

La forma *litteris* como *instrumentum crediticio* en el derecho justiniano

por María Salazar REVUELTA
(Universidad de Jaén)

I.- EL DERECHO JUSTINIANO COMO ÚLTIMO ESTADIO EN LA EVOLUCIÓN DE LA ESCRITURA HACIA LA CONSTITUCIÓN DE LAS RELACIONES DE CRÉDITO.

I.1.- PROGRESIVO ACERCAMIENTO DE LA *STIPULATIO* HACIA LA FORMA *LITTERIS*.

Abordar el importante papel que juega la forma *litteris* en el marco de las relaciones crediticias de la última etapa del Derecho romano, nos obliga a examinar, en primer lugar, el paulatino acercamiento de la figura de la *stipulatio* romana típicamente oral hacia la escritura, en la medida en que, sin duda alguna, es en el proceso de degeneración progresiva que la *stipulatio* romana va experimentando donde mejor se observa la creciente relevancia

que, en Roma, fue cobrando el documento escrito desde la época clásica hasta la justiniana.

Es evidente que, en Roma, la escritura constituye desde época remota, junto con la forma *verbis*, otro instrumento jurídico con eficacia *ad substantiam*, al margen de su primordial función probatoria. Baste recordar el carácter abstracto del antiguo contrato *litteris* romano por excelencia (la *expensilatio*), en el que la simple transcripción de las operaciones crediticias en el *codex accepti et expensi* del acreedor era más que suficiente para hacer surgir la obligación, sin necesidad de hacer mención alguna del hecho preexistente que motivaba dicha obligación.

Ambas formas generadoras de *obligatio civilis* (*verbis* y *litteris*) ponen de manifiesto la reverencia que el Derecho romano siente, *ab antiquo*, por los negocios solemnes o formales. Sin embargo, el ordenamiento jurídico romano se inclina, desde un principio, en clara preferencia por la forma *verbis* sobre la *litteris*, a la que da un valor fundamentalmente probatorio ⁽¹⁾ y

1) Efectivamente, así lo demuestra RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum nel diritto romano giustiniano*, ZSS 43 (1922), pp. 315-316 y 320-328, estudiando la evolución seguida por la *stipulatio* desde el Derecho clásico hasta el justiniano. En la época clásica, la *stipulatio* mantiene sus cualidades como negocio solemne y verbal, siendo cada vez más frecuente su transcripción por escrito en documento caucional, a efectos únicamente probatorios. Así, los términos *cautio* y *cavere*, en época clásica, son términos abstractos que aparecen referidos a un documento de carácter probatorio. Pero, podemos decir que es a partir del Principado cuando se hace más generalizado entre los ciudadanos romanos utilizar la *stipulatio* en forma de documento escrito, comprendiendo el hecho previo constitutivo de la obligación. *Vid.*, al respecto, KASER, *Mutuum und stipulatio*, *Ausgewählte Schriften* 2 (1976), pp. 156-157; D'ORS, *Sobre la suerte del contrato real en el Derecho Romano. (Réplicas panormitanas VI)*, RDN 88 (1975), pp. 7-26; BIONDI, *Contratto e "stipulatio"*. *Corso di lezioni*. Milano 1953, p. 287.

subsidiariamente constitutivo, únicamente en función de la existencia de una previa *stipulatio*. Este es el sentido que se desprende de Gayo 3,134 cuando acepta los documentos crediticios de origen griego *ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat*.

Sólo por la evolución espontánea del propio Derecho romano que, en virtud del derecho pretorio, opera una simplificación del formalismo, contribuyendo a la degeneración de la *stipulatio* y, sobre todo, por la influencia de la práctica jurídica de las provincias orientales que aportan su concepción, antitética a la romana, del escrito con valor sustancial, llegamos al Derecho postclásico donde se aprecia el verdadero paso del sistema contractual romano hacia la idea del documento creador de obligaciones (2). Y ello por medio de la ficción jurídica

2) Las causas que desembocaron en el otorgamiento de valor constitutivo al documento han suscitado controversias doctrinales. Cabe destacar la opinión de RICCOBONO, quien en su primer trabajo *Stipulatio ed instrumentum nel diritto romano giustiniano*, ZSS 34 (1914), pp. 214 ss., destaca la causa de la influencia provincial; más tarde, en la segunda versión de este trabajo, publicada en ZSS 43 (1922), pp. 262 ss. y en *Fasi e fattore dell'evoluzione del Diritto romano, Mélanges Cornil* 2 (1926), pp. 259 ss., mantiene su postura pero advierte, también, la evolución espontánea del propio Derecho romano. Por último, en *La prassi nel periodo postclassico*, ACIDR 1 (Pavia 1935), pp. 319, determina con carácter exclusivo este último factor. ÁLVAREZ SUAREZ, *Los orígenes de la contratación escrita, Anales de la Academia Matritense del Notariado* 4 (1946), pp. 81-82, por su parte, sin despreciar la espontánea evolución del Derecho romano, en virtud del *Ius Gentium*, no cree que pueda ofrecer duda *el decisivo papel que en esta evolución jugó la práctica de las provincias helenizadas* y apunta como factor decisivo la aplicación del Derecho romano en Egipto, impuesto por la Constitución de Caracala, que *puso en íntimo contacto la stipulatio oral romana, con el documento constitutivo greco-egipcio*. Asimismo, es interesante el razonamiento expuesto por LEVY, E., *Westen und Osten in der nachklassischen Entwicklung des römischen Rechts*, ZSS 49 (1929), p. 255, quien basa la equiparación de las palabras escritas a las pronunciadas oralmente al predominio, cada vez mayor, que fue adquiriendo la práctica contractual escrita de las provincias orientales. En su argumentación advierte cómo el derecho romano postclásico no se caracterizó nunca por sus facultades creadoras y observa cómo la evolución hacia la forma escrita lleva un proceso mucho más lento y menos intenso en Occidente que en Oriente. Este es el criterio predominante en la doctrina romanística, *vid, ad ex. TAUBENSCHLAG, Der Einfluss der Provinzialrechts auf das römische Privatrecht*, ACIDR 1 (Pavia 1935), p. 290.

consistente en presumir *iuris et de iure* que han sido observadas las formalidades verbales. Así se deduce de:

Pauli Sententiae 5,7,2 :

Verborum obligatio inter praesentes, non etiam ⁽³⁾ *inter absentes contrahitur. Quod si scriptum fuerit instrumento promississe aliquem, perinde habetur atque si interrogatione praecedente responsum sit.*

*Res cottidiana*e. D.44,7,1,7-15 ⁽⁴⁾:

Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responso, cum quid dari fierive nobis stipulemur...⁽⁵⁾

3) Para CASTRESANA, *El chirographo y la syngrapha: Significación jurídica desde la República hasta Justiniano*, Estudios D'ORS 1 (Pamplona 1987), p. 375 nt.49, "etiam", no debe resultar sospechoso si se le considera sinónimo de "autem".

4) *Cfr* con la reconstrucción, basada en I.3,15 *pr.* e I.3,15,1, hecha por DI MARZO, *I libri rerum cottidianarum sive aureorum*, BIDR 51-52 (1948), p. 48.

5) En opinión de COMA FORT, *El derecho de obligaciones en las "Res cottidiana*e". Madrid 1996, pp. 83-84, las *Res cottidiana*e acogen la degeneración de la *stipulatio* ya que la referencia a los *verba solemn*ia ha desaparecido en *Res cott.* D. 44,7,1,7 debido a que la *stipulatio* se concibe en este texto como un acuerdo concluído mediante una pregunta y una respuesta.

Por tanto, los juristas postclásicos consideraron el simple documento como estipulación válida, reconociéndole, así, eficacia constitutiva mediante la ficción jurídica de la presencia de las partes que presumiblemente emiten sus correspondientes declaraciones orales.

No obstante, la práctica de transcribir la *stipulatio* en un documento caucional estaba ya muy difundida en los últimos siglos de la República (6). Tal y como se infiere de los siguientes textos referidos al documento caucional, el cual, al recoger por escrito la promesa de pago, vale como estipulación entre las partes, siempre que éstas estuvieran presentes en el momento de su redacción:

6) Cicerón ya habla de la *stipulatio* como un tipo de documento privado: *Part. or.* 37,13: *Scriptorum autem privatum aliud est, publicum aliud: publicum lex, senatusconsultum, foedus, privatum tabulae, pactum conventum, stipulatio*; *Top.* 26,96: *Iam hoc perspicuum est non magis in legibus quam in testamentis, in stipulationibus, in reliquis rebus, quae ex scripto aguntur, posse controversias easdem existere*; *De leg.* 1,4,14: *...an ut stipulationum et iudicorum formulas conponam? quae et conscripta a multis sunt diligenter...*; *Part. or.* 31,107: *Sed in gravissimis firmamentis etiam illa ponenda sunt, si quae ex scripto legis aut testamenti aut verborum ipsius iudicii aut alicuius stipulationis aut cautionis opponuntur defensionis contraria*; *Ad Att.* 16,11,6: *...etsi nondum stipulationes legeram, tamen rem pridie Idus velim conficias*; *Rhet. ad Herenn.* 2,9,13: *...descriptum fuisse in lege aut testamento aut stipulatione aut quolibet scripto*; 2,10,14: *...deinde legum, stipulationum breviter exscriptarum, in quibus intellegatur scriptorum voluntas*. Textos extraídos de COSTA, *Cicerone giureconsulto*. Roma 1964, p. 163 nt. 5.

D.2,14,7,12 (*Ulp. lib. IV ad Ed.*): *Quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri: "rogavit Titius, spondit Maevius", haec verba non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis; ideoque ex stipulatu nascitur actio...*

D.45,1,134,2-3 (*Paulus lib. XV Resp.*): 2. *Idem respondit, cum Septicius litteris suis praestiturum se caverit pecuniam et usuras eius semisses, quae apud Sempronium depositae sint, si inter praesentes actum est, intelligendum etiam a parte Lucii Titii praecessisse verba stipulationis.* 3. *Idem respondit, quoties pluribus specialiter pactis stipulatio una omnibus subicitur, quamvis una interrogatio et responsum unum subiciatur, tamen proinde haberi ac si singulae species in stipulationem deductae fuissent* (7).

En consecuencia, la forma oral de la *stipulatio* se reduce a una mera cláusula de estilo (8), no siendo ni siquiera necesario el acto verbal (9) una vez que la *stipulatio* se funde con el *instrumentum*

7) Otras referencias a la cláusula estipulatoria en un documento caucional pueden encontrarse en: D.12,1,40; D.45,1,122,1; D.45,1,135 *pr.*

8) *Vid.* FEENSTRA, *L'epistula comme preuve d'une stipulation*, *Studi Betti* 2 (1962), pp. 412 ss..

9) En este sentido se habla por la doctrina de la *desnaturalización* de la *stipulatio*, a consecuencia de que su carácter oral habría casi desaparecido ya en los siglos IV y V. *Vid.*, entre otros, ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto romano*. Napoli 1986, pp. 218-221; COMA FORT-RODRIGUEZ MARTIN, *Epitome Gai. Traducción y notas*. Madrid 1996, pp. 61-63; ARCHI, *L' "Epitome Gai"*. *Studio sul tardo diritto romano in Occidente*. Milano 1937, (reimp. con nota de CANNATA, Napoli 1991), p. 392; *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano, Scritti Ferrini* (Milano 1946), p. 689, nt.2; BRASIELLO, *In tema di categorie contrattuali*, *SDHI* 10 (1949), p. 105 y 107. *Cfr* con VAN OVEN, *La stipulation a-t-elle dégénéré?* *TD* 26 (1958), pp. 409-436, que ha negado esta degeneración postclásica.

que la acompaña formando una unidad en la que el *scriptum* es su elemento corporal (10).

Es de observar como, en estos periodos anteriores al derecho justiniano, el traspaso de las formas solemnes orales a las escritas se va desarrollando en la práctica, sin intervenciones normativas y por vía de presunciones o ficciones. Tan sólo en la legislación del tardo Imperio encontramos una innovación notable, debida a una Constitución del emperador León, en el año 472 d.C. (11). La Constitución vino a abolir la necesidad de los *sollemnia vel directa verba* en la estipulación oral, bastando cualesquiera palabras para su plena validez y eficacia. Asimismo, con ella, desaparece la necesidad de insertar en el documento la cláusula estipulatoria que, como mera fórmula de estilo, concluye

10) GNEIST, *Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts in Vergleichung mit den Geschäftsformen des griechischen Recht*, 1845 (reimpr.1970), pp. 247-253, ha explicado las fases de la evolución producida en la *stipulatio* que lleva a introducir la promesa estipulatoria en el documento caucional, desde la inclusión de la cláusula estipulatoria al final del documento hasta la reducción de la oralidad de la *stipulatio* a la simple promesa verbal de lo escrito en el documento.

11) C.8,38(37),10: *Omnes stipulationes etiamsi non solemnibus vel directis sed quibuscumque verbis pro consensu contrahentium compositae sunt, legibus cognitae suam habeant firmitatem.*

por desaparecer, pudiéndose afirmar, entonces, que la solemnidad oral queda suplantada por el escrito. Si bien, esta consecuencia no implica que la Constitución leoniana supusiera una supresión definitiva de la forma *verbis* -como ha querido ver cierto sector doctrinal (12)- sino que ésta únicamente trajo consigo la inutilidad de las formalidades inherentes a la *stipulatio*.

I.2.- LA ESTIPULACIÓN EN LA ÚLTIMA ETAPA DEL DERECHO ROMANO.

Por su parte, Justiniano reconoce la convención escrita como *stipulatio* y, como tal, la regula, dándole el mismo valor que a la oral (I.3,19,17; I.3,20,8). En primer lugar, limita la aplicación de la *querela non numeratae pecuniae* a dos años (C.4,30,14 *pr.*), pasados los cuales -sin que se produjera impugnación alguna- el

12) *Ad ex.* ARCHI, *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano*, *Scritti Ferrini* (Pavia, 1946), pp. 709 ss.; ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del Diritto italiano. Parte generale I*. Milano 1952, p. 92; BISCARDI, *Il problema storico del Diritto Giustiniano*, *Atti Verona 2* (Milano 1951-1953), pp. 243 ss.; ARANGIO-RUIZ, *op.cit.*, p. 331; FEENSTRA, *op.cit.* p. 429; LEVY E., *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*. Weimar 1956, p. 39 y 53. Sin embargo, considero más lógica la postura de los autores que afirman que la ley leoniana sólo supuso la supresión de las formalidades de la pregunta y respuesta. Entre estos se pueden mencionar a VAN OVEN, *op.cit.*, pp. 415 ss.; BONFANTE, *Istituzioni di Diritto Romano*, 1922, pp. 262 ss.; PEROZZI, *Istituzioni di Diritto Romano II*. Roma 1928, p. 168; RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum...*, *cit.*, p. 520; DIÓSDI, *Giustiniano e la stipulatio*, *LABEO* 17 (1971), p. 46. Éste último aduce las siguientes razones por las que considera equivocada la tesis de que la Constitución de León implanta la forma escrita: *...il testo non ci dice nulla della forma scritta. La parola verba non significa nel linguaggio giuridico romano il documento, bensì la parola pronunciata. Neppure l'espressione compositae accenna alla prassi notarile, come ha sostenuto l'ARANGIO-RUIZ.*

documento escrito adquiriría eficacia constitutiva (13), dando así un paso más hacia el reconocimiento del documento escrito de carácter abstracto. Sostiene, además, que el error del documento no podía ocasionar ningún daño a las partes de la *stipulatio* (C.6,23,25). Más tarde, suprime expresamente el requisito de la presencia de las partes (C.8,37,14,1) y, por tanto, reconoce como perfectamente válidas las estipulaciones escritas aunque los contrayentes no estuvieran presentes en la redacción del documento. Esta presencia se presumía y su contraprueba se admitía sólo en el caso en el que se demostrara que uno de ellos había estado lejos de la ciudad donde se redactó el documento en el día indicado en el mismo (C.8,37,14,2) (14). En cuanto a la estipulación oral, en el derecho justiniano se admite la Constitución de León (I.3,15,1; I.3,19,13; C.4,11,1) y, de esta manera, no se exigen determinadas palabras pudiéndose cumplir "*quibuscumque verbis*". Tampoco se requiere *unitas actus*, permitiéndose declaraciones discontinuas, incluso en el espacio de un día. Asimismo, no se obliga a que exista precedencia de la pregunta del estipulante, ni congruencia entre ésta y la declaración del promitente, siendo suficiente el acuerdo de las partes según su voluntad (D.45,1,3).

13) Una Constitución del año 521 (C.4,21,17) establece el valor del documento como medio de crear obligaciones.

14) Para DIÓSDI, *op.cit.*, p. 49, parece evidente que si Justiniano hubiera querido restaurar la oralidad de la *stipulatio* no se hubiera pronunciado de la siguiente forma: *sed huiusmodi scripturas propter utilitatem contrahentium esse credendas*.

La legislación del emperador supone, pues, una progresiva abolición de las formas arcaicas y solemnes del negocio estipulatorio, no pudiéndose deducir de la existencia en el Digesto de gran número de textos clásicos, referentes a la antigua *stipulatio*, la restauración de su clasicismo (15). Antes bien, la

15) En torno a este punto, la doctrina se ha venido manteniendo dividida. Así, para MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*. Hildesheim 1963, pp. 486 ss., Justiniano debía haber eliminado la *stipulatio verbis* de su labor codificadora. Por tanto, para él, los textos que la reproducen significarían un tremendo arcaísmo y la *stipulatio* escrita sería *litteris obligatio*. Sin embargo, esta opinión contrasta con la de autores como LEVY E., *Weströmisches Vulgarrecht...cit.*, pp. 52 ss., para quien el emperador habría retornado al sistema clásico habiendo, en parte, restaurado la oralidad del negocio. Todavía más lejos va el sector doctrinal que, basándose en que todos los actos solemnes en Derecho Romano son verbales, mantiene la pervivencia, en todo momento, de la *stipulatio* como forma verbal. Esta es la línea de pensamiento iniciada por GNEIST, *Die formellen...cit.*, pp. 247 ss. -quien sostiene que, en cualquier caso, la *stipulatio* siempre fue un contrato verbal y que, por lo tanto, la escritura pública no es más que una *stipulatio verbis ex fictione legis*- y seguida por SCHLESINGER, *Die Lehre von den Formal-contracten*. Leipzig 1858, pp. 80 ss., que afirma la subsistencia de la *verborum obligatio* romana hasta mucho después de la invasión germánica. Desde una perspectiva similar, BRANDILEONE, *La stipulatio nell'età imperiale romana e durante il medioevo, Nota preliminare sull'origine della stantia o convenientia Sulla sopposta obligatio literarum nell'antico diritto greco. Note a recenti difese del contratto literale nell'antico Diritto greco*, todos recogidos en *Scritti di Storia del Diritto Privato italiano* (Bologna 1931), pp. 21 ss., también defiende que, si bien los *verba* aparecen durante toda la Edad Media, *menos cabe imaginar que se extinguieran en un tiempo anterior de Derecho provincial romano*, afirmando que *a partir del siglo V la evolución de la stipulatio se bifurca: en Occidente, subsiste la teoría de los verba, en Oriente, si no la teoría legal, la práctica corrompida altera el sistema confundiendo tal vez la stipulatio con el contrato literal, a la manera griega*. La postura ecléctica parece estar en manos de RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum...*, *cit.*, pp. 262-336 fundamentalmente, el cual, haciendo una comparación entre la *stipulatio* clásica y la justiniana, admite la posibilidad de que ésta última pueda cumplirse *comunque, oralmente o per scrittura, con parole libere*. De ello se deduce que Justiniano no deroga las instituciones romanas, sino que mantiene su estructura externa modificando, en cambio, su esencia, su alma. De esta forma, no abolió la *stipulatio* clásica implantando el documento escrito, como ocurría en la práctica oriental y en las provincias; por el contrario, mantiene la *stipulatio*, que sólo deriva sus efectos jurídicos de la declaración escrita, cuando es recogida en documento. A mi modo de ver, es obvio que la estipulación oral no desaparece en época justiniana; ahora bien, no podemos despreciar el valor cada vez mayor que va adquiriendo el documento escrito con cláusula estipulatoria en la formalización de los créditos. En cualquier caso, el hecho de que la escritura *quitara el monopolio* a la oralidad en la *stipulatio*, no debe llevarnos a pensar en una desaparición, ni siquiera disminución de la eficacia jurídica de la *stipulatio verbis*.

inserción de estos textos no responde a una intención de restablecer la *stipulatio* clásica, sino de conservar las reglas o principios generales de la institución, tales como la validez, la condición, el error, etc, siendo entonces inevitable la presencia de interpolaciones (16) en lo referente a las exigencias de forma, con el único fin de armonizar la literatura jurídica clásica con el derecho vigente.

En consecuencia, el derecho justiniano pone el acento en el consenso o acuerdo de las partes que intervienen en la estipulación. En la nueva estructura de la *stipulatio*, la *voluntas* prevalece sobre los *verba*, siendo la única fuente productiva de efectos jurídicos. En esta línea, se reconoce total validez a las estipulaciones escritas realizadas por persona muda o sorda: *...si et hunc peritum litterarum esse proponamus, nihil prohibet et eum scribentem omnia facere...* (C.6,22,10,1). Asimismo, en contraposición a los clásicos que declararon inútil la *stipulatio* indeterminada, los compiladores aducen: *...quid forte senserit,*

16) Vid. RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum...*, cit., p. 314, donde determina que *nei rescritti dioclezianeî e dei suoi predecesori, dev'essere effetto d'interpolazioni.*

hoc est quid inter eos acti sit; utique enim hoc sequimur quod actum est... (D.45,1,41pr.). De lo que se deduce que la determinación del negocio no se deriva del *actum*, esto es, de los *verba*, sino de la *voluntas* efectiva, concretada en el *quod actum est* (17). Ahora bien, ello no significa prescindir del valor de las palabras; éste cambia de abstracto a causal al ser consideradas *pro consensu*, en lugar de *ad solemnitatem* (18), en tanto que encierran en sí mismas una determinada manifestación de *voluntas* de las partes dirigida a un *consensus* (19). Se atiende,

17) Sobre la expresión *quod actum est*, vid. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*. Torino 1994, pp. 92-95; PRINGSHEIM, "Id quod actum est", ZSS 78 (1961), pp. 1 ss..

18) La evolución que se produce desde el estricto cumplimiento de los *verba solemnia* de la *stipulatio* hasta su concepción como un acuerdo *inter partes* mediante pregunta y respuesta, se observa claramente de la comparación de Gayo 3,92 (*Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, uelut: DARI SPONDES? SPONDEO; DABI? DABO; PROMITTIS? PROMITTO; FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO; FIDEIVBES? FIDEIVBEO; FACIES? FACIAM*) con Epitome Gai 2,9,2 (*Verbis contrahitur obligatio ex interrogatione dantis et responsione accipientis, ita ut, si ille, qui dat interroget, HOC MIHI DABIS? qui accipit, respondeat DABO...*) e I.3,15 pr. (*Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsione, cum quid dari fierive nobis stipulamur...*).

19) La importancia del elemento consensual sobre las solemnidades orales se puede encontrar en los siguientes textos:

D.2,14,1,3 (*Ulp. lib. IV ad Ed.*): *...ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.*

D.2,15,5 (*Pap. lib. I Def.*): *Cum Aquiliana stipulatio interponitur, quae ex consensu redditur...*

D.44,7,38 (*Paulus lib. III ad Ed.*): *Non figura litterarum, sed oratione, quam expriment litterae, obligamur; quatenus placuit, non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur.*

D.45,1,83,1 (*Paulus lib. LXXII ad Ed.*): *...nam stipulatio ex utriusque consensu valet...*

D.45,1,137,1 (*Venuleius lib. I Stip.*): *Si hominem stipulatus sim, et ego de alio sensero, tu de alio, nihil acti erit; nam stipulatio ex utriusque consensu perficitur.*

entonces, a la "congruencia sustancial entre pregunta y respuesta" (20), más que a la simple "congruencia formal", de acuerdo con la tendencia del derecho romano tardío de volver causales los negocios, frente a la individualización formal de los mismos en la época clásica (21).

Se ha venido sosteniendo que con Justiniano triunfa el dogma de la voluntad y que todo residuo del formalismo viene eliminado. Sin embargo, más que asistir a un enfrentamiento entre el formalismo arcaico y los nuevos aspectos voluntaristas y consensualistas de la actividad negocial, podemos afirmar que nos encontramos ante un feliz encuentro de la exaltación de la voluntad privada y de la tipificación causal (22). En la *stipulatio* del derecho justiniano se conjugan ambas necesidades en los elementos constitutivos de la obligación nacida de ella: el consenso y la causa (23). El primero, ya aceptado, con

20) CASTRESANA, *La estipulación, Estudios Murga* (Madrid 1994), p. 444.

21) Vid. AMELOTTI, *Negocio, documento y notario en la evolución del Derecho romano, Anales de la Academia Matritense del Notariado* 29 (1987), p. 141.

22) Vid. ARCHI, *Dal formalismo negoziale repubblicano al principio giustiniano cum sit iustum voluntas contrahentium magis quam verborum conceptionem inspocere* (C.8,16 [17],9), *SDHI* 46 (1980), pp. 23-24.

23) El reconocimiento de la causa negocial -que en el derecho pretorio se hace a través de la *exceptio doli* y la *non numeratae pecuniae*- y el influjo del *id quod actum est*, es decir, de la *conventio* que expresa perfectamente la función económico-social querida por las partes, prevalecen sobre la *conceptio verborum*. Vid. sobre estos dos elementos TALAMANCA, *Conventio e stipulatio nel sistema dei contratti romani, Le Droit et sa réception en Europe. Actes du colloque organisé par la Faculté de Droit et d'Administration de l'Université de Varsovie 8-10 Octobre 1973* (Varsovie 1978), pp. 217-231. También, del mismo autor: *Conventio...*, cit., p. 217: *...l'instrumentum, come tutti gli atti scritti, predispone soltanto una forma esteriore, ed apre la strada alla rilevanza della causa, sia ciò o meno connesso con una rigida tipicità causale.*

anterioridad, cuando la Constitución de León establecía la eficacia de todas las estipulaciones "*pro consensu contrahentium*" (24). El último, reforzado desde el reconocimiento de eficacia constitutiva al documento escrito no impugnado en el plazo establecido de dos años. Este documento, comprensivo de una promesa estipulatoria, se manifiesta con carácter constitutivo del débito por medio de la presunción de que han sido pronunciados los *verba stipulationis*, siendo esta *fictio iuris* la que se erige como causa de la obligación.

Es claramente observable como los instrumentos jurídicos, puestos a disposición de los sujetos del Derecho, van simplificándose con el fin de asegurar la consecución de sus fines en las relaciones patrimoniales, muchas veces puestas en entredicho por la incertidumbre y la arbitrariedad. De esta manera, Justiniano contribuye a favorecer el dinamismo negocial.

El triunfo, por tanto, de la escritura en el ámbito crediticio romano se debe a la posibilidad de celebrar estipulaciones escritas

24) Cfr BIONDI, *op. cit.*, p. 287, quien observa el cambio producido en la *stipulatio*, desde los *verba* al *consensus*, ya desde época clásica.

con plena eficacia -en contraposición al período clásico en el que el documento escrito no valía como creador de obligaciones- y con total autonomía con respecto a los requisitos orales que, ahora, se presumen efectuados.

II.- SITUACIÓN QUE SE DESPRENDE DE LAS FUENTES.

El *Codex* ofrece numerosos ejemplos en los que se observa la importancia que ya tiene la escritura en época justiniana de conformidad con la práctica que se venía siguiendo desde Constantino (25). En particular, C.4,21,17 (*Imp. Iustinianus A. Mennae P.P.*) establece el valor constitutivo del *instrumentum* que recoge, con determinados requisitos de forma (*...in mundum recepta, subscriptionibusque partium confirmata, et, si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa...*), cualquier tipo de acuerdo o transacción.

La escritura aparece, de este modo, con un gran relieve en el *Codex*, en cuanto le viene atribuida la misma fuerza que a la *stipulatio* verbal. Así pues, entendidos como cualquier promesa

25) Esto es explicable, tal y como ha puesto de manifiesto RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum...*, cit., p. 314, *rispetto alle leggi emanate dagli Imperatori, da Costantino in poi; invece, nei rescritti diocleziane e dei suoi predecessori, dev'essere effetto d'interpolazioni. Il Codice infatti,...fu sottoposto ad una più accurata e ripetuta elaborazione...i primi Commissari dovettero manipolare intensamente i rescritti imperiali per mettere in risalto, in opposizione ai iura, il valore della scriptura, che si era affermato nella pratica degli ultimi due secoli.*

de deuda redactada por escrito, los términos *scriptura* (26), *cautio* (27), *instrumentum* (28) o *chirographum* (29), que expresan el acto material de la confección del documento escrito, sustituyen a la *stipulatio*, en época justiniana, entendiéndose como productores de efectos jurídicos y, por consiguiente, como fuente directa de obligaciones.

La misma evolución en el significado de los vocablos *cautio* o *cavere*, que se observa desde la época clásica a la justiniana, manifiesta la transformación de las antiguas formas solemnes orales que declinan en favor de las escritas. En efecto, *cautio*, para los clásicos, sería un simple medio de prueba de la *stipulatio* verbal (30). Bajo las diversas calificaciones de *instrumentum*, *scriptura*, *libellus*, *charta*, *chartula*, *epistula*... todas aquellas escrituras de las que Gayo dice: "*Fiunt...ut quod actum est per eas facilius probari possit*" (31) y Constantino afirma: "*...eandem*

26) C.4,5,3 (*Imp. Diocletianus et Maximianus A.A. et C.C. Pamphilo*); C.4,31,6 (*Imp. Alexander A. Polydeuci*); C.5,71,7 (*Impp. Carus, Carinus et Numerianus AAA. Isidoro*); C.8,33(32),2 (*Imp. Alexander A. Peregrino*); C.8,54(53),13 (*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Uraniae*).

27) C.4,30,8 (*Imp. Alexander A. Materno*), de donde *exponere cautionem* es de origen justiniano.

28) C.8,39(38),4 (*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Domnae*); C.4,9,2 (*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Sculatio*).

29) C.4,2,17 (*Imp. Iustinianus A. Mennae P.P.*); C.4,30,5 (*Imp. Alexander A. Augustino*); C.4,32,25 (*Imp. Constantinus A. ad populum*).

30) D.26,7,43 (*Paulus lib. VII Quaest.*), D.45,1,121 (*Pap. lib. XI Resp.*); D.45,1,134,2 (*Paulus lib. XV Resp.*), D.45,2,11,1-2 (*Pap. lib. XI Resp.*); C.8,38 (37),1 (*Impp. Severus et Antoninus AA. Secundo*).

31) D.22,4,4 (*Gaius lib. sing. de formula hypothecaria*).

vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositiones testium" (32) no eran sino instrumentos probatorios a los que se les puede aplicar la denominación general de *cautio*. Aceptación que sirve para designar la escritura probatoria en materia de contratos, no sólo de estipulaciones, sino también de compraventas (33), depósitos (34), fianzas (35) y, a menudo, también de cartas de pago (36). Sin embargo, a partir del Bajo Imperio, el término *cautio* adquirirá el significado de documento constitutivo del derecho por virtud propia, si bien bajo una ficción jurídica consistente en suponer que, si el negocio se hizo *inter praesentes*, hubo manifestación, por parte del promitente, de adherirse a una precedente *stipulatio*:

C.8,38(37),1 (*Imp. Severus et Antoninus AA. Secundo*):
Licet epistolae, quam libello inseruisti, additum non sit stipulatum esse eum, cui cavebatur, tamen si res inter praesentes gesta est, credendum est praecedentem stipulationem vocem spondentis secutam.

32) C.4,21,15 (*Imp. Constantinus A. ad populum*).

33) D.18,3,2 (*Pomp. lib. XXXV ad Sab.*).

34) D.16,3,24 (*Pap. lib. IX Quaest.*).

35) C.8,41,27 (*Imp. Iustinianus A. Ioanni P.P.*).

36) D.46,3,5,3 (*Ulp. lib. XLIII ad Sab.*); D.22,3,15 (*Mod. lib. I Dig.*); C.8,43,6 (*Imp. Gordianus A. Alexandro*).

En esta línea, una constitución imperial de Alejandro Severo atribuía, ya, a la palabra *cautio* el significado de "obligación", posibilitando -con base en una relación ficticia de mutuo- el ejercicio de la *condictio*, por parte del que dió la caución frente al acreedor inactivo, para pedir que se repita la obligación, y procurándole, asimismo, su defensa a través de la interposición de una *exceptio non numeratae pecuniae*, en caso de que el acreedor demandase el dinero no numerado ⁽³⁷⁾:

C.4,30,7 (Imp. Alexander A. Iuliano et Ammiano): Si quasi accepturi mutuam pecuniam adversario cavistis, quae numerata non est, per conditionem obligationem repetere, etsi actor non petat, vel exceptione non numeratae pecuniae adversus agentem uti potestis.

Igualmente, con la finalidad de poder requerir la caución en la que se consignó una cantidad de dinero como dado en mutuo, sin que la entrega del mismo hubiera tenido lugar, se manifiesta una constitución de Diocleciano y Maximiano en la que se exige que no haya transcurrido aún el tiempo establecido para la *exceptio non numeratae pecuniae* o que, dentro de este término, se haya contestado a la demanda:

37) El mismo razonamiento se observa en una constitución de los emperadores Diocleciano y Maximiano en relación a la facultad de oponer la excepción *de dolo* o la condición contra la escritura otorgada por razón de una cantidad no debida (C.4,5,3). *Vid.*, asimismo, C.8,41,15 (*Imp. Alexander A. Claudiano*).

C.4,9,4 (*Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Alexandro*): *Si non est numeratum quod velut accepturum te sumpsisse mutuo scripsisti, et necdum transiisse tempus statutum vel intra hunc diem habitam contestationem monstrando, reddi cautionem praesidiali notione postulare potes.*

El silencio del deudor, una vez expirado el plazo de la *exceptio non numeratae pecuniae*, se consideraría como un reconocimiento tácito de que se le ha entregado el dinero, adquiriendo, así, la *cautio* toda su fuerza obligatoria, bajo la presunción de haberse producido la numeración, sin atender a si ha tenido lugar realmente o no (38).

La *cautio*, en estos textos, denota, concretamente, la promesa escrita de pagar una determinada cantidad de dinero, como consecuencia de un mutuo que, en realidad, no ha acontecido, y en este sentido se aproxima a la significación del *chirographum* como reconocimiento, por escrito, de deuda (39). De manera que,

38) C.4,30,8 (*Imp. Alexander A. Materno*): *Sin vero legitimum tempus excessit...omnimodo debitum solvere compellitur*; C.4,30,14 *pr.* (*Imp. Iustinianus A. Mennae P.P.*): *...ut eo lapso, nullo modo querella non numeratae pecuniae introduci possit...*

39) El *chirographum* de los peregrinos, del que da noticias Gayo 3,134 y el pseudo Asconio en: Cicerón, *Verr.* 2,136, se difunde ciertamente en Roma durante el periodo imperial del siglo IV en adelante. Así tenemos testimonios en el derecho teodosiano (Cod.Th. 2,4,6) del quirógrafo con carácter constitutivo de *obligatio litteris*. Vid. RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum...*, *cit.*, pp. 328-329.

ambas voces *-chirographum* y *cautio-* vienen a ser sinónimas en el lenguaje del *Corpus Iuris Civilis* (40).

Justiniano coordina, así, dos hechos ya notorios en su época: la inclusión de la *stipulatio* en el documento escrito a modo de cláusula de estilo, por una parte, y la difusión en el derecho del Imperio de la obligación literal de los peregrinos, por otra. De este modo, se encuentra con dos instituciones paralelas de la misma fuerza y con un elemento en común: la escritura; y, en aras de la *simplicitas legum*, las funde en una única figura jurídica: la *stipulatio* escrita, que no es más que la ficción de considerar practicada una *stipulatio* cuando el escrito se redacta *inter praesentes*.

Por lo que respecta al Digesto, en él se omite la mención de la *obligatio litteris* que aparecía en las obras de los jurisconsultos clásicos, quienes mantuvieron la cuatripartición de las obligaciones en reales, verbales, literales y consensuales (41). No

40) Vid. pervivencia del término *chirographum* en los siguientes textos justinianos: D.22,3,24 (*Mod. lib. IV Reg.*); D.22,3,31 (*Scaev. lib. II resp. Mat. Sab.*); D.44,4,17 (*Scaev. lib. XXVII Dig.*); C.4,30,5 (*Imp. Alexander A. Augustino*); C.8,43,14; C.8,43,15; C.8,43,18; C.8,43,22; C.8,43,25, todas estas constituciones de Diocleciano y Maximiano.

41) D.2,14,1,3 (*Ulp. lib. IV ad Ed.*):...*Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat;*...; D.12,1,9,3 (*Ulp. lib. XXVI ad Ed.*): *Quoniam igitur ex omnibus contractibus haec certi conditio competit, sive re fuerit contractus factus, sive verbis, sive coniunctim;*...; D.16,1,2,4 (*Ulp. lib. XXIX ad Ed.*): *Omnis omnino obligatio Senatusconsulto Velleiano comprehenditur, sive verbis, sive re, sive quocunque alio contractu intercesserint;* D.44,7,1,1 (*Gaius lib. II Aur.*): *Obligationes ex contractu aut re contrahuntur, aut verbis, aut consensu;* D.44,7,4 (*Gaius lib. III Rer. quot., sive Aur.*):...*cum alioquin ex contractu obligationes non tantum re consistant, sed etiam verbis et consensu;* D.44,7,52 *pr.* (*Mod. lib. II Reg.*): *Obligamur aut re, aut verbis, aut simul utroque, aut consensu;*...; D.46,1,8,1 (*Ulp. lib. XLVII ad Sab.*): *Praeterea sciendum est, fideiussorem adhiberi omni obligationi posse, sive re, sive verbis, sive consensu;* D.46,2,1,1 (*Ulp. lib. XLVI ad Sab.*): *Illud non interest, qualis processit obligatio, utrum naturalis, an civilis, an honoraria, et utrum verbis, an re, an consensu;*...

hay duda, por tanto, en relación a que no quedaban ya, en época justiniana, huellas de la obligación literal propia de los romanos o *expensilatio*, como consecuencia de haber caído ésta en desuso (42).

Sin embargo, la mención "*obligatio litteris*" sí aparece en las Instituciones de Justiniano. Así, se mantiene la división cuatripartita de las obligaciones que nacen de contrato según el modelo gayano, tanto en I.3,13,2 (...*quattuor sunt species: aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut litteris, aut consensu...*), como en I.3,20 (*In omnibus autem obligationibus assumi possunt, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint...*). A estas referencias ha de añadirse la importancia de un título específico al respecto bajo la rúbrica: "*De litterarum obligatione*" (I.3,21), en el que después de afirmarse

42) DE RUGGIERO, *La classificazione dei contratti e l'obbligazione letterale nel diritto classico e nel diritto giustiniano*. Palermo 1925, pp. 369 ss., llega más lejos cuando afirma que la categoría de la *obligatio litteris* sería solamente una creación de Gayo, una formación escolástica y doctrinal, no compartida por los otros jurisconsultos clásicos. Sin embargo, hemos de creer con BIONDI, *Istituzioni...cit.*, p. 456 nt. 42, que esta hipótesis è *azzardata, giacchè non è facile supporre che il modesto Gaio, sempre seguace della tradizione, abbia potuto creare una nuova figura de obligatio, nè, trattandosi del riconoscimento di una obligatio, si può parlare di formazione dottrinale o scolastica*. No es, por tanto, improbable que la *obligatio litteris* que aparecía en los textos de los jurisconsultos clásicos fuera suprimida por los compiladores o quizás, más acertadamente, ya en época postclásica.

que el *nomen transscripticium* o antiguo contrato literal romano ya no está en uso en época justiniana, se explica cómo surge la *obligatio litteris* del derecho justiniano.

III.- LA *OBLIGATIO LITTERIS* JUSTINIANA.

I.3,21:

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

De este texto de las Instituciones de Justiniano se deduce el carácter peculiar de la obligación literal justiniana, la cual requiere que se den las siguientes circunstancias:

- Que conste por escrito una cantidad debida que, realmente, no se haya entregado;
- Que haya transcurrido el plazo para interponer la *querela non numeratae pecuniae* (el cual queda reducido a un bienio) sin que se haya opuesto;
- Que no exista una obligación verbal.

Pasemos, ahora, a analizar cada uno de estos requisitos. En primer lugar, es necesaria la declaración o confesión escrita de deber una determinada cantidad de dinero. Esta condición se infiere de la frase: *Plane si quis debere se scripserit...* (43), que coincide formal y sustancialmente con: *...si quis debere se...scribat* de Gayo 3,134, de donde proviene.

Sin embargo, aun cuando las Instituciones de Justiniano reproducen el contenido de Gayo 3,134, éstas omiten claramente la referencia gayana a la promesa escrita de un *dare* futuro ("*aut daturum se*") constando, en su lugar, el añadido: "*quod numeratum ei non est*". De manera que la obligación literal de la que hablan I.3,21 no parece concebible prescindiendo de la *non numerata pecunia* de la que el escribiente se confesaba deudor. En este punto, las *Instituta* concuerdan con lo determinado en una constitución de Justiniano del año 528, recogida en C.4,30,14 *pr.* En efecto, en esta constitución se lee: *In contractibus in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse*

43) Para CASTRESANA, *El chirographo...*, cit., p. 379: *Este párrafo hace referencia a un escrito en el que se declara el debere se que constituye, sin duda, el contenido propio y característico del chirographo.*

conscribuntur, ...non numeratae pecuniae exceptionem obicere possit,... y en I.3,21: *...si quis debere se scripserit quod numeratum ei non est, de pecunia minime numerata...exceptionem opponere...potest...* Asimismo, el término dentro del cual se podía oponer la *querela non numeratae pecuniae* coincide en ambos textos:

...sed intra solum biennium continuum, ut eo lapsa nullo modo querela non numeratae pecuniae introduci possit...
(C.4,30,14 pr.).

...per constitutionem nostram tempus coartatum est, ut ultra bienni metas huiusmodi exceptio minime extendatur.
(I.3,21.)

De la confrontación de los incisos finales de ambos textos se extrae otro elemento necesario en la configuración de la obligación literal justiniana, íntimamente ligado a la no numeración del dinero y consistente en que transcurra el plazo de los dos años dentro de los cuales el deudor puede oponer la *querela non numeratae pecuniae* sin que la haya interpuesto, o bien sin que el mismo deudor hubiera interrumpido, mediante la conveniente protesta o reclamación, el trascurso de dicho término. En este sentido, la *querela non numeratae pecuniae* podía manifestarse de dos formas: bien, en forma de excepción como respuesta del deudor al requerimiento hecho por el

acreedor, bien como *contestatio* (44) con la que el deudor, como actor, podía perpetuar el tiempo para querellarse *de non numerata pecunia*.

Si el deudor impugnaba el documento por no haberle sido numerada la *pecunia*, la carga de probar la *pecuniae numeratio* se transfería al acreedor a quien, por consiguiente, incumbía el *onus probandi*, concretado en demostrar que había entregado al deudor el dinero que constaba en el escrito (45). De este modo, el documento refutado, aun conteniendo la confesión de un débito *ex pecuniae numeratione* (o *ex rei datione*, por extensión) (46), quedaba despojado de toda su fuerza probatoria, en tanto en cuanto el acreedor se veía obligado a probar la *numeratio* del dinero. En consecuencia, en el derecho justiniano, el *instrumentum* no probaba nada mientras que fuera impugnable por la falta de entrega de la *pecunia*. Contrariamente, el documento comprensivo de la confesión de *debere ex pecuniae numeratione*, que no ha sufrido contra sí una querela *de non numerata pecunia* en el tiempo previsto para su interposición, deviene absolutamente inatacable.

44) El término *contestatio* lo encontramos en algunas constituciones de Diocleciano que resultan interpoladas: C.4,2,5; C.4,9,4; C.4,30,9.

45) Esta oposición a los principios clásicos de que *reus in exceptione actor est* (D.22,3,19 *pr*; D.44,1,1) y *necessitas probandi incumbit illi qui agit* (D.22,3,21; C.4,19,20) se deduce de C.4,30,1-3.

46) Esta extensión de la *obligatio litteris* justiniana a los débitos no exclusivamente pecuniarios, sino de otras cosas fungibles, se puede deducir del inciso: *..in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur...* de C.4,30,14 *pr*.

Por ello, una vez pasado el plazo dentro del cual podía hacerse valer, por ausencia de causa, la *querela non numeratae pecuniae* sin que se hubiese opuesto, el deudor se encontraba, *omnimodo*, costreñido al pago de la deuda; ya que, entonces, la *pecuniae numeratio* o la *rei datio* se presumían *iuris et de iure* como realmente efectuadas (47).

Así pues, en términos generales, podemos sostener que el transcurso de los dos años establecidos para querellarse sin que el deudor haya opuesto la *exceptio non numeratae pecuniae* o haya dado lugar a la perpetuación del derecho a oponerla mediante la correspondiente *contestatio*, se convierte en presupuesto necesario de la obligación literal establecida por el derecho justiniano.

Por último, para la existencia de la *obligatio litteris* de la que hablan las *Instituta* de Justiniano, no sólo hace falta que se

47) Esta presunción trae como consecuencia la inatacabilidad del documento que comprende la declaración de *debere ex pecuniae numeratione vel ex rei datione*. Lo que queda reflejado a lo largo de C.4,30,14. En efecto, al principio de la constitución, Justiniano dice que la *exceptio non numeratae pecuniae* es oponible: *...intra solum biennium continuum, ut eo lapsu nullo modo querella non numeratae pecuniae introduci possit...* Con el enérgico y terminante *nullo modo* se excluye toda impugnabilidad del documento por falta de la *datio* de la cosa. Posteriormente, en el párrafo primero, Justiniano establece que contra los *instrumenta depositionis*, las *securitates publicorum functionum* y los resguardos que *post confectionem dotalium instrumentorum de soluta dote*, no puede *nullam exceptionem non numeratae pecuniae penitus opponi*. Y sigue determinando, en el párrafo segundo, que respecto de las restantes categorías de *securitates*: *...intra triginta tantummodo dies, post huiusmodi securitatis expositionem connumerandos, exceptionem non numeratae pecuniae posse obici, ut, si hi transacti fuerint, eandem securitas a iudicantibus omnibus modis admittatur, nec ei liceat, qui securitatem exposuit, post excessum memoratorum dierum non esse sibi solutas pecunias vel alias res dicere.*

hubiera declarado por escrito el *debere ex pecuniae numeratione*, que la *pecuniae numeratio* no hubiera tenido lugar y, además, transcurriera el bienio en el que el deudor podía querellarse *de non numerata pecunia* sin que se hubiera querellado, sino que además era necesario que no hubiera estipulación al respecto o bien que ésta fuese nula por cualquier razón; requisito, éste, que se expresa en I.3,21 de la siguiente manera: *...cessante scilicet verborum obligatione..*⁽⁴⁸⁾ y que encontramos también en Gayo 3,134, cuando se determina: *...ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat* ⁽⁴⁹⁾.

En definitiva, la *obligatio litteris* de las Instituciones justinianas depende de que se haya declarado por escrito el *debere ex pecuniae numeratione*, la *pecuniae numeratio* no se haya producido, la declaración no se impugne y no exista, *eo nomine*, *stipulatio* o ésta resulte nula.

Por tanto, según el derecho justiniano, quien declaraba por escrito ser deudor *ex pecuniae numeratione*, no habiendo recibido nada realmente, esto es, no teniendo lugar la *numeratio pecuniae*

48) Sobre la interpretación de estas palabras, *vid.* GOLDSCHMIDT, *Die querela non numeratae pecuniae und die Reichsprozessgesetzgebung, Jahrb. f. Dogmatik* 24 (1886), p. 117; BERTOLINI *Appunti didattici di diritto romano. Le obbligazioni. Parte speciale, I. Contratti; patti; quasicontratti.* Torino 1905, p. 139, nt. 2; MESSINA VITRANO, *La litterarum obligatio nel diritto giustiniano*, AG 80 (1908), pp. 122-123; COLLINET, *Études historiques sur le droit de Justinien I.* Paris 1912, p. 61; BRASIELLO, *op. cit.*, p. 148.

49) *Cfr* en este punto, RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum...., cit.*, pp.333-334, quien sostiene que ambos presupuestos tienen significados diversos: en el texto gayano *si prospetta la mancata solemnità orale* y en el de las Instituciones justinianas, en cambio, *la scrittura non redatta inter praesentes*.

y sin que existiera estipulación al respecto o ésta fuera nula, quedaba obligado *omnimodo debitum solvere compellebatur*, si transcurrido el plazo de impugnación de la declaración, por medio de la *querela non numeratae pecuniae*, no lo hubiera sido. En este caso, la obligación correspondiente al deudor no podía nacer ni *re*, dado que la *numeratio pecuniae* no se había verificado, ni *verbis*, ya que no existía *stipulatio* o ésta era nula. Así, la *obligatio* nacía, ateniéndonos a la estricta letra del texto de las Instituciones, directamente de la escritura cuando no hubiera *numeratio pecuniae* y la voluntad de las partes no se hubiera dirigido a constituir una *stipulatio*. Al no poder surgir ni *ex numeratio pecunia*, ni *ex stipulatione*, sólo quedaba que surgiera *ex litteris*. Así se determina en I.3,21 con la expresión: "*scriptura obligetur*", siendo el mismo documento la base de la acción para reclamar el *debitum* (...*et ex ea nascitur conditio*,...).

Esta es la concepción que de la *obligatio litteris* tiene el derecho justiniano y de la que sólo dan noticia las Instituciones junto con la Paráfrasis que Teófilo hace de las mismas. Si nos atenemos, exclusivamente, al examen de los textos del Digesto podemos concluir que el contrato literal fue ignorado por Justiniano (50). De ahí que la construcción de la nueva categoría

50) Aquí, más que en la intencionada supresión de la categoría *litteris* en las Pandectas por parte de los compiladores, es más probable pensar en su omisión postclásica, de forma que los justinianos operarían ya sobre una tripartición contractual. Este es el parecer seguido por GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*. Torino 1963, p. 91, nt. 1, para quien esta situación derivaría de *opere postclassiche che costituiscono il substrato delle compilazione giustiniana*. Asimismo, COMA FORT, *El derecho de obligaciones...cit.*, pp. 41-42, sigue esta línea doctrinal al atribuir la no inclusión del contrato literal en las *Res cottidianae*, no a los compiladores, sino a un autor posterior a Gayo.

de *obligatio litteris contracta* de las *Instituta* responda, presumiblemente, al deseo de reavivar y hacer perdurar la cuatripartición gayana de los contratos (51).

No obstante, la obligación literal justiniana surge con un sentido especial y totalmente diferente al que tenía en Gayo. El verdadero significado de la expresión *scriptura obligetur* no se encuentra en el hecho mismo de la escritura, es decir, la *obligatio litteris* de la que hablan las Instituciones de Justiniano no surge inmediatamente, *ab initio*, en el momento de la redacción del

51) En este sentido, *vid.* PARICIO, *Apuntes sobre la formación de las categorías jurídicas: la idea de contrato en Gayo, Nozione, formazione e interpretazione del Diritto dall'età romana alle sperienze moderne. Ricerche dedicate al professore Filippo Gallo* (Torino 1997), p. 74 [=versión italiana: *Sull'idea di contratto in Gaio, Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica (Atti II Congresso ARISTEC)* Torino 1997, p. 157.], quien, sosteniendo el desuso en el que había caído el contrato literal en la práctica de la época postclásica con motivo de la omisión del mismo en las *Res cottidianae*, no cree que ésta se deba a los compiladores justinianos que, en su opinión, *tan forzosamente revitalizaron el contrato literal* (I.3,13,2 y I.3,21) *para salvar la cuatripartición contractual de las Instituciones gayanas.*

documento -como sostienen Schupfer⁽⁵²⁾ o Facelli⁽⁵³⁾-, sino que ésta nace y se consolida una vez transcurrido el término de los dos años requeridos para la impugnación del documento crediticio por falta de causa. Dentro del bienio, interpuesta la *querela*, la cuestión versaba sobre la realidad o no de la *numeratio pecuniae* que correspondía determinar al *iudex*. De ahí que no podamos sostener la existencia de la obligación desde el momento mismo de la confección del documento comprensivo de la confesión de *debere ex pecuniae numeratione*, sino cuando hubiera transcurrido el término dentro del cual se podía interponer la *querela* sin que lo hubiera sido. Esta afirmación se sostiene, con mayor razón, si se considera que el presunto deudor podía, a través de la *denuntiatio*, obtener el efecto de poder proponer a perpetuidad la cuestión de la *numeratio*

52) "Singrafe e chirografi. Ricerche sui titoli di credito dei romani", *RISG* 7 (1889), pp. 376 ss.. Este autor se basa en el carácter constitutivo que, en su opinión, va adquiriendo el quirógrafo; citando a este respecto Cod. Th.2,4,6 (*Imppp. Arcadius, Honorius et Theodosius AAA. Aemiliano p.u*): *Si quid debiti, quod ex fenore vel mutuo data pecunia sumpsit exordium vel ex alio quolibet titulo in litterarum obligationem facta cautione translatum est...* De esta manera, el quirógrafo no tendría valor probatorio en tanto que era oponible la excepción por parte del deudor, sino naturaleza dispositiva desde el principio.

53) *L'exceptio non numeratae pecuniae in relazione col contratto letterale del diritto romano*. Torino 1886, pp. 37 ss.

pecuniae y, por consiguiente, de la existencia o no de la *obligatio*. Sin embargo, si el plazo se había cumplido sin que el acreedor accionara para obtener la restitución de la suma presumidamente numerada y sin que el presunto deudor efectuase *denuntiatio*, la búsqueda e indagación sobre la verdad o no de la existencia de la *numeratio pecuniae* sería del todo irrelevante y la obligación surgiría a partir de ese momento. Ahora bien, en realidad, la obligación no nacería *ex litteris*, ni por supuesto *ex numeratione* ya que ésta no había tenido lugar, sino *ex praesumptione iuris et de iure* de que la entrega del dinero se había efectuado, hubiera o no tenido lugar la *numeratio*. La obligación se podría considerar como contraída *re*, pero sobre la base de una presunción legal, porque, una vez transcurrido el plazo para impugnar por falta de causa, se sobreentiende que existe *numeratio pecuniae*. En realidad, estaríamos en presencia de una obligación legal y no ante una obligación literal (54).

Los compiladores de las Instituciones configuran, así, una categoría de *obligatio litteris* sustentada en la inatacabilidad de un

54) Esta es la opinión mantenida por autores como BERTOLINI, *op. cit.*, p. 139; MESSINA VITRANO, *op. cit.*, pp. 123-124; CIMMA, *De non numerata pecunia*. Milano 1984, p. 222; CASTRESANA *El chirographo...*, *cit.*, p. 380. Situándose desde una óptica moderna, todos coinciden en afirmar la inexistencia de la *obligatio litteris* en el derecho justiniano, observando la figura de la *obligatio litteris* contenida en las Instituciones como una errónea opinión de los compiladores que confunden el origen de la obligación con su prueba. En oposición a esta corriente doctrinal se sitúan FERRARI, *L'obbligazione letterale nelle istituzioni imperiali, Scritti giuridici I*. (Milano 1953), pp. 117 ss.; BRASIELLO, *op. cit.*, pp. 148 ss.; COLLINET, *Études historiques sur le droit de Justinien, SDHI* 19 (1953), p. 61, quienes, ateniéndose más estrictamente al dictado del texto de I.3,21, afirman que se puede hablar positivamente de obligación literal en el derecho justiniano, pero sólo en los términos y dentro de los límites señalados en las Instituciones; esto es, niegan la existencia de un contrato literal general para todo el derecho justiniano. Como postura ecléctica, se encuentra la de AMELOTTI, *Giustiniano maestro d'Istituzioni, Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova* 5 (1966), p. 336, que, aceptando la doctrina moderna, subraya sin embargo la autonomía y eficacia de la construcción operada por los compiladores justinianos de las Instituciones.

documento, de naturaleza evidentemente quirografaria ⁽⁵⁵⁾, que contiene una presumida *numeratio pecuniae*. De esta manera, para configurar un supuesto de *obligatio litteris*, los justinianos recurren a la problemática de la *pecunia cauta et non numerata*. Esta construcción, en opinión de Cremades ⁽⁵⁶⁾, supone "una radical confusión entre el origen de la obligación y su prueba", ya que se argumenta el nacimiento de la *obligatio litteris* en base a un documento caucional *quod enim alio iure agi potuisset*, pero dicho documento no puede cambiar su naturaleza probatoria por la constitutiva de la obligación por el simple hecho de su inimpugnabilidad ⁽⁵⁷⁾. A la finalidad a la que sirve el escrito es a la de dar constancia de la consolidación de la *numeratio* por la caducidad de la *exceptio non numeratae pecuniae* y, como determina Volterra ⁽⁵⁸⁾, "la posibilidad de exigir el crédito es una

55) Esta naturaleza la han visto, entre otros, ORTOLAN, *Explicación histórica de las Instituciones del emperador Justiniano* (trad. esp. por E. de Ferrater y J. Sardá). Barcelona 1847, p. 213 y, más recientemente, RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum...*, cit., p. 334 o CASTRESANA, *El chirographo...*, cit., p. 379.

56) *El contrato literal, Estudios Murga* (Madrid 1994), p. 548.

57) En contra de esta tesis se manifiesta COLLINET, *op. cit.*, p. 6, afirmando que el quirógrafo tiene aún, en época justiniana, valor probatorio con la sola excepción del quirógrafo de mutuo no sujeto más a la *querella non numeratae pecuniae*. Asimismo, *vid.* BIONDI, *Istituzioni...cit.*, p. 457, para quien el documento escrito, al que no es oponible la *querella non numeratae pecuniae*, asume carácter dispositivo como las singrafas. RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum...*, cit., pp. 333 ss., reconoce, por su parte, en el supuesto de un quirógrafo redactado por el deudor ausente, una obligación abstracta generada por la escritura.

58) *Instituciones de Derecho privado romano* (trad. esp. J.DAZA MARTÍNEZ). Madrid 1986, p. 484, nt. 75.

consecuencia de la prescripción de la acción para hacer valer la inexistencia de la relación".

Justiniano no hace más que admitir el régimen de la *exceptio non numeratae pecuniae* (59), que vino a reforzar el papel de la escritura cuando contra ella no podía hacerse valer la falta de causa, y reconocer la importancia del escrito en aquellos casos en los que resulta de utilidad: fundamentalmente, por estar ausente la *verborum obligatio*, esto es, cuando el *chirographum* comprensivo de un *creditum* fuese redactado y expedido por un deudor lejano o si la voluntad de las partes no estuviera dirigida a constituir una *stipulatio*. Esto explica que el emperador no prescindiera totalmente de la categoría *litteris* en el ámbito de la contratación.

IV.- NOTA CONCLUSIVA.

En época justiniana encontramos el último estadio en la evolución hacia la escritura como medio jurídico para la formalización de las relaciones de crédito. Las fuentes jurídicas muestran la situación de la escritura en este periodo. Así, en el *Codex*, se le atribuye al escrito la misma fuerza que a la estipulación oral bajo la presunción de que los *verba stipulationis* han sido pronunciados, cuando las partes se hallan en la misma ciudad el día de redacción del documento y el negocio, por tanto,

59) En opinión de RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum...*, cit., p. 334, esta recepción se deduce del inciso: *...hoc enim saepissime constitutum est*, de I.3,21.

tiene lugar *inter absentes* (C.8,38 (37),14,2). Cualquier promesa de deuda redactada por escrito, bajo cualquier *instrumentum* (*cautio, scriptura, chirographum...*) aparece con valor constitutivo, sustituyendo a la estipulación oral. Justiniano coordina, de esta manera, dos hechos ya notorios en su época, la inclusión de la *stipulatio* en un documento escrito a modo de cláusula de estilo y la difusión en el derecho del Imperio de la *obligatio litteris* de los peregrinos, fundiéndolos en la única figura de la *stipulatio* escrita.

Por lo que respecta al Digesto, en él no encontramos huellas de la obligación literal propia de los romanos. Sin embargo, más que en una supresión de la categoría *litteris* realizada los compiladores en las Pandectas, hay que pensar en su omisión postclásica, debido al desuso que el contrato *litteris* romano tenía ya en esta época. (De ahí que podamos sostener que la no inclusión del contrato literal en las *Res cottidianae* no sea atribuible sino a un autor posterior a Gayo.) De esta manera, los compiladores habrían operado, entonces, sobre la base de una tripartición contractual. Viene a confirmar esta hipótesis el hecho de que en las *Instituta* de Justiniano (I.3,13,2; 3,20; 3,21) sí aparezca la mención de la *obligatio litteris*, probablemente respondiendo al deseo de reavivar y hacer perdurar la clasificación gayana de las obligaciones que nacen de contrato. Ahora bien, el modelo de obligación literal justiniana no se corresponde con el de la antigua *expensilatio*, sino que se configura con unos rasgos muy peculiares. Así, la *obligatio litteris* del derecho justiniano surgía cuando se hubiera declarado por escrito un *debere ex pecuniae numeratione* (o *ex rei datione*),

sin que la *numeratio* (o la *datio rei*) se hubiera verificado y sin que existiera estipulación oral al respecto (o ésta fuera nula), una vez transcurrido el plazo de los dos años requeridos para impugnar el documento escrito mediante *querela non numeratae pecuniae*, sin que ésta se hubiera interpuesto. A partir de este momento, el documento deviene inatacable y obliga a lo contenido en él, dando constancia de la consolidación de la *numeratio pecuniae* o *datio rei*. Sin embargo, la obligación no nace *ex litteris* ni, por supuesto, *ex numeratione* ya que ésta no había tenido lugar realmente, sino *ex praesumptione iuris et de iure* de que la entrega del dinero (o cantidad de cosas fungibles) se había efectuado, siendo esta *fictio iuris* la causa de la obligación. Justiniano vendría, así, a reforzar el papel de la escritura cuando contra ella no se podía hacer valer la falta de causa. La categoría *litteris* justiniana está, por tanto, íntimamente ligada al valor de la causa que, en derecho justiniano, es notablemente potenciada. En contraposición al antiguo *ius civile*, las palabras o el escrito no obligan por sí mismos, sino que es necesario remontarse a la causa primera de la obligación. De este modo, si la causa faltaba o era ilícita, el negocio resultaba nulo. La razón habría que buscarla en que la naturaleza abstracta de las formas obligatorias romanas se había desvanecido en el período de la *extraordinaria cognitio*.