

***QUERELLA Y EXCEPTIO NON NUMERATAE PECUNIAE:* CLASIFICACIÓN GAYANA DE LOS CONTRATOS**

CONSUELO CARRASCO GARCÍA
Universidad Carlos III de Madrid

I). SOBRE *EXCEPTIO* Y *QUERELLA NON NUMERATA PECUNIA*. SU RELACIÓN CON LOS MUTUOS DE DINERO FORMALIZADOS MEDIANTE *STIPULATIO*.

En el presente trabajo hemos creído oportuno abordar el estudio de esos mecanismos procesales que son la *querella* y *exceptio non numerata pecunia*, estrechamente vinculados a los contratos reales de mutuo y muy especialmente al mutuo formalizado mediante *stipulatio*⁽¹⁾. Pues a esta forma abstracta se recurría, como vestimenta del préstamo, con el propósito de hacer posible la eficaz reclamación judicial, junto con el capital, de unos intereses de otro modo imposibles de acordar válidamente, en relación con un contrato que, como el mutuo, tenía en Derecho romano carácter esencialmente gratuito.

Como sabemos, era frecuente que de la celebración de la *stipulatio, obligatio verbis*, se dejase constancia escrita en un documento (*cautio* o *instrumentum*) acreditativo de la deuda, documento suscrito por el deudor a la espera de

(1) Aunque hablamos inicialmente de *exceptio* y *querella non numerata pecunia*, en realidad hay que matizar, siguiendo a G. G. ARCHI, Su l'origine della "querella non numeratae pecuniae", *Scritti di Diritto Romano*, Milano, 1981, pp. 523 y ss. que "desde un punto de vista científico la referencia a la *exceptio n.n.p.*, sin hacer asimismo mención a la *querella*, *condictio scripturae*, *contestatio*, *denuntiatio*... resulta insuficiente e inexacta, pues éstos son institutos a ella conexos".

una *datio rei*, que podía poner a éste en una incómoda situación en el caso de que dicha *numeratio* no llegase a producirse. Resultando el contrato de mutuo, pues, meramente aparente⁽²⁾.

Con el propósito de otorgar un eficaz mecanismo de defensa a aquellos que resultaban deudores en base al escrito, surge la *exceptio non numerata pecunia* con la que, a tenor de lo que establecen las fuentes (C. 4,30,3)⁽³⁾, se permite al deudor alegar la inexistencia de *numeratio*, haciendo recaer la carga de probar la entrega en el acreedor, el cual había de recurrir para dicha prueba a medios distintos del documento.

Desde este punto de vista la excepción de dinero no contado o no entregado suponía una evidente ventaja e introducía, sin duda, una innovación en el sistema tradicional de prueba al determinar una inversión del *onus probandi*⁽⁴⁾.

(2) Efectivamente, en las fuentes jurídicas clásicas y justinianeas hallamos numerosos ejemplos que confirman lo que decimos. A la existencia de préstamos formalizados mediante *stipulatio* se refieren:

Gayo IV, 116 a: “Velut, si stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim; nam eam pecuniam a te peti posse certum est; dare enim te oportet, cum ex stipulatu teneris; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere”.

Inst. 4,13,2: “Idem iuris est, si quis quasi credendi causa pecuniam stipulatus fuerit neque numeravit nam eam pecuniam a te petere posse eum certum est: dare enim te oportet, cum ex stipulatu teneris: sed quia iniquum est eo nomine te condemnari, placet exceptione pecuniae non numeratae te defendi debere, cuius tempora nos, secundum quod iam superioribus libris scriptum est, constitutione nostra coartavimus”.

Al documento como elemento acreditativo del préstamo se hace referencia en:

D. 20,3,4 (Paul. 5 resp.): “Titius cum mutuam pecuniam accipere vellet a Maevio, cavet ei et quasdam res hypothecae nomine dare destinavit: deinde postquam quasdam ex his rebus vendidisset, accepit pecuniam: quaesitum est, an et prius res venditae creditori teneretur respondit, cum in potestate fuerit debitoris post cautionem interpositam pecuniam non accipere, eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est, et ideo inspiciendum, quas res in bonis debitor numeratae pecuniae tempore habuerit”.

C. 4,30,7: “Si quasi accepturi mutuam pecuniam adversario cavistis, quae numerata non est, per conditionem obligationem repetere, etsi actor non peteat, vel exceptione non numeratae pecuniae adversus agentem uti potestis”

A la existencia de iniciales aperturas de crédito formalizadas o no mediante *stipulatio*, que no eran seguidas de efecto, en el sentido de no verse seguido el acuerdo de voluntades de la consiguiente *datio rei*: Gayo IV, 119: “... Nam si verbi gratia reus dolo malo aliquid actorem facere dicat, qui forte pecuniam petit quam non numeravit, sic exceptio concipitur: si in ea re nihil dolo malo avli agerii factum sit neque fiat...”. C. 4,30,1 (Immpp. Severus et Antoninus, 197) que coincide con C. 8, 32 (33), 1: “Si pecuniam tibi non esse numeratam, atque ideo frustra cautionem emissam asseris, et pignus datum probaturus es in rem experiri potes; nam intentio dati pignoris nec numeratae pecuniae non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit...”

(3) C. 4,30,3 (Antoninus, 215): “Si ex cautione tua, licet hypotheca data, conveniri coeperis, exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae, compellitur petitor probare, pecuniam tibi esse numeratam; quo non impleto, absoluto sequetur”.

(4) F. L. DE KELLER, *De la procédure civile et des actions chez les romains*, trad. franc. 1870, París, pág. 158 “La *exceptio* puede resultarnos semejante a la *actio* en la medida en que como ésta debe ser solicitada al magistrado y concedida o denegada por éste, rigiendo en ambos casos la regla de que la prueba de los hechos incumbe a aquel que los invoca”. J. L. MURGA, *Derecho romano clásico II*, el pro-

Ahora bien, esta prerrogativa concedida al deudor no tuvo carácter indefinido, pues transcurrido un año, cinco, o dos (según el momento histórico al que la refiramos), sin que se hubiese hecho uso de ella, se perdía la posibilidad de gozar de sus ventajas procesales. La *exceptio*, pues, estaba sometida a un plazo, que entendemos, más se asemejaba a la prescripción que a la caducidad, pues parece que admitía su perpetuación en base al ejercicio de otro mecanismo procesal, la *querella*.

Efectivamente, en la medida en que la oposición de la *exceptio* por el deudor estaba en función del previo ejercicio de la acción por parte del acreedor –que podía accionar en cualquier momento, pues sabemos del carácter imprescriptible de las acciones en Derecho romano⁽⁵⁾–, en tanto que ésto era así, el establecimiento de un plazo con el que limitar el uso de la *exceptio* podía haber hecho devenir a ésta inútil, si a la vez no se preveía una forma a través de la cual el deudor diligente pudiese adelantarse a la pretensión de la parte actora. Al parecer este mecanismo fue la *querella* y a él tendremos oportunidad de hacer referencia más adelante.

Sin duda son muchas las peculiaridades y al mismo tiempo incógnitas que envuelven a estos institutos. Peculiaridades e incógnitas que no han pasado desapercibidas para la doctrina, suscitando el interés de numerosos autores, de lo que es claro reflejo la abundante bibliografía que existe al respecto⁽⁶⁾.

ceso, Zaragoza, 1989, pág. 316 “Una de las más conocidas regulae iuris es probablemente aquélla que refiriéndose a la prueba procesal hacía gravitar la obligación de probar, en aquél de los dos litigantes que afirmara algo en el proceso”. Como expresiones más llamativas al respecto, vid: D. 22, 3, 2 (Paul. 69 ed.): “Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat”. Asimismo: D. 22,3,19 (Ulp. 7 disput.); D. 22,3,9 (Cels. 1 dig.); D. 22,3,25,2 (Paul. 3 quast.); D. 44,4,1 (Ulp. 74 ed.).

(5) La prescripción de las acciones como exigencia al fin de lograr cierto grado de seguridad y certeza en las relaciones entre particulares, propia de nuestra organización económico-social, no fue sentida como necesidad por el Derecho romano. Al menos no por el Derecho romano de la época clásica y del principado. Vid. M. AMELOTTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano, 1958, pp. 3 y 4 “El Derecho romano como regla general antepone a la seguridad del comercio jurídico y a la certeza del derecho individual, el principio de su perennidad cuando el titular no quiera hacerlo valer. Es en el clima típicamente postclásico en el que adquirió vigor la búsqueda de certeza de los derechos. La prescripción teodosiana se impuso en Occidente donde encontró acogida y confirmación en las leyes imperiales y en el Derecho vulgar, penetrando también en la legislación de los pueblos bárbaros y en el naciente Derecho de la Iglesia. vid. C. 7,39,3”.

(6) Entre otros: G. G. ARCHI, “Su l’origine della querella non numeratae pecuniae”, *Scritti di Diritto romano*, vol. I, Firenze, 1981, pp. 523-641; J. A. ARIAS BONET, “Sobre la querella y exceptio non numeratae pecuniae, Derecho romano y vicisitudes medievales”, *AHDE*, 53(1983), pp. 107-136; M. R. CIMMA, *De non numerata pecunia*, Milano, 1984; M. LEMOSSE, “Querella non numeratae pecuniae et contradictio”, *Studi in onore di Siro Solazzi*, Napoli, 1948, pp. 470 y ss; H. TROFIMOFF, “La cause dans l’exception non numeratae pecuniae”, *RIDA* 33 (1986), PP. 209-261; J. Ph. LEVY, “A quels faits la querella non numeratae pecuniae tendoit elle a remedier?”, *Studi Sanfilippo IV*, Milano, 1983, pp. 341-355.

Ahora bien, si interesante a la vez que difícil resulta, como decimos, el llegar a descubrir el origen y razón de ser en el Derecho romano, de estos institutos procesales en torno a los cuales surgen un sinfín de interrogantes, entre otros: la concreta fecha de su nacimiento y el sistema procesal bajo el que vieron la luz; su relación con la práctica de mutuos formalizados por escrito, que nunca llegaban a hacerse efectivos; la circunstancia de que la únicas referencias que de ellos tenemos provengan de la legislación imperial y no de citas jurisprudenciales...

II). *EXCEPTIO, QUERELLA* Y CLASIFICACIÓN GAYANA DE LOS CONTRATOS.

Si bien es verdad, decimos, que este estudio resulta sugestivo, no lo es menos otro aspecto que con ellos tiene que ver y que es el que aquí pretendemos abordar.

Efectivamente, al margen de su interés práctico en orden a los problemas que podían aquejar a las personas intervinientes en negocios de préstamo dinerario cuando acontecía, como hemos dicho, que asumido el compromiso escrito de devolver a la espera de una *datio rei*, ésta no llegaba a producirse, aún la *querella* y *exceptio non numerata pecunia* han dado juego en otro campo totalmente distinto, aquel relativo a las construcciones conceptuales formuladas con fines escolásticos.

Y es que efectivamente, en el carácter incontestable atribuido al documento acreditativo de la deuda por Justiniano (Inst. 3, 21) y asimismo por fuentes medievales imbuidas de los principios del Derecho Romano, como es el caso de las Partidas de Alfonso X (Partida 5,1,9), en este carácter constitutivo que se atribuye al documento, una vez transcurrido el plazo fijado para el ejercicio u oposición de la *querella* y *exceptio non numerata pecunia* respectivamente, son muchos los que han querido ver una reavivación de la categoría *litteris* de los contratos, en un principio sólo llena con los *nómina transcripticia*. ¿Podemos considerar admisible tal punto de vista?

Comenzaremos diciendo que si entendemos que es posible afirmar, que en

Del mismo autor, “*Exceptio non numeratae pecuniae*; La loi de 215: une révolution dans le droit de la preuve?”, IURA 36 (1985); E. LEVY, “*Die querella non numeratae pecuniae*”, ZSS 70 (1953), pp. 214-246; P. COLLINET, “*La nature des querelae des origines à Justinien*”, SDHI, 1953, pp. 251-305;

H. KRÜGER, “*Querella non numeratae pecuniae*”, ZSS, 58 (1938), pp. 1-16; A. M. BUSCA, “*Ancora in tema di exceptio n.n.p*”, SDHI, 51 (1985), pp. 477-489.

el Ordenamiento jurídico español, a partir de 1340 y en virtud de la ley única del título 16 del Ordenamiento de Alcalá, la idea de una clasificación cuatripartita de las fuentes de las obligaciones, experimenta un claro menoscabo, al decantarse nuestro Ordenamiento en esta materia por un sistema espiritualista, que hace prevalecer respecto de cualquier otra, la categoría consensual de los contratos, erigiéndose así, el acuerdo de voluntades en principio rector de los modos de obligarse jurídicamente⁽⁷⁾. Si esto es así, no es menos cierto que esta tendencia venía perfilándose desde mucho antes.

La transformación sucesiva de las distintas modalidades contractuales fijada por Gayo, es un fenómeno constante en la práctica que afecta a todas ellas y que acontece incluso en época clásica, aunque no siempre encuentre reflejo, ni sea objeto de reconocimiento en los textos. El exponente más significativo de lo que decimos se halla en las transformaciones experimentadas por la *stipulatio*, prototipo de las formas *verbis* de obligarse⁽⁸⁾.

Así pues, como observamos, esta desnaturalización de la clasificación gayana es un hecho constatado que no condujo a su desaparición, quizá por su virtualidad con fines docentes así como por el tremendo respeto de los romanos a aquello que entendían formaba parte de la tradición⁽⁹⁾. Este mantenimiento de la clásica división gayana de los contratos se obtiene del estudio de las Instituciones justinianas, así como se puede observar, igualmente, que de ella la tomaron nuestras fuentes jurídicas bajomedievales (Partidas)⁽¹⁰⁾. Ahora bien, entendemos que este mantenimiento se hubo de llevar a cabo a costa de verter

(7) L. DIEZ-PICAZO, Fundamentos del Derecho civil patrimonial I, Introducción teoría del contrato, Madrid, 1993, pág. 251 “Puede decirse que desde el momento en que en el Ordenamiento de Alcalá del año 1340, en la ley única del título 16 se establece que sea valedera la obligación o el contrato que fueren fechos en cualquiera manera que parezca que alguno se quiso obligar a otro a facer contrato con él, máxima que más tarde encarnará en la conocida frase según la cual de cualquier modo que el hombre quiera obligarse queda obligado. A partir de este momento puede decirse que el Derecho español de las obligaciones se orienta claramente hacia un sistema espiritualista, consensual y no formalista en la contratación”.

(8) Fundamentalmente vid. S. RICCOBONO, “Stipulatio ed instrumentum nel Diritto Giustiniano”, ZSS, 35 (1914), pp. 262-397; También S. RICCOBONO, “Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustiniano”, ZSS, 43 (1922), pp. 214-315. Asimismo B. BIONDI, “Contrato e stipulatio”, Labeo, 4 (1958), pp. 75-81; B. BIONDI, “Sponsio e stipulatio, divagazioni intorno alla storia del contratto, dell’obligatio, delle garanzie personali”, BIDR, 65 (1962), pp. 105-127.

(9) F. SCHULZ, Principios del Derecho romano, Trad. española M. ABELLAN, Madrid, 1990, pág. 110 “La actitud conservadora se mantiene con admirable constancia en la historia de derecho romano. Domina tanto a los hombres de la República y del Principado como a los del Bajo Imperio. También en el ambiente de Justiniano la actitud conservadora resulta predominante a despecho del amor antirromano por las reformas, y el mismo Corpus iuris, es un auténtico monumento del conservadurismo romano”.

(10) Gayo III, 89; Inst. 3,13,2; Partida 5.

en el molde de alguna de estas categorías, un contenido que resultaba ajeno al que originariamente las llenaba. Así viene a ocurrir con la categoría *litteris* que es sobre la que aquí nos proponemos reflexionar.

III). LA *OBLIGATIO LITTERIS* JUSTINIANA Y SU PERSISTENCIA EN EL DERECHO MEDIEVAL ESPAÑOL.

Efectivamente, se ha venido sosteniendo que la clásica cuatripartición gayana de los contratos debería haber quedado reducida a una clasificación tripartita en época justiniana, en virtud de la desaparición en la práctica de la figura de los *nomina transcripticia*, que venía a copar la categoría *litteris* de las obligaciones. Sin embargo, se entiende que en virtud de una previsión justiniana que nada tenía que ver con estos primitivos *nomina transcripticia*, sino más bien con las transformaciones experimentadas por otra *obligatio*, la *verbis*, representada por la *stipulatio*, esa categoría *litteris*, fue dotada de nuevo contenido determinando el eficaz mantenimiento de la cuatripartición gayana⁽¹¹⁾. ¿Cómo es posible justificar esta idea?

Por todos es sabido, como indicábamos al inicio de este trabajo, que era usual en el Derecho Romano clásico, el recurrir a la forma estipulatoria para revestir el mutuo de dinero. Así como era práctica habitual (quizá por influencia helenística como por imposiciones del tráfico mercantil) el dejar constancia de ese acuerdo de voluntades en un escrito que con el tiempo llegó a adquirir importancia tal, como para determinar la reducción de la *stipulatio* a simple cláusula de estilo, cada vez más sintética puesta al final del documento.

Admitiendo que de este hecho no se derivaba la transformación de la *stipulatio* de *obligatio verbis*, a *obligatio litteris*, pues entendemos que formalmente siempre se sostuvo que lo que hacía nacer la obligación era el empleo de los *verba* solemnes, y no la redacción de un escrito que desempeñaba una función meramente probatoria. Aún aceptando que esto es así, es cierto que ese documento llegó a adquirir, en un caso específico, dicho valor constitutivo. Efectivamente el documento devino dispositivo por previsión legislativa, cuan-

(11) Hay quien piensa al respecto que el movimiento ha sido precisamente el inverso y que de la más simple clasificación clásica, se pasó en el Derecho justiniano a una más compleja. Es decir, que a la clasificación tripartita *re, verbis, consensu*, se añadió en época justiniana un cuarto miembro. Clasificación que podría haber llegado a estar formada por cinco miembros, si para esto los compiladores no hubiesen estado tan apegados al modelo que a ellos sirvió para la composición de las Instituciones. Vid. R. RUGGIERO, "La classificazione dei contratti e l'obbligazione letterale nel diritto classico e nel giustiniano", Studi Perozzi, Palermo, 1925, pp. 369-396.

do transcurrido el plazo para oponer la *querella y exceptio non numerata pecunia* por parte del deudor, éste no había hecho uso de ellas, perdiendo así, la posibilidad de hacerlas valer en el futuro.

A dicha disposición legislativa hacen referencia tanto las Instituciones de Justiniano como distintas fuentes jurídicas del Derecho español de la Baja Edad Media que reciben la influencia de éstas. Es el caso de las Partidas de Alfonso X, las Leyes del Estilo, los Fueros de Valencia y las Costumbres de Tortosa. Hemos de matizar que aunque todas ellas responden a esta idea central, es cierto que a la vez se aprecian en las mismas ciertas peculiaridades dignas de ser resaltadas.

En estos momentos y antes de entrar de lleno en el análisis de los textos creemos oportuno formular las cuestiones que entendemos centrales de nuestro trabajo:

- Desaparecida la figura de los *nomina transcripticia* (siempre que se admita que llegaron a existir, pues las referencias que de ellos tenemos son tan sucintas⁽¹²⁾ y oscuras que hay quienes han dudado de su misma razón de ser en el Derecho romano), ausentes, pues, éstos, y fuera del supuesto apuntado más arriba, ¿se podría hablar para el Derecho romano del nacimiento de una obligación por la sola existencia de un escrito, escrito que por tener carácter constitutivo hacía surgir por sí mismo el vínculo obligatorio, independientemente de que su contenido obtuviese correspondencia o no con lo acontecido en la realidad?, es decir, ¿se podría hablar de la existencia de un documento con valor *ab substantiam* e incontestable en cuanto a su contenido?.

– ¿Se puede hablar efectivamente en relación con el supuesto citado –adquisición de fuerza dispositiva del documento, una vez transcurrido el plazo fijado a la *exceptio y querella n. n. p.*, sin haber hecho uso de ellas– de la existencia de una *obligatio litteris*?

– Aún más, ¿sería acertado llevar a cabo toda una construcción dogmática de la figura de los contratos *litteris* en base a lo que, en nuestra opinión, es una simple ficción legal, prevista para lograr unos fines muy concretos?.

1). Sobre *obligatio litteris* en general.

A la primera de estas cuestiones hemos de responder negativamente. Si los *nomina transcripticia*, implicando la existencia de un *codex accepti et expensi*

(12) Gayo III, 128 y ss; Cicerón (Pro Quinto Roscio Comaedo).

por parte del *pater familias*, suponían el que se pudiese registrar una *expensilatio*⁽¹³⁾, sin indicación alguna a la inicial causa que la determinaba (mutuo, compra-venta, sociedad), haciendo nacer para el deudor el deber de pagar por el solo hecho de la inscripción (la obligación derivada de la *expensilatio* era, por tanto, independiente de la relación subyacente o fundamental)⁽¹⁴⁾. Aceptado que esta fuese su forma de operar, creemos poder afirmar que fuera de este supuesto no existió para el Derecho Romano otra forma *litteris* de obligarse.

Efectivamente, un supuesto semejante a éste, en que por una simple anotación, la deuda primitivamente derivada de mutuo, sociedad, compra-venta deviniese *obligatio litteris* en virtud de la novación que operaba la *transcriptio*⁽¹⁵⁾. Un supuesto semejante no existe en el Derecho romano pues los *nomina arcaria* se erigían en simple medio de prueba de una obligación ya existente⁽¹⁶⁾, y aunque es un hecho constatado la vigencia en el Derecho romano del *chirographo* y la *syngrapha*, documentos de procedencia griega, creemos podernos decantar, sin entrar a cuestionar el valor que éstos pudieron llegar a tener en el Derecho griego⁽¹⁷⁾ (si dispositivo o meramente probatorio), por su carácter de simple medio de prueba para el Derecho romano.

Incluso, como ya anticipábamos, cuando estos documentos llegaron a sustituir en la práctica a la *stipulatio verbis*, haciendo de ésta una simple cláusula de estilo puesta al final de ellos. Aún en estos casos la *obligatio* se siguió con-

(13) Entendemos que con el consentimiento del deudor, pese a que en las fuentes sobre esto nada se diga.

(14) Gayo III, 129 “A re in personam transscriptio fit, veluti si id quod tu ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tuleró”.

(15) Lo mismo cabe decir para la *transcriptio* que tenía por objeto una *delegatio nominis*. vid. Gayo III, 130 “A persona in personam transscriptio fit, veluti si id quod mihi Titius debet, tibi id expensum tuleró, id est si Titius te delegaverit mihi”.

(16) Gayo III, 131 “Alia causa est eorum nominum quae arcaria vocantur. In his enim rei, non litterarum obligatio consistit, quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae rei facit obligationem. Qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed sed obligationis factae testimonium praebere”.

(17) Vid. entre otros: A. CASTRESANA, “El chirographo y la syngrapha: significación jurídica desde la República hasta Justiniano”, *Estudios de Derecho romano en honor de Alvaro D’Ors*, vol. I, Madrid, pp. 361-380; A. SEGRÉ, “L’obbligazione letterale nel diritto greco e nel diritto romano”, *Aegyptus* 25 (1945), pp. 85-108; A. SEGRÉ, “Note sulla forma del documento greco-romano”, *BIDR*, 35 (1927), pp. 69-104; U. PAOLI, en *NNDI*, s/v *chirographo*, vol. III, pp. 211 y ss; M. BIANCHINI, en *NNDI* s/v *syngrapha*, vol. XVIII, pp. 1008 y ss; M. BIANCHINI, “Cicerone e le singrafi”, *BIDR*, 73 (1970), pp. 229-287; G. GROSSO, “*Syngraphae, stipulatio, ius gentium*”, *Labeo* 17 (1971), pp. 7-15; A. TORRENT, “*Syngraphae cum salaminis*”, *IURA*, 24 (1973), pp. 90-111; F. SCHUPFER, “*Singrafe e chirografi*. Ricerche sui titoli di credito dei Romani”, *RISG*, 1.889, pp. 346-412.

siderando *verbis* y no tuvo el documento respecto de ella valor constitutivo.

Pensamos que efectivamente el documento no dejará de concebirse más que como simple medio de prueba, si bien es verdad que por obra de Justiniano, los argumentos que se pueden emplear para desmentir aquéllo que se hace constar en dicho documento, consiguiendo la declaración de nulidad de la *stipulatio* son cada vez menos.

Si en un principio se podía contestar la validez del documento probando la falta de empleo de palabras solemnes, la inexistencia de unidad de acto, la falta de congruencia entre pregunta y respuesta...; en época justiniana (C. 8,37(38),14), sólo cabe alegar y probar, la ausencia de alguna de las partes, de la ciudad en que se dice celebrada la estipulación, en el día que consta en el documento, como día en que dicho negocio ha tenido lugar⁽¹⁸⁾.

El documento, pues, podía ver desmentido su contenido, por la realidad de los hechos, y nunca su redacción era necesaria como requisito de existencia y validez de la *stipulatio*, más bien lo que ocurría era que por la primacía otorgada al carácter *verbis*, que desde sus orígenes se atribuía a la *stipulatio*, se presumía legalmente la celebración oral de ésta si así se indicaba en el escrito⁽¹⁹⁾.

Así Justiniano parece decantarse, no por la obligación *litteris* frente a la *verbis* en virtud de la transformación de la *stipulatio*, sino que más bien a lo que parece acercarse es al modo actual de obligación nacida del acuerdo de voluntades respecto de la que formalidades tales como el empleo de determinadas palabras solemnes, o la redacción de un escrito, pueden desempeñar u ostentar un valor probatorio respecto del nacimiento de la obligación, un valor de publicidad, o lo sumo un valor integrativo, al exigirse su existencia como un requisito a añadir al acuerdo de voluntades. Mas nunca con un valor constitutivo, *ab substantiam*, que determine el nacimiento de la obligación por su simple concurrencia, al margen de cuál sea la voluntad de las partes⁽²⁰⁾.

Fuera, pues, de los *nomina transcripticia*, entendemos que no se podía hablar de una *obligatio litteris* para el Derecho romano. Es por ello que resulta

(18) Y a ser posible tal prueba ha de aportarse por medio de escrito o al menos por testigos de todo punto idóneos y mayores, de toda excepción (“... liquidis ac manifestissimis probationibus, et melius quidem si per scripturam, vel saltem per testes undique idoneos et omni exceptione maiores ostenderit” C. 8,37 (38),14).

(19) C. 8,37 (38), 14: “... sed huiusmodi scripturas propter utilitatem contrahentium esse credendas”.

(20) Sobre el valor de formalidades tales como la redacción de un escrito, de cara a la emisión de una válida declaración de voluntad vid. F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1991, pág. 278.

interesante determinar si se podría atribuir tal carácter al documento acreditativo de deuda cuando transcurría el plazo de dos años fijado por Justiniano para la oposición de la *querella* y la *exceptio*, sin haberlas ejercitado. Y aún más, si a partir de este supuesto se podría hablar de toda una categoría *litteris* de los contratos.

2). *Obligatio litteris justiniana*. Validez de una construcción dogmática de los contratos *litteris*.

Para entrar de lleno en este tema, recogemos a continuación la disposición justiniana en que ésto se establece.

Inst. 3,21: (De *litterarum obligatione*):” *Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur, quae nomina hodie non sunt in usu. Plane si quis debere se scripserit, quod numeratum ei non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest: hoc enim saepissime constitutum est. Sic fit ut et hodie, dum quaeri non potest, scriptura obligetur; et ex ea nascitur conditio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptine antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat: sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coartatum est ultra bienni metas huiusmodi exceptio minime extendatur*”(21).

¿Qué aspectos llaman la atención de este texto?

En primer lugar llama la atención su rúbrica : *litterarum obligatione*. Y es que efectivamente sorprende el que pese al deterioro, que ya hemos dicho fue experimentando la clasificación gayana de las obligaciones derivadas de contrato, ésta fuese recogida por Justiniano(22), como si el tiempo y las circunstancias

(21) Inst. 3,21 (Sobre la obligación literal: “ En otro tiempo se contraía por escrito la obligación que se decía hecha por medio de inscripciones en los libros de cuentas (nominibus); lo que actualmente ya no se practica. Pero si alguno hubiese reconocido por escrito ser deudor de una cantidad -que, a pesar de lo dicho por él, no se le había entregado realmente- y deja pasar mucho tiempo sin aclarar las cosas, no puede luego alegar la circunstancia de que el dinero no le había sido entregado, pues así se ha resuelto reiteradamente. De aquí que cuando ya ha pasado el tiempo de hacer la oportuna alegación, uno está obligado solamente por el escrito y de la escritura nace una conditio, siempre que no exista obligación verbal. El plazo fijado por las constituciones imperiales para hacer valer la circunstancia de no haber recibido el dinero era largo y se extendía hasta los cinco años; pero para que los acreedores no estén durante tanto tiempo en peligro de ver defraudados sus intereses, hemos reducido el plazo en virtud de una constitución nuestra, de suerte que ahora no puede exceder de los dos años”.

(22) Destacar el hecho de su sola aparición en las Instituciones, que no en el Digesto. Para una interesante explicación o justificación de este hecho, vid. R. RUGGIERO, “ La classificazione dei contratti e l’obbligazione letterale nel diritto classico e giustiniano”, Studi Perozzi, Palermo, 1925, pp. 387 y ss.

no hubiesen hecho mella en ella. Si bien, eso sí, su contenido, en este caso respecto de la *obligatio litteris*, ha variado. Ya no se trata de los *nomina transscripticia*, sino de un documento acreditativo de un préstamo de dinero, que alcanza valor dispositivo por el transcurso del tiempo.

Es decir, que respecto de él es predicable que la deuda en principio nacida “*re*”, deviene transcurridos dos años “*litteris*”. De tal forma que la cantidad que hasta entonces se adeudaba como consecuencia de una previa *datio rei*, que se presumía “*iuris tantum*”, que había tenido efectivamente lugar, pues así constaba en el escrito, transcurridos dos años se debe en base al documento. Y hasta tal punto esto es así, que no cabe ya forma alguna de contestar la veracidad de tal escrito.

Es decir, por previsión legislativa, la correspondencia o no entre escrito y realidad resulta irrelevante para el Ordenamiento jurídico. Se dice, que sobre dicho documento recae una presunción “*iuris et de iure*”, de veracidad.

¿Realmente se trata de una presunción?. Somos de la opinión de que más que ante una presunción, en la medida en que se prohíbe la prueba en contrario, ante lo que estamos es ante una ficción legal. La entrega se entiende realizada pasados los dos años porque así lo desea el Ordenamiento jurídico⁽²³⁾. No estamos ante una presunción, ni tan siquiera ante una actividad probatoria, sino ante una disposición legal.

Ahora bien, ¿en qué argumentos se sustenta esta opinión?. Si las palabras del texto vienen a significar que “si alguno hubiese reconocido por escrito ser deudor de una cantidad –que realmente no se le había entregado– y deja pasar mucho tiempo sin aclarar las cosas, no puede luego alegar la circunstancia de que el dinero no le había sido entregado”.

Si este es su contenido original, ¿no cabría cuestionarse el que si bien es verdad que a la vista del texto cualquier recurso a la *exceptio y querella n.n.p* queda vedado, y con ellas, ¿a las ventajas procesales que éstas implicaban para el deudor?; si bien esto es así, no podría haber aún hecho uso, dicho deudor, de otro mecanismo procesal, como por ejemplo la *exceptio doli*, a la que el Derecho

(23) Vid. F. MESSINA, “La litterarum obligatio nel diritto giustiniano”, *Archivio giuridico*, 1908, 80 (1908), pp. 94-124;

M. SERRA DOMINGUEZ, “Comentario del Código Civil, arts. 1249-1251”, *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), Madrid, 1993, pp. 414-420 y *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por Manuel Albaladejo, Madrid, 1981, pp. 575-627.

romano atribuía carácter perpetuo, aún a costa de correr él con la gravosa carga de probar la ausencia de entrega?⁽²⁴⁾.

Nosotros optamos por considerar que en época justiniana se cierra la puerta a tal posibilidad. En primer lugar porque en el texto se dice “... cuando ya ha pasado el tiempo de hacer la oportuna alegación, uno está obligado solamente por el escrito”. Asimilando el reconocimiento de deuda derivada de mutuo, a la obligación que derivaba de la *transcriptio* en los *nomina*, se hace referencia a una obligación derivada del escrito e incontestable en cuanto a su contenido.

En segundo lugar porque a la existencia de un plazo para la alegación de la *n.n.p.*, ya habían hecho referencia otros emperadores en sus constituciones y ni en éstas, ni en las justinianas aparece mención alguna a esa posibilidad del deudor de recurrir, en último caso a la *exceptio doli*. Dándose la circunstancia de ser éstas, respuestas de los emperadores a las dudas que, acerca de sus posibilidades defensivas, les consultaban angustiados, aquéllos que resultaban deudores en base al escrito.

En tercer lugar porque si el argumento que sirve de sustento a esta disposición es que “los acreedores no estén durante demasiado tiempo en peligro de ver defraudados sus intereses”, ésto sólo se consigue vedando todo recurso a posibles excepciones transcurridos los dos años, sean del cariz claramente beneficioso para el deudor de la *exceptio n.n.p.*, sean de cualquier otro tipo.

Si el objetivo es lograr cierto grado de seguridad jurídica en las relaciones entre particulares, aun a costa de sacrificar la justicia, ésto sólo se consigue si transcurrido un tiempo legalmente establecido, la deuda deviene sólida, e infranqueable el documento en cuanto a su contenido.

No obstante entendemos que el sostener lo contrario podría ser igualmente admisible si razones de carácter social, político, económico... lo justifican. Esa polaridad entre justicia y seguridad jurídica es una constante en la política legislativa de todas las épocas. Es por esto que no nos puede extrañar que la respuesta del Ordenamiento jurídico a un caso semejante, mas en otro contexto histórico, sea distinta⁽²⁵⁾.

Concluimos, pues, que es posible afirmar la existencia en el Derecho jus-

(24) D. 44,4,5,6 (Paul. 71 ed.) “ Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est : nam haec perpetuo competit, cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure, si autem cum quo agitur non habeat potestatem, quando conveniatur”.

(25) vid. infra Leyes del Estilo, Ley 184.

tiniano de una auténtica *obligatio litteris*⁽²⁶⁾. No sólo por la existencia del escrito (transcurridos los dos años, y no antes), se considera válidamente nacida la obligación, sino que tal escrito da fe hasta tal punto de lo acontecido en la realidad, que cualquier vía para desmentir su contenido resulta vedada.

Verdaderamente en pocas ocasiones se puede predicar de un escrito una fuerza dispositiva como la que de éste deriva.

Ni al parecer llegaron a ser tributarias de tal abstracción las *syngraphae* del Derecho griego, respecto de las que si bien se ha predicado un valor constitutivo, se ha hecho entendiendo que normalmente se limitaban a reproducir el acuerdo de voluntad logrado entre las partes, constituyendo un supuesto excepcional el de la *syngrapha* “*contra fidem veritatis*”⁽²⁷⁾. La obligación se podía entender tenía su origen en el escrito, pero éste no llegaba a prevalecer sobre la realidad. En su carácter de “*quasi-litteralkontrakt*”⁽²⁸⁾, se dice, pudieron suponer, a lo sumo la puesta en funcionamiento, debido a esa especie de fuerza ejecutiva otorgada al documento, de un proceso especial, denominado por Mitteis, “monitorio”. Este proceso implicaba para el deudor una limitación en el inicial abanico de excepciones a oponer, y para el acreedor el gozar de los beneficios de un procedimiento que se caracterizaba por su celeridad. Y todo esto siempre y cuando la *syngrapha* y el *chirógrapho* de los que estaba en posesión el acree-

(26) No es ésta la opinión de A. CASTRESANA, “El *chirógrapho* y la *syngrapha*: significación jurídica desde la República hasta Justiniano”, *Estudios de Derecho romano en honor de Alvaro D’Ors*, vol. I, Madrid 1987, pág. 380 “Transcurrido el plazo, la *exceptio n.n.p* caduca y provoca, desde luego, la consolidación de la *numeratio*, transcrita en el *chirógrapho*, y, por tanto de la consiguiente *re obligatio*. Esta deriva ahora de una *numeratio pecuniae* cuya constancia por escrito en el documento *chirographario* la presume realmente efectuada una vez que resulta inatacable y definitiva por la caducidad de la *exceptio non numeratae pecuniae*. Este es el verdadero sentido de la expresión que aparece en el texto... *scriptura obligetur*, que no puede, a nuestro juicio, interpretarse como el reconocimiento justiniano de una *litteris obligatio* cuya fuente generadora haya de encontrarse en el hecho mismo de la escritura. Hay, más bien, una *re obligatio* que deriva de la *numeratio pecuniae* transcrita en el *chirógrapho* del mismo modo que en la *cautio stipulatoria* no había *litteris* sino *verbis obligatio* deducida de la mención escrita en el documento de la promesa *stipulatoria*”.

(27) A. SEGRÉ, “L’obbligazione letterale nel diritto greco e nel diritto romano”, *Aegyptus* 25 (1945), pág. 92 “El caso del contrato literal *contra fidem veritatis*, aun cuando sea el caso más frecuentemente discutido, es en cierto sentido un caso patológico”. Pág. 97 “Las *syngraphae* y los *chirógraphos* en época helenística eran documentos dispositivos. Generalmente eran redactados sólo para erigirse en prueba de cuanto las partes habían en realidad querido, pero una vez emitidos, el contrato literal tenía una fuerza propia, era un documento dispositivo y permitía al acreedor exigir con un procedimiento particular el contenido de las mismas. La pérdida del documento de crédito no implicaba, así, la pérdida de los derechos de los acreedores. Estos podían siempre probar el crédito por medio de testigos. La pérdida sin embargo sí implicaba, la imposibilidad para el acreedor de valerse del procedimiento ejecutivo. Además, el sufrir considerables dificultades en el caso del contrato *contra fidem veritatis*”.

(28) vid. A. CASTRESANA, op. cit. pág. 373.

dor, fuesen documentos públicos, porque hubiesen nacido ya con tal carácter, porque hubiesen sido objeto de publicación posteriormente⁽²⁹⁾.

Reiteramos, pues, el caso de *obligatio* derivada de la falta de impugnación del escrito es un auténtico supuesto de *obligatio litteris*. Carácter que ni siquiera respecto de la actual letra de cambio se puede predicar de forma tan absoluta.

Efectivamente, ni este efecto de comercio, portador de un derecho de crédito que, derivado del escrito se caracteriza por su no accesoriedad respecto de la relación fundamental, subyacente o causal; ni la letra de cambio, decimos, alcanza en nuestros días el valor dispositivo que llegó a tener esta *obligatio litteris* del Derecho romano.

Ni siquiera la actual abstracción de la letra deja de ser una abstracción meramente procesal, pues no se puede decir en relación con ella que el efecto jurídico que persigue, se produzca siempre y a pesar de las vicisitudes, anomalías o irregularidades de que pueda adolecer el propio derecho de crédito incorporado a la letra, como las que puedan derivar de la relación fundamental o subyacente, u otras que afectan a la titularidad de la letra⁽³⁰⁾.

Dicho ésto, aún cabría plantearse, si sería posible a partir de este supuesto el hablar de una categoría *litteris* de los contratos, para el Derecho justinianeo.

Aunque efectivamente son muchos los que en la Doctrina han pensado relacionar el plazo de caducidad de dos años fijado a esos mecanismos procesales que son la *querella* y *exceptio n.n.p.*, con la reavivación de la categoría *litteris* de los contratos (en un principio sólo llena con la figura de los *nomina transcripticia*). Entendemos que si bien la idea puede resultar sugestiva con el fin de justificar una clasificación que, como la gayana, se muestra como sumamente operativa con fines escolásticos. Pensamos que es impropio extrapolar, llevar más allá y pretender levantar toda una construcción dogmática de los contratos *litteris*, a partir de aquéllo que es una simple ficción legal orientada a fines muy concretos.

Por tanto no se trata ni de una presunción ni de una actividad probatoria, sino que por deseo expreso del legislador queda impuesta la consecuencia del hecho hasta ahora presumido y que pasados los dos años se entiende realizado sin que sea posible el desmentirlo. Lo que era presunción deviene acto cierto por

(29) vid. A. SEGRÉ, op. cit. pp. 98-102.

(30) A. HUECK y C. W. CANARIS, Derecho de los títulos-valor, trad. española 1988, Barcelona; F. SÁNCHEZ CALERO, Instituciones de Derecho mercantil II, Madrid, 1994, pp. 110 y ss.

disposición legal (existencia de entrega a título de préstamo, que exige la correspondiente devolución)⁽³¹⁾. ¿Qué persigue dicha ficción?:

–Proporcionar certeza, seguridad a las relaciones jurídicas entre particulares. Ello sin menoscabo de la justicia, pues previamente se había dado la posibilidad a aquel que por escrito asumió un compromiso contrario a la verdad de los hechos, de hacer valer en el plazo de dos años esa falta de correspondencia entre escrito y realidad.

–Evitar demoras innecesarias en el proceso, prohibiendo la oposición de excepciones con fines meramente dilatorios. Consiguiendo así un mejor funcionamiento de la justicia pues, se favorecía el que las controversias fuesen resueltas en tiempo breve.

3). *Obligatio litteris* justiniana y derivaciones medievales.

A continuación nos proponemos abordar el estudio de algunas fuentes jurídicas bajomedievales, en las que si bien aparece clara la impronta del Derecho justiniano, no obstante las circunstancias determinan que en ocasiones la tendencia a otorgar carácter dispositivo al documento, transcurridos los dos años, no esté tan clara, aunque esa sea la orientación dominante.

Comencemos por el estudio del código de Alfonso X:

Partidas 5,1,9 (*Que fabla de los empréstidos*): “*Fiuza, e esperança, fazen los omes a las vegadas unos a otros de se emprestar alguna cosa, e aquellos a quien fazen esta promesa fazen carta sobre sí ante que sean entregados della otorgando que la an resçebida, e despues acaesce que les fazen demanda sobre esta razón, bien assí como si les oviessen fecho el prestido verdaderamente. E quando tal cosa como esta acaesciere, dezimos que éste que fizo la carta sobre sí debe esto querellar al Rey o a alguno de los otros que judgan en su logar, como aquel que le prometió de prestar maravedis, e non ge los quiso prestar nin contar nin dar, e deve pedir que le mande dar la carta que tiene sobre él de los maravedís que le prometió de prestar. E si se callare que lo non muestre assí, ante que dos años passen despues que fizo la carta dende en adelante non podría poner tal querella. E si ante que los dos años se compliessen, lo querellasse, segund que es sobredicho, non sería tenuto de responderle por tal carta nin de pagarle los maravedís. Fueras ende si el otro pudiere provar que*

(31) A. BONET y NAVARRO, en Enciclopedia jurídica básica, s/v “Presunciones”, vol. III, Madrid, pp. 5046-5048; Asimismo, M. SERRA DOMÍNGUEZ, “Comentario del Código Civil, artículo 1251”, Comentario del Código Civil II (Ministerio de Justicia), pág. 420 “ Las llamadas presunciones iuris et de iure por no admitir la prueba de lo contrario constituyen un claro ejemplo de construcción teórica sistemática sin correspondencia en la realidad positiva”.

le avia dado e contado los maravedís que le prometiera de prestar, o si el debdor que avía otorgado que avía rescebido los maravedís prestados, renunciasse a la deffension de la pecunia non contada. Ca estonde non se podría amparar por esta razón, si esta renunciamiento a tal fuesse escrito en la carta”.

De él creemos poder resaltar:

Llama en primer lugar la atención la posibilidad que el texto recoge de renunciar en el propio escrito de reconocimiento de deuda a la oposición de la *querella y exceptio n.n.p* (“*si el debdor renunciasse a la deffension de la pecunia non contada*”).

Con la consecuencia, entendemos, de que en este caso el carácter constitutivo para el documento se produce sin necesidad de que transcurran los dos años; sin ser necesario el requisito del “*tempus*”, pues tal carácter adquirirá el escrito desde el momento mismo de su redacción. No cabrá hablar aquí de una *obligatio* en principio *verbis*, sometida a una presunción “*iuris tantum*”, que devendrá *obligatio litteris* por el paso del tiempo, sino de una *obligatio litteris* “*ab initio*”⁽³²⁾.

A sensu contrario, no existiendo renuncia a la alegación de la no entrega, y es más, si dicha ausencia de entrega se ha hecho valer mediante queja “*al Rey o a alguno de los otros que judgan en su logar*”, en un plazo no superior a dos años, se podrá: no ya alegar la *exceptio* y recurrir a otro mecanismo procesal con el que recuperar el escrito de reconocimiento de deuda durante el plazo de dos años, fijado inicialmente a estos instrumentos procesales. Sino recurrir a ellos de forma perpetua, obligando al acreedor que demanda a correr él con la carga de probar la efectiva existencia de *numeratio*.

A propósito de la renuncia entendemos, con La Serna⁽³³⁾, que esta doctrina introducida por las Partidas que supone dar por válida la renuncia a la excepción “*si este renunciamiento a tal fuesse escrito en la carta*”, es contraria al espíritu de la norma. De esta manera se estaba dejando totalmente a merced del prestamista poco escrupuloso, al deudor que, ante el apremio por conseguir el

(32) Vid. también, Partida 3, 18, 70 en que se alude a la cláusula de renuncia.

(33) P. GÓMEZ DE LA SERNA, Curso histórico-exegético del Derecho romano comparado con el español II, (5ª ed.), Madrid, 1874, pág. 270 “En las mismas leyes se halla establecido que valga la renuncia de la excepción de no haber recibido el dinero. Doctrina no establecida en el derecho romano, y que a decir verdad es poco conforme con el espíritu que presidió a la introducción de este remedio, especialmente cuando la renuncia se hace en el pagaré o escritura en que se confiesa la deuda”.

dinero, accedería presto a la firma de cualquier documento y ello en las condiciones que el acreedor le impusiese⁽³⁴⁾.

Además de a la *querella* como forma de queja ante el rey con la que perpetuar la alegación de la *non numerata pecunia*, llama asimismo la atención la referencia que la Partidas hacen a la posibilidad para el deudor de “*pedir que le mande dar la carta que tiene sobre él de los maravedís que le prometió de prestar*”.

Ambas previsiones fueron ya contempladas por el Derecho romano clásico. De la *querella* encontramos reflejo en *C. 4,30,4*; *C. 4,30,10*. Otras veces no se hace referencia a *querella* sino a *contestatio* (*C. 4,2,5*; *C. 4,9,4*), o incluso a *querimonia* (*C. 4,30,8*) o *denuntiatio* (*C. 4,30,14,4 y 5*) en época justiniana, pero en principio parece que su finalidad era la misma⁽³⁵⁾.

Sobre *condictio scripturae*, *C. 4,2,5*; *C. 4,9,4*.

Sin entrar en el análisis de cada uno de estos supuestos, nos limitamos a dejar constancia de hecho de que las fuentes bajomedievales se hacen eco de sus modelos clásicos.

Otro ejemplo al respecto hallamos en las *Leyes del Estilo*. En ellas se pone de manifiesto esa falta de unanimidad a la hora de otorgar valor constitutivo al documento, una vez transcurridos los dos años y ello porque en ocasiones, consideraciones de justicia hacían ver esta postura como inaceptable, optándose por dejar al juzgador cierto arbitrio a la hora de poder contestar el contenido del documento cuando, a su juicio, existieran razones para dudar de su correspondencia con la realidad.

De estas leyes, formadas a principios del siglo XIV y en los primeros años

(34) Sobre esta posibilidad de renunciar a la ley y como su admisión o no, así como las consecuencias que se puedan derivar de la misma, están en función de las circunstancias del momento, y vid., aunque referido a un momento posterior, F. DE CASTRO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Madrid, 1985, pág. 67 “Desde el Renacimiento, la fuerza creciente del Estado impone en todos los países un mayor respeto a las leyes de los Soberanos y se van limitando también progresivamente las posibilidades de renuncia a las leyes. No sucede esto mismo en España donde el Estado no se encontraba en situación de exigir mayor respeto a las leyes, cuando le faltaba confianza en la justicia de sus mandatos. Así, traficantes de toda clase buscaban afirmar sus contratos imponiendo cláusulas de renuncia de las acciones por lesión y por *non numerata pecunia*. También ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia IV*, Madrid, 1876, pág. 925 “El que ha firmado un vale o escrito en que confiesa haber recibido de otro cierta cantidad prestada puede oponer la excepción de *non numerata pecunia*, si se le pide la cantidad dentro de dos años, contados desde que firmó el documento; y en tal caso tiene que probar el acreedor que efectivamente le entregó el dinero, a no ser que el deudor hubiese renunciado dicha excepción pues entonces tendría que tomar sobre sí el gravamen de probarla si la oponía (STS 3 julio 1869).”

(35) Archi y Cimma.

del reinado de Fernando IV, y cuyo contenido lo forman principalmente advertencias y aclaraciones a las leyes del Fuero Real, y reglas, estilos, prácticas o costumbres para la administración de justicia⁽³⁶⁾, destaca fundamentalmente la *Ley 184*:

“Otrosí de fuero es en las preguntas de los Alcaldes de Burgos que se fizieron al rey D. Alfonso, que de dos años adelante non se debe probar la defensión de los dineros contados: porque el demandador sea tenido de probar después de los dos años que gelos contó et que pasaron a su poder; nin se a porque salvar después de los dos años. Pero el alclade de su oficio, non en pedimento de la parte, puede mandar, según uso de la corte, a la parte que diga sobre juramento si gelos pagó aquellos dineros, o parte dellos, en guisa que pasasen a su poder dél, o de otro por él, que los rescibiese por su mandado”.

Dos cuestiones nos parecen dignas de ser resaltadas:

La práctica, más frecuente de lo que en principio sería imaginable, de la asunción de compromisos escritos de devolver, a la espera de una *datio rei* que no llegaba a producirse, pese a la existencia de un escrito en que el deudor decía haber recibido. Así como las consecuentes dudas que en torno al valor constitutivo de ese documento se planteaban tanto a los particulares, como a aquellos que habían de juzgar.

Entendemos que no se puede dejar de relacionar este supuesto con el hecho mencionado al principio del trabajo de que, igualmente, las únicas referencias que sobre *querella* y *exceptio n.n.p* tenemos, en el Derecho romano provengan de constituciones imperiales.

En segundo lugar sorprende la posibilidad, que aquí se contempla de que el juez, de *“motu proprio”* y nunca *“a instancia de parte”*, fuerce al demandante a jurar que hizo previamente la entrega del dinero. Sirviendo así el juramento como prueba con que rebatir el contenido del escrito.

También en los *Fueros de Valencia* aparece referida la *exceptio n.n.p*⁽³⁷⁾.

“ 1. Si quis promiserit alicui sibi mutuet et debitor sibi instrumentum fecerit, in quo confiteatur se illud debitum recepisse et in veritate ipsum non receperit, sit in electione illius debitoris quod velit, vel recuperare instrumentum vel petere illud quod promisit sibi dictus creditor mutuare.

(36) F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil I*, (2ª ed.), Madrid, 1899, pp. 316 y 317.

(37) El texto que reproducimos ha sido tomado del trabajo de J. A. ARIAS BONET, “Sobre la querella y exceptio non numeratae pecuniae, Derecho romano y vicisitudes medievales”, *AHDE*, 53 (1983), pp. 136-137. Aquí él hace referencia a algunas de las dificultades que dicho texto presenta, distinguiendo dos estratos, el fondo antiguo, y la intervención del Rey.

- *In hoc foro addidit et ipsum arromanzavit dominus rex. Declarat dominus rex in hoc foro quod si aliquis promiserit alicui quod aliquid sibi mutuet et in instrumento debiti non sit dies certa assignata ad debitum persolvendum, si infra annum ille debitor non petierit, ex quo erit legitime etatis vel conquestus fuerit curie, quod sibi tradi fatiat a creditore illud, quod promisit sibi mutuare, quod anno elapso, curia instrumentum sequatur; sed si in instrumento debiti fuerit terminus assignatus debitori ad solvendum debitum creditori, quod elapso termino, currat annus, scilicet quod conqueratur debitor de creditore quod sibi tradat quod sibi mutuare promisit; alioquin si hoc non fecerit, anno elapso post talem terminum in instrumento debiti contentum, debitor creditori debitum solvere compellatur.*

2. *Si debitor taceat quod non peteat infra terminum contentum in instrumento illud, quod sibi quis promisit mutuare, instrumentum sequi teneatur et non stetur dicto petitoris; et dictus debitor teneatur solvere creditori debitum sicut continetur in instrumento”.*

En ellos se contempla tanto la posibilidad de reclamar la devolución del escrito y ello sólo en el plazo de un año (“*si infra annum ille debitor non petierit*”), como, y esto resulta curioso, la facultad de exigir al mutuante, en base al escrito, el préstamo que había prometido. Semejante propuesta nos resulta un tanto incomprensible, y aunque interesante, reservamos su análisis para otro momento.

Sí creemos conveniente hacer referencia a otra fuente que, relacionada con los anteriores Fueros de Valencia recoge una mención a la *exceptio n n p*. Se trata de las *Costumbres de Tortosa*, en las que recogiendo, igualmente la firmeza absoluta del escrito una vez transcurridos los dos años, se contempla la posibilidad de lograr esa misma firmeza en función del acto de renuncia al que ya decíamos hacían referencia igualmente la Partidas:

“Si algun fa carta de deute a altre per esperança que li liure aquel deute en que fos obligat en aquella carta e el creedor aquel deute liurar no li volra: lo deutor pot demandar aquella carta que li sia reduta e restituida per lo creedor dintre dos ayns apres que la carta sera feyta. Mas si lo creedor qui te la carta dins dos ayns se vol clamar del deutor daquel deute que nombrat ne liurat no aura, lo deutor li pot posar excepcio de non numerata pecunia et doli, la dita carta es ferma e estable, sens tot contrast que no li pot esser fet per aquesta excepcio ne per altra rao ne excepcio. Si la dita renunciacio en la carta no es, lo creedor deu provar que aja liurats los diners que son contenguts en la carta al deutor. Si dins dos ayns daquesta cosa fera feta questio ne demanda per nenguna de les parts: car de dos ayns aenat la carta es ferma e estable, si que hi aia renunciacio si que no hi aia”.

Asímismo llama la atención la expresa mención que en el texto se hace a una *exceptio doli*, simultáneamente con la *exceptio non numerata pecunia*, uni-

das ambas por la conjunción copulativa “*et*”, que vuelve a suscitar las dudas interpretativas que respecto de la redacción de *C. 4,30,3* igualmente se plantearon.

Como se puede apreciar, todas estas fuentes jurídicas bajomedievales denotan la clara influencia del Derecho romano Justiniano. Quizá, como expresa Arias Bonet, en esta relación es imposible descuidar el papel desempeñado por la glosa, “pues fue ésta al fin y al cabo la causa inmediata de que la *querrela* o la *exceptio n.n.p* fueran tenidas en cuenta por los juristas que desarrollaban su actividad al sur de los Pirineos”⁽³⁸⁾.

(38) J. A. ARIAS BONET, op. cit. pág. 130.