

## EL CONCEPTO DE NOVACIÓN SEGÚN ULPIANO\*

JAVIER BARRIENTOS GRANDÓN  
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES (SANTIAGO DE CHILE)

### I. INTRODUCCIÓN

Las principales fuentes de la época clásica en las cuales se trataba de la novación están reunidas en el título *De novationibus et delegationibus* del *Digesto* (46, 2), a las que se unen seis pasajes de Gayo en sus *Institutiones* (II, 38 - 39; III, 176 - 179), y algunos otros textos desperdigados en diversos títulos del mismo *Digesto*.

Quizá el más conocido de todos los textos relativos a la novación incluidos en el *Digesto* sea el que contiene la definición que de ella da Ulpiano (D. 46, 2, 1.pr), cuya relectura se intenta en este artículo desde la perspectiva de entender la novación como la extinción de una causa de obligación en virtud de una nueva causa estipulatoria, y a la luz de ella se ofrecerán también algunas posibles reinterpretaciones de ciertos pasajes conflictivos referentes a la novación. Ulpiano, en su clásico pasaje del libro XLVI de los *Comentarios a Sabino*, ofrecía una, también ya famosa, definición de la novación que aparece en D. 46, 2, 1 pr.:

Novatio est prioris debiti in aliam obligationem [vel civilem vel naturalem itp.] transfusio atque translatio, hoc est, cum ex precedenti causa ita nova constituitur, ut prior perematur; novatio enim a ‘novo’ nomen accepit, et a ‘nova’ obligatione<sup>1</sup>.

Tradicionalmente se suele entender este pasaje de la siguiente manera: “La novación es la transfusión y traslación de una deuda anterior en otra obligación, o civil o natural, esto es, cuando por virtud de otra causa precedente se constituye una nueva, de modo que se extinga la primera; porque la novación recibió su

---

\* Agradezco los siempre oportunos y sabios consejos del profesor Alejandro Guzmán Brito, a quien este artículo debe mucho de lo acertado que pueda tener.

<sup>1</sup> D. 46, 2, 1 pr.

nombre de la palabra ‘nueva’, y de obligación nueva”<sup>2</sup>, o en términos muy parecidos, y lo que aquí interesa destacar es que la citada lectura se centra en que se ha extinguido una obligación como consecuencia de la transfusión y traslación de su débito a una nueva obligación<sup>3</sup>, en cuanto la constitución de la nueva obligación produce la extinción de la anterior debido a la conexión que aquella tenía con ésta en razón del *idem debitum*<sup>4</sup>.

Cual sea el origen de esta lectura y si es ella apropiada al texto y al contexto del derecho romano de la época clásica son las dos cuestiones que se tratarán en este artículo.

## II. DOS CONCEPCIONES DE LA NOVACIÓN: GAYO Y SERVIO SULPICIO RUFO

La manera de entender la definición de la novación dada por Ulpiano que queda referida seguramente está influida por los textos de Gayo, concretamente por el siguiente pasaje de sus Gai. III, 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...<sup>5</sup>.

En efecto, Gayo escribía que “con la novación se extingue una obligación”<sup>6</sup>, y “nace una nueva obligación y la primera se extingue, trasladada a la segunda”<sup>7</sup>, y

<sup>2</sup> Es la traducción de GARCÍA DEL CORRAL, Ildelfonso en su muy difundida edición del *Cuerpo del Derecho Civil Romano* (Barcelona, 1897), III, p. 589.

<sup>3</sup> Entre otros: GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Derecho privado romano, I: Instituciones*<sup>3</sup> (Madrid, 1985), p. 343: La novación es la transformación y conversión de una deuda anterior en otra obligación civil o natural, es decir, cuando se crea una obligación nueva de otra anterior que se extingue. ‘Novación’ viene de nuevo: de la obligación nueva; IGLESIAS, Juan, *Derecho romano. Historia e instituciones*<sup>10</sup>, Barcelona, 1990, p. 485: Ulpiano la define (novación) como *transfusio atque translatio prioris debiti in aliam obligationem* (novación es la transfusión y conversión de una deuda anterior en otra obligación), añadiendo que la creación de la *nova obligatio* extingue la antigua *ita nova constituitur, ut prior perematur* (se constituye una nueva, de suerte que se extingue la primera); BETANCOURT, Fernando, *Derecho romano clásico* (Sevilla, 1995), p. 622: La novación (*novatio*) es la sustitución de una obligación antigua por una nueva que la extingue; y aunque más precisa que las lecturas anteriores GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano* (Santiago, 1996), II, p. 52: Novación es la transfusión y traslación de un débito anterior a otra obligación [o civil o natural itp.], esto es, cuando por virtud de otra causa precedente se constituye una nueva, de modo que se extinga la primera.

<sup>4</sup> BONIFACIO, Franco, *La novazione nel diritto romano*<sup>2</sup> (Napoli, 1959), pp. 44 - 50.

<sup>5</sup> Gai. III, 176.

<sup>6</sup> Gai. III, 176: *Praeterea novatione tollitur obligatio...*

<sup>7</sup> Gai. III, 176: *...nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem...* La misma concepción en D. 4.4, 27, 3 (Gai., 4 ed. prov.): *Ex hoc intelligimus, si damnosam sibi novationem fecerit, forte si ab idoneo debitore ad inopem novandi causa transtulerit*

así, en su concepción, el efecto novatorio de la estipulación aparecía vinculado al nacimiento de una nueva obligación a la que se había trasladado la primera obligación<sup>8</sup>.

Supuesta tal concepción, Gayo afirmaba que cuando se estipulaba bajo condición lo que ya era debido pura y simplemente sólo había novación si la condición llegaba a cumplirse, pues antes de verificarse la condición aún no se había extinguido la obligación anterior y, por ello, si la condición fallaba, permanecía la antigua obligación<sup>9</sup> y, precisamente por esta razón no había novación, e igual ocurría en el caso de aquel que hubiera estipulado de un esclavo lo que le era debido por un tercero, pues este último seguía obligado como si no se hubiera estipulado de nadie posteriormente<sup>10</sup>, ya que la estipulación del esclavo no generaba una nueva *obligatio civilis*, sino simplemente un *debitum naturale*<sup>11</sup>, y en este caso sólo impropiamente se podía decir que debía el deudor natural y únicamente por abuso podía entenderse que era deudor<sup>12</sup>, pues ni el esclavo podía deber cosa alguna, ni podía debérsele nada, y cuando abusivamente se decía ello, se estaba simplemente constatando un hecho más que referirse a una obligación de derecho civil<sup>13</sup>, pero, por el contrario, sí había novación cuando lo ya debido era estipulado *sub conditione post mortem* o era estipulado de una mujer o de un pupilo que actuaba sin la autorización del tutor, porque, aunque se trataba de casos de *stipulatio inutilis*, sí se extinguía la obligación al perderse la acción quedando liberado el primer deudor y, en consecuencia, sí había novación<sup>14</sup>.

---

*obligationem, oportere eum in priorem debitorem restitui;* y en Papiniano D. 26, 9, 5 pr. (Pap., 5 resp.): *Post mortem furiosi non dabitur in curatorem qui negotia gessit iudicati actio, non magis quam in tutores, si modo nullam ex consensu post depositum officium novationem factam et in curatorem vel tutorem obligationem esse translata[m] constabit.*

<sup>8</sup> ELEFANTE, Agostino, *Novazione. Diritto romano*, en *Novissimo Digesto Italiano*<sup>3</sup> (Torino, 1957), XI, pp. 425 - 426; MASI, Antonio, *Novazione. Diritto romano*, en *Enciclopedia del Diritto* (Milano, 1978), XXVIII, pp. 767 - 769.

<sup>9</sup> Gai. III, 179: *Quod autem diximus, si condicio adiciatur, novationem fieri, sic intellige oportet, ut ita dicamus factam novationem, si condicio extiterit; alioquin si defecerit, durat prior obligatio...*

<sup>10</sup> Gai. III, 176: *...Non idem iuris est, si a servo stipulatus fuero: nam tunc <prior> proinde adhuc obligatus tenetur, ac si postea a nullo stipulatus fuisset.* Cfr. Gai. III, 179.

<sup>11</sup> D. 35, 1, 40, 3. Aquí quizá también podría considerarse que el efecto novatorio se excluía porque propiamente no existía un *idem debitum*, ya que el generado por la estipulación del esclavo estaba desprovisto de acción.

<sup>12</sup> D. 46, 1, 16, 4 (Iav., 53 dig.): *Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit, verum etiam quum soluta pecunia repeti non potest. Nam licet minus proprie dicantur naturales debitores, per abusionem intelligi possunt debitores, et qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse.*

<sup>13</sup> D. 15, 1, 41 (Ulp., 43 Sab.): *Nec servus quidquam debere potest, nec servo potest deberi. Sed quum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus, quam ad ius civile referimus obligationem...*

<sup>14</sup> Gai. III, 176: *...licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis iure tollatur;*

Esta concepción de Gayo acerca de la novación vinculada al nacimiento de una nueva obligación a la que se trasladaba la primera, que por ello quedaba extinguida, no parece que hubiera sido la única en el derecho romano clásico, pues el mismo Gayo ofrecía en sus *Instituciones* una opinión de Servio Sulpicio Rufo (muerto el 43 a.C.), opinión que resulta particularmente interesante para reconstruir una concepción de la novación diversa de aquella que Gayo adoptaba en la segunda mitad del siglo II d. C. y que parecía no poner el acento en la extinción de la obligación por la constitución de una nueva, sino en la constitución de una nueva causa de la obligación, de suerte tal que el efecto novatorio lo producía la estipulación sobre el mismo débito por el sólo hecho de extinguirse con ella la causa de la obligación anterior, concepción que, en cierta medida, era recibida en la noción de Ulpiano (D. 46, 2, 1 pr.).

Gayo, como queda dicho, afirmaba que cuando se estipulaba bajo condición lo ya debido pura y simplemente sólo había novación si la condición llegaba a cumplirse, pues antes de verificarse la condición no se extinguía la obligación anterior y si la condición fallaba, permanecía la antigua obligación<sup>15</sup>, y esto era así porque no había llegado a nacer la nueva obligación, y congruentemente con esta opinión el mismo Gayo en su comentario *ad edictum provinciale* explicaba que, si bajo condición se hubiera estipulado de un tercero lo que un deudor debía puramente, una vez fallida la condición no podría el acreedor, que reclamaba a su primer deudor el cumplimiento del débito, ser repelido con la excepción de *pactus conventus*<sup>16</sup>, y esto debía ser así porque como no llegó a nacer la *nova obligatio* no se produjo novación por la estipulación posterior.

Esta opinión planteaba la siguiente cuestión: ¿Si el acreedor, antes de cumplirse la condición de la estipulación, actuaba en contra del deudor, podría éste rechazar la acción mediante la *exceptio doli mali o pacti conventi*?<sup>17</sup>, y era aquí donde Gayo refería la opinión de Servio Sulpicio:

Servius tamen Sulpicius existimavit statim et pendente condicione novationem fieri, et si defecerit condicio, ex neutra causa agi posse <et> eo modo rem perire; 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.

---

*veluti si quod mihi debes, a Titio post mortem eius vel a muliere pupillove sine tutore auctore stipulatus fueris; quo caso rem amitto: nam et prior debitor liberatur, et posterior obligatio nulla est... Cfr. Gai. III, 100; III, 104.*

<sup>15</sup> Gai. III, 179, véase la nota 8.

<sup>16</sup> D. 30, 14, 1, 2 (Gai., 1 ed. prov.): *Si sub conditione stipulatus fuerim a te, quod Titius mihi pure deberet, an deficiente conditione si a Titio petam, exceptione pacti conventi et possim, et debeam summoveri? Et magis est, exceptionem non esse opponendam.*

<sup>17</sup> Gai. III, 179: *Sed véaseamus, num is qui eo nomine agat, doli mali aut pacti conventi exceptione possit summoveri; quia véasetur inter eos id actum, ut ita ea res peteretur, si posterioris stipulationis existiterit condicio...*

Servio Sulpicio, a diferencia de Gayo, estimaba que se hacía novación de inmediato, aún pendiente la condición de la estipulación posterior, es decir, el sólo hecho de la estipulación posterior sujeta a condición producía la novación, de modo que ya no podría reclamarse la obligación en virtud de la causa anterior, porque se hallaba extinguida y, por lo mismo, si fallaba la condición de la estipulación posterior tampoco podría actuarse en virtud de esta nueva causa, y así sostenía expresamente que *ex neutra causa agi posse*, y de esta manera se extinguía el asunto<sup>18</sup>, y esto debía ser así porque la primera estipulación ('primera' *causa*) se había extinguido desde el momento en el cual se había convenido la nueva estipulación ('segunda' *causa*), ya que esta última existía desde el mismo momento de su interposición, aunque aún no se tuviera por nacida la nueva obligación<sup>19</sup>, de manera pues, que lo decisivo para que se produjera el efecto novatorio según Servio Sulpicio Rufo era la constitución de una nueva estipulación que extinguía a la anterior, sin atender al nacimiento de una nueva obligación, lo que no era más que decir que la novación era la extinción de la causa precedente de una obligación, en virtud de una nueva causa que versaba sobre el *idem debitum*.

Esta opinión era confirmada por Gayo al explicar un segundo *responsum* de Servio Sulpicio, pues afirmaba que, como consecuencia de esta doctrina, él mismo Servio Sulpicio había respondido que si alguien hubiera estipulado de un esclavo lo que le debía Ticio, se hacía novación y perecía la cosa<sup>20</sup>, porque no podía actuarse contra un esclavo<sup>21</sup>, pero como el esclavo podía estipular<sup>22</sup>, y de hecho había una nueva *stipulatio*, es decir, una nueva *causa*, se extinguía la causa anterior con independencia de si se generaba o no una nueva obligación.

Esta concepción de la novación, centrada en la extinción de la causa de la obligación anterior en virtud de una estipulación novatoria, impidiendo así que se pudiera ejercitar la acción correspondiente a aquella primera *causa*, independiente del hecho de que ella misma generara o no una *nova obligatio*, explicaba también que se produjera novación aun cuando la *stipulatio* era *inutilis*, porque en tales casos si bien había estipulación, no había obligación y, tales eran los siguientes: a) si lo ya debido se estipulaba de otro para que éste lo diera después de su muerte (*a Titio post mortem eius*)<sup>23</sup>; b) si se estipulaba de una mujer sin la autorización del tutor<sup>24</sup> y; c) si se estipulaba de un pupilo sin la autorización de su tutor<sup>25</sup>.

<sup>18</sup> Sobre la expresión *rem perire* en Gayo, cfr. Gai. IV, 58, IV, 123.

<sup>19</sup> D. 20, 4, 11, 1; D. 45, 1.78 pr.; D. 50, 17, 144, 1.

<sup>20</sup> Véase la nota 17.

<sup>21</sup> Que esta segunda respuesta está ligada como consecuencia de la primera es evidente por la frase *qui consequenter*, cfr. BONIFACIO, Franco (n. 4), p. 21.

<sup>22</sup> D. 45, 1, 38, 7; D. 45, 1.38, 8; D. 41, 1, 38, 17; D. 45, 1, 62; D. 45, 1, 141 pr; Gai. III, 104.

<sup>23</sup> Gai. III, 100: *Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: 'post mortem meam dari spondes?' vel ita: 'post mortem tuam dari spondes?'*.

<sup>24</sup> Gai. III, 108: *Idem iuris est in feminis, quae in tutela sunt*. Véase la nota siguiente.

<sup>25</sup> Gai. III, 107: *Pupillus omne negotium recte gerit, [ita tamen] ut tamen, sicubi tutoris*

Así pues, cuando Gayo en la segunda mitad del siglo II sistematizaba el tratamiento de la novación era consciente de la existencia de una concepción más antigua y diversa de la suya, y aunque él no la compartiera recogía algunas de sus consecuencias, concretamente aquellos tres casos en los que se producía el efecto novatorio cuando la estipulación era inútil, los que ahora aparecían como excepcionales dentro de su explicación, porque en ellos la extinción de la obligación precedente no era una consecuencia de la *translatio* de la misma obligación (en realidad del *idem debitum*) en una *nova obligatio*<sup>26</sup>, aunque no aceptara las otras dos consecuencias de la doctrina que atribuía a Servio Sulpicio<sup>27</sup>, a saber: a) el efecto novatorio inmediato de la estipulación que incluía una condición respecto de lo debido antes pura y simplemente; y b) el efecto novatorio de lo que se estipulaba de un esclavo<sup>28</sup>.

La concepción que Servio Sulpicio tenía de la novación, en cuanto extinción de la causa de la obligación precedente por la sola interposición de una *stipulatio* respecto del *idem debitum* con independencia de que esta última generara o no una *nova obligatio*, debió ser sostenida por algunos de los juristas de la llamada “escuela proculeyana”, que lejanamente estaba vinculada a los discípulos de Servio Sulpicio<sup>29</sup>; en cambio la de Gayo estaba ligada a los juristas de la “escuela sabiniana”<sup>30</sup>, y allí estaría la explicación de la frase de Gayo con la que, después de exponer las opiniones de Servio Sulpicio a propósito de la novación, introducía su propia visión: *<sed> in utroque casu alio iure utimur*<sup>31</sup>.

Otra huella de esta diferencia entre los juristas de ambas ‘escuelas’ pareciera ser la que recordaba Paulo, precisamente a propósito del caso discutido del efecto novatorio de la posterior estipulación *sub conditione*, pues se planteaba esta cuestión: ¿aquel que debía puramente, y que luego lo había prometido novatoriamente bajo condición, si pagaba hallándose pendiente la condición, podría repetir lo pagado? Veamos D. 12, 6, 60, 1 (Paul., 33 *quest.*):

*acutoritas necessaria sit, adhibeatur <tutor>, velut si ipse obligetur; nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest.*

<sup>26</sup> Gai. III, 176: *...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 pupilove sine tutore auctore stipulatus fuero; quo caso rem amitto: nam et prior debitor liberatur, et posterior obligatio nulla est.* Cfr. Gai. III, 119.

<sup>27</sup> Gai. III, 179: *<Sed> in utroque casu alio iure utimur. Nec magis his casibus novatio fit... .*

<sup>28</sup> Gai. III, 176: *Non idem iuris est, si a servo stipulatus fuero: nam tunc <prior> proinde adhuc obligatus tenetur, ac si postea a nullo stipulatus fuisset.*

<sup>29</sup> D. 1, 2, 2, 44 - 47.

<sup>30</sup> BONIFACIO, Franco, (n. 4), pp. 19, 43, ha planteado la hipótesis según la cual la noción de la novación en Gayo provendría de un patrimonio sabiniano, aunque en su concepto esta hipótesis también la refiere en relación con Pomponio (D. 46, 2, 24) y Ulpiano (D. 24, 1, 5, 4).

<sup>31</sup> Gai. III, 179.

Ubi autem quis, quod pure debet, sub conditione novandi animo promisit, plerique putant, pendente novatione solutum repetere posse, quia, ex qua obligatione solvat, adhuc incertum sit...<sup>32</sup>.

Paulo explícitamente partía del supuesto de haber dos opiniones en esta materia, a saber: a) la de los más (*plerique*), quienes estimaban que podía repetirse lo pagado pendiente la condición de la estipulación posterior, porque no se sabía con certeza en virtud de cuál de las dos obligaciones pagaba, es decir, que la interposición de un estipulación condicional respecto de lo que ya era debido puramente no producía novación mientras estuviera pendiente la condición, lo que no era más que la aplicación de la doctrina expuesta por Gayo en sus *Institutiones*<sup>33</sup>, opinión compartida en su tiempo por Javoleno<sup>34</sup> y Pomponio<sup>35</sup> y más tarde por Ulpiano<sup>36</sup>; y b) la otra opinión, que no era expuesta por Paulo, debía ser, naturalmente, la que consideraba que el deudor que pagaba *conditione pendente* no podía repetir lo pagado, y ello porque la sola interposición de la estipulación extinguía la antigua causa de la obligación anterior con independencia de que naciera una *nova obligatio*, esto es, la antigua concepción de Servio Sulpicio.

### III. EL CONCEPTO DE NOVACIÓN EN ULPIANO

La lectura habitual del pasaje en que Ulpiano conceptualizaba a la novación (D. 46, 2, 1, pr.), como la transfusión y traslación de un débito anterior a otra obligación, de modo que, constituyéndose una nueva obligación se extingue la primera, está claramente influida por la concepción que expone Gayo en sus *Institutiones*, y tan es así que pareciera que esta conexión e influencia ha obscurecido, en cierto modo, el propio entendimiento del texto de Ulpiano, pues éste no se refería a una obligación precedente que se extinguiera por la constitución de una nueva obligación, sino que a una *causa* precedente en virtud de la cual se constituía una nueva *causa*, de modo que por esto se extinguía la primera *causa*, y así una traducción más propia del texto de Ulpiano sería la siguiente:

<sup>32</sup> Cfr. D. 23, 3, 80; D. 12, 1, 36.

<sup>33</sup> Gai. III, 179.

<sup>34</sup> D. 23, 3, 80 (Iav., 7 post. Lab.): *Si debitor mulieris dotem sponso promiserit, posse mulierem ante nuptias a debitore eam pecuniam petere, neque eo nomine postea debitorem viro obligatum futurum, ait Labeo; falsum est, quia ea promissio in pendenti esset, donec obligatio in ea causa est.*; D. 23, 3., 83: (Iav., 6 post. Lab.): *Si debitor mulieris dotem sponso promiserit, non posse mulierem ante nuptias a debitore eam pecuniam petere, quia ea promissio in pendenti esset, donec obligatio in ea causa est.*

<sup>35</sup> D. 46, 2, 24 (Pomp., 5 Plaut.): *Novatio non potest contingere ea stipulatione, quae non committitur. Nec huic contrarium est, quod, si stipulatus a Titio fuero novandi animo sub conditione, quod mihi Sempronius debet, et pendente conditione Titius decesserit, quamvis ante aditam hereditatem conditio extiterit, novatio fieret; hic enim morte promissoris non extinguitur stipulatio, sed transit ad heredem, cuius personam interim hereditas sustinet.*

<sup>36</sup> D. 46, 2, 8, 1 (Ulp., 46 Sab.): *Legata vel fideicommissa ita si in stipulationem fuerint deducta,*

Novatio est prioris debiti in aliam obligationem [vel civilem vel naturalem itp.] transfusio atque translatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perematur.

La novación es la transfusión y traslación de un débito anterior a otra obligación [o civil o natural itp.], esto es, cuando en virtud de una causa precedente se constituye una nueva (causa), de modo que perece la primera (causa).

En este texto es posible advertir claramente dos períodos, cada uno de ellos centrado en dos aspectos distintos:

a) El primer período: *novatio est prioris debiti in aliam obligationem [vel civilem vel naturalem itp.] transfusio atque translatio*, recoge la tradición explicada por Gayo: *nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem*<sup>37</sup>, aunque con la clarificadora precisión de tratarse, en verdad, de la transfusión y traslación del mismo *debitum* desde una obligación a otra y no de una primera obligación trasladada a la posterior<sup>38</sup>, si bien, el acento sigue puesto en la *obligatio*, porque Ulpiano, más que definir la *novatio* en cuanto acto, estaba aquí explicando la *novatio* en cuanto efecto, a saber, el de transfundir y trasladar un débito anterior a otra obligación<sup>39</sup>.

b) El segundo período: *hoc est, cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perematur*, constituye el complemento de la noción de la *novatio* como efecto, pues explica el acto de la *novatio*, esto es, la operación compleja capaz de producir dicho efecto<sup>40</sup>, y aquí el concepto central no podía ser el de *obligatio*, sino que el de *causa*, pues precisamente esta frase explicaba que la *novatio*, en

---

*et hoc actum, ut novetur, fiet novatio; si quidem pure vel in diem fuerint relicta, statim, si vero sub conditione, non statim, sed ubi conditio extiterit. Nam et alias qui in diem stipulatur, statim novat, si hoc actum est, quum certum sit, diem quandoque venturum, at qui sub conditione stipulatur, non statim novat, nisi conditio extiterit; D. 46, 2, 14.pr. (Ulp., 7 disp.): Quoties quod pure debetur, novandi causa sub conditione promittitur, non statim fit novatio, sed tunc demum, quum conditio extiterit. Et ideo si forte Stichus fuerit in obligatione, et pendente conditione decesserit, nec novatio continget, quia non subest res eo tempore, quo conditio impletur... .*

<sup>37</sup> Gai. III, 176.

<sup>38</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro, (n. 3), II, p. 52.

<sup>39</sup> En este sentido es muy clarificador GUZMÁN BRITO, Alejandro (n. 3), II, p. 51: La *novatio* no es propiamente un acto jurídico autónomo e independiente, sino más bien un efecto generado por ciertas estipulaciones.

<sup>40</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro, (n. 3), II, p. 52: Si lo mismo ya debido (*idem debitum*) en virtud de una obligación, estipulatoria o no, es hecho objeto de una promesa con el agregado de ‘algo nuevo’ (*aliquid novi*), la estipulación ahora resulta útil y engendra una obligación; pero la primera se extingue. Este efecto o fenómeno recibe el nombre de ‘novación’ (*novatio*), porque un mismo *debitum* es trasladado a una nueva obligación, la cual sustituye a la anterior, que entonces desaparece. También se llama novación a la operación compleja con que se produce dicho efecto.

cuanto efecto consistente en la transfusión y traslado del débito anterior a otra obligación, se producía cuando en virtud de una causa precedente se constituía otra causa de manera que la primera causa se extinguía.

En este segundo período la voz *causa* utilizada por Ulpiano no podía sino referirse a la ‘causa eficiente’ de la obligación<sup>41</sup> y, en tal carácter, parecía corresponder al mismo sentido que tenía la utilización de igual palabra atribuida por Gayo a Servio Sulpicio cuando éste negaba que se pudiera actuar en virtud de una u otra causa (*ex neutra causa agi posse*)<sup>42</sup> después de haber fallado la condición de la estipulación novatoria *sub condicione* sobre lo ya debido puramente, de manera que perecía la acción (*eo modo rem perire*), porque *statim et pendente condicione novationem fieri*<sup>43</sup>, y ello habría sido así porque la sola constitución de una *nova causa* (siempre una *stipulatio*, independiente de que fuera útil o inútil) respecto del *idem debitum* producía la extinción de la *praecedenti causa* de tal débito, el que ahora procedía de la *nova causa (stipulatio)* y sólo podía ser exigido en virtud de ésta, vale decir, mediante la *condictio* o *actio ex stipulatu*.

Esta interpretación cobra mayor fuerza aún si se considera que el pasaje de Ulpiano en el que definía la novación estaba tomado del libro XLVI de sus *commentaria ad Sabinum* y, según la *Palingenesia* de Lenel, dicho libro se ocupaba precisamente *De novationibus*<sup>44</sup> iniciándose con dicha definición, e inmediatamente seguía el siguiente pasaje:

(II, 925) Illud non interest, qualis processit obligatio, utrum naturalis an civilis an honoraria, et utrum verbis an re an consensu: qualiscumque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari verbi potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter aut naturaliter: ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit (D. 46, 2, 1, 1).

(II, 995) No interesa que obligación haya precedido, si natural o civil, u honoraria, y si verbal o real o por consenso: así, pues, cualquiera que sea la obligación que haya precedido, puede ser novada en verbal, con tal que la siguiente obligación se mantenga o civil o naturalmente, como por ejemplo, si el pupilo hubiere prometido sin la autoridad del tutor.

A Ulpiano, pues, le interesaba destacar que cualquiera que hubiera sido la obligación y cualquiera que hubiera sido su causa (natural, civil u honoraria, *verbis, re, consensus*) podía ser novada en una obligación cuya nueva causa era siempre *verbis (novari verbi potest)*, y esta misma idea la reafirmaba más adelante cuando escribía que tampoco interesaba cómo se hubiera contraído la obligación (esto es, su causa), ya que podía ser cualquiera, *verbis, re o consensu*, porque toda obliga-

<sup>41</sup> Cfr. Ulpiano en D. 2, 14, 7, 2.

<sup>42</sup> Gai. III, 179.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> LENEL, Otto, *Palingenesia iuris civilis* (reimp. Graz, 1960), II, col. 1180.

ción podía ser novada *verbis*, esto es, por estipulación<sup>45</sup>, de manera que la novación, en cuanto acto complejo que producía el efecto de transfundir y trasladar débito de la primera obligación a otra obligación, se producía siempre por la extinción de la causa precedente de una obligación, cualquiera que ella fuera, debido a la constitución de una nueva causa, siempre estipulatoria (*novari verbi potest, novari potest et transire in verborum obligationem*), y consecuencia de ello era que en toda novación siempre se producía un cambio de causa, de suerte tal que la *novatio* era un efecto de ciertas *estipulationes* que se constituían en *nova causa* de una obligación cuyo débito era el mismo que el de una obligación anterior, cuya causa (*precedenti causa*) quedaba extinguida en virtud de la nueva causa estipulatoria.

#### IV. LA ESTIPULACIÓN NOVATORIA

Como queda dicho, en el derecho romano clásico la *novatio*, en cuanto efecto consistente en la traslación y transfusión de un débito anterior a una nueva obligación, sólo podía producirse por ciertas estipulaciones<sup>46</sup>, concretamente por aquellas que recaían sobre un débito ya existente (*idem debitum*) procedente de una causa anterior, y esto era así porque lo que ya se debía por una parte a otra en virtud de cierta causa que se mantenía vigente sólo podía volver a ser debido entre las mismas partes por otra causa sucesiva si tal causa no se había generado por las mismas partes<sup>47</sup>, y porque lo mismo ya debido por una causa no podía volver a ser debido entre las mismas partes por una nueva causa generada por ellas mismas<sup>48</sup>.

Sobre estos supuestos, Ulpiano afirmaba, en su precitada noción de la novación como acto, que en virtud de una causa precedente se constituía una nueva causa (*cum ex precedenti causa ita nova constituitur*) y no una nueva obligación, de modo que lo que se extinguía era la primera causa, y no la primera obligación, y esto porque toda estipulación novatoria producía el efecto de extinguir la causa de

<sup>45</sup> D. 46, 2, 2: (Ulp., 48 Sab.): *Omnēs res transire in novationem possunt: quodcumque enim sive verbis contractum est, sive non verbis, novari potest, et transire in verborum obligatione ex quocumque obligatione...*

<sup>46</sup> BONIFACIO, Franco (n. 4), p. 53; ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano* (Napoli, 1984), p. 396; SCHULZ, Fritz, *Derecho romano clásico* (trad. J. Santa Cruz Teijeiro, Barcelona, 1960), pp. 462 - 465; VOGLI, Pasquale, *Per la storia della novazione*, en *Bulletino dell' Istituto di Diritto Romano 'Vittorio Scialoja'*, 68 (1965), pp. 147 y ss.; D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*<sup>4</sup> (Pamplona, 1981), pp. 502-505; GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús (n. 3), pp. 343 - 345; VOLTERRA, Eduardo, *Instituciones de derecho privado romano* (trad. J. Daza Martínez, Madrid, 1986), pp. 601-605; IGLESIAS, Juan (n. 3), pp. 484 - 487; GUZMÁN BRITO, Alejandro (n. 3), pp. 51 - 63.

<sup>47</sup> D. 19, 1, 10 (Ulp., 46 Sab.): *Non est novum, ut duae obligationes in eiusdem persona de eadem re concurrant; cum enim is, qui venditorem obligatum habebat, ei, qui eundem venditorem obligatum habebat, heres extiterit, constat, duas esse actiones in eiusdem persona concurrentes: propriam et hereditariam...*

<sup>48</sup> D. 45, 1, 18 (Pomp., 15 Sab.): *Qui bis idem promittit, ipso iure amplius, quam semel non tenetur.*

la obligación anterior (*precedenti causa*), es decir, la acción obligacional en virtud de la cual podía exigirse al deudor el cumplimiento de la prestación, constituyéndose una nueva causa (*causa nova*), que siempre era la *stipulatio*, de modo que el débito anterior, transfundido y trasladado, ahora sólo podía exigirse en virtud de la *actio ex stipulatu* y no por las acciones derivadas de la causa precedente, ya que ellas se habían extinguido, y de esto se seguía que, según el texto de Ulpiano, para que se produjera la novación como efecto era imprescindible: i) la existencia de un *debitum*; ii) que ese *idem debitum* constituyera el objeto de una nueva causa obligacional; y iii) que esa *nova causa* fuera una *stipulatio*.

i) Que existiera un *debitum* civil o natural, civil u honorario: pues, como decía el mismo Ulpiano, no interesaba que la obligación fuera civil, natural u honoraria<sup>49</sup>, ni tampoco interesaba la causa que la había generado, ya que podía ser cualquiera, *verbis, re o consensu*, porque toda obligación podía ser novada *verbis*, esto es, por estipulación<sup>50</sup>.

ii) Que ese mismo débito (*idem debitum*) constituyera el objeto de la *nova causa* obligacional: pues si no se trataba del mismo débito de la obligación anterior la estipulación generaba una obligación que coexistía con la primera y no había novación<sup>51</sup>, y por ello Ulpiano, con toda propiedad, al definir la novación, señalaba que era la transfusión y traslación de un débito anterior a otra obligación<sup>52</sup>.

iii) Que la *nova causa* obligacional fuera una *stipulatio*: pues únicamente la estipulación producía efectos novatorios<sup>53</sup>, principio que Ulpiano expresaba diciendo que cualquiera que fuera la obligación podía ser novada *verbis*<sup>54</sup>, de modo que se cambiara en una *obligatio verbis*, esto es, la causada por la *stipulatio*<sup>55</sup>,

<sup>49</sup> D. 46, 2, 1.1 (Ulp., 66 Sab.): *Illud non interest, qualis processit obligatio: utrum naturalis, an civilis, an honoraria, et utrum verbis, an re, an consensu, qualiscumque igitur obligatio fit, novari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat, aut naturaliter, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate promisserit.*

<sup>50</sup> *Ibidem*. Cfr. D. 46, 2, 2 (Ulp., 48 Sab.): *Omnes res transire in novationem possunt: quodcumque enim sive verbis contractum est, sive non verbis, novari potest, et transire in verborum obligatione ex quocumque obligatione...*

<sup>51</sup> D. 46, 2, 28 (Pap., 2 def.): *Fundum Cornelianum si stipulatus, 'quanti fundus est', postea stipulor; si non novandi animo secunda stipulatio facta est, cessat novatio; secunda vero stipulatio tenet, ex qua non fundus, sed pecunia debetur. Itaque si reus promittendi fundum solvat, secunda stipulatio iure non tollitur, nec si litem actor ex prima contestetur; denique meliore vel deteriore facto sine culpa debitoris postea fundo, praesens aestimatio fundo petito recte consideretur, in altera vero ea aestimatio venit, quae secundae stipulationis tempore fuit.*

<sup>52</sup> D. 46, 2, 1 pr.

<sup>53</sup> En época clásica cabía también que el efecto novatorio se produjera por *dotis dictio* (D. 46, 2, 31, 1 itp.) y por *transcriptio nominum* (Gai. II, 128 - 134).

<sup>54</sup> D. 46, 2, 1, 1 (Ulp., 46 Sab.): *qualiscumque igitur obligatio fit, novari verbis potest...*

<sup>55</sup> D. 46, 2, 2 (Ulp., 48 Sab.): *Omnes res transire in novationem possunt: quodcumque enim sive verbis contractum est, sive non verbis, novari potest, et transire in verborum obligatione ex quocumque obligationem...*

estipulación que debía generar una obligación civil o natural<sup>56</sup>, aunque, en ciertos casos, también una estipulación “inútil” podía producir efectos novatorios, como la del pupilo que estipulaba sin la *auctoritas* de su tutor, ejemplo que ofrecía el mismo Ulpiano<sup>57</sup>, y que era una clara manifestación de la antigua concepción de la novación explicada a propósito de las *responsa* de Servio Sulpicio.

De esta manera, en Ulpiano al igual que lo había sido para Servio Sulpicio, lo decisivo para determinar si una estipulación producía efectos novatorios o no era la constitución de una nueva causa (*stipulatio*) respecto del mismo débito de una obligación generada por una causa precedente, la cual se extinguía en virtud de la nueva, y de allí que la *novatio* en cuanto acto sólo admitiera dos posibilidades desde la perspectiva de la extinción de la *causa* precedente, a saber: a) que dicha causa precedente no fuera una *stipulatio*; y b) que tal causa precedente fuera una *stipulatio*.

Esta distinción aparecía expresamente en Ulpiano cuando sostenía que todas las prestaciones podían ser objeto de novación, pues podía novarse o lo contraído *verbis* (*stipulatio*) o lo contraído no *verbis*, y así desde cualquier obligación se pasaba a una obligación *verbis*, con tal que se supiera que se hacía novación, y sólo de este modo si ello se hacía para que se novara la obligación, ya que en los casos en que esto no se hacía, había dos obligaciones<sup>58</sup>. La misma distinción se presentaba en otro texto de Ulpiano, en el cual afirmaba que no interesaba de dónde procedía la obligación, puesto que cualquiera que fuera la obligación, bien *verbis*, bien *re* o *consensu*, podía ser novada *verbis*<sup>59</sup>.

En los dos apartados que siguen se analizarán estos dos supuestos de la novación según el criterio sentado por Ulpiano.

## V. ESTIPULACIÓN NOVATORIA DE UNA CAUSA NO ESTIPULATORIA

Supuesto que en la concepción de Ulpiano toda novación envolvía, necesariamente, un cambio de la causa de la obligación, cuando la causa precedente no era estipulatoria, tal como una dación o una entrega que obligaban a restituir o un ‘contrato’, la estipulación posterior (*nova causa*) sobre lo mismo ya debido, en virtud de la dicha causa precedente, producía efecto novatorio de inmediato, pues

<sup>56</sup> Gai. II, 38; Gai. III, 176; D. 46, 2, 1, 1; D. 46, 2, 2.

<sup>57</sup> D. 46, 2, 1, 1 (Ulp., 46 Sab.): *Illud non interest, qualis processit obligatio: utrum naturalis, an civilis, an honoraria, et utrum verbis, an re, an consensu, qualiscumque igitur obligatio fit, novari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat, aut naturaliter, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate promisserit.* Para otros casos Gai. III, 176.

<sup>58</sup> D. 46, 2, 2 (Ulp., 48 Sab.): *Omnes res transire in novationem possunt: quodcumque enim sive verbis contractum est, sive non verbis, novari potest, et transire in verborum obligatione ex quocumque obligationem...*

<sup>59</sup> D. 46, 2, 1, 1 (Ulp., 46 Sab.): *Illud non interest, qualis processit obligatio: utrum naturalis, an civilis, an honoraria, et utrum verbis, an re, an consensu, qualiscumque igitur obligatio fit, novari verbis potest...*

la sola deducción del *idem debitum* en la estipulación significaba la extinción de la causa precedente, de modo tal que en este supuesto una obligación no estipulatoria siempre advenía en una obligación con causa estipulatoria, de tal manera que había dos caracteres típicos de esta especie de estipulación novatoria, a saber: a) la obligación preexistente no tenía como causa una estipulación; y b) la sola deducción del débito anterior en la estipulación posterior producía novación, debiendo cumplirse con las tres condiciones ya señaladas para que la estipulación posterior produjera efecto novatorio, esto es, i) la existencia de un *debitum*; ii) que ese *idem debitum* constituyera el objeto de una nueva causa obligacional; y iii) que esa *nova causa* fuera una *stipulatio*.

1. En primer lugar, pues, la existencia de un '*debitum*' cuya causa no fuera una *stipulatio*. Queda dicho que el propio Ulpiano señalaba que no importaba de donde procediera la obligación (*qualis processit obligatio*), bien se hubiera contraído *verbis, re* o *consensu*<sup>60</sup>, y así en diversos pasajes del *Digesto* podían observarse supuestos de obligaciones cuya causa no era una estipulación.

Así las obligaciones del comprador y las del vendedor podían ser comprendidas en una estipulación novatoria<sup>61</sup>, lo mismo las del arrendador y arrendatario<sup>62</sup>; y lo debido por causa de sociedad<sup>63</sup>; y lo debido por causa de mutuo<sup>64</sup>; y lo debido

<sup>60</sup> D. 46, 2, 1, 1; D. 46, 2, 2.

<sup>61</sup> D. 46, 2, 27 (Pap., 3 *resp.*): *Emptor, quum delegante venditore pecuniam ita promittit: 'quidquid ex vendito dare facere oportet' novatione secuta usuras neutri post insecuti temporis debet; D. 22, 1.4.pr: Papinianus, XXVII Quaest. Si stipulatus sit 'rem dari vacuumque possessionem tradi', fructus postea captos actione incerti ex stipulatu propter inferiora verba consequenturum te ratio suadet. An idem de partu ancillae responderi possit, considerandum est. Nam quod ad verba superiora pertinet, sive factum rei promittendi sive effectum per traditionem dominii transferendi continent, partus non continetur: verum si emptor a venditore novandi animo ita stipulatus est, factum tradendi stipulatus intellegitur, quia non est verisimile plus venditore promississe, quam iudicio empti praestare compelleretur. Sed tamen propter illa verba 'vacuumque possessionem tradi' potest dici partus quoque rationem committi incerti stipulatione: etenim ancilla tradita partum postea editum in bonis suis reus stipulandi habere potuisset.*

<sup>62</sup> D. 45, 1, 89 (Paul., 9 *Plaut.*): *Si a colono, cui fundum in quinquennium locaveram, post tres annos ita stipulatus fuero: Quidquid te dare facere oportet?, non amplius in stipulationem deducitur, quam quod iam dari oportet: in stipulationem enim deducitur, quod iam dari oportet. Si autem adiciatur oportebitve, etiam futura obligatio deducitur.*

<sup>63</sup> D. 17, 2, 71 pr.: *Paulus, libro III Epitomarum Alfeni. Duo societatem coierunt, ut grammatica docerent, et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset; de ea re quae voluerunt fieri in pacto convento societatis proscripserunt; deinde inter se his verbis stipulati sunt: 'haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari, fieri, neque adversus ea fieri; si ea ita data, facta non erunt, tum viginti millia dari'; quaesitum est, an, si quid contra factum esset, societatis actione agi posset? Respondit, si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent: 'haec ita dari, fieri, spondes?' futurum fuisse, ut, si novationis causa id fecissent, pro socio agi non posset, sed tota res in stipulationem translata videretur. Sed quoniam non ita essent stipulati: 'ea ita dari, fieri spondes?' sed, 'si ea ita facta non essent, decem dari', non videri sibi, rem in stipulationem pervenisse, sed duntaxat poenam; non enim utriusque rei*

como dote<sup>65</sup>; y lo debido a causa de una sentencia<sup>66</sup>; y las deudas hereditarias o lo debido como legado<sup>67</sup> o fideicomiso<sup>68</sup>.

2. En segundo lugar, que el *idem debitum* se dedujera en una *stipulatio* posterior. Era necesario para que la estipulación produjera efectos novatorios que el mismo débito (*idem debitum*) de la obligación nacida de una causa precedente distinta de la *stipulatio* fuera objeto de una estipulación posterior, es decir, se requería la identidad del débito, pues era éste precisamente el que se trasladaba y transfundía a la nueva obligación causada por la estipulación novatoria.

La exigencia de esta condición era especialmente tratada por los juristas, y particularmente por Ulpiano, a propósito de una diversidad de situaciones y casos particulares, tales eran, entre otros, los siguientes:

a) Ulpiano, escribía que: “Si hubiera estipulado así: ‘¿Serás fiador de todo cuanto de menos yo hubiese cobrado de Ticio?’ no se hace novación, porque esto no se hace para hacer novación”, y era claro que no había novación pues no se trataba del *idem debitum* sino de uno nuevo consistente precisamente en todo cuanto de menos se hubiere cobrado del acreedor<sup>69</sup>.

b) Ulpiano también sostenía que, supuesto que se debía “saber que en las estipulaciones hay tantas estipulaciones cuantas son las sumas, y que hay tantas estipulaciones cuantas son las especies” ocurría que: “mezclada una suma o una especie que no estuvo comprendida en la estipulación anterior, no se hace novación, sino que esto hace que haya dos estipulaciones”<sup>70</sup>, y esto era así, precisamente porque no existía la citada identidad del débito.

*promissorem obligari, ut ea daret, faceret, et si non fecisset, poenam sufferret, et ideo societatis iudicio agi posse.*

<sup>64</sup> D. 14, 6, 13 (Gai., 9 ed. prov.): *Si quod alii mutuum dedimus a filio familias novandi causa stipulemur, non esse impedimento senatus consultus Iulianus scribit.* D. 14, 6, 20 (Pomp., 4 senatuscons.): *Si is, cui dum in potestate patris esset, mutua pecunia data fuerat, paterfamilias factus per ignorantiam facti; novatione facta, eam pecuniam expromisit, si petatur ex ea stipulatione, in factum excipiendum erit.*

<sup>65</sup> D. 23, 3, 35 (ulp., 47 Sab.): *Dotem a patre vel a quovis alio promissam si vir novandi causa stipuletur, coepit viri esse periculum, quum ante mulieris fuisset.* Cfr. D. 46, 2, 8, 5.

<sup>66</sup> D. 39, 5, 17 (Ulp., 71 ed.): *Si in stipulatum iudicatum novationis causa eductum sit et stipulatio donationis causa accepto lata, dicendum est locum liberationem habere.* Cfr. D. 42, 4, 4.

<sup>67</sup> D. 46, 4, 21 (Ven., 11 stip.): *Si sub conditione legatum mihi datum novandi causa stipulatum sum, et ante existentem conditionem acceptum fecero, Nerva filius ait, etiamsi conditio extiterit, neque ex testamento competituram actionem, quia novatio facta sit, neque ex stipulatu, quae acceptilatione soluta sit.*

<sup>68</sup> D. 46, 2, 8, 1 (Ulp., 46 Sab.): *Legata vel fideicommissa si in stipulationem fuerint deducta, et hoc actum, ut novetur, fiet novatio; si quidem pure vel in diem fuerint relicta, statim, si vero sub conditione, no statim, sed ubi conditio extiterit..* Cfr. D. 2, 15, 4; D. 42, 6, 1, 10.

<sup>69</sup> D. 46, 2, 6 (Ulp., 46 Sab.): *Si ita fuero stipulatus: ‘quanto minus a Titio debitore exegissem, tantum fideiubes?’, non fit novatio, quia non hoc agitur, ut novetur.*

<sup>70</sup> D. 45, 1, pr. (Ulp., 46 Sab.): *Scire debemus in stipulationibus tot esse stipulationes, quot*

c) Paulo daba también un claro ejemplo de la necesidad del *idem debitum* a propósito de una estipulación novatoria de obligaciones por causa de arrendamiento, como se ve en D. 45, 1, 89 (Paul., 9 *Plaut.*):

Si a colono, cui fundum in quinquennium locaveram, post tres annos ita stipulatus fuero: “Quidquid te dare facere oportet?”, non amplius in stipulationem deducitur, quam quod iam dari oportet: in stipulationem enim deducitur, quod iam dari oportet. Si autem adiciatur “oportebitve”, etiam futura obligatio deducitur<sup>71</sup>.

En este caso se había celebrado un contrato de arrendamiento sobre un fundo por el término de cinco años, y transcurridos los tres primeros, es decir, aún vigente el contrato, el arrendatario (*colonus*) convenía una estipulación con su arrendador en virtud de la cual prometía “todo lo que debe dar o hacer”, esto es, por causa de lo arrendado (*ex locato - ex precedenti causa*), en cuyo caso afirmaba Paulo que lo deducido en la estipulación no era más que lo que ya debía ser dado (*quod iam dari oportet*) y no más que ello, y esto debía ser así porque había de mantenerse el *idem debitum* para que la estipulación produjera efecto novatorio.

d) Papiniano, en una de sus *quaestiones* referida a *De incerti actione ex stipulatu*<sup>72</sup>, recogida en el *Digesto*, ofrecía un interesantísimo caso en esta materia a propósito de la estipulación novatoria de obligaciones por causa de compra-venta, pues tanto las obligaciones del vendedor cuanto las del comprador podían ser objeto de una estipulación novatoria, de modo que dejaren de estar obligados *ex vendito* o *ex empto* y pasaren a estarlo *ex stipulatu* y, por lo tanto, lo debido solamente podía ser reclamado mediante la *actio ex stipulatu* y no por la *actio empti* o *actio venditi* en su caso. Examinemos D. 42, 1, 4 pr. - 1 (Pap., 27 *quest.*):

Si stipulatus sit ‘rem dari vacuumque possessionem tradi’, fructus postea captos actione incerti ex stipulatu propter inferiora verba consecuturum te ratio suadet. An idem de partu ancillae responderi possit, considerandum est. Nam quod ad verba superiora pertinet, sive factum rei promittendi sive effectum per traditionem domini transferendi continent, partus non continetur:

Si hubieras estipulado que se te dé una cosa y se te entregue su vacua posesión, la razón persuade que en virtud de las últimas palabras hayas de conseguir por la acción de lo inciertamente estipulado los frutos percibidos después. Se ha de considerar si podría responderse lo mismo respecto al parto de una esclava, pues por lo que toca a las palabras anteriores, ya si contienen el hecho de prometer la cosa, ya si

---

*summae sunt, totque esse stipulationes, quot species sunt. secundum quod evenit, ut mixta una summa vel specie, quae non fuit in praecedenti stipulatione, non fiat novatio, sed efficit duas esse stipulationes... .*

<sup>71</sup> Cfr. D. 50, 16, 8 pr. (Paul. 3 ed.): *Verbum ‘oportebit’ tam praesens, quam futurum tempus significat.*

<sup>72</sup> LENEL, Otto, (n. 44), I, col. 868 - 869, nr. 332 - 333 [De incerti actione ex stipulatu].

verum si emptor a venditore novandi animo ita stipulatus est, factum tradendi stipulatus intellegitur, quia non est verisimile plus venditorem promississe, quam iudicio empti praestare compelleretur. Sed tamen propter illa verba ‘vacuamque possessionem tradi’ potest dici partus quoque rationem committi incerti stipulatione: etenim ancilla tradita partum postea editum in bonis suis reus stipulandi habere potuisset.

1. Si post contractam emptionem ante interpositam stipulationem partus editus, aut aliquid per servum venditori acquisitum est, quod ex stipulatu consequi non poterit, iudicio empti consequitur; [itp. id enim, quod non transfertur in causam novationis, iure pristino peti potest]<sup>73</sup>.

el efecto de transferir el dominio por la tradición, no se comprende el parto. Pero si así fue estipulado por el comprador al vendedor con entendimiento de novar, se entiende que estipuló el hecho de entregar, porque no es verosímil que el vendedor haya prometido más que aquello a que podía ser compelido a prestar por el juicio de la compra, pero, sin embargo, en virtud de aquellas palabras: ‘y que se entregue la vacua posesión’, puede decirse que se incurre en la estipulación de lo incierto también por razón del parto; porque entregada la esclava, el estipulante habría podido tener en sus bienes el parto que después se dio a luz.

1. Si después de contraída la compra y antes de interpuesta la estipulación fue dado a luz el parto, o algo fue adquirido por el esclavo para el vendedor, lo que no pudiese conseguir por la acción de lo estipulado, se consigue por el juicio de lo comprado; porque lo que no se transfiere en la causa de la novación puede pedirse por el primitivo derecho.

Este pasaje es singularmente interesante, y tiendo a creer que es probable que en el texto original de Papiniano el fragmento que aparece en D. 22, 1.4.1 fuera anterior al que aparece *in principium*, sobre todo por su contexto como podrá observarse en la lectura que intento de él, en la que precisamente seguiré el orden inverso al que aparece en el *Digesto*.

Este pasaje del D. 22, 14,1, es particularmente complejo, y tradicionalmente ha sido explicado desde la perspectiva del problema de la posibilidad de una ‘novación parcial’, que los autores tienen por inadmisibles durante la época clásica, y así señalan que la frase *id enim, quod non transfertur in causam novationis, iure pristino peti potest* es una interpolación<sup>74</sup>, aunque en realidad Papiniano no

<sup>73</sup> D. 42, 1, 4 pr. - 1.

<sup>74</sup> BONIFACIO, Franco (n. 4), p. 155; ELEFANTE, Agostino (n. 8), p. 429; MASI, Antonio (n. 8), pp. 769 - 770.

está tratando aquí del tema de la ‘novación parcial’, sino sólo muy indirectamente de la exigencia del *idem debitum* para que se produzca el efecto novatorio de la estipulación posterior, pero a su vez, pareciera contradecir claramente la lectura que hemos sugerido para la concepción de la novación en Ulpiano (D. 46, 2, 1 pr.), porque es el único fragmento del *Digesto* en el cual parece plantearse un inequívoco caso en el cual la estipulación novatoria posterior (*nova causa*) no ha extinguido totalmente a la causa anterior (*prior causa*) dejándola subsistente para otros efectos, pues se afirma que: *quod ex stipulatu consequi non poterit, iudicio empti consequitur*, y ello porque: *id enim, quod non transfertur in causam novationis, iure pristino peti potest*, período este último que es tenido como una interpolación, aunque ello no me parece necesariamente así.

Lo primero que se debe tener en cuenta para leer este pasaje es que él se encontraba en el libro XXVII de las *Papiniani Quaestiones*, en el que el jurista se ocupaba *De variis stipulationibus* y, concretamente en estos fragmentos *De incerti actione ex stipulatu*<sup>75</sup>, de manera que no se hallaban estos pasajes en la sede propia de la estipulación novatoria, sino en la de la *actio incerti ex stipulatu*, y por ello la cuestión planteada por Papiniano no era propiamente una problema relativo a la novación, sino una controversia que se centraba en resolver la cuestión de si en virtud de la acción de lo estipulado podía o no exigirse lo que ya se debía en virtud de la compra.

Así Papiniano planteaba en D. 22, 1.4.1 el caso siguiente: ¿Si después de contraída la compra, cuyo objeto era una esclava, y antes de interpuesta la estipulación la dicha esclava daba a luz, qué era lo que podía exigirse en virtud de la *actio ex stipulatu*?<sup>76</sup>: *Si post contractam emptionem ante interpositam stipulationem partus editus, aut aliquid per servum venditori acquisitum est.*

La respuesta de Papiniano a esta cuestión era la siguiente: *quod ex stipulatu consequi non poterit, iudicio empti consequitur* (lo que no pudiese conseguir por la acción de lo estipulado, se consigue por el juicio de lo comprado), es decir, afirmaba indirectamente que coexistían las dos causas de las obligaciones, a saber, las emanadas de lo comprado (*ex vendito*) y las originadas de lo estipulado (*ex stipulatu*), de modo que podía ejercitarse la *actio ex stipulatu* y también la *actio empti* para obtener lo que no se había conseguido con la primera.

Esta respuesta era absolutamente clara y coherente desde la perspectiva de una eventual estipulación novatoria, porque en este caso la *stipulatio* posterior no había producido efecto novatorio y, por ende, no había extinguido la causa precedente (*emptio*), y la razón por la cual no se había dado el efecto novatorio fue

<sup>75</sup> LENEL, Otto (n. 44), I, col. 868 - 869, nr. 332 - 333 [*De incerti actione ex stipulatu*].

<sup>76</sup> Este caso era peculiar, entre otras razones porque la jurisprudencia de finales de la primera época clásica estimaba que los hijos de las esclavas no eran frutos, porque la utilidad principal de las esclavas no era producir hijos, cfr. D. 21, 1, 14, 1.

<sup>77</sup> Naturalmente, una consecuencia evidente de esta lectura es que no era posible una ‘novación parcial’, simplemente porque la estipulación posterior no producía efecto novatorio cuando no recaía sobre el *idem debitum*.

precisamente por no haberse mantenido el *idem debitum* entre la obligación nacida de la venta y la obligación posterior generada por la estipulación, principio que era expresado en la frase final del pasaje citado: *id enim, quod non transfertur in causa novationis, iure pristino peti potest* (porque lo que no se transfiere en la causa de la novación puede pedirse por el primitivo derecho), lo que no era más que decir que, si no se mantuvo la identidad del débito entre la primera obligación y la nacida de la estipulación posterior, ambas obligaciones coexistían y podían ser exigidas por las acciones respectivas<sup>77</sup>.

De este modo la cuestión de si después de contraída la compra, cuyo objeto era una esclava, y antes de interpuesta la estipulación la esclava daba a luz, qué era lo que podía exigirse en virtud de la *actio ex stipulatu*, admitía, al menos las posibilidades siguientes:

i) Que la estipulación posterior produjera efecto novatorio: este supuesto no le interesaba a Papiniano, precisamente porque no trataba en este pasaje de la novación, y porque si ello hubiera sido así no se planteaba la controversia respecto de la procedencia de la *actio incerti ex stipulatu*, ya que si el vendedor hubiera estipulado de su comprador *Quidquid te dare facere oportet?*, es decir, lo mismo que debía dar o hacer en virtud de la venta, naturalmente que se incurría en la estipulación de cosa incierta, ya que dicho débito deducido en la estipulación posterior era un *incertum*, y a su vez, existía, en consecuencia, el *idem debitum* que se trasladaba desde la antigua obligación por causa de venta a la nueva obligación por causa de la estipulación de cosa incierta, de modo que en virtud de la *actio incerti ex stipulatu* podía exigirse todo lo que se debía dar o hacer, pues la estipulación había producido efecto novatorio, de manera que había extinguido la *prior causa (emptio)* no pudiéndose, por ende, ejercitar la *actio empti*, ya que todo lo debido por dicha causa se había transferido en virtud de la estipulación novatoria a esta nueva causa, y nada podía pedirse por ‘el primitivo derecho’<sup>78</sup>.

Supuesto lo anterior, en el caso del parto de la esclava, al haberse producido novación en virtud de la estipulación posterior, era evidente que se incurría en la *actio incerti ex stipulatu* y, por ende, en virtud de ella podía exigirse el referido parto, al igual como antes de la novación podía haberse exigido por la *actio empti*, y lo mismo podía decirse respecto de todas las antiguas obligaciones del vendedor, a saber, la de entregar la cosa y asegurar su tranquila posesión, y la de responder por la evicción, ya que todas ellas quedaban deducidas en la estipulación de cosa incierta.

ii) Que la estipulación posterior no produjera efecto novatorio: si la estipulación posterior no recaía sobre el mismo débito de las obligaciones emanadas de la venta, no se producía novación, lo que siempre ocurriría cuando la *stipulatio* no versaba sobre el *Quidquid te dare facere oportet?*, sino sólo sobre alguno de los débitos de las obligaciones emanadas de la venta, por ejemplo, el de entregar la cosa y asegurar su tranquila posesión, en cuyo caso, coexistían las antiguas obli-

<sup>78</sup> Cfr. D. 45, 1, 89.

gaciones generadas por la venta, incluida la nuevamente estipulada, y la nacida de la estipulación, pudiendo, por lo tanto, ejercitarse la *actio ex stipulatu* y la *actio empti*, sólo que, naturalmente, si se conseguía en virtud de la *actio ex stipulatu* el cumplimiento de esta obligación el acreedor podría repeler el ejercicio de la *actio empti* para exigirle nuevamente dicha obligación mediante la *exceptio doli*.

Era a propósito de este caso cuando Papiniano (D. 22, 1, 4 pr.) planteaba una cuestión dudosa derivada de los términos empleados en la estipulación posterior respecto de saber si se incurría o no en la *actio incerti ex stipulatu*, a saber: ¿Si se hubiera estipulado que se te dé una cosa y se te entregue su vacua posesión, se incurrirá o no en la acción de lo inciertamente estipulado y, en consecuencia, podrán exigirse los frutos percibidos después?, respecto de lo cual Papiniano señalaba que la razón aconsejaba que, en virtud de las últimas palabras (*vacuam possessionem tradi*) se pudieran exigir los frutos percibidos después mediante la acción de lo inciertamente estipulado, y ello era así porque el débito de entregar la vacua posesión de una cosa consistía precisamente en un *facere* (*factus tradendi*) y todo *debitum de facere* siempre es *incertum*<sup>79</sup>.

Ahora bien, esta misma cuestión la discutía Papiniano a propósito del parto de una esclava, es decir: si se hubiera estipulado que se te dé una esclava y se te entregue su vacua posesión, ¿se incurrirá o no en la acción de lo inciertamente estipulado y, en consecuencia, podrá exigirse el parto percibido después? Sobre tal cuestión se podían presentar tres situaciones distintas:

i) Que se pasara por las primeras palabras de la estipulación (*verba superiora*): esto es, que se estuviera a las palabras *rem dari*, en cuyo caso el débito deducido en la estipulación posterior era de *dare* una cosa cierta y, por lo tanto, no se incurría en la acción de lo inciertamente estipulado, de manera que no se podía exigir el parto en virtud de la *actio ex stipulatu*, pues él no quedaba comprendido en las palabras *rem dari*, bien que en ellas se contuviera el hecho de prometer la cosa, o bien, el efecto de transferir el dominio por la tradición (*nam quod ad verba superiora pertinet, sive factum rei promittendi sive effectum per traditionem dominii transferendi continent, partus non continetur*)<sup>80</sup>.

Era claro que en este caso la estipulación posterior no producía efecto novatorio, no sólo porque en ella no se había deducido el mismo débito emanado de la venta (*Quidquid te dare facere oportet*), sino también porque el débito del vendedor no era el de hacer dueño de la cosa vendida al comprador<sup>81</sup>, esto es, su débito no consistía en un *dare*<sup>82</sup>, sino en un *facere*, concretamente *tradere*, que consistía,

<sup>79</sup> D. 45, 1, 75, 7 (Ulp., 22 ed.): *Qui id, quod in faciendo aut non faciendo, stipulatur, incertum stipulari videtur; in faciendo, veluti 'fossam fodiri, domum aedificari, vacuam possessionem tradi'; in non faciendo, veluti 'per te non fieri, quominus mihi per fundum tuum ire agere liceat; per te non fieri, quominus mihi hominem Erotelem habere liceas.*

<sup>80</sup> D. 46, 1, 4 pr.

<sup>81</sup> D. 18, 1, 25, 1 (Ulp., 34 Sab.): *Qui vendidit, necesse non habet fundum emptori facere, ut cogitur, qui fundum stipulanti spondit.*

<sup>82</sup> D. 45.1.75.10 (Ulp., 22 ed.): *Haec stipulatio, 'fundum Tusculanum dari?' ostendit, se certi*

precisamente, en entregar la vacua posesión de la cosa (*vacuam possessionem tradere*)<sup>83</sup>, de manera que si se pasaba por las primeras palabras de la estipulación (*rem dari*), no se estaba estipulando un *incertum* y, por ende, no podía reclamarse mediante la *actio ex stipulatu* el parto de la esclava, pero como la estipulación no había producido efecto novatorio, subsistía la *actio empti* para exigir el débito incierto, ya que aquí operaba la primera regla sentada por Papiniano: *quod ex stipulatu consequi non poterit, iudicio empti consequitur*, y ello: *id enim, quod non transfertur in causa novationis, iure pristino peti potest*<sup>84</sup>.

ii) Que la estipulación se hubiera realizado *novandi animo*: si, a pesar de lo dicho, el vendedor hubiera estipulado, *novandi animo*, dar la esclava y entregar su vacua posesión (*verum si emptor a venditore novandi animo ita stipulatus est*), Papiniano estimaba que, en todo caso, debía entenderse estipulado el hecho de entregar (*factum tradendi stipulatus intellegitur*), y ello era así porque no parecía verosímil que el vendedor hubiera prometido más que aquello a lo que sería compelido a prestar en virtud de la acción de lo comprado (*quia non est verisimile plus venditorem promississe, quam iudicio empti praestare compelleretur*), de tal manera que con esta interpretación, sí se incurría en la acción de lo inciertamente estipulado, al haberse deducido un débito de hacer, siempre incierto, (*factum tradendi*) y, por ende, mediante la *actio incerti ex stipulatu* podía exigirse el parto de la esclava.

Claro era aquí, también, que no se estaba en presencia de una estipulación novatoria, pues en ella no se había deducido el mismo débito emanado de la venta (*Quidquid te dare facere oportet*), sino simplemente un débito específico: *vacuam possessionem tradere*, y la expresa referencia que hacía Papiniano en este pasaje a la expresión *novandi animo* no era ni para indicar que se exigía un especial requisito subjetivo para la producción del efecto novatorio, ni para señalar que la estipulación producía dicho efecto en este caso, sino únicamente para resolver la cuestión dudosa de optar por una interpretación que prefería las palabras *vacuam possessionem tradi* a las de *rem tradi*, para los efectos de determinar la procedencia o no de la *actio incerti ex stipulatu*, de modo que si bien no se producía la novación por no existir la identidad del débito anterior (*Quidquid te dare facere oportet*), sí podía el acreedor exigir el parto de la esclava mediante la *actio incerti ex stipulatu*, sin que, en consecuencia, debiera ejercer la *actio ex stipulatu* para reclamar la esclava y la *actio empti* para exigir el parto, como aplicación de la regla ya citada: *quod ex stipulatu consequi non poterit, iudicio empti consequitur*, lo que muy bien podía haber hecho el acreedor supuesto que la *actio empti* subsis-

---

*esse, continetque, ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris quoquo modo.* D. 50.17.167.pr. (Paul., 49 ed.): Non videntur data, quae eo tempore, quo dentur, accipientis non fiunt.

<sup>83</sup> D. 18, 1, 18, 1 (pomp., 9 Sab.): *Si servus domini iussu in demonstrandis finibus agri venditi vel errore, vel dolo plus demonstraverit, id tamen demonstratum accipi oportet, quod dominus senserit. Et idem Alfenus scripsit de vacua possessione per servum tradita.*

<sup>84</sup> D. 46, 1, 4, 1.

tía a pesar de la *stipulatio* posterior al no haberse producido novación, pero la respuesta de Papiniano y la interpretación que prefería privilegiaba la solución práctica al evitar el ejercicio sucesivo de las dos acciones.

iii) Que se pasara por las últimas palabras de la estipulación: esto es, si se consideraban las segundas palabras de lo estipulado (*verba inferiora*), es decir, entregar la vacua posesión (*vacuamque possessionem tradi*), podía decirse que se incurría en la estipulación de lo incierto también por razón del parto (*potest dici, partus quoque rationem committi incerti stipulatione*), y ello era así porque, entregada la esclava, el estipulante habría podido tener en sus bienes el parto que después fue dado a luz (*etenim ancilla tradita partum postea editum in bonis suis reus stipulandi habere potuisset*), ya que como explicaba Ulpiano, si alguno hubiera prometido que se entregaría la vacua posesión, esta estipulación no contenía un nudo hecho, sino también la causa de los bienes<sup>85</sup>.

Al igual que en el supuesto anterior, aquí la estipulación no producía efecto novatorio porque, como queda dicho, en ella no se había deducido el mismo débito emanado de la venta (*Quidquid te dare facere oportet*), sino simplemente un débito específico: *vacuam possessionem tradere*, y la preocupación de Papiniano era simplemente la de explicar que era procedente la *actio incerti ex stipulatu* y, por ende, era posible mediante ella exigir el parto de la esclava, sin que fuera necesario ejercitar la *actio empti* con este fin específico.

e) Un caso semejante al anterior, y resuelto de acuerdo con el mismo principio, era el que planteaba Paulo a propósito de una sociedad contraída entre dos para enseñar gramática, quienes después habían estipulado. D. 17, 2, 71 pr. (Paul., 3 *epit. Alf.*):

Duo societatem coierunt, ut grammatica docerent, et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset; de ea re quae voluerunt fieri in pacto convento societatis proscripserunt; deinde inter se his verbis stipulati sunt: ‘haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari, fieri, neque adversus ea fieri; si ea ita data, facta non erunt, tum viginti millia dari’; quaesitum est, an, si quid contra factum esset, societatis actione agi posset? Respondit, si quidem pacto convento inter eos de societate facta ita stipulati essent: ‘haec ita dari, fieri, spondes?’ futurum fuisse, ut, si novationis causa id fecissent, pro socio agi non posset, sed tota res in stipulationem translata videretur. Sed quoniam non ita essent stipulati: ‘ea ita dari, fieri spondes?’ sed, ‘si ea ita facta non essent, decem dari’, non videri sibi, rem in stipulationem pervenisse, sed duntaxat poenam; non enim utriusque rei promissorem obligari, ut ea daret, faceret, et si non fecisset, poenam sufferret, et ideo societatis iudicio agi posse<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> D. 45, 1, 52, 1 (Ulp., 7 *disp.*): *Si quis vacuam possessionem tradi promiserit, non nudum factum haec stipulatio continebit, sed causam bonorum.*

<sup>86</sup> D. 17, 2, 71 pr.

Como se lee, dos habían constituido una sociedad para enseñar gramática y para que la ganancia que con ello se obtuviera fuese en común para ello, conviniéndose todo lo que quisieron que se hiciera sobre el particular en la sociedad, y después estipularon entre sí lo siguiente: “Lo que arriba se ha escrito cúmplase y hágase de este modo, y no se haga nada contra ello; y si de este modo no se hubiere cumplido y hecho, páguense entonces veinte mil”, preguntándose entonces si podría ejercitarse la *actio pro socio* si alguno de ellos hubiera hecho algo en contra de lo estipulado, y la respuesta de Alfeno según Paulo dependía del tenor de la estipulación, pues podían plantearse los siguientes dos casos:

a) Si, en verdad, en el pacto convenido hecho entre ellos respecto de la sociedad hubieran estipulado así: ‘¿Prometes que así se cumplirá y hará esto?’, habrá de suceder que si tal hubiesen hecho por causa de novación, no se podría ejercitar la *actio pro socio*, porque se consideraría transferido a la estipulación todo el negocio (*tota res in stipulationem translata*), expresión ésta de singular interés si se la compara con la frase del pasaje anterior de Papiniano: *quod non transfertur in causam novationis, iure pristino peti potest* (D. 22, 1, 4, 1), es decir, aquí se estaría en presencia de la aplicación inversa del principio sentado por Papiniano, porque, precisamente, se habría deducido en la estipulación posterior el *idem debitum* transfiriéndose todo él a la causa de la novación, esto es, a la estipulación novatoria, y por este sólo hecho la estipulación posterior producía el efecto novatorio de extinguir la *prior causa (societas)* y, por ende, la lógica consecuencia era que no se pudiera ejercitar la *actio pro socio*, pues ella se había extinguido, y solamente podía actuarse con la *actio ex stipulatu*.

b) En cambio, si hubieran estipulado ‘si así no se hubiera hecho esto, dénse diez’, no le parecía a Alfeno que en la estipulación se hubiera comprendido todo el negocio, sino solamente la pena, y ello porque el prometedor de una y otra cosa no se obliga a cumplirla y hacerla, y si no la hubiera hecho, a sufrir la pena, por lo cual podía ejercitarse la *actio pro socio*, debido a que al no haberse deducido el *idem debitum* en la estipulación posterior no se había producido el efecto novatorio y, en consecuencia, coexistía la causa de la sociedad junto a la causa de la *stipulatio*.

3. En tercer lugar, que la nova causa fuera una *stipulatio*. La *nova causa* que extinguía a la causa anterior necesariamente debía ser una estipulación, exigencia ésta que el mismo Ulpiano indicaba genéricamente cuando afirmaba que podía novarse o lo contraído *verbis (stipulatio)* o lo contraído *non verbis*, y así desde cualquier obligación se pasaba a una obligación *verbis*, es decir, nacida de una *stipulatio*, con tal que se supiera que se hacía novación, y sólo de este modo si ello se hacía para que se novara la obligación, ya que en los casos en que esto no se hacía, había dos obligaciones<sup>87</sup>, y el mismo principio era expresado por Ulpiano en otro pasaje cuando sostenía que no interesaba de dónde procedía la obligación,

<sup>87</sup> D. 46, 2, 2 (Ulp., 48 Sab.): *Omnes res transire in novationem possunt: quodcumque enim sive verbis contractum est, sive non verbis, novari potest, et transire in verborum obligatione ex quocumque obligationem...*

puesto que cualquiera que fuera la obligación, bien *verbis*, bien *re* o *consensu*, podía ser novada *verbis*<sup>88</sup>.

De este modo se producía siempre un cambio de la causa generadora de la obligación, esto es, la variación de la acción con la cual se podía exigir el cumplimiento de la prestación debida, es decir, si existía un débito anterior de una obligación contraída en virtud de una causa precedente (*ex precedenti causa*) distinta de la *stipulatio*, la estipulación posterior recaída sobre dicho mismo débito, convenida entre las mismas partes (y sin la agregación de nada nuevo), producía novación, vale decir, operaba la transfusión y traslación del débito anterior a una nueva obligación con causa estipulatoria<sup>89</sup>, porque, manteniéndose el *idem debitum* y las mismas personas del acreedor y deudor, se cambiaba la causa (*stipulatio*), de modo que la causa precedente, cualquiera que fuera, se extinguía y, por consiguiente, el deudor sólo se hallaba obligado en virtud de la nueva causa y, por ello, obligado en virtud de la *actio certi* o de la *actio incerti* en su caso, y no por la acción que su acreedor tenía en contra de él, con anterioridad a la estipulación, fundada en la causa no estipulatoria.

## VI. ESTIPULACIÓN NOVATORIA DE UNA CAUSA ESTIPULATORIA

Cuando alguien se hallaba obligado por derecho civil en virtud de una *stipulatio* podía exigírsele la prestación prometida mediante la *actio certi* (*condictio*) o la *actio incerti* (*actio ex stipulatu*), según si lo prometido hubiera sido un *dari certum* o un *incertum*, de modo tal que si nuevamente estipulaba el deudor a su acreedor (*ab eadem persona*) el mismo débito (*idem debitum*) sin la agregación de ninguna novedad (*si quid...novi sit*) nada había variado, pues seguía obligado por la *condictio* o por la *actio ex stipulatu*, aplicándose en consecuencia el principio conforme al cual *qui bis idem promittit, ipso iure amplius, quam semel non tenetur*<sup>90</sup>, es decir, que quien prometía dos veces la misma cosa en derecho no estaba obligado más que una sola vez, de suerte tal que la segunda estipulación era como si no existiera<sup>91</sup>, por lo tanto no había novación cuando la obligación preexistente procedía de una estipulación, en cuanto la eventual *nova causa* era *quasi nulla sit*, incapaz, por ende, de extinguir a la causa precedente.

Supuesto lo anterior, para que una nueva estipulación sobre el mismo débito procedente de una estipulación anterior produjera efectos novatorios y extinguiere-

<sup>88</sup> D. 46, 2, 1, 1 (Ulp., 46 Sab.): *Illud non interest, qualis processit obligatio: utrum naturalis, an civilis, an honoraria, et utrum verbis, an re, an consensu, qualiscumque igitur obligatio fit, novari verbis potest...*

<sup>89</sup> D. 46, 2, 1 pr.

<sup>90</sup> D. 45, 1, 18.

<sup>91</sup> D. 45, 1, 25 (Pomp., 20 Sab.): *Si dari stipuler id, quod mihi iam ex stipulatu debeatur, cuius stipulationis nomine exceptione tutus sit promissor, obligabitur ex posteriore stipulatione, quia superior quasi nulla sit exceptione obstante.*

ra a esta última, era imprescindible que contuviera alguna novedad<sup>92</sup> que la constituyera, precisamente, en una *nova causa* distinta de la precedente, y tal podía presentarse solamente en los siguientes casos: a) por la agregación o supresión de un plazo, como señalaba el mismo Ulpiano<sup>93</sup>; b) por el añadido o eliminación de una condición<sup>94</sup>; c) por el cambio del acreedor<sup>95</sup>; d) por el cambio del deudor<sup>96</sup>; y, e) según los sabinianos, por la eliminación del *sponsor* de la obligación anterior o en su agregación en la nueva, caso negado por los proculianos<sup>97</sup>.

La lectura que aquí se hace del pasaje ulpiano también explicaba estos casos en los cuales el débito anterior procedía de una *stipulatio* y cuando la estipulación posterior, sobre el mismo débito, incluía como novedad un cambio de deudor o acreedor, o la agregación de un plazo o condición o *sponsor* según los sabinianos, porque, en realidad, se trataba de una nueva *stipulatio (nova causa)* que extinguía la estipulación precedente (*precedenti causa*), porque si bien la acción para exigir el débito era objetivamente la misma nacida de la estipulación, su ejercicio no era el mismo, debido precisamente a la introducción de algo nuevo además de la *nova causa*, de modo que en el caso de una estipulación novatoria respecto de lo ya debido por otra estipulación anterior se añadía una exigencia adicional para que se produjera el efecto novatorio, pues además de los requisitos generales de: i) la existencia de un débito anterior; ii) la deducción de ese mismo débito en la *nova causa*; y iii) la necesidad de que esa *nova causa* fuera una *stipulatio*; se agregaba iv) la necesidad de la introducción de un *aliquid novi*, novedad ésta que era la que

---

<sup>92</sup> Los juristas clásicos no utilizaban la expresión *aliquid novi*, y ella ni siquiera aparecía en Gayo, pues éste simplemente señalaba que si la persona de quien se estipulaba después era la misma, sólo se hacía novación si en la estipulación posterior había algo nuevo, utilizando la voz *quid* como indefinido: *si quid... novi sit*, y al igual que en el caso de las expresiones *interventu novae personae* e *'inter easdem personas'* la locución *aliquid novi* era desconocida para los juristas clásicos, quienes ni siquiera utilizaban la voz *novum - novi* para referirse a esta exigencia en la estipulación novatoria, cuya introducción y difusión se debe a los glosadores bajo medioevales, como puede constatarse en la *Summa Codicis* de Azo, en la cual en una oportunidad se recurría a ella, precisamente para explicar la novación que se producía cuando intervenía la misma persona: *Porro ubi ab eadem persona stipulor novandi animo quod mihi debebat praesumebatur apud veteres fieri novatio ita demum si aliquid novi fit in posteriori obligatione* (ad CI. 8, 42).

<sup>93</sup> D. 45, 1, 47 (Ulp., 50 Sab.): *Qui sic stipulatur 'quod te mihi illis kalendis dare oportet, id dare spondes?' videtur non hodie stipulari, sed sua die, hoc est kalendis*; D. 46, 2, 5 (Ulp., 24 Sab.): *In diem obligatio novari potest et priusquam dies advenerit. Et generaliter constat, et stipulatione in diem facta novationem contingere, sed non statim ex ea stipulatione agi posse, antequam dies venerit.*

<sup>94</sup> Gai. III, 179; D. 46, 2, 8, 1; D. 46, 2, 14 pr.; D. 46, 2, 14, 1; D. 46, 2, 24; D. 46, 4, 21.

<sup>95</sup> Gai. II, 38; D. 46 2, 8, 5. En estos casos se habla de *delegatio*, pues el acreedor anterior da su *iussum promittendi* para que su deudor prometa a un nuevo acreedor lo que le era debido a él.

<sup>96</sup> Gai. III, 176.

<sup>97</sup> Gai. III, 178.

precisamente venía a marcar la diferencia entre la *nova causa* estipulatoria que extinguía a la *prior causa* estipulatoria.

1. En primer lugar, aquello nuevo introducido en la estipulación posterior podía consistir en un cambio de acreedor, caso en el cual se presentaba un supuesto de *delegatio* que suponía un *iussum promittendi* del acreedor a su deudor para que éste estipulara al tercero lo mismo que él debía (*idem debitum*), de modo que el deudor quedaba liberado de su primer acreedor y comenzaba a estarlo respecto del tercero, de guisa que ahora la *actio ex stipulatu* sólo podía ejercerla el tercero nuevo acreedor según explicaba en un caso concreto el mismo Ulpiano, en D. 46, 2, 8, 5 (Ulp., 66 *Sab.*):

Si ab alio promissam sibi dotem maritus ab uxore dotis nomine stipulatus sit, non duplari dotem, sed fieri novationem placet, si hoc actum est; quid enim interest, ipsa, an alius quilibet promittat? Quod enim ego debeo, si alius promittat, liberare me potest, si novationis causa hoc fiat; si autem non novandi animo hoc intervenit, uterque quidem tenetur, sed altero solvente alter liberatur; non tamen, si quis stipuletur, quod mihi debetur, aufert mihi actionem, nisi ex voluntate mea stipuletur, liberat autem me is, qui duod debeo promittit, etiamsi nolim<sup>98</sup>.

Aquí, en verdad, había una nueva estipulación (*nova causa*), distinta de la primera (*prior causa*), y aquella había extinguido a ésta, y este mismo criterio también lo había expuesto Gayo en sus *Institutiones*<sup>99</sup>.

2. En seguida, la novedad podía consistir también en un cambio de deudor, de manera que lo ya debido por causa de una estipulación pasaba a serlo por un nuevo deudor en virtud de una estipulación posterior (*nova causa*) que extinguía a la anterior (*prior causa*), y ocurría entonces algo similar al supuesto anterior del cambio de acreedor<sup>100</sup>, sólo que ahora podía tratarse de una *delegatio* o de una *expromissio*.

a) Se estaba en presencia de una *delegatio*, cuando el deudor autorizaba a un tercero para que prometiera a su acreedor lo mismo que él le debía (*iussum promittendi*), de suerte tal que el primitivo deudor era ahora el delegante; el tercero nuevo deudor era el delegado; y el acreedor, que seguía siéndolo, era el delegatario respecto del nuevo deudor, e incluso si se actuaba sin *iussum* podía tener lugar la *delegatio* siempre que el acreedor luego ratificara lo obrado por el tercero, de modo que se producía novación, tal como lo afirmaba Paulo en D. 46, 2, 22 (Paul., 14 *Plaut.*):

<sup>98</sup> D. 46, 2, 8, 5.

<sup>99</sup> Gai. II, 38: *Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt. Nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri; quae dicitur novatio obligationis.*

<sup>100</sup> Gai. III, 176.

Si quis absente me a debitore meo stipulatus est novandi animo, ego postea ratum habuero, novo obligationem<sup>101</sup>.

b) Se trataba de una *expromissio*, cuando un tercero sin *iussum promittendi* estipulaba al acreedor lo mismo que ya le era debido por su deudor, de modo que se producía novación y el antiguo deudor quedaba liberado, tal como lo sostenían Ulpiano y Labeón en los casos siguientes que aparecen en D. 46, 2, 8, 5 (Ulp., 66 *Sab.*):

Quod enim ego debeo, si alius promittat, liberare me potest, si novationis causa hoc fiat; si autem non novandi animo hoc intervenit, uterque quidem tenetur, sed altero solvente alter liberatur...<sup>102</sup>.

También en D. 46, 4, 13, 10 (Ulp., 50 *Sab.*):

Tutor, curator furiosi acceptum ferre non potuit; nec procurator quidem potest facere acceptum, sed hi omnes debent novare; possunt enim et sic accepto fieri potest, sed novatione facta poterunt liberari per acceptilationem. Nam et in absentium persona hoc remedio uti solemus, stipulamur ab aliquo id novandi causa, quod nobis absens debet, et ita accepto liberamus, a quo stipulati sumus; ita fiet, ut absens novatione, praesens acceptilatione liberetur<sup>103</sup>.

Lo mismo en D. 46, 3, 91 (Lab., 6 *Pith Paul. epit.*):

Si debitor tuus non vult a te liberari, et praesens est, non potest invitus a te solvi. Paulus: imo debitorem tuum etiam praesentem, etiam invitum liberare ita poteris, supponendo, a quo debitum novandi causa stipuleris; quos etiamsi acceptum non feceris, tamen statim, quod ad te attinet, res peribit, nam et petentem te doli mali praescriptio excludet<sup>104</sup>.

En ambos casos, es decir, de *delegatio* y de *expromissio*, se producía el efecto novatorio en virtud de la nueva estipulación (*nova causa*) que extinguía a la anterior (*prior causa*), de modo que ahora la *actio ex stipulatu* sólo podía ejercerse por el acreedor en contra del nuevo deudor y no del primero, pues éste se había liberado al haberse extinguido la estipulación de la que él había sido parte<sup>105</sup>.

3. Lo nuevo podía también consistir en la agregación de un plazo al débito que carecía de él, en cuyo caso la estipulación posterior que lo contenía producía efecto novatorio de inmediato porque realmente se trataba de una *nova causa* que había extinguido a la primera, aunque la *actio ex stipulatu* sólo pudiera ejercerse

<sup>101</sup> D. 46, 2, 22.

<sup>102</sup> D. 46, 2, 8, 5.

<sup>103</sup> D. 46, 4, 13, 10.

<sup>104</sup> D. 46, 3, 91.

<sup>105</sup> Recuérdese que en la *stipulatio* no se prometía *dare* (dar) sino *dari* (ser dado), supuesto lo cual lo estipulado podía ser dado no sólo por el mismo promitente sino también por un tercero, incluso sin la voluntad de promitente y aun en contra de su voluntad y, del mismo modo, nada impedía que lo ya debido fuera estipulado por un tercero.

una vez vencido el plazo, y su ejercicio pendiente él podía ser rechazado por el deudor mediante una *exceptio*, tal como lo sostenía el mismo Ulpiano. Así en D. 46, 2, 5 (Ulp., 34 *Sab.*):

In diem obligatio novari potest, et prius quam dies advenerit. Et generaliter constat et stipulatione in diem facta novationem contingere; sed non statim ex ea stipulatione agi posse, antequam dies venerit<sup>106</sup>.

Y en D. 46, 2, 8, 1 (Ulp., 46 *Sab.*):

Legata vel fideicommissa ita si in stipulationem fuerint deducta, et hoc actum, ut novetur, fiet novatio; si quidem pure vel in diem fuerint relicta, statim, si vero sub conditione, non statim, sed ubi conditio extiterit. Nam et alias qui in diem stipulatur, statim novat, si hoc actum est, quum certum sit, diem quandoque venturum, at qui sub conditione stipulatur, non statim novat, nisi conditio extiterit<sup>107</sup>.

4. Se producía también el efecto novatorio de la estipulación posterior (*nova causa*) cuando el débito de la estipulación anterior (*prior causa*) estaba sujeto a plazo y la nueva estipulación no lo contenía, en cuyo caso se extinguía de inmediato la *prior causa*, de modo que la *actio ex stipulatu* podía ejercerse a contar de la *nova causa*, es decir, desde convenida la estipulación posterior.

Así, por ejemplo, lo que era debido en virtud de una estipulación sujeta a plazo no podía exigirse, pues la acción se veía obstada por la excepción (*exceptio pacti conventi*), de modo que era como si no hubiera estipulación, por lo cual, si aquello que ya era debido a plazo se estipulaba nuevamente sin plazo, el deudor quedaba de inmediato obligado por la posterior estipulación, ya que ésta, en cuanto *nova causa*, había extinguido a la anterior (*prior causa*), como podía observarse en el siguiente pasaje de D. 45, 1, 25 (Pomp., 20 *Sab.*):

Si dari stipuler id, quod mihi iam ex stipulatu debeatur, cuius stipulationis nomine exceptione tutus sit promissor, obligabitur ex posteriore stipulatione, quia superior quasi nulla sit exceptione obstante<sup>108</sup>.

5. También se producía novación cuando lo nuevo consistía en la agregación de una condición al débito que era puro y simple, de manera que en la estipulación posterior (*nova causa*) se había deducido el *idem debitum* de la anterior estipulación (*prior causa*) con el agregado de una condición (*sub conditione*), y era este el caso en el cual se advertía la diversidad de opiniones en cuanto al momento en el cual se producía el efecto novatorio, pues como queda dicho para Servio Sulpicio Rufo tal efecto se producía de inmediato, pero para la mayoría dicho efecto sólo se producía cuando se cumplía la condición.

a) Ya se ha dicho que Servio Sulpicio estimaba que se producía el efecto

<sup>106</sup> D. 46, 2, 5.

<sup>107</sup> D. 46, 2, 8, 1.

<sup>108</sup> D. 45, 1, 25.

novatorio de inmediato, aún pendiente la condición de la estipulación posterior, es decir, el sólo hecho de la estipulación posterior sujeta a condición producía la novación, de modo que ya no podría reclamarse la obligación en virtud de la causa anterior, porque se hallaba extinguida y, por lo mismo, si fallaba la condición de la estipulación posterior tampoco podría actuarse en virtud de esta nueva causa, y así sostenía expresamente que *ex neutra causa agi posse*, y de esta manera se extinguía el asunto<sup>109</sup>.

Esta opinión debía fundarse en que la primera estipulación ('primera' causa) se había extinguido desde el mismo momento en el cual se había convenido la nueva estipulación ('segunda' causa), ya que esta última existía desde el mismo instante de su interposición, aunque aún no se tuviera por nacida la nueva obligación<sup>110</sup>, de modo, pues, que lo decisivo para que se produjera el efecto novatorio según Servio Sulpicio Rufo era la constitución de una nueva estipulación que extinguía a la anterior, sin atender al nacimiento de una nueva obligación, lo que no era más que decir que la novación era la extinción de la causa precedente de una obligación, en virtud de una nueva causa que versaba sobre el *idem debitum*.

b) La opinión de Servio Sulpicio Rufo no prevaleció, y por ello Paulo podía escribir mucho tiempo después que *plerique putant* que cuando alguno, *novandi animo*, había prometido bajo condición lo que ya debía puramente, pendiente la novación podía repetir lo pagado, porque no se sabía con certeza en virtud de cuál de las dos obligaciones pagaba<sup>111</sup>, es decir, que la interposición de una estipulación condicional respecto de lo que ya era debido puramente no producía novación mientras estuviera pendiente la condición, criterio que era el mismo que había expuesto Gayo en sus *Institutiones*<sup>112</sup>, y que compartían Javoleno<sup>113</sup>, Pomponio<sup>114</sup>,

<sup>109</sup> Gai III, 179: *...Servius tamen Sulpicius existimavit statim et pendente condicione novationem fieri, et si defecerit condicio, ex neutra causa agi posse <et> eo modo rem perire...*

<sup>110</sup> D. 20, 4, 11, 1; D. 45, 1, 78, pr.; D. 50, 17, 144, 1.

<sup>111</sup> D. 12, 6, 60, 1 (Paul., 3 *quaest.*): *Ubi autem quis, quod pure debet, sub conditione novandi animo promisit, plerique putant, pendente novatione solutum repetere posse, quia, ex qua obligatione solvat, adhuc incertum sit...*

<sup>112</sup> Gai. III, 179.

<sup>113</sup> D. 12, 1, 36 (Iavol., 1 *epist.*): *Pecuniam, quam mihi sine conditione debebas, iussu meo promisti Attio sub conditione; quum pendente conditione in eo statu sit obligatio tua adversus me, tanquam sub contrariam conditionem eam mihi spondesti, si pendente conditione petam, an nihil acturus sum? respondit: non dubito, quin mea pecunia, quam ipse sine conditione stipulatus sum, etiamsi conditio in persona Attii, qui ex mea voluntate eandem pecuniam sub conditione stipulatus est, non extiterit, credita esse permaneat; perinde est enim, ac si nulla stipulatio intervenisset; pendente autem causa conditionis idem petere non possum, quoniam, quum incertum sit, an ex ea stipulatione deberi possit, ante tempus petere videor.* D. 23, 3, 80 (Iavol., 6 *post. Lab.*): *Si debitor mulieris dotem sponso promiserit, posse mulierem ante nuptias a debitore eam pecuniam petere, neque eo nomine postea debitorem viro obligatum futurum, ait Labeo; falsum est, quia ea promissio in pendenti esset, donec obligatio in ea causa est.* D. 23, 3, 83 (Iavol., 6 *post. Lab.*): *Si debitor mulieris dotem sponso promiserit, non posse mulierem*

y el mismo Ulpiano en D. 46, 2, 8, 1 (46 Sab.):

Legata vel fideicommissa ita si in stipulationem fuerint deducta, et hoc actum, ut novetur, fiet novatio; si quidem pure vel in diem fuerint relicta, statim, si vero sub conditione, non statim, sed ubi conditio extiterit. Nam et alias qui in diem stipulatur, statim novat, si hoc actum est, quum certum sit, diem quandoque venturum, at qui sub conditione stipulatur, non statim novat, nisi conditio extiterit<sup>115</sup>.

y en D. 46, 2, 14 pr. (7 disp.):

Quoties quod pure debetur, novandi causa sub conditione promittitur, non statim fit novatio, sed tunc demum, quum conditio extiterit. Et ideo si forte Stichus fuerit in obligatione, et pendente conditione decesserit, nec novatio continget, quia non subest res eo tempore, quo conditio impletur...<sup>116</sup>.

De este modo la mayoría de los juristas, al menos desde tiempos de Gayo, estimaba que la estipulación posterior que contenía una condición no producía efectos novatorios de inmediato, sino sólo una vez que se cumplía la condición, de manera que si la condición fallaba no había novación, porque, en verdad, no había llegado a existir *nova causa* que extinguiera a la causa precedente<sup>117</sup>, ya que

*ante nuptias a debitore eam pecuniam petere, quia ea promissio in pendenti esset, donec obligatio in ea causa est.*

<sup>114</sup> D. 46, 2, 24 (Pomp., 5 Plaut.): *Novatio non potest contingere ea stipulatione, quae non committitur. Nec huic contrarium est, quod, si stipulatus a Titio fuero novandi animo sub conditione, quod mihi Sempronius debet, et pendente conditione Titius decesserit, quamvis ante aditam hereditatem conditio extiterit, novatio fieret; hic enim morte promissoris non extinguitur stipulatio, sed transit ad heredem, cuius personam interim hereditas sustinet.*

<sup>115</sup> D. 46,2, 8, 1.

<sup>116</sup> D. 46, 2.14.pr.

<sup>117</sup> D. 12.1, 6 (Iavol., 1 epist.): *Pecuniam, quam mihi sine conditione debebas, iussu meo promisisti Attio sub conditione; quum pendente conditione in eo statu sit obligatio tua adversus me, tanquam sub contrariam conditionem eam mihi spondesti, si pendente conditione petam, an nihil acturus sum? respondit: non dubito, quin mea pecunia, quam ipse sine conditione stipulatus sum, etiamsi conditio in persona Attii, qui ex mea voluntate eandem pecuniam sub conditione stipulatus est, non extiterit; credita esse permaneat; perinde est enim, ac si nulla stipulatio intervenisset; pendente autem causa conditionis idem petere non possum, quoniam, quum incertum sit, an ex ea stipulatione deberi possit, ante tempus petere videor.*

<sup>118</sup> Gai. III, 179; D. 46, 2, 8, 1 (Ulp., 46 Sab.): *Legata vel fideicommissa ita si in stipulationem fuerint deducta, et hoc actum, ut novetur, fiet novatio; si quidem pure vel in diem fuerint relicta, statim, si vero sub conditione, non statim, sed ubi conditio extiterit. Nam et alias qui in diem stipulatur, statim novat, si hoc actum est, quum certum sit, diem quandoque venturum, at qui sub conditione stipulatur, non statim novat, nisi conditio extiterit. D. 46, 2, 14 pr. (Ulp., 7 disp.): Quoties quod pure debetur, novandi causa sub conditione promittitur, non statim fit novatio, sed tunc demum, quum conditio extiterit. Et ideo si forte Stichus fuerit in obligatione, et pendente conditione decesserit, nec novatio continget, quia non subest res eo tempore, quo conditio impletur...; D. 46, 2, 24 (Pomp., 5 Plaut.): Novatio non potest contingere ea*

ésta subsistía mientras pendía la condición<sup>118</sup>, a menos que se tratase de una estipulación bajo condición que de todos modos hubiere de cumplirse<sup>119</sup>, pero, como la *prior causa* podía llegar a extinguirse si se verificaba la condición, en el evento de reclamarse el débito en virtud de la causa precedente, se daba al deudor una *exceptio doli* o una *exceptio pacti*, pues se estimaba que la estipulación novatoria en la que se deducía una condición, mientras esta se hallaba pendiente, equivalía a un *pactum de non petendo*<sup>120</sup>.

La anterior opinión debía fundarse, precisamente, en que mientras se hallaba pendiente la condición no podía hablarse propiamente de haberse generado una nueva causa que extinguiera a la causa precedente, supuesto que la *actio ex stipulatu* no podía ser entablada en contra del promitente<sup>121</sup>, ni éste podía cumplir la prestación voluntariamente, y si de hecho lo hacía estaba pagando lo no debido y, en consecuencia, podía repetir como indebido<sup>122</sup>, pues como se reconocía en la última jurisprudencia clásica, el acreedor *conditione pendente* solamente tenía una *spes actionis*<sup>123</sup>.

6. También la novedad podía consistir en la deducción en la estipulación posterior (*nova causa*) del *idem debitum*, pero sin la condición bajo la cual había sido estipulado (*prior causa*), en cuyo caso la estipulación posterior no producía efecto novatorio de inmediato sino únicamente cuando se cumplía la condición de la cual pendía el débito anterior, tal como lo reconocían el mismo Ulpiano en D. 46, 2, 8, 1 (Ulp., 46 Sab.):

Legata vel fideicommissa ita si in stipulationem fuerint deducta, et hoc actum, ut novetur, fiet novatio; si quidem pure vel in diem fuerint relicta, statim, si vero sub conditione, non statim, sed ubi conditio extiterit. Nam et alias qui in diem stipulatur, statim novat, si hoc actum est, quum certum sit, diem quandoque venturum, at qui sub conditione stipulatur, non statim novat, nisi conditio extiterit<sup>124</sup>.

---

*stipulatione, quae non committitur. Nec huic contrarium est, quod, si stipulatus a Titio fuero novandi animo sub conditione, quod mihi Sempronius debet, et pendente conditione Titius decesserit, quamvis ante aditam hereditatem conditio extiterit, novatio fieret; hic enim morte promissoris non extinguitur stipulatio, sed transit ad heredem, cuius personam interim hereditas sustinet.*

<sup>119</sup> D. 46, 2, 9, 1 (Ulp., 47 Sab.): *Qui sub conditione stipulatur, quae omnimodo extitura est, pure videtur stipulari.*

<sup>120</sup> Gai. III, 179.

<sup>121</sup> D. 50, 16, 54 (Ulp., 16 brev. ed.): *Conditionales creditores dicuntur et hi, quibus nondum competit actio, est autem competitura, vel qui spem habent, ut competat.*

<sup>122</sup> D. 12, 6, 16 pr. (Pomp., 15 Sab.): *Sub conditione debitum per errorem solum pendente quidem conditione repetitur, conditione autem existente repeti non potest.*

<sup>123</sup> D. 50, 16, 54 (Ulp., 67 ed.): *Conditionales creditores dicuntur et hi, quibus nondum competit actio, est autem competitura, vel qui spem habent, ut competat.* Cfr. D. 35, 2, 73, 1 donde Gayo habla de una *spes obligationis*.

<sup>124</sup> D. 46, 2, 8, 1.

También en D. 46, 2, 14, 1 (Ulp., 7 *disp.*):

Sed si, quod sub conditione debetur, pure quis novandi causa stipuletur, nec nunc quidem statim novat, licet pura stipulatio aliquid egisse videatur, sed tunc novabit, quum extiterit conditio; etenim existens conditio primam stipulationem committit, commissamque in secunda transfert<sup>125</sup>.

Asimismo en Venuleyo en D. 46, 4, 21 (Ven., 11 *stip.*):

Si sub conditione legatum mihi datum novandi causa stipulatus sum, et ante existentem conditionem acceptum fecero, Nerva filius ait, etiamsi conditio extiterit, neque ex testamento competituram actionem, quia novatio facta sit, neque ex stipulatu, quae acceptilatione soluta sit<sup>126</sup>.

Esta opinión debía apoyarse en que mientras se hallaba pendiente la condición no podía propiamente hablarse de que hubiera una causa precedente susceptible de ser extinguida por la nueva causa estipulatoria, y sólo *tunc novabit cum extiterit conditio*<sup>127</sup>, y esto porque antes de verificarse la condición no podía reclamarse el cumplimiento de la prestación al deudor condicional mediante la acción apropiada<sup>128</sup>, de la cual sólo existía una esperanza<sup>129</sup> y, por ende, no podía ser extinguida por la nueva causa estipulatoria, la cual quedaba como sujeta a la condición implícita de la primera, de modo que tampoco podía ejercerse la *actio ex stipulatu* que de ella derivaba, sino únicamente después de cumplida la condición.

7. Un último supuesto lo planteaba Gayo, quien anotaba que la estipulación posterior producía novación cuando se agregaba un *sponsor* a la obligación precedente que carecía de él, o cuando se lo detraía si lo tenía<sup>130</sup>.

Pero el mismo Gayo advertía que esto no constaba con certeza, pues los proculyanos (*diversae scholae auctoribus*) estimaban que el agregado o la detracción de un *sponsor* no eran eficaces para que hubiera novación<sup>131</sup>, y esta opinión debía fundarse en que, en realidad, en este caso no había realmente una *nova causa* supuesto que tal agregado o detracción no modificaba en nada la estipulación, porque la promesa del *sponsor* iba aparte de la estipulación anterior<sup>132</sup>.

---

<sup>125</sup> D. 46, 2, 14, 1.

<sup>126</sup> D. 46, 4, 21.

<sup>127</sup> D. 46, 2, 14, 1.

<sup>128</sup> D. 20, 1, 13, 5; D. 50, 16, 54.

<sup>129</sup> D. 50, 16, 54.

<sup>130</sup> Gai. III, 177.

<sup>131</sup> Gai. III, 178.

<sup>132</sup> Gai. III, 116.

## VII. EFECTOS DE LA ESTIPULACIÓN NOVATORIA

Si se celebraba, pues, una estipulación que recaía sobre lo mismo ya debido en virtud de una causa no estipulatoria, la sola deducción del *idem debitum* en la *stipulatio* posterior producía efectos novatorios, y lo mismo ocurría cuando se deducía en ella el *idem debitum* procedente de una *stipulatio* anterior con la inclusión de algo nuevo, es decir, en ambos casos la nueva estipulación producía objetivamente sus efectos novatorios sin que se requiriera de una declaración expresa o tácita de la voluntad de novar, pues tal voluntad estaba implícita en la misma convención que llevaba a las partes a estipular, pues de lo contrario no habrían estipulado, y, como ya se ha tenido ocasión de advertir, cuando en algunas fuentes clásicas se recurría a las expresiones *animo novandi* o *novandi causa* lo que el jurista quería expresar no era que se exigía un específico requisito subjetivo para que operara la estipulación novatoria, sino que las partes entendieron realizar una novación<sup>133</sup>.

Así, pues, la sola deducción del *debitum* derivado de la causa precedente (*ex precedenti causa*) en la estipulación posterior (*nova causa*) producía de inmediato efecto novatorio, porque naturalmente las partes eran conscientes de haber novado la causa por el mero hecho de la deducción, es decir, el efecto novatorio lo producía la circunstancia objetiva de la deducción de lo ya debido en la estipulación<sup>134</sup>, y tal efecto novatorio se traducía en lo siguiente:

<sup>133</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro (n. 3), II, p. 58: Los juristas clásicos, empero, en algunos casos suelen emplear las expresiones ‘con entendimiento de novar’ (*animo novandi*) o ‘por (con) causa de novar’ (*novandi causa*). Pero con ellas no aluden a un requisito especial de esta operación, que debía considerarse como adicional a los exigidos objetivamente para que se produzca el efecto novatorio. Se trata de expresiones atécnicas e instrumentales, que vienen utilizadas para indicar que las partes entendieron hacer una novación o quisieron hacerla, de modo que tienen un valor exclusivamente abreviativo, en el sentido de sustituir la descripción de todos los extremos objetivos que deben intervenir en una concreta estipulación, de los cuales se deduzca que se trató de novar. Por ello estas expresiones suelen ser empleadas en casos dudosos en que es necesario interpretar si en realidad hubo o no una objetiva novación, después que las partes quisieron hacerla. Más radicales SCHULZ, Fritz (n. 46), p. 464, para quien los numerosos textos clásicos en que se consigna el requisito del *animus novandi*, están interpolados y Gayo, naturalmente, nada sabe de este requisito; y D’ORS, Álvaro (n. 46) p. 505: *Animus novandi* y *novandi causa* son expresiones siempre interpoladas.

<sup>134</sup> D.45, 1, 76, 1 (Paul., 128 ed.): *Cum stipulamur ‘quidquid te dare facere oportet’, id quod praesenti die dumtaxat debetur in stipulationem deducitur, non (ut in iudiciis) etiam futurum: et ideo in stipulatione adicitur verbum ‘oportebit’ vel ita ‘praesens in diemve’. Hoc ideo fit, quia qui stipulatur ‘quidquid te dare oportet’ demonstrat eam pecuniam quae iam debetur: quod si totam demonstrare vult, dicit ‘oportebitve’ praesens in diemve. D.45, 1, 125 (Paul., 2 quaest.): *Cum stipulamur ‘quidquid te dare facere oportet’, nihil aliud in stipulationem deducitur quam quod praesenti die debetur: hoc enim solum haec stipulatio demonstrat. D. 46, 2, 32 (Paul., 1 Ner.): Te hominem et Seium decem mihi dare oportet, stipulor ab altero novandi causa ita, ‘quod te aut Seius dare oportet’, utrumque novatur. Merito quia utrumque in posteriorem deducitur stipulationem. D. 45, 1, 89 (Paul., 9 Plaut.): Si a colono, cui fundum in quinquennium locaveram, post tres annos ita stipulatus fuero: Quidquid te dare facere oportet?,**

a) La extinción de la *prior causa* en virtud de la *nova causa*, pues como afirmaba Ulpiano: *ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perematur*<sup>135</sup>.

b) La transfusión y traslación del débito anterior a otra obligación: *prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio*<sup>136</sup>.

c) Como consecuencia de haber perecido la *prior causa* se extinguía *ipso iure* la obligación anterior: *praeterea novatione tollitur obligatio*<sup>137</sup>, y nacía una nueva obligación derivada de la *nova causa*, porque *nova nascitur obligatio et prima tollitur*<sup>138</sup>.

d) Consecuencia también de la extinción de la *prior causa*, y de su efecto natural de haber perecido la obligación que de ella había nacido, era la desaparición de todo lo que había accedido a dicha obligación ya extinta, tal como las prendas, hipotecas<sup>139</sup> y fianzas<sup>140</sup> que la habían garantizado, a menos que los fiadores hubieran accedido a la *nova stipulatio*<sup>141</sup>, y también se extinguían los eventuales privilegios de que hubiera gozado<sup>142</sup>.

e) Igualmente, al haberse extinguido la *prior causa* y consecuentemente la obligación nacida de ella, si ésta había generado intereses, ellos dejaban de correr, pues la *nova causa (stipulatio)*, en principio, no tenía por qué producirlos<sup>143</sup>.

## VIII. CONCLUSIÓN

La lectura e interpretación que se ha intentado en este artículo del pasaje de Ulpiano recibido en D. 46.2.1.pr. permite concluir que en la noción que en él se ofrecía de la novación se advertía la pervivencia de dos opiniones en relación con la novación,

*non amplius in stipulationem deducitur, quam quod iam dari oportet: in stipulationem enim deducitur, quod iam dari oportet. Si autem adiciatur oportebitve, etiam futura obligatio deducitur.*

<sup>135</sup> D. 46, 2, 1 pr.

<sup>136</sup> *Ibidem*.

<sup>137</sup> Gai. III, 176.

<sup>138</sup> *Ibidem*.

<sup>139</sup> D. 13, 7, 11, 1/(Ulp., 38 ed.): *Novata autem debiti obligatio pignus perimit, nisi convenit, ut pignus repetatur.* D. 46, 2, 18: (Paul., 57 ed.): *Novatione legitime facta liberantur hypothecae et pignus, usurae non currunt.* Cfr. D. 46, 3, 43.

<sup>140</sup> D. 46, 1, 60 (Scaev., 1 resp.): *Ubicunque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat, teneri fideiussorem respondit; cum vero genere novationis transeat obligatio, fideiussorem aut iure aut exceptione liberandum.* Cfr. D. 46, 3, 43.

<sup>141</sup> CI. 8, 40, 4 (Ant. imp., a. 213): *Novatione legitime perfecta debiti in alium translati prioris contractus fideiussores vel mandatores non ambigitur, si modo in sequenti non obligaverunt.*

<sup>142</sup> D. 46, 2, 29 (Paul., 24 quaest.): *Perit privilegium dotis et tutelae, si post divortium in stipulationem deducatur, vel post pubertatem tutelae actio novetur, si id specialiter actum est...*

<sup>143</sup> D. 46, 2, 18 (Paul., 57 ed.): *Novatione legitime facta liberantur hypothecae et pignus, usurae non currunt.*

la una centrada en la idea de la traslación y transfusión de un débito anterior a otra obligación (*novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio*), es decir, en la novación en cuanto efecto, visión ésta que correspondía a la expuesta por Gayo en sus *Institutiones* y que parecía ser la predominante, al menos, desde el segundo siglo de nuestra era; y la otra vinculada a la novación en cuanto acto complejo que generaba dicho efecto, esto es, a la constitución de una nueva causa que extinguía a la precedente (*cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perematur*) operando, precisamente, el efecto consistente en la transfusión y traslado del débito anterior a otra obligación, concepción ésta que parecía arrancar de una antigua opinión de Servio Sulpicio Rufo.

### IX. EXCURSUS: BREVE LECTURA DE GAYO EN MATERIA DE NOVACIÓN

Los textos de Gayo son los más antiguos que se conservan relativos a la novación, es decir, que corresponden a la segunda mitad del siglo II d. C., lo cual, como bien sabido es, ni quiere decir que ellos reflejen fielmente el derecho de la época clásica, ni que el origen histórico de la novación deba situarse en dicho tiempo<sup>144</sup>, sino que aquí se señala este hecho simplemente con la finalidad de describir el tratamiento que de ella hacía, limitado a la estipulación novatoria de algo ya debido en virtud de una estipulación anterior.

En efecto, Gayo partía del supuesto según el cual con la novación se extinguía una obligación<sup>145</sup>, porque nacía una nueva obligación y la primera se extinguía, trasladada a la segunda<sup>146</sup>, e inmediatamente distinguía dos supuestos en los que se verificaba la novación: a) *interventu novae personae* y b) *inter easdem personas*, terminología ésta que era completamente desconocida para los juristas de la época clásica<sup>147</sup> y, por lo tanto, no es extraño que estas dos posibilidades de la novación fueran diversas de los dos supuestos en los que ella se producía según el criterio de Ulpiano, de modo que aquí estaríamos en presencia de una clara manifestación de esa tan característica tendencia clasificadora de Gayo que lo hacía, en muchas ocasiones, apartarse de la terminología y contenido del derecho romano de los juristas de la época clásica.

a) *Interventu novae personae*: esto es, por la intervención de una nueva persona, lo que podía ocurrir por la inclusión de un nuevo deudor o de un nuevo acreedor.

i) Había novación cuando se producía la inclusión de un nuevo deudor<sup>148</sup>, en

<sup>144</sup> Sobre los orígenes de la novación véase BONIFACIO, Franco (n. 4); VOCI, Pasquale (n. 46).

<sup>145</sup> Gai. III, 176: *Praeterea novatione tollitur obligatio...*

<sup>146</sup> Gai. III, 176: *...nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem...*

<sup>147</sup> No hay un solo pasaje del *Digesto* en el cual se recurra a estas expresiones.

<sup>148</sup> Gai. III, 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...*

cuyo caso aunque la estipulación posterior fuere inútil también se extinguiría la primera *novationis iure*<sup>149</sup>, como si se estipulara que Ticio diera después de su muerte, o una mujer o pupilo sin autorización de tutor, pues en tal caso se perdía la cosa, ya que el primer deudor quedaba liberado y no había obligación posterior<sup>150</sup>, a diferencia de lo que ocurría cuando se estipulaba de un esclavo, pues entonces quien estaba obligado primero seguía vinculado igual que si no se hubiera estipulado de nadie posteriormente<sup>151</sup>, caso que el mismo Gayo en su *De verborum obligationibus* señalaba que era distinto de aquel del esclavo o hijo a quien estaba permitida la administración del peculio<sup>152</sup>, y del agnado del furioso o el curador del pródigo<sup>153</sup>.

ii) También había novación cuando se verificaba la inclusión de un nuevo acreedor, supuesto del que se ocupaba en el libro II de sus *Institutiones* y no en la *sedes materiae* del libro III, y allí anotaba que lo debido al acreedor no podía ser transferido por el acreedor mediante ninguno de los modos que servían para transferir cosas corporales, sino que era preciso que, ordenándolo el acreedor, lo estipulare el nuevo acreedor del deudor, estipulación ésta que hacía que el deudor quedara liberado del primer acreedor y que comenzare a estar obligado respecto del nuevo acreedor, lo que se conocía como novación de la obligación<sup>154</sup>.

b) “*Inter easdem personas*”<sup>155</sup>: también había novación cuando quienes intervenían en la estipulación posterior eran las mismas personas del acreedor y deudor del débito derivado de la causa anterior, pero en este caso Gayo precisaba que si fuera la misma persona de quien se estipulare sólo se hacía novación si había algo nuevo en la estipulación posterior, por ejemplo si se añadía o se quitaba una condición, o un plazo o un *sponsor*<sup>156</sup>, de modo que así resultaría que la sola

<sup>149</sup> Gai. III, 176: *...adeo ut interdum, licet posteor stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis iure tollatur...*

<sup>150</sup> Gai. III, 176: *...veluti si quod mihi debes, a Titio post mortem eius vel muliere pupullove sine tutore auctore stipulatus fuero; quo caso rem amitto: nam et prior debitor liberatur, et posterior obligatio nulla est...* . Cfr. Gai. III, 100: *Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: post mortem meam dari spondes? vel ita post mortem tuam dari spondes?*

<sup>151</sup> Gai. III, 176: *...Non idem iuris est, si a servo stipulatus fuero: nam tunc <prior> proinde adhuc obligatus tenetur, ac si postea a nulo stipulatus fuisset.*

<sup>152</sup> D. 46, 2, 34 pr.

<sup>153</sup> D. 46, 2, 34, 1.

<sup>154</sup> Gai. II, 38: *Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt: nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum; sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris, quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri. Quae dicitur novatio obligationis.*

<sup>155</sup> Gayo (III, 177), en realidad, no utiliza esta expresión, sino simplemente habla de que sea la misma persona (*eadem persona*) de quien se estipulare después.

<sup>156</sup> Gai. III, 177: *Sed si eadem persona sit, a qua postea stipuler, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si condicio vel dies aut sponsor adiciatur aut detrahatur.*

deducción del mismo débito en la estipulación posterior convenida por las mismas partes no produciría novación, a menos de incluirse o quitarse una condición, plazo o *sponsor*.

No estará de más advertir que Gayo no utilizaba la expresión '*aliquid novi*', sino simplemente señalaba que si la persona de quien se estipulaba después era la misma, sólo se hacía novación si en la estipulación posterior había algo nuevo, utilizando la voz *quid* como indefinido: *si quid...novi sit*, y al igual que en el caso de las expresiones *interventu novae personae* e '*inter easdem personas*' la locución *aliquid novi* era desconocida para los juristas clásicos, quienes ni siquiera utilizaban la voz *novum* - *novi* para referirse a esta exigencia en la estipulación novatoria, y su introducción y difusión se debe a los glosadores bajo medioevales, como puede constatarse en la *Summa Codicis* de Azo, en la cual en una oportunidad se recurría a ella, precisamente para explicar la novación que se producía cuando intervenía la misma persona: *Porro ubi ab eadem persona stipulor novandi animo quod mihi debebat praesumebatur apud veteres fieri novatio ita demum si aliquid novi fit in posteriori obligatione*<sup>157</sup>.

Gayo únicamente se ocupaba de dos de las posibilidades que anotaba en relación con la introducción de alguna novedad cuando la novación se verificaba 'entre las mismas personas':

i) Inclusión o detracción de un *sponsor*: en cuanto a este supuesto, Gayo advertía que esto no constaba con certeza, pues los proculeyanos (*diversae scholae auctoribus*) estimaban que el agregado o la detracción de un *sponsor* no eran eficaces para que hubiera novación<sup>158</sup>, y esta opinión debía fundarse en que, en realidad, en este caso no había realmente una *nova stipulatio* supuesto que tal agregado o detracción no modificaba en nada la estipulación anterior, porque la promesa del *sponsor* iba a parte de la estipulación anterior<sup>159</sup>.

ii) Inclusión de una condición: Gayo señalaba que el añadido de una condición sólo producía novación si la condición llegaba a cumplirse, pues si fallaba, permanecía la obligación anterior, pero advertía que Servio Sulpicio estimaba que se producía novación al instante, aun pendiente la condición, y que si fallaba la condición no podía actuarse en virtud de ninguna de las dos causas<sup>160</sup>.

<sup>157</sup> Azo, *Summa super Codicem* (reimp. *Corpus Glossatorum Juris Civilis*, II, Augustae Taurinorum, ex Officina Erasiana, 1967) ad Cl.8, 41, *De novationibus et delegationibus*, fol. 320.

<sup>158</sup> Gai. III, 178: *Sed quod de sponsore diximus, non constat: nam diversae scholae auctoribus placuit nihil ad novationem proficere sponsoris adiectionem aut detractionem.*

<sup>159</sup> Cfr. Gai. III, 116.

<sup>160</sup> Gai. III, 179: *Quod autem diximus, si condicio adiciatur, novationem fieri, sic intellige oportet, ut ita dicamus factam novationem, si condicio extiterit; alioquin si defecerit, durat prior obligatio. Sed videamus, num is qui eo nomine agat, doli mali aut pacti conventi exceptione possit summoverti, quia videtur inter eos id actum, ut ita ea res peteretur, si posterior stipulationis existiterit condicio. Servius tamen Sulpicius existimavit statim et pendente condicione novationem fieri, et si defecerit condicio, ex neutra causa agi posse et eo modo rem perire...*

Como ya se ha insinuado, Gayo, en los cinco pasajes de sus *Institutiones* dedicados a la novación, pareciera haber únicamente tratado de la estipulación novatoria de una obligación cuya causa era una estipulación precedente, sin que se hubiera referido a la estipulación novatoria de una obligación cuya causa no hubiera sido una estipulación, y ello, entre otras razones porque en ningún momento especificaba la causa de la obligación anterior.

Supuesto lo anterior, cuando Gayo trataba de la estipulación novatoria por intervención de una nueva persona persona (*interventu novae personae*)<sup>161</sup> sólo podía propiamente pensar en la novación de una causa estipulatoria precedente, porque si se trataba de una causa precedente no estipulatoria, por ejemplo un deudor del precio de una compraventa (*ex vendito*) que era cambiado por el nuevo deudor que estipulaba (*ex stipulatu*) la estipulación novatoria (*nova causa*) extinguía la causa precedente, es decir, dejaba de estar obligado por la *actio venditi* y pasaba estarlo por la *actio ex stipulatu*, y ello porque la sola deducción del *debitum* derivado de la causa precedente (*ex precedenti causa*) no estipulatoria en la estipulación posterior (*nova causa*) producía de inmediato efecto novatorio, dado que naturalmente las partes eran conscientes de haber novado la causa por el mero hecho de la deducción, es decir, el efecto novatorio lo producía la circunstancia objetiva de la deducción de lo ya debido en la estipulación<sup>162</sup>.

Del mismo modo, cuando se ocupaba de la estipulación novatoria “*inter easdem personas*”<sup>163</sup> sólo podía propiamente referirse al caso en que la causa precedente también era estipulatoria y por ello, señalaba que era necesaria la inclusión o detracción de un plazo; la inclusión o detracción de una condición, o la inclusión o detracción de un *sponsor*, supuesto que si la causa precedente no hubiera sido estipulatoria no se requería de ‘algo nuevo’ especial, pues la sola deducción del mismo débito en la estipulación producía el efecto novatorio debido al cambio de la causa, y por ello también, cuando explicaba que si se intentaba exigir la primera obligación, aun no extinguida porque pendía la condición que pesaba sobre la estipulación posterior, a la acción con que se reclamaba su cumplimiento podía oponerse una *exceptio doli* o una *exceptio pacti*, las que carecían de sentido si la primera obligación era contractual, porque su acción era *ex fide bona*, y solamen-

<sup>161</sup> Gai. III, 176.

<sup>162</sup> D. 45, 1, 76, 1 (Paul., 18 ed.): *Cum stipulamur ‘quidquid te dare facere oportet’, id quod praesenti die dumtaxat debetur in stipulationem deducitur, non (ut in iudiciis) etiam futurum: et ideo in stipulatione adicitur verbum ‘oportebit’ vel ita ‘praesens in diemve’. Hoc ideo fit, quia qui stipulatur ‘quidquid te dare oportet’ demonstrat eam pecuniam quae iam debetur: quod si totam demonstrare vult, dicit ‘oportebitve’ praesens in diemve. D.45, 1, 125 (Paul., 2 quest.): *Cum stipulamur ‘quidquid te dare facere oportet’, nihil aliud in stipulationem deducitur quam quod praesenti die debetur: hoc enim solum haec stipulatio demonstrat. D. 46, 2, 32 (Paul., 1 Ner.): Te hominem et Seium decem mihi dare oportet, stipulor ab altero novandi causa ita, ‘quod te aut Seius dare oportet’, utrumque novatur. Merito quia utrumque in posteriorem deducitur stipulationem. Cfr. D. 45, 1, 89.**

<sup>163</sup> Gai. III, 177.

te cobrarían sentido cuando la causa de la obligación anterior no era contractual, y se ejercía la *condictio* por ejemplo, o la misma *actio ex stipulatu*<sup>164</sup>.

De este modo, tal como advirtió Guzmán Brito, Gayo (III, 177) en esta materia era, como en tantas otras, incompleto<sup>165</sup>, pues tengo para mí que Gayo no se ocupaba de la estipulación novatoria de una causa precedente no estipulatoria, sino que sólo de la estipulación novatoria de una causa precedente estipulatoria, la que estimaba que admitía dos posibilidades: a) por la intervención de una nueva persona (*interventu novae personae*), pues en este caso el *aliquid novi* era el cambio de deudor o de acreedor; y b) entre las mismas personas (“*inter easdem personas*”), en cuyo caso la ‘novedad’ podía consistir en la inclusión o detracción de un plazo; la inclusión o detracción de una condición; o la inclusión o detracción de un *sponsor*.

---

<sup>164</sup> Gai. III, 179: *Quod autem diximus, si condicio adiciatur, novationem fieri, sic intelligi oportet, ut ita dicamus factam novationem, si condicio extiterit; alioquin si defecerit, durat prior obligatio. Sed videamus num is, qui eo nomine agat, doli mali aut pacti conventi exceptione possit summoverti, quia videtur inter eos id actum, ut ita reas peteretur, si posterioris stipulationis extiterit condicio.*

<sup>165</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro (n. 3), p. 55: Gayo en esta materia, como en tantas, es simplemente incompleto .