



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 1999

Algunas consideraciones en torno a la *condictio scripturae*

Alonso, José Luis

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-143347>
Journal Article
Published Version

Originally published at:
Alonso, José Luis (1999). Algunas consideraciones en torno a la *condictio scripturae*. *Revue internationale des droits de l'antiquité* : RIDA, 46:99-122.

Algunas consideraciones en torno a la “*condictio scripturae*”

por José Luis ALONSO

(Universidad del País Vasco)

I. La “*condictio scripturae*” (1)

1) Acerca de la *condictio scripturae*, y de su confluencia con la *condictio liberationis*, vid.: HUSCHKE, *Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehen* (Stuttgart 1882) p.107 s., p.117, p.144; RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustiniano*, en SZ.35(1914) 217 s. y n.1; TAUBENSCHLAG, *Das römische Privatrecht zur Zeit Diokletians* [(Krakow 1919-20) =] *Opera minora* I (Warszawa 1959) p.169 s.; RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustiniano (Schluß)*, en SZ.43(1922) 319 s.; DE VILLA, *Actio incerti* (Sassari 1932) p.73 ss.; SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione nel Diritto romano I²* (Napoli 1935) p.127 ss.; DE SARLO, *Il documento oggetto di rapporti giuridici privati* (Firenze 1935) p.213 ss.; KRELLER, *Zur Geschichte der "exceptio non numeratae pecuniae"*, en *Studi Riccobono* II (Palermo 1936) p.320 ss.; ARCHI, *Studi sulla "stipulatio" I. La "querella non numeratae pecuniae"* [(Milano 1938) =] *Scritti di Diritto romano* I (Milano 1981) p.555 ss.; KRÜGER, *Querela non numeratae pecuniae*, en SZ.58(1938) 11 s.; BRASIELLO, *In tema di categorie contrattuali*, en SDHI.10(1944) 125 ss.; SEGRÉ (A.), *L'obbligazione letterale nel diritto greco e romano*, en *Aegyptus* 25(1945) 83 s.; SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht* (Münster-Köln 1952) p.270 s.; SCHÖNBAUER, *Ein wichtiges Beispiel der nachklassischen Rechtsliteratur*, en *Studi Arangio-Ruiz* III (Napoli 1953) p.510 s.; LEVY, *Die querela non numeratae pecuniae*, en

La llamada (2) "*condictio scripturae*" [c.s.] aparece en el s.III d.C. como un medio procesal a disposición de quien figura como deudor en un documento crediticio, para recuperarlo cuando no se corresponde con la realidad: bien porque la obligación documentada no existe o ha sido cancelada, bien porque es impugnada por falta de *numeratio*. El empleo para este supuesto de los términos "*condicere*" y "*condictio*" (3) se justifica fácilmente, no tanto por el significado genérico de "*condicere*" como "reclamar lo debido" (4), cuanto por analogía con la *condictio* del Derecho clásico. En efecto, del mismo modo que la *condictio* ordinaria, también la c.s. puede considerarse fundada

SZ.70(1953) 217 y n.9, 232 ss.; COLLINET, *La nature des "querelae", des origines à Justinien*, en *SDHI*.19(1953) 283, 293 ss., 303; WESENER, v. *Querela*, en *RE*.XXIV (Stuttgart 1963) col.867; TALAMANCA, v. *Documento (Diritto romano)*, en *ED*.XIII (Milano 1964) p.559 y nn.89-90; KASER, *Das römische Privatrecht I*² (München 1971) p.596 n.31; ID., *Das römische Privatrecht II*² (München 1975) p.380 n.45, p.424 n.23, p.442 n.20; CIMMA, *De non numerata pecunia* (Milano 1984) p.147 ss.; TROFIMOFF, *Querela non numeratae pecuniae*, en *RIDA*.33(1986) 209 ss. = *SZ*.103(1986) 378 ss. [sobre el cual, vid. la recensión de TALAMANCA, *BIDR*.90(1987) 640 ss.]; LITEWSKI, *rec. a Cimma (de non numerata pecunia)*, en *SZ*.103(1986) 554; ID., *Non numerata pecunia im klassischen römischen Recht*, en *SDHI*.60(1994) 426 s., 431 s., 443 ss., 453 s.

2) La expresión "*condictio scripturae*" no es empleada en las fuentes como término técnico, pero tampoco es totalmente extraña a las mismas: vid. *Diocl.C.4,5,3*.

3) *Gord.C.2,6,3 (cautionem interpositam...condicere)*; *Diocl.C.8,42,25 (chirographum condicere)*; *Diocl.C.4,9,2 (instrumentum...per conditionem reddi)*; *Diocl.C.4,5,3-4 (interpositae scripturae condictio)*.

4) *Gai.4,5*.

en una retención sin causa (5): la causa para retener el documento, siendo su función únicamente servir como prueba de la obligación documentada, falta si esta obligación decae. La *c.s.* aparece, por tanto, como una aplicación -pronto, si no ya inicialmente, cognitoria- de la misma *condictio* clásica, cuando lo reclamado es un documento (*scriptura, instrumentum, cautio, chirographum*) que un acreedor retiene sin causa (6).

El nacimiento de esta acción suele situarse en tiempos de Diocleciano, sobre la base de una serie de rescriptos de los años 293 y 294 en los que, por vez primera, se reconocería el derecho del deudor a recuperar el documento. Sin embargo, tal vez esta datación sea demasiado tardía: dejando al margen un texto de Ulpiano, en el que podría verse ya un indicio de la obligación del acreedor de devolver el documento (7), hay que tener en cuenta

5) En este sentido, HUSCHKE, *Darlehen* p.117, y, sobre todo, SCHWARZ, *Condictio* p.271.

6) Hay que advertir, no obstante, que la analogía con la *condictio* clásica puede flojear en un aspecto. Desde el punto de vista clásico, la *condictio* no se fundamentaba en cualquier retención sin causa, sino únicamente -prescindiendo del caso discutido de la *condictio "furtiva"*- en la que derivaba de una previa *datio*. Y, si bien es cierto que la propia jurisprudencia clásica fue bastante flexible a la hora de interpretar el requisito de la *datio*, no parece que algunos supuestos de otorgamiento del documento puedan fácilmente configurarse como daciones procedentes del deudor: así, cuando el documento no recoge una declaración suya sino que viene redactado en estilo objetivo, y él no ha aportado ni el soporte ni la escritura.

7) El texto es Ulp.41 *ad Sab.-D.47,2,27pr.*, en torno al hurto de las *tabulae* crediticias; el acreedor a quien se le hurtaron tiene una *actio furti, non tantum pretii ipsarum tabularum, verum eius quod interfuit*. En la segunda mitad del texto, se propone la hipótesis de que las *tabulae* hurtadas al acreedor fuesen inanes, como referidas a un crédito ya cobrado (el mismo supuesto, en Ulp.6 *opin.-D.10,4,18*); a pesar de ello, el acreedor tiene igualmente la *actio furti* por el *duplum*, no ya del precio de las *tabulae*, sino del *interesse*. Ahora bien, ¿cuál puede ser el *interesse* del acreedor respecto de esas *tabulae*? El

Gord.C.2,6,3: en este rescripto, del 240, el giro *cautionem condicere* parece referirse precisamente a la *c. s.* (8); por otra parte, el texto no presenta este recurso como una novedad, sino como algo ya conocido, que cabe ejercitar "como de costumbre" (*usitato more*). A pesar de ello, no cabría, a mi juicio, retrotraer el origen de la *c.s.* más allá del s.III d.C., siendo así que en ningún jurista anterior encontramos rastro de una acción semejante.

Resulta difícil sustraerse a la impresión de que el reconocimiento, precisamente en esta época "epiclásica", del derecho del deudor a recuperar el documento está relacionado con

texto ofrece dos respuestas: a) poder restituir el documento al deudor, *quia nonnumquam debitores tabulas sibi restitui petant*; y b) conservar una prueba de la existencia de la deuda para el caso de que el deudor plantee una *condictio indebiti*, *quia nonnumquam calumniantur debitores quasi indebitum soluto*. Parece claro -y aquí reside el interés del texto para nosotros- que si de "a" surge un *interesse* que debe ser tenido en cuenta a efectos de la *litis aestimatio* en la *actio furti*, es porque al acreedor se le considera obligado a restituir las *tabulae* al deudor. Sin embargo, el texto resulta sospechoso: no sólo por la extraña duplicación de *quia nonnumquam* -que MOMMSEN, *ad leg.* resuelve eliminando, en su segunda aparición, *quia* y *debitores*- y el cambio de modo del subjuntivo *petant* al indicativo *calumniantur*, sino, sobre todo, por razones de fondo: no parece muy razonable basar la *litis aestimatio* en un perjuicio que no se ha producido todavía y que probablemente (sobre todo por lo que se refiere a "b") no se produzca; ni se ve por qué ha de hacerse repercutir sobre el *fur* un riesgo -el de no poder defenderse frente a la *condictio indebiti*- en el que también se encontraría el acreedor que, cumpliendo el deber implícito en "a", hubiese devuelto el documento al deudor; en fin, ¿cuál ha de ser el criterio empleado en la estimación, si los dos que se proponen, basados ambos en una incierta eventualidad futura, conducen a resultados distintos? (Hay que tener en cuenta, en efecto, que el acreedor que no pudiese devolver el documento difícilmente sería condenado -al contrario que el demandado por *indebitum solutum*- a reembolsar el valor íntegro del crédito documentado.)

8) Vid. *infra sub "b"* y n.21.

la creciente presión sobre el Derecho imperial de la praxis del documento helenístico. No es éste el lugar para entrar en la viva discusión acerca de la naturaleza jurídica del documento en el mundo griego. Pero, a pesar del debate doctrinal, no parece haber dudas de la existencia de documentos con fuerza probatoria reforzada (9), e incluso con eficacia, en línea de principio, directamente ejecutiva (10); por otra parte, aunque la cuestión sea más polémica, debían de ser también frecuentes en el ámbito helenístico los documentos de carácter constitutivo y abstracto, verdaderas formas escritas de obligarse, de los que hablan Gayo y el Pseudo-Asconio (11); en fin, conocemos incluso algún supuesto conspicuo de documento dispositivo (12).

9) Es el caso -frecuente- de la *syngrapha* en la que se ha incluido la llamada cláusula-*kyria*. Esta cláusula refuerza de tal modo el valor probatorio del documento que sólo cabe discutir su autenticidad, de ningún modo su contenido: vid. WOLFF, *Die Grundlagen des griechischen Vertragsrechts*, en SZ.74(1957) 37; HÄSSLER, *Die Bedeutung der Kyria-Klausel in den Papyrusurkunden* (Berlin 1960), y la rec. de AMELOTTI, en IVRA 12(1961) 364 ss.

10) En efecto, el acreedor provisto de una *syngrapha* podía ser exonerado del proceso declarativo: en detalle, SEGRÉ (A.), art. cit., en *Aegyptus* 25(1945) 98 ss. Vid. también: TAUBENSCHLAG, *The Law of Greco-Roman Egypt in the light of the papyri*² (Warszawa 1955) p.531 ss.; WOLFF, *Beiträge zur Rechtsgeschichte Altgriechenlands und des hellenistisch-römischen Aegypten* (Weimar 1961) p.111 ss. Más lit., en KASER, *RPR.II*² p.329 s. y nn.4 y 5.

11) Cuando Gai.3,134 menciona el *chirographum* y la *syngrapha* como modos de obligarse *litteris* propios de los peregrinos, parece estar pensando en el mismo tipo de documento al que se refiere Ps.-Ascon. in *Verr.2,1,36,91*: un documento con causa ficticia de préstamo (*давнеион*), que funcionaría como constitutivo y abstracto. De este tipo de documentos no faltan ejemplos en inscripciones y papiros: vid. KUNKEL, v. *syngrapha*, en *RE. IV A,2* (München 1932) col.1383 s.; RUPPRECHT, *Untersuchung zum Darlehen*

La familiaridad con documentos crediticios de estas características hace que, en la mentalidad de las provincias orientales, aparezca como peligrosa para el deudor la retención por el acreedor de un documento que no se corresponde con la realidad. Por otra parte, la convicción extendida de que el documento es -a modo de título dispositivo- el único medio para hacer valer el derecho en él recogido lleva a considerar la recuperación del mismo suficiente para impedir cualquier reclamación futura. De esta idea provincial de que la recuperación del documento es necesaria y suficiente para evitar problemas tenemos múltiples testimonios en rescriptos imperiales ⁽¹³⁾. Para

im Recht der graeco-ägyptischen Papyri der Ptolomäerzeit (Stuttgart 1967) p.120 ss. Más lit., en KASER, *RPR*.II² p.374 nn.4 y 5.

12) Entendemos por documento constitutivo el que es necesario, como forma escrita, para la conclusión del negocio; dispositivo es el que resulta, además, necesario para hacer valer los derechos surgidos del mismo. Pues bien, la *syngrapha* propia del préstamo marítimo griego era un documento no ya constitutivo, sino dispositivo, en cuanto imprescindible para poder reclamar ante los tribunales comerciales atenienses: PAOLI, *Studi di Diritto Attico* (Firenze 1930) p.121 ss.

13) Que en el mundo helenístico la recuperación del documento se veía como necesaria lo revela la preocupación manifestada por los consultantes en rescriptos como: Sev.CGreg.4,11,1 y Val.CGreg.4,11,2, que muestran el temor de los deudores que han permitido que, tras el pago, el documento de crédito permanezca en manos del acreedor; Gord.C.8,42,4, donde el consultante parece temer que una obligación ya pagada resurja por haber muerto el acreedor *priusquam instrumenta redderet*; Diocl.C.4,65,26, donde a los arrendatarios consultantes se les tranquiliza -si han cumplido el contrato- respecto del documento retenido por el arrendador; también en Diocl.C.8,42,19 el deudor consultante parece temer un perjuicio por haber pagado sin recuperar el *instrumentum*; la misma preocupación del deudor en Diocl.C.8,42,22, frente a un quirógrafo pagado y no cancelado. ----- Otros rescriptos muestran la tendencia de los consultantes a considerar que la recuperación del documento es suficiente para enervar el derecho del acreedor:

el Derecho oficial, sin embargo, el valor del documento crediticio sigue siendo, todavía en tiempos de Diocleciano, puramente probatorio: la cancellería subraya una y otra vez -frente a las concepciones provinciales que subyacen a la inquietud de los consultantes- que el documento relativo a una obligación ya cumplida (y, por tanto, también el referido a una inexistente) es inane y no puede causar perjuicio alguno al que figura en él como deudor (14). Así las cosas, desde el punto de vista de la cancellería, el aparente deudor no necesita protección especial: en particular, no necesita una acción para recuperar el documento (15). Pero la resistencia de la cancellería quiebra aquí: si, a pesar de la tranquilizadora doctrina oficial, los atribulados "deudores" desean reclamar el documento, podrán hacerlo, y precisamente mediante nuestra *c.s.*

así, Diocl.C.8,42,14, donde se advierte a un deudor que la simple recuperación del documento no tiene la fuerza de un recibo; o Diocl.C.8,42,15, que tranquiliza a un acreedor preocupado porque, contra su voluntad, el quirógrafo fue recuperado por el deudor.

14) Sev.CGreg.4,11,1: *nihil obest veritati, quod cautio integra maneat apud creditorem*; Gord.C.8,42,4: *nec enim ex eo evacuatae obligationis vires reparari queunt*; Val.C.4,34,5: *ipsis solutionibus tutus es*; Val.CGreg.4,11,2: *cautio tua, quae apud heredem eius remansit, inanis est*; Diocl.C.8,42,19: *instrumentum inane solutione celebrata nihil tibi nocere potest*; Diocl.C.8,42,22: *Inductum ... nec ne sit chirographum vestrum solutionem semel debiti factam nihil interest*; Diocl.C.4,65,26: *Si conductionis impletis fidem, eius rei gratia factum instrumentum evanuit...*

15) Es cierto que en la hipótesis de *pecunia non numerata* el documento puede ser más peligroso, por cuanto su impugnación está sometida a un plazo preclusivo; pero, cabiendo para evitar la preclusión el recurso a la *querella non numeratae pecuniae* (que convierte la *exceptio non numeratae pecuniae* en perpetua: vid. *infra sub "b"* y nn.24 y 25), no se ve tampoco la necesidad de una acción recuperatoria.

A mi juicio, por lo tanto, la aparición de la *c.s.* en el Derecho romano es consecuencia de una parcial claudicación frente a la presión de las concepciones dominantes en las provincias orientales en torno al valor del documento (16). La cancillería sigue rechazando que el documento tenga más valor que el de una simple prueba, refutable eventualmente por otros medios probatorios; pero accede (y aquí está la claudicación), a pesar de que desde su punto de vista no sería necesario, a conceder un medio para calmar la inquietud de los consultantes (17): ese medio es -aparte la *actio ad exhibendum* de algunos rescriptos (18)- nuestra *c.s.*, que aparece en las fuentes para tres supuestos distintos:

16) No puede decirse, en cambio, que la *c.s.* haya surgido a imitación del Derecho griego, en el que, de hecho, no conocemos ninguna institución parecida, aunque sí ejemplos puntuales de reclamación de un documento que no se corresponde con la realidad: uno de los más notables, en Pap.Magd.14 [221/220 a.C.], para el cual, vid. MITTEIS, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyrskunde* II 2 (Leipzig 1912) p.224. En cuanto a la praxis de restituir al deudor el documento de las obligaciones ya cumplidas, suele negarse que sea más griega que romana; sobre esta cuestión, vid.: SEGRÉ (A.), *Note sul documento nel Diritto greco-egizio*, en *BIDR.*34(1925) 93 ss., y art. cit., en *Aegyptus* 25(1945) 84; ARCHI, art. cit., en *Scritti* I p.564 s.

17) La hipótesis que propongo, de claudicación parcial frente a una presión externa, representa una alternativa frente a las que postulan, como única justificación plausible para el nacimiento de la *c.s.*, un cambio en la valoración del documento crediticio por parte del propio Derecho oficial romano: a) bien en el sentido de reconocerle una fuerza probatoria cualificada: así, ARCHI, art. cit., en *Scritti* I p.572 ss.; b) bien en el sentido de admitir su carácter dispositivo; naturalmente, los partidarios de esta última opción, que vincula la *c.s.* al reconocimiento del documento dispositivo, se ven obligados a declarar interpoladas todas las menciones de esta acción en rescriptos dioclecianos o pre-dioclecianos: así, RICCOBONO, art. cit., en *SZ.*43(1922) 319; BRASIELLO, art. cit., en *SDHI.*10(1944) 128 ss.

18) Val.CGreg.4,11,2 y Diocl.C.3,42,9, referidos ambos al documento de una obligación cancelada por pago (*infra sub "a"*).

a) El deudor que paga una deuda documentada puede exigir al acreedor que le devuelva el documento. La acción aparece bajo los términos *condictio* y *condicere* en dos rescriptos de Diocleciano y Maximiano, recogidos en C.4,9,2 [a. 293] y C.8,42,25 [a. 294].

b) Quien haya extendido un documento de mutuo y no haya llegado a recibir la cantidad mutuada, puede exigir del mutuante la devolución del documento. Aquí nos movemos, como se ve, en el ámbito de actuación de la *exceptio* y la *querella non numeratae pecuniae*: un ámbito, en general, muy problemático, y en el que también los testimonios de una *c.s.* son particularmente dudosos. Con la necesaria prudencia, cabría mencionar dos rescriptos. En primer lugar, Gord.C.2,6,3 [a. 240]:

Si sub specie honorarii, quod advocato usque ad certum modum deberi potuisset, eam quantitatem, quam desiderio 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 potes condicere.

Se trata de un texto problemático, incluso en cuanto a la simple reconstrucción del supuesto de hecho (19). Prescindo aquí de una discusión más detallada del mismo, para ceñirme

19) Vid., por último, LITEWSKI, art. cit., en *SDHI*.60(1994) 431 ss., con lit.

únicamente al significado del giro *cautionem condicere*. Lo más habitual ha sido interpretarlo en clave de *condictio liberationis* (20), pero tal interpretación resulta, a mi juicio, injustificada. Es cierto que *cautio* puede emplearse como sinónimo de *stipulatio*, pero *condicere stipulationem* -que vendría a significar "exigir una promesa"- es algo muy distinto de *condicere liberationem*. Además, también la acepción de "exigir una promesa" debe ser descartada, porque la *condictio* se refiere en este texto a una *cautio* ya interpuesta. Parece, por tanto, que *cautio* designa aquí al documento: ése es, de hecho, el significado del primer "cavisti" del texto, a no ser que se lo quiera redundante respecto del inmediato "promisisti". Todo ello basta, en mi opinión, para incluir el rescripto de Gordiano entre los posibles testimonios de la *c.s.* (21)

Un segundo texto posible es Diocl.C.4,9,4 [a. 294], que se refiere a un procedimiento extraordinario de repetición ante el tribunal del *praeses provinciae*:

20) Así: HEIMBACH, *Die Lehre von dem creditum nach dem gemeinen in Deutschland geltenden Rechten* (Leipzig 1849) p.660 s.; V. SALPIUS, *Novation und Delegation nach römischem Recht* (Berlin 1864) p.318; GOLDSCHMIDT, *Die querella non numeratae pecuniae und die Rechtsprozessgesetzgebung*, en *JJB*.24(1886) 88 s.; SUMAN, *De non numerata pecunia: note critiche*, en *AIV*.78,2(1918-19) 257; DE SARLO, *Documento* p.218; KRELLER, art. cit., en *Studi Riccobono* II pp.320 y 322; ARCHI, art. cit., en *Scritti* I p.578; BRASIELLO, art. cit., en *SDHI*.10(1944) 128; LEVY, art. cit., en *SZ*.70(1953) 238 (resolviendo la posible ambigüedad de p.236); CIMMA, *Pecunia* p.149; BURDESE, *Sul riconoscimento civile dei c.d. contratti innominati*, en *Iura* 36(1985) 65.

21) Así: SOLAZZI, *Estinzione* I² p.127; LEVY, (J.PH.), *A quels faits la "querela non numeratae pecuniae" tendait-elle à remédier?*, en *Studi Sanfilippo* IV (Milano 1983) p.352; LITEWSKI, art. cit., en *SZ*.103(1986) 554, y art. cit., en *SDHI*.60(1994) 432.

Si non est numeratum, quod velut acceptum te sumpsisse mutuo scripsisti, et necdum transisse tempus statutum vel intra hunc diem habitam contestationem monstrando reddi cautionem praesidali notione postulare potes.

El giro *reddere cautionem* basta para excluir que aquí se trate de una *condictio liberationis*: es claro que estamos ante una acción que persigue la devolución del documento (22). Como se habla únicamente de *reddere* y no también de *exhibere*, lo más probable es que la acción sea precisamente la *c.s.*: de hecho, este texto se encuentra en el Codex en sede “*de condictio ex lege et sine causa vel iniusta causa*”. El rescripto nos interesa todavía en otro aspecto. Si aceptamos la opinión mayoritaria (23), que identifica *contestatio* con *querella non numeratae pecuniae*, aquí está el testimonio de que la *c.s.* y la *querella* (en el texto, *contestatio*) son dos recursos distintos. A tenor del rescripto, para exigir la devolución del documento -es decir, para ejercitar la *c.s.*- era necesario respetar un plazo máximo (seguramente el mismo plazo de cinco años fijado por Diocleciano para la *exceptio non numeratae pecuniae*) o probar que durante ese plazo se interpuso la *querella* (*contestatio*). En otros textos (24), el ejercicio en plazo de la *querella-contestatio* aparece como requisito para interponer fuera de plazo la *exceptio non numeratae pecuniae*. Así, pues, la

22) Esta es la interpretación de la mayor parte de la doctrina: vid. CIMMA, *Pecunia* p.157 y nn.88-89, con lit.; en el mismo sentido, LITEWSKI, art. cit., en *SDHI.60*(1994) 444.

23) Vid., por último, LITEWSKI, art. cit., en *SDHI.60*(1994) 454 ss., con lit. (especialmente en n.441).

24) Alex.C.4,30,8; Diocl.C.4,30,9; Diocl.C.4,30,10; Diocl.C.4,2,5.

función de la *querella* o *contestatio* era perpetuar tanto la *exceptio non numeratae pecuniae* como la *c.s.* (25)

c) Quien haya extendido un documento por un *indebitum*, puede igualmente recuperarlo, mediante una acción que en Diocl.C.4,5,3 [a. 293] aparece como *condictio*:

Cum et soluta indebita quantitas ab ignorante repeti possit, multo facilius quantitatis indebitae interpositae scripturae condictio competit vel doli exceptio agenti opponitur.

Como en el rescripto de Gordiano, de nuevo aquí se piensa normalmente -aunque, a mi juicio, con argumentos poco concluyentes- en una *condictio liberationis* (26). Sea como sea, la *condictio* vuelve a aparecer en Diocl.C.4,5,4, fechado sólo cinco días después del anterior:

Ea, quae per infitiationem in lite crescunt, ab ignorante etiam indebita soluta repeti non posse certissimi iuris est, sed et si cautio indebitae pecuniae ex eadem causa interponatur, conditioni locum non esse constat.

Este texto completa nuestra revisión de los tres ámbitos en los que aparece la *c.s.* De todos ellos, el único indiscutido es el relativo al deudor que cancela la obligación mediante el pago (*sub "a"*: es la llamada "*condictio scripturae debito persoluto*"). Sin embargo, también en los dos ámbitos restantes existen, como hemos comprobado, testimonios suficientes. A partir de ahora,

25) Así, LITEWSKI, art. cit., en *SDHI*.60(1994) 454.

26) Para una refutación de tal hipótesis, vid. *infra* n.45.

me centraré particularmente en el supuesto "b", de *pecunia non numerata*: el caso de quien ha extendido un documento de mutuo, pero no ha llegado a recibir la cantidad mutuada. No pretendo, desde luego, esclarecer todos los problemas que plantea este supuesto. Mi intención es simplemente hacer algunas observaciones -no tanto sobre los textos mismos cuanto previas al estudio de los textos- acerca de la delimitación de los ámbitos respectivos de la *c.s.* y la *condictio liberationi*

II. La delimitación entre *c.s.* y *condictio liberationis* (27)

27) La llamada *condictio "liberationis"* es, como se sabe, una acción con la que se pretende no ya recuperar un documento crediticio, sino liberarse de la obligación, en principio, mediante *acceptilatio*. La discusión en torno a la clasicidad de la *condictio liberationis* es parte de la -más general- acerca del origen de la llamada *condictio "incerti"*. Hoy día, puede considerarse mayoritaria la opinión de quienes admiten que ya en el Derecho clásico existía una fórmula de *condictio* con *intentio incerta*, referida al *quidquid paret Nm Nm Ao Ao dare facere oportere*: WOLF, *Causa stipulationis* (Köln-Wien 1970) p.190 ss.; KASER, *RPR.I*² p.598 s.; KUNKEL-HONSELL, *Römisches Recht*⁴ (Berlin-Heidelberg 1987) p.132. Por otra parte, la opinión tradicional, según la cual la *condictio* se referiría siempre a un *certum*, no es incompatible con la clasicidad de la *condictio liberationis*, que sería entonces la misma *condictio "certi"* ordinaria, empleada "zu mittelbarem Zwang", como modo de coacción para obtener del demandado la *acceptilatio*: así, PFLÜGER, *Condictio und kein Ende*, en *Festgabe für P. Krüger* (Berlin 1911) p.74 ss.; KASER, *RPR.I*¹ (München 1955) p.500 s.; D'ORS, *La llamada "condictio liberationis"*, en *Estudos Merêa e Braga da Cruz I (=BUCO.1982)* p.356 s. En este sentido, conviene tener en cuenta: a) que a partir de Juliano se admite con carácter general la absolución del demandado que cumpla *apud iudicem* ("*omnia iudicia sunt absolutoria*"); b) que una obligación de *dare certum* puede cumplirse mediante *acceptilatio*, en la medida en que ésta produce una *datio* en favor del deudor liberado (la equiparación de la *acceptilatio* a una *datio* es constante entre los clásicos: baste como ejemplo *Iav.1 ex Plaut.-D.12,4,10*).

Este es, en efecto, uno de los problemas centrales que plantean los rescriptos que hemos ido revisando: como ya hemos visto, muchos de ellos han sido con frecuencia interpretados en clave de *condictio liberationis*. Y ello no sorprende, porque en otros textos, referidos a supuestos semejantes, de *pecunia non numerata* ⁽²⁸⁾, la acción parece precisamente ésa: es el caso de Alex.C.4,30,7 (*per conditionem obligationem repetere* ⁽²⁹⁾), Val.C.4,6,4 (*ut libereris obligatione per conditionem consequeris*), y quizá también Diocl.C.8,39,3 (*obligationem remitti* ⁽³⁰⁾).

Para delimitar los ámbitos de aplicación de ambos medios procesales -siempre en el caso de *pecunia non numerata*-, la hipótesis más extendida, aunque no siempre explícita, parte de la diferencia entre caución estipulatoria (*i.e.*, el documento que recoge una promesa de pago estipulatoria) y caución simple (*i.e.*, el documento que se limita a dar fe de la recepción de una cantidad en mutuo). Según esta doctrina, la *c.s.*, disponible para recuperar las cauciones simples, sería improcedente, en cambio,

28) Para el caso "c", de simple *indebitum*, vid. Gord.C.8,40,15 (*condicere, ut obligatio tibi accepto feratur*). Dentro del ámbito de la *pecunia non numerata*, CIMMA, *Pecunia* p.150 s., menciona también P.Ber.Inv.16977, pero no cabe afirmar con certeza que la *condictio* aludida en el mismo sea la "*liberationis*". Sobre este papiro, vid. SCHÖNBAUER, art. cit., en *Studi Arangio-Ruiz* III p.501 ss., con lit. en p.502 n.4.

29) La doctrina más antigua, sin embargo, pensaba aquí en una *c.s.* dirigida simultáneamente a la recuperación del documento y a la liberación del deudor: lit. en CIMMA, *Pecunia* p.68 n.188, p.147 n.52. Tampoco faltan autores que declaren interpolada esta parte del texto: un elenco, en LITEWSKI, art. cit., en *SDHI*.60(1994) 426 n.187. Pero la mayor parte de la doctrina se inclina con razón por la *condictio liberationis*: cfr. LITEWSKI, *ibíd.* y n.190.

30) Cfr. LITEWSKI, art. cit., en *SDHI*.60(1994) 445 y n.351.

respecto de las estipulatorias, frente a las cuales el recurso adecuado sería la *condictio liberationis* (31). La razón es sencilla y a primera vista plausible, y se puede desarrollar así: como ya hemos visto, en esta época "epiclásica" el documento de crédito sigue siendo, para la cancillería imperial, puramente probatorio; por eso, cuando existe obligación, la mera recuperación del documento no basta para liberarse, y se hace necesaria la *condictio liberationis*. Ahora bien, en nuestro supuesto de *pecunia non numerata*, la obligación existe cuando medió *stipulatio*, es decir, si la caución crediticia es estipulatoria; no existe si es una caución simple (32). Por eso, según la doctrina dominante:

31) TAUBENSCHLAG, art. cit., en *Opera minora* I p.169 s., asume implícitamente esta opinión cuando, para rechazar C.4,5,3 como testimonio de la c.s., alega, como única razón, que el texto contenía originariamente un caso de *stipulatio*: de lo que se deduce que, para Taubenschlag, la c.s. sólo era posible frente a una *cautio* simple. ARCHI, art. cit., en *Scritti* I p.554 n.80, pone de manifiesto que comparte esa opinión, cuando escribe, refiriéndose a C.4,9,4: "Se, infatti, vi fosse stata una *stipulatio*, la pretesa di Alessandro non altro potrebbe essere che una *condictio liberationis*". En el mismo sentido, también en relación con C.4,9,4, KRÜGER, art. cit., en SZ.58(1938) 11: "Nimmt man die gut begründete Annahme Krellers an, daß die Parteien eine *stipulatio* auf Rückzahlung der Darlehenssumme abgeschlossen hatten, so stünde dem Schuldner die *condictio liberationis* zu". Más explícitamente, CIMMA, *Pecunia* p.159 s.: "Ciò detto io non credo che lo strumento in questione fosse concesso anche contro cauzioni stipulatorie".

32) Claro está que, transcurrido (sin *contestatio*) el plazo preclusivo de la *exceptio* -y la *querella non numeratae pecuniae*, los dos casos quedan equiparados: la caución simple se hace tan inimpugnable como la estipulatoria [en efecto, tampoco la *exceptio doli* es ya posible frente a ellas: concluyente, LEVY, art. cit., en SZ.70(1953) 231 s.], de modo que, aunque no haya habido *numeratio* ni *stipulatio*, quien figure como deudor en el documento será condenado igualmente. Así, la caución simple inimpugnada funciona ella misma como fuente abstracta de la obligación.

a) La *c.s.* sirve en los casos de caución simple, en los cuales hay documento pero no obligación, y precisamente para recuperar ese documento que no se corresponde con la realidad.

b) En los casos de caución estipulatoria, por el contrario, es precisa la *condictio liberationis*: recuperar el documento no basta para quien está efectivamente -en virtud de la *stipulatio*- obligado (aunque se trate de una obligación enervable mediante la *exceptio non numeratae pecuniae*).

De esta hipótesis hay que aceptar, sin duda, la limitación de la *condictio liberationis* a los casos en los que hay *obligatio*: en efecto, si no ha llegado a surgir obligación alguna, es absurdo exigir la liberación. Lo que, a mi juicio, no está tan claro es que la *c.s.* deba, por su parte, reducirse al caso contrario ⁽³³⁾: el supuesto de la caución simple, en el que, a falta de *numeratio*, no existe obligación. Y ello por varias razones, que cabe sintetizar en cinco puntos ⁽³⁴⁾:

1) Tras la *Constitutio Antoniniana*, la caución simple debió de convertirse en un fenómeno marginal. Ante todo, por la generalización de la cláusula estipulatoria: la inclusión sistemática de esta cláusula de estilo *-et interrogatus spondit o kai eperotetheis homológesen-* en todo tipo de documentos tiende a

³³) En este sentido, contra Cimma, LITEWSKI, art. cit., en SZ.103(1986) 554.

³⁴) Dejamos al margen una objeción de carácter previo que cabría hacer a esta doctrina: la extrema dificultad de distinguir con certeza en los textos entre los supuestos de caución simple y los supuestos de caución estipulatoria: sobre este problema, ARCHI, art. cit. en *Scritti* I p.633 (ss.) n.20.

convertir toda caución en estipulatoria. Pero, además, aun cuando no se incluyera la cláusula estipulatoria, operaba la presunción de que a la promesa de pago contenida en el documento había precedido la oportuna pregunta estipulatoria. De la clasicidad de esta doctrina, recogida en Paul.D.45,1,134,2 y Sev.C.8,37,1, se ha dudado, a mi juicio, injustificadamente ⁽³⁵⁾. Hay que advertir que lo que estos textos sientan es una simple presunción (*...intelligendum...praecessisse verba stipulationis; ...credendum est praecedentem stipulationem vocem spondentis secutam*), y al respecto es muy ilustrativo el contraste con PS.5,7,2, donde esa presunción se ha convertido ya en ficción ⁽³⁶⁾ (*...perinde habetur atque si interrogatione praecedente responsum sit*). En fin: como resultado de la confluencia de ambos factores (cláusula estipulatoria y presunción), la caución simple deviene extremadamente improbable; no se comprende, entonces, que la cancellería se moleste en introducir un nuevo instrumento procesal exclusivamente para semejante rareza.

2) La correspondencia entre caución estipulatoria y existencia de obligación (aunque impugnabile), que está en la base de la doctrina dominante, no parece del todo correcta. Hay que tener en cuenta que la caución estipulatoria podía ser titulada:

35) Sobre el tema, vid. ARCHI, *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano*, en *Scritti Ferrini Pavia* (Milano 1946) p.689 n.2, y SACCONI, *Ricerche sulla stipulatio* (Camerino 1989) p.169 ss., ambos con lit.

36) Así, PRINGSHEIM, *Stipulations-Klausel*, en *Gesammelte Abhandlungen II* (Heidelberg 1961) p.218; KASER, *RPR.II*² p.376 y nn.15-18. Esta de la ficción es también la construcción adoptada por el Derecho justiniano: Inst.3,19,17.

frecuentemente haría referencia a la causa de la estipulación, esto es, a la cuantía que el deudor ha recibido o va a recibir como mutuario (37). Aunque, teóricamente, en esta época la caución (como documento escrito) y la estipulación (como acto oral) eran dos realidades diferenciadas, resulta improbable que una estipulación recogida en una caución titulada pudiera funcionar como abstracta. Más razonable parece pensar que, en tal caso, el régimen causal de la caución tendería a extenderse también a la estipulación: lo cual significa que, a falta de *numeratio*, no estaríamos ante un negocio impugnabile por falta de causa, sino -desde el punto de vista del Derecho romano- directamente ineficaz: la obligación estipulatoria no llegaría a surgir. En consecuencia, aun aceptando el punto de partida mayoritario (esto es, que la *c.s.* procede sólo cuando no hay obligación), la acción sería aplicable en muchos casos de caución estipulatoria: todos aquellos en los que la misma fuese titulada (38).

3) La contraposición en que se apoya esta doctrina -obligación inexistente *versus* obligación impugnabile *ope exceptionis* (mediante la *exceptio non numeratae pecuniae*)- es un eco de la distinción clásica entre *indebitum civil* e *indebitum pretorio*. Sin embargo, cabe preguntarse hasta qué punto es

37) En este sentido debió de operar decisivamente el modelo documental del "*dáneion*" helenístico.

38) Un ejemplo de caución estipulatoria titulada se contiene, a mi juicio, en Gord.C.2,6,3 -*quasi mutuam pecuniam accepisses eam te redditurum promisisti*-, que precisamente parece conceder una *c.s.* Vid. también, sin embargo, Val.C.4,6,4, donde, a pesar del aparente carácter titulado de la *cautio* -*longe maiorem te accepisse cavisti*-, la acción se presenta como *condictio liberationis*.

legítimo transportar esta distinción civil / pretorio a un período y a un ámbito, el del *ius novum* de los rescriptos imperiales, que precisamente tienden a superarla. Hay que tener en cuenta -ya que nos movemos en el ámbito de la *pecunia non numerata*- que la *exceptio non numeratae pecuniae* es un recurso no edictal, introducido como tal probablemente mediante rescriptos ⁽³⁹⁾, por lo que cabe decir que no descansa en la potestad del Pretor sino en la *auctoritas* imperial. Que el *ius novum* fundado en esta *auctoritas* prescinde ya de la contraposición entre *indebitum* civil e *indebitum* pretorio lo prueba el propio ámbito de aplicación de la *exceptio non numeratae pecuniae*: desde el punto de vista de los clásicos, la oposición de una *exceptio* frente a una acción civil sólo procedía cuando el hecho alegado era irrelevante desde el punto de vista del *ius civile*; sin embargo, según se reconoce

39) Se trata, como es sabido, de una cuestión discutida: contra el origen imperial, vid., por último, LITEWSKI, art. cit., en *SDHI*.60(1994) 450. Todo depende de la interpretación de Ulp.7 *disput.*-D.17,1,29pr. y Ulp.76 *ad ed.*-D.44,4,4,16. En mi opinión, estos textos no sirven como prueba del origen jurisprudencial de la *exceptio*. El primero es claramente -contra LITEWSKI, art. cit., en *SDHI*.60(1994) 411 s.- sospechoso de interpolación: ni Ulpiano ni nadie en su sano juicio comenzaría a abordar el caso de un *fideiussor ignorans* escribiendo "*et si quidem sciens ...*". En cuanto al segundo, la *exceptio* mencionada no es todavía la técnica *exceptio non numeratae pecuniae*: vid. ARCHI, art. cit., en *Scritti* I p.536 s. Así las cosas, el primer texto en el que aparece el régimen característico de la *exceptio non numeratae pecuniae*, es Ant.C.4,30,3. Inadmisible, en todo caso, BUSCA, *Ancora in tema di "exceptio non numeratae pecuniae"*, en *SDHI*.51(1985) 477 ss., según el cual la *exceptio* fue introducida por el Pretor ya en los s.I o II d.C: a pesar de los esfuerzos del autor, su hipótesis choca con textos como Sev.C.8,32,1, Ant.C.4,30,2 y Ant.C.4,7,1, en los que la carga de la prueba pesa claramente sobre el deudor, de modo que sólo se explican como anteriores a la aparición de la *exceptio non numeratae pecuniae* en sentido técnico.

mayoritariamente ⁽⁴⁰⁾, la *exceptio non numeratae pecuniae* fue pronto aplicable incluso en casos -como los de caución simple o estipulatoria titulada- en los que la *non numeratio* impediría *ipso iure* la existencia de obligación; casos que, por tanto, no se distinguían ya de aquéllos (como el de caución estipulatoria abstracta) en los que la *non numeratio* sería, para un clásico, civilmente irrelevante ⁽⁴¹⁾.

Todo esto es consecuencia, a mi juicio, del paso del procedimiento formulario al cognitorio, donde el concepto “*exceptio*” adquiere un nuevo significado: la *exceptio* ya no es el medio con el que el Pretor desvirtúa una pretensión válida para el *ius civile*, sino simplemente cualquier alegación de hechos nuevos por parte del demandado ⁽⁴²⁾. De este modo, queda rota la correlación entre *exceptio* y *ius honorarium* y, con ella, se desvanece, como hemos visto, la distinción entre *indebitum* civil e *indebitum* pretorio. Y es en este mismo contexto donde se consolida la *c.s.*: la mayoría de los rescriptos donde aparece proceden de la cancillería de Diocleciano y Maximiano, de los años 293 y 294; no es necesario ya, por tanto, buscar en cada

40) Vid. ARCHI, art. cit., en *Scritti* I p.535; LEVY, art. cit., en *SZ.70*(1953) 217 s.; CIMMA, *Pecunia* p.92; LITEWSKI, art. cit., en *SDHI.60*(1994) 450.

41) De este modo, la situación en caso de *non numeratio* es idéntica para quien en Derecho clásico no estaba obligado como deudor y para quien sí lo estaba, aunque sin causa: ambos tienen igualmente a su disposición la *exceptio non numeratae pecuniae*, y ambos quedan igualmente indefensos si dejan transcurrir el plazo preclusivo de la *querella*.

42) Sobre esto: KOLLITSCH, *Praescriptio und exceptio außerhalb des Formularverfahrens*, en *SZ.76*(1959) 287 ss.; KASER/HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*² (München 1996) p.582 s., con lit.

texto pruebas especiales de que el procedimiento previsto es el cognitorio, sino que cabe presumirlo sin más ⁽⁴³⁾, con las consecuencias que acabamos de ver. Todo lo cual hace, en mi opinión, razonable dudar de que la *c.s.* pudiera haber surgido en esta época exclusivamente para los casos de *indebitum* "civil", como quiere la opinión dominante ⁽⁴⁴⁾.

4) Contra la tesis aquí defendida no cabe, a mi juicio, argumentar que la *c.s.* carecería de utilidad práctica fuera de los supuestos de *indebitum* "civil", porque, siendo la eficacia del documento -desde el punto de vista oficial- meramente probatoria, y no dispositiva, su simple recuperación no bastaría para privar al acreedor que lo fuera realmente de la posibilidad de reclamar. Este argumento no resulta concluyente porque parece posible que, con el ejercicio de la *c.s.*, el deudor consiguiera no sólo eliminar la prueba principal del crédito, sino también (debido a la eficacia prejudicial de la sentencia, reconocida con amplitud en el procedimiento cognitorio) privar al acreedor documental de la posibilidad de reclamar en el futuro: una sentencia condenatoria

43) Así es, por varias razones: en primer lugar, porque la mayor parte de los rescriptos se dirigen a provinciales, y en provincias el procedimiento formulario había desaparecido como tal probablemente ya al final del s. II d. C.; pero incluso en Roma, en tiempos de Diocleciano, debía haberse consumado ya el progresivo vaciamiento de atribuciones del pretor urbano en favor del *praefectus urbi*, lo que equivale a la práctica defunción del procedimiento formulario. Sobre esto, vid., por todos, KASER/HACKL, *ZPR.*² p.168 ss., p.517 ss. Que alguno de nuestros rescriptos, así las cosas, deba incardinarse en el ámbito de este procedimiento es poco menos que imposible.

44) Precisamente para apoyar esta afirmación y rebatir las posibles objeciones, en los puntos 4 y 5 tendré que seguir empleando -a pesar de mi crítica- los términos *indebitum* "civil" e *indebitum* "pretorio".

en la *c.s.* presupone la falta de *numeratio*, por lo que constituiría probablemente un precedente vinculante para una eventual reclamación del crédito.

5) Las reservas frente a la doctrina tradicional aumentan todavía a la vista de las fuentes. Si, como parece razonable, se admite que el *cautionem condicere* de Gord.C.2,6,3 se refiere a la *c.s.*, este rescripto, con sus explícitas referencias a la existencia de *stipulatio* (*te daturum cavisti, te redditurum promisisti*), bastaría para descartar la limitación de la *c.s.* a los supuestos de caución simple. En fin, un indicio textual de que la *c.s.* no se limitaba siquiera a los supuestos de *indebitum* "civil", lo encontramos -fuera del ámbito de la *pecunia non numerata*-, en Diocl.C.4,5,3: pese a los esfuerzos de la doctrina para reconducir el texto a la *condictio liberationis* ⁽⁴⁵⁾, la acción es claramente una

45) Vid., por todos, CIMMA, *Pecunia* p.156 y n.85, con lit. El razonamiento que lleva a la doctrina a concluir que el texto se refería en realidad a una *condictio liberationis* consta de dos pasos: a) Como la *exceptio doli* presupone la existencia de obligación, de su mención en este texto deduce la doctrina que la caución fue estipulatoria. Ya en este primer paso se incurre, a mi parecer, en un error (que proviene quizá de que se piensa en términos de *pecunia non numerata*, cuando en el texto no hay nada que lo justifique): el que haya *debitum* civil no implica necesariamente que la caución haya sido estipulatoria; cabe también pensar en una caución simple que recoja una obligación civil preexistente, ya impugnabile mediante *exceptio doli*. b) El segundo paso en el razonamiento es el siguiente: puesto que tenemos una caución estipulatoria, la *condictio* mencionada tiene que ser la *condictio liberationis* (contra esto, los cuatro argumentos expuestos *supra* en el texto). Como el texto se obstina en hablar de una *c.s.*, la doctrina no tiene reparos en proponer la sustitución de *scripturae* por *stipulationis*. Sorprende la facilidad con la que se ha aceptado esta enmienda, tanto más cuanto que el giro *condictio stipulationis* es absolutamente ajeno a nuestras fuentes (donde encontramos únicamente *stipulationem condicere*, y ello sólo en [itp?] Ulp.79 *ad ed.*-D.7,9,7pr., que, por lo demás, no se refiere a la *condictio liberationis*, sino a una acción dirigida a exigir el otorgamiento de la *cautio usufructuaria*).

c.s. (*interpositae scripturae condictio*), que se concede respecto de una obligación impugnable *ope doli exceptionis*: un caso, por tanto, de *indebitum* "pretorio".

III. Hipótesis conclusivas

Como resultados de esta breve reflexión, cabe proponer dos hipótesis acerca de la *c.s.*:

a) La introducción de la *c.s.*, en el período que va de Gordiano a Diocleciano, no obedece a un cambio en la valoración del documento por parte de la cancellería: el documento crediticio sigue siendo, para el Derecho oficial, puramente probatorio, y, por tanto, inane frente a quien pueda probar que no se corresponde con la realidad. Accediendo a conceder una acción para recuperar un tal documento, la cancellería claudica frente a las presiones de una concepción que no comparte: la dominante en las provincias orientales, según la cual la recuperación del documento es necesaria y suficiente para evitar problemas futuros.

b) No parece probable que la *c.s.* se introdujese exclusivamente para los casos de caución simple; ni siquiera sólo para los de *indebitum* "civil". Esto significa que su ámbito de aplicación coincidía parcialmente con el de la *condictio liberationis*, de modo que resurge el problema -insatisfactoriamente resuelto hasta el momento- de la delimitación entre ambos recursos. Tal vez sería útil ensayar una delimitación en términos no excluyentes, desde una perspectiva

no sincrónica, sino diacrónica ⁽⁴⁶⁾: la de una paulatina sustitución en este ámbito de la *condictio liberationis* por la *c.s.*, que se abre paso rotundamente con Diocleciano.

46) Vid. KASER, *RPR.II*² p.424 n.23.