

# BIBLIOGRAFÍA

## Nota crítica

**GARCÍA CARRASCO, Consuelo:** *Supuestos de hecho de la exceptio non numeratae pecuniae en el Derecho romano*, ed. Dykinson, Madrid, 2000, 270 pp.

La monografía de referencia constituye la memoria elaborada por la autora para la obtención del título de Doctor en la Universidad Carlos III de Madrid. El trabajo consta de cinco capítulos donde se aborda el origen, la evolución y el régimen jurídico de la *exceptio non numeratae pecuniae* y de los institutos procesales conexos (a los que se dedica el Capítulo V). Este conjunto de instituciones que, *brevitatis causa*, se agrupan bajo la denominación de *querela non numeratae pecuniae*<sup>1</sup>, han sido definidos tradicionalmente como mecanismos de defensa procesal frente al documento escrito (ya sea *cautio stipulatoria*, ya sea *cautio* simple) en el que consta un mutuo o préstamo de dinero cuando realmente no se hubiese entregado dicha cantidad. La finalidad de estos expedientes es la de proteger al deudor de un mutuo aparente cargando la prueba, de que el dinero fue efectivamente, entregado sobre la persona que aparece como acreedor.

El interés de retomar de nuevo el estudio de este tema, al que se han dedicado numerosas monografías, está en la revisión crítica (Capítulos III y IV) a la que la autora somete la tesis tradicional (que limita el uso de la *exceptio non numeratae pecuniae* al caso del mutuo documentado por escrito en el que hubiese una ausencia total y absoluta de *datio*) a través del estudio de los textos que, aunque dispersos y fragmentarios, recogen otros posibles casos como préstamos con *usurae illicitae* o casos de simulación.

En el Capítulo I se aborda el origen de la *exceptio non numeratae pecuniae*, problema muy debatido por la doctrina por diversos motivos, de un lado, las escasas referencias a esta excepción en las fuentes<sup>2</sup>, justifican las diversas interpretaciones sobre si es de creación pretoria o de la cancillería imperial, si apareció en el seno del proceso formulario o en el cognitorio o si halla alguna correspondencia con algún remedio provincial o, por el contrario, es un expe-

---

<sup>1</sup> Vid. FERRARI, s.v. *querella non numeratae pecuniae*, NNDI, XIV, p. 673; ARCHI, «Studi sulla stipulatio I. La *querella non numeratae pecuniae*», *Scritti di diritto romano*, I, Milano, ed. Giuffrè, 1981, p. 523, nota 1; LEVY, «¿A quels faits la *querella non numeratae pecuniae* tendait-elle a remédier?», *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, IV, Milano, ed. Giuffrè, 1983, p. 341.

<sup>2</sup> En las fuentes no encontramos sistematización orgánica de la *e.n.n.p.* y de los institutos afines, los textos con los que contamos son: Dos pasajes del Digesto pertenecientes a ULPIANO, D.44.4.4.16 (Ulp. l. LXXVI *ad ed.*) y D.17.1.29.pr. (Ulp. l. VII *disputat.*) y un título del Código, C.4.30, que reagrupa 16 constituciones imperiales bajo el título *De non numeratae pecuniae*. Fuera de la Compilación: CTh. 2.27; una Constitución *ex corpore Hermongeniani* l.1.; *Ep. Gai* 2.2.9.11; *Lex Rom. Burgundionum* 31.2. y un papiro berlinés núm. 16976/77.

diente genuinamente romano, de otro lado, en relación con la naturaleza jurídica de la *exceptio non numeratae pecuniae*, surge la necesidad de definir la relación entre nuestra excepción y la *exceptio doli* y delimitar los distintos ámbitos de aplicación de las dos excepciones investigando si originariamente se oponía a la *cautio* estipulatoria<sup>3</sup> –como mantiene la autora– o bien, al mutuo recogido por escrito<sup>4</sup> –según la tesis que preferimos–, o bien a ambos casos<sup>5</sup>. Precisamente, el hecho de que la *stipulatio* sea una *obligatio verbis* que se perfecciona independientemente de la causa, explica la atención que la autora presta en el Capítulo II a la relación de la *e.n.n.p.* con el tema de la «degeneración» de la *stipulatio* y su transformación –según algunos autores– de *obligatio verbis* en *obligatio litteris* en conexión con el valor jurídico del documento al que se recurría para dejar constancia de la relación obligatoria.

Para la autora, la *exceptio n.n.p.* se concibió en el seno de la cancellería imperial en la época clásica tardía, situando su aplicación en territorio provincial en el sistema procesal de la *cognitio extra ordinem*<sup>6</sup> y en relación con el

<sup>3</sup> Para algunos autores originariamente este instituto jurídico únicamente hallaba aplicación frente a la *cautio* estipulatoria, *vid.* SCHELESINGER, *Zur Lehre vor der Formalkontrakten und der querella non numeratae pecuniae*, Leipzig, 1858, p. 10; GOLDSCHMIDT, *La querela non numeratae pecuniae e la procedura dell'impero tedesco*, trad. Facelli, Torino, 1886, vol. II, p. 5; PUGLIESE, «L'onore della prova nel processo per formulas», *RIDA*, 3, 1956, p. 381; FERRARI, NNDI, s.v. *Querella non numeratae pecuniae*, t. XIV, Torino, 1957, p. 673.

<sup>4</sup> BINDER, «Der justinianische Litteralkontrakt», *Studi Brugi*, Palermo, 1910, pp. 342 y ss.; SUMAN, «De non numerata pecunia. Note critiche». *Atti del Reale Istituto Veneto di scienze, lettere ed arti*, 78, 1918-19, Milano, ed. Giuffrè, 1984, pp. 225 y ss.; ARCHI, «Studi sulla stipulatio. La querella non numeratae pecuniae», *Scritti di diritto romano I*, Milano, 1981, pp. 531 y ss.; CIMMA, *De non numerata pecunia*, Milano, ed. Giuffrè, 1984, p. 96.

<sup>5</sup> Para GNEIST, *Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts in Vergleichung mit den Geschäftsformen des griechischen Rechts*, Berlino, 1845, pp. 268 y ss., la excepción nació y se desarrolló sobre todo en relación con las *cautiones* estipulatorias, aunque también era aplicable a las *cautiones* simples. LEVY opina que desde el principio (S. III d.C) vendría aplicada contra los documentos estipulatorios de mutuo como contra las *cautiones* simples. «Die querela non numeratae pecuniae. Ihr Aufkommen und Ausbau», *Gesammelte Schriften I*, Colonia-Graz, 1963, pp. 425 y ss. (= ZSS, 70, 1953).

<sup>6</sup> La doctrina mayoritaria estima que la *exceptio non numeratae pecuniae* habría nacido en relación con el procedimiento cognitorio en el seno de la cancellería imperial a finales del S. II o principios del S. III d.C. *Vid.* PERNICE, «Parerga. Der sogenannte Realverbalkontrakt», *ZSS*, 13 (1882), pp. 246 y ss.; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Milano, 1909, pp. 516 y ss.; CIMMA, *De non numerata pecunia...*, *cit.*, pp. 26 y ss. y 94 y ss. En el mismo sentido se manifiesta LEVY «[Die querela...], *cit.*, *ZSS*, 1953, p. 225] que concreta aún más, afirmando que el origen de la excepción se produciría en el procedimiento extraordinario en relación con algunos territorios provinciales; opinión que no descarta PUGLIESE «[L'onore della prova...], *cit.*, p. 383].

Sin embargo, no faltan autores que opinan que la *e.n.n.p.* tuvo su origen en el ámbito del proceso formulario. En este sentido, KRELLER [«Zur Geschichte der *exceptio non numeratae pecuniae*», *Studi Riccobono*, II, Palermo, 1936, pp. 285 y ss.] para el que sería como una *exceptio in factum* concedida por el pretor *causa cognita* contra documentos estipulatorios de mutuo cuando fuese difícil o imposible probar el dolo del actor, con un plazo de ejercicio de un año y comportaba la inversión de la carga de la prueba, transcurrido dicho plazo se propondría la *exceptio doli* que habría mantenido sus características hasta Diocleciano. Para otro grupo de autores, la excepción habría tenido su origen en el S. I. d.C. en el Edicto del pretor y afirman que Caracalla, en la Constitución del 215 d.C., se habría limitado a invertir la carga de la prueba, *vid.* HUSCHKE, «Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehn und den gehögen» *Materien*, Stuttgart, 1882, pp. 102 y ss.; BUSCA, «Ancora in tema di *exceptio n.n.p.*», *SDHI*, 51, 1985, p. 483; TROFMOFF, «La cause dans l'exception non numeratae pecuniae», *RIDA*, 33 (1986), pp. 215 y ss. y 222 y ss.

mutuo formalizado mediante estipulación aunque pronto se extendería al mutuo simple<sup>7</sup>. Efectivamente la excepción debió tener su origen en relación con el procedimiento extraordinario, además de por las razones aducidas por la autora [tales como la fecha del 215 d.C. como primera mención textual a este mecanismo procesal, su régimen probatorio opuesto a los principios clásicos «*Ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*»<sup>8</sup> «*actore non probante, reus absolvitur*» y «*reus in exceptione actor est*»<sup>9</sup> o el hecho de que las constituciones imperiales del título *De non numerata pecunia* (C.4.30) parezcan derivar de consultas de los provinciales a la cancillería para posteriormente hacer valer las respuestas obtenidas ante los órganos jurisdiccionales provinciales que en el S. III d.C. aplicarían los principios del proceso cognitorio (pp. 54 y ss.)], porque entendemos que este remedio procesal no pudo hallar aplicación en el proceso formulario, ya que, desde finales de la República y comienzos del Principado, el deudor, que alega no haber recibido la suma estipulada a pesar del documento, no niega la pretensión del actor fundada en la celebración de la *obligatio verbis*, sino que afirma la inexistencia de causa en la obligación abstracta con la posibilidad de encauzar su defensa a través de la excepción de dolo. Sin embargo, en ausencia de estipulación, la oposición del deudor, que alega la falta de entrega, toma la forma de negación absoluta de la pretensión del actor no pudiéndose hablar, en este caso, de excepción en sentido técnico. Por consiguiente, y a pesar de que sobre esta cuestión no se halle prueba textual en las fuentes, consideramos más probable que la *exceptio n.n.p.* naciese en el ámbito de la *cognitio extra ordinem* propiciada por las consultas de los provinciales en relación con las simples *cautiones* de mutuo ante la importancia creciente del documento de reconocimiento de deuda (quirógrafo) en provincias<sup>10</sup>. Frente a esta opinión, la doctrina mayoritaria<sup>11</sup> y la propia autora mantienen que este instrumento procesal nació frente a los préstamos recogidos en una *cautio stipulatoria* como consecuencia de la preocupación sobre la atribución de la carga de la prueba en la *exceptio doli*, dado que la posición del deudor era muy complicada ya que quien afirma el dolo del acreedor tiene que probarlo<sup>12</sup> y, ante la dificultad de probar un hecho negativo, el ordenamiento habría creado la *exceptio non numeratae pecuniae* que invertía la carga de la prueba.

La inversión del *onus probandi* supone que, si el demandado niega la entrega de la suma de la que se pide la restitución, la *numeratio pecuniae* debe ser probada por el actor<sup>13</sup>. Esta característica de la excepción representa –como afirma la propia autora y la casi generalidad de la doctri-

<sup>7</sup> Así parece derivarse de la idea sostenida por la autora (p. 195) en relación con la utilización de la *e.n.n.p.* frente a una obligación con apariencia de mutuo cuando la verdadera causa del negocio fuese otra (mutuo simulado), donde afirma que en el S. III d.C. y al amparo del proceso cognitorio es indiferente que se trate de mutuo simple o de mutuo estipulatorio, siempre que exista apariencia de mutuo.

<sup>8</sup> D.22.3.2. PAUL. I. LXIX *ad ed.*

<sup>9</sup> D.44.1.1. ULP. I. IV *ad ed.*

<sup>10</sup> *Vid.* la bibliografía citada en la nota 1.

<sup>11</sup> La prueba del dolo debe ser facilitada por quien lo alega, concretamente por quien opone la excepción de dolo, así nos lo hace saber ÚLPIANO D.22.3.18.1 (Ulp. I. IV *disputat.*) y D.44.4.2. (Ulp. I. LXXVI *ad ed.*)

<sup>12</sup> Lo que deriva de dos Constituciones, una de CARACALLA del año 215 d.C., C.4.30.3, y otra de DIOCLECIANO, C.4.30.10.

<sup>13</sup> PUGLIESE, «*L'onore della prova...*», *cit.*, pp. 349 y ss. y p. 383; LÉVY, J. Ph., «*Exceptio non numeratae pecuniae*. La loi de 215: une révolution dans le droit de la preuve?», *IURA*, 36 (1985), pp. 107 y ss.

na<sup>14</sup>— una reforma procesal esencial porque introdujo una fisura en el sistema tradicional de prueba, derogando los principios y reglas que establecían que el demandado que utiliza una excepción debe facilitar su prueba<sup>14</sup>. En otro lugar, la autora (pp. 138 y ss.) concreta aún más y distingue entre carga formal de la prueba (deber de facilitarla) y carga material de la prueba (deber de correr con las consecuencias de la eventual ausencia de aquélla) advirtiendo que en el procedimiento cognitorio la rigidez de la segunda norma era menor que en el proceso formulario pues al estar vigente el principio inquisitivo o de libre investigación, el juez funcionario —*motu proprio*— tiene la prerrogativa de solicitar de cualquiera de las partes la aportación de otras pruebas, de modo que la *e.n.n.p.* que impone al acreedor la obligación de probar la entrega del dinero, coarta el inicial arbitrio judicial. Por su parte, Levy<sup>15</sup>, seguido por un sector doctrinal minoritario<sup>16</sup>, considera que la inversión del *onus probandi* no representó una gran innovación procesal porque en época clásica las reglas en materia de prueba eran poco estrictas y dejaban gran libertad al *iudex privatus*, por consiguiente —continúa el autor— no supuso un gran cambio en relación con lo que vendría haciendo el juez en el ejercicio de su discrecionalidad en relación con la excepción de dolo donde la alegación de la falta de entrega del dinero, en cuanto prueba negativa, no habría podido venir exigida al demandado; de modo que la única novedad estaría en la imposición legal de la inversión de la carga de la prueba en relación con el procedimiento cognitorio. Frente a esta postura y en favor de la tesis mantenida por la autora, advertimos con Pugliese<sup>17</sup>, que en las fuentes se dice de forma general que la prueba del dolo corresponde a quien lo alega<sup>18</sup> y no hay ningún indicio de que la utilización de la excepción de dolo frente a la *condictio* del estipulante traslade la carga de la prueba al demandante<sup>19</sup>; si en materia de *pecunia credita* la solución hubiese sido distinta, los juristas clásicos no habrían dejado de advertirlo expresamente y los compiladores no tendrían porqué haberlo suprimido o modificado habida cuenta de que se adecuaba perfectamente a las normas que, para este caso concreto, regían en época Justiniana.

Otra característica de la *exceptio n.n.p.* es que, a partir de una determinada fecha, deviene prescriptible frente al carácter perpetuo de la *exceptio doli*. La *exceptio n.n.p.* protege al deudor en detrimento del acreedor imponiendo a este último la carga de la prueba sin posibilidad de utilizar el documento de crédito, pero al mismo tiempo limita su plazo de ejercicio en contraste con el principio general de imprescriptibilidad de las excepciones<sup>20</sup>; limitación que —en nuestra opinión— más que fijarse en defensa de los acreedores de buena fe<sup>21</sup>, derivaría de la exigencia de dar certeza a las relaciones entre particulares, en consonancia con la tendencia postclásica —constatada por la autora<sup>22</sup>— de dar

<sup>14</sup> PALERMO, *Studi sulla «exceptio» nel diritto classico*, Milano, ed. Giuffrè, 1956, pp. 97 y ss.; PUGLIESE, «L'onore della prova...», *cit.*, pp. 349 y ss. y 381 y ss.

<sup>15</sup> LEVY, E., «Beweislast im klassischen Recht», *IURA*, 3 (1952), pp. 155 y ss., *id.*, «Die querela...», *cit.*, *ZSS*, 1953, pp. 219 y ss. y 226 [= *Ges. Schriften*, I, pp. 425 y ss.].

<sup>16</sup> KASER, «Beweislast und Vermutung im römische Formularprozess», *ZSS*, 1954, pp. 221 y ss.; ARIAS BONET «Sobre la querela y la *exceptio non numeratae pecuniae*. Derecho romano y vicisitudes medievales», *AHDE*, 52 (1983), pp. 113 y ss.

<sup>17</sup> PUGLIESE, «L'onore della prova...», *cit.*, p. 282.

<sup>18</sup> (*Vid.* ULPIANO D.22.3.18.1 (I. VI *disputat.*) y D.44.4.2 (I. LXXI *ad ed.*)

<sup>19</sup> (*Vid.* Gayo 4.116 a; 119; Ulp.D.44.4.2.3 (I. LXXXVI *ad ed.*)

<sup>20</sup> D.44.4.5 y 6. (Paul. I. LXXI *ad ed.*)

<sup>21</sup> BUSCA, «Ancora in tema di *exceptio*...», *cit.*, p. 482

<sup>22</sup> GARCÍA CARRASCO, *Supuestos de hecho... cit.* p. 61.

seguridad al tráfico jurídico evitando el carácter perpetuo de los medios procesales para que situaciones jurídicas que parecían consolidadas, no pudieran devenir fácilmente litigiosas<sup>23</sup>.

Las fuentes atestiguan que, al menos, desde un rescripto de Alejandro Severo emanado en el año 228<sup>24</sup>, viene fijado un plazo de ejercicio para la excepción, plazo que no viene especificado en la ley; sólo posteriormente, según se desprende de una Constitución conservada en un Epítome del Código Hermogeniano<sup>25</sup>, Diocleciano<sup>26</sup> fijó el plazo de prescripción en 5 años, reducido a dos por Justiniano<sup>27</sup>.

La ambigüedad con la que se expresa la constitución de Alejandro Severo en relación con el plazo de ejercicio de la excepción, *si intra legibus definitum tempus...*, hace que algunos autores<sup>28</sup> consideren que originariamente no se fijó limitación temporal alguna. Sin embargo, la autora sostiene, a pesar de la falta de datos directos y expresos en las fuentes, que es muy probable que el plazo viniese fijado con anterioridad a la época de Alejandro Severo, concretamente por la cancillería de Caracalla<sup>29</sup>, fundándose en el hecho de que precisamente la sujeción a término de la *exceptio* condiciona la existencia de otro mecanismo procesal, la llamada *querimonia* o *querella non numeratae pecuniae*<sup>30</sup> a la que ya se refiere Caracalla en C.4.30.4 y cuya utilización por parte del deudor o su heredero sirve para interrumpir la prescripción de la excepción y perpetuar su ejercicio<sup>31</sup>; dado que –para la autora– la excepción y la querela nacieron simultáneamente, concluye que no se comprendería la razón de ser de la querela si la excepción no estaba sometida a plazo. Una vez aceptada la existencia de dicho plazo, la autora opina que el término fue fijado en un año<sup>32</sup>

<sup>23</sup> CIMMA, *De non numerata pecunia...*, cit., p. 95.

<sup>24</sup> *Si intra legibus definitum tempus qui cautionem exposuit nulla querimonia usus defunctus est, residuum tempus eius heres habebit tam adversus creditorem quam adversus heredes eius. Sin autem questus est, exceptio non numeratae pecuniae heredi et adversus heredes perpetuo competit. Sin vero legitimum tempus excessit in querimoniam creditore minime deducto, onnimodo heres eius, et si pupillus sit, debitum solvere compellitur.*

<sup>25</sup> Epit. Cod. Hermog. Wisigothica I.1.–Aurelio Alexio. *Exceptionem non numeratae pecuniae non anni sed quinquennii spatio deficere nuper censuimus. Scripta VII id. April. Sirmio Caesaris cons.*

<sup>26</sup> La doctrina duda sobre la autoría de la Constitución, atribuyéndola a emperadores de épocas tan dispares como Marco Aurelio, Caracalla, Alejandro Severo o Diocleciano; sobre este tema con detalle, Vid. BUSCA, «Ancora in tema di *exceptio...*», cit., pp. 486 y ss.

La autora atribuye la Constitución citada a Diocleciano (p.62), lo que parece más razonable, si tenemos en cuenta que el Código Hermogeniano, como suplemento del Código Gregoriano, recoge rescriptos de Diocleciano y de sus sucesores, Constantino y Valentiniano. Algunos autores concretan la fecha de la Constitución en el año 294 d.C. vid. FIRA, II, p. 665; ARIAS BONET, «Sobre la *querela...*», cit., p. 120.

<sup>27</sup> C.4.30.14 Justiniano (año 528 d.C.)

<sup>28</sup> BUSCA, «Ancora in tema di *exceptio...*», cit., p. 488. TROFIMOFF, «La causa dans la *exceptio non numeratae pecuniae*», RIDA, 33, 1986, p. 222.

<sup>29</sup> En este sentido se manifiesta ARIAS BONET, «Sobre la *querela...*», cit., p. 119 y nota 20.

<sup>30</sup> La autora (p. 60), siguiendo a MESSINA VITRANO «[La *litterarum obligatio* nel Diritto giustiniano», A.G., 80 (1908), pp. 119 y ss.] identifica la *querimonia* con la *querella*.

<sup>31</sup> Vid. C.4.30.8 (*Imp. Alexander*, año 228 d.C.) y C.4.30.10 (*Imp. Diocletianus*). De estas constituciones emerge claramente la relación entre la *querela* y la *exceptio*. De la Constitución de Caracalla deriva claramente la existencia de un plazo para el ejercicio de la excepción y que la *querela* tiene la finalidad de perpetuar dicha excepción.

<sup>32</sup> Lo que deriva de las palabras «*non anni sed quinquennii*» recogidas en el Epítome del Código Hermogeniano I.1

computable a partir del momento en que la obligación deviene exigible<sup>33</sup>, después de este momento ya no podría hacerse valer ni la excepción de dolo ni la *e.n.n.p.* y el documento constituiría prueba plena de cuanto atestigua en torno a la entrega del dinero.

El Capítulo II se centra en el estudio de la *stipulatio* de mutuo. La costumbre de recoger por escrito el contenido de la *obligatio verbis* a través de una *cautio* estipulatoria, primero, y a través de un quirógrafo de mutuo<sup>34</sup>, después<sup>35</sup>, hace que la autora se plantee la cuestión del valor del documento en conexión con la transformación sufrida por la estipulación.

En este sentido, buena parte de la doctrina relaciona el origen de la *exceptio non numeratae pecuniae* con el proceso de transformación de la *stipulatio* lo que adquiere especial relevancia si tenemos en cuenta que es precisamente en el período indicado (finales del S. II o principios del III d.C.) cuando se produce más claramente la relajación de los requisitos clásicos para la celebración de una estipulación válida pues hasta la época diocleciana se observaba la preocupación de la cancillería imperial por hacer cumplir aquellos requisitos, exigiendo el cumplimiento de las formalidades orales<sup>36</sup>. La *communis opinio* entiende que, al menos, durante la época clásica y hasta Diocleciano la estructura clásica de la *stipulatio* se conservó y el escrito, que recogía su celebración, tuvo un valor *ad probationem*. A partir de este momento se inició un proceso de «degeneración» de la *stipulatio* sobre cuyo alcance la doctrina no se pone de acuerdo. A continuación nos limitaremos a recoger las posturas más ilustrativas al respecto.

Para un sector doctrinal, se produjo la conversión de la *stipulatio* de *obligatio verbis* en *obligatio litteris*. En este sentido, Riccobono<sup>37</sup> opina que la *stipulatio* conservó sus características hasta Diocleciano a través de declarar la formalidad oral como esencial para su celebración pero a partir de Constantino y por influencia de la *praxis* de las provincias Orientales halla reconocimiento oficial el contrato literal y la estipulación empieza a abandonar su forma de solemnidad oral fundiéndose con el escrito. Posteriormente, Justiniano, a través de oportunas modificaciones introducidas en los textos clásicos, confirió fuerza vinculante a la declaración contenida en el documento estableciendo presunción absoluta de que la estipulación se celebró en presencia de las partes y con el cumplimiento de las formalidades clásicas. En su opinión la *e.n.n.p.* se concibió como una *exceptio in factum* sometida a un breve término y se aplicó en época postclásica a las *obligationes litteris* de

<sup>33</sup> TROFIMOFF «[La causa dans la *exceptio...*», *cit.*, p. 223] opina que el plazo de prescripción comienza a contar desde que el acreedor ejercita la *condictio*, pues de otra manera, bastaría con que el acreedor esperase un año.

<sup>34</sup> La autora (p. 78, nota 3) advierte que utiliza ambos términos para referirse al mismo documento explicando que «antes de producirse la desnaturalización del negocio estipulatorio, el documento en el que se dejaba constancia de la ceremonia estipulatoria era la *cautio...* Con el devenir del tiempo, la promesa abstracta de deuda en que la *stipulatio* consistía, empezó a incluirse en un documento de procedencia griega que respondía a la denominación de quirógrafo».

<sup>35</sup> MITTEIS afirma que fue a partir del S. III d.C. cuando se difundió la utilización del quirógrafo (reconocimiento de deuda autógrafo suscrito por el emisor) para el mutuo y la estipulación.

<sup>36</sup> *Vid.* C.4.2.6.1; 4.2.14; 4.2.5.1; 8.42(43).13; *Cfr.* C.4.31.6. (Alej. Sev.) y C.8.42(43).6 (Gordiano).

<sup>37</sup> RICCOBONO, «*Stipulatio ed instrumentum* nel diritto giustiniano», *ZSS*, 35, 1914, pp. 214 y ss. y *ZSS*, 43 1922, pp. 262 y ss.

forma análoga a la excepción de dolo frente a la estipulación. A partir de Justiniano vendría admitida frente a las estipulaciones de mutuo en cuanto que en este momento la *stipulatio* era concebida *re et verbis*. En sentido semejante se expresa Frese<sup>38</sup> que afirma que el proceso de transformación de la estipulación iniciado en el S. III d.C. llevó a que en época postclásica el documento de mutuo romano perdiese su valor exclusivamente probatorio para transformarse en un contrato formal. En su opinión, la aparición de la *e.n.n.p.* es una reacción del Derecho romano frente a la concepción griega del síngrafo, instituto de origen provincial que habría devenido de aplicación general en época postclásica cuando el documento de mutuo se transformó en *obligatio litteris*.

Para otro sector doctrinal, el contrato estipulatorio nunca perdió su naturaleza de *obligatio verbis* y el documento en que se deja constancia de los términos de la estipulación tuvo un valor meramente probatorio. En este sentido, Gneist<sup>39</sup> opina que, si bien a partir del S. II, por el uso del documento escrito, se generalizó la costumbre de recoger una cláusula sintética al final del documento cuya mención presuponía que en realidad se habían cumplimentado las formalidades necesarias para la celebración de la estipulación, el quirógrafo nunca fue reconocido por los romanos como *obligatio litteris* sino como un elemento *ad probationem*. En su opinión, la aparición de la excepción está en relación con la modificación sufrida por la *stipulatio*, que ya no se contraía de forma exclusivamente oral sino a través de la redacción de una *cautio*, la *e.n.n.p.* habría surgido en el año 215 d.C. frente al valor probatorio del documento, obligando al acreedor a probar la efectiva entrega del dinero. Para Biondi<sup>40</sup> la *stipulatio* nunca perdió su carácter de *obligatio verbis* pero reconoce que su eficacia pasó gradualmente de las palabras al consenso lo que produjo desde la época postclásica la atenuación de los requisitos de la oralidad y de la presencia de las partes; existiendo documento se presume que se produjo la necesaria formalidad oral. Para la autora, el proceso de transformación de la *stipulatio* no supuso su sustitución por una *obligatio litteris*, señala la paulatina causalización de la estipulación a través del ejercicio de la *exceptio doli*, primero, y de la *e.n.n.p.*, después, lo que produjo que el negocio estipulatorio perdiese su carácter de abstracción material (entendida como independencia del negocio formal con el negocio fundamental o subyacente) aunque conservó su abstracción funcional (posibilidad de dar cobertura a cualquier causa jurídica). Afirma –siguiendo la tesis de Biondi– que sólo las palabras tuvieron valor integrativo o *ad solemnitatem* y considera que, a pesar de que la cláusula *et stipulatus sponpondi* añadida al quirógrafo de mutuo redujo la presencia de las partes a simple presunción, el escrito únicamente tuvo valor *ad probationem* y por consiguiente la *e.n.n.p.* no pudo utilizarse como medio procesal para privar a la *cautio* de su carácter de *obligatio litteris*. Igualmente niega que la aparición del nuevo remedio procesal esté relacionado con el valor del documento en el que se recoge la celebración de la *stipulatio* porque estima que el quirógrafo de mutuo no fue considerado título ejecutivo por el Derecho romano y ni siquiera alcanzó valor de prueba privilegiada, por consiguiente, opina que los fines que llevaron a la cancellería

<sup>38</sup> FRESE, «Zur Lehre von der Quittung», ZSS, 18 (1897), pp. 268 y ss.

<sup>39</sup> GNEIST, *Die formellen Verträge... cit.*, pp. 256 y ss.

<sup>40</sup> BIONDI, *Contratto e stipulatio*, Milán, ed. Giuffrè, 1953, pp. 256 y ss.

a introducir este expediente procesal fueron de otra índole, como la represión de los préstamos a interés abusivo.

Opinamos –con la autora– que la transformación sufrida por la *stipulatio* fue más estructural que formal, produciéndose la pérdida del carácter abstracto del negocio. En este sentido se expresa Archi<sup>41</sup>, para quien la *stipulatio* clásica conservó sus características hasta Diocleciano, sin embargo la mentalidad vulgar (incapaz de distinguir entre el negocio jurídico y la causa del mismo) no entendió el carácter abstracto del negocio, lo que provocó que en esta época asistiéramos a –lo que el autor denomina– la «emersione delle singole causa» que se produce en el campo contractual en general y donde la causalización de la *stipulatio* vendría a ser un supuesto más dentro de la política legislativa imperial.

Consideramos que, si bien la *stipulatio* se transformó en un negocio jurídico causal donde asume un valor preferente el consentimiento de las partes, continuó siendo una *obligatio verbis*, de modo que para el Derecho romano el carácter constitutivo únicamente puede predicarse de la oralidad y el *instrumentum* era considerado simplemente un medio de prueba. Por ello, la introducción del nuevo sistema de la *querella non numeratae pecuniae* no puede relacionarse con la pretendida crisis del negocio jurídico formal de la *stipulatio*, que hasta Diocleciano conservó su propia estructura, sino con el campo más amplio de la política legislativa imperial en su intento por conservar la tradición jurídica romana frente a las instituciones extranjeras<sup>42</sup>. Dicho de otro modo, la aparición de la *e.n.n.p.* y los institutos afines está relacionada con la tensión entre la concepción romana de la estipulación como *obligatio verbis*, que –en nuestra opinión– se conservó hasta el final de la evolución del Derecho romano, y la concepción helenística en torno al valor del documento. En este sentido, Archi<sup>43</sup> opina que, en Oriente, la mentalidad provincial acaba por no dar importancia a la cláusula estipulatoria que solía añadirse al quirógrafo de mutuo, atribuyendo valor constitutivo a la declaración escrita, mientras, en Occidente, la política legislativa de la cancillería imperial, aunque aparece guiada por un espíritu innovador consciente de la mayor difusión e importancia práctica del documento, viene limitada por dos puntos firmes: la fuerza constitutiva de los *verba* y la eficacia probatoria del *instrumentum*, de modo que sólo se concibe como contrato la *stipulatio* oral aunque, en ella, asume un valor preferente el acuerdo, conservando el documento un valor exclusivamente probatorio. Para este autor la excepción y los institutos a ella conexos nacieron y se desarrollaron en la cancillería como instrumentos de la *cognitio extra ordinem* frente a los simples documentos de mutuo para evitar

<sup>41</sup> ARCHI, «Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano», *Scritti di diritto romano*, vol. III, Milano, 1981, pp. 1800 y ss. Y sobre todo pp. 1819 y ss.; id., «Studi sulla *stipulatio*...», *cit.*, p. 616.

<sup>42</sup> Después de la *Constitutio antoniniana* la cancillería imperial debió dirigirse en múltiples ocasiones a los neorromanos (sobre todo a los ciudadanos helenísticos) para aclararles cuáles eran los principios del puro Derecho Romano a los que estaban obligados a someterse. *Vid.* GUARINO, *La condanna nei limite del possibile*, 2.<sup>a</sup> ed. Napoli, ed. Jovene, 1978, p. 36. En concreto en el campo procesal, a pesar de la prevalencia de la *cognitio extra ordinem*, las fuentes clásicas siguieron constituyendo la guía de la jurisdicción también en provincias (expresamente se refieren a la aplicación del Edicto del pretor en provincias: C.8.30.3; C.2.19.7; C.8.6.1; C.8.46.9; C.5.42.4; C.2.12.19; C.7.72.9; C.8.2.2).

<sup>43</sup> ARCHI, «Studi sulla *stipulatio*...», *cit.*, pp. 531 y ss.; id., «Indirizzi e problemi...», *cit.*, pp. 1810 y ss. y 1821 y ss.; id., «*Civiler vel ciminaliter agere* (Contributo storico –dommatico al problema della efficacia della *scriptura*)», *Scritti di diritto romano*, vol. III, pp. 1634 y ss.

que el acreedor obtuviese satisfacción, independientemente de la existencia material de la causa.

En nuestra opinión, es indudable que en la parte Oriental del Imperio la realidad jurídica era diversa. En este sentido, las fuentes<sup>44</sup> atestiguan la existencia y difusión del contrato literal entre los habitantes de las provincias orientales; del estudio de los textos, principalmente el falso Asconio<sup>45</sup>, y de algunos papiros egipcios, Mitteis<sup>46</sup> llega a la conclusión de que entre los griegos y los egipcios existía una *obligatio litteris, syngrapha*, que era un contrato abstracto en el que se recogía un mutuo ficticio y donde el escrito era fuente de la obligación. En relación con el quirógrafo sólo contamos con la escasa información que nos facilita Gayo: «*Praeterae litteratum obligatio fieri videtur chirografis et singrafis...*». En cualquier caso —como señala Arias Ramos<sup>47</sup>— cuando la Constitución antoniniana extendió la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del Imperio y, por tanto, les fueron aplicables los principios romanos, la concepción del síngrafo y, quizá también del quirógrafo, se contraponen a los principios clásicos y, por ello, tales documentos quedan como simples medios de prueba. Simultáneamente, y a partir de Caracalla, la *stipulatio* adquiere amplia difusión entre los provinciales que recogen su celebración en un documento de reconocimiento de deuda (*chirographum*), donde la necesaria ceremonia verbal viene reducida a una simple cláusula de estilo recogida al final del documento<sup>48</sup> cuya mención daba a entender que, en realidad, se desarrollaron las formalidades necesarias para la celebración de la estipulación. En este caso, si hubo *stipulatio* pero no se produjo la efectiva entrega del dinero, la *obligatio* nace *verbis* y el deudor sólo puede utilizar en su defensa la *exceptio doli*. En cuanto al sistema de la *querella non numeratae pecuniae* surgió y se desarrolló en la cancillería imperial como instrumento de la *cognitio extra ordinem* ante las preguntas planteadas por los provinciales sobre el valor del simple quirógrafo de mutuo cuando no se hubiese producido la *datio rei* (aunque pronto se aplicaría a las *cautiones stipulatoriae* que comenzaron a ser recogidas en simples quirógrafos donde la estipulación devino simple cláusula de estilo), con el fin de evitar que el acreedor pudiese hacer valer lo reconocido en el documento independientemente de la existencia efectiva de la causa, lo que se conseguía por la vía de la inversión del *onus probandi* y privando de valor probatorio al escrito, pues, de otro modo, si se hubiese concedido al acreedor recabar la prueba del simple documento, se estaría equiparando la *stipulatio* de mutuo con el simple quirógrafo de mutuo.

La autora opina que el nuevo remedio procesal sirvió para poner freno a los préstamos a interés abusivo por la vía de perjudicar la posición procesal de los prestamistas que corrían con la carga de probar la licitud de los intereses (capítulo III) y no descartar que éste fuese el supuesto que la cancillería imperial quiso regular con el nuevo mecanismo procesal, sin embargo, consciente de que «el simple estudio de las fuentes referidas a la *e.n.p.p.* no proporciona

<sup>44</sup> GAYO III.134.

<sup>45</sup> PS. ASCONIO 2.1.91

<sup>46</sup> MITTEIS, *Reichsrechts und Volksrecht in den östlichen Provinzen des Römischen Kaiserreichs*, Lipsia, 1891 p. 16, nota 2 y 459 y ss.

<sup>47</sup> ARIAS RAMOS, *Derecho Romano*, vol. II, 18.ª edic., ed. Rev. De D. Privado, 1986, p. 622.

<sup>48</sup> D.2.14.7.12 (ULP.); MITTEIS, *Reichsrechts und Voldsrecht...*, cit., p. 459 y ss.; GNEITS, *Die formellen Verträge...*, cit., pp. 256 y ss.; ARCHI, «Indirizzi e problemi...», cit., p. 1821.

un argumento sólido a favor de esta idea...», aborda no sólo los aspectos jurídico-procesales sino también la vertiente socioeconómica del problema, constatando la frecuente *praxis* de prestar a interés abusivo y la poca efectividad de los remedios jurídicos recogidos por el ordenamiento para controlar dichas prácticas, lo que –según la autora– bien podría justificar la existencia de un medio de defensa procesal como la *e.n.n.p.*

Desde luego, considero que toda reforma legislativa tiende a dar respuesta a un problema social y, sin duda, la aparición del nuevo mecanismo procesal obedeció a consideraciones político-sociales<sup>49</sup> frente a la frecuencia de los abusos de los prestamistas que actuaban fraudulentamente documentando relaciones de crédito que carecían de base efectiva (préstamo sin *datio*). Ahora bien, ¿sería este remedio aplicable al supuesto de mutuo con *usurae illicitae*? La autora responde afirmativamente y en apoyo de su tesis menciona los siguientes textos: C.4.30.2 de Caracalla; C.4.30.9 de Diocleciano y Maximiano e, indirectamente, C.4.30.4.

La doctrina ha interpretado estos pasajes de muy diversas maneras de acuerdo con la propia tesis sobre el origen y naturaleza de la *e.n.n.p.* En esta sede prescindiré del enunciado pormenorizado de las distintas posturas doctrinales<sup>50</sup> y me limitaré a dar mi opinión sobre este tema pues a través de los argumentos expuestos resultarán criticadas, asumidas o rechazadas, las distintas tesis mantenidas.

El primero de los textos mencionados es una constitución emanada por Caracalla en el año 213 d.C. El pasaje se refiere a un caso en que el deudor había recibido una cantidad inferior a la documentada y pedida por el acreedor.

*C.4.30.2 (Imp. Antoninus A. Maturio).—Minorem pecuniam te accepisse et maioris cautionem interpossuisse si apud eum qui super ea re cogniturus est constiterit, nihil ultra quam accepisti cum usuris in stipulatum deductis restituere te iubebit (año 213).*

De la lectura del texto se pueden recabar los siguientes datos ciertos: en primer lugar, el pasaje trata de una *cautio stipulatoria*, lo que viene confirmado –como señala ARCHI<sup>51</sup>– porque en el lenguaje de los clásicos la expresión *interponere cautionem* se refiere generalmente a la *stipulatio*<sup>52</sup>. La doctrina opina que se trata de una *stipulatio sortis et usurae* donde se recoge el capital más los intereses. En segundo lugar, destaca el contexto *extra ordinem* de la contestación imperial «*nihil ultra quam accepisti... restituere te iube*». Dicha solución contrasta con los principios del procedimiento formulario,

<sup>49</sup> PUGLIESE, «L'onore della prova...», *cit.*, p. 284; ARIAS BONET, «Sobre la *querella*...», *cit.*, pp. 117 y ss.

<sup>50</sup> Para unos autores, siguiendo un pasaje de los Bas. 23.1.64.1109, la constitución otorgaba la *e.n.n.p.* con el mismo efecto que si nada se hubiese recibido, en este sentido BUSCA, «Ancora in tema di *exceptio*...», *cit.*, p. 483. Para este autor, dado que el pasaje nada dice sobre la carga de la prueba, supone, en base al término *constiterit* que incumbiría al deudor. Para otros autores, el emperador no menciona la *e.n.n.p.* porque hasta Diocleciano no fue admitida frente a las *cautiones* estipulatorias, en este sentido se manifiesta ARCHI, «Studi sulla *stipulatio*...», *cit.*, pp. 630 y ss. Cfr. CIMMA, *De non numerata pecunia...*, *cit.*, pp. 51 y ss. Para otros autores este caso se halla fuera del ámbito de aplicación de la *e.n.n.p.* vid. SUMAN, *De non numerata pecunia...*, *cit.*, pp. 245 y ss. KRELLER, «Zur Geschichte der *exceptio*...», *cit.*, p. 294, nota 48. En todo caso, la autora recoge las distintas posiciones doctrinales en las pp. 154 y ss.

<sup>51</sup> ARCHI, «Studi sulla *stipulatio*...», *cit.*, p. 630.

<sup>52</sup> Vid. V.I.R.: s.v. *cautio*.

pues la interposición de la *exceptio* no produciría la absolución del demandado por *pluris petitio* sino que conllevaría una disminución de la condena y esto –según la *communis opinio*<sup>53</sup>– no es posible en el procedimiento formulario<sup>54</sup>. En tercer lugar, el texto no menciona la *e.n.n.p.*, de hecho el emperador evita designar técnicamente la defensa del demandado omitiendo, incluso, el término *exceptio* y tampoco hay mención al particular sistema probatorio de nuestra excepción.

En nuestra opinión –conforme a la tesis que hemos venido manteniendo– es probable que el texto no hable de la *e.n.n.p.* porque en el año 213 d.C. todavía no era ejercitable más que ante los documentos simples de mutuo. Entonces ¿a qué remedio procesal se refería Caracalla?. Para la autora, no cabe hablar de la *e.n.n.p.* sin riesgo de incurrir en error, pero afirma como muy probable que se trate de una *exceptio in factum* que pronto pasaría a ser la *e.n.n.p.*, válida tanto para el préstamo sin *datio*, como para el préstamo con usuras ilícitas y no descarta que la cancillería estuviese pensando en dar respuesta a este último supuesto dada la frecuente *praxis* de prestar a interés abusivo y la poca efectividad de los remedios discurridos por el ordenamiento para ponerles freno.

En cuanto al segundo texto, C.4.30.9, es una Constitución de Diocleciano y Maximiano (287-304) del que, en general, la doctrina estima que no pueden extraerse demasiados datos fiables<sup>55</sup>. Se refiere a una estipulación de mutuo donde se recoge el capital prestado más los intereses y se hace referencia a una *exceptio in factum* para hacer valer la recepción de menos de lo estipulado:

*Cum ultra hoc, quod accepit, re obligari neminem posse constat, et stipulatione interposita placita creditor non dederit, in factum dandam exceptionem convenit, si necdum tempus, infra quod huius rei querela deferri debet transiit; vel si intra hoc, quod accepisti, sortis a te nomine rector provinciae patietur.*

Tal y como aparece redactado actualmente el pasaje, se menciona una estipulación en la que las partes acuerdan recoger como *sors* tanto la suma prestada como las usuras derivadas. Frente a este hecho, el emperador otorga una *exceptio*, llamada *in factum*, con lo que el demandado sólo vendría obligado a pagar a título de *sors* el capital realmente entregado como tal. Sin embargo, esta práctica era perfectamente válida en época diocleciana, el anatocismo únicamente vino prohibido por Justiniano en el año 529 d.C.<sup>56</sup>, por tanto, el texto debe estar interpolado, lo que viene confirmado por Talaleo, que informa en el escolio 3 de los Bas. 23.1.71, que el texto fue modificado por los compiladores para adecuarlo a la reforma justineana sobre el anatocismo.

La doctrina se ha centrado en el ejercicio de una *exceptio in factum*, que algunos autores han identificado con la *e.n.n.p.* y el régimen de la *querella*,

<sup>53</sup> Vid. CIMMA, *De non numerata pecunia...*, cit., pp. 51 y ss y toda la bibliografía citada por este autor en la nota 137.

<sup>54</sup> En relación con el procedimiento cognitorio, la autora opina (p. 158 y ss.) –frente a la generalidad de la doctrina– que el régimen de la *pluris petitio* se mantuvo en vigor, concibiéndose la *pluris petitio re* como un ilícito procesal que conllevaba la pérdida del proceso, pero estima que la regulación en materia de *pecunia* entregada en mutuo debió constituir una excepción a la regla general

<sup>55</sup> LEVY, «Die querela...», cit., p. 441; ARCHI, «Studi sulla stipulatio...», cit., p. 639; CIMMA, *De non numerata pecunia...*, cit., pp. 80 y ss.

<sup>56</sup> C.4.32.28 (año 529).

para hacer valer la recepción de una cantidad menor a la estipulada. Sin embargo, el texto no menciona la *exceptio non numeratae pecuniae* ni tampoco hay huella del especial régimen probatorio de la misma y no se comprende fácilmente por qué Diocleciano, si quiso referirse a nuestra excepción, habla, en cambio, de una *exceptio in factum*. Para Cimma<sup>57</sup> la cancellería evitó mencionarla porque esta expresión había devenido técnica para oponerse a la falta de entrega del dinero y no al montante de la suma a restituir. Para Archi<sup>58</sup> la equiparación de la *e. in factum* con la *e.n.n.p.* se debe a los compiladores Justinianos.

Para la autora, la conclusión que se extrae de la lectura de estas dos constituciones imperiales es que la *e.n.n.p.*, tradicionalmente vinculada por la doctrina a la *cautio* de un préstamo sin *datio rei*, también pudo utilizarse para los casos en que habiendo existido *datio*, ésta era inferior a la documentada, respondiendo el excedente a intereses que no siempre debían ser lícitos. A pesar de que ninguno de los textos mencionados hace referencia a la inversión del *onus probandi*<sup>59</sup>, característica esencial de la *e.n.n.p.*, la autora se inclina a pensar que la carga de la prueba recaía sobre el acreedor en base a la necesidad económico social de poner freno a los préstamos a alto interés.

Sin embargo, en mi opinión, debido a la escasez de los datos proporcionados por las fuentes, la tesis de la autora, aunque muy sugestiva y bien construida sobre la realidad económico social del momento, no puede erigirse como segura y definitiva.

En el capítulo IV, la autora, después de poner de manifiesto la frecuente *praxis*, tanto en Derecho greco-egipcio como en Derecho romano<sup>60</sup>, de recurrir al quirógrafo para llevar a cabo la conversión en mutuo de un negocio jurídico que en realidad respondía a otra causa<sup>61</sup> debido a las ventajas procesales que derivaban de la *condictio certae creditae pecuniae*, se propone, a través del estudio de C.4.30.5 (año 223) y C.2.6.3 (año 240), averiguar si fue posible el empleo de la *e.n.n.p.* cuando no fuese *credendi* la causa de la obligación<sup>62</sup>.

En cuanto al primero de los textos mencionados, C.4.30.5, es un rescripto de Alejandro Severo fechado en el año 223 d.C.

*Adversus petitiones adversarii si quid iuris habes, uti eo potest. Ignorare autem non debes, non numeratae pecuniae exceptionem ibi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur. Quum autem ex praecedente causa debiti in chirographum quantitas redigitur, non requiritur, an tunc, quum cavebatur, numerata sit, sed an iusta causa debiti praecesserit.*

<sup>57</sup> CIMMA, *De non numerata pecunia...*, cit., p. 81.

<sup>58</sup> ARCHI, «Studi sulla stipulatio...», cit., p. 641.

<sup>59</sup> La doctrina se divide entre los autores que atribuyen el *onus probandi* al acreedor *vid.* la autora, p. 157 y los que lo atribuyen al deudor, *vid.* BUSCA, «Ancora in tema di *exceptio...*», cit. p. 384

<sup>60</sup> *Vid.* D.4.4.40.pr.; D.12.1.15 y D.17.1.34., analizadas por la autora en las pp. 205 y ss.

<sup>61</sup> Entre la doctrina, consideran frecuente la conversión de una *causa debendi* diversa y precedente en forma de mutuo, los siguientes autores LEVY, «Die querela...», cit., pp. 437 y ss.; ARCHI, «Studi sulla stipulatio...», cit., pp. 601 y ss.; CIMMA, *De non numerata pecunia...*, cit., pp. 65 y ss.

<sup>62</sup> A favor de su utilización se expresa TROFFIMOF, «La cause dans l'exception...», cit., pp. 231 y ss.

En este pasaje se pueden distinguir dos partes perfectamente diferenciadas, la primera pone claramente de manifiesto que sólo es posible el uso de la *e.n.n.p.* en relación con los documentos que recogen un mutuo.

La segunda parte del texto recoge la conversión en mutuo de una suma debida *ex praecedenti causa debiti* (desde *quum autem...* hasta el final) y la autora se pregunta si es posible la utilización de nuestra excepción cuando el mutuo recogido por escrito resulte ser un negocio aparente o simulado. Si bien, el pasaje ha sido interpretado de muy diversas maneras por la doctrina, en general, se suele negar la utilización de la *e.n.n.p.* en este caso. Para unos autores<sup>63</sup> la expresión *in quirographum quantitas redigitur* está interpolada y opinan que, originariamente, se refería a la *stipulatio ex intervallo* con función novatoria de una obligación precedente distinta del mutuo, en cuyo caso el deudor que quisiese alegar un fallo en la causa debía ejercitar la *exceptio doli*. Frente a esta postura, otro sector doctrinal<sup>64</sup> mantiene la originalidad del texto e interpreta que la *e.n.n.p.* sólo podría oponerse cuando la causa del negocio recogido en el documento fuese una *pecunia credita*, de forma que si la suma en cuestión era debida en base a título diverso, la *e.n.n.p.* no era ejercitable. Sin embargo –consideramos con la autora– que del texto no se desprende necesariamente el rechazo a la *exceptio non numeratae pecuniae* cuando exista apariencia de préstamo, de hecho, en la práctica nada impide que el deudor utilice la excepción frente al quirógrafo de mutuo aunque el deudor lo sea en virtud de una causa distinta, pues sólo en el seno del proceso se pondrá de manifiesto cuál fue la causa real del negocio, en este sentido, y en relación con el quirógrafo que recoge el préstamo, la propia constitución insta a averiguar la verdadera causa y no a indagar si hubo o no entrega. Por estos motivos, la autora admite el ejercicio de nuestra excepción obligando al acreedor a probar la causa de la obligación y en apoyo de su tesis, aduce un segundo texto, que –en mi opinión– no ha sido suficientemente considerado por la doctrina a este respecto, C.2.6.3 que recoge un caso de simulación, donde se consigna como debida una suma por causa de mutuo que encubre la prestación de unos servicios por un abogado. La explicación de usar una *stipulatio*, ya sea simple o de mutuo, puede responder –como bien sostiene la autora– a dotar de acción un acto jurídico que inicialmente no la tenía o bien, a encubrir una causa ilícita.

*Imp. Gordiano A. Flaviano.- Si sub specie honorarii, quod advocato usque ad certum modum deberi potuisset, eam quantitatem, quam desiderio tuo complecteris, te daturum cavisti, et quasi mutuam pecuniam accepisses, eam te redditurum promisisti, nec temporis spatio gesto negotio consensum ac fidem accommodasti; competenti exceptione non numeratae pecuniae tutus es, et ex hac causa cautionem interpositam usitato more potest condicere.* (año 240 d.C.).

En esta constitución se mencionan dos instrumentos procesales, la *e.n.n.p.* y la *condictio scripturae*<sup>65</sup>, el primero serviría para «causalizar» la

<sup>63</sup> Vid. RICCOBONO, «*Stipulatio ed instrumentum*», ZSS, 35, 1914, p. 217 y toda la bibliografía citada por la autora en la pp. 196 y 197.

<sup>64</sup> Vid. LEVY, «*Die querela...*», cit., pp. 437 y ss.; ARCHI, «*Studi sulla stipulatio...*», cit., pp. 600 y ss.; CIMMA, «*De non numerata pecunia...*», cit., pp. 65 y ss.

<sup>65</sup> La doctrina duda si se trata de la *condictio scripturae* o de la *condictio liberationis*.

obligación permitiendo que saliera el negocio simulado bajo el mutuo y, ello, haciendo recaer la prueba sobre el acreedor. El segundo serviría para conseguir la devolución del escrito.

Por tanto, que, aunque originariamente el objetivo de la cancellería imperial fue proteger a los mutuarios defraudados, nada impidió que en la práctica hiciesen uso de la *e.n.n.p.* los deudores que lo eran en virtud de causa distinta del mutuo, pues sólo en el seno del proceso se pondría de manifiesto que la causa era otra. Para estos casos de simulación el Derecho romano tiende a dar eficacia al negocio disimulado, prevaleciendo la *veritas substantia*. Para el caso en que la deuda respondiese a una causa lícita, el uso de la excepción sólo demoraría el momento del cumplimiento de la obligación en cuyo caso la sanción del deudor sería el doble o triple por *litiscrescencia por infitiatio*. Para el caso en que el uso del mutuo escondiese una causa ilícita, la simulación y el uso de la excepción, que en estos casos habría servido para causalizar el negocio estipulatorio, podía suponer la declaración de nulidad del negocio hasta el límite de su ilicitud.

Por todo ello, la autora califica la aparición de la *e.n.n.p.*, no tanto como una innovación procesal que persiguiese mejorar la posición del deudor de un mutuo, aunque sin duda también serviría a este fin, sino como una innovación de Derecho sustantivo o material porque evitaba la contratación abstracta, por lo que la creación imperial de este nuevo remedio procesal pudo ser una manifestación más de la tendencia postclásica a causalizar la estipulación.

En el quinto y último capítulo se analizan de forma somera los remedios procesales conexos, pues la autora circunscribe su análisis a los supuestos de hecho que pudieron determinar en el S. III d.C. la génesis de la *e.n.n.p.*, así como de otros supuestos fácticos en que esta excepción pudo ser eficaz (p. 210).

Es estudio de la profesora García Carrasco somete a revisión crítica la *communis opinio*, planteando otros posibles usos de la excepción y ello, no sólo sobre la base textual, sino también sobre la realidad política, económica y social del momento de aparición de este expediente procesal. Este tema suscita gran interés entre la doctrina; prueba de ello fue el debate que se produjo entre la autora, uno de los ponentes y varios profesores presentes en el III Congreso Internacional y VI Congreso de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, celebrado en Madrid, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rey Juan Carlos en febrero de 2000, sobre la posibilidad de utilizar la *e.n.n.p.* como mecanismo de defensa frente a la reclamación basada en un mutuo simulado cuando en realidad procedía de un negocio diferente cuya obligación no era exigible. El mencionado debate me suscitó un vivo interés por el contenido de la obra de la profesora García Carrasco y me animó a realizar el presente comentario crítico, y, desde luego, las expectativas creadas no se han visto, en modo alguno, defraudadas a la vista de su monografía.

María del Pilar PÉREZ ÁLVAREZ