

LAS SOCIETATES PUBLICANORUM Y EL EDICTUM PROVINCIALE. SOBRE LA AUTONOMÍA DE LA OBLIGACIÓN DEL BANQUERO RESPECTO A LA DEL DEUDOR (A PROPÓSITO DE D. 13, 5, 27 ULPIANUS LIBRO 14 AD EDICTUM)

ANA ALEMÁN MONTERREAL
Universidad de Almería

El punto de partida de este trabajo viene condicionado por un discutido fragmento de Ulpiano recogido en D. 13, 5, 27. El texto dice así:

“Utrum praesente debitore an absente constituat quis, parvi refert. Hoc amplius etiam invito constituere eum posse Pomponius libro trigensimo quarto scribit: unde falsam putat opinionem Labeonis existimantis, si, postquam quis constituit pro alio, dominus ei denuntiet ne solvat, in factum exceptionem dandam: nec immerito Pomponius: nam cum semel sit obligatus qui constituit, factum debitoris non debet eum excusare”.

La doctrina ha sostenido unánimemente que el fragmento ulpiano originariamente se refería al *receptum argentarii*. Los compiladores justinianos habrían sustituido el verbo *recipere* por su homólogo *constituere*¹.

Partiendo de esta premisa, y en consecuencia, aceptando la manipulación del fragmento, pasemos a comentar las palabras de Ulpiano. El fragmento no tiene desperdicio.

Ulpiano admite, siguiendo el parecer de Pomponio, la validez del *receptum absente et invito debitore*, y afirma que una vez surgida la obligación, el banquero no puede liberarse del vínculo obligacional, ni siquiera por el hecho de que su cliente le notifique que no pague. Estas afirmaciones, sin duda, apuntan a sostener una amplia autonomía de las obliga-

1 LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Roma 2000, pp. 490 ss.; “Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edict-commentare. De maioris partis tribonorum sententiae aut eb eo, cuius de ea re iurisdictio fuit, ea tutela curatiove data erit”, ZSS 2 (1881) pp. 62 ss.; *Das edictum perpetuum*, Leipzig 1927, pp. 130 ss.. Incluye el fragmento recogido en D. 13, 5, 27 dentro del grupo de textos que originariamente se referían al *receptum*. ROSELLO, “*Receptum argentariorum*”, AG (1890) pp. 7ss.; FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano. V. I, Le garanzie personali*, Padova 1962, pp. 275 y ss.; ANDREAU, *Le vie financière dans le monde romain. Le métiers de manieurs d’argent (IV siècle av. J.C. -III siècle ap. J.C.)*, Roma 1987, pp. 599 ss., y p. 695; PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull’impresa finanziaria romana (II secolo a. C. - metà del III secolo d. C.)*, Napoli 1991, p. 200; “Diritto internazionale commerciale antico e diritto bancario romano dei secoli III – I a. C.” *Ius Antiquum* III (XXVIII), Moscoviae 2013, p. 49; FASOLINO, “Sulle tecniche negoziali bancarie: Il *receptum argentarii*”, *Labeo* 46 (2000) 2, p. 174; “Garanzie autonome e attività bancaria”, *Studi Senesi* 1 (2001) pp. 11 ss.; RODRÍGUEZ GÓNZALEZ, *El receptum argentarii en el derecho romano clásico. Una propuesta de análisis*, Madrid 2004, pp. 36 ss., resumiendo acertadamente el trabajo palingenésico de Lenel.

ciones existentes; una, la efectiva entre el cliente deudor y el banquero, y otra, la nacida mediante el *receptum* entre el banquero y el acreedor de su cliente.

Esta proclamada independencia se desvirtúa cuando Ulpiano disiente de la opinión de Labeón, quien admite la concesión de una *exceptio in factum* a favor del banquero en el supuesto en que el deudor, con posterioridad al *receptum*, le hubiese ordenado que no pagara. Esta *exceptio* ante la reclamación del acreedor, no sólo contrapone el parecer de Labeón al de Ulpiano y Pomponio, sino que, además, y sobre todo, cuestiona dicha independencia, al menos, con anterioridad a la época de estos juristas.

I. En puridad, el fragmento de Ulpiano recogido en D. 13, 5, 27 ha sido uno de los textos que mayores problemas interpretativos ha generado en la doctrina.

Frezza, ya señalaba que la lectura del fragmento resultaba de gran utilidad para aclarar numerosos aspectos del *receptum argentarii*. El texto, dice Frezza, muestra claramente la estructura del negocio y sus funciones. El *argentarius* interviene en un negocio obligatorio existente entre dos sujetos, en el que uno o ambos son sus clientes, con la finalidad de garantizar al acreedor el cumplimiento de la obligación del deudor, es decir, el pago. La responsabilidad del *argentarius* surge en el momento en que el deudor le ordena el pago (*mandatum, iussum*), aunque, ciertamente, el texto demuestra que el *argentarius* puede asumir la responsabilidad *ex recepto* sin la voluntad e incluso contra la voluntad del deudor; e igualmente, demuestra que esta responsabilidad nace desde que el acreedor acepta la declaración del banquero².

Según Frezza la independencia del *receptum* de la obligación del deudor se evidencia del fragmento ulpiano. La jurisprudencia de la época de Adriano, a la que pertenece Pomponio, seguida por la de los Severos -Ulpiano- no concedía al banquero una *exceptio in factum* contra la acción del acreedor en el caso de que el deudor, posteriormente al *receptum*, le hubiese ordenado al banquero que no pagase. La *exceptio in factum* concedida por Labeón manifiesta que la independencia de la obligación del *receptum* se había desarrollado desde la época de Augusto a la de Adriano, probablemente, como exigencia del mundo de los negocios, requiriendo de un negocio ágil y rápido cuya protección se realizara separando la relación entre el banquero y el acreedor de aquella existente entre el banquero y el deudor³.

Y es que el *receptum argentarii* nace y se desarrolla en la práctica comercial, en la que el movimiento de dinero es atribuido a los bancos, los que se encargan de realizar pagos concretos de sus clientes o de administrar toda su hacienda, cobrar y pagar por su cuenta, e incluso, sin su conocimiento.

Partsch sostenía que la *exceptio in factum* concedida por Labeón al banquero era debida a que este pagaba en el *receptum* como un representante de su cliente, como un administrador de su patrimonio. Probablemente, la dificultad de discutir en juicio circunstancias relacionadas con el deudor, con amplia posibilidad de ser desconocidas por el *argentarius*, provocó que los juristas fueran desvinculando el *receptum* de la relación existente entre el deudor y el banquero, y por consiguiente, negando la posibilidad de que el *argentarius* pud-

2 FREZZA, Le garanzie delle obbligazioni cit., pp. 276 ss..

3 FREZZA, Le garanzie delle obbligazioni cit., p. 280.

iese interponer las excepciones del deudor; esta transformación justificaría, según Partsch, el diferente posicionamiento entre Labeón y Pomponio⁴. Demasiado atrevida la suposición de Partsch al considerar este hecho como determinante de la independencia obligacional y justificativa del diferente posicionamiento jurisprudencial.

Este fragmento ha sido objeto de un profundo y reiterado estudio por Petrucci. Partiendo de la referencia originaria de D. 13, 5, 27 al *receptum argentarii*, señala como Ulpiano sigue el parecer de Pomponio, según el cual el negocio puede concluirse contra la voluntad del deudor. Parecer que difiere del sostenido por Labeón, ya que en el caso de la declaración del *dominus ne solvat*, sucesiva al *receptum*, concede una *exceptio in factum*. Ulpiano se adhiere a la solución de Pomponio observando que una vez que surge la obligación del *receptum*, el hecho del deudor no *excusat* la obligación asumida por el banquero. Según Petrucci, la divergencia entre los juristas concierne en sustancia al carácter vinculante del *receptum* concluido contra la voluntad del deudor, pasando de una posición de menor rigidez del vínculo –Labeón– a aquella de extrema rigidez expresada por Pomponio y Ulpiano⁵.

Del estudio pormenorizado del fragmento extrae las siguientes conclusiones: Primero, en tiempo de Labeón (finales del siglo I a. de C. inicios del siglo I d. de C.) el *receptum* se presentaba como un negocio mediante el cual el banquero se obligaba *pro alio* -el cliente-, eventualmente también en su ausencia (*absente* deudor), a pagar un débito, asumiendo directamente el vínculo obligatorio con el acreedor. Segundo, de la utilización de la expresión *dominus* se deduce que en origen el deudor-cliente encarga mediante mandato al banquero el pago de su deuda, o bien, que tal encargo se lleva a cabo mediante una gestión de negocios. Tercero, si el deudor en un momento sucesivo a la conclusión del negocio de garantía intimaba al banquero de no cumplir, el banquero podía utilizar una *exceptio in factum* contra el acreedor que le requería en juicio el cumplimiento. Y cuarto, a partir del inicio del siglo II d. de C. el negocio concluido con el banquero era válido incluso contra la voluntad del deudor (*invito debitore*)⁶.

Esta transformación supone que no se requiera necesariamente de una relación de mandato o gestión de negocios, e igualmente, conlleva la imposibilidad de que el banquero pudiese utilizar una *exceptio* o cualquier hecho del deudor para liberarse de su responsabilidad respecto al acreedor. El *argentarius* no puede, por tanto, oponer al acreedor las excepciones relativas a la esfera del deudor; bien aquellas concernientes a la obligación, como su inexistencia o invalidez, bien aquellas, que atañen a las relaciones internas entre el deudor y el banquero.

Probablemente en época de Labeón se requería un encargo del cliente al *argentarius*, para que éste mediante un *receptum* saldase su deuda con un tercero. Lo que hace difícil aceptar que el negocio se pudiese concluir contra la voluntad del deudor. Pero, ciertamente, las dos relaciones negociales operan sobre planos diversos. Una, se refiere al encargo que el cliente da al *argentarius* de realizar el negocio, sin relación alguna con la cuenta del

4 PARTSCH, "Der ediktale Garantievertrag durch *receptum*", ZSS 29 (1908) p. 414.

5 PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana cit.*, pp. 196 ss.; "Diritto internazionale commerciale antico e diritto bancario romano dei secoli III – I a. C.", cit., pp. 51 ss..

6 PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana cit.*, pp. 201 ss.; "Diritto internazionale commerciale antico e diritto bancario romano dei secoli III – I a. C." cit., p. 53.

cliente; otra, que incide directamente sobre la cuenta del cliente, ya que el *argentarius* retira la suma que paga al acreedor de su cuenta, o bien, viene a instituir una nueva cuenta concediéndole un crédito, realizándose en este caso una operación análoga a la moderna apertura de crédito⁷.

El testimonio de este fragmento demuestra la existencia de esta forma de garantía ya en el siglo I a. de C., e igualmente, manifiesta la progresiva consolidación de dos características fundamentales del *receptum*. Una, en relación a la modalidad de conclusión: mandato del cliente o gestión de negocios ajenos; otra, la autonomía de la obligación accesoria del banquero respecto a la principal del cliente deudor, según la regla de que el garante no debe obligarse de modo más gravoso *in duriorem causa*⁸.

El *receptum argentarii*, a pesar de sus peculiaridades normativas se fija en el primer siglo del Principado, representando en cuanto negocio de derecho profesional reservado sólo a los banqueros una forma de garantía particularmente segura para los acreedores, desde el momento en que se configura como un servicio de casa a favor de los clientes procediendo a sus pagos; es evidente que esta modalidad de garantía favorecía la circulación monetaria y los tráficos comerciales⁹.

Como ha sostenido Fasolino se trata de un fragmento de densa información sobre varios aspectos del *receptum*. Uno, relativo a la modalidad de perfeccionamiento; otro, referente a la autonomía entre las dos obligaciones. El razonamiento seguido por Ulpiano, dice Fasolino, es el siguiente: la conclusión del contrato no necesita en absoluto la presencia del deudor, incluso, declara su validez contra su voluntad (*invito*), por lo que declara que tiene razón Pomponio al considerar errónea la opinión de Labeón, según la cual el banquero que sucesivamente a la conclusión del *receptum* recibe orden de no pagar (*dominus ei denuntiet ne solvat*) se le debe conceder una *exceptio in factum*, por lo que el hecho del deudor no puede ser aducido por el *argentarius* como causa que excuse el cumplimiento de su obligación contraída mediante el *receptum*¹⁰.

La afirmación final manifestada por Ulpiano sobre la oposición del deudor a la ejecución del *receptum*, después de su perfeccionamiento, constituye el punto principal para individualizar la independencia de la obligación que nace del *receptum*. En efecto, hablando de *factum debitoris* Ulpiano deja entender que eran inoponibles todas aquellas excepciones pertenecientes a la esfera del deudor, y por tanto, las relaciones existentes entre ambas obligaciones.

7 PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana* cit., p. 202. En el mismo sentido, ANDREAU, *Le vie financière dans le monde romain* cit., pp. 600 ss.. HUVELIN, *Cours élémentaire de droit romain. Le obligations*, Paris 1929, pp. 111 ss., sostenía que el objeto del *receptum* fuese originariamente una deuda futura del cliente, siguiendo a BEKKER, "Recipere und permutare bei Cicero", ZSS 3 (1882) pp. 8 ss..

8 PETRUCCI, "Diritto internazionale commerciale antico e diritto bancario romano dei secoli III – I a. C." cit., p. 53; *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana* cit., p. 179.

9 PETRUCCI, "Diritto internazionale commerciale antico e diritto bancario romano dei secoli III – I a. C." cit., p. 53. Sobre el tema, véase del mismo autor, *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione dell'banche romane*, Torino 2002, pp. 59 ss.. Vid., además, MANNA, *Degli argentarii in diritto romano*, Lanciano 1886; ROSELLO, *Argentarii. Studio di diritto commerciale romano*, Lanciano 1891; FADDA, *Istituti commerciali del diritto romano. Gli argentarii ed il commercio bancario*, Napoli 1903.

10 FASOLINO, "Sulle tecniche negoziali bancarie: Il *receptum argentarii*" cit., pp. 178 ss. "Garanzie autonome e attività bancaria nel diritto romano: alcune considerazioni" cit., pp. 20 ss..

Y es que, el banquero no puede oponer al acreedor la invalidez o ineficacia de la obligación contraída con su cliente, ni siquiera puede oponer aquellas que alteran el correcto desarrollo del negocio asumido, como es el caso que el cliente *denuntiari* al banquero *ne solvat* al acreedor (*exceptio mercis non traditae o non numeratae pecuniae*). Lo mismo acontece en el ámbito de las relaciones internas entre el banquero y el deudor, generalmente asumidas mediante mandato o *negotiorum gestio*, de las que no resultan oponibles excepciones contra el acreedor. El banquero solo podría oponer al acreedor aquellas causas de invalidez o inexigibilidad referentes a su obligación nacida *ex recepto*, en consecuencia, salvo estas excepciones el banquero debe cumplir en cualquier caso con su obligación de garantía, y ello con independencia de que posteriormente, y tratándose de un *indebitum*, el deudor pueda dirigirse contra el acreedor y recuperar lo indebidamente percibido¹¹.

Considera Magdelain que la hipótesis de un *receptum* concluido sin o contra la voluntad del deudor son supuestos teóricos simplemente utilizados con la finalidad de presentar la amplia autonomía que existe entre las dos obligaciones¹².

Autonomía de la obligación del banquero que ya fue sostenida por Rosello cuando afirmaba que el banquero normalmente se obligaba mediante el *receptum* ante la orden de pago del deudor, sin embargo, ni la existencia del crédito ni la delegación de pago eran elementos indispensables del contrato; el banquero venía obligado únicamente porque había prometido, y una vez perfeccionado el contrato se excluía cualquier consideración sobre otras relaciones entre las personas interesadas, porque tratándose de un medio para agilizar los pagos había que eliminar cualquier obstáculo que retrasase el cumplimiento. La promesa del banquero por sí sola generaba obligación, dicha obligación sería absolutamente abstracta con la finalidad de agilizar el tráfico. Y es, precisamente, según Talamanca, el carácter abstracto de la obligación asumida por el banquero, el motivo por el que éste queda obligado aunque la deuda del cliente no existiera o resultara ineficaz¹³.

Esta independencia existente entre las dos obligaciones constituye precisamente la gravosa responsabilidad del *argentarius* con la conclusión de un *receptum*. Por este motivo, Fasolino justifica la concesión de la *exceptio in factum* a la que alude Labeón, de forma análoga al criterio manifestado por el jurista a la responsabilidad absoluta que nace del *receptum nautarum*, respecto a la cual introduce una *exceptio in factum* en las hipótesis de *naufragium* y de *vis piratarum* (D. 4, 9, 3, 1 *in fine*), o a la *cautio de damni infecti* excluyendo la responsabilidad por causa de fuerza mayor (D.39, 2, 24, 3-4).

Ulpiano y Pomponio, acogen la tesis de Labeón para los *recepta nautarum*, e incluso, extienden la eficacia de la *vis maior* a los *caupones* y a los *stabularii*, sin embargo no admiten la opinión del jurista augusteo en lo concerniente al *receptum*, y ello, probablemente por razones de funcionalidad, es decir, la solución más rigurosa respecto al *receptum argentarii*, esa amplitud y rigurosidad de la responsabilidad del banquero por deudas de otros, se debe a que el *receptum* representa un instrumento esencial para la finalidad del negocio¹⁴.

11 FASOLINO, "Sulle tecniche negoziali bancarie: Il *receptum argentarii*" cit., p. 179; "Garanzie autonome e attività bancaria nel diritto romano" cit., pp. 21 ss..

12 MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du préteur*, Paris 1958, pp. 152 ss..

13 ROSELLO, "*Receptum argentariorum*" cit., p. 4; TALAMANCA, "*Argentarii*", *NNDI* 8 (1978) p. 941.

14 FASOLINO, "Sulle tecniche negoziali bancarie: Il *receptum argentarii*" cit., p. 179.

La opinión de Pomponio seguida por Ulpiano de que no es necesario un encargo conferido por el deudor al banquero, pudiendo incluso concluirse un *receptum invito debitore*, evidencia la completa y total autonomía entre la obligación del garante y la del deudor. Esta independencia de las obligaciones se deduce, sin duda, del fragmento, pero también se confirma en dos fragmentos gaianos del libro V del comentario al *edictum*; en uno, D. 46, 1, 30 se dice que es válida la *fideiussio* aunque el deudor no tenga conocimiento, en el otro, D. 46, 3, 53 se admite la posibilidad de *solvere pro ignorante et pro invito* porque, explica el jurista, no está prohibido *etiam invitique et ignorantis meliorem condicionem facere*¹⁵.

En este sentido, señala Rodríguez González que, aunque la mayoría de los textos se decantan por el carácter accesorio entre la obligación principal y la garantizada, se muestran diversas excepciones a esta regla, las que prioritariamente afectan a distintos supuestos en función de los intereses en juego en cada caso concreto, señalando, entre ellos, la protección especial de los derechos del acreedor, la conservación de los actos realizados, o la seguridad jurídica¹⁶.

Ciertamente, esta independencia de las obligaciones asegura al acreedor la realización de su crédito, ya que el banquero garante no puede interponer ninguna excepción que eventualmente hubiera podido utilizar el deudor principal, y además, ni que decir tiene que la ventajosa situación económica del banquero aseguraba ampliamente el cumplimiento de dicha obligación¹⁷. Esta característica, probablemente, sirvió para convertir el *receptum* en un instrumento extremadamente funcional a las exigencias comerciales y que facilitaba las relaciones de cambio.

Rodríguez González intenta justificar el fragmento de Ulpiano en función de cual fuere la relación existente entre el banquero con su cliente-deudor. En principio, se plantea la existencia de un mandato, llegando a la conclusión, de que ni siquiera en el supuesto de su revocación, tendría sentido la discusión jurisprudencial; así que procede a un estudio pormenorizado de la obligación *ex recepto* y la *fideiussio*. Decantándose por esta modalidad de garantía, establece posibles interpretaciones del texto.

De un lado, partiendo de una probable identificación del *factum debitoris* del fragmento con la retirada de una cantidad previamente consignada por el deudor, entiende que Labeón protegiendo al *argentarius* limita su responsabilidad al tiempo en que el depósito estuviera en su poder; solución que, sin saber por qué motivo, no es aceptada por Pomponio y la jurisprudencia posterior. No obstante, continúa la autora, “puede ser que estos últimos juristas opinaran que, incluso en las situaciones en las que el deudor consignante retirara de la *mensa* del *argentarius* la cantidad debida, el banquero recipiente debía igualmente hacer frente al pago. Pero, más probable es que las circunstancias en que se acordaba el negocio fueran distintas en uno y otro momento histórico”. En cualquier caso, parece quedar convencida de una evolución en el *receptum argentarii*, en principio realizado taxativamente sobre un depósito del cliente, y que con posterioridad se desvincula del mismo, en consecuencia

¹⁵ FASOLINO, “Sulle tecniche negoziali bancarie: Il *receptum argentarii*” cit., p. 181.

¹⁶ RODRÍGUEZ GÓNZALEZ, *El receptum argentarii en el derecho romano clásico* cit., p. 119. A título de ejemplo, señala no pocos fragmentos que confirman esta excepción, entre otros: D. 12, 2, 42pr; D. 4, 8, 35; D. 16, 3, 1, 14; D. 46, 1, 2; D. 46, 3, 95, 4; D. 46, 1, 25; D. 46, 1, 29.

¹⁷ FASOLINO, “Garanzie autonome e attività bancaria nel diritto romano” cit., p. 9.

sólo requiere la detracción de cierta cantidad de la cuenta que mantiene con el banquero; de aquí que, la jurisprudencia vaya aumentando el grado de responsabilidad del banquero a medida que el *receptum* se independiza del depósito efectivamente realizado¹⁸.

Ciertamente, no creemos que la causa de esta autonomía de la obligación del banquero con el acreedor dependa exclusivamente de la relación existente entre el banquero y el deudor. Probablemente fuese un mandato o una gestión de negocios, pero aún en el caso de cualquier relación de garantía es posible hablar de accesoriedad exclusivamente en el sentido de adhesión a la obligación principal, sin que exista un criterio unívoco respecto a la disciplina de las relaciones e interrelaciones entre las dos obligaciones, cuyas soluciones diversas no dependen del carácter accesorio de la relación de garantía en cuanto tal, como confirman numerosas fuentes al respecto¹⁹.

En definitiva, la autonomía o independencia de la obligación que el banquero asume con el acreedor de su cliente es una realidad constatada en época de Pomponio y Ulpiano, como se deduce de las siguientes afirmaciones ulpianicas: una, el *receptum* puede constituirse en ausencia del deudor, e incluso, contra su voluntad; otra, el banquero no puede interponer excepciones del deudor, ni siquiera en el supuesto de la notificación de no pagar; y finalmente, la afirmación declarada *in fine* de D. 13, 5, 27 afirmando *nam cum semel sit obligatus qui constituit, factum debitoris non debet eum excusare*, es decir, una vez concluido el *receptum* el banquero se ve obligado al pago sin que pueda excusarle del cumplimiento ningún *factum debitoris*.

Ahora bien, la posibilidad reconocida por Labeón de que el banquero pudiese interponer una *exceptio in factum* ante la reclamación del pago por el acreedor, en el supuesto de que el deudor le hubiese intimado a no pagar la deuda, cualquiera que fuera la causa, así como la probable imposibilidad de celebrar un *receptum* contra la voluntad del deudor, denotan, cuando menos, un vínculo jurídico reconocido entre ambas obligaciones²⁰. La posibilidad de interponer esta *exceptio* y el improbable *receptum invito debitore* no significa que no existiese cierta independencia, pero desde luego lo que es seguro que no con la amplitud sostenida por Pomponio y posteriormente por Ulpiano; lo que este último confirma, insistimos, negando la posibilidad de interponer dicha *exceptio*, afirmando taxativamente el *receptum invito debitore*, y adhiriéndose plenamente al parecer de Pomponio cuando afirmaba: “el que constituyó plazo para pagar no puede liberarle ya el hecho del deudor principal”.

Probablemente, las necesidades del tráfico comercial bancario obligaron a aumentar la independencia del *receptum* hasta el límite de no ser oponible al acreedor ni siquiera el *ne solvat* del deudor al banquero, adquiriendo, de este modo, el *receptum* un grado de abstracción idóneo que agilizaba y aseguraba las exigencias comerciales.

18 RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, El *receptum argentarii* en el derecho romano clásico cit., pp. 207 ss..

19 Por ejemplo, D. 12, 6, 47; D. 17, 1, 29; D. 46, 1, 15 pr.; D. 46, 1, 49pr.; D. 36, 4, 1. FASOLINO, “Garanzie autonome e attività bancaria nel diritto romano” cit., p. 18. Vid., por todos, FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni* cit., pp. 4 ss. y pp. 35 ss...

20 Una distinción de esta independencia en el ámbito económico y jurídico fue sostenida por WENGER, “*Receptum argentarii*”, *PW* col. 372-373, negándola en el primero y afirmándola en el segundo.

II. Pero, veamos que ocurre con posterioridad a esta época. Como podemos apreciar en C. 4, 18, 2 pr., *in fine*, se excluye categóricamente una de las características del *receptum*, y ésta es precisamente, la independencia de la obligación asumida por el banquero respecto a la obligación existente con el deudor. El *receptum* obligaba al banquero a pagar incluso en los supuestos de inexistencia del *debitum* garantizado, Justiniano considera este aspecto absurdo e injusto siendo contrario al espíritu de su tiempo y de las leyes. Según el emperador, es justamente eliminando esta autonomía la forma de evitar un mecanismo perverso de *condictiones*, y de este modo, reconstruir el equilibrio alterado por el pago de sumas o cosas *indebitae*:

“...sed sit pecuniae constitutae actio per nostram constitutionem sibi in omnia sufficiens, ita tamen, ut hoc ei inhaereat, ut pro debito fiat constitutum (cum secundum antiquam recepticiam actionem exigebatur et si quid non fuerat debitum), cum satis absurdum et tam nostris temporibus quam iustis legibus contrarium est permittere per actionem recepticiam res indebitas consequi et iterum multas proponere condictiones, quae et pecunias indebitas et promissiones corrumpi et restitui definiunt”.

No parece existir duda de que en esta época se pretende impedir la independencia de la obligación de garantía del banquero respecto a la del deudor principal. Prohibición que, como apreciamos, se reitera dos veces en el fragmento negando dicha autonomía al *constitutum*. Lo que, por lo demás, confirma la autonomía entre las obligaciones banquero-acreedor y banquero-deudor con anterioridad al derecho justinianeo, ya que no tendría sentido alguno esta insistente prohibición si no la hubiese.

Pero, ¿realmente desaparece esta autonomía? El primer motivo de duda se presenta en el apartado 2 de dicha constitución, que dice:

“*His videlicet, quae argenti distractores et alii negotiatores indefense constituerint, in sua firmitate secundum morem usque adhuc obtinentem durantibus*”.

Vemos que el emperador considera válidos aquellos negocios que los banqueros (a los que denomina *argentei distractores*) y otros comerciantes (*negotiatores*²¹) hubiesen concluido con arreglo a los principios precedentes sin posibilidad de poder valerse de *exceptiones*.

Según Rosello este fragmento es una disposición transitoria, en cuya virtud se permitía a los *recepta (indefense)* de *argentarii* y *negotiatores*, que se habían constituido legalmente con anterioridad a esta fecha, se rigiesen por las leyes anteriores. No se trata, dice Rosello, de una disposición inútil porque abolida la *actio recepticia* el banquero citado en juicio con la nueva *actio de constitutum* podría oponer la excepción de *non debitum*, y de este modo, un *receptum* válidamente perfeccionado quedaría sin validez y el acreedor dañado. El término *indefense* presenta el sentido, ya manifestado por Dirksen y Bekker, de *citra*

21 Según LA ROSA, “La pressione degli *argentarii*” cit., p. 448, este término indicaría a aquellos sujetos que ejercen una actividad en el campo financiero. Sobre el tema, CERAMI, DI PORTO, PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino 2004, p. 33.

prohibitionem, es decir, en las formas legales²². Se opone abiertamente a quienes afirman que con este apartado Justiniano permitía a los *argentarii* y otros negociantes obligarse en términos paritarios al antiguo *receptum*²³.

Para Frezza, *indefense* significa renunciar a la defensa de *exceptio* en caso de inexistencia de la obligación del deudor²⁴, por lo que Justiniano mantiene la posibilidad de un *constitutum* abstracto si ha sido expresamente pactado, limitando, por lo demás, el ámbito de este negocio a la esfera de los asuntos bancarios. Justiniano, como se aprecia, mantiene la norma clásica de la abstracción presunta del *receptum*. Como se ve, dice Frezza, la reforma es modesta ya que deja vivo un negocio que con el nombre de *constitutum* mantiene el carácter y la disciplina del abstracto *receptum*²⁵.

En este sentido, la doctrina más antigua ya había sostenido que el fragmento 2 de C. 4, 18, 2 no contenía una disposición de carácter transitorio sino, por el contrario, se trataba de una norma excepcional dirigida a conservar el derecho especial de los *argentarii* y de otros *negotiatores*. Y es que, el emperador, no obstante su condena a los vínculos obligatorios abstractos, la exigencia de seguridad y de certeza en determinadas relaciones de tráfico mercantil y bancario, le obligaba a admitir un régimen más riguroso, a pesar de las consecuencias que del mismo se pudieran derivar. En contra, Astuti y Archi considerando el apartado 2, al igual que Rosello, una norma transitoria aplicable a los *constituta* ya celebrados²⁶.

Fasolino, siguiendo la tesis iniciada por Díaz-Bautista y continuada por La Rosa²⁷, considera altamente plausible que Justiniano tras haber abolido el *receptum* por los graves inconvenientes que generaba su carácter abstracto, introdujese la modificación final a su constitución del 531, salvando la posibilidad, limitadamente a banqueros y negociantes, de continuar prestando *indefense* garantías. En la práctica bancaria y comercial bizantina existían formas de garantía *pro alio* de las que nacía una amplísima responsabilidad del garante, como es el caso de las ἀντιφωνήσεις. La realidad del tráfico comercial exigía, por tanto, esquemas contractuales de garantía absoluta, concluidos *indefense*. En este sentido, la exigencia de la práctica comercial ha demostrado históricamente la gran utilidad de instrumentos de garantía en los que el requisito de la accesoriedad se encuentre mermado, o

22 ROSELLO, "Receptum argentariorum" cit., pp. 59 ss..

23 ROSELLO, "Receptum argentariorum" cit., pp. 57 ss.. En este sentido, señala Rosello a KRAUT, De Argentariis et nummularis commentatio, Göttingen 1826, p. 114 y a IHERING, Le Esprit du droit romain: dans le diverses phases de son développement, IV, 1880, p. 210, admitiendo este último la exclusión de la actio recepticia para el comercio ordinario y su mantenimiento para banqueros y negociantes.

24 Según la interpretación dada por CUIACIUS. Opera X, Napoli 1758, p. 635: *ut nulla exceptione se tueri possint*.

25 FREZZA, Le garanzie delle obbligazioni cit., p. 284.

26 ASTUTI, Studi intorno alla promessa di pagamento. Il costituito di debito II, Milano 1941, pp. 301 ss.; ARCHI, "Contributi alla critica del corpus juris. II. Riforme giustinianee in tema di garanzie personali", BIDR 65 (1962) p. 140.

27 DÍAZ BAUTISTA, Estudios sobre la banca bizantina (Negocios bancarios en la legislación de Justiniano), Murcia 1987, pp. 168 ss.; "Les garanties bancaires dans la législation de Justinien", RIDA 29 (1982) pp. 165 ss., y pp. 187 ss.; "La pressione degli argentarii e la riforma giustiniana del *constitutum debiti* (C.4, 18, 2, 2)", Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Prof. Filippo Gallo, Napoli 1997, pp. 445 ss..

incluso, totalmente eliminado; en el ámbito bancario puede afirmarse la necesidad de figuras de garantía autónoma, ya que la seguridad del acreedor requería de mecanismos jurídicos conjugados con la plena solvencia del garante²⁸.

En esta línea, dice Petrucci, que con esta disposición el emperador no pretende establecer una disciplina transitoria para conservar los pactos establecidos previamente, sino que, antes bien, pretende mantener la posibilidad de que banqueros y comerciantes puedan seguir realizando negocios con los acreedores de sus clientes según la práctica habitualmente establecida hasta esta fecha *secundum morem usque adhuc obtinentem*, o sea, creando un vínculo jurídico de garantía absoluta que venía privado de la defensa de eventuales excepciones oponibles de los clientes. Esta realidad confirma que habiéndose abolido el *receptum* por los problemas que planteaba la independencia de obligaciones, tanto los *argentii distractores* como los *negotiatiores* quedaban autorizados a realizar en la práctica formas de garantía *indefense*²⁹.

Probablemente, esta disposición se dictase con carácter transitorio, pero es difícil determinar hasta qué punto se convirtió en una posibilidad de continuar prestando *indefense* garantías en el ámbito bancario. Lo cierto es que, fuese norma transitoria o excepcional, la independencia de esta obligación se mantiene en otros negocios como la ἀντιφώνησις.

En efecto, esta autonomía entre las obligaciones se constata en las καθαρά ἀντιφωνήσεις del Edicto 9 de Justiniano, configurada como un modo de financiación indirecta del banquero al cliente y que cumplía una función de garantía abstracta y absoluta, ya que permitía al acreedor dirigirse directamente contra el garante llegado el momento del cumplimiento, sin probar la causa del crédito y sin posibilidad para el banquero de utilizar eventuales excepciones oponibles por el cliente deudor.

Y es que, como decía Díaz Bautista esta promesa era pura, es decir abstracta, y por tanto, separada de la obligación del deudor principal que le servía de causa. El ἀντιφωνητής no era un garante accesorio, un deudor añadido como el *fideiussor* romano, a quien se le transmitía las excepciones del deudor principal, sino un garante independiente como había sido siempre el ἑγγητής en la tradición griega y como el banquero romano que había aceptado un *receptum*. Pero esta independencia del banquero χαναρός ἀντιφωνητής era más acusada aún que la del simple ἑγγητής, puesto que éste sólo debía pagar si la persona por la que se había prestado la garantía no observaba la conducta prevista, mientras que el banquero estaba obligado en virtud de la ἀντιφωνητής a pagar una deuda que no era exi-

28 FASOLINO, "Garanzie autonome e attività bancaria" cit., pp. 30 ss.; "Sulle tecniche negoziali bancarie" cit., pp. 183 ss.. La Novela establece en el prefacio: "*Legem antiquam positam quidem olim, usu vero, nescimus quemadmodum, non approbatam, per causas autem semper exquisitas atque necessarias apparentem, rursus revocare et ad rempublicam reducere bene se habere putavimus, non simpliciter eam, sicut iacebat, ponentes (erat enim quaedam ei pars omnino non discreta), sed cum competenti et deo placito distribuentes augmento*". Y continúa en el capítulo I: "*Si quis igitur crediderit et fideiussorem aut mandatorem aut sponsorem acceperit, is non primum mox adversus mandatorem aut fideiussorem aut sponsorem accedat, neque negligens debitoris intercessoribus molestus sit, sed veniat primum ad eum, qui aurum accepit debitumque contraxit. Et si quidem inde receperit, ab aliis absteat (quid enim ei in extraneis erit a debitore completo?); si vero non valuerit a debitore recipere aut in partem aut in totum, secundum quod ab eo non potuerit accipere, secundum hoc ad fideiussorem aut sponsorem aut mandatorem veniat et ab illo, quod reliquum est, sumat...*".

29 PETRUCCI, "Osservazioni in tema di legislazione giustiniana sul *receptum argentarii* e sull' antiphonesis", *Fides Humanitas ius. Studi in onore di Luigi Labruna* 6 (2007) pp. 4223 ss..

gible normalmente al deudor principal. Esta norma que iba en contra de lo establecido en la Novela 4 del 535 para todas las garantías personales, se mantiene para las ἀντιφωνήσεις de los banqueros³⁰.

Abstracción de la promesa del banquero que se confirma y mantiene en el pr del Edicto 9:

ἐδίδαξαν γάρ τινες ἐποφλήσαντας ἢ καὶ ἐποφείλοντας καὶ ἀπαιτούμενους χρυσίον ἢ πράγματα καὶ οὐκ ἔχοντας, ὅθεν τοῦτο διαλύσειαν, αἰτεῖν αὐτοὺς καθαρὰς ἀντιφωνήσεις ὑπὲρ αὐτῶν ὑπεισιέναι ... καὶ ἀγράφως αὐτοῖς ἐντείλασθαι τοῦτο ποιεῖν, ἑαυτοὺς δὲ ταῖς ἐκείνων αἰτήσεσιν ἐνδιδόντας ὀρίζειν χρόνον ῥητὸν πρὸς τοὺς ἐνοχλοῦντας αὐτοῖς ὥστε εἴσω τούτου πάντως τὸν ἀντιφωνητὴν καταθεῖναι τὸ ὄφλημα· ἑαυτοὺς δὲ ἀντιφωνεῖν, εἴτα τῆς προθεσμίας ἐνστάσης ἀπραγμόνως ποιεῖν τὸ ἱκανὸν τοῖς τὰς ἀντιφωνήσεις δεχομένοις, ἀναλαμβάνοντων τῶν ὑπευθύνων ἴσως καὶ τὰς δανειακὰς συγγραφὰς καὶ τὰς ὁμολογίας τὰς αὐτῶν ἢ καὶ διαλύσεις λαμβανόντων, ὡς τὸ ἀσφαλὲς διὰ τῆς ἀντοφωνήσεως ποπιηκότων. Πολλοὺς δὲ καὶ ἐπιτυχεῖν τινος βουλευθέντας ἢ καὶ βουλομένους πράγματος ἐντείλασθαι αὐτοῖς ὑπὲρ αὐτῶν ἀντιφωνῆσαι χρημάτων τινῶν ἢ πραγμάτων δόσεις, καὶ τοῖς μὲν κατορθοῦσθαι τὸ σπουδαζόμενον, αὐτοὺς δὲ ἀμελητὶ κατατιθέναι τὸ χρυσίον ἢ τὰ πράγματα, καὶ ἀπλῶς οὕτω γίνεσθαι τὰς ἀντιφωνήσεις ...

Al menos en la práctica, los acreedores liberaban a los deudores principales tan pronto como el banquero había asumido la deuda. Una promesa abstracta proveniente de alguien tan solvente como el banquero, dice Díaz Bautista, equivalía para los acreedores a un pago diferido³¹.

La realidad del tráfico comercial exigía esquemas contractuales de garantía absoluta, concluidos *indefense*; esta necesidad, pues, se impone sobre las tendencias de orden dogmático y moralizante del emperador que intentaba eliminar posibles situaciones injustas de los negocios abstractos³². Ahora, absorbido el *receptum* por el *constitutum*, de marcado carácter accesorio o causal, era necesario articular otras formas que, por razones del tráfico comercial bancario, mantuviesen la independencia de la obligación del banquero con el acreedor respecto a la obligación del banquero con el deudor.

Numerosos testimonios confirman la importancia que el emperador otorga a la función económica y social de los banqueros, así como, de las numerosas concesiones que por razón de esta alta consideración vienen efectuadas³³. En este sentido, señalaba Díaz Bautista que la actividad bancaria, fuertemente decaída desde la crisis del siglo III, debió experimentar un

30 DÍAZ BAUTISTA, Estudios sobre la banca bizantina cit., pp. 179 ss..

31 DÍAZ BAUTISTA, Estudios sobre la banca bizantina cit., p. 181.

32 En este sentido, DÍAZ BAUTISTA, “Les garanties bancaires dans la législation de Justinien” cit., pp. 185 ss.; LA ROSA, “Le pressione degli *argentarii*” cit. p. 449; FASOLINO, “Sulle tecniche negoziali bancarie” cit., p. 184; PETRUCCI, “Osservazioni in tema di legislazione giustiniana sul *receptum argentarii*” cit., p. 4233.

33 C. 12, 34 [35], 1, 1; N. 4, 3, 1; N. 136 pr.; Ed. 7, 4; Ed. 7, 8, 1; Ed. 9, 2 pr; Ed. 9, 8. Entre las concesiones atribuidas a los banqueros, por ejemplo, piénsese, en la jurisdicción especial para las controversias bancarias (*praefectus urbi* y *comes sacrarum largitionum*), en la posibilidad de acumular intereses *ultra duplum*, en la posibilidad de introducir el *beneficium excussionis*, o en los diversos privilegios otorgados en materia de ejecución forzosa.

pujante desarrollo en tiempos de Justiniano; Bizancio ha sido durante toda su historia una ciudad cruzada por rutas comerciales, cuya riqueza principal era el tráfico mercantil, de aquí que fuera del todo necesaria la celeridad en la contratación, la tendencia a la abstracción que exigía el tráfico y la necesidad de obtener vías rápidas y seguras para la realización de los créditos³⁴.

Apreciamos, pues, que en el derecho justiniano se rechaza abiertamente la independencia de la obligación banquero-acreedor respecto a la de su cliente deudor, en clara armonía con la política legislativa del emperador de conformidad a la concepción causal del negocio, sin embargo, no obstante esta realidad, igualmente constatamos la vigencia de una reiterada independencia obligacional, que se consigue, quizás, mediante excepciones, pero, sobre todo, mediante otras figuras jurídicas. Y es que el tráfico comercial bancario exigía, como ha quedado demostrado, la necesidad de mantener esta independencia por razones obvias de seguridad y agilidad y celeridad jurídica comercial.

III. En definitiva, El tráfico bancario requería la autonomía de la obligación asumida por el banquero con respecto a la de su cliente deudor. En este sentido, esta independencia obligacional se constata en época de Adriano como atestigua la validez de un *receptum absente et invito debitore* y la imposibilidad de que el banquero pueda liberarse del vínculo obligacional, con independencia de la causa, una vez asumida la obligación de pago. Ciertamente, con anterioridad a esta época no es posible determinar el grado de autonomía existente entre ambas obligaciones, pero, lo cierto es que no era tan absoluto como confirma la probable imposibilidad de un *receptum* contra la voluntad del deudor, y sobre todo, la posibilidad del banquero de interponer excepciones del deudor.

En derecho justiniano, acorde con la política legislativa del emperador y como prueba fundamentalmente C. 4, 18, 2 pr., se rechaza esta independencia, sin embargo, la necesidad de negocios de garantía absoluta en aras al tráfico comercial bancario se impone condicionando la existencia y manteniendo la plena vigencia de esta autonomía obligacional, la que se consigue bien mediante excepciones bien mediante el reconocimiento de figuras contractuales de garantía absoluta y abstracta, como la ἀντιφωνησις del Edicto 9.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV (CERAMI, DI PORTO, PETRUCCI), *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino, 2004.
- ANDREAU, *Le vie financière dans le monde romain. Le métiers de manieurs d'argent (IV siècle av. J.C. –III siècle ap. J.C.)*, Roma, 1987.
- ARCHI, "Contributi alla critica del *corpus juris*, II. Riforme giustiniane in tema di garanzie personali", *BIDR* 65 (1962).
- ASTUTI, *Studi intorno alla promessa di pagamento. Il costituito di debito II*, Milano, 1941.
- BEKKER, "Recipere und permutare bei Cicero", *ZSS* 3 (1882).

34 DÍAZ BAUTISTA, *Estudios sobre la banca bizantina cit.*, pp. 6 ss.: "Les garanties bancaires dans la législation de Justinien" cit., pp. 166 ss..

- CUIACIUS, *Opera* X, Napoli, 1758.
- DÍAZ BAUTISTA, “Les garanties bancaires dans la législation de Justinien”, *RIDA* 29 (1982).
- DÍAZ BAUTISTA, Estudios sobre la banca bizantina (Negocios bancarios en la legislación de Justiniano), Murcia, 1987.
- DÍAZ BAUTISTA “La pressione degli argentarii e la riforma giustiniana del *constitutum debiti* (C. 4, 18, 2, 2)”, Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall’età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Prof. Filippo Gallo, Napoli, 1997.
- FADDA, Istituti commerciali del diritto romano. Gli argentarii ed il commercio bancario, Napoli, 1903.
- FASOLINO, “Sulle tecniche negoziali bancarie: Il *receptum argentarii*”, *Labeo* 46 (2000) 2.
- FASOLINO, “Garanzie autonome e attività bancaria”, *Studi Senesi* 1 (2001).
- FREZZA, Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano. V. I, Le garanzie personali, Padova, 1962.
- HUVELIN, Cours élémentaire de droit romain. Le obligations, Paris, 1929.
- KRAUT, De Argentariis et nummularis commentatio, Göttingen, 1826.
- LENEL, *Das edictum perpetuum*, Leipzig, 1927.
- LENEL, “Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare. De maioris partis tribonorum sententiae aut eb eo, cuius de ea re iurisdictio fuit, ea tutela curatiove data erit”, *ZSS* 2 (1881).
- LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Roma, 2000.
- MAGDELAIN, Le consensualisme dans l’édit du préteur, Paris, 1958.
- MANNA, Degli argentarii in diritto romano, Lanciano, 1886.
- PARTSCH, “Der ediktale Garantievertrag durch *receptum*”, *ZSS* 29 (1908).
- PETRUCCI, *Mensam exercere*. Studi sull’impresa finanziaria romana (II secolo a. C. - metà del III secolo d. C.), Napoli, 1991.
- PETRUCCI, Profili giuridici delle attività e dell’organizzazione dell’banche romane, Torino, 2002.
- PETRUCCI, “Osservazioni in tema di legislazione giustiniana sul *receptum argentarii* e sull’ *antiphonesis*”, *Fides Humanitas ius. Studi in onore di Luigi Labruna* 6 (2007).
- PETRUCCI, “Diritto internazionale commerciale antico e diritto bancario romano dei secoli III – I a. C.” *Ius Antiquum* III (XXVIII), Moscoviae, 2013.
- RODRÍGUEZ GÓNZALEZ, El *receptum argentarii* en el derecho romano clásico. Una propuesta de análisis, Madrid, 2004.
- ROSELLO, “*Receptum argentariorum*”, *AG* (1890).
- ROSELLO, *Argentarii*. Studio di diritto commerciale romano, Lanciano, 1891.
- TALAMANCA, “*Argentarii*”, *NNDI* 8 (1978).
- WENGER, “*Receptum argentarii*”, *RE*. P-W.

