

## NOVACIÓN SUBJETIVA BAJO CONDICIÓN SEGÚN JAVOLENO (JURISTA DE FINALES DEL SIGLO I E INICIOS DEL II d.C.)

Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN

El jurista L.(¿C.?) *Octavius Tadius Tossianus Iavolenus Priscus*, perteneciente a la escuela sabiniana y maestro de Juliano, en el libro primero de sus epístulas en D.12.1.36, trata de un caso de novación subjetiva bajo condición:

Pecuniam, quam mihi sine condicione debebas, iussu meo promisisti Attio sub condicione: cum pendente condicione in eo statu sit obligatio tua adversus me, tamquam sub contrariam condicionem eam mihi spondidisti, si pendente condicione petam, an nihil acturus sum? respondit: non dubito, quin mea pecunia, quam ipse sine condicione stipulatus sum, etiam si condicio in persona Attii, qui ex mea voluntate eandem pecuniam sub condicione stipulatus est, non extiterit, credita esse permaneat (perinde est enim, ac si nulla stipulatio intervenisset): pendente autem causa condicionis idem petere non possum, quoniam, cum incertum sit, an ex ea stipulatione deberi possit, ante tempus petere videor.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Bonifacio, F., *La novazione nel diritto romano*, Napoli, 1959, p. 116, no considera clásica la frase final *pendente-videor* porque se haría referencia a una *pluris petitio tempore* que en su aplicación a la *actio*, ejercitada antes del cumplimiento de la condición, correspondería al periodo justiniano. Tal tesis había sido afirmada desde la primera edición de su obra y fue aceptada por Provera, G., *La pluris petitio nel processo romano. La procedura formulare*, 1, Torino, 1958, pp. 104 y s.; pero, según nuestra opinión, si fuera correcta la reconstrucción del texto de Gayo 4.53b, hecha por los editores, debería excluirse una intervención de la cancillería imperial. Además, Bonifacio piensa que a ningún jurista clásico le habría venido en mente afirmar que al oponerse a la acción una excepción se transformaría el deber en algo incierto. No creemos que sea correcta la interpretación propuesta por el investigador, ya que la frase del jurista presenta un significado diferente: visto que la condición todavía no se cumple, el deber resultaría incierto en ese momento preciso, situación por la que la pretensión del demandante resultaría injustificada. STURM, F., *Ante condicionem petere*, en *Studi in M. di G. Donatuti*, 3, Milano, 1973, p. 1263 (con pocas críticas al texto bajo el aspecto formal en n. 87, 88 y 89) y TONDO, S., *Convallida del pegno e concorso di pegni successivi*, Milano, 1959, p. 210, n.12, contrariamente a Bonifacio y a otros autores que consideran un dogma justiniano el reconocimiento de la no exigibilidad de una

Llevándose a cabo una orden efectuada por mí, prometiste, con estipulación bajo condición a Azio, una cantidad de dinero que me debías sin condición. Visto que desde el momento en que se encontraba pendiente la condición, tu obligación hacia mí estaría en el mismo estado en que se encontraba si tu me hubieras prometido con estipulación el dinero bajo la condición contraria, en el caso en que yo exija en un juicio el cumplimiento en pendencia de la condición, se cuestiona si ejercitaré la acción inútilmente. Respondí en el sentido que no existen dudas que mi dinero, que yo mismo hice prometer bajo condición, se me debe aunque no se haya verificado la condición respecto a la persona de Azio, el cual de acuerdo a mi voluntad se hizo prometer bajo condición tal cantidad (es como si no hubiera sido incorporada ninguna estipulación); pero, debido a la incerteza del cumplimiento de la condición, yo no puedo exigir el dinero en juicio ya que resulta incierto si todavía sea debido algo por motivo de la estipulación efectuada con Azio, considerándose por ello que yo exigí el dinero antes del tiempo establecido.

Una persona tenía a su favor un crédito en dinero sin condición alguna, pero el acreedor le ordena al deudor obligarse a pagar la prestación mediante una *stipulatio* novatoria a Azio bajo condición (delegación activa). La obligación originaria habría sido exigida por el acreedor antes de que se hubiera cumplido la condición y el jurista afirma que tal obligación habría sufrido un cambio, ya que se encontraría en la misma situación (*in eo statu sit*) como si en un origen hubiera sido hecha una *sponsio* (*mihi spondesti*) en donde la pretensión habría sido exigida antes de cumplirse la condición (*sub contrariam condicionem*).<sup>2</sup> La cuestión que es motivo de investigación consiste en determinar si el acreedor que había hecho la novación habría podido exigir el crédito en un juicio, antes de cumplirse la condición.

relación jurídica condicional antes de tiempo, afirman que esta parte del pasaje es genuina con argumentos que consideramos sólidos (contrario a la tesis de Sturm insiste en un interpolacionismo FLUME, W., *Der bedingte Rechtsakt nach den Vorstellungen der römischen Klassiker*, en ZSS, 92, 1975, pp. 113 y s.). Tondo hace notar que el mismo pensamiento de Javoleno se encuentra en su libro sexto de los libros póstumos de Labeón en D. 23.3.80 = D.23.3.83. También consideran genuino el pasaje: SACCONI, G., *La «pluris petitio» nel processo formulare. Contributo allo studio dell'oggetto del processo*, Milano, 1977, p. 122 y s. (si bien considera una intervención por parte de un manipulador en la frase *non dubito-permaneat*) y ECKARDT, B., *Javoleni Epistulae*, Berlín, 1978, pp. 99 y s, quien no encuentra algún motivo válido por el que no puedan ser atribuidas a Javoleno las palabras que recuerdan la *pluris petitio temporis*.

<sup>2</sup> Los términos *contraria condicio* son usados por Gayo y Juliano como recuerda Eckardt, *op. cit.*, p. 99, n. 77. Gayo, *libro singulari de casibus* en D. 35.1.107: *...ex diverso quoque purum datum legatum condicionalis videtur, veluti quod sub condicione ademptum est, quia sub contraria condicione datum intellegitur* (Por el contrario, también se considera condicional el legado dado puramente, por ejemplo, el que fue quitado bajo condición, porque se entiende dado bajo condición contraria). Juliano, *Libro trigésimo séptimo digesterum* en D. 34.4.10 pr.: *...nam legatum cum sub condicione adimitur, perinde est, ac si sub contraria condicione datum fuisset* (porque cuando bajo condición se revoca un legado, es lo mismo que si hubiese sido dado bajo condición contraria). El investigador piensa en una probable aceptación del pensamiento de Javoleno por parte de Juliano y parece aceptable tal posición porque bajo el aspecto terminológico resulta interesante constatar el uso de las mismas palabras *perinde est*.

El jurista no niega la existencia de la deuda no obstante haya sido efectuada la novación (*non dubito*), inclusive si no se cumpliera la condición; al contrario, ya que esta deuda continuaría, el ejercicio de la acción sería factible pero, ya que la condición habría sido considerada como si hubiera sido incorporada (produciéndose un efecto retroactivo en la *prior obligatio*),<sup>3</sup> no llevándose a cabo todavía esta, la pretensión del acreedor habría sido considerada injustificada por el juez (*ante tempus petere videor*) considerándose que habría exigido en juicio un *incertum* sin que hubiera sido posible evaluarse al momento del ejercicio de la *actio*. Efectivamente, no cumplida todavía la condición, el acreedor no habría tenido la facultad de demandar en juicio porque faltaría el presupuesto fundamental para ser solicitada la prestación.

Como es notorio, la pretensión de un crédito en juicio antes de cumplirse la condición produce el resultado de una *pluris petitio ante condicionem*<sup>4</sup> como parece recordar Gayo 4.53b: *Tempore plus petitur, veluti si quis ante diem petierit* (La pretensión es excesiva desde el punto de vista del tiempo, por ejemplo, si el demandante ha exigido en juicio antes de que se cumpla el plazo establecido).<sup>5</sup> Efectivamente, el demandante tendría un título que lo habría legitimado respecto al deudor, con base en la primera *stipulatio*, como subraya Javoleno (*respondit: non dubito, quin mea pecunia, quam ipse sine*

<sup>3</sup> En sentido contrario Sacconi, *op. cit.*, p. 126, el cual afirma que en el pasaje no se dice que la primera estipulación, al momento de efectuarse la segunda estipulación *sub condicione*, se vuelva bajo condición: 'Si fa soltanto un paragone tra la situazione in cui viene a trovarsi la prima *obligatio* e una stipulazione che fin *ab initio* fosse stata sottoposta a una condizione contraria a quella inerente alla seconda stipulazione'. Nuestra interpretación es diferente. Javoleno piensa que la condición de la segunda estipulación es aplicada a la primera y los términos usados por el jurista (*in eo statu sit obligatio tua adversus me, tamquam sub contrariam condicionem eam mihi spondesti*) resultan claros sobre este punto.

<sup>4</sup> Correctamente, Sturm, *op. cit.*, p. 1266, considera las palabras *ante tempus petere videor* importantes para identificar un caso de *pluris petitio tempore*, pero contrariamente, Sacconi, *op. cit.*, pp. 124 y s., piensa que la respuesta del jurista a la cuestión *an nihil acturus sum?* habría sido en el sentido de que únicamente el primer acreedor no habría podido ejercitar eficazmente la acción, mas esto no debería ser considerado una consecuencia de una *pluris petitio tempore*. La expresión *ante tempus petere videor* debería presuponer la existencia de un *pactum de non petendo*, como recuerda Gayo 3.179. Nosotros creemos que las dos interpretaciones son válidas, pero bajo dos aspectos diferentes. Visto que el jurista no considera factible que la *prior obligatio* pueda ser exigida en juicio (*petere non possum*), el demandado habría podido defenderse con las *exceptiones* recordadas por Gayo y sobre este punto no existen dudas, aunque ya que existe una incerteza en la prestación (*cum incertum sit*), el juez frente a tal incerteza debería absolver al demandado; así, el *petere ante condicionem* daría lugar a una pérdida de la *lis* por parte del demandante en razón de una *pluris petitio tempore*.

<sup>5</sup> El texto del manuscrito veronés contiene únicamente la palabra *ante* pero las lagunas fueron colmadas por los editores gracias a *Inst.* 4.6.33b: *Tempore, veluti si quis ante diem vel ante condicionem petierit...* Sobre el argumento ver Sturm, *op. cit.*, pp. 1237 y s. Con especial atención al texto de Javoleno en p. 1263 y s. U. Babusiaux, *Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozeß*, München, 2006, p. 47 y N. Rampazzo, *Plus petere: problemi romanistici e proiezioni dogmatiche in 'Actio in rem' e 'actio in personam' in ricordo di M. Talamanca*, 1, Padova, 2011, pp. 825 y s.

*condicione stipulatus sum...credita esse permaneat...*) pero, ya que habría sido hecha una segunda *stipulatio* con condición, el jurista considera incorporada, la *condicio*, a la primera estipulación y por este motivo el demandante habría ejercitado la acción en modo ineficaz (*an nihil acturus sum?... ante tempus petere videor*). Sobre este aspecto debemos determinar si en el caso del cumplimiento de la condición, el acreedor de la primera estipulación habría podido demandar nuevamente en juicio en contra del deudor, no obstante que hubiera sido afirmado en el primer juicio que la demanda había sido hecha antes de tiempo. En el texto falta una respuesta y si bien en los textos jurisprudenciales en donde se tratan problemas similares de ejercicio de la acción *pendente condicione*, el demandante habría podido ejercitar de nuevo la misma acción,<sup>6</sup> no consideramos aplicable tal solución porque, en

<sup>6</sup> Por ejemplo, Paulo, *libro primo ad edictum aedilium curulium* en D. 21.1.43.9, respecto a la *actio redhibitoria* considera que el comprador inútilmente habría podido ejercitar la acción en juicio antes de cumplirse la condición, pero verificándose la *condicio* podía demandar de nuevo. La *ratio* de esta decisión se debería al hecho de que una compraventa que todavía no se hubiera perfeccionado no se habría podido considerar no perfeccionada por la evaluación del juez: *Si sub condicione homo emptus sit, redhibitoria actio ante condicionem existentem inutiliter agitur, quia nondum perfecta emptio arbitrio iudicis imperfecta fieri non potest: et ideo etsi ex empto vel vendito vel redhibitoria ante actum fuerit, expleta condicione iterum agi poterit* (Si un esclavo fue comprado bajo condición se ejercita ineficazmente la acción redhibitoria antes de cumplirse la condición, porque una compra no perfeccionada todavía no puede ser considerada no perfeccionada por la evaluación del juez; y por tanto, si bien se hubiera ejercitado la acción de compra o de venta o la redhibitoria una vez cumplida la condición, será posible ejercitar la acción nuevamente). Si bien en este caso encontramos semejanza con el texto que estamos analizando en D. 12.1.36, porque se ejercita la acción *pendente condicione*, existe una importante diferencia que no permite considerar aplicada la misma solución: cuando se demandó en juicio todavía no se había perfeccionado el contrato, situación por la que no era posible solicitar a los ediles curules que se considerase como no efectuada la venta cuando el contrato todavía no habría podido producir efectos, mientras que en el caso de Javoleno, la primera *stipulatio* permanecía válida antes del cumplimiento de la condición. La misma situación se encuentra en el caso de Marciano, *libro singulari ad formulam hypothecariam* en D. 20.1.13.5, cuando el acreedor de una hipoteca antes del cumplimiento de la condición ejercita la acción en juicio, el jurista afirma *non recte agi* porque antes de la condición no se debía nada y por este motivo podía demandar nuevamente a partir del momento en que fuera cumplida la condición: *Si sub condicione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est ante condicionem non recte agi, cum nihil interim debeatur: sed si sub condicione debiti condicio venerit, rursus agere poterit...* (Si una cosa se encuentra hipotecada en razón de una deuda condicionada, se debe decir que antes del cumplimiento de la condición no se ejercita la acción correctamente ya que en ese tiempo todavía no se debe nada. Pero de otra parte, si se cumple la condición de la deuda, se podrá ejercitar la acción). Estos textos fueron analizados por Flume, *op. cit.*, pp. 113 y s. Una tesis diferente parece ser afirmada por Juliano, *Libro primo ad Urseium Ferozem* en D. 46.3.36, donde el jurista, citado por los compiladores (*Julianus notat*) habría considerado, contrariamente a otros autores, que si un hijo hubiese exigido la totalidad de la herencia del padre antes que la mujer hubiese dado a luz, habría perdido la cuota que le habría correspondido al hijo o a los hijos antes que hubiera sido un hecho cierto que no nacería ningún descendiente: *Si pater meus praegnate uxore relicta decesserit et ex causa hereditaria totum hoc, quod patri meo debitum fuisset, petissem, nihil me consumpsisse quidam existimant: si nemo natus sit, recte me egisse, quia in rerum natura verum fuisset me solum heredem fuisse. Iulianus notat: verius est me eam partem perdidisse, pro qua heres fuisset, antequam certum fuisset neminem nasci, aut quartam partem, quia tres nasci potuerunt, aut sextam, quia*

estos casos, la condición todavía no cumplida, no perfeccionaba la causa por la que el demandante habría ejercitado la acción en juicio en modo diferente al caso de Javoleno en donde la primera *stipulatio* continuaba siendo válida (*credita esse permaneat*).<sup>7</sup>

Según nosotros, resulta difícil pensar que el demandante habría podido ejercitar de nuevo la acción en un segundo juicio porque, cumplida la condición, la primera *stipulatio* se habría extinguido por efecto de la novación, dando lugar a una nueva relación obligatoria entre el deudor y Azio. Efectivamente, la primera estipulación permanecía válida antes de cumplirse la condición como claramente afirma Gayo 3.179: *Quod autem diximus, si condicio adiciatur, novationem fieri, sic intellegi oportet, ut ita dicamus factam novationem, si condicio extiterit: alioquin si defecerit, durat prior obligatio...* (Pero lo que dijimos, que si la condición es incorporada se hace una novación, debe ser entendido en este modo, que digamos que la novación es hecha así, si la condición se ha verificado, de otra forma, si no se ha cumplido, permanece la primera obligación). El pretor habría negado el ejercicio de la acción al acreedor de la *stipulatio* que se extinguió y únicamente Azio habría podido demandar en un juicio en contra del deudor sin que este último pudiera interponer una *exceptio rei iudicatae* ya que la *causa petendi* sería diferente a la que existía en origen (ya no la primera *stipulatio* que se había extinguido sino la segunda que habría nacido al verificarse la condición).<sup>8</sup>

Regresando al problema del ejercicio de la acción antes de verificarse la condición, debemos analizar cual medio de defensa habría tenido el demandado en contra del demandante. Sobre este aspecto, Gayo 3.179 en relación a

*quinque...* (Si mi padre hubiera muerto dejando embarazada a su esposa y por causa de la herencia yo hubiera demandado todo lo que a mi padre se le hubiera debido, algunos piensan que yo no perdí nada y que si no hubiera nacido ningún hijo, yo actué en modo correcto porque efectivamente fui el único heredero. Juliano observa que es más correcto pensar que yo perdí aquella parte por la que hubiese sido heredero antes que fuera cierto que no naciera nadie o la cuarta parte porque pudieron nacer tres, o la sexta porque pudieron nacer cinco).

<sup>7</sup> Efectivamente, el mismo Javoleno, *Libro decimo epistularum* en D. 5.1.35, afirma: *...iudicium vero, antequam aliquid debeatur, non posse* (pero no es posible conceder la posibilidad de iniciar un juicio antes que alguna cosa sea debida); situación diferente a D. 12.1.36, en donde la deuda existe por la primera estipulación efectuada.

<sup>8</sup> Los criterios necesarios para la aplicación de la *exceptio rei iudicatae* fueron identificados por Neracio, *Libro septimo membranarum* en D. 44.2.27 y resultaron aceptados por la jurisprudencia (como es el caso de Paulo, *Libro septuagésimo ad edictum* en D. 44.2.12 y D. 44.2.14 pr.) Se debería tratar del mismo problema (*eadem res*) considerándose tres presupuestos fundamentales: a) Identidad entre las personas (*personae*), el demandante y el demandado serían los mismos en los dos juicios, b) la controversia debería ser idéntica a la primera (*id ipsum de quo agitur*) y c) la razón por la que se habría demandado en el juicio debería ser la misma (*causa proxima actionis*).

la *novatio inter easdem personas*<sup>9</sup> propone la facultad del demandado de defenderse mediante la *exceptio doli* o la *exceptio pacti conventi*,<sup>10</sup> si bien el jurista, más que dar una respuesta, propone la discusión de la cuestión en estos términos: ...*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 posterioris stipulationis extiterit condicio* (Pero veamos, si el que ejercita una acción a tal título, puede ser rechazado con la excepción de dolo malo o de pacto convenido, porque resulta que entre aquellos se ha hecho, de modo que esta cosa fuese pedida así, si se haya verificado la condición de la estipulación posterior).

Gayo habría presentado su pensamiento mas bien bajo forma de duda (*sed videamus*)<sup>11</sup> porque su tesis contrastaría con la de Servio Sulpicio Rufo. Efectivamente, el jurista de la edad republicana consideraba, contrariamente a Gayo, que la novación producía efectos inmediatos y no, como pensaba también Javoleno, desde el momento en que se hubiera cumplido la condición. Bajo este perfil, las *exceptiones* citadas por Gayo no habrían tenido lugar porque, faltando el fundamento de la pretensión, el pretor habría negado el ejercicio de la acción. Si la primera *stipulatio* habría sido considerada

<sup>9</sup> Ciertamente existe diferencia entre el pasaje de Javoleno y el de Gayo (en el primer caso el jurista trata de una novación subjetiva mientras que en el de Gayo de una *novatio inter easdem personas*) pero la concesión de las excepciones citadas podrían ser aplicadas en los dos casos porque Javoleno considera que la *prior obligatio* se encuentra en el mismo estado como si hubiera sido incorporada una condición; en otras palabras, el demandado habría tenido derecho a defenderse como si hubiera sido hecha una *novatio inter easdem personas*.

<sup>10</sup> Debemos subrayar que estamos hablando de la excepción que habría tenido el demandado en el caso de que todavía no se hubiera cumplido la condición y no del supuesto en donde la condición no hubiera sido cumplida, porque, no cumplida la condición, permanecería válida la primera obligación, como afirma Gayo 3.179: ...*alioquin si defecerit (condicio), durat prior obligatio* (de otra forma, si no se ha cumplido la condición permanece válida la primera obligación). Así también Gayo, *Libro primo ad edictum provinciale* en D. 2.14.30.2, en el caso de la novación con cambio de deudor (y no de acreedor como sucede en D. 12.1.36), niega el derecho al deudor de la *prior obligatio* de interponer la *exceptio pacti conventi* en el caso en que la condición de la segunda estipulación no hubiera sido cumplida: *Si sub condicione stipulatus fuerim a te, quod Titius mihi pure deberet: an deficiente condicione si a Titio petam, exceptione pacti conventi et possim et debeam summoverti? et magis est exceptionem non esse opponendam* (Si bajo condición hubiere yo estipulado de ti lo que Ticio me debiera puramente, faltando la condición, si yo exigiera a Ticio se cuestiona si podré y deberé ser repelido con la excepción del pacto convenido. Y es lo más cierto que no ha de oponerse la excepción).

<sup>11</sup> H. J. Wolff, *rec. BONIFACIO, op. cit.*, p. 241, afirma que Gayo no responde a la cuestión, sino que simplemente recuerda el problema, ya que en lo que respecta a la posibilidad de aplicar la *exceptio*, cada jurista habría podido decidir autónomamente. Según nuestra opinión, si Gayo presenta su pensamiento en forma de duda, es solamente porque su tesis se encuentra en conflicto con la posición de Servio (y con los juristas que todavía habrían seguido la tesis serviana), aunque debemos subrayar que el uso de las excepciones propuestas por Gayo resulta ser la visión prevalente en la jurisprudencia, puesto que el jurista Antonino afirma después de recordar los dos criterios de Servio (los efectos inmediatos de la novación y la validez de la estipulación novatoria en donde interviene un esclavo): *Sed in utroque casu alio iure utimur* (Pero en ambos casos usamos otro derecho).

extinguida inmediatamente sin necesidad de cumplirse la condición de la segunda *stipulatio*, el acreedor no habría tenido legitimación activa en ninguno de los dos casos, perdiendo su derecho a demandar en juicio: *Servius tamen Sulpicius existimavit statim et pendente condicione novationem fieri, et si defecerit condicio, ex neutra causa agi posse et eo modo rem perire* (Sin embargo, Servio Sulpicio consideró que la novación produce efectos de manera inmediata, aunque se encuentre pendiente la condición, y si la condición no se cumplió no se podrá ejercitar la acción ni por una ni por otra causa y así la cosa perece).

La tesis de Servio, en su aplicación, habría causado una grave dificultad porque si la segunda estipulación se hubiera considerado ineficaz (*stipulatio inutilis*), de todos modos habría eliminado los efectos de la primera estipulación, como refiere Gayo en el mismo pasaje con el siguiente ejemplo: una persona tiene un crédito a su favor en contra de Ticio, pero en el caso en que se hubiera hecho estipular por un esclavo el mismo crédito, el demandante no habría podido ejercitar una acción por la primera estipulación porque esta se habría extinguido, pero tampoco con base en la segunda porque un esclavo no habría podido ser demandado en juicio (*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*). Determinar la *ratio* por la que una estipulación novatoria ineficaz podría extinguir una *stipulatio* eficaz ha sido un argumento discutido en doctrina<sup>12</sup> sin que sea posible todavía llegar a una solución que nos pueda convencer en su totalidad.

<sup>12</sup> BONIFACIO, *op. cit.*, pp. 22 y s., piensa que el adverbio *consequenter* usado por Gayo 3.179 se refiere no al *rem perire* como afirma SANFILIPPO, C., *Dubbi e riflessioni in tema di novazione mediante stipulationem nulla*, en *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, 3, 1949, p. 246, sino al *novationem fieri*. Así, para el investigador, si la *stipulatio debiti* condicional produce inmediatamente la novación 'sarebbe indifferente la creazione di una *nova obligatio* a tale punto che la novazione non verrebbe meno se *condicio deficiat*'. Esta tesis propuesta por el autor (ya presente en la primera edición de su obra en 1950) no fue aceptada por M. Kaser, *rec. Bonifacio* en *ZSS*, 68, 1951, 589, el cual correctamente afirma que el efecto de la novación, también en la edad clásica, era la de extinguir la obligación como subraya claramente Gayo 3.176: *Praeterea novatione tollitur obligatio* (además, con la novación se extingue la obligación) y Ulpiano, *Libro quadragésimo sexto ad Sabinum* en D. 46.2.1 pr: *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituitur, ut prior perematur: novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione* (La novación es una transfusión y traslación de una deuda anterior a otra obligación 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 nombre de la palabra 'nueva' y de obligación 'nueva'). Así, la controversia jurisprudencial tratada por Gayo en 3.179 sería únicamente un particular problema por el cual se cuestionaba. Según Bonifacio (pp. 26 y s.) la *ratio* por la que Servio habría considerado extinguida la primera obligación, inclusive si la segunda hubiera resultado ineficaz, se encontraría en el hecho de que la nueva *sponsio* contenía una renuncia del acreedor solemnemente expresada, como sucedía en diferentes casos: *in iure cessio hereditatis post aditionem del heres scriptus* o del *heres legitimus*, *in iure cessio ususfructus* a persona diferente del *dominus*

Evidentemente existe una diferente perspectiva entre Servio y Javoleno en relación al momento preciso en el que se produce la novación cuando la segunda estipulación fuera hecha bajo condición (sobre este aspecto parece que Javoleno con la pregunta *an nihil acturus sum?* tuviera en mente la tesis serviana). Para el primer jurista la *novatio* producía efectos inmediatamente, mientras que para Javoleno estos deberían tener lugar hasta que se hubiera cumplido la *conditio*. La diferencia de perspectiva produciría efectos bajo el aspecto procesal.

Aplicando el pensamiento de Servio, el ejercicio de la acción antes del cumplimiento de la condición extinguiría el derecho del acreedor y en este modo no se podría pretender la prestación (...*et si defecerit condicio, ex neu-*

y de la *manumissio* del esclavo común hecha por uno de los dos copropietarios. En estos ejemplos, las formas solemnes harían perder el derecho 'anche quando lo scopo ultimo del negozio, per un impedimento giuridico che non attenga alla solennità dell'atto, non venga raggiunto'. No tenemos duda de que todos estos ejemplos pueden demostrar, efectivamente, que una renuncia formal producía el efecto de extinguir el propio derecho, ya que este fenómeno lo hemos analizado en una investigación anterior. GÓNZALEZ ROLDÁN, Y., *Propuesta sobre la venta de herencia en el derecho romano clásico*, México, 1997, 108 n. 160; en tal estudio (siguiendo la tesis de AMBROSINO, R., *In iure cessio hereditatis* en *SDHI*, 10, 1944, 33) sostuvimos que la *in iure cessio hereditatis post aditionem* habría causado la extinción de los créditos hereditarios porque el heredero habría declarado frente al pretor no tener el título necesario para pretender estos créditos. Efectivamente, el *heres* habría hecho una renuncia a su derecho y por este motivo no habría podido pretender en juicio los créditos hereditarios. No obstante, resulta evidente que los actos recordados por el investigador demuestran que una renuncia formal produce la pérdida del propio derecho. Debemos subrayar que el caso específico recordado por Gayo (hacerse estipular por un esclavo) encuentra una particularidad diferente a los presentes tipos de renuncia. Ciertamente, la *in iure cessio ususfructus* a una persona diferente del *dominus*, recordada por Pomponio, *Libro octavo ad Quintum Mucium* en D. 23.3.66, demuestra la eficacia de la renuncia, no obstante que no se haya hecho al *dominus*: *quoniam diximus usum fructum a fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis et, si extraneo cedatur. id est ei qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usum fructum* (porque hemos dicho que el usufructo no puede cederse por el usufructuario sino al dueño de la propiedad y si se cediera a un extraño, esto es, a quien no tenga la propiedad, nada pasa a aquel, sino que el usufructuario ha de revertir al dueño de la propiedad); pero atención, en este ejemplo la renuncia fue hecha a un *extraneus* (la mujer del nudo propietario) y no a un esclavo. Esta situación nos hace pensar no tanto que la renuncia formal, en la edad republicana, pueda producir efectos en cualquier caso, como piensa Bonifacio, sino que probablemente fue Servio quien, por primera vez, aplicó el método dialéctico al considerar la legitimidad de la renuncia hecha frente a un esclavo, no obstante que el *servus* no fuera una persona libre. Los argumentos de su pensamiento sobre este aspecto no nos han llegado y, no obstante la autoridad su tesis, no fue seguida por la jurisprudencia posterior, como se demuestra en Gayo 3. 176, en donde claramente se afirma que la novación no es válida cuando la estipulación fue hecha por parte de un esclavo: *...Non idem iuris est (novatio), si a servo stipulatus fuero; nam tunc prior proinde adhuc obligatus tenetur, ac si postea a nullo stipulatus fuisset* (No vale el mismo derecho, si me hice estipular por un esclavo, en efecto, entonces el primer obligado todavía es vinculado, como si no me hubiera hecho estipular por nadie posteriormente). Sobre este aspecto, LAMBRINI, P., *La novazione. Pensiero classico e disciplina giustiniana*, Padova, 2006, p. 60 y s. (con análisis de la bibliografía), sostiene justamente que la tesis de Servio no representaba la visión sobre el argumento en la edad republicana, sino simplemente una opinión personal; además, la investigadora (p. 64 y s.) demuestra cómo el pensamiento de Gayo, presente en las Instituciones, resulta más flexible en su libro primero *ad edictum provinciale* en D. 2.14.30.1, al tomar en consideración la concreta voluntad de las partes y las circunstancias existentes.

*tra causa agi posse et eo modo rem perire...*). Contrariamente, en la visión de Javoleno, si bien se habría concedido al demandado la *exceptio doli o pacti conventi*,<sup>13</sup> no se excluía el derecho de Azio a demandar en juicio, una vez cumplida la condición. Probablemente la tesis serviana fue seguida en el periodo clásico, pero Javoleno se habría opuesto a tal pensamiento, ya que los términos *non dubito* demuestran una visión completamente diferente a la del jurista republicano. En el periodo de Antonino Pio prevaleció la tesis de Javoleno, como se demuestra en Gayo 3.179: *...sed in utroque casu alio iure utimur...*<sup>14</sup> Tal vez el pensamiento de Javoleno fue resultado del desarrollo de una tesis propuesta por Labeón, como haría pensar un texto del mismo Javoleno en el libro sexto de los libros póstumos a este jurista en D. 23.3.80 = D. 23.3.83:

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.

Afirma Labeón que si un deudor de la mujer prometió con estipulación la dote al futuro marido, la mujer, antes del matrimonio, puede exigir en juicio al deudor aquel dinero y éste dejará de estar obligado frente al marido. Dicha afirmación es falsa porque la promesa permanece latente sólo mientras la obligación permanezca en relación a la finalidad indicada.

<sup>13</sup> Contrariamente LAMBRINI, *op. cit.*, p. 78, niega que Javoleno hubiera aceptado la concesión de una excepción de pacto (o de dolo) porque el texto no lo dice. Tal situación hace pensar a la estudiosa que el jurista no habría aceptado la posición de Gayo 3.179. Si bien es cierto Javoleno, en D. 12.1.36, no indica estas excepciones, no vemos la razón por la que podría pensarse en la existencia de una opinión diferente, sobre todo porque los dos juristas forman parte de la misma escuela y ambos indican claramente que en caso de incumplimiento de la condición, la *prior obligatio* continuaría su existencia no resultando la evidencia de tesis opuestas. Si Javoleno no hace referencia a tales excepciones es simplemente porque el autor trata de destacar la problemática bajo la perspectiva del demandante y no del demandado.

<sup>14</sup> No podemos excluir tajantemente la eventualidad de que, todavía en la edad severiana, algún jurista pudiera sostener la tesis de Servio, porque Paulo, *Libro tertio quaestionum* en D. 12.6.60.1, si bien acepta el pensamiento de Javoleno —de que en pendencia de la condición la novación no tendría lugar todavía—, usa los términos *plerique putant*, haciendo pensar que probablemente algún jurista se habría quedado con la vieja idea opuesta: *Ubi autem quis quod pure debet sub condicione novandi animo promisit, plerique putant pendente novatione solutum repetere posse, quia ex qua obligatione solvat, adhuc incertum sit: idemque esse etiam, si diversas personas ponas eandem pecuniam pure et sub condicione novandi animo promisisse. sed hoc dissimile est: in stipulatione enim pura et condicionali eundem debitorum certum est* (Pero cuando alguno, con ánimo de efectuar una novación, prometió bajo condición lo que debe puramente, juzga la mayoría que pendiente la novación puede repetir lo pagado, puesto que todavía resulta incierto en virtud de que obligación paga, y que resulta ser igual aunque supongas que personas diferentes prometieron una misma cantidad puramente, y bajo condición con ánimo de novar; pero esto es distinto, porque es cierto que en la estipulación pura y en la condicional deberá una misma persona).

El deudor de una mujer promete mediante *sponsio*, al futuro marido de ella, la misma deuda a título de dote. Labeón sostiene la tesis de que la mujer tendría la facultad de pretender en juicio la deuda antes del matrimonio y así el deudor no se encontraría obligado hacia el marido. Javoleno es de una opinión contraria (*falsum est*) porque la *promissio dotis*<sup>15</sup> permanece en suspenso mientras que la obligación continúe subsistiendo en relación a la finalidad indicada.

Según Servio, la novación producía efectos inmediatos, mientras que Labeón habría considerado la posibilidad de que la primera obligación fuera exigida en juicio, no obstante que no se hubiera verificado todavía la condición. Sobre este aspecto, si bien Javoleno habría estado a favor de Labeón, porque la primera obligación no se extinguiría, la diferencia de posición entre estos dos juristas consistía en que el representante de la escuela proculeyana no concedía al deudor un medio de tutela para defenderse de la pretensión de la mujer,<sup>16</sup> mientras que para el maestro sabiniano, considerando que a la deuda se le habría incorporado una condición (la celebración del matrimonio), la pretensión se habría considerado exigida antes de tiempo, concediéndose a favor del demandado la excepción de dolo o de pacto convenido, como recordaba Gayo 3.179.

Si el deudor hubiera pagado antes de que hubiera sido cumplida la condición de la estipulación novatoria, gran parte de la jurisprudencia le concedía la facultad de repetir la cantidad pagada. Según Paulo, *libro tertio quaestionum* en D. 12.6.60.1:

Ubi autem quis quod pure debet sub condicione novandi animo promisit, plerique putant pendente novatione solutum repetere posse, quia ex qua obligatione solvat, adhuc incertum sit idemque esse etiam, si diversas personas ponas eandem pecuniam pure et

<sup>15</sup> TONDO, *op. cit.*, p. 211 n. 12, sin negar el contenido clásico del texto (como habrían hecho otros autores citados por el investigador), considera poco probable pensar que con el término *promissio* se haga referencia a la *promissio dotis*, ya que la motivación en cuestión se convertiría, según él, incomprensible, pues la *promissio* debería 'alludere all'assunzione della *prior obligatio* nei confronti della donna delegante'. Tal situación haría pensar a Tondo que el copista escribió erróneamente *promissio* en lugar de *pecunia*. Según nuestra opinión, el término *promissio* corresponde efectivamente a la *promissio dotis* que podía ser exigida al marido, no obstante que la *prior obligatio* hubiera sido cumplida por el deudor. El deudor habría pagado a la mujer, mas la obligación entre el marido y el deudor permanecía en pie, por lo que el marido habría podido pretender, aún así, en juicio, la dote prometida. Eckardt, *op. cit.*, p. 97 n. 74, correctamente afirma que en este caso la situación es diferente a D. 12.1.36, porque pagándose la primera obligación permanecería de todos modos en suspenso la *promissio dotis*, en pendencia de la condición.

<sup>16</sup> En este sentido, TONDO, *op. cit.*, p. 212 n. 12, piensa que la jurisprudencia clásica habría suavizado la visión de Labeón en el sentido de reconocer en modo implícito en la *stipulatio* novatoria condicional un *pactum de non petendo*.

sub condicione novandi animo promississe. sed hoc dissimile est: in stipulatione enim pura et condicionali eundem debiturum certum est.

En el caso de que alguien con la intención de efectuar una novación prometiera con estipulación bajo condición lo que debe sin condición, la mayor parte de los juristas considera que él podrá exigir lo que fue pagado en pendencia de la novación, ya que resultaría incierto determinar por cual tipo de obligación pagó. Lo mismo sucede cuando, por ejemplo, diferentes personas prometieron con estipulación sin condición y después bajo condición, con la intención de novar la misma cantidad de dinero debida. Pero este caso es diferente al tratado en el *principium* del texto ya que en la estipulación incondicionada y en aquella de la novación condicionada resulta cierto que la persona que debe la cantidad de dinero es la misma.

Una persona prometió con estipulación novatoria condicional la deuda que tenía en una *prior obligatio* y paga antes de cumplirse la condición. Paulo afirma que la mayoría de los juristas (*plerique*) habrían concedido a esta persona la facultad de pretender la restitución de la cantidad pagada en pendencia de la novación, ya que resultaría incierto determinar por cual de las dos obligaciones habría hecho el pago (*quia ex qua obligatione solvat, adhuc incertum sit*). Sobre este aspecto debemos subrayar que, en la edad severiana, la idea de que la primera obligación continúa antes de cumplirse la condición de la estipulación novatoria es una realidad en tal momento histórico, ya que el jurista manifiesta *adhuc incertum sit idemque esse*, presuponiendo así que existen dos fuentes por las que podría exigirse la deuda: la *prior obligatio* y la estipulación condicional novatoria. Pero no cumpliéndose todavía la condición, la deuda no podría ser exigida por ninguna de las dos causas (la primera obligación se encontraría en el mismo estado como si hubiera sido incorporada una condición en palabras de Javoleno y en el caso de la estipulación novatoria condicional todavía no sería exigible la deuda); así, si hubiera sido hecho el pago por parte del deudor, según la mayoría de los juristas, habría podido demandarse en juicio la restitución de la cantidad pagada, porque ninguna de las obligaciones habría podido ser exigida todavía.

La información del texto de Paulo demuestra como también en el caso de la novación condicional *inter easdem personas*<sup>17</sup> la *prior obligatio* habría po-

<sup>17</sup> LAMBRINI, *op. cit.*, p. 81, subraya que el texto no indica si la nueva promesa condicionada fue efectuada entre las mismas personas o si se trata de una novación subjetiva. La escritora considera más probable que el jurista se refiera al primer caso porque el pasaje se encuentra relacionado con D. 12.6.60 pr., en donde se habla de un deudor que paga después de la *litis contestatio* y que pretendería repetir la cantidad pagada al mismo acreedor antes que se concluyera el juicio. Según nuestra opinión, inclusive sin tomar en consideración el *principium* del pasaje, parece razonable presuponer una nova-

dido exigirse como sucedía en el caso de personas diferentes (*idemque esse etiam, si diversas personas ponas eandem pecuniam pure et sub condicione novandi animo promississe*), pero debido a que en la estipulación novatoria habría sido incorporada una *condictio*, no habría podido ser exigida al acreedor en juicio antes de cumplirse la condición, permaneciendo pendiente como refiere Javoleno (*pendente autem causa condicionis idem petere non possum, quoniam, cum incertum sit, an ex ea stipulatione deberi possit, ante tempus petere videor*).

La mayor parte de los juristas (*plerique*), incluyendo Paulo, concedieron al deudor la facultad de pretender en juicio la restitución de la cantidad pagada (obviamente mediante la *condictio indebiti*)<sup>18</sup> porque faltaría el fundamento jurídico de la pretensión. Así, antes de cumplirse la condición, la deuda —como todavía no era exigible— habría sido considerada un *incertum*. En cambio, otros juristas —aceptando la posición de Labeón— no estarían de acuerdo.<sup>19</sup>

En conclusión, la tesis de Javoleno —aceptada por la mayor parte de los juristas— consistiría en el hecho que la *prior obligatio*, si bien continuaría existiendo antes de cumplirse la condición de la estipulación novatoria, no podría pretenderse en juicio, ya que la deuda habría sido considerada un *in-*

ción condicional *inter easdem personas*, ya que no existen datos bajo el aspecto gramatical para pensar que el jurista hubiera pensado en un caso de novación con personas diferentes.

<sup>18</sup> LAMBRINI, *op. cit.*, p. 81, afirma que Paulo habría pensado en modo diferente al de la mayoría de los juristas porque la frase final *sed hoc dissimile est: in stipulatione enim pura et condicionali eundem debitorum certum est*, demostraría este hecho: 'Seguendo il filo logico che abbiamo cercato di ricostruire, a me pare abbastanza sicuro che Paolo contestasse l'ultima estensione analogica proposta dai *plerique*, quella tra novazione oggettiva e novazione soggettiva, sulla base dell'osservazione che quando a promettere è lo stesso soggetto a favore del medesimo creditore *eundem debitorum certum est*'. Según nuestra opinión, esta frase del jurista no se refiere a una oposición a la tesis dominante, sino que simplemente trata de subrayar la diferencia entre los casos tratados en esta parte del texto y el *principium* de D. 12.6.60, en donde resulta clara la existencia de la deuda: *Iulianus verum debitorem post litem contestatam manente adhuc iudicio negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset: licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet: similemque esse ei dicit, qui ita promisit, sive navis ex Asia venerit sive non venerit, quia ex una causa alterius solutionis origo proficiscitur*. (Negaba Juliano, que pudiera repetir el verdadero deudor, que pagaba después de la *litis contestatio* pendiente todavía el juicio, porque ni absuelto, ni condenado podría repetir, porque aunque haya sido absuelto, permanece, sin embargo, siendo naturalmente deudor, y dice que es semejante al que prometió de este modo, ya si la nave hubiere venido de Asia, ya si no viniere, porque el origen de una y de otra paga procede de una sola causa).

<sup>19</sup> BONIFACIO, *op. cit.*, p. 119, piensa que 'l'applicazione di questa costruzione al caso in esame non soltanto è contraria ai principi generali classici, ma conduce ad effetti pratici del tutto difforni dal regime descritto in Gai 3. 179, secondo il quale *deficiente condicione* l'azione nascente dalla *prior obligatio* è sempre paralizzata da *exceptio*', pero evidentemente el investigador no tomó en consideración que en este texto se presenta una situación completamente diferente: el acreedor no demandó en juicio al deudor sino que fue este último a efectuar el pago en modo espontáneo y, ya que la deuda pagada habría sido considerada un *incertum*, el que demandó en juicio fue el deudor por la restitución de la cantidad pagada.

*certum*. El demandado podría interponer la *exceptio doli o pacti conventi* si hubiera sido demandado o exigir la restitución del pago si hubiera pagado la deuda antes de tiempo; de tal modo, el pago de la *prior obligatio* no habría extinguido la estipulación novatoria hecha a un tercero bajo condición (posición contraria a la de Labeón D. 23.3.80 = D. 23.3.83).