras pronunciadas. En cualquier caso, opina que la nulidad no deriva de la simple incongruencia verbal, sino en el hecho de que frente a una oferta de contrato pura o simple, y si el destinatario acepta bajo condición<sup>271</sup>, el contrato no se perfecciona, puesto que se ignoraba la nueva circunstancia. Por lo tanto, exactitud en las palabras no, pero en lo que atañe al contenido, en lo que afecta a la prestación, se tiene que respetar escrupulosamente el objeto inicial de la *stipulatio*. Gayo,<sup>272</sup> es tajante en este sentido: “*Adhuc inutilis est stipulatio, si quis ad id quod interrogatus erit non responderit ...*” ”

---

<sup>269</sup> BIONDI, B., *Contratto e stipulatio*, , pág. 298 y ss.

<sup>270</sup> ARIAS RAMOS, J., *Manual de Derecho Romano, Buenos Aires*, 1.941, pág. 121, también entiende que la tendencia es a validar los actos antes que a anularlos, puesto que el derecho debe ser un factor constructivo y no negativo dentro de las relaciones humanas refiriéndose al aspecto de la interpretación de los negocios.

<sup>271</sup> Además sobre la inclusión de la condición tendríamos también que mirar los propios efectos que la misma condición produce sobre la *stipulatio*, porque la condición hasta que nos se cumple impide que se produzcan los efectos del propio negocio. De ahí que sea un elemento que ya por sus propias características no puede ser incluido en la respuesta, además de la inseguridad que provocaría para el estipulante. Sobre esta materia, ver BETTI, E., *Diritto romano I*; ALVAREZ SUÁREZ, U., *El negocio jurídico*, 1.976,; KASER, M., *Röm. Recht.*, pags 252 y ss; IGLESIAS, J., *Historia e Instituciones...*, pág. 182 y ss , entre otros.

<sup>272</sup> Gayo 3,102.

.... cuando alguien no responde a aquello por lo que se le ha preguntado...”, es decir, cuando no hay acuerdo en cuanto al objeto de la estipulación.

De ahí que si yo estipulo simple y tú contestas bajo condición, la estipulación es inútil, puesto que ante una pregunta simple con objeto determinado, existe una respuesta que añade un elemento extraño al negocio y que no constituye el objeto de la pregunta inicial, base de la estipulación.<sup>273</sup>

Ulpiano es uno de los juristas que quizás lo refleja con más claridad en D. 45,1,1,3, al afirmar que :

*”Si quis simpliciter interrogatus responderit: “si illud factum erit, dabo”, non obligari eum constat: aut si ita interrogatus: “intra kalendas quintas responderit”: “dabo idibus”, aequae non obligatur: non enim sic respondit, ut interrogatus est. Et versa vice si interrogatus fuerit sub conditione, responderit pure, dicendum erit, eum non obligari. Cum adicit aliquid, vel detrahit obligationi, semper probandum est, vitiatam esse obligationem, nisi stipulatori diversitas responsionis illico placuerit: tunc enim alia stipulatio contracta esse videtur”.*

La variante que presenta Ulpiano frente a Gayo es fundamentalmente la de añadir una solución al problema: una forma de salvar el negocio si así lo desearan las partes: si el estipulante acepta la respuesta con su nuevo contenido, entonces no es que se considere válida la estipulación (puesto que esto sería imposible), sino que se considera que existe una nueva *stipulatio*. La respuesta ante ese nuevo dato que se ha incluido en la estipulación (bien sea un término, bien sea una condición) ha de ser inmediata para salvar también el problema de la *unitas actus*.

La primera estipulación, para Ulpiano no obliga a las partes, precisamente por la falta de congruencia, puesto que no se corresponde la

---

<sup>273</sup> KNÜTEL, R., op cit. pag. 201 afirma que por la propia fuerza de su estricta formalidad, solamente se podía tener como contenido de la propia estipulación, lo que hubiera sido recogido en la fórmula estipulatoria. La estipulación en derecho clásico, dice Knütel era una pregunta oral determinada y una respuesta determinada también.

voluntad de las partes en la declaración que se realiza; por lo tanto es inválida. Sin embargo, si a la respuesta le sigue un asentimiento inmediato de la otra parte contratante, se considera que se ha realizado un nuevo negocio estipulatorio válido. Coincide por lo tanto, con el fragmento D. 45, 1, 1, 5 en la dirección de considerar que existe una nueva estipulación.

Junto a este nuevo dato, es interesante destacar también la terminología utilizada por Ulpiano en D. 45, 1, 1, 3, puesto que no utiliza la palabra “*inutilis*” para referirse a la estipulación. Por el contrario habla de que “... *non obligari eum constat ..., aequae non obligatur ..., eum non obligari vitiatam esse obligationem...*” para determinar la invalidez del negocio. Emplea por lo tanto dos términos diferentes para señalar unos efectos idénticos: *non obligari* y *vitiatam esse obligationem*” con referencia expresa a la propia obligación que no llega a surgir entre las partes. Si bien en un principio existe una divergencia en cuanto al contenido de la estipulación, Ulpiano considera que la declaración posterior de las partes puede hacer nacer una nueva y válida estipulación. Él no se refiere con la terminología empleada a la *stipulatio*, sino directamente a la obligación, que considera “*vitiosam esse*”<sup>274</sup>. Es decir, hace alusión directamente a la falta de efecto positivo (*obligatio*), y al vicio de que adolece la *obligatio*, (la consecuencia que Gayo imputa en 3,176 a la “*stipulatio inutilis*”).

Con respecto al término “*non obligari*”, Hellmann<sup>275</sup> dice que su significado “*beschränkt sich selbstverständlich auf die Vereinigung der Wirksamkeit von Tatbeständen, aus denen an sich sonst eine obligatio personae oder rei entstehen könnte. Diese Vereinigung bezeichnet die völlige Wirkungslosigkeit des obligatorischen Tatbestandes*”.

---

<sup>274</sup> Se acerca en este aspecto a la terminología utilizada por Gayo en 3,176 cuando se refiere a que la obligación es nula y ofrece la solución de la novación.

<sup>275</sup> HELLMANN, F., *Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht*, pág.260 y ss hace la relación correspondiente al término “*non obligari*”. En este sentido vemos que el jurista que más a menudo lo utiliza es curiosamente Ulpiano, que según Hellmann lo maneja en unas quince ocasiones. En la mayor parte de los textos en el sentido al que nos hemos referido: la ineficacia total de la obligación; y en sólo dos ocasiones con un sentido distinto D. 45,1,1,2 y D. 16,1,8,12.

Analizando ahora la otra expresión adoptada por Ulpiano, reparamos en que es también el único jurista que aplica la expresión de “*vitiatam esse*” con respecto a la obligación que debería nacer de la *stipulatio* (concretamente en dos ocasiones D. 45,1,1,1 y D. 45,1,1,5). Para Hellmann<sup>276</sup>, es un término que siempre que lo encontramos significa “**ineficacia total**” desde un principio y fundamentalmente conforme a lo dispuesto en el derecho civil. Por lo tanto, para Ulpiano, los efectos del término *vitiatam esse* y de *non obligari* son los mismos: la ineficacia total de la obligación y de ahí que en el fragmento analizado lo utilice indistintamente para destacar unos resultados idénticos (tal y como vimos en Gayo 3,176 donde se considera nula la obligación).

Pero Ulpiano continúa buscando alternativas a la invalidez total de las estipulaciones por falta de congruencia. En este sentido, puede ocurrir un supuesto diferente y que también recogen las fuentes. Nos referimos a que se estipule por 10.000 y que sólo se prometan 5.000 (ejemplo utilizado por Gayo) frente al caso contrario, es decir, que se pregunte por 5.000 y se conteste por 10.000. Lo vemos recogido en Ulpiano D. 45,1,1,4:

*“Si stipulanti mihi decem tu viginti respondeas non esse contractam obligationem, nisi in decem, constant. Ex contrario quoque, si me viginti interrogante tu decem respondeas, obligatio nisi in decem non erit: licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est, viginti et decem inesse”*

Expone Ulpiano los dos supuestos posibles: por una parte, dice que si se pregunta por una cantidad mayor de la que se responde “... *non esse contractam obligationem nisi in decem...*”<sup>277</sup>; en el caso contrario, también entiende Ulpiano que “el más comprende el menos” y admite la validez de la estipulación puesto que si se promete por mayor cantidad de

---

<sup>276</sup> HELLMANN, F., op. cit., pág 161 y ss No incluye el 45,1,1,3 dentro de los supuestos de *vitosum esse*, aunque ya no sólo terminológicamente, sino también desde el punto de vista del fondo debería haberse recogido.

<sup>277</sup> De nuevo el término “*non esse contractam obligationem*” como en el párrafo anterior.

la que fue preguntado, por supuesto que se entiende por incluida la cantidad menor.<sup>278</sup>

Esta expresión de “*In maiore minus est*” para Backhaus<sup>279</sup>, se corresponde más con un tema cercano a los matemáticos o dialécticos que a los propios juristas romanos, y es por ello por lo que afirma que tal enunciado no es una innovación de los juristas romanos, sino que por el contrario, pertenece a otro ámbito de la ciencia. Los juristas romanos, lo único que hicieron fue recoger la idea y aplicarla, en este caso, con la finalidad de salvar parte de la estipulación.<sup>280</sup>

En el Digesto podemos encontrar varios supuestos en donde la falta de correspondencia entre pregunta y respuesta se puede relacionar, en principio, con este canon. Concretamente apuntamos los fragmentos de D. 45,1,12<sup>281</sup>, D. 45,1,109<sup>282</sup>, D. 45,1,83,3<sup>283</sup> y por último del D. 45,1,1,4. Para Backhaus, existen dudas de su ampliación en los tres primeros. En nuestra opinión, los supuestos que regulan estos tres primeros fragmentos son radicalmente diferentes al D. 45,1,1,4, en el sentido de que recogen

---

<sup>278</sup> Paulo D. 45,1,83,3: “*Diversa causa est summarum, veluti: decem aut viginti dari spondes? Hic enim, etsi decem sponderis, recte responsum est, quia semper in summis id, quod minus est, sponderi videtur*”, vemos de nuevo el principio que parece ser general de que el más comprende el menos.

<sup>279</sup> BACKHAUS, R., “*In maiore minus est*”, en ZSS 100 (1.983), págs. 140 y ss trata el tema del origen de esta regla citando a Stein que afirma que “the canon derived from rhetoric” pero como dice Backhaus, es aplicado por los juristas romanos. Ya el propio Aristóteles hablaba del tema citando incluso varios ejemplos prácticos en Thet. II. 22. 10 ff o en la “Tópica” de Cicerón (Top. 3,11: *argumentum ex comparatione maiorum aut ... minorum*; Top 4,23: *quod in re maiore valet, valet in minore*; etc) se recoge también la regla. Y para él, Justiniano califica *in maiore minus est* como *regula iuris*. La pregunta que tanto Backhaus como nosotros nos hacemos es si también los clásicos manejan, conocen la regla, en qué ámbito o materias, etc. BALDUS, Chr., *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteipollen im klassischen römischen Recht und in der modernen Völkerrechtswissenschaft*, Teil 2, ed. Peter Lang, 1.998, págs. 546 – 549.

<sup>280</sup> WIEACKER, F., “Über das Verhältnis der römischen Fachjurisprudenz zur griechisch-hellenistischen Theorie”, en Iura 20, (1.969), pág. 449, y ss.

<sup>281</sup> Pomponio D. 45,1,12: “*Si ita stipulatus fuero: “decem aut quinque dari spondes?” quinque debentur; et si ita: “kalendis Ianuariis vel Februariis dari spondes?, prinde est, quasi kalendis Februariis stipulatus sim”*”.

<sup>282</sup> Pomponio D. 45,1,109: “*Si ita stipulatus fuero: decem aut quindecim dabis? Decem debentur; item si ita post annum aut biennium dabis? Post biennium debentur, quia in stipulationibus id servatur, ut, quod minus esset, quodque longius esse videretur in obligationem deductum*”.

<sup>283</sup> Paulo D 45,1,83,3: “*Diversa causa est summarum, veluti: decem aut viginti dari spondes? Sic enim, etsi decem sponderis, recte responsum est, quia semper in summis id, quod minus est sponderi videtur*”.

obligaciones alternativas, numéricas, (algunas de ellas) pero ciertamente alternativas<sup>284</sup>, donde se elige y donde “como mínimo”, la obligación consistirá en la cantidad menor; no existe defecto alguno en la forma desde el punto de vista sustancial, como para que se pueda hablar de una ineficacia. La prestación se entiende cumplida simplemente, con que se cumpla una de las “alternativas” por las que se pregunta. Por lo tanto, no estamos estrictamente ante una incongruencia entre pregunta y respuesta, como ocurre en el D. 45,1,1,4, sino ante una estipulación con objetos alternativos. De ahí que “como mínimo” se cumpla con la cantidad menor o en el último mes o día acordado.

En estos casos, si se pregunta por diez y se responde por veinte o viceversa, la estipulación se podría entender como válida por la cantidad menor. No sería así, si aplicáramos estrictamente el principio congruencia entre pregunta y respuesta. De ahí que una gran aparte de la doctrina entienda que el fragmento está interpolado<sup>285</sup>. Lo normal sería que se entendiera que ambos supuestos conllevan una nulidad total de la estipulación por falta de congruencia entre pregunta y respuesta, tal y como expone Gayo en el 3, 102, donde no deja duda al respecto.<sup>286</sup> Lo que ocurre es que en este pasaje de Gayo no se recoge la otra posibilidad

---

<sup>284</sup> Dentro de la clasificación de las obligaciones por su objeto, encontramos las obligaciones alternativas, en donde existe una cierta indeterminación de la obligación. Estas obligaciones se caracterizan porque su objeto consiste en dos o más prestaciones disyuntivamente señaladas (decem ... aut viginti...); desde el momento en que se cumple una de ellas, se considera que el deudor ha cumplido con la prestación: Sólo en caso contrario se produciría un incumplimiento. Sobre esta materia ver GROSSO, G., *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione, Obbligazione alternative e generiche*, Torino, 1.947; BETTI, E. *Teoria generale delle obbligazioni*, vol I, II, Milano, 1.953-1.955; BETTI, E., *La struttura de ll' obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1.955; Kaser, ops cit. págs. 484 y ss; MIQUEL, J., *Derecho romano privado*, Madrid, 1.992 pág 264; Iglesias, J. *Derecho romano...*, págs 363 y ss; GONZÁLEZ, A., “Clasificación de las obligaciones. Singulares tipos de obligaciones”, en *Derecho romano de obligaciones, Homenaje al Prof. Jose Murga Gener*, Madrid, 1.994 págs. 125 y ss.

<sup>285</sup> GRADENWITZ, “Licet enim legibus soluti sumus attamen legibus vivimus”, en ZSS 26. (1.905) págs 350 y ss; RICCOBONO, “Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustiniano”, en ZSS 35 (1.914), págs. 256 y ss; SCHULZ, *Classical Roman Law*, págs. 474 y 482; LONGO, G., *Diritto delle obbligazioni* 2, 1.954, pág. 105; WIEACKER, F., *Textstufen klassischer Juristen*, 1.959, pág. 377.

<sup>286</sup> Otros textos al respecto serían el Gai epit. 2,9,10 y las Inst. 3,19,15: “*Ita autem concepta stipulatio, veluti si Titius dicat cum moriar, dare spondes? Vel cum morteris et apud veteres utilis erat et nunc valet*”.

(que sí que contempla Ulpiano en el D. 45,1,1,4<sup>287</sup>) de analizar qué es lo que ocurre en el supuesto de que se conteste por una cantidad mayor de la que se preguntó.

A favor de la idea de que no existe interpolación alguna, estaría el texto de las Instituciones de Justiniano. No tiene sentido alguno que los compiladores, en las I., 3,19,5, afirmen la nulidad absoluta:

*“Praeterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea quae interrogatus erit non responderit, veluti si decem aureos a te dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra: aut si ille pure stipuletur, tu sub condicione promittas, vel contra, si modo scilicet id exprimas, id est si cui sub condicione vel in diem stipulanti tu respondeas ...”*

y posteriormente, en el D. 45,1,1,4, realicen una interpolación para intentar demostrar la validez de la misma situación.<sup>288</sup>

En realidad, lo único que refleja este fragmento es una tendencia generalizada hacia la “voluntad”, “*hin zum Willen*” frente a la declaración. *In maiore minus inest*, es una parte integrante en los recursos de la argumentación de los juristas clásicos tal y como se refleja en los supuestos anteriores<sup>289</sup> para salvar la validez de las estipulaciones.

---

<sup>287</sup> Entendemos que el principio de que el más comprende el menos se corresponde con el supuesto de que se pregunte por 10 y se responda por 20. Pero no lo vemos tan claro en el supuesto contrario. ¿Por qué si yo pregunto si me das veinte y tú me respondes sólo por 10 me voy a tener que conformar con ese resto? Quizás lo veríamos más claro si aplicáramos, para salvar el negocio, otra solución alternativa.

<sup>288</sup> BACKHAUS, R., op. cit, pág 153, Warum hätten die Kompilatoren gerade die in Inst. 3,19,5 abgelehnte Ansicht in D. 45,1,1,4 hineininterpolieren sollen? Es la pregunta que se hace el autor a este respecto. Y no deja de tener razón, puesto que no tiene, en principio sentido alguno que los compiladores muestren posturas tan distintas entre sí, como considerar válido un negocio que ellos mismos habían tachado de nulo. Como es sabido, si bien es en diciembre del 530 cuando se ordena a Triboniano a formar una comisión para agrupar los iura, que sería el Digesto, sin embargo, mientras se estaba realizando esta labor, se encarga también a Triboniano, así como también a los profesores Teófilo y Doroteo (que también colaboraban en la magistral obra del Digesto), la labor de redactar un libro para uso de los escolares y que serán las Instituciones. Ambos, Digesto e Instituciones entran en vigor en el 533. Por lo tanto, obras paralelas, por lo que no se termina de entender esta falta de congruencia entre ambas.

<sup>289</sup> SEILER, H.H., *Utile per inutile non vitiatur*, München, 1.976, pág. 131, se plantea la cuestión de si la regla “*in maiore minus inest*” es aplicable también a las estipulaciones. En este sentido entiende que “im übrigen ist in der Kasuistik die Tendenz unverkennbar, auch solche Stipulationen aufrechtzuerhalten, die dem Prinzip der formalen Kongruenz nicht genügen, wenn nur ein inhaltlicher Konsens besteht. Die

Otra cuestión sería la de analizar si estamos ante un caso de “nulidad total “ o “parcial” de la *stipulatio*, utilizando la terminología moderna, muy alejada de los conceptos romanos. En este sentido, la máxima “*in maiore minus inest*”<sup>290</sup>, tiende a aclarar que la falta de congruencia entre pregunta y respuesta no se opone a una “validez parcial” de la *stipulatio*. Y es que el hecho de que dentro de veinte se encuentre implícito diez, impide que se pueda entender que existe una excepción al principio de congruencia. Desde esta perspectiva, nos ha parecido muy interesante la expresión utilizada por Backhaus, de “validez” en contraposición a la “invalidéz” de las estipulaciones. No se trata de aplicar un término jurídico moderno, como es el de la *invalidéz parcial*, a una institución estrictamente romana como puede ser la *stipulatio*. Simplemente se trata de señalar que puede existir, y de hecho existía en aquella época, una tendencia a intentar salvar el negocio o la parte del negocio que no se oponga a la voluntad de las partes, o más concretamente, al contenido de la prestación sobre el que versará la pregunta. Incluso, podríamos también considerar que, el término “*supervacuo*” e “*inutilis* “ en esta ocasión se sale del campo semántico de la invalidéz; es decir que no tendría un significado jurídico sino simplemente dentro del campo usual. Lo único que refleja esta postura de los textos de los juristas analizados, es una flexibilización en las formas en un negocio tan estricto y formal como era la *stipulatio*, a pesar de la evolución que sufrió.

Realmente, no hay que entender la expresión “invalidéz parcial” como un tipo de invalidéz más, sino que por el contrario, podría ser interpretado sencillamente, como un calificativo que se le da a una circunstancia distinta a una nulidad total o a una anulabilidad (utilizando la

---

Frage muss offenbleiben, und daher ist die Stelle als Beleg für den klassischen Rechtszustand nicht geeignet.”; Kunkel opina que en los contratos el error se confundía con el disenso en el derecho clásico. El disenso en la cantidad no invalida el negocio, que vale por la cantidad menor, HONSELL/ MAYER-MALY/SELB, op. cit, pág. 119 y ss.

<sup>290</sup> Es interesante ver que esta regla sólo se aplica fundamentalmente a cuestiones de dinero y “Nachlass-Quoten”, (D. 19,2,52; D. 50,17,110 sirvan simplemente como ejemplos).

terminología moderna). Con este calificativo se quiere destacar un negocio, cuyo núcleo central es perfectamente válido y por lo tanto que no afecta a la validez del propio negocio jurídico; sin embargo, aquellos aspectos que son unilateralmente añadidos, no son tenidos en cuenta. Y no son considerados, ni siquiera para invalidar al resto del negocio. Son aspectos “no vinculantes” para las partes, puesto que no ha habido acuerdo alguno sobre los mismos y son aspectos, por otra parte, que no se oponen a la validez del resto de la *stipulatio*, que no impiden la marcha normal de la misma, puesto que, en lo que se refiere a la cantidad preguntada, sí que hay acuerdo de voluntades, sí que hay consenso y por lo tanto se puede hablar de congruencia. El término “nulidad parcial”, no entra dentro del campo semántico romano sobre la invalidez, en tanto en cuanto, no es ni siquiera contemplado, utilizado, en ninguna fuente jurídica.

En estos casos, la congruencia se comprendería, como dice Biondi<sup>291</sup>, no en el sentido verbal, puesto que aquí sí que ciertamente no podemos hablar de congruencia, pero sí en el sentido sustancial y para él esta decisión adoptada por los juristas, está inspirada en el principio de la razón intuitiva de que el más comprende el menos. Sería una característica que llevaría implícita este tipo de contratos abstractos y unilaterales. Se aprecia en estos supuestos, así como también en los siguientes que vamos a analizar, que los juristas no se ven presionados por la arcaica y rigurosa concepción de las “palabras”, y que por el contrario, buscan o atienden a la voluntad de las partes. No tiene por qué considerarse nula una *stipulatio* por cualquier imperfección verbal, si estas palabras que constituyen la base del propio acto, pueden ser salvadas en su error y atender a la efectiva y real voluntad de las partes manifestadas de inmediato.

Este fragmento D. 45,1,1,4 sería, para Backhaus, un ejemplo típico de que no se decide la nulidad del acto por cualquier imperfección formal,

---

<sup>291</sup> BIONDI, B., op. cit., pags. 299 y ss.

siempre y cuando las partes coincidan en el objeto común. Lo que realmente interesa es si el disenso tiene o no relevancia práctica y si se puede limitar a una parte de la declaración o no.

### 3.- Utile per inutilem non vitiatur

Pero avancemos un poco más cambiando las características de la *stipulatio*. Es un nuevo supuesto que nos presenta Ulpiano en D. 45,1,1,5 en su tendencia a salvar parte del negocio jurídico estipulatorio:

*“Sed si mihi Pamphilum stipulanti tu Pamphilum et Stichum spoponderis, Stichi adiectionem pro supervacuo habendam puto: nam si tot sunt stipulationes quot corpora, duae sunt quodammodo stipulationes, una utilis, alia inutilis, neque vitiatur utilis per hanc inutilem”*.<sup>292</sup>

En este fragmento ya no nos enfrentamos a una *stipulatio* con objeto numérico, con una cantidad cierta de objetos, sino que se pregunta sobre un esclavo determinado y se responde acerca de ese esclavo y otro más. No se puede entender bajo ningún concepto que en el esclavo *Pamphilum* se integre también *Stichum*, sino que son dos elementos perfectamente individualizados. Por lo tanto, falta de congruencia entre pregunta y respuesta; pero no en todo, sino en parte, es decir en lo que afecta a *Stichum*. Pero en esta ocasión Ulpiano utiliza una regla distinta para salvar la voluntad de las partes y con ello el negocio<sup>293</sup> : *Nam si tot sunt*

---

<sup>292</sup> Ulpiano opta en esta ocasión por aspectos unilateralmente añadidos: se pregunta por un esclavo y se responde por ese y otro. Es en la respuesta donde se encuentra la falta de congruencia. Es curioso destacar el verbo utilizado por el jurista en esta ocasión: *spoponderis*, que más bien hace referencia a *spondeo* en contra de lo que en esta época se podría utilizar para hacer alusión a esa respuesta (*responderit*, por ejemplo). Quizás la respuesta a ello sería que el negocio era realizado estrictamente entre ciudadanos romanos.

<sup>293</sup> Para Backhaus, op. cit, pág. 161, la misma línea es seguida por Paulo, D. 55,1,83,4: *“Item si ego plures res stipuler, Stichum, puta, et Pamphilum, licet unum spoponderis, deneris: videris enim ad unam ex duabus stipulationibus respondisse*. “ Se considera que a pesar de no haber respondido a los dos objetos por los que se había preguntado, se queda obligado por el que se respondió, con lo que se está aplicando la regla de que son

*stipulationes quot corpora, duae sunt quodammodo stipulationes...*”. Con esta máxima salva la *stipulatio*, pero esta vez, deduciendo que existen dos estipulaciones distintas: una útil y otra inútil y que no vicia la inútil la útil.<sup>294</sup> El añadido de Estico se interpreta, esta vez, como superfluo (*pro supervacuo habendam*). Lo único que implica este nuevo ejemplo, es que existen diversas maneras de salvar el negocio y que en esta ocasión, el jurista se inclinó por esta otra, por no apreciar claramente, la posibilidad de intuir que encerraba la regla de que “el más comprende el menos”. Entre las partes había acuerdo en uno de los objetos pero no en el otro. De ahí que se conciba que, allí donde hay consenso, la estipulación sea válida pero no así donde las partes no llegan a un acuerdo.

Para Criscuolli<sup>295</sup>, el jurista decide que el añadir a Estico, no afecta a la validez de la *stipulatio*, porque esta adición debe ser considerada como no puesta. El esfuerzo dogmático de Ulpiano por superar la nulidad total del negocio es notable: para ello considera el negocio formado por dos estipulaciones susceptibles de diversa suerte jurídica: una útil y otra inútil.

Considera que la afirmación final del texto “...neque vitiatur utilis per hanc inutilem...” presenta una notable afinidad con el principio de “*utile per inutile non vitiatur*”. Desde luego, que para Ulpiano, en aquella época no debió ser manejada como principio general, sino como una consideración práctica, debido al supuesto del texto, a un caso concreto.<sup>296</sup> Para Gandolfi,<sup>297</sup> la idea de nulidad parcial tiene relación con el criterio de “*utile per inutile non vitiatur*”: si la parte útil y la parte

---

tantas estipulaciones como objetos corpóreos; de no ser así, faltaría la congruencia y por lo tanto estaríamos ante un caso claro de ineficacia de la estipulación.

<sup>294</sup> Paulus libro III. ad Neratium, D. 45,1,140: “*Pluribus rebus praepositis ita stipulatio facta est: ea omnia, quae supra scripta sunt, dari? Proprius est, ut tot stipulationes, quot res sint. ...*”

<sup>295</sup> CRISCUOLLI, G., *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1.959, págs 7 y ss.

<sup>296</sup> CRISCUOLLI, G., op. cit., págs. 7 y ss, opina que lo que debió ocurrir es que los juristas de la época intermedia, procedieran a la formulación del principio “*utile per inutile non vitiatur*”, tomando como base los diversos ejemplos que citan las fuentes.

<sup>297</sup> GANDOLFI, G., *La conversione dell atto invalido. Il modello germanico*, Milano 1.984, aborda este fragmento dentro del análisis que le dedica a la conversión como tratamiento de un negocio parcialmente nulo. Concretamente en la configuración del concepto en Puchta.

inútil constituyen objetos distintos del contrato, la invalidez de uno no tiene por que viciar al otro. Se tendría que respetar la autonomía de la parte útil frente a la inútil y si bien éste no es un principio que existiera, sin embargo, sí que es una tendencia y una solución más a la hora de salvar un negocio.

Dobbertin<sup>298</sup> mantiene que en este fragmento no cabe la menor duda de que prevalece una falta de congruencia entre pregunta y respuesta. Pero para salvar la estipulación de la nulidad absoluta, Ulpiano la separará en dos estipulaciones: aquella que reúne el requisito de la congruencia que es la que afecta al esclavo Pánfilo, y que entiende que es útil, y aquella que se refiere a Estico, que es inútil. Esto es posible en base a la idea de que “*quod corpora duae sunt quodammodo stipulationes ...*” que expone a continuación en el texto.

Pastori<sup>299</sup> señala que en el texto de Ulpiano, si se pregunta por Pánfilo y se responde por Pánfilo y Stichus, la *stipulatio* es válida en cuanto al objeto Pánfilo y nula en lo que afecta al objeto Stico. En la primera respuesta hay claramente una congruencia entre pregunta y respuesta, pero en cuanto al segundo de los objetos, domina una evidente incongruencia, lo que invalida el negocio. Es por ello, según Pastori, por lo que se considera que el texto viene a proponer sólo un problema de interpretación de las palabras, superando las viejas reglas del *ius civile*.

Para Pastori, la solución revela el empeño de la jurisprudencia por poner remedio a la antigua regla de la congruencia interpretada bajo la base de la rigurosa correspondencia entre las palabras de la pregunta y la respuesta. Para poner solución al problema, la tendencia de la jurisprudencia es doble:

---

<sup>298</sup> DOBBERTIN, M., *Zur Auslegung der Stipulation im klassischen Römischen Recht*, Zürich, 1.987, págs. 56 y ss.

<sup>299</sup> PASTORI, F., *El negozio verbale...*, pág. 258 y ss.

- Por una parte, la solución de Gayo en 3,102 donde se limita a examinar las palabras y la otra solución que ofrece Gayo en 3,103, donde se tiende a superar la mera consideración de las palabras, atendiendo al consenso<sup>300</sup>.
- Por otra parte, los detractores de Gayo, que consideran la *stipulatio* válida parcialmente, es decir en lo que afecta a la persona que ha intervenido en la *stipulatio* e inválida en lo que afectaría al tercero.

No obstante, nos parece que los supuestos son diferentes y que como ya dijimos anteriormente, no es que Gayo simplemente se limite a entender el problema de la congruencia como el pronunciamiento formal de unas palabras concretas, sino como pone de manifiesto en 3,103, también atiende al consenso; consenso que no existe en el 3,102, puesto que la cantidad por la que se pregunta y aquélla por la que se responde no coincide; por lo tanto, las partes no han llegado a ningún acuerdo en cuanto al objeto del negocio. En este sentido, estimamos que Pastori, al realizar el análisis del 3,102 sigue una postura extremadamente literal, sin llegar a una interpretación de fondo del pasaje de Gayo 3, 102.

Sin embargo, es completamente diverso, el supuesto que se refleja en D. 45,1,83,2:

*“Si stipulante me Stichum aut Pamphilum tu unum daturum te spoponderis, constat non teneri te nec ad interrogatum esse responsum”.*

---

<sup>300</sup> El pasaje 3,103 Pastori lo cita como punto de referencia para ver las diferentes posturas en materia de incongruencia: *“Praeterea inutilis est stipulatio, si ei dari stipulemur, cuius iuri subiecti non sumus. Unde illud quaesitum est, si quis sibi et ei cuius iuri subiectus non est, dari stipulemur, in quantum valeat stipulatio. Nostri praeceptores putant in universum valere et proinde ei soli qui stipulatus sit solidum deberi, atque si extranei nomen non adiecisset; sed diversae scholae auctores dimidium ei deberi existimant, pro altera vero parte inutilem esse stipulationem.”* Por lo tanto, en este pasaje, Gayo comprendería que la estipulación vale completamente y que la suma total se debe sólo a aquél que ha estipulado, como si no se hubiera añadido el nombre del extraño. Postura esta que difiere con la mantenida aparentemente con la del 3,102, puesto que aquí no ofrece opción alguna a la validez, al menos parcial, de la *stipulatio*, en razón del ejemplo tan estricto que nos presenta.

La hipótesis es distinta: se trata de que el deudor tiene el derecho a elegir entre un determinado Stico y un determinado Pamphilus y por lo tanto, si no se responde en sentido determinante, no existirá estipulación alguna. No hay posibilidad de salvar la estipulación puesto que la respuesta no coincide en absoluto con lo preguntado ni tampoco con la intención de las partes. No existe, evidentemente, consenso entre las partes y de ahí que tampoco la estipulación pueda llegar a ser válida.

Otra cuestión que llama la atención en el D. 45,1,1,5 es de nuevo el cambio de terminología utilizado por Ulpiano. Ahora habla de la inutilidad frente a la utilidad para referirse realmente a los mismos efectos, pero eso sí, con un supuesto distinto y habiendo aplicado una alternativa diversa. En esta ocasión, Ulpiano se basa en el “principio” de *“utile per inutilem non vitiatur”*, mientras que en el D. 45, 1,1,4 estaría siguiendo la idea de que *“in maiore minus inest”*. Ideas ambas que difieren entre sí, pero que logran conseguir los mismos efectos, es decir salvar, al menos parte del negocio estipulatorio.

En cuanto a la terminología a la que se ha recurrido en estos dos fragmentos de Ulpiano, si bien el jurista se mueve en el campo semántico de la invalidez de las estipulaciones, no obstante, aplica términos diferentes:

- Por un lado en el D. 45,1,1,4 habla de *“non esse contractam obligationem”*.
- Por otro lado en D. 45,1,1,5 habla de *“duae sunt quodammodo stipulationes: una utilis alia inutilis, neque vitiatur utilis per hanc inutilem”*.

Como hemos puesto de relieve, los supuestos son diferentes, de ahí quizás que el jurista prefiriera emplear términos diversos que se ajustaran más a cada una de las situaciones. En el 45,1,1,4 el objeto es uno solo, por lo que no existe para Ulpiano obligación alguna, salvo que la cantidad por

la que se responda sea mayor y por lo tanto en ella se comprenda la cantidad por la que se pregunta.

A pesar de ello, en el 45,1,1,5 reparamos en que son dos los objetos corpóreos:

- uno que se corresponde perfectamente con la pregunta formulada,
  
- y otro que no se corresponde.

De ahí que considere, tal y como Gayo también hace en el 3,102, inútil a aquel objeto que no se corresponde con lo preguntado en la estipulación. De hecho, en este supuesto (D. 45,1,1,5), la estipulación existe, siendo válida en una parte e inválida en la que no existe congruencia. La adición se entiende “*pro supervacua*”, como si no hubiera sido añadida, de tal manera que Ulpiano separa las dos estipulaciones: una válida y otra que no lo es y la primera no afecta a la segunda estipulación: “*das Geschäft wird wenigstens teilweise aufrechterhalten*”. Esta idea proviene ya de la regla conocida y ya antigua de que “*tot stipulationes quot res*”<sup>301</sup>. La ficción creada por Ulpiano tiende a romper la dependencia de ambas estipulaciones. Ello no quiere decir, como ya hemos destacado, que en Derecho romano se pueda hablar de “nulidad parcial” como el término jurídico que actualmente conocemos, sino que simplemente separa la estipulación en dos negocios jurídicos diferentes<sup>302</sup> a fin de salvar la validez de parte de esas estipulaciones.

---

<sup>301</sup> Ulpiano D. 45,1,29; D. 45,1,86; Paulo D. 45,1,140.

<sup>302</sup> SEILER, H. H., op. cit. pág 132 y 133. No obstante entiende que la opinión expresada por Ulpiano ha dado pie a construcciones modernas basadas en el principio de que “*utile per inutile non vitiatur*” y que han dado como fruto la nulidad parcial de los negocios jurídicos. En el mismo sentido ZIMMERMANN, R., op. cit., págs 75 y 76.

La historia sobre el tema de la nulidad parcial en los negocios jurídicos como cuestión general (no como término jurídico específico, tal y como en la actualidad lo entendemos) se remontan a las palabras de Ulpiano en D. 45,1,1,5 como punto de partida. Bartolo establece la fuente bajo la rúbrica “*utile per inutile non vitiatur*”<sup>303</sup>. Pasa a ser parte integrante del derecho de las Pandectas y se mantiene hasta la actualidad en la literatura del Derecho Privado como idea dominante histórica sobre la nulidad parcial. Desde luego, dicha regla forma parte del *ius commune*<sup>304</sup>. La idea de dividir el negocio en una parte nula y otra válida en los negocios intervivos, es para Criscuolli, la excepción en el período clásico y se va admitiendo sucesivamente en el período postclásico y justiniano. Este impulso debió aparecer coincidiendo también con la proliferación de la importancia de la *voluntas* respecto a los *verba*.

Una vez analizados estos supuestos y vistos los antecedentes de la regla “*utile per inutile non vitiatur*”, nos podríamos plantear la pregunta de si los juristas romanos esbozaban la posibilidad de una nulidad parcial en las estipulaciones, cuestión esta muy controvertida, sobre todo si tenemos en cuenta las características formales de la *stipulatio*. Sin perjuicio de ello, la idea de una nulidad parcial no es una cuestión que preocupe solamente a los juristas modernos, sino que ya las investigaciones romanísticas abordaron la materia. Los romanos contemplaron la posibilidad de que una parte del contrato tuviera validez y por lo tanto, la pregunta que nos formularíamos versaría sobre las consecuencias que tales circunstancias tendrían para esa parte del contrato estipulatorio. Sin embargo, faltan en la actualidad investigaciones más amplias sobre la materia y sobre todo a las afirmaciones realizadas por Betti<sup>305</sup>, en el sentido de considerar la nulidad parcial como “no clásica” sino más bien, como una evolución del derecho justiniano. Lo que no cabe duda, es que los juristas romanos no manejaron la idea de “nulidad parcial” tal y como la entendemos en la actualidad. Lo que sí hicieron, a

---

<sup>303</sup> Ver Accursius, Glossa ordinaria, Digestum novum(ed. Lugduni 1.569) al D. 45,1,1,5.

<sup>304</sup> SEILER, H. H., *Utile per inutile non vitiatur*, en Fest. Für Max Kaser sum 70. Geburtstag, München, 1.976, págs 144-145; ZIMMERMANN, R., op. cit. pág. 76.

<sup>305</sup> BETTI, E., op. cit., págs 333 y ss.

consecuencia también de la evolución evidente de los negocios jurídicos estipulatorios, fue buscar alternativas para procurar salvar, al menos, parte de las estipulaciones, apreciándose en esta actitud una tendencia a la liberalización del formalismo estricto de la *stipulatio*.

Dentro de las estipulaciones, el ejemplo más claro de que esto se podía contemplar en el derecho clásico romano, es el supuesto que hemos analizado: Ulpiano D. 45,1,1,4: el más comprende el menos y por lo tanto el contrato se entendería válido en cuanto a la cantidad menor.

En el siguiente párrafo de Ulpiano D. 45, 1, 1, 5, se afirma que habrán tantas estipulaciones como objetos corpóreos existan :

*“Sed si nihil Pamphilum stipulanti tu Pamphilum et Stichum spoponderis. (...) Nam si tot sunt stipulationes”*.

Dos textos, por lo tanto, donde el jurista, aplicando reglas diferentes, logra salvar parte del negocio jurídico.

Si bien es cierto que la nulidad parcial no se conocía en el Derecho Romano, no es menos cierto que sí que existía una tendencia viva en el propio espíritu de los juristas, aunque no se manifieste textualmente de forma expresa. Su aplicación práctica sí que se percibe, tal y como lo hemos podido comprobar en los supuestos escogidos a través de la aplicación de diferentes máximas jurídicas (*“in maiore minus inest”* o *“utile per inutile non vitiatur”*).

#### 4.- Conclusión

Gayo, en el pasaje 3,102, nos ha querido poner de manifiesto la inutilidad de las estipulaciones por falta de congruencia entre la pregunta formulada y la respuesta ofrecida. Desde esta perspectiva presentada por Gayo, la congruencia habría que entenderla en cuanto a la falta de acuerdo entre la pregunta y la respuesta, es decir, desde la perspectiva de que el contenido sustancial de la estipulación ha de mantenerse a fin de que se pueda hablar de congruencia en la *stipulatio*. El caso que expone

Gayo en este pasaje es el típico supuesto donde no concurre un acuerdo entre las partes en cuanto al objeto de la propia estipulación.

El término que utiliza Gayo para reflejar la falta de efectos de la estipulación vuelve a ser el de “*inutilis*” para comparar aquellas estipulaciones donde sí que existe congruencia entre la pregunta y la respuesta; estipulaciones que serían, siguiendo la terminología gayana “*utilis*”. Falta por lo tanto uno de los elementos característicos de la *stipulatio* para que ésta sea considerada válida; en concreto, la congruencia, si bien es cierto que en cualquier negocio jurídico, debe haber un acuerdo entre las partes en cuanto al objeto de la prestación (el comprador no podría acordar la compra de un fundo si el vendedor, lo que desea es la venta de un esclavo). En este sentido, d’Ors<sup>306</sup> considera que la estipulación es inexistente por falta de congruencia, es decir, que la estipulación ni siquiera llega a nacer. Y nos parece acertada esta afirmación, si tenemos en cuenta que en este pasaje 3,102, Gayo no deja margen de duda alguna, en cuanto a la existencia clara de una falta de congruencia entre pregunta y respuesta.

El problema de este texto 3,102 de Gayo es que las partes han declarado que no existe un acuerdo en cuanto al objeto de la estipulación; por lo tanto ésta podría ser considerada como inexistente, en la medida de que no va a desplegar ningún tipo de efecto, ni positivo ni negativo. Tanto el estipulante como el promitente eran conscientes de que incurrían en una falta de congruencia entre la pregunta formulada y la respuesta ofrecida. En esta ocasión agregando el adjetivo “*inutilis*” al sustantivo *stipulatio*, el jurista destaca la imposibilidad de que estipulaciones, donde hay una falta de congruencia tan evidente, lleguen a existir. Al sustantivo *stipulatio* le falta uno de sus elementos esenciales para que pueda llegar a nacer y las partes eran conocedoras de tal circunstancia, por lo que no tenían voluntad alguna de estipular. La inexistencia de la estipulación se explica desde la perspectiva de que no convergía acuerdo alguno en

---

<sup>306</sup> d’ORS, A., op. cit. págs. 495 y ss.

cuanto al objeto estipulatorio; dicha ausencia de acuerdo, fue lo que las partes pusieron de manifiesto (es necesario mantener un contenido sustancial para poder hablar de congruencia, y no sólo de una mera formalidad en las palabras pronunciadas). Es también, en cierta manera, lo que ocurría cuando analizábamos el 3,98 referido a las estipulaciones sometidas a condiciones imposibles, donde también opinábamos que si se llegaban a incluir condiciones de ese tipo (“si tocas el cielo con el dedo”) en el negocio estipulatorio, ello implicaba la falta de voluntad de las partes en concluir la estipulación, puesto que se trataba de condiciones radicalmente imposibles.

Diferentes son el resto de los textos analizados en este apartado. Ulpiano se plantea distintas posibilidades dentro de la falta de congruencia entre pregunta y respuesta, como es el caso de que se pregunte por una cantidad menor y se conteste por una superior o el supuesto de que se pregunte por un objeto y se responda por el mismo objeto y otro extraño a la propia estipulación. En ambos supuestos, Ulpiano propone soluciones variadas, aunque ambas se dirigen a una idea concreta: salvar, en la medida de lo posible, parte de la estipulación.

En el primer caso, Ulpiano considera válida la estipulación en cuanto a la cantidad por la que se pregunta (*in maiore minus inest*), expresión que parece corresponderse más con un tema cercano a los matemáticos o dialécticos que a los propios juristas romanos, que recogieron la idea y la aplicaron a casos concretos. Llama la atención que Ulpiano se vuelve a referir a la propia obligación (*non esse contractam obligationem*) y no a la propia estipulación. La respuesta a esta cuestión, la podemos quizás encontrar en el texto, también de Ulpiano D.45,1,1,3, donde también habla de que “*non obligari eum constat... eum non obligari .... vitiatam esse obligationem...*” pero al final del fragmento señala que “*tunc enim alia stipulatio contracta esse videtur*”. Fragmento este que nos vuelve a recordar el de las Instituciones de Gayo 3,176, en el sentido de considerar nula la obligación, pero existente la estipulación, aunque ineficaz, puesto

que puede producirse una novación. Por lo tanto, en estos supuestos de Ulpiano, la estipulación sí que existiría, aunque sería ineficaz por no producir los efectos buscados por las partes (en el primer caso, D. 45,1,1,4 podríamos considerar que la estipulación sería parcialmente ineficaz; en el segundo caso, D. 45,1,1,3, la estipulación es inválida).

En cuanto a la otra posibilidad contemplada también por Ulpiano, sería la recogida en D.45,1,1,5 donde la solución que propone para salvar la validez, aunque sea parcial del negocio jurídico, es la de aplicar la idea de que “*Utile per inutilem non vitiatur*”. Ahora estima que no se trata de una sola estipulación, sino de dos: en una de ella existe congruencia entre pregunta y respuesta, por lo que es útil; en la otra no se advierte esta congruencia, por lo que la estipulación, en este caso es calificada por Ulpiano como “inútil”, tal y como hace Gayo en el 3,102. Ulpiano, en este caso, pone de manifiesto expresamente la oposición privativa existente entre la *stipulatio* “útil e inútil”. En este último texto de Ulpiano, ya no se habla de obligación, sino directamente de estipulación inútil, tal y como hacen otros juristas. Desde este punto de vista y a tenor de los demás textos y expresiones analizadas podemos afirmar que el adjetivo “inútil”, en esta ocasión y en relación al texto 3,102 de Gayo, viene a significar “inexistencia de la *stipulatio*” pero dentro de un caso determinado y en relación estricta con el texto gayano.

## CONCLUSIONES

1.- Son muchos los términos utilizados por los juristas romanos para referirse al problema de la invalidez de las estipulaciones y otros negocios jurídicos. Es sólo a partir de la Pandectística cuando se elabora una teoría general del negocio jurídico y se establece una terminología exacta para hacer referencia a la invalidez de los negocios jurídicos, desapareciendo la inexactitud terminológica existente en el Derecho romano.

Dentro de esa variedad terminológica que encontramos en las fuentes jurídicas romanas, hemos ceñido nuestro estudio al término

inutilis cuando en dichas fuentes es utilizado en relación con el negocio jurídico de stipulatio, por la frecuencia con la que dicha combinación es utilizada en ellas. Este estudio se ha hecho ciñéndonos esencialmente a las Instituciones de Gayo.

La pareja nominal “inutilis stipulatio” es utilizada en más de 50 textos, siendo el adjetivo “inutilis” el más empleado para designar la invalidez de una stipulatio y el que más veces es utilizado formando una pareja nominal en sentido estricto, siendo Paulo, Gayo, Ulpiano y Juliano, los juristas que en más ocasiones utilizan la pareja nominal “inutilis stipulatio”.

Los estudios realizados hasta el momento, han tendido a buscar una relación entre algunos de los términos romanos referidos a la invalidez y los términos jurídicos modernos relativos a la misma. El peligro que conlleva dicho punto de vista es conocido: acudir a sistematizaciones que eran completamente desconocidas para el jurista romano. Acudir a esta perspectiva llevaría, en nuestra opinión, a un fracaso anunciado, por la cantidad de excepciones que tendríamos que destacar en cada uno de los caso.

2.- El adjetivo “inutilis” le añade unas características esenciales al sustantivo “stipulatio” que lo van a diferenciar del resto de las estipulaciones que no contienen dicho adjetivo. El adjetivo “inútil” sólo representa una diferencia sustancial que opera como rasgo distintivo en la *stipulatio*, puesto que de no existir esta adjetivación, el número de sustantivos y en concreto de negocios jurídicos, se multiplicaría hasta el infinito.

Desde nuestra perspectiva, el estudio de la inutilidad de las estipulaciones en Roma, podría hacerse desde un punto de vista semántico - estructural, entendiendo la “invalidez” como un campo semántico, donde existen otros pequeños sistemas (que serían todos los términos jurídicos que existían en Roma para designar la invalidez de la estipulación). Siguiendo esta idea, para poder comprender el término “inutilis” y su significado, habría que oponerle a su antónimo es decir, al término “utilis”. Nos encontramos pues, ante una oposición privativa,

donde el término marcado se caracteriza por la presencia de un rasgo (la *stipulatio utilis* sería aquella que cumple con los requisitos que el ordenamiento jurídico romano establece para tener validez dentro del campo jurídico negocial) y el otro término, el no marcado (*stipulatio inutilis*) que se caracterizaría por carecer de ese rasgo, es decir de los requisitos que el Derecho romano establece para considerar la estipulación válida dentro del campo jurídico negocial. Pero lo mismo se podría hacer con el resto de adjetivos que se refieren a la invalidez en el Derecho romano. Por lo tanto, sería preferible limitarnos a afirmar que en Derecho romano prevalecía un principio de oposiciones privativas, donde tendríamos que estudiar cada uno de los términos manejados por los juristas romanos y sus opuestos, y de esta forma estudiar y entender la causa de la falta de validez de la *stipulatio*.

**3.-** Lo anterior nos lleva a otra conclusión. En Derecho romano, dentro del campo de la invalidez del negocio jurídico, no existen grados intermedios; es decir, una estipulación o bien es válida o bien es inválida, pero no existía la posibilidad de hablar de que una estipulación pudiera ser “anulable”. Se trata de una estructura bipolar, frente a la estructura multipolar que existe en los ordenamientos jurídicos modernos, como por ejemplo el español o el alemán.

Si bien es cierto que existían casos donde el pretor paralizaba el derecho civil (por medio de la concesión de una *exceptio* o de una *restitutio in integrum*), sin embargo no es ésta la idea actual de “anulabilidad”, tal y como la entendemos en derecho moderno. Tampoco encontramos esta idea de anulabilidad en los casos de convalidación y de novación que aparecen en las fuentes jurídicas romanas relativas a la estipulación.

**4.-** Para poder realizar un estudio de la pareja nominal “*inutilis stipulatio*” tendríamos que partir del pasaje de las Instituciones de Gayo 3,176, donde el jurista, no en vano, diferencia la estipulación inútil de la obligación nula. Es a partir de este pasaje de donde se ha podido concluir (Mitteis) que para el jurista, una estipulación inútil es aquella que,

existiendo, no despliega efectos positivos por no reunir todos los requisitos que el ordenamiento jurídico exige para que una estipulación sea válida. La estipulación, por lo tanto existe, pero es inválida, mientras que la obligación es nula. Pero la estipulación, aún siendo inútil, puede extinguir la primera obligación por derecho de novación. Teniendo en cuenta este pasaje de Gayo 3,176 se podrá comprender mejor el significado del término “*inutilis*” en sus Instituciones. De hecho en 3,176 hace mención tácita de los pasajes 3,100 y 3,103.

No obstante, si bien este significado de la expresión *inutilis stipulatio* es aplicable a la mayor parte de las cuestiones, no es el único, pues en otras ocasiones está haciendo referencia a una estipulación inexistente. Siguiendo el esquema de las Instituciones de Gayo hemos podido analizar los diferentes supuestos en que una estipulación es calificada como *inutilis*.

**5.-** El primero de esos casos es el de la prestación de objeto imposible.

La imposibilidad de la prestación, en general, en Gayo viene directamente relacionada con el requisito de la patrimonialidad de la prestación, también en la materia de objetos imposible (física o jurídicamente), dado que en los supuestos destacados por el jurista en el 3,97 existe una imposibilidad de cumplir con el “*dare*” de la prestación, por ser ésta imposible. Ello excluiría la posibilidad de que el objeto fuera evaluable en dinero y por lo tanto un inconveniente insuperable en la *condemnatio*.

En cuanto al significado del término “*inutilis*” en el 3,97, entendemos que Gayo considera la estipulación como existente, dado que insiste en la “falsa creencia de las partes en cuanto al objeto de la estipulación”. Desde este punto de vista, las partes tenían la voluntad de estipular, pero el objeto que escogieron no era idóneo para ello. De ahí que la obligación fuera nula, puesto que era imposible el cumplirla, pero la estipulación era existente, aunque no desplegara los efectos buscados por las partes.

No podemos afirmar lo mismo de la hipótesis que se recoge en las Instituciones de Justiniano, donde se habla de la estipulación que versa

sobre un hipocentauro. En este caso, las partes, de antemano, conocían la imposibilidad física de la prestación, por lo que entendemos que no existía voluntad para negociar. En nuestra opinión, Justiniano, al escoger el término inútil en relación a la estipulación del hipocentauro, se estaba refiriendo a una inexistencia de la estipulación por falta de voluntad para concluir la stipulatio.

En cuanto a la terminología utilizada por los juristas para destacar la falta de efectos de estas estipulaciones, en los textos analizados, hemos comprobado que existe una práctica unanimidad terminológica, es decir, que dentro del campo semántico de la invalidez, estos juristas han optado por un adjetivo común: “**inutilis**” (Gayo 3,97, Iust. Inst. 3,19,1, Gayo D. 44,7,1,9, y Paulo D.45,1,83,5).

7.- También en el pasaje 3,99 de las Instituciones de Gayo, relativo a la estipulación de cosa propia, se vuelve a hacer referencia al desconocimiento de las partes de que el objeto de la estipulación pertenecía ya al propio estipulante. De ahí que de nuevo opinemos que, en estos casos, la estipulación existe, aunque no despliegue los efectos buscados por las partes, puesto que la "obligación" es nula ya que no se puede "dar", no está permitido transmitir la propiedad de, aquello que ya nos pertenece (Gayo 4,4).

En Ulpiano D. 45,1,29,1 se observan también, en cierta manera, las conclusiones a las que Gayo llegaba en el 3,176 en cuanto a los efectos de la estipulación inválida y la obligación nula. Pero Ulpiano, además, busca la solución de hacer prevalecer la voluntad de las partes, a través de una nueva estipulación que indujera a la *condictio* (por lo tanto, formulada en otros términos).

Es en el campo de la inutilidad de las estipulaciones sometidas a condiciones imposibles, donde aparecen con más claridad reflejados los “pequeños sistemas” que pertenecen al campo semántico de la invalidez de los negocios jurídicos. Los juristas, como Maeciano y Venuleyo (*nullius momenti fore*), Ulpiano (*stipulationibus obstat o nulla sit*

stipulatio), e incluso el propio Gayo (*inutilis est stipulatio y nullius momenti fore*) han optado por diversas unidades léxicas para hacer referencia a la invalidez de las estipulaciones.

Con el ejemplo que muestran los juristas, no dejan margen de duda alguna acerca del significado de dichos términos: las estipulaciones sometidas a esa clase de condiciones ( “*si digito caelum tetigerit*”, Gayo 3,98) son inexistentes. Las partes, al incluir ese tipo de condiciones, son conscientes de que no se pueden cumplir; son auténticas condiciones imposibles y con ello demuestran una falta de voluntad de estipular. Es por ello, por lo que entendemos, que en el 3,98 el término “*inutilis*” ha de traducirse por inexistencia del negocio estipulatorio.

Si bien en D. 45,1,141,8 Gayo emplea excepcionalmente la expresión “*nullius momenti fore*” sin embargo lo hace para referirse simplemente a una estipulación sometida a condición, pero no a una condición imposible. De ahí que se pueda afirmar que la estipulación existe, pero dado que la condición no se cumple, el negocio jurídico es nulo (*nichtig*). Quizás con este cambio terminológico Gayo quiso poner de manifiesto la diferencia existente entre una estipulación sometida a una condición imposible (*inutilis*), de aquellas estipulaciones a las que se le añade una condición de la cual se hacen depender los efectos de la propia estipulación (*nullius momenti fore*).

**8.-** En los pasajes 3, 100 y 3,101 de las Instituciones de Gayo se aborda la inutilidad de las estipulaciones por adición a plazos no incluidos, tema al que el propio Gayo hace referencia expresamente en el 3,176. En estos supuestos, las estipulaciones son existentes pero no producen los efectos buscados por las partes, puesto que la obligación es nula. No obstante, autores como Masi o Robbe, entienden que en estos supuestos con el término “*inutilis*” se pone de manifiesto que el negocio no despliega efecto alguno. Sin embargo, nosotros, como también otros autores como Bonifacio, nos inclinamos por acudir a la interpretación que hace Gayo en el 3,176. Además observamos como Gayo propone diferentes formas de realizar estipulaciones con plazos “*para después de la muerte*”, destacando que la estipulación podría ser incluso válida si se estipulara

para el momento justo antes de la muerte. Autores como Voci consideran que este texto 3,100 de Gayo está interpolado. Aún así, las estipulaciones a las que se le añaden este tipo de términos, son existentes, aunque la obligación pueda ser nula.

Por otra parte, al analizar el texto correspondiente a las Instituciones de Justiniano 3,19,13 se ve claramente la evolución del negocio jurídico de la stipulatio, puesto que apreciamos como ya se tiene en cuenta la importancia de la voluntad de las partes dentro de la estipulación.

**9.-** Al hablar de falta de congruencia entre pregunta y respuesta no nos hemos de limitar a entender una incongruencia formal de las palabras pronunciadas entre estipulante y promitente, sino que hemos de entender por incongruencia la falta de congruencia en el contenido sustancial. En el pasaje 3,102 Gayo nos presenta un supuesto típico de esa falta de congruencia en el contenido sustancial. Dado que para que la estipulación exista, debe reunir unos requisitos básicos establecidos por el ordenamiento jurídico romano, entre ellos el acuerdo de las partes, si éste no se da en el momento de concretar la estipulación, dicha estipulación no se puede considerar que exista o que pueda llegar a existir. En este sentido, sí que existe una unanimidad en la doctrina. En el 3,102 las partes han manifestado una falta total de acuerdo en cuanto al objeto estipulatorio y de ahí que opinemos que la estipulación, en este caso es inexistente (tal y como también lo poníamos de manifiesto en el 3,98 o en las Instituciones de Justiniano 3, 19,1 con respecto al hipocentauro).

**10.-** Encontramos en las fuentes pasajes, y sobre todo textos de Ulpiano, donde al menos se intenta salvar parte de la estipulación afectada por una falta de congruencia entre pregunta y respuesta (Ulpiano D. 45,1,1, 4, D. 45,1,1,5). Aplicando diferentes principios como “in maiore minus inest” o “utile per inutilem non vitiatur” el jurista consigue salvar, al menos, parte de la estipulación: aquella parte de la respuesta que, sustancialmente, era congruente con la pregunta. Al utilizar el principio

“utile per inutilem non vitatur” está refiriéndose a la oposición privativa de los negocios útiles e inútiles.

En estos fragmentos, las estipulaciones sí son existentes, pero parcialmente válidas.

En Ulpiano D. 45,1,1,3 trata sobre la falta de congruencia cuando en la respuesta se añaden condiciones o términos que no eran mencionados en la pregunta o viceversa, que se preguntara bajo condición y la respuesta excluyera dicha condición. En estos supuestos, Ulpiano entiende que “non obligari eum constat”. No obstante, ofrece de nuevo una solución para conseguir validar el negocio estipulatorio: si el estipulante acepta inmediatamente, se entiende que se ha celebrado una nueva estipulación y ésta será válida. Se aprecia en Ulpiano una tendencia a salvar el negocio jurídico estipulatorio, pero no sólo en este tema, sino también en otros fragmentos como el D.45,1,29,1 cuando abordaba el supuesto de la estipulación sobre cosa propia.

**11.-** Con respecto a las estipulaciones a favor de terceros, hemos comprobado que no existe unanimidad terminológica entre los juristas ( Gayo 3, 103, Ulpiano D. 45,1,38,17, Iust. Inst. 3,19,4). No obstante, sí que existe una postura unánime en cuanto a los efectos de las estipulaciones a favor de terceros. Las estipulaciones son existentes y los juristas han buscado la forma de, además, considerarlas válidas. Para ello entienden que las estipulaciones a favor de terceros pueden generar incluso obligaciones válidas y exigibles por el estipulante, que es parte del negocio estipulatorio, siempre y cuando aquél tenga un interés patrimonial propio en la prestación ( por ejemplo , el tutor que cede a un cotutor la gestión de la tutela) o el propio Gayo en 3,103, si el estipulante se hace prometer también para sí mismo. Ulpiano, por su parte se inclina por incluir una estipulación penal a fin de que se cumpla la prestación a favor del tercero.

En estos supuesto, “inutilis” implica que la estipulación existe, pero en algunos casos es parcialmente ineficaz, puesto que la obligación, en lo que respecta al tercero ajeno al negocio jurídico, es nula.

En el pasaje de Gayo 3,104 ya se empieza a hacer referencia a la falta de capacidad de determinados sujetos para obligarse, al menos civilmente. En el inicio del pasaje utiliza el adjetivo “inutilis” con respecto a aquellas estipulaciones que se realizan con el pater por aquellas personas que están sometidas a su patria potestas o viceversa. Más adelante, ya emplea otro término dentro del campo semántico de la invalidez “obligari non possunt”. Con esta nueva expresión, ya está aludiendo a la falta de capacidad para obligarse con cualquiera de los esclavos o de las mujeres in potestate. Concuere este pasaje con lo que ya observábamos al analizar el 3,176 en cuanto a los efectos de la estipulación (existente, pero inválida por producir sólo efectos negativos) y a la obligación que es considerada nula. A mayor abundamiento, en el pasaje 3,176 hace expresa mención a las estipulaciones de los esclavos, que no producirían obligación alguna, puesto que sería como si no estipuláramos con nadie.

**12.-** El término jurídico romano “inutilis” es, efectivamente “un cajón de sastre” que puede tener diferentes significados jurídicos. Se encuentra dentro del campo semántico de invalidez y su estudio debe hacerse desde la perspectiva de que se trata de una oposición privativa, sin intentar encasillarlo dentro de conceptos o sistematizaciones modernas.

Los juristas romanos no siempre lo utilizan con la misma extensión. A pesar de ello, en la mayoría de los casos analizados, y siguiendo la sistematización de las Instituciones de Gayo, hemos comprobado que “**inutilis**” implica, en la mayoría de las materias abordadas por Gayo, la existencia del negocio jurídico estipulatorio, aunque inválido, puesto que el negocio no despliega los efectos buscados por las partes y de él no pueden surgir obligaciones, puesto que éstas serían nulas.

Juristas de finales de la época clásica, como Ulpiano, buscan procedimientos diferentes para que prevaleciera la voluntad de las partes. La conversión de la estipulación inválida en una nueva estipulación válida y la consideración de la validez parcial de una estipulación defectuosa, serían mecanismos utilizados por los juristas para este fin.

Las excepciones que hemos encontrado serían los supuestos contemplados en el 3,98 y 3,102 (ciñéndonos a las Instituciones de Gayo) en donde la estipulación es considerada como inexistente.

Frente a la “*stipulatio inutilis*” se hallaría la “*stipulatio utilis*”, que sería aquella que reúne todos los requisitos que el ordenamiento jurídico romano exige para que puedan desplegar su validez jurídico-negocial; en concreto, para desplegar, al menos, los efectos positivos típicos del negocio estipulatorio, es decir, efectos obligatorios.

## ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

---

- ALVAREZ SUÁREZ, U., "El negocio jurídico en Derecho romano", en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1.954.
- APATHY, P., "Zur "exceptio pacti" auf Grund eines "pactum in favorem tertii", en *ZSS* 93 (1.976).
- ARANGIO-RUIZ, V./ GUARINO, A., *Breviarum iuris romani*, Milán, 1.983.
- ARCHI, G.G., "La summa divisio rerum en Gaio e in Giustiniano", en *SDHI*,3 (1.937).
- ARCHI, G.G., "Utilis e inutilis nelle fonti giuridiche" en *Labeo* 9,1.963.
- ARIAS RAMOS J., ARIAS BONET, J.A., *Derecho público romano e historia de las Fuentes*, Valladolid, 1.977.
- AAVV, *Terminología jurídica*. Español - alemán, München.
- AAVV, *Textos de Derecho romano*, Pamplona, 1.998.
- AAVV, *Principios de Derecho global. Aforismos jurídicos comentados*, Navarra, 2003.
- BACKHAUS, R., "In maiore minus est", en *ZSS* 100 (1.983).
- BALDUS, Chr., *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen im klassischen römischen Recht und in der modernen Völkerrechtswissenschaft. Zur Rezeptionsfähigkeit römischen Rechtsdenkens*, Teil 2, Frankfurt-Berlin, 1.998.
- BARTOSEK, M., "Sulla concezione naturalistica e materialisticristi classici", en *Studi Albertario II*, Milán, 1.953.
- BECHER, H.J, *Diccionario jurídico y económico* (Wörterbuch der Rechts - und Wirtschaftssprache, München, 1.979.
- BECKER, C., *Die "res" bei Gaius. Vorstufe einer Systembildung in der Kodifikation?*, Berlin, 1.999.
- BERGER, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1.991.
- BETTI, E., *Teoria generale delle obbligazioni in diritto romano I*, Milán, 1.947.
- BETTI, E., *Istituzioni di Diritto Romano*, vol. I, Milán, 1.947.
- BETTI, E., *La struttura dell' obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milán, 1.955.
- BIBLIOTHECA IURIS ANTIQUI (BIA), CD-ROM, , bajo la dirección de PALAZZOLO, N., Torre, Catania, 1.994.
- BIONDI, B., "La concezione cristiana del diritto naturale nella codificazione giustiniana", en *RIDA* 4 (1.950).

- BIONDI, B., *Contratto e stipulatio*, Milán, 1.953.
- BONFANTE, P., *Corso di diritto romano IV, . La obbligazioni*, Milán, 1.979.
- BRÉAL, M., *Ensayo de Semántica*, Trad. española, Madrid.
- BUND, E., "Die Fiktion pro non scripto habetur" als Beispiel fiktionsbewirkter Interpretation, Sein und Werden im Recht", en *Festg. U. Von Lübtow zum 70. Geburtstag*, 1.970.
- BURDESE, A., "Il concetto di "ius naturale" nel pensiero della giurisprudenza classica", en *RISG* 90 (1,954).
- BURDESE, A., "Recensión crítica a la monografía anterior de Longo", en *Iura* 14 (1.963).
- BURDESE, A., "Dubbi in tema di 'naturalis obligatio' ", en *Studi Scherillo*, 2 (1.972).
- BURDESE, A., "La "naturalis obligatio" nella più recente dottrina" en *Studi Parmensi*, 32 (1.983).
- CABANELLAS, G., *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, tomo IV, Buenos Aires, 1.979.
- CANNATA, C. A. , "Impossibilitá sopravvenuta e "culpa debitoris", en *SDHI*, (XXXII), 1.966.
- CASSIRER, E. , *Philosophie der symbolischen Formen*, 1.923.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral*, Tomo I, vol. II.
- CASTRESANA, A., "La estipulación", en *Derecho romano de obligaciones 2*, Homenaje al prof. José Luis Murga Gener, Madrid, 1.994.
- CLAUS, A., *Gewillkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht*, Berlín, 1.976.
- COING, H., *Europäisches Privatrecht I*, München, 1.985.
- COSENTINI, C., *Conditio impossibilis*, Milán, 1.952.
- COSERIU, E. , *Pour une sémantique = Pour une sémantique diachronique structurale*, *Travaux de Linguistique et de Littérature*, II, 1., Strasbourg, 1.964.
- CRISCUOLLI, G., *La nullitá parziale del negozio giuridico*, Milán, 1.959.
- CUENA BOY, F., *Estudios sobre la imposibilidad de la prestación*, Valladolid, 1.992.
- CUENA BOY, F., "La idea de *rerum natura* como criterio básico de la imposibilidad física de la prestación" en *RIDA* (1.993).
- CUENA BOY, F., "La prestación y sus requisitos", en *Derecho romano de obligaciones*. *Homenaje al Prof. J.L. Murga Gener*, Madrid, 1.994.

- d'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1.981.
- d'ORS, X., *Posiciones pragmáticas para el estudio del Derecho Romano*, Santiago de Compostela, 1.979.
- DAUM, U./ HAENSCH, G./ MORAL GARCÍA, M., *Rechtssprache*, München, 1.970.
- DE MARTINO, F., *Studi sulle garanzie personali, I. L'autonomia classica della sponsio*, Nápoles, 1.937.
- DERNBURG, H., "*Pandette*" vol. I. 1, Torino, 1.906.
- DIDIER, Ph., "Les diverses conceptions du droit naturel à l'oeuvre dans la jurisprudence romaine des II et III siècles", en *SDHI* 47 (1.981).
- DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil I*, Madrid, 1.998.
- DOBBERTIN, M., *Zur Auslegung der Stipulation im klassischen Römischen Recht*, Zürich, 1.987.
- DÜLL, R., "Zur römischen Stipulatio", in *ZSS*, 68, (1.951).
- FERNANDEZ BARREIRO, A., *Presupuestos de una concepción jurisprudencial del Derecho romano*, Santiago de Compostela, 1.976.
- FLUME, W., *El negocio jurídico*, Madrid, 1.998, ed. traducida por J.M MIQUEL y E. GÓMEZ CALLE.
- FLUME, W., "Die Bewertung der Institutionen des Gaius", en *ZSS* 79, (1.962).
- FRIER, B., "Roman Law and the Wine trade: the Problem of "Vinegar Sold As Wine" en *ZSS* 100 (1.983).
- FUENTESECA, P., *Derecho privado romano*, Madrid, 1.978.
- FUENTESECA, M., *El problema de la relación entre novatio y delegatio desde Roma hasta las codificaciones europeas*, Madrid, 2000.
- GANDOLFI, G., *La conversione dell'atto invalido*, Milán, 1988.
- GANDOLFI, G., *La conversione dell'atto invalido; il modello germanico*, vol I, Milán, 1.984.
- GARCÍA GARRIDO, M., *Diccionario de jurisprudencia romana*, Madrid, 1982.
- GONZÁLEZ, A., "Clasificación de las obligaciones. Singulares tipos de obligaciones", en *Derecho romano de obligaciones, Homenaje al Prof. Jose Murga Gener*, Madrid, 1.994.
- GROSSO, G., "Dies impossibilis e impossibilità della prestazione", en *Labeo*, 1,(1.955).
- GROSSO, G. "Appunti sulle distinzioni delle "res" nelle Istituzioni di Gaio", *Studi Besta, I*.

- GROSSO, G. "In materia di obbligazioni di dare", en *SDHI* 6 (1.940).
- GROSSO, G., "Osservazioni su Gaio", en *Gaio nel suo tempo*.
- GROSSO, "Prospettive in materia di termine iniziale e finale e spunti sistematici di Paolo, en *BIRD*", 64 (1.961).
- GUARINO, A., *Diritto privato romano*, Nápoles, 1.992.
- GUIRAUD, P. *La Semántica*, Méjico, 2ª ed. trad. española, 1965.
- H.J. WOLFF, "Zum Geschichte des Gaiustextes", en *Studi Arangio-Ruiz IV*, 1.952.
- HELLMANN, F., "Zur Terminologie der Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristen. Thatsachen", en *ZSS*, 23,(1.902); (Schluss) en *ZSS*, 24 (1903).
- HELLMANN, F., *Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht*, München, 1.914.
- HERNÁNDEZ TEJERO, F., "Leyendo a Gayo", en *Estudios de Derecho romano en honor de Alvaro d'Ors*, Pamplona, 1.987.
- HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena, 1.926.
- HONORÉ, T., *Gaius*, Oxford, 1.962.
- HONORÉ, T., *Ulpian*, Oxford, 1.982.
- HONSELL, H., *Quod interest in bonae-fidei iudicium. Studien zum römische Schadensersatzrecht*, München, 1.969.
- IGLESIAS, J., Recensión a Santi di Paola, *Contributti ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, "Invalidità e inefficacia in diritto romano", en *INDEX I/1*.1970.
- IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, Barcelona, 1.990.
- KARLOWA, O., *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung*, Berlín, 1877.
- KASER, M., *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellen-Forschung*, Wien, 1.972.
- KASER, M., *Das römische Privatrecht*, Band I,II, München, 1.975.
- KASER, M., "Oportere und ius civile", en *ZSS* 83 (1.966).
- KASER, M., *Das altrömisches Recht*, Göttingen, 1.949.
- KAUFMANN, H., WEBER, K., *Rechtswörterbuch*, München, 1997.
- KNÜTEL, R., *Stipulatio poenae*, Köln, 1.976.
- KNÜNTEL, R., *Stipulatio und Pacta*, en *FS Kaser*, (1976).
- KUNKEL, W., *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar, 1.952.

- KUNKEL/ HONSELL/ MAYER\_MALY/ SELB, *Römisches Recht*, Berlin-Heidelberg, 1.987.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., LUNA SERRANO, A, RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho civil,I, Parte general del Derecho civil*, vol III, Barcelona 1.984.
- LIEBS, D., “Gaius und Pomponius” en *Gaio nel suo tempo*, Nápoles, 1.966.
- LIEBS, D., "Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat", *ANRW*. II 15 (1.976).
- LEVY, E., "Libertas und civitas", en *ZSS* 78 (1961).
- LONGO, G., "Concetto e limiti dell'obbligazione naturale dello schiavo nel diritto romano classico", *SDHI*, 16 (1.950).
- LONGO, G., *Ricerche sull' "obligatio naturalis"*, Milán, 1.962.
- MALMBERG, B. *Les nouvelles tendances de la linguistique*, París, 1.966.
- MASI, A. *Studi sulla condizione nel diritto romano*, Milán, 1.966.
- MASI, A., “El negocio utile o inutile in diritto romano”, en *RISG*, 1.959-1962.
- MASI, A., “Inutilitá ed inesistenza degli atti giuridici nelle Istituzioni gaiane”, en “*Il modello di Gaio nella formazione del Giurista*”, *Atti del convegno Torinese*, Milán, 1981
- MAYER- MALY; Th., "Romanistisches über die Stellung der Natur der Sache zwischen Sein und Sollen", en *Studi Volterra II*, Milán, 1.971.
- MIQUEL, J. “Una aportación al estudio del “*error in substantia*” en la compraventa”, en *Anuario de Derecho civil*, 1.963.
- MIQUEL, J., “ La definición de Servio de “*silva caedua*” y la naturaleza de las cosas", en *Estudios en Homenaje al Prof. Juan Iglesias I*, Madrid, 1.988.
- MIQUEL, J., *Curso de Derecho romano*, Madrid,1.992.
- MITTEIS, L., *Römisches Privatrecht*, München und Leipzig, 1.935.
- MITTEIS, L., “Über die Herkunft von sponsio und stipulatio” in *BIDR*, 44 (1.936).
- MOMMSEN,Fr., *Beitrage zum Obigationenrecht*, Darmstadt, 1.997.
- MURILLO VILLAR, A., “Notas sobre la patrimonialidad de la prestación en Derecho romano”, en *Homenaje a Juan Vallet de Goytisolo VI*, Madrid, 1.990.
- NÖRR, D., *Rechtskritik in der römischen Antike*, München, 1.974.
- OSSORIO, M., *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Buenos Aires, 1.978.
- PANAJIOTIS, Z., "Zur Theorie der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte”, en *Festschrift für J. Spiropoulos*, Bonn, 1.957.

- PASTORI, F. "Dare, facere, praestare en diritto romano", en *NNDI V* (1.960).
- PASTORI, F., *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milán, 1.961.
- PASTORI, F., *Il negozio verbale in Diritto romano*, Bologna, 1.994.
- PETERS, F., "Zur dogmatischen Einordnung der anfänglichen, objektiven Unmöglichkeit beim Kauf", en *Festschrift Kaser*, München 1.976.
- POTTIER, B., *Morphosyntaxe espagnole = Introduction à l'étude de la morphosyntaxe espagnole*, París, 1.967.
- PUGLIESE, G., "Gaio e la formazione del giurista", en *Il modello di Gaio nella formazione del giurista*, Milán, 1.981.
- QUADRATO, R., *Sulle tracce dell'annullabilità*, Nápoles, 1.983.
- RABEL, E., "Die Unmöglichkeit der Leistung. Eine kritische Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch", en *Gesammelte Aufsätze*, Band I. Tübingen, 1.965.
- ROBBE, U., "Osservazioni su Gaio", en *Gaio nel suo tempo*, Nápoles, 1.966.
- ROBLEDA, O., *La nulidad del Acto Jurídico*, Roma, 1.964.
- SACCONI, G., "Ricerca sulla stipulatio", en *Publicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino n°33*, 1.989.
- SALLMANN, K., *Die Literatur des Umbruchs*, München, 1.997.
- SANFILIPPO, C., "Dubbi e riflessioni in tema di novazione mediante stipulazione nulla", en *Annali Seminario Giur. Catania, n.s.3* (1.949).
- SANSÓN RODRÍGUEZ, M<sup>a</sup> V., "La stipulatio alteri en el Derecho romano", en *Anales de la Universidad*, La Laguna, 2001, (en imprenta).
- SAVIGNY, F. C., *Sistema del diritto romano IV*, Torino, 1.889.
- SCHULZ, F., *Geschichte der Römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1.961.
- SCIALOJA, V., "Sulle condizione impossibili nei testamenti", en *BIDR* 14 (1.902).
- SEILER, H. H., "Utile per inutile non vitiatur. Zur Teilungswirksamkeit von Rechtsgeschäften im römischen Recht", en *Festschrift Kaser*, München, 1.976.
- SNELL, B., *La estructura del lenguaje*, Madrid, 1.966.
- SOLAZZI, "Sull'obbligazione a termine iniziale", en *Iura*, 1 (1.950).
- STOLLEIS, M., *Juristen*, München, 1.995.
- STURM, F., "Oportere", en *ZSS* 82 (1.965).
- TALAMANCA, M., "Conventio e stipulatio nel sistema dei contratti romani", en "*Le dr.rom. et sa reception en Europe*", 1.978.
- TRUJILLO, R., *El campo semántico de la valoración intelectual en español*, La Laguna, 1970.

- TOMELESCU, C. St., "Nexum bei Cicero", in *Iura*, XVII, 1.966.
- ULLMANN, St., *Semántica = Semántica. Introducción a la ciencia del significado*, Madrid, Trad. española, 2ª ed. 1.967.
- VALIÑO, E., *Instituciones de Derecho privado romano*, Valencia, 1988.
- VASSALLI, F., *Studi giuridici*, 3.1 (1.939).
- VOCI, P., *Diritto ereditario romano*, vol I, Milán, 1.960.
- WACKE, A., "Ex post facto convallescere im Römischen und im Modernen Recht", en *Au-delà des frontières – Mélanges de droit romain offerts à Witold Wolodkiewicz, Band II*, Varsovia, 2000.
- WACKE, A., "Gallisch, Punisch, Syrisch oder Griechisch statt latein?" en *ZSS* 110 (1.993).
- WALDSTEIN, W., "Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen", en *ANRW II*, 15, Berlín-Nueva York, 1.976.
- WENGER, L., *Die Quellen des römischen Rechts*, Viena, 1.953.
- WESENBERG, G., *Verträge zugunsten Dritter*, Weimar 1.949.
- WIEACKER, F., *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, Granada, 2000.
- WIEACKER, F., "Über das Verhältnis der römischen Fachjurisprudenz zur griechisch-hellenistischen Theorie", en *Iura* 20, (1.969).
- WINDSCHEID, B., *Diritto delle pandette*, vol. I.1, Torino, 1.902.
- WINKLER, A., "Gaius III,92 anlässlich der These von B.Nicholas: nur die hier genannten Stipulationsformen seien bis zum Jahre 472 zugelassen gewesen", en *RIDA* 5 (1.958).
- WOLF, J.G., *Causa stipulationis*, Köln-Wien, 1.970.
- WOLLSCHLÄGER, Ch., Die willenstheoretische Unmöglichkeitstheorie im aristotelische-thomistischen Naturrecht, en *Sympotica Franz Wieacker*, Göttingen, 1.970.
- WOLLSCHLÄGER, Ch., "Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie beim Kauf", en *Fest. Für Max Kaser für 70. Geburtstag*, München, 1.976.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, 2001.
- ZIMMERMANN, R., *The law of obligations*, Oxford, 1.996.

## ÍNDICE DE FUENTES

### A) FUENTES PREJUSTINIANEAS

#### **Instituciones de Gayo**

3,105

2, 196

2,232

2,95

3, 106

3, 158

3, 92

3, 99

3,100

3,101

3,102

3,103

3,103

3,107

3,117

3,119

3,136

3,158

3,160

3,176

3,92

3,93

3,97

3,98

3,99

4,4

4,53

## B) CORPUS IURIS CIVILIS

### ***Instituciones de Justiniano***

IJ 3,19,13  
IJ 2, 14, 10  
IJ 3, 19, 11  
IJ 3,19, 15  
IJ 3,19,19  
IJ 3,19,4  
IJ 3,19, 13  
IJ. 3,19,11  
IJ 3,19,5

### ***Codex Iustiniani***

C. 8,38,3  
C. 8,38,5  
C. 8,38,6  
C.8,38,3  
C.8,38,4

### ***Digesto***

D. 1,1,1,2  
D. 1,3,16  
D. 2,14,1,3  
D. 2,14,13  
D. 4, 5,11  
  
D. 7,1,56  
D. 7,9,1,7  
D. 8,3,19  
D. 9,2,51,2  
D. 9,3,7

D.12, 1,9,5, 2  
D. 12, 1, 9, 6  
D. 12,1,9,4  
D. 12.1.41  
D. 12.5,8  
D. 13,3,1,1  
D. 13,4,2,6  
D. 13,5,1,4  
D. 13,7,13  
D. 15, 4, 1  
D. 18,1,11,1  
D. 18,1,2,1  
D. 18,1,37  
D. 18,1,7  
D. 18,1,9,2  
D. 21,2,31  
D. 22,1,31  
D. 23,3,20  
D.24,1,39, 2  
D.24.3,42,2  
  
D. 26,8,7  
D. 27,9,5  
D.33,2,5  
  
D. 35,1,3  
D. 35,1,40  
D. 38,1,24  
D. 39,2,32  
D. 39,2,38  
D. 44,7, 1, 10  
D. 44,7,31  
D. 45,1,1,5  
D.45,1,1,6  
D.45,1,137

D.45,1,26  
D.45,1,38,1  
D.45,1,38,17  
D.45,1,7  
D.45.1,19  
D.45.1,25  
D.45.1,58  
D. 45, 1, 7  
D. 45,1,1,1  
D. 45,1,1,3  
D. 45,1,1,4  
D. 45,1,1,5  
D. 45,1,110  
D. 45,1,126  
D. 45,1,128  
D. 45,1,130  
D. 45,1,137  
D. 45,1,137,1  
D. 45,1,137,6  
D. 45,1,141  
D. 45,1,141,8  
D. 45,1,26  
D. 45,1,29,1  
D. 45,1,29,1  
D. 45,1,34  
D. 45,1,35  
D. 45,1,38  
D. 45,1,46,1  
D. 45,1,46,2  
D. 45,1,46,3  
D. 45,1,61  
D. 45,1,83  
D. 45,1,83,1  
D. 45,1,83,5

D. 45,1,83,7  
D. 45,1,87  
D. 45,3,1,5  
D. 45,3,10  
D. 45,3,11  
D. 45,3,21  
D. 45,3,22  
D. 45,3,26  
D. 45,3,38  
D. 45,3,9,1  
D. 46,1,16,3  
D. 46,1,7  
D. 46,3,98,7  
D.46,8,8,2  
D.46.1,70  
D. 50, 17, 187  
D. 50,17,144 ,1  
D. 50,17,167  
D. 50,17,188  
D. 50,17,31  
D. 50,17,73,4

