



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Esta tesis doctoral contiene un índice que enlaza a cada uno de los capítulos de la misma.

Existen asimismo botones de retorno al índice al principio y final de cada uno de los capítulos.

[Ir directamente al índice](#)

Para una correcta visualización del texto es necesaria la versión de [Adobe Acrobat Reader 7.0](#) o posteriores

Aquesta tesi doctoral conté un índex que enllaça a cadascun dels capítols. Existeixen així mateix botons de retorn a l'índex al principi i final de cadascun dels capítols .

[Anar directament a l'índex](#)

Per a una correcta visualització del text és necessària la versió d' [Adobe Acrobat Reader 7.0](#) o posteriors.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

UNIVERSIDAD DE ALICANTE

FACULTAD DE DERECHO

RECEPTUM ARGENTARIORUM

Estudio que, para optar al Grado de Doctor, presenta D. VICTORIANO SAIZ LOPEZ y que ha sido elaborado bajo la dirección del Dr. D. JESUS DAZA MARTINEZ, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Alicante.

VICTORIANO SAIZ LOPEZ





FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE
CIENCIAS HISTORICO JURIDICAS

RECEPTUM ARGENTARIORUM

Estudio que, para optar al Grado de Doctor, presenta D. VICTORIANO SAIZ LOPEZ y que ha sido elaborado bajo la dirección del Dr. D. JESUS DAZA MARTINEZ, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Alicante.

ALICANTE, 1989



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

A B R E V I A T U R A S



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ACDR	Atti del Congresso Internazionale di Diritto romano (Bologna 1932); (Roma 1933); (Pavia 1934).
AG	Archivio Giuridico Filippo Serafini, Bologna, Pisa y Modena (desde 1921).
AHDE	Anuario de Historia del Derecho Español, Madrid.
Annali Bari	Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari.
Annali Camerino	Annali dell'Università di Camerino. Sezione giuridica.
Annali Macerata	Annali della R. Università di Macerata (desde 1926).
Annali Palermo	Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo.
Atti Verona	Atti del Congresso Internazionale di Diritto romano e di Storia del Diritto, Verona, Milán, 1953.
BIDR	Bulletino dell'Istituto di Diritto romano, Roma.
DS	Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines, ed. Daremberg y Saglio.
Eranion Maridakis	Eranion in honorem G. S. Maridakis, Atenas, 1963.
Estud. U. Alvarez	Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Ursicino Alvarez Suárez, Madrid, 1978.
Etudes Macqueron	Etudes offertes à Jean Macqueron (Aix en Provence 1970).

Festschrift Koschaker	Festschrift Paul Koschaker, Weimar, 1939.
Festschrift Lewald	Festschrift Hans Lewald, Basilea, 1953.
Ius	Rivista di Scienze giuridiche (Univ. Cattolica Milán).
Iura	Rivista Internazionale di Diritto romano e antico, ed. Jovene, Nápoles.
Labeo	Labeo, Rassegna di Diritto romano, Nápoles.
Mélanges Levy-Brühl	Droits de l'Antiquité et Sociologie juridique, Mélanges Henri Levy-Brühl, París, 1959.
Mélanges Meylan	Mélanges Philippe Meylan, Lausanne, 1963.
Mnemeion Solazzi	Mnemeion Siro Solazzi, Nápoles, 1964.
NNDI	Novissimo Digesto Italiano.
NRH	Nouvelle Révue Historique de Droit Français et étranger, París.
Opere Ferrini	Opere di Contardo Ferrini, 1929 y 1930.
PA	Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft (ed. Pauly, Wissowa, Kroll, Mitthans, Ziegler, Stuttgart).
RH	Révue Historique de Droit Français et étranger, París.
RIDA	Révue Internationale des droits de l'antiquité, Bruselas; desde 1948.
RIGS	Rivista italiana per la scienze giuridiche.
Scritti Bonfante	Scritti giuridici vari (I Famiglia e successione, Turín 1916); (II Proprietà e servitù, Turín 1918); (III Obbligazioni, comunione, possesso, Turín 1921); (IV Studi generali, Roma 1926).
Scritti Ferrini	Scritti di Diritto romano in onore di Contardo Ferrini, pubblicati della R. Università di Pavia, Milán, 1946.
SDHI	Studia et Documenta Historiae et Iuris, Roma; desde 1935.
Studi Albertario	Studi di Diritto romano: I Persona e famiglia, 1933; II Diritti reali e possesso, 1941; III Obbligazioni, 1936; IV Eredità e proceso, 1946; V Storia, metodologia, esegesi, 1937; VI Saggi critici e studi vari, 1953.
Studi Albertoni	Studi in memoria di Aldo Albertoni I 1934; II 1937; III 1938.
Studi Arangio-Ruiz	Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz, Nápoles, 1953.
Studi De Francisci	Studi in onore di Pietro De Francisci, Milán, 1956.
Studi Betti	Studi in onore di Emilio Betti, Milán, 1962.
Studi Besta	Studi di Storia e Diritto in onore di Enrico Besta, Milán, 1939.
Studi Biondi	Studi in onore di Biondo Biondi, Milán, 1965.
Studi Biscardi	Studi in onore di Arnaldo Biscardi, Milán, 1982.

- Studi Bonfante** Studi in onore di Pietro Bonfante, Milán, 1929-30.
Studi Donatuti Studi in memoria di Guido Donatuti, Milán, 1973.
Studi Grosso Studi in onore di Giuseppe Grosso, Turín; I, II 1968; III 1970; IV 1971; V 1972; VI 1974.
- Studi Perozzi** Studi in onore di Silvio Perozzi, Palermo, 1925.
Studi Riccobono Studi in onore di Salvatore Riccobono, Palermo, 1936.
- Studi Senesi** Studi Senesi, nel circolo giuridico della R. Università di Siena; desde 1884.
- TI** Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis (Revue d'histoire du droit) Haarlem, Groningen; desde 1950.
- Varia** Varia, Etudes de Droit romain, París; I 1952; II 1956; III 1958; IV 1961.
- ZSS** Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Rom. Abteilung.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Estructura general de la investigación

- Cap. 1 **Recipere** en las fuentes
 - I. Fuentes literarias
 - II. Fuentes jurisprudenciales
- Cap. 2 Los **recepta** en el Edicto del Pretor
 - I. Reconstrucción del **Edictum Perpetuum**
 - II. Valoración
 - III. Revisión crítica
 - IV. Naturaleza jurídica
- Cap. 3 El **receptum argentariorum** en el **Corpus Iuris**
- Cap. 4 Concepto, contenido, perfección del negocio
 - I. Concepto y obligaciones
 - II. Modo de constitución
- Cap. 5 Sujetos, objeto, acciones
 - I. Sujetos de la obligación bancaria
 - II. Objeto de la obligación bancaria
 - III. Acciones
- Cap. 6 Derecho Justiniano
 - I. La Constitución del 531
 - II. Alcance práctico de la reforma
 - III. Evolución del derecho bancario helenístico después de la Constitución reformadora
 - IV. Promesa bancaria helenística y **rec. arg.**



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

I N T R O D U C C I O N



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Dedicamos el presente trabajo al estudio del **receptum argentariorum**, una figura encuadrable dentro del derecho bancario romano, aunque en este campo debemos considerar también la posible influencia que hayan podido ejercer los usos en vigor en el Oriente helenístico.

En el estudio de nuestra institución ha supuesto un avance decisivo la reconstrucción del Edicto Perpetuo por LENEL, quien ha descubierto, además, importantes textos del Digesto interpolados por los bizantinos, pero en el derecho clásico referidos a nuestro negocio, en virtud de los cuales se pueden llegar a enunciar, con bastante certeza, los principios fundamentales que inspiran el régimen jurídico del que tratamos.

Como ha señalado ROSSELLO, los autores anteriores a LENEL, basándose en la Constitución de Justiniano C. 4,



18, 2 y en la Paráfrasis griega de las Instituciones 4, 6, 8, únicas fuentes que conocían, llegan a establecer algunas propiedades del **receptum**. Siguiendo a Justiniano se refieren a él utilizando un paralelo con el **constitutum**, indicando las diferencias entre los dos negocios jurídicos. En general, podemos concretar sus conclusiones con arreglo a diferentes criterios.

Desde el punto de vista formal: el **receptum** se hacía **sollemnibus verbis** y era **iuris civilis**; el **constitutum** no estaba sujeto a esta formalidad, se hacía nudo pacto y era **iuris praetorii**.

Desde el punto de vista personal: cualquiera podía **constituere**; solamente los **argentarii** tenían la facultad de **recipere**.

Desde el punto de vista objetivo: el **constitutum** recaía sobre **res quae in pondere, numero, mensura sunt**; el **receptum** se extendía a cualquier cosa que pudiese integrarse en el objeto de un contrato.

Igualmente, se podía **recipere res nondum debitas** o **indebitas**; **constituere** solamente **debita**.

Asimismo, el **constitutum** tenía lugar respecto a una deuda pura; limitación que no regía para el **receptum** que podía aplicarse a una deuda condicionada.

Ahora bien, el **constitutum** lo era de deuda propia

o ajena; el **receptum** siempre de deuda ajena.

Desde el punto de vista temporal: el **constitutum** tenía un término fijo; el **receptum** podía hacerse sin término.

Desde el punto de vista de las acciones: la **actio constitutoria** era **annalis** y pretoria; la **actio recepticia** era perpetua y civil.

Frente a las posiciones anteriores, las conclusiones de LENEL, que han supuesto un giro copernicano en la doctrina, las resumimos en tres principios.

El primero de unidad formal: en la reconstrucción del Edicto del Pretor considera que la **actio recepticia** viene propuesta bajo el título **De receptis**, junto al **receptum** del árbitro y del **nauta**.

El segundo se obtiene como consecuencia del anterior: la **actio recepticia** era pretoria e **in factum**.

Sin embargo, en tercer lugar, no llega el autor a establecer la analogía de las tres figuras pretorias que explique el por qué de su reagrupación en el Edicto.

Los autores modernos, como FREZZA, siguen en general a LENEL y consideran que estamos ante un negocio por el cual el banquero se compromete a pagar la deuda existente o futura de un cliente; de tal modo, que entre **argentarius** y acreedor surge una relación independiente de la eventual relación jurídica entre este acreedor y el cliente. En suma, el banquero



respondería con arreglo al esquema de la obligación abstracta.

Partiendo de estos resultados que nos ofrece la doctrina, pretendemos llevar a cabo un examen de los diferentes aspectos planteados que nos permita obtener un cuadro de conclusiones bien fundamentado, utilizando como puntos de referencia los siguientes:

1.- Una interpretación coherente y armónica de los textos del Digesto interpolados, en la que se atienda a lo que realmente dicen estos textos y sin considerar válido para el derecho clásico lo que leemos en las fuentes relativas al derecho bizantino.

2.- La realidad socio-económica de la época histórica en que se aplica una determinada normativa jurídica.

En efecto, el método de estudio empleado es el histórico-crítico. Histórico, en cuanto se trabaja sobre un fenómeno del pasado que ha desarrollado su ciclo vital en su concreta dimensión temporal; crítico, en cuanto las fuentes no pueden considerarse como totalmente fidedignas al pensamiento que pretenden reflejar, sino que han de ser analizadas procurando distinguir los diversos estratos históricos que confluyen en ellas. Nuestro método exige una crítica textual y consiste en valorar el dato jurídico, situándolo en el marco al que corresponda históricamente. Se plantea así la tarea de comprobar la genuinidad de los textos del

Corpus Iuris que nos permita llegar a distinguir lo clásico y lo justiniano.

Sin embargo, no es posible limitarse a los textos jurídicos concebidos como una realidad autosuficiente, desatendiendo el ámbito vivencial a cuya ordenación se orientan. Para evitar caer en una mera catalogación sistemática se hace preciso, pues, adoptar una dirección interdisciplinaria en la que tengan cabida las diferentes perspectivas desde las que se puede contemplar el fenómeno jurídico, el cual es de tal complejidad que pretender encasillarlo en un contorno plano da como resultado unas conclusiones parciales y carentes de verosimilitud.

Todo ello nos lleva a ponderar los datos transmitidos por las llamadas fuentes literarias, a no despreciar los argumentos de orden económico y sociológico y a no prescindir de los elementos ideológicos y filosóficos subyacentes; sin olvidar extender nuestra atención a las soluciones que ofrece el derecho moderno a un problema que ciertamente no es exclusivo de nuestros días.

En suma, estamos obligados a buscar otros textos, además de los jurídicos. Estos son valoración objetivada de conductas humanas; pero los diferentes elementos en que la vida consiste los conocemos mediante las fuentes literarias o extrajurídicas. Son los historiadores, los escritos de



pensamiento, los epistolarios, la comedia, quienes nos muestran la luz que se proyecta sobre la oscuridad de los textos normativos.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPITULO PRIMERO

RECIPERE EN LAS FUENTES



I. Fuentes literarias

1.- Planteamiento etimológico

Nos interesa comenzar precisando el alcance etimológico de los términos con los que designamos nuestra institución, lo que ha de servirnos como un buen punto de partida para ulteriores desarrollos sobre su origen y evolución histórica.

Por lo que se refiere al término **receptum**, hay que decir que el verbo **recipere** figura entre los compuestos de **capio**, atribuyéndosele el valor etimológico de "recoger", "recibir", es decir, tiene un puro alcance real de aprehensión material de una cosa; muy lejos todavía del que será su evolucionado valor consensual y jurídico de "aceptación de una responsabilidad".

Ahora bien, partiendo de esta simple acepción material, **recipere** va a acabar abarcando un amplio campo de actuación que, sin duda, es comparable al de su generador **capio**. En efecto, **capio** que obedece al parecer a una raíz que también se encuentra en **habeo** se emplea en numerosas acepciones: tomar, coger, comprender, juzgar, hospedar, recibir, soportar, ...; nos encontramos, pues, ante un amplio abanico de posibilidades semánticas que superando la esfera de lo físico se elevan hasta la expresión de ideas de carácter abstracto (1).

De esta misma riqueza de contenido es heredero nuestro verbo **recipere**; ello va a hacer posible su utilización por los literatos en diversas situaciones de la vida humana y, asimismo, va a permitir a los juristas emplearlo a propósito del estudio de muy variadas instituciones.

Este es el elemento clave para entender el carácter polifacético de la voz **recipere** en juristas y no juristas; lo contrario, es decir, las visiones reduccionistas, no conducen sino a posiciones unilaterales que no pueden ser, por ello, admitidas.

(1) ERNOUT MEILLET, Dictionnaire étymologique de la langue latine, 1959, p. 96.



También la palabra **argentarius**, que en la denominación de nuestro negocio figura junto a **receptum**, ha de ser objeto de consideración. El vocablo **argentarius** se halla entre los derivados de **argentum**, nombre con el que se designa la plata (1); también, en Plauto, equivale a moneda.

Por su parte, **argentarius** designa al sujeto encargado de la compra y venta de moneda, especialmente de plata, que de manera progresiva amplía sus funciones y que, en origen, conserva una denominación griega "trapezita" o "tarpezita" como en Plauto. Pretender encontrar la justificación de esto último en el hecho de que a los artesanos plateros se les llama con el mismo nombre de **argentarius**, no parece adecuado ya que tal denominación para el platero artesano en vez de las antiguas **faber** o **vascularius argentarius** aparece por vez primera en fecha posterior a aquella en que el banquero ya era designado con el término latino (2).

La actividad bancaria de cambio se desarrolla en la **mensa**. Así, se encuentra por **argentarius** el término **mensarius** y en el Edicto del Pretor se utiliza la denominación **argentariae mensae exercitores** (3).

(1) ERNOUT MEILLET, Dictionnaire, cit., p. 45.

(2) HABEL, v. **Argentarii** en PW.

(3) La palabra castellana banco sigue la etimología germánica

Pues bien, el desarrollo de la economía monetaria conlleva la extensión del negocio bancario a diferentes campos como la intervención en la subasta, la aceptación de depósitos dinerarios, el préstamo, etc. A nosotros nos interesa concretamente el estudio de una faceta de su actividad, la que se articula a través de la figura del **receptum argentariorum**.

Finalmente, no puede olvidarse la importancia que el mundo romano concede a los **argentarii**, llegándose a atribuir carácter público a su profesión, según podemos leer en el Digesto en un texto donde parece admitirlo (1).

2.- Recipere en la lengua literaria

Pasamos a continuación a comentar los pasajes literarios en que **recipere** viene utilizado en sentido jurídico y también aquéllos otros en los que aun no cayendo, estrictamente, en el mundo del Derecho queda en un terreno muy próximo a éste. No se trata, pues, de recoger de manera exhaustiva

"bank" que hace referencia al mueble utilizado en el desarrollo de la operación de cambio de moneda. COROMINAS, Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana, 1954, v. Banco.

(1) D. 2, 13, 10, 1.

todos los posibles significados que el término tiene en los autores sino sólo aquéllos que nos interesan a los efectos de nuestro estudio.

Vamos a ver cómo el sentido de la palabra va evolucionando desde un alcance material, real, en su punto de partida, (adquirir algo, recobrar la posesión) pasando por sucesivos grados de complejidad hasta llegar a expresar la idea de "asumir una obligación por cuenta de otro, salir garante", cuando la podemos leer al lado de verbos como **spondeo**.

En estas diferentes etapas por las que pasa el vocablo que estudiamos, equivaldrá a "admitir a una persona en un determinado **status**", también "comprometerse a la defensa de una causa pública"; muy estudiado por BEKKER ha sido el valor de "aceptar un mandato"; igualmente, se ha de mencionar ahora el significado genérico de "prometer, obligarse, asumir una responsabilidad".

En la elaboración de este apartado ha sido fundamental el lenguaje de Cicerón, aunque no se agota ni mucho menos en este autor la posibilidad de citar textos en que se lee **recipere** a propósito de alguna de las ideas a que nos acabamos de referir. De este modo, hemos recurrido a Livio, a César, a Séneca, incluso a los comediógrafos Plauto y Terencio. Todo ello nos permite afirmar que la utilización de **recipere**, con las matizaciones que ahora nos interesan, tiene cabida

en los diferentes autores cada uno con su estilo y en los diversos géneros literarios.

2.1 Recobrar la posesión de una cosa, adquirir alguna cosa. El lenguaje de Livio nos permite apreciar el término **recipere** con el valor de recuperar la posesión sobre las cosas. Expresiones como **urbibus ex hoste receptis, urbe recipienda, recipere a Gallis urbem**, las podemos leer en su obra; y no en un sentido jurídico-privado sino dentro del contexto relativo a las situaciones planteadas por los conflictos bélicos entre los pueblos.

En efecto, la idea de cobrar o recuperar del enemigo el poder sobre una ciudad plasma a través del verbo **recipere** del siguiente modo:

Videbatur plus in ea urbe recipienda laboris fore, non ideo solum quod tota hostium erat, sed etiam quod parte Nepesinorum prodente civitatem facta erat deditio ... (1)

En la correspondencia de Cicerón también hallamos ejemplos que pueden encuadrarse en este apartado. Cuando el autor se refiere a su situación financiera, con el giro

(1) Liv. 6, 10, 6.

quod ex istis fructuosis rebus receptum est, nos habla de aquello que podría haber obtenido en virtud de sus operaciones productivas. **Receptum est** equivale ahora a obtención o adquisición de una ganancia material.

Esta obtención de beneficios de carácter patrimonial, como consecuencia de determinados negocios jurídicos, entra ya en la esfera del derecho privado con un alcance próximo al técnico-jurídico de cobrar el acreedor lo que se le debe.

Para probar lo anterior leemos el siguiente texto:

Profectionem meam, ut video, Erotis dispensatio impedit; nam, cum ex reliquis quae Non. Apr. fecit abundare debeam, cogor mutuari, quodque ex istis fructuosis rebus receptum est, id ego ad illud fanum sepositum putabam. (1)

Se ha pretendido demostrar que en la lengua literaria **recipere** tiene, preferentemente, el valor material de **res recepta** (2); según esto, en los textos en que aparece nuestro vocablo se pretendería expresar una idea más próxima a la de recepción material que a la de promesa abstracta. Este

(1) Att. 15, 15, 3.

(2) VINCENT, Res recepta, 1920, p. 5 s., llega a afirmar que Cicerón opone **recipere** a **spondeo**.



valor de promesa abstracta figuraría como elemento secundario y subordinado.

Sin embargo, una visión reduccionista no nos parece adecuada. **Recipere** en los literatos admite un amplio campo de actuación que le permite superar con claridad lo estrictamente material. Y lo que es más, parecidas consideraciones pueden establecerse, como veremos, cuando **recipere** entra en el ámbito de la terminología jurisprudencial.

2.2 Admitir a una persona en un determinado **status**.

La correspondencia de Cicerón nos sirve para dar una muestra en esta dirección. El autor relata cómo los habitantes de **Pindenissum** no habían sido nunca sometidos y que entre sus costumbres figuraba la de dar asilo a los esclavos fugitivos. Como ello va en contra de la autoridad de Roma, se hace preciso poner freno a este estado de cosas. Pues bien, con **fugitivos recipere** se expresa esta actividad de los habitantes de aquella ciudad, tan contraria a los intereses de los romanos.

Recipere se mueve ahora en el tema de la condición del **servus** y menciona un modo de escapar de ella que no puede considerarse como legítimo:

Quod cum esset altissimo et munitissimo loco
ab iisque incoletur qui ne regibus quidem umquam
parvissent, cum et fugitivos recipere et Parthorum
adventum acerrime expectarent, ad existimationem

imperii pertinere arbitratus sum comprimere eorum audaciam, quo facilius etiam ceterorum animi qui alieni essent ab imperio nostro fragerentur. (1)

Otros ejemplos pueden citarse en los que los autores latinos se valen de nuestro vocablo para transmitir la idea de admitir a una persona en una determinada condición jurídica. Así, en César podemos leer: **quos ... in parem iuris ... condicionem ... receperunt** (2). Y también: **se ... in deditionem ut recipiat petunt** (3).

La misma correspondencia de Cicerón nos permite apreciar a **recipere** con la específica connotación de acoger a una persona bajo protección, **recipere in fidem**; esto es lo que Cicerón pide que haga el procónsul **P. Servilius** en la carta que le dirige, para favorecer a un hombre al que juzga digno de tal acogida:

Feceris igitur mihi gratissimum, si ei declararis quanti me facias, id est si receperis eum in fidem tuam et quibuscumque rebus honeste ac sine molestia tua poteris adiuveris. (4)

(1) **Ad Fam.** 15, 4, 10.

(2) **Gal.** 1, 28.

(3) **Gal.** 3, 21, 3.

(4) **Ad Fam.** 13, 67, 2.

2.3 Comprometerse a la defensa de una causa pública.

No es éste el terreno del derecho privado, pero, como **causam recipere** viene ahora utilizado dentro de la terminología de la oratoria forense, no podemos desconocerlo, sobre todo teniendo en cuenta el modo reiterado en que lo aplica Cicerón.

En efecto, cuando se pregunta cuál ha sido el motivo que le ha llevado a aceptar encargarse de la causa de S. Roscius, se sirve de **causam Sex. Rosci recipere**:

Quae me igitur res praeter ceteros impulit ut causam Sex. Rosci recipere? Quia, si qui istorum dixisset quos videtis adesse, in quibus summa auctoritas est atque amplitudo, si verbum de re publica fecisset, id quod in hac causa fieri necesse est, multo plura dixisse quam dixisset putaretur. (1)

Cicerón, abogado, sigue utilizando estas expresiones en diversas obras; ahora escribe **Phameae causam receperam**, cuando pretende justificar el motivo por el cual ha llegado a aceptar la defensa de la causa de **Phamea**:

At vide quid suspenseat: Phameae causam receperam, ipsius quidem causa; erat enim mihi sane familiaris. (2).

(1) **Pro Rosc. 2.**

(2) **Ad Fam. 7, 24, 2.**

Estas formas de expresión se repiten en otros pasajes del mismo autor (1).

2.4 Aceptar un mandato. El lenguaje de Cicerón es rico en este terreno en que **recipere** viene aplicado como denominación técnica de la actividad de la segunda parte contratante en un mandato. **Recipere** es en este caso un antónimo de **mandare**, al igual que **promittere** de **stipulari**, como **conducere** de **locare** y **emere** de **vendere**.

Se ha llegado a sostener que, en Cicerón, éste sería significado típico de **recipere**, entendido en su vertiente técnico-jurídica, llegándose a decir que **causam recipere** sólo es una variante de **mandatum recipere**; y, por otro lado, en aquellos pasajes en que **recipere** equivale a asumir una obligación, se podría pensar en un mandato no expresamente reseñado (2).

Sin embargo, lo cierto es que **recipere**, en el sentido de asumir una obligación, viene usado no sólo por Cicerón sino también por otros literatos y puede decirse que en este caso tiene un apartado propio en el que la idea de mandato,

(1) Att. 13, 49, 1: **causam recepissem**.

(2) BEKKER, Recipere und permutare bei Cicero, ZSS 1882, p. 1-11.

aunque sea tácito, no aparece siempre claramente reflejada, como ya iremos viendo.

Además, en los juristas no ha llegado a imponerse esta afinidad técnica entre **mandare** y **recipere**. Expresiones como **recipere custodiam**, **recipere periculum**, **recipere in se periculum**, están más cerca realmente del **recipere obligatio-nem** que del **recipere mandatum**.

A esta afirmación se plantea la objeción de que resulta incomprensible que el sentido del término fuese uno para los juristas y otro para los literatos (1). Juristas y literatos no podrían haber utilizado de modo diverso la misma palabra, precisamente, en relación con estos fenómenos de la vida jurídica. Entre estos usos diferentes, se piensa que ha debido existir una conexión racional: el significado técnico de **recipere** habría empezado con el reconocimiento de la aceptación del mandato como un acto obligatorio. Desde que existió una **actio mandati** directa, el **recipere** también debía tener el valor de una declaración que obligaba, es decir, podía dar lugar a una acción. El que después se introdujese una **actio mandati** contraria y no una **actio recepticia**

(1) BEKKER, Recipere, cit., p. 5.

se explicaría partiendo del texto de la demostración **quod Numerius Agerio mandavit** y no **quod As. Ni. mandatum recepit**; este texto podría explicarse por el hecho de que se considera adecuado configurar del modo más parecido posible los términos de las **actiones directae** y **contrariae** (1). Se concluye admitiendo la probabilidad de que esta fórmula haya contribuido a sustraer la palabra **recipere**, en el sentido aquí aludido, poco a poco del uso lingüístico de juristas y profanos, sustituyendo **qui recepit** por **cui mandatum est**.

Ahora bien, extender la idea del mandato, como acuerdo tácito, a otros casos en que **recipere** equivale a aceptar una obligación, no parece totalmente seguro, pues no todo mandato es un contrato en el sentido de las **a. mandati** sino solamente aquél que se ha asumido gratuitamente y que, además, viene referido a un objeto determinado y lícito (2); en cuanto a las características que este objeto debiera o no debiera tener, aunque las fuentes no nos informan de modo explícito, no cabe duda sobre la necesidad de imponer limita-

(1) Con esto se hace patente que en ambas acciones las mismas reclamaciones y contrareclamaciones deben proporcionar el material para la apreciación judicial, **id quod venit in actionem. Cic., De off. 3, 70.**

(2) VOLTERRA, Instituciones de Derecho privado romano, 1986, p. 527.

ciones al mismo. En otras palabras, una cosa es un mandato en sentido técnico-jurídico y otra un mandato entendido como todo encargo en general.

Por todo ello, dedicamos este apartado sólo a aquellos casos en que nuestro verbo vale, de modo expreso, como aceptar un mandato. Encontramos **recipere** junto a **mandatum** en los discursos de Cicerón como, por ejemplo, en el que va dirigido a favor del comediante Roscio. En este texto, **recipis mandatum** es utilizado para referirse a un mandato aceptado que no ha sido cumplido; por esto considera que han sido violadas dos cosas sagradas: la amistad y la buena fe.

Cicerón se expresa así:

Quid recipis mandatum, si aut neglecturus aut ad tuum commodum conversurus es? Cur mihi te offers ac meis commodis officio simulato officis et obstas? Recede de medio; per alium transigam. (1)

Dentro de la misma obra y en el siguiente punto, insiste en idéntico significado. Escribe **mandatum receperit** cuando se pregunta qué debe hacerse con aquél que deja de cumplir un **mandatum**. Se trata de una cuestión de la máxima

(1) Pro Roscio 112.

gravedad, ésta es la defensa de la reputación de un padre muerto y de la fortuna del hijo vivo. De lo que se sigue que el incumplidor ha de ser sometido a un procedimiento del máximo rigor:

In minimis privatisque rebus etiam negligentia mandati in crimen iudiciumque infamiae vocatur, propterea quod, si recte fiat, illum negligere oporteat qui mandarit, non illum qui mandatum receperit. (1)

La correspondencia de Cicerón también nos suministra datos que nos permiten completar el presente apartado. Así es; en una carta dirigida a Atico puede leerse la expresión **tu mandata effice quae recepisti**, cuando le pide que cumpla con el mandato que le ha dado (2). En este caso, el mandato se habría otorgado para la realización de negocios de derecho privado, pues el texto alude a los asuntos particulares **nunc ut ad privata redeam**. Como sabemos, no es necesario para que exista un contrato de mandato en sentido técnico que su objeto consista en la realización de un cierto negocio,

(1) **Pro Roscio** 113. Las observaciones hechas en este apartado pueden desarrollarse también a propósito de **Pro Roscio** 114.

(2) **Att.** 1, 14, 7.

basta con que la actividad encargada sea determinada y lícita y que se cumpla el principio de gratuidad.

2.5 Prometer, obligarse a algo, asumir una responsabilidad. La literatura epistolar de Cicerón nos lleva a considerar el empleo paralelo de los verbos **promitto** y **recipio** (1),

Cuando se compromete a cumplir con exactitud todo aquello que contribuya a la defensa del honor de su amigo durante su ausencia, **quae a me suscepta defensio est te absente dignitatis tuae. Recipere**, pues, con el valor de comprometerse formalmente frente a otra persona, en base a las relaciones de amistad, **amicitiae nostrae**. El compromiso, aunque no tiene un fundamento estrictamente jurídico, no por ello carece de fuerza vinculante, ya que ésta tiene un origen moral y religioso:

Has litteras velim existimes foederis habituras esse vim, non epistulae, meque ea quae tibi promitto ac recipio sanctissime esse observaturum diligentissimeque esse facturum. Quae a me suscepta defensio est te absente dignitatis tuae, in ea iam ego non

(1) Igualmente, podemos ver a **recipio** junto a **polliceor: cuius festinationem mihi tollis, quoniam de aestate polliceris vel potius recipis**; en Ad Att. 13, 1, 2, adquiriendo la connotación de prometer formal y solemnemente.



**solum amicitiae nostrae sed etiam constantiae meae
causa permanebo. (1)**

Continuando con las cartas de Cicerón, podemos leer otro pasaje en que **recepit** aparece junto a **confirmavit**; se trata de expresar la idea de asegurar y obligarse a obtener rápidamente un salvoconducto. Aquí, **Pansa**, que es un hombre serio, **gravis homo et certus**, se ha comprometido frente a Cicerón a llevar a cabo dicha actividad:

**Pansa quidem mihi, gravis homo et certus, non
solum confirmavit, verum etiam recepit perceleriter
se ablaturum diploma. (2)**

En otro lugar, Cicerón se sirve de **ut mihi receperit** para comunicarle a Atico que el joven **Quintus** le prometió poner en orden las cuentas y que espera se consiga el resultado deseado. El término **recipere** se está utilizando para referirse a la promesa hecha por la que quedó obligado **Quintus** (3).

Puede completarse el presente apartado con la aplicación que el comediógrafo Plauto hace del verbo **recipere**. En efecto, en este autor aparece el significado de prometer,

(1) **Ad Fam.** 5, 8, 5.

(2) **Ad Fam.** 6, 12, 3.

(3) **Att.** 6, 7, 1. En el mismo sentido pueden citarse **Att.** 12, 13, 2 y **Att.** 12, 14, 1.

obligarse, asumir una responsabilidad; esto ocurre en **Miles gloriosus**, cuando **Palestrion** contesta **Dico et recipio** a **Periplectomenus** que se dirige a él comunicándole que el enemigo está próximo, que es necesario tomar medidas y que para ello debe comprometerse, pues es la única manera de alcanzar la victoria: **Tu unus si recipere hoc ad te dicis, confidentiast. Nos inimicos profligare posse** (1).

Semejantes observaciones podemos hacer con Terencio en **Heautontimoroumenos**. **Sostrata** dice **Ad me recipio** para comunicar que asume una responsabilidad (2); ello tiene lugar cuando el padre ordena al hijo que tome mujer, el cual parece estar dispuesto a obedecerlo; entonces **Sostrata** se compromete a que así ocurra.

En estos fragmentos no puede hablarse de obligaciones propiamente jurídicas, dotadas de la correspondiente acción para exigir las en la vía judicial; sin embargo, son lo suficientemente ilustrativos para poner de manifiesto la idea de promesa vinculante que se hace frente a otra persona de cumplir con una determinada actividad.

2.6 Asumir una obligación por cuenta de otro,

(1) **Ml. gl.** 2, 2, 74-75.

(2) **Heaut.** 5, 5, 11.

salir garante. Al sentido genérico anterior se le añade otro grado de determinación: **recipere**, ahora, no expresa tanto asumir una obligación cualquiera, cuanto aceptar una obligación por cuenta de otro, como si se tratase de una obligación de garantía.

El primer ejemplo lo hallamos en las cartas de Cicerón. El autor, en este caso, recomienda a **Manius Curius**; puede decirse que garantiza la rectitud y honradez de este último; en otras palabras, Cicerón se compromete frente al destinatario de su carta afianzando la recta conducta del tercero. Estamos muy próximos a la idea de obligarse por otro, reforzando, de este modo, un vínculo de carácter principal. Y, lo que es más importante, el verbo **recipio** de que se sirve Cicerón lo utiliza junto con **spondeo** que todavía nos aproxima más al campo de lo jurídico en sentido estricto, **spondebo enim tibi vel potius spondeo in meque recipio**.

En éste, como también en otros textos de Cicerón, las relaciones de amistad, **amicitia**, se muestran con la suficiente capacidad para crear vínculos tan férreos como los que se encuentran defendidos por una **actio** concreta. En efecto, cuando en el texto aparece **recipio** y **spondeo**, no se trata de una obligación verbal de garantía tal como la concibe el Derecho, pero, en cuanto a rigor y seriedad, podemos considerar las obligaciones derivadas de una u otra fuente como



equiparables.

El fragmento completo viene redactado así:

Sin autem propter verecundiam suam minus se tibi optulit aut nondum eum satis habes cognitum aut quae causa est cur maioris commendationis indigeat, sic tibi eum commendo ut neque maiore studio quemquam neque iustioribus de causis commendare possim, faciamque id quod debent facere ii qui religiose et sine ambitione commendant: spondebo enim tibi vel potius spondeo in meque recipio eos esse M. Curi mores eamque cum probitatem tum etiam humanitatem ut eum et amicitia tua et tam accurata commendatione, si tibi sit cognitus, dignum sis existimaturus.

(1)

La idea de compromiso formal, en garantía de la conducta de una persona, vuelve a verse reflejada mediante el verbo **recipio**, en similares términos a los del fragmento anterior, en otros lugares de la correspondencia de Cicerón; **id tibi confirmo in meque recipio** es ahora la expresión con que nos encontramos cuando el autor garantiza formalmente lo elevado de las cualidades que adornan el carácter de **Mesci-**

(1) Ad Fam. 13, 17, 3.



nius. También en esta ocasión se trata de recomendarlo frente al destinatario de la carta:

Illud quod supra scripsi, id tibi confirmo in meque recipio, te ea quae fecisti Mescinii causa quaeque feceris ita bene conlocaturum ut ipse iudices homini te gratissimo, iucundissimo benigne fecisse.

(1)

Spondeo y **recipio** vuelven a aparecer en Cicerón cuando éste se compromete formalmente en base a los vínculos de amistad, **ex mea amicitia**, a favor de **M. Curius**. Vuelve, pues, el autor a obligarse saliendo garante frente a su amigo para que el beneficiario sea admitido y atendido en perfecto estado; esto es lo que podemos leer en el siguiente texto:

Et ipse spondeo et omnes hoc tibi tui pro me recipient, ex mea amicitia et ex tuo in me officio maximum te fructum summanque voluptatem esse capturum. Vale. (2)

Cambiando de género literario, pasando de la correspondencia a los discursos, podemos seguir citando importantes pasajes en lo que Cicerón, en el terreno político, llega a empeñar su palabra, **obligare fidem meam**, frente a los senado-

(1) **Ad Fam.** 13, 28, 3.

(2) **Ad Fam.** 13, 50, 2.

res, **patres conscripti**, a quienes se dirige garantizando, afianzando la integridad y la constancia de César. Para salir garante de modo solemne, Cicerón se vale de **recipio**; pero no sólo de este término, ya que junto a él vienen recogidos, en un mismo plano, **promitto** y **spondeo**.

En este texto se dirige a los senadores exhortándoles a que confíen en César, quien ha sacrificado todo por la República, prometiéndoles y asegurándoles que César será siempre el ciudadano que es hoy:

Audebo etiam obligare fidem meam, patres conscripti, vobis populoque Romano rei que publicae; quod profecto pro alio, cum me nulla vis cogeret, faceret non auderem pertimesceremque in maxima re periculosam opinionem temperitatis. Promitto, recipio, spondeo, patres conscripti, C. Caesarem talem semper fore civem qualis hodie sit qualemque eum maxime velle esse et optare debemus. (1)

En la misma obra sigue proyectando sus principios políticos y morales y utiliza de nuevo **receptum** junto a **promissum**, para referirse a aquello que ha sido prometido en concepto de garantía . Discurso político dirigido contra

(1) Phil. 5, 18, 51.



la indignidad y los proyectos sin escrúpulos de Antonio:

**Qua in re quanta fuerit uterque vestrum perfidia
in Dolabellam quis ignorat? Ille promissum et receptum
intervertit ad seque transtulit; tu eius perfidiae
voluntatem tuam adscripsisti. Veniunt Kalendae
Ianuariae ... (1)**

El presente apartado, dedicado al estudio de los textos en que **receptum** acoge el significado de aceptación de una obligación por cuenta de otro, puede verse ampliado con los escritos de otros autores. Este es el caso de los comentarios de la guerra civil de César, cuando narra una entrevista con Libón, enviado de Pompeyo para negociar un armisticio, y pide que le garantice la posibilidad de enviar parlamentarios a Pompeyo sin que corran riesgo alguno, **ut legatos sibi ad Pompeium sine periculo mittere liceret idque ipsi fore reciperent.**

A Libón se le exige que se comprometa y asegure que los embajadores van a ser respetados por el enemigo; este compromiso de garantía es un **receptum**, en el lenguaje de César, al igual que ya lo había sido en el de Cicerón. Además, la referencia no es ocasional, pues la utilización

(1) **Phil.** 2, 32, 79.

del vocablo se repite a lo largo del texto:

**Postulabat Caesar ut legatos sibi ad Pompeium
sine periculo mittere liceret idque ipsi fore recipe-
rent aut acceptos per se ad eum producerent. (1)**

Como vemos, César utiliza el mismo sentido de garantía, seguro, refuerzo de un determinado vínculo, que aparece frecuentemente en las obras de Cicerón. Lo hemos comprobado cuando se trata de empeñar la palabra en apoyo de un comportamiento legítimo aun en el supuesto de las relaciones de carácter bélico.

Para llegar a una completa convicción de que el valor de **receptum**, como compromiso de garantía, es generalmente admitido en la literatura, citamos a continuación a Séneca. Nos referimos al pasaje en que, pretendiendo mitigar la pena de **Marcia** que llora la pérdida de su hijo en quien tenía puestas todas sus esperanzas, el autor considera que su muerte ha podido ser lo mejor para él. Cuando le pregunta a **Marcia** que quién le asegura que el cuerpo joven y bello de su hijo se hubiera mantenido puro bajo la mirada sin pudor de una ciudad disoluta, el verbo **recipit** es el que hemos traducido con "asegura". Se emplea en un tono de consolación, pues

(1) De bello civ. 3, 17.

ninguna persona habría podido garantizarles la conducta decorosa de su hijo en un ambiente tan peligroso como el de la ciudad:

Quis tibi recipit illud filii tui pulcherrimum corpus et summa pudoris custodia inter luxuriosae urbis oculos conservatum potuisse tot morbos ita evadere, ut ad senectutem illaesum perferret formae decus?. (1)

En definitiva, puede decirse que el desarrollo del presente apartado nos ha puesto sobre la pista del concepto de garantía personal de las obligaciones. **Recipere, receptum** aparecen junto a **spondere, sponsio** y a **promittere, promissum**, los cuales acogen dentro de su campo semántico lo que en castellano resulta equivalente a prometer solemnemente saliendo fiador por alguien.

Precisando más, pensamos que **receptum** resulta ser un añadido a una promesa verbal y solemne que viene a reforzar el rigor y la gravedad, si cabe, del vínculo surgido de ésta. En efecto, parece que en el lenguaje de Cicerón para quedar férreamente obligado no basta con pronunciar el verbo **spondeo**; quizá porque había perdido ya algo de su primitiva fuerza, se hace preciso, pues, un complemento; y así como hemos ido

(1) **Ad Marc. de Consol. 22, 2.**

viendo se dice **spondeo** y **recipio** o **promitto** y **recipio** y hasta se emplean los tres a la vez en el pasaje en que se dirige a los senadores.

Aunque el **receptum** no puede confundirse con la **sponsio**, en cuanto al valor originario de ésta entendido como vinculación de carácter verbal, sí podemos afirmar que en época avanzada aparece junto a ella, dándole un carácter estricto que por sí misma no tendría.

Para concluir nos interesa, entre las diferentes posibilidades semánticas que presenta **recipio**, una especialmente que exponemos en su doble aspecto:

1.- **Receptum** se encuentra estrechamente relacionado con **sponsio**, entendida como una primitiva forma de fianza reservada en exclusiva a los ciudadanos romanos.

2.- **Receptum** y **sponsio** no son sinónimos; si en su evolución histórica acaban por aparecer unidos es porque la segunda ya ha perdido su histórica fuerza sacral y por ello, cuando el lenguaje pretende recuperar esa fuerza, ha de servirse del complemento adecuado.

II. Fuentes jurisprudenciales

Recipere y **receptum**, en el lenguaje jurisprudencial, encuentran una gran riqueza de matices que va desde la idea

de recuperar una cosa hasta la de interpretar una determinada cláusula; pasando por los valores de: cobrar lo que se nos debe, aceptar aquéllo que se nos ofrece (como adquirir una herencia), asumir una responsabilidad, asumir una deuda ajena, apoderarse uno de algo que no le pertenece, recibir a una persona en concepto de huésped o en una determinada condición o **status**, ser admitidas ciertas figuras o negocios jurídicos, reservarse o retener una concreta facultad. Al igual que ya hemos visto en los literatos, en los juristas el campo de actuación de nuestro término es muy amplio y partiendo de lo puramente material se eleva hasta albergar un sentido abstracto.

En la elaboración de este apartado nos hemos servido de las obras de los juristas más importantes; así, nos hemos basado en obras de Gayo, Paulo, Ulpiano, Papiniano, Pomponio, Juliano, Javoleno, Labeón, que utilizan el término **recipere** en sus diversos aspectos cuando se ocupan del tratamiento de las instituciones. Ello nos permite decir que la voz que estudiamos ha llegado a alcanzar un uso generalizado en el lenguaje de los juristas.

Refiriéndonos también al tipo de obras en que puede leerse nuestro verbo, observamos un predominio de los libros de comentarios al Edicto, aunque esto no impide que aparezca en otros tratados como son: los libros de instituciones,

los libros de comentarios a juristas como Sabino, Q. Mucio, los **libri digestorum**, los **libri sententiarum**, los **libri responsorum**, los **libri disputationum**, los **libri epistolarum**, los **libri singulares**.

Finalmente, **recipere** aparece designando diferentes figuras jurídicas que abarcan todas las partes del derecho privado: familia, reales, sucesiones y obligaciones.

En suma, nos encontramos ante un término cuya aplicación jurídica podemos calificar de generalizada; y ello tiene lugar en un triple aspecto: atendiendo al criterio de los autores, al criterio de las obras, al criterio de las figuras jurídicas. Al desarrollo de esta idea dedicamos las siguientes páginas, distinguiendo varios apartados.

1.- Recuperar aquéllo que se ha tenido con anterioridad

Las Instituciones de Gayo nos suministran el punto de partida del presente apartado cuando tratan de la variante de la usucapión denominada **usureceptio**. Esta **species usucapionis** permite que recuperemos por el uso lo que nos perteneció en otro tiempo, es decir, **recipimus per usucapionem id quod aliquando habuimus**. La **usureceptio**, aquí, viene referida a aquellas cosas transmitidas a otros mediante **mancipatio**

o **in iure cessio** y por razón de garantía; de este modo constituye una facultad concedida por el derecho clásico al enajenante fiduciario.

El dato de que se trate de **recipere**, o recuperar por usucapión lo que con anterioridad se tuvo, determina una considerable alteración del régimen jurídico y de los requisitos de la **usureceptio**, en contraste con la usucapión ordinaria: en primer lugar, el tiempo de posesión es de un año, aunque se tratase de bienes inmuebles; también los requisitos del justo título y de la buena fe acaban por desaparecer, desde el momento en que se trata de un modo de usucapión de una cosa a sabiendas de que es ajena (1).

El fundamento jurídico de esta **usureceptio ex fiducia** reside en el deber del adquirente fiduciario de hacer en su día una **remancipatio** de la cosa recibida, con arreglo a la confianza en él depositada (2).

El texto de Gayo la considera como una de las causas que **sciens quisque rem alienam usucapit**:

Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit; nam qui rem alicui fiduciae causa

(1) La usucapión no tiene lugar cuando la cosa se posee en concepto de precario, D. 44, 7, 16.

(2) Deber sancionado mediante un **iudicium bonae fidei**, el correspondiente a la **actio fiduciae**, Gayo 4, 62.



mancipio dederit vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet. (etiam) soli si sit. Quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem. (1)

Se vuelve a citar la terminología de Gayo en este contexto a propósito de los modos por los que se puede alcanzar la independencia personal. La regla general de la adquisición de la libertad mediante el procedimiento del censo no resulta aplicable a quien fue dado en **mancipio** por el padre con la condición: **lege mancipio dedit, ut sibi remancipetur**. Como consecuencia de la misma el padre recupera su poder; lo que se denomina **mancipium recipere**.

La entrega en **mancipio** permite, por tanto, una reserva de la patria potestad por parte del padre. La validez de este elemento accidental residiría en el respeto a la voluntad paterna a la que se le permite **potestatem propriam reservare**, aunque ello vaya en detrimento del principio favorable a la libertad de la persona sometida.

Precisamente, el término que estudiamos viene a matizar el alcance jurídico del procedimiento de **censu liberta-**

(1) Gayo 2, 59.

tem consequi, impidiendo su aplicación en aquellos casos en que puede más la idea de recuperar, **recipere**, un poder que se tuvo con anterioridad. Así es; considerando el **mancipium** como un poder adquirido, derivado de una mancipación, sobre un **alieni iuris**, es claro que corresponderá a un **paterfamilias** distinto del suyo originario. Y es la potestad originaria la que queda defendida por la posibilidad de una **remancipatio**. El estado de vida latente en que se encuentra la primera impide que, una vez extinguida la potestad derivada, la persona sometida alcance la libertad.

Estas ideas vienen expresadas por Gayo en los siguientes términos:

Quin etiam invito quoque eo cuius in mancipio sunt, censu libertatem consequi possunt, excepto eo quem pater ea lege mancipio dedit, ut sibi remancipetur; nam quodammodo tunc pater potestatem propriam reservare sibi videtur eo ipso, quod mancipio recipit.

(1)

Bajo el título **Quod metus causa gestum erit**, Ulpiano, en su libro undécimo **ad edictum**, entra en el problema de la recuperación, **recipere**, de las cosas entregadas como conse-

(1) Gayo 1, 140.

cuencia de un negocio jurídico viciado por **metus**, para lo cual se recurre al expediente honorario de la **restitutio in integrum ob metum**. El jurista se sirve de un paralelo terminológico de **in integrum restitutio**, cuando habla de **actio ad eum recipiendum integra**, para referirse a cualquier acción que competa a la persona coaccionada para recobrar lo entregado por el negocio viciado.

Es ahora la terminología jurídica del Edicto del Pretor la que acoge la voz para determinar aquellas acciones que permiten volver a la situación jurídica anterior a la celebración de un negocio que no puede considerarse válido en la perspectiva pretoria. Es la protección de la voluntad del sujeto frente al formalismo del derecho civil; y **recipio** se alinea claramente en el primero de los bandos, sirviendo para denominar una figura jurídica de gran impacto en la evolución del **ius civile**.

El comentario de Ulpiano al edicto lo conocemos por D. 4, 2, 14, 1:

... et nihilo minus in rem vel ad exhibendum vel si qua alia ei competit actio ad eum recipiendum integra ei qui vim passus est servabitur, ita ut, si dominus eum quoquo modo receperit, is qui ex stipulatione convenitur exceptione tutus fiat. (1)

(1) Ulpiani ad edictum lib. XI trata De in integrum restitu-

Insistiendo todavía en el tema del lenguaje edictal, nos centramos a continuación en el libro primero **ad edictum aedilium curulium** de Ulpiano, cuando trata de la **redhibitio** y de la **actio redhibitoria**. En este caso, el jurista emplea la expresión **recipere pecuniam**, al referirse a la facultad reconocida al comprador para exigir la restitución del precio dado por la cosa, en razón de estar ésta afectada de vicios que él desconocía y de los cuales no fue garantizado por una caución especial por parte del vendedor. La **actio redhibitoria** conduce a una especie de restitución por entero, pues el vendedor ha de devolver el precio, con sus intereses, y el comprador la cosa, con sus accesorios y frutos.

La base jurídica del **recipere pecuniam** está en el edicto de los ediles curules que establece la obligación del vendedor de un **servus** de hacer saber al comprador las posibles enfermedades o vicios de éste que va a ser vendido (1). En efecto, escribe Labeón que el motivo de proponer este edicto es **ut occurratur fallaciis vendentium et emptoribus**

tionibus y este fragmento aparece en el número 378 bajo el título **Quod metus causa gestum erit** que precede al **De dolo malo**. LENEL, **Palingenesia Iuris Civilis** II, 1889 (1960), c. 460 s.

(1) D. 21, 1, 1, 1. **Aiunt aediles: Qui mancipia vendunt certiores faciam emptores, quid morbi vitivae cuique sit, ...**

succurratur quicumque decepti a venditoribus fuerint.

La facultad de **recipere pecuniam**, admitida por el edicto, viene a resultar el remedio de que dispone el comprador frente a un posible engaño del vendedor; y lleva a deshacer la venta mediante la restitución de la cosa, por existir un consentimiento defectuoso en una de las partes.

La recuperación del precio tiene lugar con la riqueza de matices que nos transmite Ulpiano:

Debet autem recipere pecuniam, quam dedit pro eo homine, vel si quid accessionis nomine. dari autem non id solum accipiemus, quod numeratur venditori, ut puta pretium et usuras eius, sed et si quid emptionis causa erogatum est ... (1)

La definición de **postliminium** se construye también con el sentido del verbo **recipio** al que nos venimos refiriendo en este apartado. Paulo, en su libro **sexto decimo ad Sabinum**, habla de un **ius rei recipiendae** (2) y de **postliminio recipere**

(1) D. 21, 1, 27. **Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium**. El texto aparece en el desarrollo del título **Ad formulam redhibitoriam**. LENEL, **Palingenesia** II, cit., n. 1775, c. 893.

(2) El lenguaje de Gayo también emplea **recipere** en este ámbito; en G. 1, 129 podemos leer: **Quodsi ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet ius liberorum propter ius postlimini, quo hi qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina iura recipiunt.**

cuando trata del derecho de recuperar, de manos extrañas, una cosa perdida y de restituirla a su antigua condición. Derecho que fue introducido por la justicia natural, **idque naturali aequitate introductum est**, y que está vigente no sólo entre los romanos sino también entre los demás pueblos y reinos libres. El **ius postliminii**, que responde a una tradición fundada en la equidad, opera una vuelta a la situación jurídica en que se hallaba el sujeto antes de ser capturado por el enemigo. Ello equivale a dar la primacía jurídica a la titularidad originaria frente a cualquier titularidad posterior que, aunque se base en un modo reconocido por el derecho civil, sin embargo se consolidó durante el período de cautividad.

Se plantea así un conflicto entre el derecho civil y un principio de equidad que va a dar como resultado el triunfo del **recipere postliminio** frente al primero. Esto va a ser posible gracias al apoyo del Edicto del Pretor a través de la figura de la **restitutio in integrum ob absentiam**. Un buen ejemplo de lo que decimos nos lo suministra Ulpiano, en sus comentarios al edicto (1), según el cual el pretor otorga acción para obtener la restitución total de la cosa adquirida mediante **usucapio** por un tercero; y durante el

(1) D. 4, 6, 1.

período en que su titular se encontraba en poder del enemigo. La acción se concede al propietario originario dentro del año en que hubiese posibilidad de reclamar. En resumidas cuentas, la **usucapio**, como modo de adquisición de derecho civil, cede ante el denominado **ius rei recipiendae** que no es más que un remedio pretorio basado en la equidad.

La definición del **ius postliminii** que da Paulo es la que recogemos a continuación:

Postliminium est ius amissae rei recipiendae ab extraneo et in statum pristinum restituendae inter nos ac liberos populos regesque moribus legibus constitutum. nam quod bello amisimus aut etiam citra bellum, hoc si rursus recipiamus, dicimur postliminio recipere. idque naturali aequitate introductum est, ut qui per iniuriam ab extraneis detinebatur, is, ubi in fines suos redisset, pristinum ius suum reciperet. (1)

Como conclusión del presente apartado, en que se ha tratado de **recipere** con el valor de recobrar algo que ya se tuvo, hay que poner de manifiesto que así aparece en

(1) D. 49, 15, 19. En **Pauli ad Sabinum lib. XVI** que incluye esta definición en su tercer apartado **De postliminio**, n. 1893. LENEL, **Palingenesia I**, cit., c. 1292.

las Instituciones de Gayo y que lo propio ocurre en el Edicto del Pretor y en el de los ediles curules. En este segundo terreno nuestro término viene a expresar la idea de restitución íntegra de aquéllo que se entregó en virtud de un negocio jurídico anulable, ya sea por causa de **metus**, ya sea por engaño, y también la restitución íntegra de aquéllo que se obtuvo legalmente, pero durante la ausencia por cautividad bélica de su verdadero dueño. Y esta última posibilidad es especialmente significativa: la equidad llega a forzar la recuperación, **rei recipiendae**, de la cosa adquirida según el **ius civile**.

2.- Cobrar aquéllo que se nos debe

El significado de recibir en concepto de pago lo tenemos a propósito de una acción pretoria, la denominada **actio de eo quod certo loco dari oportet**, que además es **in personam** y arbitraria. En virtud de la misma el acreedor puede pedir el pago de una deuda en lugar distinto del convenido, por encontrarse también el deudor en el lugar donde se le reclama.

En efecto, ha de admitirse que la obligación se extingue incluso cuando el pago se efectúa en lugar distinto del convenido: si a quien prometió dar en Efeso sólo se le

puede exigir allí la deuda, entonces podría no dejarse demandar residiendo siempre en otro lugar, con lo que podría llegar a decirse que resultaría estar en su arbitrio el deber o no deber algo (1).

Ahora bien, aunque es cierto que puede pagarse en lugar distinto del acordado, eso no quiere decir que el acreedor tenga que aceptar necesariamente tal pago, pues puede ocurrir que el lugar haya sido pactado en su propio interés.

Desde otro punto de vista, como dice Ulpiano, comentando el alcance de esta **actio** en el edicto, si es el demandado quien tiene interés en pagar en Efeso y no en el lugar donde se le demandó, entonces toca al deber del juez, **de officio iudicis**, ajustar la cuantía del contrato, aumentarla o disminuirla, **utrum quantitati contractus debeat servire an vel excedere vel minuere quantitatem debeat**, pues la valoración de la obligación es diferente según el lugar de pago.

En este ámbito de la estipulación de dar en un lugar determinado, el pretor ha de intervenir necesariamente para hacer posible el cobro, **recipere**, valorando en cada caso concreto el interés del demandante y el del demandado;

(1) Este es el planteamiento de Marcelo en D. 13, 4, 2, 7.

lo que no es posible con las acciones civiles estipulatorias, debido al rigor que las caracteriza. El cauce de este **recipere** lo crea el magistrado mediante la **actio de eo quod certo loco dari oportet**, cuyo carácter de arbitraria permite una equitativa valoración de los intereses de las partes, en cada supuesto que se plantee, pudiendo el juez reducir la condena a menos de lo que se pedía, o en otro caso aumentarla, según sea la posición del demandado o la del demandante la que estima digna de protección.

Las anteriores ideas son el reflejo de los comentarios al edicto de Ulpiano:

Iulianus Labeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem, cuius interdum potuit interesse Ephesi recipere: itaque utilitas quoque actoris veniet. quid enim si traiecticiam pecuniam dederit Ephesi recepturus, ubi sub poena debebat pecuniam vel sub pignoribus, et distracta pignora sunt vel poena commissa mora tua? ... (1)

La terminología de los comentarios edictales de

(1) D. 13, 4, 2, 8. **De rebus creditis** es el título de **Ulpiani ad edictum lib. XXVII** en el que nos encontramos con el apartado **De eo quod certo loco dari oportet** que precede al **De pecunia constituta**; nuestro fragmento se inserta en el primero de ellos número 784. LENEL, **Palingenesia** II, cit., c. 576.

Ulpiano sigue incluyendo expresiones como **quod sibi debetur receperat** en determinados fragmentos, como éste a que nos vamos a referir, que aparece bajo el título **Quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur**. Cuando el lenguaje edictal se aplica a la **restitutio in integrum ob fraudem creditorum**, la voz **recipere** nos vuelve a aparecer; y ahora no en el sentido de recuperar una cosa su titular originario sino en el de cobrar el acreedor lo que le es debido. Así es; determinados negocios no entran bajo el edicto de los realizados **in fraudem creditorum**, por lo que a ellos no se aplica el mandato pretorio **ut restituantur**. De este parecer es Labeón cuando dice que **qui suum recipiat, nullam videri fraudem facere**. Este es el caso del pago realizado por orden del magistrado, al que el deudor no puede negarse puesto que **non solvere iniquum esse**.

En definitiva, el edicto de los actos en fraude de acreedores sólo se refiere a aquéllos en que no interviene orden del magistrado. Y **recipere** expresa el acto de cobrar una deuda cuando el pretor, en base a la equidad, ordena al deudor que pague. Equidad y **recipere** vuelven a encontrarse próximos, como vemos.

El jurista se expresa de este modo:

Apud Labeonem scriptum est eum, qui suum recipiat, nullam videri fraudem facere, hoc est eum, qui

**quod sibi debetur receperat: eum enim quem praeses
invitum solvere cogat, impune non solvere iniquum
esse ... (1)**

La voz **recipere**, entendida como acto de recibir el acreedor lo que le es debido, la encontramos asimismo en Pomponio, **libro trigésimo quinto ad Sabinum** sobre el pago y liberación del deudor. El fragmento en el que escribe **debebatur receperit** plantea la cuestión de la liberación del deudor mediante la venta que hace el acreedor del fundo que le fue dado en garantía, cobrándose de este modo.

El texto parece estar interpolado. Como vamos a ver, se refiere a la venta de un fundo pignorado, aunque en su redacción originaria trataría de un fundo transmitido en concepto de fiducia. Siendo así, el jurista vendría a expresar el principio de liberación del deudor por la venta de la fiducia y **si creditor quantum ei debebatur receperit:**

**Si creditor fundum pigneraticium vendiderit et
quantum ei debebatur receperit, debitor liberabi-
tur ... (2)**

(1) D. 42, 8, 6, 6. **Ulpiani ad edictum lib. LXVI** lleva por título **De curatore bonis dando** y, a propósito de la rúbrica **Quae fraudationis causa gesta erunt**, incluye el parecer de Labeón. LENEL, **Palingenesia** II, cit., c. 798-799.

(2) D. 46, 3, 26. **Pomponii ad Sabinum lib. XXXV, De fiducia**, recoge el principio en el que **pigneraticium** es una interpolación. LENEL, **Paling.** II, cit., c. 148.



Otro ejemplo en esta línea lo encontramos en el lenguaje de **Scaevola** (1).

3.- Aceptar aquéllo que se nos ofrece

Los ejemplos de utilización por parte de Gayo del verbo **recipio** no se agotan en los ya citados, pues en el comentario segundo de sus Instituciones, sobre la adquisición de cosas universales, y más en concreto sobre los fideicomisos, nos encontramos con la expresión **recipit hereditatem**.

En la adquisición de la herencia fideicomisaria, la persona a la que se le hace el encargo, **fiduciarius**, es verdadero heredero y adquiere con arreglo a los modos establecidos por el Derecho. Y sigue siendo heredero aún después de haber restituído la herencia al beneficiario : **fideicommissarius, is qui restituit nihilo minus heres permanet**.

Ahora bien, la adquisición del fideicomisario que **recepit hereditatem** tiene importantes consecuencias jurídicas, pues éste llega a ocupar el lugar del heredero, **heredis loco est**. En efecto, como el jurista escribe más adelante, el pretor empezó a conceder acciones útiles en pro y en contra

(1) En el apartado **De negotiis gestis**; D. 3, 5, 8, (9).

del fideicomisario como si fueran en pro y en contra del heredero, proponiendo tales acciones en el Edicto.

El acto de **recipere**, por parte del fideicomisario, acabaría, de este modo, por tener una eficacia paralela a la de la adquisición del heredero civil. Aunque el fideicomiso, en origen, se mueve en la esfera de los encargos cuyo cumplimiento depende únicamente de la buena fe, estando el fideicomisario desprovisto de acción para reclamar, lo cierto es que la evolución posterior, gracias a la vía edictal de las acciones útiles, nos permitirá ver esta figura integrada en el campo de lo jurídico.

Esto es lo que nos explica Gayo en sus Instituciones:

Restituta autem hereditate, is qui restituit nihilo minus heres permanet; is vero qui recipit hereditatem, aliquando heredis loco est, aliquando legatarii. (1)

... praetor enim utiles actiones ei et in eum qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit, eaeque in edicto proponuntur. (2)

Quo casu nullis stipulationibus opus est, quia simul et huic qui restituit securitas datur, et actiones hereditariae ei et in eum transferuntur,

(1) Gayo 2, 251.

(2) Gayo, 2, 253.



qui receperit hereditatem. (1)

Hereditatem recipere vuelve a estar presente en el libro **duodecimo ad edictum provinciale** de Gayo, cuando escribe sobre la utoridad y consentimiento de los tutores. El principio general aplicable en este ámbito es negativo y está suficientemente claro: **hereditatem adire pupillus sine tutoris auctoritate non potest, quamvis lucrosa sit nec ullum habeat damnum**. Lo que ahora nos interesa es que aquí el jurista emplea el vocablo técnico **adire**; sin embargo, unas líneas más abajo ya se dice otra cosa: **nec ex senatus consulto Trebelliano hereditatem recipere pupillus sine tutoris auctoritate potest**. Ello nos permite poner de manifiesto la idea de un paralelismo, en el campo del edicto provincial, entre la **aditio hereditatis** y el **hereditatem recipere**, como acto de adquisición de la herencia que nos es ofrecida.

El fragmento completo, en el que Gayo nos explica cómo el tutor debe dar inmediatamente su autoridad, personándose en el negocio mismo, para que el **recipere hereditatem** del pupilo sea válido, es éste:

Hereditatem adire pupillus sine tutoris auctoritate non potest, quamvis lucrosa sit nec ullum habeat

(1) Gayo 2, 258.

damnum. Nec ex senatus consulto Trebelliano hereditatem recipere pupillus sine tutoris auctoritate potest. (1)

Entendiendo **recipere** como aceptar lo que nos es ofrecido, también lo emplea Juliano en el **libro tertio decimo digestorum**, cuando escribe sobre **in diem addiectione**. Como sabemos, es éste un pacto adicional al contrato de compraventa, en virtud del cual si en un determinado plazo un tercero ofrece condiciones más ventajosas que las del comprador se considera rescindido el contrato; mediando este acuerdo de las partes, la buena fe exige que el vendedor acepte la mejor oferta, siempre que ésta sea fundada, con lo que el contrato anterior queda sin efecto.

Como escribe Juliano, **recipio** equivale al acto de aceptación por parte del vendedor de la más favorable oferta que se le hace:

Sed si proponatur a creditore pignus in diem addictum, non potest videri bona fide negotium agi, nisi adiectio recipiatur. quid ergo est, si inops emptor et impediendae tantummodo venditionis

(1) D. 26, 8, 9. El texto figura en el tratamiento de la rúbrica **De tutelis** en **Gai ad edictum provinciale lib. XII**. LENEL, **Paling.** I, cit., c. 220.

causa intervenit? potest creditor sine periculo priori emptori addicere. (1)

En el **ius gentium** también esta acepción de **recipio** tiene su lugar cuando Pomponio, comentando a Quinto Mucio, se refiere a las legaciones. Siendo contrario al **ius gentium** atentarse contra el legado, Quinto Mucio solía responder que el que hubiese atentado contra un embajador debía ser entregado al pueblo al que pertenecía quien había sufrido dicho atentado. Aquí es donde se plantea la cuestión de si él entregado seguía siendo ciudadano romano en caso de no haber sido admitido, **quem hostes si non recepissent**; cuestión a la que contesta el jurista en las líneas siguientes:

... quem hostes si non recepissent, quaesitum est, an civis Romanus maneret: quibusdam existimantibus manere, aliis contra, quia quem semel populus iussisset dedi, ex civitate expulsisse videretur, sicut faceret, cum aqua et igni interdiceret. in qua sententia videtur Publius Mucius fuisse ... (2)

(1) D. 18, 2, 10. Lo encontramos en **Iuliani digestorum lib. XIII** en materia de **Fiduciae vel contra**, por lo que el texto del Digesto ha resultado interpolado. LENEL, **Paling.** I, cit., c. 354.

(2) D. 50, 7, 18, (17). Se trata de **Pomponii ad Q. Mucium lib. XXXVII**, cuando estudia el tema **De captivis et de postliminio** en el número 320. LENEL, **Paling.** II, cit., c. 77-78.



4.- Encargarse de algo, asumir una responsabilidad

Asumir bajo custodia lleva consigo, para navieros, mesoneros y estableros, la obligación de restituir las cosas de las que se han encargado. Establece el edicto, según Gayo **libro quinto ad edictum provinciale**, que el que asume algo bajo su responsabilidad, **salvum fore recipit, non solum a furto, sed etiam a damno recipere videtur**. Esta es una responsabilidad muy estricta que no sólo garantiza por el hurto sino también por el daño.

Sin embargo, el precio que cobran el naviero, el mesonero y el establero no comprende el de la custodia; y en esto vienen equiparados al **fullo** y al **sarcinator**, que **non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt**.

El texto de Gayo, pese a las dificultades que plantea, nos pone ya sobre la pista de la distinción entre la asunción de responsabilidad y el régimen de la relación jurídica fundamental de locación:

Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta ut traiciat vectores, caupo ut viatores manere in caupona patiatur, stabularius ut permittat iumenta apud eum stabulari: et tamen custodiae nomine tenentur. nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem

accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur. Quaecumque de furto diximus, eadem et de damno debent intellegi: non enim dubitari oportet, quin is, qui salvum fore recipit, non solum a furto, sed etiam a damno recipere videatur. (1)

El carácter voluntario de la aceptación, **receptum**, de una estricta responsabilidad viene implícitamente recogido en Ulpiano, **libro tertio decimo ad edictum**, precisamente reproduciendo el criterio de Labeón. En efecto, el **receptum** del árbitro no se perfecciona por el hecho de que las partes lo hayan designado en virtud de un compromiso sino que se exige la declaración expresa de voluntad por parte del árbitro. Por tanto, su obligación no deriva inmediatamente del imperio del magistrado, ni tampoco de lo establecido en el edicto sino de su propia voluntad: el pretor no obliga a nadie, **neminem praetor cogat arbitrium recipere**, puesto que se trata de una función libre que está fuera de la coacción del magistrado. Lo anterior no impide que una vez aceptado el arbitraje el asunto quede bajo la competencia del magistrado.

(1) D. 4, 9, 5. Texto extraído del contenido del título **Nautae caupones stabularii ut recepta restituant**, que precede al que trata de **Argentarii quod pro alio solvi receperint**, ambos incluidos en **Gai ad edictum provinciale lib. V**, siendo el primer apartado el de **Qui arbitrium receperint**. LENEL, **Paling**. I, cit., c. 198.

El comentario de Ulpiano viene redactado así:

**Tametsi neminem praetor cogat arbitrium recipere,
quoniam haec res libera et soluta est et extra
necessitatem iurisdictiones posita ... (1)**

Insistiendo en el carácter voluntario y no necesario o imperativo del **receptum** de una estricta responsabilidad, nos encontramos bajo el título **Locati conducti** con Labeón y, en concreto, con su **posteriorum libro quinto a Iavoleno epitomarum**. El texto admite claramente la posibilidad de que el **locator horrei** no admita el riesgo derivado de la conservación de las mercancías, **non recipere suo periculo**, con lo que única y exclusivamente, en el caso de que así lo asuma, **recipere suo periculo**, será responsable por la pérdida de las mismas.

Del contrato de arrendamiento no deriva, así, la obligación de responder con arreglo al **periculum**; por ello se hace preciso una voluntad específica dirigida en tal sentido, **receptum**:

**Locator horrei propositum habuit se aurum argentum
margaritam non recipere suo periculo: deinde cum**

(1) D. 4, 8, 3, 1. Aparece en **Ulpiani ad edictum lib. XIII** en el contenido del título **De receptis, Qui arbitrium receperint**. LENEL, **Paling.** II, cit., c. 484-485.

sciret has res inferri, passus est. proinde eum futurum tibi obligatum dixi, ac si propositum fuit, remissum videtur. (1)

La misma conclusión que ya hemos obtenido en los fragmentos anteriores se ve confirmada con el siguiente de Ulpiano, **libro trigesimo secundo ad edictum**, en tema de acciones de locación y conducción; en el sentido de que la obligación **ex recepto** no deriva de la ley ni del edicto de modo directo sino de la voluntad del sujeto. En otras palabras, no es obligación que tenga su origen en la **locatio conductio**, sino en un elemento consensual externo e independiente de la misma.

Así es; el jurista, a propósito del **periculum recepti**, afirma de manera incontrovertible que la responsabilidad estricta por la pérdida de la materia sólo tiene lugar en el caso de que el artífice hubiese admitido el riesgo. Entonces, y en todo caso, se dará la acción de locación.

Los términos **recipere** y **periculum** o **custodia**, dentro del edicto, tienen un alcance autónomo que viene a matizar el contenido jurídico de la relación fundamental derivada del contrato de arrendamiento, tal y como ocurre en el texto

(1) D. 19, 2, 60, 6. Lo que podemos leer en **Iavoleni ex posterioribus Labeonis lib. V** de la rúbrica **De venditionibus et locationibus**. LENEL, **Paling.** I, cit., c. 311.

de Ulpiano:

**Si gemma includenda aut insculpenda data sit
eaque fracta sit, si quidem vitio materiae factum
sit, non erit ex locato actio, si imperitia facientis,
erit. huic sententiae addendum est, nisi periculum
quoque in se artifex receperat: tunc enim etsi
vitio materiae id evenit, erit ex locato actio. (1)**

La terminología de la jurisprudencia recalca hasta la saciedad el carácter consensual del **receptum**. Aun a riesgo de parecer reiterativos, y dada la trascendencia de este argumento para nuestro estudio, recogemos también la opinión de Paulo manifestada en su **libro secundo sententiarum**. El principio general es el siguiente: **Dominus horreorum effractis et compilatis horreis non tenetur, nisi custodiam eorum recepit**; de tal manera que el dueño de unos almacenes no responde por el robo en los mismos, sino hizo una asunción de la custodia.

El fragmento del que extraemos este principio también se encuentra bajo la rúbrica dedicada a las acciones de locación y conducción:

(1) D. 19, 2, 13, 5. Perteneciente a **Ulpiani ad edictum lib. XXXII, De bonae fidei contractibus**, bajo la rúbrica **De actione locati**. LENEL, **Paling.** II, cit., c. 638-639.

Dominus horreorum effractis et compilatis horreis non tenetur, nisi custodiam eorum recepit: servi tamen eius cum quo contractum est propter aedificiorum notitiam in quaestionem peti possunt. (1)

En lo que atañe a la administración y riesgo de los tutores y curadores, Marcelo, en su **libro singulari responsorum**, ratifica el carácter no coactivo del que podemos denominar **in se periculum recepit**: una completa responsabilidad no existe a menos que el sujeto saliera garante, asumiendo el riesgo de la gestión:

Marcellus respondit secundum ea quae proposita essent actione de peculio et de in rem verso patrem teneri: nec multum videri in hoc casu facere patris scientiam et consensum ad obligandum eum in solidum, nisi forte contutore vel alio quo volente eum facere suspectum intercessit et quasi in se periculum recepit. (2)

Abundando en el argumento, el **libro trigesimo sexto ad edictum** de Ulpiano descarga de responsabilidad por razón

(1) D. 19, 2, 55. Figura en **Pauli sententiarum ad Filium lib. II. LENEL, Paling.** I, cit., c. 1298.

(2) D. 26, 7, 21. De **Marcelli responsorum liber singularis. LENEL, Paling.** I, cit., c. 635.

de tutela, entendida como **recipere in se periculum**, a los decuriones de la ciudad. Solamente cabe la reclamación contra los magistrados que nombraron tutores.

Ahora bien, la declaración de exención de la responsabilidad anterior está íntimamente relacionada con lo que el jurista dice líneas más abajo, y es admitir la posibilidad de que los decuriones **in se periculum receperint**, en cuyo caso compete contra ellos una acción útil. Mediante esta acción pretoria se hace posible la reclamación frente a los decuriones, pero, precisamente por ello, en el régimen jurídico general quedan liberados del **periculum**:

... **sed si ordo receperit in se periculum, dici debet teneri eos, qui praesentes fuerunt: parvi enim refert, nominaverint vel fideiusserint an in se periculum receperint: utilis ergo in eos actio competit. (1)**

En resumen, por lo recogido en este cuarto apartado, y sin ánimo de ser exhaustivo en cuanto al número de textos que se podrían traer aquí (2), hay que dar por sentada la

(1) D. 27, 3, 1. Lo podemos leer en **Ulpiani ad edictum lib. XXXVI, De tutelis**, al tratar el título **De magistratibus conveniendis**. LENEL, **Paling.** II, cit., c. 673, 674, 675.

(2) Con el mismo contenido de los anteriores D. 47, 2, 14, 17, en el que se habla de **si custodiam eius rei recepit**.

idea de que **recipere**, ya aparezca en relación con **custodia** o con **periculum**, no equivale a responsabilidad impuesta de modo coactivo por el pretor, con la pretendida finalidad de castigar a determinados sujetos. La aceptación del riesgo no es elemento intrínseco del contrato; su origen reside en una concreta voluntad de la persona obligada, de tal modo que puede hablarse de un elemento externo, añadido, que además tiene carácter accidental.

Es más; cuando la **custodia** y el **periculum** figuran como elementos esenciales, dentro del régimen jurídico general de un contrato, entonces no se habla de **recipere**; por el contrario, se emplean otros términos como **periculum pertinet** o **custodiam praestet**. Y es aquí donde la aceptación de responsabilidad va implícita en el consentimiento básico que da vida al negocio jurídico. Cuando Ulpiano, citando a Celso, escribe que el riesgo de la cosa comprada corresponde al comprador, con tal de que el vendedor responda por custodia antes de la entrega, no se utiliza **recipere** sino otros verbos como **pertinere, praestare**:

Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem Celsus scripsit. mandare eum plane oportebit emptori furti actionem et conditionem et vindicationem, et si quid ex his actionibus

fuerit consecutus, id praestare eum emptori oportebit:
quae sententia vera est, et ita et Iulianus. et
sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo
custodiam venditor ante traditionem praestet. (1)

5.- Asumir una deuda ajena

Entramos ahora en el interesante valor de **recipere** que se expresa como **obligationem alienam recepisse**. Nuestro verbo, pues, también tiene su lugar cuando se trata de la garantía personal de las obligaciones, recogiendo el contenido de la idea de fianza.

Sucede así en Ulpiano, **libro vicensimo nono ad edictum**, bajo el título **Ad Senatus Consultum Velleianum**, el cual va dirigido contra la exigibilidad de las obligaciones derivadas de fianzas asumidas por mujeres.

En efecto, la **intercessio mulieris**, en sentido amplio, como garantía contraída por una mujer que se obliga por otra persona, está prohibida por el senadoconsulto, aunque ello no determine la nulidad de la obligación contraída; pero sí puede excepcionarse la exigencia de su cumplimiento.

(1) D. 47, 2, 14. Lo podemos leer en **Ulpiani ad Sabinum lib. XXIX** sobre el tema **De emptione et venditione**, en el tratamiento del apartado **De custodia a venditore praestanda**.

En este contexto, Ulpiano habla de **obligationem alienam recipere** en paralelo con **indemnitatem eis repromiserit**, lo cual es muy importante, pues si entendemos la **repromissio** como una promesa, llevada a cabo por medio de una **sponsio** o **stipulatio** garantizando una deuda, entonces puede mantenerse que **recipere** también llega a tener un alcance próximo a **repromissio**, es decir, entra en la esfera de la garantía verbal de las obligaciones a través del cauce de la **sponsio-stipulatio**.

El paralelismo a que nos referimos lo encontramos en el Digesto de este modo:

Si mulier intervenerit apud tutores filii sui, ne hi praedia eius distraherent, et indemnitatem eis repromiserit, Papinianus libro nono quaestionum non putat eam intercessisse: nullam enim obligationem alienam recepisse neque veterem neque novam, sed ipsam fecisse hanc obligationem. (1)

La proximidad jurídica entre **repromissio** y **recipere debitum** ajeno nos la pone igualmente de manifiesto el libro **sexto disputationum** de Ulpiano, al escribir sobre las manumisiones; se menciona aquí la epístola de Marco Aurelio y Vero

(1) D. 16, 1, 8, 1. Se integra en el desarrollo del título **Ad Senatus Consultum Velleianum** que pertenece a **Ulpiani ad edictum lib. XXIX. LENEL, Paling. II, cit., c. 610, 611.**

que reconoce la posibilidad de que el **servus** pueda obtener su libertad a través de un contrato de compra y con su propio dinero. Esta compraventa es sólo aparente, **imaginaria emptio**, ya que el comprador no es quien realmente paga el precio, pues él únicamente se presta a intervenir, para facilitar la adquisición de la libertad por parte del **servus**, que es quien con su dinero compra su libertad.

A primera vista, el **servus** no puede tener dinero propio, pero, según dispone la epístola, hemos de creer, cerrando los ojos a esta dificultad, que, el **servus** se redime a sí mismo con su propio dinero, siempre que la persona que interviene como comprador aparente no gaste de lo suyo.

El dinero del **servus** puede tener diversa procedencia: en primer lugar, provenir del **peculium profectivum** o de una ganancia de otro origen; y en segundo lugar, de la liberalidad de un amigo donante, o que le adelanta la cantidad, o le salga fiador, o le delegue un crédito, o asuma su deuda: **vel liberalitate vel prorogante eo vel repromittente vel se delegante vel in se recipiente debitum**.

Queda de manifiesto la afinidad entre la **repromissio** y la figura jurídica a que da lugar el **recipere debitum**, dentro de la garantía verbal de las obligaciones, y ello es así aunque admitamos la interpolación del texto, en cuanto a que la expresión **repromittente** no es la originaria, pues

ésta sería **promittente**. Las consecuencias de lo anterior, a nuestros efectos, no son decisivas.

El jurista comenta la epístola imperial en este texto:

Et primo quidem nummis suis non proprie videtur emptus dici, cum suos nummos servus habere non possit: verum coniventibus oculis credendum est suis nummis eum redemptum, cum non nummis eius, qui eum redemit, comparatur. proinde sive ex peculio, quod ad venditorem pertinet, sive ex adventicio lucro, sive etiam amici beneficio vel liberalitate vel prorogante eo vel repromittente vel se delegante vel in se recipiente debitum redemptus sit ... (1)

6.- Apoderarse uno de algo que no le pertenece

Sabemos por los comentarios al edicto de Ulpiano que el pretor da acción contra aquél que, con ocasión de incendio, derrumbamiento, naufragio o asalto de nave, ha

(1) D. 40, 1, 4, 1. Se halla el texto en **Ulpiani disputationum lib. VI, De liberali causa**, cuando se refiere a la cuestión **De eo qui suis nummis redemptus est**. LENEL, Paling. II, cit., c. 407, 408.

robado o ha tomado con dolo malo, **rapuisse recepisse dolo malo**, las cosas pertenecientes a la misma. La acción es al cuádruplo en el primer año y después por el simple.

Vemos ahora a **recipere** en el apartado dedicado a los delitos privados y a las acciones penales pretorias, que ya está muy alejado del anterior referido a las garantías verbales. Sin embargo, la voz **recipere** no designa por sí misma un acto de delinquir, se requiere el añadido del dolo malo, porque no incurre en delito el que toma algo sin más sino el que lo hace con dolo malo, **qui dolo malo recipit**. Así es; puede ocurrir que tomara los objetos para custodiarlos, **quid, si ad hoc recepit ut custodiret salvaque faceret ei qui amiserat**. La conclusión es que **qui recepit** no sólo no comete un delito sino que lleva a cabo un acto digno de aprobación. En definitiva, junto al robo, lo que realmente se castiga es el dolo malo y no el simple **recipere**, como podemos comprobar:

Non tantum autem qui rapuit, verum is quoque, qui recepit ex causis supra scriptis, tenetur, quia receptores non minus delinquunt quam adgressores. sed enim additum est dolo malo quia non omnis qui recipit statim etiam delinquit, sed qui dolo malo recipit. (1)

(1) D. 47, 9, 3. Lo leemos en **Ulpiani ad edictum lib. LVI**,



7.- Recibir a una persona en concepto de huésped

El título **De usu et habitatione**, y más en concreto el **libro septimo decimo ad Sabinum** de Ulpiano, alberga un nuevo valor del vocablo que estudiamos. El jurista lo aplica en relación con las personas a las que el titular del derecho real puede recibir como huéspedes para convivir con él. La cuestión planteada es la de delimitar las facultades del titular de los derechos reales de uso y habitación, en cuanto a la admisión de las personas con las que va a cohabitar. Esta cuestión se enmarca dentro de la labor jurisprudencial que va a operar una ampliación del derecho real sobre cosa ajena, en el sentido de favorecer a los familiares del titular (1), llegándose incluso a permitirle disfrutar de los productos forestales y hortícolas necesarios para las atenciones domésticas (2).

En efecto, el jurista define con amplitud la posibilidad del titular de compartir el ejercicio de su derecho. Se llega a afirmar que las mujeres pueden **recipere** a las

en el apartado **De incendio ruina etc.** LENEL, Paling. II, cit., c. 765, 766.

(1) Ya es admitido por Celso, D. 7, 8, 2, e incluso por Quinto Mucio, D. 7, 8, 4.

(2) Nos basamos en D. 7, 8, 12, 1.

mismas personas que pueden **recipere** los hombres, esto es, al cónyuge, hijos, libertos y padres. Sin embargo, inmediatamente después se matiza la declaración anterior, pues la mujer no puede **recipere** más huéspedes que aquéllos que van a habitar honestamente con la que tiene el uso de la casa. Depende, por tanto, de cómo se interprete el término "honestamente", para restringir el poder de la mujer denominado **hospitem recipere** (1).

La visión amplia que tiene la jurisprudencia del contenido de estos derechos reales en cosa ajena se expresa así:

Non solum autem cum marito, sed et cum liberis libertisque habitare et cum parentibus poterit: et ita et Aristo notat apud Sabinum. et huc usque erit procedendum, ut eosdem quos masculi recipere et mulieres possint. (2)

Continuando con el uso y la habitación, todavía Ulpiano incide en el **hospitem** o **personas recipere**, cuando afirma la identidad de efectos entre el legado de uso y el legado de habitación, ya que, entre otras circunstancias,

(1) D. 7, 8, 7: **Pomponius libro quinto ad Sabinum; Non aliter autem mulier hospitem recipere potest, quam si is sit, qui honeste cum ea quae usum habeat habitaturus sit.**

(2) D. 7, 8, 6.

se pueden recibir a las mismas personas en ambos casos (1).

8.- Admitir a una persona en determinada condición

o status

Pomponio nos suministra un buen ejemplo para figurar en este apartado, cuando escribe sobre el origen del Derecho y de todas las magistraturas y sobre la tradición de los prudentes, en su **libro singulari enchiridii**; refiriéndose al jurista Sabino, nos relata que Tiberio César le concedió la facultad de dar oficialmente respuestas al pueblo y que fue recibido en la clase ecuestre, **in equestri ordine receptus est**, ya entrado en años, casi de cincuenta.

La idea de ser recibido en el **ordo equester** viene incluida en el siguiente fragmento:

Ergo Sabino concessum est a Tiberio Caesare, ut populo responderet: qui in equestri ordine iam grandis natu et fere annorum quinquaginta receptus est ... (2)

(1) D. 7, 8, 10. Este, al igual que el anteriormente citado, pertenece a **Ulpiani as Sabinum lib. XVII**, en su último apartado **De usu et habitatione legata**. LENEL, Paling. II, cit., c. 1067, 1068.

(2) D. 1, 2, 2, 50. **Pomponii enchiridii liber singularis**. LENEL, Paling. II, cit., c. 51.

Fijándonos ahora en otro aspecto que se concreta en **recepti in civitatem**, el jurista Ulpiano, en su libro **secundo ad edictum**, plantea la cuestión de los modos de adquisición de la condición de munícipe. Ello tiene lugar por nacimiento, por manumisión o por adopción. Según se deduce del texto, la cualidad de munícipe lleva aparejada la obligación de participar en las cargas, **munera**. Por esto mismo, también se han de considerar como miembros del municipio a aquellas personas que han sido admitidas, **recepti in civitatem**, para participar en el levantamiento de las cargas establecidas. El **municeps** puede decirse que es el ciudadano natural de un municipio concreto, pero también lo es el perteneciente por su domicilio al mismo, participando ambos de los derechos y obligaciones derivados de tal encuadramiento:

**Municipem aut nativitas facit aut manumissio
aut adoptio.**

**Et proprie quidem municipes appellantur muneris
participes, recepti in civitatem ut munera nobiscum
facerent ... (1)**

En fin, **recipere**, en relación con las personas y con el valor de acoger a un sujeto en una concreta situación

(1) D. 50, 1, 1. **Ulpiani ad edictum lib. II, De vadimonio Romam faciendo.** LENEL, Paling. II, cit., c. 424.

jurídica, vuelve a aparecer en materia **De custodia et exhibitio-**
ne reorum. In carcerem recipienda sit persona, o cum recepti
essent in carcerem, forman parte de las expresiones que allí
podemos leer, cuando se toma en consideración a las personas
que se hallan sometidas al régimen de la prisión (1).

9.- Ser admitidas ciertas figuras o negocios jurídi-

cos

Muy rico es el lenguaje de Gayo en el uso de nuestro verbo **recipio** cuando, presentando las diferentes instituciones, quiere manifestar que tal o cual figura fue acogida en el campo de lo jurídico. Cobra ahora el término un significado abstracto, al no aparecer en relación con personas o cosas, indicando la pertenencia de un ente como un contrato o un pacto a la legalidad.

Así es; cuando Gayo se dedica al estudio de la extinción de las obligaciones, reconoce la existencia de una forma de pago ficticio **per aes et libram**. Se trata de una forma que se admite en ciertos casos, **certis ex causis**

(1) **Ulpianus libro secundo de officio proconsulis**, D. 48, 3, 1 y D. 48, 3, 13.

receptum est, como cuando se debe algo por un crédito que ha surgido por el bronce y la balanza o se debe por causa de una sentencia:

Est et alia species imaginariae solutionis, per aes et libram. Quod et ipsum genus certis ex causis receptum est, veluti si quid eo nomine debeatur quod per aes et libram gestum sit, sive quid ex iudicati causa debeatur. (1)

Tratando el jurista de la adquisición de cosas incorporales, dice que tanto el **ususfructus** como la **hereditas** son susceptibles únicamente de cesión ante el magistrado, **in iure cessionem**; y se sirve del binomio **tantum recipit**. Quedan, de este modo, tipificadas con carácter de exclusividad la **in iure cessio ususfructus** y la **in iure cessio hereditatis**.

Por otro lado, cuando el autor afirma que los fundos itálicos son susceptibles de **mancipatio** y de cesión ante el magistrado, utiliza el vocablo **recipiunt**. En cambio, los fundos provinciales no son susceptibles de **mancipatio** ni de **in iure cessionem**; ello se expresa poniendo en forma negativa el verbo que ya conocemos. Por lo cual, quien quiere constituir un usufructo o una servidumbre en terreno provincial puede

(1) Gayo 3, 173.



hacerlo mediante pactos y estipulaciones (1).

No se acaba con lo anterior el presente apartado, en lo que toca a Gayo, pues volvemos a encontrar semejantes construcciones en la clasificación de la tutela (2).

Y no sólo Gayo se sirve de **recipio** para afirmar la admisibilidad de un determinado régimen jurídico; en los comentarios al edicto esto también se da. Para probar lo que decimos basta leer el **libro trigesimo secundo ad edictum** de Ulpiano, cuando establece qué pactos son lícitos y cuáles no de los que figuran añadidos a un contrato de compraventa (3).

La licitud, **recepta est**, del convenio general de dar en prenda bienes actuales y aun los que se adquieren después viene enunciada así por otro jurista:

**Conventio generalis in pignore dando bonorum
vel postea quaesitorum recepta est ... (4)**

En fin, el **libro primo epistolarum** de Iavolenus, sobre la adquisición y pérdida de la posesión, sienta la

(1) Gayo 2, 30; 31; 33; 34.

(2) Gayo 1, 166: **Exemplo patronorum recepta est et alia tutela quae et ipsa legitima vocatur.**

(3) D. 19, 1, 11, 18.

(4) D. 20, 1, 1. Extraído del título primero **Ad formulam hypothecariam** de **Papiniani responsorum lib. XI. LENEL, Paling.** I, cit., c. 930.

máxima, según la cual, la naturaleza de las cosas no admite que podamos poseer algo por mediación de quien no está civilmente bajo nuestra potestad:

... neque enim rerum natura recipit, ut per eum aliquid possidere possimus, quem civiliter in mea potestate non habeo. (1)

10.- Excepcionar, en el sentido de reservarse o retener una concreta facultad

Abrimos este apartado citando el **libro primo pithanon** de Labeón, donde se recoge una reserva, en una cláusula de la venta de la vivienda, a favor de los que la habitan. El pacto es conforme a derecho y se considera que la vivienda queda reservada para todos los que la habitan, excepto el dueño.

La inclusión de **recipio** en la expresión **habitatio lege venditionis recepta est** no es ocasional, pues a lo largo del texto el jurista utiliza reiteradamente nuestro verbo, a propósito de la cláusula aneja a la compraventa, en virtud

(1) D. 41, 2, 23. Se inserta en **Iavoleni epistolarum lib. I. LENEL, Paling.** I, cit., c. 286.

del cual el vendedor excepciona la habitación a favor de ciertas personas:

Si habitatoribus habitatio lege venditionis recepta est, omnibus in ea habitantibus praeter dominum recte recepta habitatio est. (1)

Bajo el título **De servitutibus praediorum rusticorum**, Paulo libro cuarto epitomarum Alfeni digestorum, podemos leer en paralelo **exceperat** y **recepisset**, pudiendo traducir ambos con "reservarse" una servidumbre rústica; ello tiene lugar con ocasión de la venta de un fundo con una concreta limitación.

Nos movemos con **recipio** en el campo de la constitución de las servidumbres prediales. Se trata de un medio que aparece aplicado con frecuencia, la **deductio**. En virtud del mismo, el propietario de los fundos limítrofes, enajenando uno por medio de la **mancipatio** o de la **in iure cessio**, constituye a cargo de éste y en ventaja del que permanece en su propiedad una servidumbre, declarando esta voluntad suya en el preciso momento de la realización del acto de transmisión de la propiedad.

(1) D. 19, 1, 53. Pertenece a **Labeonis pithanon lib. I**, primer apartado **De emptionibus et venditionibus**. LENEL, **Paling.** I, cit., c. 529.

Recipio, como medio de constitución de una servidumbre predial, tiene su sinónimo en **detrahere servitatem**; y hemos de poner de relieve la particular importancia que el elemento consensual juega en este terreno. Elemento consensual que contrasta con la solemnidad de la **mancipatio e in iure cessio**.

La respuesta que da el jurista a la cuestión planteada es ésta:

Qui duo praedia habebat, in unius venditione aquam, quae in fundo nascebatur, et circa eam aquam late decem pedes exceperat: quaesitum est, utrum dominium loci ad eum pertineat an ut per eum locum accedere possit. respondit, si ita recepisset: circa eam aquam late pedes decem, iter duntaxat videri venditoris esse. (1)

En Africano, libro quinto quaestionum, también leemos en diferentes pasajes, pero actuando en idéntico sentido, las expresiones **detracto usu fructu, usus fructus exceptus sit, usus fructus reciperetur**, en una cuestión planteada por una estipulación de dar un fundo, en la cual queda deducido el usufructo. Entonces, si el usufructo se piensa constituir

(1) D. 8, 3, 30. **Paulus libro quarto epitomarum Alfeni digestorum**, bajo el título **De legibus mancipi aut venditionis**. LENEL, **Paling.** I, cit., c. 50.

a favor de cualquiera, el heredero del promitente sólo debe la nuda propiedad; pero si el usufructo se piensa constituir a favor del promitente únicamente, el heredero de éste debe la plena propiedad.

Si antes, con **recipio**, se trataba de la constitución consensual de las servidumbres prediales, ahora se trata de la constitución consensual del derecho real de usufructo, partiendo de una cláusula de deducción, añadida a la estipulación.

En efecto, por las Instituciones de Gayo sabemos que el modo de constitución del usufructo es la **in iure cessio** (1); sin embargo, también es posible que, en la transferencia de la propiedad de una cosa mediante **mancipatio**, el cedente puede reservarse el usufructo en favor propio, no transfiriendo al cesionario más que la nuda propiedad.

El fragmento que nos interesa aparece bajo el título sobre el usufructo y sobre el modo de usar las cosas ajenas y percibir sus frutos (2).

11.- Comprender, interpretar una cláusula

(1) Gayo 2, 30.

(2) D. 7, 1, 36, 1. **Africanus libro quinto quaestionum**, en materia de legados y fideicomisos. LENEL, Paling. I, cit., c. 11, 12.



En materia de interpretación de la condición, **recipio** tiene también algo que decir. Nos permite hacer esta afirmación Juliano, **libro primo ad Urseium Ferozem**, a propósito del alcance de la conocida condición **si in Capitolium ascenderit**, en el caso práctico que se le plantea. El jurista contesta que debe entenderse, **recipienda est**, que la aplicación de dicha condición tiene lugar tan pronto como el sujeto pueda subir al Capitolio:

**Haec condicio "si in Capitolium ascenderit" sic
recipienda est "si cum primum potuerit Capitolium
ascendere". (1)**

El desarrollo de los apartados anteriores no puede hacernos olvidar estos tres puntos, en concreto:

1.- El término **recipere** se halla muy vinculado a la terminología edictal.

2.- Cuando se trata de asumir una responsabilidad rigurosa, **recipere** aparece como elemento accidental de la relación jurídica básica.

(1) D. 35, 1, 29. **Iulianus libro primo ad Urseium Ferozem**, en lo referente a los legados. LENEL, **Paling.** I, cit., c. 492.



3.- En la esfera de la garantía personal de las obligaciones, hemos comprobado cómo **recipere** actúa en paralelo con **promissio**.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPITULO SEGUNDO

LOS RECEPTA EN EL EDICTO DEL PRETOR



I. Reconstrucción del Edictum Perpetuum

En la reconstrucción del **Edictum Perpetuum** de LENEL (1), bajo la rúbrica **De receptis**, (tit. XI) que concluía la primera parte del Edicto, se integran tres capítulos: el primero dedicado al **receptum arbitrii**, el segundo al **receptum nautarum, cauponum, stabulariorum**, el tercero al **receptum argentariorum**.

Veamos ahora en detalle cada uno de los capítulos que se acaban de mencionar.

Primero: **Qui arbitrium receperint ut sententiam**

(1) LENEL, Das Edictum Perpetuum, 1927, p. 130 s.

dicam. El principio lo obtenemos a partir de los comentarios de Ulpiano 13, Paulo 13, Gayo 5, Pedio 9, Pomponio 33 y Juliano

4. El Edicto decía:

**Qui arbitrium pecunia compromissa receperit,
eum sententiam dicere cogam.**

El medio coercitivo contra el árbitro, no mencionado en el Edicto, no sería una **actio poenalis**, sino una multa o una **pignoris capio**. Sobre este particular, las conclusiones a que llega LENEL, no han logrado el acuerdo unánime de la doctrina (1).

Segundo: **Nautae caupones stabularii ut recepta restituant.** Lo que hemos obtenido partiendo de los comentarios de Ulpiano 14, Paulo 13, Gayo 5 y Pomponio 34.

Ait praetor: Nautae caupones stabularii quod cuiusque salvum fore receperint nisi restituent,

(1) D`ORS, Iudex qui litem suam fecit, SDHI 1982, p. 368, ha sostenido que el **receptum arbitrii**, como los otros **recepta**, quizá daba lugar a una **actio in factum** contra el árbitro que, habiendo aceptado el encargo, se negaba a dar sentencia. El tema ha de ser estudiado en comparación con la acción análoga contra el **iudex que litem suam facit**.

En efecto, el juez que faltó a su deber de dar sentencia puede ser condenado como lo hubiera sido el demandado en la acción frustrada por la desidia de aquel juez; por eso se dice que hace suyo el litigio.

in eos iudicium dabo.

La fórmula viene referida al **receptum nautarum** y podría ser reconstruida, aproximadamente, del siguiente modo:

S. p. Nm. Nm., cum navem exerceret, Ai. Ai.
res c. d. a. salvas fore recepisse, nisi restituet,
q. e. r. e., t. p. iudex Nm. Nm. Ao. Ao. c. s.
n. p. a.

Tercero: **Argentariae mensae exercitores quod pro alio solvi receperint ut solvant.** A partir de Ulpiano 14, Paulo 13, Gayo 5, Pomponio 34 y Papiniano 3 cuestiones.

La muy discutida **actio recepticia** que resultaba del **receptum argentariorum**, vendría propuesta en esta parte del album (1).

(1) LENEL, E. P. cit., p. 132 s., cataloga la acción como de origen pretorio. Sin embargo, se ha discutido si el **receptum argentariorum** pertenecía al **ius civile** o al **ius honorarium**, incluso se ha discutido si fue un contrato formal o privado de forma. La tesis partidaria del carácter no formal y **iuris honorarii** es la que hoy recoge el consenso de la **communis opinio**: HUVELIN, Droit romain II, 1929, p. 111; MONIER, Manuel élémentaire, 1947-1954, p. 199; VOLTERRA, Instituciones de Derecho romano, 1986, p. 576, clasifica los **recepta** bajo el título de los **pacta praetoria**; FREZZA, v. **Receptum** en NNDI; ARANGIO-RUIZ, Istituzioni di Diritto romano, 1960, p. 335. Ahora bien, LENEL en su reconstrucción del **Edictum**

Parece que Edicto y fórmula vienen referidos al **receptum** de los **argentarii**; solo se refieren al **receptum pro alio**; el **receptum** queda determinado por **solvi** o **se soluturum esse**; en correspondencia figura, probablemente, el no-éxito de la **solutio** como condición de la **condemnatio** de la fórmula. Las palabras **quod argentariae mensae exercitores pro alio solvi receperint, nisi solvetur iudicium dabo**, podrían dar una imagen del contenido del edicto.

Cuarto: Finalmente, conviene ahora que nos detengamos en algunas consideraciones sobre la fórmula de **pecunia constituta**, que ha de ser un necesario complemento de lo anterior; téngase en cuenta la pretendida analogía con la recepticia en el derecho justiniano.

Perpetuum, al catalogar el **receptum argentariorum** como un contrato sin forma, "formlosen Vertrag", y a la **actio** como pretoria, "actio praetorisch", reconoce que con sus argumentos no ha puesto fin a la discusión sobre la naturaleza de la acción. Así es, KARLOWA, Röm. Rechtsgeschichte II, 1885, p. 760, niega el carácter pretorio de la acción. Este autor asigna el **receptum** al derecho civil. El piensa en un acto formal unilateral del derecho civil, "einseitigen Formalakt des Zivilrechts", que supone tratado en la laguna Gayo 3, 95: **Sunt et aliae obligationes quae nulla praecedente interrogatione contrahi possunt...**

Tampoco acaba de adherirse de manera rotunda, a la tesis de LENEL, la posición de ROSSELLO, Rec. argentariorum, AG 1890, p. 52, que deja indeciso el origen de la acción.

A estos efectos, el comentario al edicto de Ulpiano nos ofrece una guía bastante segura; del mismo conservamos importantes fragmentos que han servido a LENEL para llevar a cabo la reconstrucción. En el título XVII *De rebus creditis* del Edicto, después de la cláusula *si certum petetur*, siguen, casi como apéndices de ésta, las rúbricas de *eo quod certo loco dari oportet* (D. 13, 4) y de *pecunia constituta* (D. 13, 5). La cláusula correspondiente a esta última sería del siguiente tenor: *Qui pecuniam debitam constituit, se soluturum (eove nomine se satisfacturum esse?), in eum iudicium dabo;* que sería seguida de la promesa de conceder la *sponsio dim. part.* (*partisque dimidiaae sponsionem et restipulationem facere permittam*) y el *iusiurandum necessarium*. La única duda se refiere a la doble hipótesis *se soluturum eove nomine se satisfacturum esse* que LENEL considera edictal (1); mientras que otros han excluido la clasicidad del *const. de satisfactio* (2).

La fórmula puede ser considerada, para el derecho clásico, con arreglo a los siguientes términos:

(1) LENEL, *EP* cit., p. 248.

(2) ARANGIO-RUIZ, *Le genti e la città*, 1914, p. 56.

Si paret Nm. Nm. Ao. Ao. sest. X milia constituisse se soluturum (eove nomine se satisfacturum esse?), neque fecisse quod constituit, neque per Am. Am. stetisse quo minus fieret quod constitutum est (1), eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse...(2)

Seguía la *condemnatio* dirigida al *quanti ea res est*, siendo inadmisibile una *condemnatio certa*, en la misma suma indicada en la *intentio*:

quanti ea res est, tantae pecuniae iudex Nm.

Nm. Ao. Ao. condemnato; s. n. p. absolvito (3).

Junto al edicto y a la fórmula el album debía contener, sin duda, el formulario de la *sponsio (et restipulatio) dimidiae partis*, de la que no nos ha quedado huellas y que probablemente se correspondería con el de la *sponsio tertiae*

(1) BESELER, Beiträge I, 1910, p. 81, considera más correcto *quo minus id fieret*, siendo probablemente una glosa *quod constitutum est*.

(2) LENEL, EP cit., p. 250 s. Hasta aquí la *intentio* (dejamos a un lado las argumentaciones de DE VISSCHER, PEROZZI, etc., contra la admisibilidad de las *intentiones in factum*, pues, no es el caso de desconocer el explícito testimonio de Gayo 4, 60.

(3) BRUNS, Das constitutum debiti, 1861, p. 249 s.; KARLOWA, Röm. Rechts., cit., p. 1375 s.

partis de la **a. cer. cred. pecuniae** (1).

El examen de la cláusula y de la fórmula **in factum** nos permite establecer los presupuestos de la **a. pec. const.**, como medio jurisdiccional pretorio (2), del siguiente modo:

- 1.- Existencia de un **constitutum**.
- 2.- Incumplimiento del **constitutum**, sin impedimento imputable al acreedor
- 3.- La preexistencia de un vínculo obligatorio, por el que la **pecunia constituta** fuese debida en el momento de perfeccionarse el negocio.

La posición de la **a. pec. const.** en el album junto con la **a. de eo q. c. loco** (3), después de las **conditiones**, nos permite apreciar la importancia de las dos acciones, dirigidas a eliminar el inconveniente que supone la falta de relevancia del plazo y del lugar de pago en la fórmula de la **condictio**, como consecuencia de los rigurosos confines a que viene sometida. Así es, la valoración del daño por el incumplimiento dentro del plazo o en el lugar establecidos,

(1) LENEL, EP cit., p. 252.

(2) ASTUTI, Il costituito, 1941, p. 11.

(3) Sobre esta acción y sobre las cuestiones relativas a su autonomía, LENEL, EP cit., p. 240 s.

permite que la condena se eleve a una suma superior de la debida.

Todo ello también nos confirmaría, la aplicación del **constitutum** a las deudas de dinero o de otras cantidades y justificaría el mantenimiento, durante la época clásica, de esta limitación objetiva.

De lo expuesto hasta ahora sobre la reconstrucción del Edicto del Pretor, parece que se desprende como muy posible la existencia de diferencias de régimen jurídico entre la **actio recepticia** y la **a. pec. const.**. La primera alojada en el título XI **De receptis** y la **a. pec. const.** en el título XVII **De rebus creditis**; siempre centrándonos en el derecho clásico. Mientras la recepticia apunta a la idea de salir un banquero garante por un tercero, la otra acción recoge la necesidad de sancionar el incumplimiento por parte del deudor dentro del plazo fijado. Diferencias, por tanto, atendiendo al criterio de los sujetos e incluso fijándonos en la naturaleza jurídica de ambas instituciones. El **receptum pro alio** va encaminado a asegurar el cumplimiento de una deuda ajena por parte del banquero. Por el contrario, en el **constitutum debiti** es el propio deudor el que se compromete a pagar en fecha fija; surgiendo de esta declaración una

acción que permite castigar el incumplimiento de la palabra dada.

II. Valoración

1. Problema de la afinidad entre los diversos recepta

1.1 Tesis negativa: La cuestión de si existe una conexión interna entre los **recepta** es contestada negativamente por LENEL (1), ya que, según él, los dos últimos sólo aparecerían junto al primero por el hecho de que también en ellos la aceptación de la obligación se designa con la palabra **recipere**.

La justificación de la sede de esta rúbrica vendría dada por el primero de los tres edictos: el procedimiento voluntario arbitral que es un sustitutivo del procedimiento

(1) La opinión de LENEL es, en general, recogida por KLINGMÜLLER, v. **Receptum** en PW, quien, sin embargo, ve una estrecha relación jurídica entre la garantía del banquero y la responsabilidad del naviero, calificándolos como contratos de garantía libre, "freien garantieverträge", que tienen sus raíces en el tráfico universal heleno. La tesis negativa ya fue sostenida por CUIACIUS, Observat. lib. XXXIII, c. 16 (III, 626, D), 1758. Opinión seguida por HUBERT, De argentariis veterum, 1740, p. 122 y por FERRINI, Storia delle fonti, 1885, p. 96.

jurisdiccional coactivo. El pretor regula esta institución en la parte preliminar del Edicto, en la que se consideran tanto los medios de introducción al proceso ordinario como los medios que tienen por fin evitar el proceso.

Los otros dos capítulos habrían sido atraídos por el primero. El único punto de contacto entre las tres figuras, residiría en el término **receptum**, que indica la aceptación de la posición de responsable del cumplimiento de una obligación; pero que operaría de modo diverso según la fisonomía de cada negocio (1).

1.2 Crítica: No parece plenamente satisfactoria, la tesis que ve sólo una conexión verbal entre los diversos **recepta**. La semejanza de nombre, sin ningún otro punto de contacto, no es motivo suficiente para llevar al pretor a reunir estos negocios jurídicos bajo un mismo título, en el Edicto.

En efecto, entre cada uno de ellos es muy posible que exista una semejanza en cuanto a la naturaleza jurídica

(1) HUVELIN, Droit romain, II cit., p. 110, considera diversa la naturaleza de los tres **recepta** y que VINCENT, Res recepta, 1920, no parece que haya llegado a demostrar la existencia de una verdadera comunidad jurídica entre estas tres instituciones.

a la que obedecen (1). Es cierto que cada uno de ellos da lugar a prestaciones diferentes; que diferentes son los actos que dan origen a las obligaciones respectivas y diferentes las consecuencias jurídicas; pero todos ellos participan de un fundamento jurídico común. **Receptum** en el lenguaje técnico tiene significado de obligación rigurosa de cumplir el compromiso adquirido y ello está en la base de los diferentes supuestos. Por todo esto, puede mantenerse que la unión entre los varios **recepta** es debida a la aceptación en las tres figuras de una específica responsabilidad (2).

2.- Debate doctrinal

Concurren en este tema dos interpretaciones que concretamos del siguiente modo:

Primera: Una valoración que podemos calificar de "negativa", pues, pretende justificar la normativa de los **recepta** por la necesidad de agravar la responsabilidad de determinados sujetos, en campos específicos de su actividad.

(1) ROSSELLO, Rec. argentariorum, cit., p. 30 que habla de una semejanza de causa.

(2) FREZZA, v. **Receptum** en NNDI.

Segunda: Una valoración opuesta que calificamos de "positiva" y que considera a los **recepta** como innovación pretoria, con la finalidad de excluir los grados más altos de responsabilidad, en aquellos casos en que no existe una asunción expresa, quedando así superados los rigurosos esquemas del **ius civile**.

2.1 Valoración "negativa": Para explicar el alcance de esta posición de la doctrina, hemos de partir del siguiente enunciado general (1): la responsabilidad por retraso en el **constitutum**, la responsabilidad por pérdida en el **receptum nautarum**, la responsabilidad bancaria en el **receptum argentariorum**, la coerción pretoria en el **receptum arbitrii**, se consideran todas ellas rigurosas y unidas en un mismo tronco; sin que por ello se pierda la individualidad de cada una. El **constitutum** y los **recepta** formarían, de este modo, pese a la diversidad de sus funciones, una categoría cuyo punto

(1) MAGDELAIN, Le consensualisme dans l'Edit du Preteur, 1958, p. 159. ARANGIO-RUIZ, Istituzioni, cit., p. 334, considera conjuntamente la **pecunia constituta** y los **recepta** bajo el epígrafe Promesas abstractas de derecho pretorio, compartiendo título con los llamados contratos formales. Este autor lo justifica diciendo que tienen en común con los contratos verbales la rigidez de la obligación que de ellos nace, así como la atenuación, o exclusión, del requisito de la causa.

de conexión es la gravedad de la responsabilidad que de ellos deriva.

Veamos ahora cómo esta línea de pensamiento se concreta en cada uno de estos negocios jurídicos (1).

Primero: En materia de **constitutum**, se llega a afirmar que la responsabilidad absoluta por retraso surgida del mismo, sería común a la correspondiente a la estipulación de pena, cuando ésta contiene un **dies intra quem**. Ahora bien, estas dos instituciones conviven en diferentes planos; la estipulación de pena puede tener un objeto cualquiera, mientras que el **constitutum** se limita a las sumas de dinero y a cosas que se pesan, cuentan o miden. Como contrapartida, el **constitutum** puede concluirse entre ausentes (2).

Segundo: Sobre **receptum nautarum, cauponum, stabu-**

(1) MAGDELAIN, Le consensualisme, cit., p. 159; considera que **constitutum** y **recepta** asocian el consensualismo con los grados más altos de responsabilidad contractual, encontrándose, además, estos negocios fuera del derecho común, ya que representan, cada uno en su ámbito, un derecho de carácter excepcional. Además de los puntos de contacto ya enunciados, carácter consensual y responsabilidad agravada, podemos citar un tercero, su carácter unilateral, en el sentido de que sólo crean obligaciones para una de las partes.

(2) MAGDELAIN, Ob. cit., p. 144, para mantener tal afirmación se basa en D. 13, 5, 14, 3. El fragmento pertenece al libro **vicensimo septimo ad edictum** de Ulpiano y en él queda establecido el principio con toda claridad.

lariorum, la posición doctrinal que desarrollamos reconoce una evolución histórica de la República al fin del Principado. Así es, la responsabilidad absoluta, en origen, vendría mitigada por una excepción defendida por **Labeo** (1).

La autenticidad de esta excepción de Labeón, en el derecho clásico, ha sido puesta en duda por algunos autores (2); sin embargo, este criterio no ha llegado a prevalecer en la doctrina.

En efecto, diversos argumentos confirman la veracidad de la misma (3). Por ello, la doctrina mayoritaria viene

(1) D. 4, 9, 3, 1. El fragmento que recoge la excepción de Labeón no parece genuino. La expresión **nisi si quid damno fatali contingit**, se viene considerando como una glosa o una interpolación. ARANGIO-RUIZ, Responsabilità contrattuale, 1933, p. 81; HUVELIN, Droit commercial, 1929, p. 150; LUZZATTO, Caso fortuito, 1938, p. 176; DE ROBERTIS, Rec. nautarum, 1953, p. 85. Ulpiano no puede declarar que, a la vez, del **receptum** deriva una responsabilidad absoluta y que el deudor no soporta la fuerza mayor.

(2) HUVELIN, D. commercial, cit., p. 149 s.; BESELER, Romanistische Studien, St. Riccobono I, p. 306. En este sentido, se pretende probar que la responsabilidad del **nauta** es, también, absoluta en derecho clásico.

(3) En materia de **receptum argentariorum**, este jurista defiende también una excepción a favor del banquero, D. 13, 5, 27, que los compiladores han aplicado al **constitutum**. Según LUZZATTO, Caso fortuito, cit., p. 164, la excepción de Labeón, en el caso del **receptum nautarum**, fue dirigida a poner fin a las incertidumbres jurisprudenciales en cuanto a la extensión de la responsabilidad del **nauta**.

admitiendo que, en la época clásica después de Labeón, el **receptum nautarum** hace surgir una responsabilidad por custodia (1).

Incluso se llega a admitir que, durante el Principado, el **receptum nautarum** deja de ser un contrato: las mercancías se encontrarían, automáticamente, aseguradas por el solo hecho de la recepción en la nave (2).

Concluyendo, sobre el **receptum nautarum**, la opinión que aquí recogemos sostiene que la responsabilidad por custodia era debida de pleno derecho, y es más, que tenía su origen

(1) Opinión rechazada por DE ROBERTIS, **Receptum nautarum**, cit., p. 85 s., según el cual, la **exceptio** se dirigía a excluir la responsabilidad del armador, no en todos los casos que solemos calificar de fuerza mayor, sino solamente en los de **naufragium** y de **vis piratarum**, por lo que subsistiría plenamente en los demás casos de pérdida de la cosa, **iactus fulminis**, **incendium**, que solían, en derecho clásico, exonerar a quien está sujeto a **custodiam praestare**. Sobre el particular, VAZNY, **Custodia**, 1926, p. 103. Se trata, por consiguiente, de una forma de responsabilidad, incluso después de la excepción labeoniana, que si no podemos calificar de absoluta, debemos considerar necesariamente como responsabilidad general. El término custodia, pues, no llega a darnos una idea exacta sobre el verdadero alcance clásico de la responsabilidad **ex recepto**.

(2) D. 4, 9, 1; 6; 8; h. t. 4, 2; h. t. 5. Vease ARANGIO-RUIZ, **Resp. cit.**, p. 107 s. Tesis no aceptable para DE ROBERTIS, **Rec. naut.** cit., p. 36, p. 69 s., para quien, en derecho clásico, el **receptum nautarum** ha requerido siempre una convención.

en un acuerdo que había llegado a ser tácito (1).

Tercero: Nos preguntamos ahora, cómo se concreta esta corriente doctrinal en tema de **receptum argentariorum**. Del mismo se dice que crea una obligación abstracta particularmente rigurosa. En efecto, el **argentarius** prometiendo el pago **pro alio**, se obligaría con independencia de la validez de la deuda garantizada; lo que Justiniano considera absurdo: **Cum secundum antiquam recepticiam actionem exigebatur et si quid non fuerat debitum**, C. 4, 18, 2, 1, (2).

Cuarto: Nos referimos, finalmente, al **receptum arbitrii** que no engendra acción sino que despliega su eficacia por la vía de la coerción pretoria. Esta misma sanción se

(1) Por el contrario, DE ROBERTIS, Rec. naut. cit., p. 20 s.; 30 s.; 117 s.; ha llegado a demostrar que la **locatio-conductio**, como contrato de transporte marítimo, no crea el deber de custodia; lo que es admitido por KASER, Das Röm. Privatrecht I, 1971, p. 425 y 488 n. 18.

(2) Sin embargo, esta afirmación no es tan sólida como puede parecer a primera vista. Así es, Paulo, D. 13, 5, 12, en relación con este carácter abstracto del **receptum argentariorum**, plantea importantes dificultades: **Sed et si decem debeantur et decem et Stichum constituat, potest dici decem tantummodo nomine teneri. Constituat** aparece como una interpolación. Para explicar la importancia que el texto da al objeto de la deuda principal, sólo se han propuesto explicaciones que consideramos insatisfactorias; KARLOWA, RR II, cit., p. 758, propone que el texto se refería en su origen al **constitutum debiti alieni**; Paulo, probablemente, ha podido tratar, por comparación, del **constitutum**, en un libro que venía dedicado al **receptum**.

aplicaría en el procedimiento ordinario; como el árbitro que no dicta sentencia, el juez está sujeto, en el mismo caso, a la coerción pretoria (1).

Ahora bien, por nuestra parte consideramos que este paralelismo puede llevarse aún más lejos. Así es, del mismo modo que el pretor promete en el album, excusar al juez en determinados casos en que resulte imposible cumplir su función; igualmente una práctica pretoria extraedictal va a organizar el juego de excusas, a beneficio del árbitro que no puede cumplir su promesa (2).

En suma, la responsabilidad del árbitro es rigurosa pero no absoluta. La existencia de unas causas de excusa traza los límites de su obligación. La coerción del magistrado no es discrecional; es un poder que ha acabado reglamentándose a sí mismo, pues, la obligación del árbitro, en lugar de variar de un pretor a otro, ha recibido una medida estable que se ha desarrollado en la práctica, conforme lo han ido

(1) D. 50, 5, 13, 2. **Qui... non habet excusationem, etiam invitus iudicare cogitur.** WLASSAK, Judikationsbefehl, 1921, p. 27.

(2) Sobre las excusas en materia de arbitraje, WENGER, v. **Rec. arbitrii** en PW. D. 4, 8, 15: **Licet autem praetor destricte edicat sententiam se arbitrum dicere coacturum, attamen interdum rationem eius habere debet et excusationem recipere causa cognita.**

requiriendo los casos planteados (1).

Y aún podemos añadir más, pues, no hay que olvidar un elemento de considerable importancia, y es que el **receptum arbitrii** reposa sobre el consentimiento del sujeto. Nadie está obligado a aceptar el papel arbitral (2). Y sólo cuando el árbitro ha aceptado el encargo y se compromete a dictar el fallo, el pretor tutela los intereses de las partes, obligando al árbitro a que cumpla su misión (3).

2.2 Valoración "positiva": Las conclusiones a que ha llegado la doctrina, y que hemos expuesto en el número anterior, no han sido aprobadas de modo unánime (4).

(1) El oscuro planteamiento de D. 4, 8, 3, 1, no es seguramente clásico. SCHULZ, Legal Science, 1946, p. 200.

(2) WLASSAK, v. **Arbiter** en PW, partiendo de D. 4, 8, 3, 1.

(3) ALVAREZ-SUAREZ, Curso de Derecho romano I, 1955, p. 530. Muy diferente es la posición del juez en el procedimiento ordinario, que se ve sometido a la orden del magistrado de resolver la controversia, **iussum iudicandi**. Y este factor se complementa con el **officium iudicis**, entendido como deber moral que acaba por convertirse en una de las cargas públicas, **munera**.

(4) Hemos de citar en este sentido, la posición mantenida por DE ROBERTIS, Rec. naut. cit., p. 15, al menos, en lo que al tema concreto del **receptum nautarum** se refiere; en efecto, según él, los autores que sostienen la clasicidad de la **custodia** como criterio de valoración de la responsabilidad objetiva, y la tendencia clásica a valorar la responsabilidad contractual según criterios objetivos, encuentran una sólida base a su tesis en los textos de Gayo sobre el **fullo** y el **sarcinator**, que **custodiam praestant** en base a una relación de arrendamiento, **ex locato**.

Comenzamos centrándonos en tema de **rec. nautarum** y en la próxima sección trataremos de extender estas conclusiones al **rec. argentariorum**.

En este sentido, podemos considerar como seguro que en el derecho justinianeo la obligación **ex recepto**, viene entendida como agravación de la responsabilidad normal derivada de la relación jurídica fundamental de **locatio-conductio** (1); siendo esta responsabilidad **ex recepto**, en el derecho

Pero por otra parte, no puede negarse valor a la observación siguiente: si el **nauta** respondía objetivamente cuando esta responsabilidad objetiva era explícitamente asumida, **ex recepto**, hay que deducir que cuando tal asunción falte, es preciso recurrir a la valoración de la responsabilidad sobre la base de otros criterios. Este planteamiento, a pesar de las oposiciones, LUZZATTO, Caso fortuito, cit., p. 165, es, por lo sugestivo, objeto de constante referencia. HASSE, Culpa, 1838, p. 375; LUSIGNANI, La responsabilità per custodia, 1902-1905, p. 9 s.; MITTEIS, Grundzüge u. Chrestomathie der Papyruskunde, 1912, p. 259 s.; VAZNY, Custodia, cit., p. 125 s.. En contra, ARANGIO-RUIZ, Resp. cit., p. 103; DE MARTINO, Lex Rhodia, Riv. Dir. navig., 1937-1938, p. 60 s.

(1) D. 4, 9, 3, 1: **Et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur, at hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res perit, vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit**. En el que se establece la responsabilidad por culpa en la **locatio-conductio** y de dolo en el depósito, mientras que en el Edicto del Pretor el que asumió bajo su custodia, se obliga en todo caso, aunque perezca la cosa sin su culpa, o se le haya causado un daño, a no ser que haya acontecido por accidente inevitable, como sabemos la doctrina se muestra concorde en considerar que el pasaje ha sido retocado por los compiladores, los cuales habrían invertido el genuino sentido del texto clásico.

de la Compilación, una forma anómala de responsabilidad (1). Esta encuentra su apoyo en una referencia a la antigua cláusula edictal, y halla su justificación en la mala fe habitual, **improbitas**, de esta clase de personas, cuya particular inclinación a delinquir es elevada casi a presunción de culpa (2).

Sin embargo, en el derecho clásico, el planteamiento debió ser muy diferente. No parece que, en esta época, los armadores gozasen de una particular mala reputación (3), ni tampoco consideramos demostrada la afirmación de que acompa-

(1) En la Compilación, el criterio subjetivo de la diligencia, o como cree KUNKEL, de la culpa, en sus varias graduaciones, constituye el criterio unitario sobre el que se basa la responsabilidad del deudor. KUNKEL, Diligentia, ZSS 1925, p. 247 s.; ARANGIO-RUIZ, Resp. cit., p. 66 s.; LUZZATTO, Caso fortuito, cit., p. 29 s.

(2) D. 4, 9, 1, 1; h. t. 3, 1. Sobre la presunción de culpa como medio de construcción muy frecuente entre los bizantinos, VAZNY, Custodia, cit., p. 111 n. 2; quien mantiene las interpolaciones de D. 47, 7, 5, 6 y 19, 2, 11. No considera cierto el origen compilatorio de la referencia a la **improbitas**, LUZZATTO, Caso fortuito, cit., p. 171 n. 1.

(3) LUSIGNANI, Custodia, cit., p. 36; HUVELIN, Droit commercial, cit., p. 141; ni presenta gran valor el argumento que se pretende obtener de **Tertullianus adv. Marcionem** 5, 1, que parece hacer referencia a la poca corrección de un **nauclerus** en su ejercicio profesional, SOLAZZI, Le azioni contro il nauta, Riv. Dir. nav. 1936, p. 173; DE MARTINO, Lex Rhodia, Riv. Dir. nav. 1938, p. 81; pues se trata de una valoración individual y no colectiva de los navieros en general. Tampoco hay que olvidar que aquí no se trata de un ambiente romano sino provincial; DE ROBERTIS, Lex Rhodia, Studi Arangio-Ruiz III, p. 298-99.

ñasen las naves en sus viajes (1). Por tanto, hay que preguntarse por los motivos, que habrían llevado al pretor a una pretendida valoración más severa de la responsabilidad del **nauta**, respecto a la de otros **conductores operis**. Para resolver la cuestión ha de valorarse un conjunto de elementos extraídos de fuentes no sujetas a interpolación, dado el contraste existente entre ellas y la orientación de la Compilación (2). En las primeras, se nos presenta al **nauta** como exonerado de responder objetivamente de la pérdida de la cosa, cuando no haya asumido expresamente la garantía (3).

(1) La organización del tráfico en la época de Ulpiano era tal, que los armadores no solían acompañar sus naves sino que dirigían desde tierra la navegación. FRANK, Storia economica, 1924, p. 223-24; DE ROBERTIS, La organizzazione e la tecnica, 1946, p. 77-78. Por ello los fraudes que denuncia D. 4, 9, 1, 1, no podían realizarse, salvo que se admita la constitución de auténticas sociedades para delinquir entre armadores y capitanes. En el bajo Imperio, como consecuencia de la decadencia económica, DE ROBERTIS, La produzione agricola nel basso impero, 1950, p. 36 s., el caso del armador que viaja con la nave, siendo de ella el capitán, se convierte en común. C. Th. 13, 5, 7; h. t. 6; h. t. 8; h. t. 13; h. t. 37.

(2) En el sistema justiniano, la responsabilidad **ex recepto** viene considerada elemento natural del contrato de transporte marítimo: el **nauta** responde de la restitución incluso cuando no ha asumido expresamente la garantía.

(3) Téngase en cuenta que, a diferencia de los otros **conductores operis**, el **nauta** no estaba legitimado activamente en la **actio furti**, en su calidad de **conductor operis**, D. 47, 5, 1, 3, sino por haber aceptado una expresa garantía accesoria, **salvum fore**, D. 47, 5, 1, 4.

Todo ello concurre a confirmar la opinión de que la intervención del pretor, habría estado inspirada por el criterio no ya de aumentar, como a primera vista pudiera parecer, sino por el de limitar una obligación, originariamente, más amplia (1).

Por lo tanto, este planteamiento nos lleva a la conclusión, según la cual, en tema de transporte marítimo, en un determinado momento, surge una institución dirigida a impedir que de la **locatio-conductio** correspondiente, se derive una responsabilidad objetiva por pérdida de la cosa, puesto que el régimen general para este contrato, sería el de la custodia, en el derecho clásico (2).

Pasando a la legitimación pasiva, ¿cómo podemos justificar una acción penal y pretoria, la **actio furti adversus nautas** si no es recurriendo a este argumento?.

Por otra parte, en el **receptum horreariorum**, D. 19, 2, 60 (61), 6, no nace una acción autónoma **ex recepto** para la restitución sino que basta con la derivada de la relación fundamental.

Y si nos atenemos al material papirológico de la época clásica, sólo algunos de los contratos de transporte marítimo contienen cláusulas de garantía expresa por pérdida de la cosa; lo que hace pensar que si falta esta cláusula no se responde objetivamente.

(1) Se dice más "amplia" y no más "grave" porque la limitación pretoria habría pensado, no en la intensidad de la responsabilidad originaria, sino en su esfera de aplicación.

(2) El **conductor operis** responde, generalmente, en los límites de la custodia técnica. LUZZATTO, Caso fortuito, cit., p. 147 s.; DE MARTINO, Lex Rhodia, cit., p. 61-2.

La intervención del pretor, con su sensibilidad a los nuevos planteamientos económico-sociales, ligados a la gran expansión mediterránea de Roma, traduce en forma jurídica apropiada las exigencias del tráfico marítimo. Este imponía una revisión radical del antiguo sistema, pues, la rigurosa responsabilidad objetiva en la **locatio operis faciundi**, ya no resultaba apropiada en el contrato de transporte marítimo. En efecto, la normal responsabilidad objetiva que nace como **naturale negotii** de la **locatio operis**, sólo resulta tolerable, con su extrema severidad, en un sistema económico primitivo, cuyo horizonte no va más allá del transporte fluvial y del pequeño cabotaje costero, donde los riesgos normales de la navegación marítima, **naufragium**, **iactus**, asalto de piratas, son irrelevantes (1).

En resumen, no se ve, estando a la letra del texto edictal, en qué el pretor ha agravado, como cree la doctrina común, la obligación derivada del contrato de transporte, ya que el deber de conservar y restituir se concreta en una responsabilidad objetiva en la **locatio operis faciundi**. Por

Por el contrario, ARANGIO-RUIZ, Resp., cit., p. 126, niega la existencia de una responsabilidad por custodia del **conductor operis**, en general, y para establecerla a cargo del **nauta**, del **caupo** y del **stabularius** habría sido necesaria una especial intervención pretoria.

(1) FRANK, Storia economica, cit., p. 105 y 222.

ello, es preciso reconocer que la intervención del pretor limita esta responsabilidad, en el sentido de excluir su operatividad, mediante la denegación de la acción, salvo en los supuestos concretos en que hubiese mediado **receptum**. Con ello se consigue que el **nauta**, en general, pues el caso del **receptum** habría que considerarlo como excepcional, quedase exonerado de responder en los severos límites de la responsabilidad objetiva (1).

III. Revisión crítica

Premisas: Como hemos visto, la doctrina que ha

(1) DE ROBERTIS, **Rec. naut.** cit., p. 27 y 28. El pretor, interviniendo en tema de transporte marítimo y subordinando el **iudicium** por la restitución, a una cláusula de aceptación expresa de riesgo, **salvum fore recipere**, habría transformado la responsabilidad objetiva por pérdida, de un elemento natural del negocio jurídico en un elemento accidental.

La responsabilidad quedaría fijada en los límites subjetivos del dolo, añadiéndose inmediatamente después la responsabilidad particular por hurto y por daño causado por los dependientes, con la introducción por parte del pretor de las dos acciones penales de daño y de hurto **adversus nautas**.

En definitiva, en esta materia referida al **receptum nautarum**, incluyendo también el **rec. cauponum** y el **rec. stabulariorum**, la concepción bizantina se muestra tendente a justificar bajo el aspecto del cuasi delito la responsabilidad de quienes llevan a cabo este tipo de actividades, por los hurtos o daños causados a las cosas de sus clientes. La interpolación de los textos no ha de impedir rescatar el verdadero sentido clásico.

venido entendiendo los **recepta** como institución pretoria, consistente en la aceptación de una responsabilidad en supuestos concretos, tales el del **nauta**, el del banquero y el del árbitro, llega a concluir que las obligaciones resultantes para estos sujetos, vendrían caracterizadas por su especial gravedad y rigor (1). Ahora bien, siguiendo la teoría que aquí recogemos, el alto grado de responsabilidad derivado de estos negocios, amparados por el Edicto, no sólo igualaría el conocido rigorismo del derecho civil sino que incluso llegaría a superarlo. Por ello, estamos ante una teoría que hemos calificado de "negativa", en el sentido de que penaliza la posición jurídica del naviero, del árbitro y del banquero. Para intentar explicar esta agravación en el derecho pretorio se ha recurrido a diversos argumentos; como el que pone de relieve la necesidad de promover el desarrollo económico, protegiendo a las personas que contratan con navieros y banqueros, sobre todo cuando se piensa en una pretendida mala consideración que se les atribuiría por parte de una sociedad en vías de expansión comercial (2). Por lo que toca al arbitraje, la justificación

(1) KLINGMULLER, v. **Receptum** en PW, c. 355 s. ARANGIO-RUIZ, Istituzioni cit., p. 334. MAGDELAIN, Le consensualisme cit., p. 125 s.

(2) KLINGMULLER, v. **Receptum** en PW, quien se refiere a un pacto especial añadido **ipso iure** a la relación jurídica funda-

de la intervención pretoria vendría cifrada en la necesidad de garantizar que el árbitro llegue a emitir su laudo, en los precisos términos en que aceptó el encargo de resolver una controversia entre las partes (1).

mental, ya que la garantía del contrato regular no parece suficiente. Es posible que este **pactum**, que al principio sólo era un **naturale negotii**, acabe por convertirse finalmente en un **essentiale negotii**. DERNBURG, Pandekten II, 1910-12, c. 39, explica el edicto como una ley de urgencia, motivada por la inseguridad de las carreteras y de los transportes en los últimos tiempos de la República. Pero esta explicación no parece suficiente, pues el edicto no se refiere a los transportes terrestres, no siendo demostrable en este sentido, una aplicación análoga a la navegación marítima.

(1) Llegados a este punto, conviene recordar la evolución del arbitraje, desde una vinculación por aceptación de la cosa litigiosa, a una obligación con fundamento puramente consensual.

Así es; en el sistema del derecho romano clásico, el **receptum arbitrii** viene constituido por el acto privado de forma de adhesión de persona capaz al compromiso de los litigantes. De aquí surge para el árbitro la obligación de **sententiam dicere**, que encuentra su sanción no en una acción perteneciente a los litigantes frente al árbitro, sino en la coacción del magistrado, actuada con los medios habituales de la **multae dictio** y de la **pignoris capio**. Ahora bien, para FREZZA, v. **Receptum** en NNDI, el **arbiter**, en origen, no debe haber sido una persona distinta del **sequester**: los litigantes deben haberle confiado no sólo el encargo de decidir el litigio, sino incluso la cosa misma objeto de éste. Así lo admitió WLASSAK, v. **Arbiter** en PW; la aceptación de la cosa litigiosa pudo haber sido, al menos en origen, la causa de la obligación de dictar sentencia. COSTA, Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto, 1890, p. 317-318 y 423-427, que cita importantes fragmentos en este sentido: **nisi das sequestrum aut arbitrum, quous haec res arbitrata fiat y nisi pars datur aut ad arbitrum reditur aut sequestro ponitur**. Sobre la cuestión KARLOWA, RR II, cit., p. 606-608. Pero la evolución del arbitraje acabaría por cancelar, en el Edicto, su originaria referencia material.

Igualmente, se cita en apoyo de la opinión que exponemos el principio de seguridad jurídica. Este principio exigiría el cumplimiento de las obligaciones, en todo caso, sin que puedan alegarse excepciones por la parte obligada, que le permitirían oponerse a la reclamación del actor, en determinados supuestos. Este planteamiento halla su más clara aplicación en el campo de las relaciones mercantiles y plasma en el tema concreto de las obligaciones asumidas por los banqueros, en el carácter abstracto que se viene atribuyendo a las mismas (1).

En suma, el pretor, habría creado estos negocios jurídicos con el fin de agravar la responsabilidad de navieros, banqueros y árbitros, en el ámbito de su actividad particular. Surgiendo, de este modo, un derecho especial pretorio caracterizado por su extraordinario rigor en el tratamiento jurídico dispensado a aquéllos.

Por nuestra parte, consideramos necesario llevar a cabo una revisión crítica de este planteamiento; para lograrlo, hemos de desarrollar en las páginas siguientes, cada

(1) En este sentido, FREZZA, v. **Receptum** en NNDI, hace notar que el creciente rigor con el que durante la época clásica viene afirmada la independencia jurídica de la obligación del tercero deudor, con respecto a la del banquero **recipiens**, se debe al principio de seguridad del comercio, "sicurezza del commercio".

uno de estos apartados:

1.- El espíritu que anima al derecho pretorio en contraste con los principios jurídicos que dan vida a los negocios civiles.

2.- Las soluciones jurídicas del Edicto dentro de un marco histórico de expansión y desarrollo socio-económico.

3.- La disciplina de los **recepta** incidiendo en materias que quedan sustraídas al derecho común.

4.- La necesidad de una clara distinción entre los **recepta** y cada uno de los negocios jurídicos correspondientes a la actividad desarrollada por navieros, banqueros y árbitros.

Desde estos cuatro puntos de mira, pretendemos realizar una valoración de conjunto de los diversos **recepta**, dentro del marco jurídico del Edicto del Pretor, y ponderando las variables de carácter histórico y económico, las cuales constituyen, sin duda, un elemento muy valioso a la hora de determinar el alcance jurídico de las instituciones.

El objetivo es, pues, intentar poner de manifiesto una conexión interna entre estas figuras pretorias, para concluir con lo referente a la posible extensión al **receptum argentariorum**, de un planteamiento equiparable al que ya ha sido expuesto, en la sección anterior, relativo al **receptum nautarum**.

1.- El espíritu que anima al derecho pretorio en
contraste con los principios jurídicos que dan vida a los
negocios civiles

Para entender adecuadamente el contraste existente entre los ordenamientos civil y pretorio, es preciso abordarlo desde el punto de vista cronológico. En efecto, en la última etapa republicana el **ius civile** ha quedado anticuado; caracterizado por el formalismo, en el sentido de que la validez de los actos se hacía depender de determinados gestos o palabras, que habían perdido su significación primitiva, se muestra incapaz de hacer frente a las nuevas transformaciones. Es éste un período en el que el **ius gentium** y el **ius honorarium**, se muestran como factores de renovación y ampliación del **ius civile** (1). Las nuevas relaciones jurídicas, ya no se van a apoyar en un determinado ritual arcaico, hallarán su fundamento en la **bona fides**.

Concretando las ideas anteriores, vamos ahora a fijarnos en la **stipulatio**, que para el derecho civil constituye un modo general de obligarse, y no sólo respecto a una prestación pecuniaria sino también en relación con una prestación

(1) DAZA, Iniciación histórica, 1987, p. 117 s.

de actividad (1). Pues bien, el vínculo que surge de aquélla viene caracterizado por el rigor y la abstracción: estamos en un campo en el que la fuerza jurídica se concreta en la formalidad de los **verba** pronunciados (2). Pero, en el Edicto hallan acogida principios más evolucionados; en primer lugar, pierde la **stipulatio** el monopolio jurídico que había ostentado, pues, acaban siendo admitidos los negocios basados en la buena fe (3), en ellos el formalismo y el carácter abstracto de la obligación, deja su puesto a la relevancia del consenso y de la causa (4). Por otro lado, los grados de responsabilidad

(1) VOLTERRA, Instituciones cit., p. 470. La prestación puede consistir en un **dare**, en un **facere** o también en un **non facere**. Ello lleva aparejada la existencia de diferencias en el régimen de las acciones en el procedimiento formulario: **actio certae creditae pecuniae**, para sumas ciertas de dinero; **actio ex stipulatu certi**, para sumas o cosas determinadas y **actio ex stipulatu incerti**, para objetos indeterminados o consistentes en un **facere** o en un **non facere**.

(2) VOLTERRA, Instituciones cit., p. 163 s.

(3) ALVAREZ-SUAREZ, Curso I, 1955 p. 401 s.. Parece que el momento decisivo en la admisión de los **bonae fidei iudicia** coincide con la época de Quinto Mucio Escevola, s. I a. C., según un testimonio de Cicerón, De off. 3, 17, 70: **Quinctus quidem Scaevola pontifex maximus summan vim esse dicebat in omnibus is arbitriis, in quibus adderetur "ex fide bona", fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis.**

(4) El principio es afirmado por Ulpiano, D. 2, 14, 1, 3, con las palabras siguientes: **conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt**, atribuyendo al jurista S. Pedio, s. I-II p. C., una declaración profundamente

contractual comienzan a medirse con arreglo a parámetros más flexibles que la originaria y estricta responsabilidad objetiva (1).

En efecto, en algunos casos, con **custodiam suscipere** o **recipere**, los juristas clásicos indican una extensión convencional de la imputabilidad por incumplimiento, en el sentido de que el deudor asume, por acuerdo, algunos riesgos que no entran en la responsabilidad propia de aquel contrato. Habrían sido los compiladores, con interpolaciones en los textos clásicos, quienes en algunos casos transforman lo que era una responsabilidad pactada en una responsabilidad legal por custodia, inherente al contrato como **naturale negotii** (2).

innovadora respecto al antiguo derecho romano: **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: nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensus, nulla est.**

(1) Cuestión no pacífica en la doctrina, pues, la corriente surgida entre los romanistas alemanes (PERNICE, KUNKEL, SCHULZ) sostiene que en el derecho clásico con el término **custodia**, se indica un criterio de responsabilidad objetiva por algunos acontecimientos; los compiladores justinianos lo habrían sustituido por un criterio de responsabilidad subjetiva. La opinión contraria (LUSIGNANI, MITTEIS, DE MEDIO) mantiene que en el derecho clásico se habría aplicado un criterio de responsabilidad subjetiva, excepto para lo que se refiere a la obligación del **nauta**, del **caupo**, del **stabularius**, asumida **ex recepto**; los compiladores habrían introducido el criterio de responsabilidad objetiva.

(2) VOLTERRA, Instituciones cit., p. 617. En la compilación

En suma, para el derecho clásico, aparece bien marcado el contraste entre los ordenamientos civil y pretorio; en este segundo, no es la forma sino el consenso de las partes el origen de todo vínculo jurídico (1). Esta idea debe tenerse en cuenta a la hora de interpretar el espíritu que preside la introducción de los **recepta**. Ahora bien, para lograr su

justiniana se sobreponen dos criterios diferentes de responsabilidad contractual, a lo que la pandectística intentó encontrar una solución unitaria, apoyándose en un criterio subjetivo de responsabilidad por **culpa-diligentia** o en un criterio objetivo de responsabilidad por **custodia**.

Con carácter general, el derecho justiniano abandona el concepto originario de **custodia**, reconduciéndolo al ámbito de la culpa, atribuyendo al deudor una responsabilidad mayor que la de la **culpa levis** y de la **culpa in concreto**, en lugar de **custodia** se habla de **exacta diligentia custodiendae rei**, de **diligentia qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet**. El criterio seguido por los compiladores es el de valorar el comportamiento del deudor, tomando como base de comparación la conducta de la figura abstracta de un hombre que tiene unas dotes muy especiales de cautela y prudencia.

Según DAZA, El concepto de **periculum**, 1977, p. 167 s. del análisis de las fuentes no se desprende una respuesta definitiva, para la cuestión de si en época clásica hay que atribuir a la responsabilidad por custodia un carácter objetivo, o bien cabe la posibilidad de entender tal responsabilidad según un criterio subjetivo. Ahora bien, para el derecho romano clásico, una noción de responsabilidad objetiva, absoluta, de carácter unitario, cuya justificación estaría en una determinada situación de hecho, de la cual brotaría automáticamente la responsabilidad, no resulta admisible. Por ello, es posible atribuir al derecho romano clásico una consideración decidida del momento subjetivo, más allá del simple dolo. En consecuencia, cabe considerar la responsabilidad por custodia como una figura tipificada de culpa y establecer, sobre esta base, un paralelismo entre responsabilidad contractual y extracontractual.

(1) SCIALOJA, Negozio giuridico, 1950; ALVAREZ-SUAREZ, El

objetivo el pretor se sirve de mecanismos indirectos: admitiendo la aplicación de una **exceptio doli** se hace valer la inexistencia de la causa (1); mediante medios extraprocesales como las **restitutiones in integrum** pueden verse privados de eficacia jurídica negocios válidos para el **ius civile**, pero viciados por error, dolo, minoría de veinticinco años de una de las partes contratantes, etc. (2). A la luz de estas consideraciones de carácter general, debemos preguntarnos por qué precisamente en las obligaciones asumidas por el banquero, el pretor, contra todo pronóstico, piensa en atribuirles, de modo imperativo, un carácter abstracto frente al cual no pueden ni excepciones ni **restitutiones in integrum**.

negocio jurídico, 1943; RICCOBONO, Origine e sviluppo del domma della volontà, 1934; MAGDELAIN, Le consensualisme, cit., 1958.

(1) El pretor concede la **exceptio doli** al demandado, no sólo en el caso en que considere que éste ha sido tratado dolosamente por el demandante, sino también cuando, siendo el negocio perfecto según el **ius civile**, considera no conforme a la equidad, **aequitas**, el hecho de que el demandante intentase conseguir los efectos del mismo promoviendo la acción. Gayo 4, 116 propone un ejemplo de estipulación no acompañada de entrega de dinero. Según el **ius civile**, en virtud de la **stipulatio** como negocio abstracto, existe obligación de pagar **nam eam pecuniam a te peti certum est, dare enim te oporteret cum ex stipulatu teneris**. Pero como es **iniquum** que seas condenado, **sed quia iniquum est te eo nomine condemnari**, puedes defenderte con la **exceptio doli mali, placet per exceptionem doli mali te defendi deberi**.

(2) **Sententiae Pauli** 1, 7 y 85; también D. 4, 1 **De in integrum restitutionibus**.

Cambiando de sujeto, pensemos ahora en el naviero y en su responsabilidad. Independientemente de las ideas que se tengan sobre este tema, en general, lo que parece claro es que en el ámbito de las acciones de buena fe tiene lugar una especial valoración subjetiva de la responsabilidad (1). En efecto, la conducta del deudor contraria a la buena fe viene tipificada como dolosa, lo que se traduce en la fórmula en los términos ya conocidos **quidquid dare facere oportet ex fide bona**. Lo que expresamente se exige del deudor es que su conducta sea la de un hombre honesto, sin intención dañina. En el polo opuesto del dolo, entendido como intención nociva contraria a la buena fe, se sitúa la responsabilidad objetiva, como criterio de valoración independiente de la idea de imputabilidad. Una vez concretada la distinción entre estos conceptos, surge el problema de adjudicar a una de las partes la pérdida de la cosa, cuando esta pérdida no es imputable a ninguna de ellas. Problema que puede resolverse si una de las partes se compromete a responder por ello: principio consensual. Por tanto, tiene origen diverso, de

(1) FUENTESECA, Derecho privado, 1978, p. 220, considera que, al final de la época clásica, aparece el **dolus** y la **culpa** como criterios prácticos de valoración de responsabilidad en los contratos consensuales. Las nociones de dolo y culpa habrían tenido su origen en el campo de los delitos.

una parte, la obligación de buena fe y, de otra, la aceptación expresa de responsabilidad por pérdida de la cosa y no necesariamente han de aparecer unidas (1).

También requiere consideración especial el contrato de arbitraje. Como es sabido, en derecho clásico, el laudo arbitral no tendría la eficacia jurídica de una sentencia, por lo que de éste no va a surgir la acción ejecutiva que acompaña a la decisión que culmina el proceso judicial (2). La coacción se aplica con arreglo a lo establecido en el compromiso, en virtud del cual las partes se obligan mediante estipulaciones penales y de modo recíproco a pagar una multa (3). Prescindiendo ahora de la polémica doctrinal sobre cuál sea la naturaleza jurídica de este negocio, si un pacto con estipulaciones accesorias, o si la estipulación recíproca

(1) DE ROBERTIS, Rec. nautarum cit., p. 29 s.; en este sentido, valor probatorio decisivo tiene D. 47, 5, 1, 3-4: a la regla, según la cual, el propietario de las cosas robadas, contra los principios generales de la **locatio-operis**, estaría autorizado a actuar directamente contra el ladrón, se contrapone, como excepción la hipótesis del **receptum** que invierte los términos, volviendo así a los principios generales de la legitimación por hurto de la **locatio-operis faciendi**. Por ello, del **receptum**, y no del específico contrato de transporte marítimo, surge la responsabilidad objetiva del **nauta-conductor** por la pérdida de la cosa; responsabilidad objetiva ésta, que constituye según las enseñanzas de Gayo 3, 206-7, la base de la legitimación en caso de hurto.

(2) ALVAREZ-SUAREZ, Curso I, cit., p. 530. BONIFACIO, Appunti sulla natura della litis contestatio, 1953, p. 88 s.

(3) BONIFACIO, v. "Compromesso" en NNDI.

como negocio formal que engloba, además de la promesa de la pena, el acuerdo de las partes de someter la decisión de la controversia a un árbitro (1), el pretor interviene en este campo añadiendo a la estipulación compromisoria, **pecunia compromissa**, un nuevo elemento consistente en la aceptación de la misión de parte del árbitro.

Ahora bien, en virtud del Edicto, la estricta obligación del árbitro de dictar sentencia tiene su base en el consentimiento del sujeto, D. 4, 8, 3, 1. En cambio, como es sabido, más arriesgada es la posición del **iudex** en el procedimiento ordinario, sobre el que recaía un deber, **munus**, de dar sentencia conforme a los términos de la fórmula procesal. Y no sólo por lo que la omisión del juez podía tener de desacato al **iussum iudicandi** del mismo magistrado, sino también por el grave riesgo que suponía para el demandante el que su

(1) VOLTERRA, Instituciones cit., p. 578. El examen de las fuentes romanas permite constatar que el acuerdo compromisorio es autónomo respecto a las **stipulationes** penales, que parecen tener carácter accesorio y el efecto obligatorio de asegurar que las partes cumplan con la decisión arbitral. En este sentido TALAMANCA, Ricerche in tema di compromissum, 1958, p. 3, s., para quien el acuerdo arbitral tiene dos objetos distintos: por una parte, el nombramiento del árbitro y el hecho de que se someta a él la controversia, y de otra parte, la consecución de la decisión arbitral y el hecho de conformarse a ella; concluyendo que el primer objeto no puede ser absorbido en las **stipulationes**.

acción caducara por el transcurso del tiempo legal (1). Este deber del juez aparece sancionado, mediante una acción, ya desde la época de las **legis actiones**; acción de cuya existencia no puede dudarse, aunque no resulte plenamente conocida (2), y a la que sucede otra concebida **in factum** (3), contra el **iudex qui litem suam fecit**. Podemos concluir, asignando al **iudex** una responsabilidad objetiva por el hecho de no haber dado sentencia, en el sentido de que la acción contra él no presupone el dolo malo del demandado (4).

Por el contrario, el Edicto del Pretor, en base a la introducción del **receptum arbitrii**, llega a proponer una vía alternativa de solución de conflictos que viene amparada por el que podemos denominar principio liberal, en contraste con el procedimiento ordinario.

Como resumen de cuanto hemos expuesto, en este primer apartado, resulta que la insuficiencia de esta interpretación "negativa" de los **recepta**, en el sentido de que viene a ser agravada la situación jurídica del naviero, del banquero y del árbitro, interpretación que choca con los principios

(1) Gayo 4, 104.

(2) D`ORS, **Iudex qui litem suam fecit**, cit., p. 379.

(3) Como nos dice Gayo en D. 50, 13, 6, en su **libro tertio rerum cottidianarum sive aureorum**.

(4) D`ORS, **Iudex qui litem suam fecit**, cit., p. 394.

generales del Edicto, nos lleva a la necesidad de replantear la cuestión desde una perspectiva de conjunto, que no desprecie los datos de la evolución socio-económica y que llegue a establecer la filosofía de la institución de acuerdo con la realidad histórica en la que está inmersa.

2.- Las soluciones jurídicas del Edicto dentro de un marco histórico de expansión y desarrollo económico

Para iniciar este segundo apartado, recordemos la idea que considera el Edicto del Pretor como el vehículo de evolución del derecho civil, adaptándolo para cubrir nuevas exigencias motivadas por la expansión del tráfico jurídico más allá de los límites de la **civitas** (1).

Desde un punto de vista cronológico, es a partir de la **lex Aebutia**, que introduce el sistema procesal **per formulam**, cuando el pretor llega a poseer un amplio margen

(1) ALVAREZ-SUAREZ, Curso I, cit., p. 98. Lo que ha permitido decir a Papiniano, en época más avanzada, que el **ius praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia**. D. 1, 1, 7, 1. Pero el **ius honorarium** no se opone al **ius civile** ni, como sabemos por SEGRE, Interferenze, ravicinamenti e nessi fra diritto civile e pretorio, 1946, tampoco se yuxtaponen como dos compartimentos estancos, sino que estamos ante dos fuerzas recíprocamente operantes, existiendo entre ellas interferencias, aproximaciones y nexos.

de discrecionalidad para conceder o denegar **acciones**, así como para configurar la fórmula de una u otra manera, según las exigencias concretas. De este modo, se desarrolla el **ius praetorium**, el cual hace posible que el **ius civile** pueda renovarse y adaptarse a las nuevas situaciones políticas y sociales.

Dentro de este amplio proceso de adaptación del **ius civile** a la práctica, nos interesa centrar nuestra atención en una figura concreta, la **stipulatio**, la cual va a sufrir una apertura en cuanto a su ámbito de aplicación, que le permitirá acoger también relaciones jurídicas en que intervengan sujetos no ciudadanos romanos; y ello se va a conseguir utilizando una fórmula diversa a la que resulta propia de los ciudadanos y que se basaba en el verbo **spondeo** (1).

Pues bien, a la luz de estas consideraciones y bajo el prisma de la ampliación de las fronteras en lo comercial, la interpretación de los **recepta** como agravación de la responsabilidad de navieros, banqueros y árbitros parece insuficiente por varias razones:

(1) Otras formas indicadas por Gayo y que, en relación con la primera, parecen más recientes son: **dabis? dabo; promittis? promitto; fidepromittis? fidepromitto; fideiubes? fidelubeo; facies? faciam**. El jurista añade que la pregunta y la respuesta podían ser hechas, también, en lengua griega.

Primera: No se ve en qué contribuye el pretor al desarrollo económico, si seguimos esta interpretación "negativa", en campos tan importantes como el transporte marítimo, el negocio bancario y la solución de conflictos por el procedimiento arbitral (1). En el primer caso, si sobre las espaldas del naviero se hace recaer toda la responsabilidad en el supuesto de que las mercancías no lleguen a puerto, la empresa naval puede llegar a resultar inviable, sobre todo, si tenemos en cuenta los riesgos del transporte marítimo (2). Otro tanto ocurre en el terreno de los negocios bancarios, en el que los banqueros, como depositarios de sumas de sus clientes, actúan en el papel de intermediarios en los pagos. Si cada vez que el banquero asume el pago de una deuda de un cliente, va a responder de modo abstracto invariablemente, resulta que sus expectativas de obtener beneficios pueden verse frustradas, cuando tenga que solventar una difícil situación financiera del cliente en operaciones arriesgadas. Incluso si la garantía

(1) Y menos aún si enlazamos los **recepta** con una influencia helenística que podemos situar alrededor del siglo II a. C. CORRADI, Le grandi conquiste mediterranee, 1945, p. 459 s.; DOPSCH, Economia monetaria ed economia naturale, 1948, p. 76.

(2) DE ROBERTIS, Rec. naut. cit., p. 41 s. No se puede pensar que un desarrollo económico tan importante, coexistiese con una responsabilidad tan grave como la derivada de la **locatio-conductio operis** ordinaria.

es de deuda futura estaría obligado a responder aunque ésta no llegase a nacer. Razonamientos similares pueden hacerse en relación con el arbitraje privado, en el que el **arbiter** se ve forzado a dictar sentencia bajo la pena de multa o pignoración que le puede imponer el pretor. Entender ésto como una penalización de la posición jurídica del árbitro, en una época en que puede resultar interesante fomentar una vía alternativa del proceso ordinario, para resolver las controversias producidas en el ámbito del comercio interciudadano, no parece acertado (1).

Segunda: La interpretación que combatimos tampoco parece explicar el significado de la inspiración helenística en este campo. En efecto, las particularidades presentadas por los **recepta** ponen de relieve el contraste con los criterios informadores de los negocios típicamente romanos. Así, en el formalismo civil, el negocio queda perfeccionado por inicia-

(1) Si consideramos el **compromissum** y el **receptum arbitrii** como instituciones complementarias y que el **compromissum**, por su complicada estructura, no puede remontarse a época muy antigua, BONIFACIO, v. "Compromesso" en NNDI, podemos establecer que el Edicto más que aumentar la responsabilidad del árbitro, con respecto a una hipotética época anterior, crearía un medio de solución de conflictos jurídicos, en el que quedaría superada la grave responsabilidad objetiva del juez en el procedimiento ordinario.

tiva del sujeto que podemos denominar acreedor, mientras que en los **recepta** ocurre al contrario (1). Ahora bien, no se trataría de una pura y simple recepción de institutos helenísticos, puesto que el pretor, al igual que en otros muchos sectores (2), parece que ha entendido según los esquemas y las categorías propias de los romanos, los usos mercantiles en vigor en el Mediterráneo oriental.

Y como en los sistemas jurídicos de las provincias orientales, una responsabilidad objetiva podía derivar sólo de una cláusula de aceptación expresa de riesgo, subordinó a este requisito, **receptum**, la concesión del **iudicium** para la restitución de la cosa (3).

(1) En el antiguo formalismo quiritarario la iniciativa es siempre de aquél, a favor del cual se producen los efectos del negocio, por ejemplo, del acreedor en la **stipulatio**. GROSSO, Problemi generali del diritto, 1948, p. 143 s., opone los **recepta**, en los que prevalece la declaración de aquél a cargo del cual se verifica el efecto del negocio, esto es, el deudor, a los negocios típicamente romanos, **mancipatio**, **in iure cessio**, **stipulatio**.

(2) Sobre **foenus nauticum**, DE MARTINO, Sul foenus nauticum, Riv. dir. nav. 1935, p. 217 s. Sobre **receptum**, PARTSCH, Der Ediktale Garantievertrag, ZSS 1908, p. 417 s. LUZZATTO, Caso fortuito cit., p. 166 s. TAUBENSCHLANG, Der Einfluss der hellenist., Atti Congr. Internaz. Dir. rom., Roma I, p. 289. Sobre **iactus**, DE MARTINO, Lex Rhodia, Riv. dir. nav. 1937, p. 335 s. No hay que olvidar la circunstancia de que en el Mediterráneo oriental, incluso en el s. II d. C., parece estar en vigor la **lex Rhodia**, DE ROBERTIS, Lex Rhodia cit., p. 295 s.

(3) En efecto, en el derecho griego, cuando no ha mediado

Estamos, en suma, ante un ámbito de las relaciones jurídicas, en que normalmente entraban en contacto romanos y peregrinos de las más diversas nacionalidades, rigiéndose cada una de las cuales según su propio derecho (1). Por ello, en el centro de convergencia de todos estos intereses, debió imponerse la unificación de los diferentes usos en una disciplina concorde.

3.- La disciplina de los **recepta** incidiendo en materias que quedan sustraídas al derecho común

En este tercer apartado, podemos objetar a la interpretación de los **recepta**, que denominamos "negativa", lo que viene enunciado en los siguientes términos: si estas cláusulas edictales constituyen un derecho privado singular (2), no se comprende cuál puede ser su finalidad, si no es

una aceptación particular de garantía, se responde con arreglo al comportamiento del sujeto. DE ROBERTIS, Rec. naut. cit., p. 47 n. 3.

(1) Sobre el principio de personalidad del derecho, reconocido y aplicado en todo el mundo antiguo, VOLTERRA, Diritto romano e diritti orientali, 1937, p. 272 s. SCHONBAUER, Reichsrecht gegen Volksrecht, ZSS 1931, p. 278 s. LUZZATTO, Epigrafia giuridica greca e romana, 1938, p. 299 s.

(2) MAGDELAIN, Le consensualisme cit., p. 164. DE ROBERTIS, Rec. naut. cit., p. 33 s. Dejando a parte la cuestión relativa a la clasicidad de la categoría dogmática del **ius singulare**,

la de facilitar la contratación en términos más favorables que los ofrecidos por el derecho común, a las personas a que va dirigido (1). En efecto, partimos de que en derecho privado domina el que podemos llamar principio dispositivo, por el que las partes pueden acogerse o no a una concreta normativa jurídica, reguladora de determinadas figuras contractuales que ofrece el ordenamiento. De este modo, un derecho privado singular no favorable para los sujetos que, voluntariamente, se acogen a él, estaría condenado a la inaplicación, pues, nada impide a las partes recurrir a la normativa general en el ejercicio de su actividad.

Así, para el banquero, habría resultado de mayor interés recurrir a la **stipulatio** que daba muestras progresivamente de mayor flexibilidad; siendo ya posible que la realizasen hasta las personas no ciudadanas romanas, utilizando otro verbo diferente del tradicional para ciudadanos. Además,

ORESTANO, Ius singulare e privilegium, 1937, p. 5 s. GUARINO, Note preliminar sul ius singulare, 1939. ID., Sul ius singulare postliminii, ZSS 41, p. 74 s.; criterios de utilidad práctica pueden llegar a constituir el móvil de disposiciones particulares referentes a determinadas actividades.

(1) La doctrina tradicional parte del presupuesto de la **improbitas** habitual de los **nautae** y atribuye a la intervención pretoria una finalidad preventiva, mediante el incremento de su responsabilidad. De donde se deduciría que del **receptum** deriva un régimen especial: un verdadero **privilegium odiosum**.

aunque la **stipulatio** no era posible entre ausentes, y ésto dificultaba el tráfico entre diversas plazas, ello no quiere decir que, con la **stipulatio**, este tráfico fuese imposible, pues siempre cabe el recurso a la contratación mediante los sometidos al jefe de familia que actuarían en concepto de lo que podemos denominar corresponsales.

También en el campo procesal, el procedimiento ante el juez privado, como mecanismo general de resolución de controversias, se habría impuesto definitivamente al propio del árbitro.

Parecidas consideraciones pueden hacerse sobre el caso del **nauta**, para quien habría sido más favorable el régimen general si el especial hubiese supuesto, realmente, una agravación del primero.

4.- La necesidad de una clara distinción entre los **recepta** y cada uno de los negocios jurídicos correspondientes a la actividad desarrollada por navieros, banqueros y árbitros

Primero: Para demostrar que la distinción es válida en el **receptum nautarum**, frente al contrato de transporte marítimo, que es una variante de la genérica **locatio operis faciendi**, sólo tenemos que recordar las conclusiones a que

ha llegado DE ROBERTIS. Según las cuales, después de la introducción de esta cláusula edictal, sólo en caso de aceptación mediante **receptum**, que por otra parte resultaría excepcional, surgiría del contrato de transporte marítimo una responsabilidad objetiva equivalente a la propia de la **locatio operis faciendi** del derecho común (1).

Segundo: Antes de entrar en el tema del negocio bancario, conviene, con carácter previo, afrontar la cuestión de si es posible traducir el planteamiento anterior en términos de contrato de arbitraje. Creemos que es posible establecer una distinción entre las estipulaciones compromisorias y el **receptum arbitrii**, amparado en el Edicto. Además del hecho de que ambas instituciones obedecen a diferente fundamentación jurídica, lo cierto es que el **compromissum** es una institución autónoma y para su perfección no requiere la voluntad del árbitro sino únicamente la de las partes en litigio (2).

(1) DE ROBERTIS, Rec. naut. cit., p. 35. con esta explicación queda superada la vieja cuestión, hasta ahora sin respuesta, referente a la no aplicación del **receptum** a los transportes terrestres. CNYRIM, De res personarum transportandas obligatione quam cum posta contrahimur, 1854. MÜLLER, Ueber die actio de recepto u. deren analoge Ausdehnung auf die Postanstalten, 1857, p. 33-34. GOLDSCHMIDT, Das Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum, Zeit. f. ges. Handelsrecht III, 1960, p. 58 s. y 331 s. HUVELIN, Droit commercial cit., p. 135 s.

(2) BONIFACIO, v. "Compromesso" en NNDI; lo que sostenemos se deduce de modo inequívoco de la definición que viene siendo generalmente admitida en la doctrina.

En efecto, el contrato compromisorio contiene la obligación recíproca del pago de la pena, pero también abarca otros aspectos esenciales como es el nombramiento del árbitro (1), y los términos dentro de los que el mismo árbitro debe resolver la controversia. Igualmente, las partes pueden fijar el plazo dentro del cual deberá dictarse la sentencia que resuelve el litigio (2), o el lugar en que deberá ser pronunciada.

(1) BONIFACIO, v. "Compromesso" en NNDI, considera que es esencial el nombramiento del árbitro. Las fuentes usan frecuentemente la expresión **compromittere in aliquem** y es indudable que las partes se obligan validamente, sólo si en el contexto de las estipulaciones es designada la persona llamada a decidir el litigio. El compromiso delimita exactamente la materia de la controversia y señala los límites no traspasables dentro de los cuales el árbitro deberá pronunciar la sentencia, **de officio arbitri tractantibus sciendum est omnem tractatum ex ipso compromisso sumendum**, Paulo D. 4, 8, 32, 15. Sin embargo, el intento de demostrar que la estipulación compromisoria incluye los términos de la decisión del litigio, de manera tan rígida como en el caso del **iudicium**, LA PIRA, **Compromissum e litis contestatio formulare**, 1936, p. 189 s. BETTI, **Diritto romano**, 1935, p. 493, no ha llegado a tener éxito. A ello se opone la mayor discrecionalidad reconocida al árbitro y los términos en que Séneca en un conocido pasaje, Sen. De benef. 3, 4: **ideo melior videtur conditio causae bonae, si ad iudicem quam si ad arbitrum mittatur; quia illum formula includit et certos quos non excedat terminos ponit, huius libera et nullis adstricta vinculis religio**, contrapone esta discrecionalidad a la posición en que la fórmula sitúa al juez; todo ello de acuerdo con los documentos compromisorios conservados en las **Tabulae Herculenses** 76, 81, 82. TALAMANCA, **Ricerche in tema di compromissum** cit., p. 3 s.

(2) Ulp. D. 4, 8, 13, 3; Pomp. D. 4, 8, 14. Plazo que el árbitro no puede prorrogar si tal facultad no le ha sido

Ahora bien, después de la introducción del **receptum arbitrii** en el Edicto, el árbitro queda obligado, de modo estricto, a dictar sentencia, sólo en el caso de que expresamente haya aceptado esta responsabilidad. Pero es que, además, nos parece posible que el árbitro puede dictarla, dentro del plazo fijado en el compromiso, sin necesidad de haber asumido previamente, mediante **receptum** esa obligación. Esto es así por dos razones:

1.- Porque el compromiso ya ha delimitado los términos del litigio y ha designado al árbitro.

2.- Porque del simple compromiso se deriva el efecto fundamental de obligatoriedad para las partes de acatar la decisión arbitral, en virtud de la estipulación penal (1).

Muy diferente resulta el régimen jurídico del arbitraje en el derecho justiniano. En derecho clásico, puede hablarse de una neta contraposición entre proceso y arbitraje por

expresamente conferida, Paul. D. h. t., 32; Ulp. D. h. t. 25, 1.

(1) Efecto del compromiso es la obligación de las partes al pago de la deuda, condicionada a la inobservancia de la sentencia. Hay que añadir que **stipulatio comittitur** incluso en la hipótesis en que una de las partes no preste la necesaria colaboración a la resolución del litigio, es decir, siempre que **per eum factum est, quo minus arbitretur**, Ulp. D. 4, 8, 21, 9; 27, 4; 27, 6; C. 3, 1, 2; aplicación de un conocido principio de las obligaciones condicionales, D. 50, 17, 161.

la diversa fuerza jurídica de la decisión que de ellos deriva; mientras la sentencia del juez crea **res iudicata** y fundamenta la acción ejecutiva, **manus iniectio, actio iudicati**, la observancia de la sentencia del árbitro, que no crea cosa juzgada, constituye para la parte condenada una carga, ya que el no respeto de la decisión del árbitro es condición de la obligación de pagar la pena prevista en la estipulación compromisoria. Es Justiniano quien concede al actor victorioso una **actio in factum** (1), **quatenus possit sententia... executioni mandari**, y a la parte absuelta la defensa de una **exceptio** en el caso de que la misma controversia fuese replanteada en un proceso ordinario.

Tercero: Nos proponemos ahora, dentro de la línea de los dos apartados anteriores, llegar a la convicción de la existencia, en derecho clásico, de una clara distinción entre la promesa bancaria y el **receptum argentariorum**, para llegar a determinar las consecuencias que la introducción del segundo produce sobre la primera.

Para diseñar la figura de la promesa de pago bancaria, empezamos por distinguirla de otras manifestaciones de la

(1) C. De **receptis** 2, 55, 5.

actividad de los **argentarii**. Si consideramos que el negocio bancario comprende las operaciones de moneda extranjera, **permutatio**, y los negocios de crédito (1); dentro de este segundo apartado se integraría la aceptación de aportes de dinero, **depositum irregulare** (2), y la concesión de cantidades en concepto de préstamo (3). Pero, en este tema, nos interesa centrarnos en el llamado negocio a la orden, que se desglosa en los siguientes apartados: 1.- El pago a un tercero por orden del cliente (4); 2.- Emisión de una orden de pago a un corresponsal exterior (5). 3.- Prestación de fianza, garan-

(1) HABEL, v. **Argentarii** en PW. Donde además del negocio bancario, en sentido estricto, se recoge el negocio de subasta como propio de los **argentarii**.

(2) Plaut., **Cur.** 345, 536. D.16, 3, 8, 24. D. 16, 3, 25, 1.

(3) Cic., **De off.** 3, 58; Plaut. **Cur.** 480; **Truc.** 71; **Trin.** 425. D. 16, 3, 7, 2.

(4) **Solvere, persolvere alteri ab aliquo**, Cic., **Ad Att.** 5, 21, 11; Plaut., **Cur.** 618. **Numerare, dare alteri ab aliquo**; Plaut., **Capt.** 449. **Scribere, prescribere ab aliquo**, en el que la persona mediadora efectuaba el pago y lo contabilizaba, Hor., **Sat.** 2, 3, 69. Contrarios son **domo solvere, numerare, arcarium nomen, mensae scriptura, de mensa solvere, numerare**. Así se explican los términos **alteri pecuniam relegare (delegare) ab argentario**, Cato, **De agric.** 150, 2; Cic., **Ad Att.** 12, 3, 2. La instrucción puede efectuarse oralmente y ante el banquero, Plaut., **Pseud.** 1224; o mediante una carta al banquero, Plaut., **Curc.** 429 s.; o mediante la presentación de una legitimación, por ejemplo el cerógrafo, Plaut., **Bacch.** 327. De este modo, el banquero aparece como cajero de las partes, lo que resultaría, sin duda, cómodo y práctico. El pago por orden de un tercero se denomina **erogare pecuniam**, D. 2, 12, 9, 2.

(5) **Permutatio pecuniae, permutare pecuniam**, lo que puede

tía, aval, por parte del banquero hacia el cliente (1).

Esta es la relación de las actividades bancarias que hemos considerado bajo la denominación genérica de negocio a la orden. La que ahora nos interesa, realmente, es la recogida en el número tres. Nos conviene precisar cómo se articula jurídicamente lo que hemos denominado prestación de fianza, pero, en el ámbito del *ius civile*; nos tenemos que situar alrededor del s. II a. C., que es la época en que, según viene siendo generalmente admitido (2), tiene lugar la inclusión del **receptum argentariorum** en el Edicto.

La cuestión es determinar qué solución da el derecho civil al tema de la garantía personal de una obligación, en el momento de la entrada en vigor del **receptum** bancario. Considerando, pues, que nos movemos dentro de los esquemas del derecho civil; que el formalismo verbal es el vehículo,

ocurrir de dos maneras: o bien el cliente comisiona a su banquero para librar a su corresponsal dinero como pago, o bien el banquero ordena, él mismo, esta comisión a su corresponsal extendiendo el correspondiente justificante a su cliente, mientras que el corresponsal paga el dinero librado al cliente del banco. La correspondencia de Cicerón cita estos negocios, **Ad Att.** 12, 24, 27; 14, 15; **Ad fam.** 2, 17; 3, 5.

(1) **Satisfacere**, Plaut., **Asin.** 437. En este caso se confía al **trapezita** el cumplimiento por cuenta del cliente del pago de una venta. También **D.** 2, 13, 6, 3, interpolado, en el que ha de entenderse **receptit** por **constituit**.

(2) FREZZA, v. **Receptum** en NNDI.

por excelencia, para hacer nacer vínculos obligatorios; y que la **stipulatio** acaba siendo el medio idóneo para crear obligaciones subsidiarias de garantía, **cautiones**; parece seguro admitir una promesa verbal (1), de carácter estipulatorio (2), en términos generales; y en concreto se ha de hablar de **sponsio** y de **fidepromissio**.

Habiendo visto la respuesta dada por el derecho civil al problema de la garantía personal, queda ahora interpretar el alcance y la filosofía de la cláusula pretoria referente al **receptum** bancario. En otras palabras, contestar a la pregunta de cuál es la razón por la que el pretor crea una nueva y paralela fianza bancaria. La doctrina tradicional entiende

(1) El hecho de que estas operaciones se registren en los libros de contabilidad sólo tiene eficacia en el campo de la prueba procesal. Únicamente en los supuestos de obligación literal se puede hablar de eficacia constitutiva. HABEL, v. **Argentarii** en PW. La obligación de llevar determinados libros de contabilidad se concreta del siguiente modo: los **adversaria**, donde se señala diariamente, siguiendo el orden cronológico, todas las operaciones de entrada y salida. Cic., **Pro Q. Rosc.** 5; el **Codex** o **tabulae rationum** donde vienen registrados, en diferentes secciones, las operaciones ejecutadas, llevando a la página **accepti** cuanto reciben y a la página **recepti** aquéllo que pagan, D. 2, 13, 10, 2; 9, 2; D. 46, 3, 88. El registro en este **Codex** produce un **nomen**, pero no tiene eficacia civil, sin embargo, constituiría un elemento de prueba procesal. El **Codex accepti et expensi** para determinadas operaciones cuyo registro motiva la obligación literal, D. 2, 14, 9; D. 4, 8, 34. No parece posible encuadrar la garantía bancaria, con carácter general, en el contrato literal romano al quedar restringido al tráfico entre los **cives**.

(2) No la **fideiussio** que es de época posterior. FREZZA, Le garanzie, I, 1962, p. 12.

que el **receptum** es una figura especial de garantía bancaria, que sirve mejor a las transacciones internacionales que la forma civil al no requerir la presencia de las partes (1) y, además, se dice que agravaría la responsabilidad del banquero con respecto a la garantía civil.

Interpretación tradicional que nos parece rechazable por contradicción en sus miembros. En efecto, si nos fijamos en el primer miembro, la necesidad de extender la garantía al tráfico interciudadano, hay que decir que no era estrictamente necesario crear una nueva figura, pues, la forma civil, realizada por mediación de personas **alieni iuris**, a quienes haya puesto el banquero al frente del negocio en diferentes centros mercantiles, era suficiente. Y por otro lado, si lo que se pretendía era extender el ámbito personal de vigencia a los no ciudadanos, no había ninguna necesidad de incrementar el rigor de la fianza bancaria en relación con el **ius civile**. Como vemos, existe una grave contradicción en esa pretendida doble motivación.

Y si nos fijamos en el segundo miembro, el agravamiento de la obligación bancaria, creando una fianza pretoria

(1) WENGER, v. **Receptum argentarii** en PW. PLATON, Les banquiers dans la législation de Justinien, 1909, p. 15.

paralela a la civil, hay que recordar que poco se puede incrementar el rigor de la obligación derivada de la fianza civil, **sponsio**, **fidepromissio**, en un primer momento en que cabe hablar de obligación abstracta (1); y, desde otro punto de vista, no consideramos acertado ver en la garantía bancaria pretoria, un simple acuerdo, desprovisto de forma, pues, no sería suficiente para hacer nacer una obligación por sí mismo, con independencia de una relación jurídica fundamental a la que vendría a matizar. Piénsese en las otras convenciones pretorias emparentadas con ésta: el **constitutum** viene a fijar el plazo de cumplimiento de una obligación previa; el **receptum nautarum** se enmarca en un contrato de transporte marítimo; y el **receptum arbitrii** tiene como base las estipulaciones compromisorias.

En definitiva, no podemos desconectar la promesa

(1) VOLTERRA, Instituciones cit., p. 588 s. ¿En qué grado puede el pretor empeorar la condición del fiador banquero, en relación con el fiador civil, si la **sponsio** y la **fidepromissio** son válidas aunque la obligación verbal que garantizan hubiera resultado nula o ineficaz?; Gayo 3, 119: **Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, quamvis interdum ipse qui promiserit non fuerit obligatus, velut si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit.** Además, Gayo dice que en su tiempo se discutía si el **sponsor** o el **fidepromissor** debían considerarse obligados si habían garantizado una **sponsio** realizada por un siervo o un peregrino.

Habrá que esperar dos siglos desde la introducción del **receptum** para que el principio de subsidiariedad se consolide en la **fideiussio**.

civil estipulatoria y la cláusula pretoria que denominamos **receptum**. La primera posee la capacidad suficiente para adaptarse al tráfico interciudadano, pero conserva el rigor de la abstracción heredado del derecho civil. Entonces interviene el Edicto, poniendo un remedio especial a este inconveniente.

Si esto es así, parece cierto que una vez entrado en vigor el **receptum argentariorum**, el banquero respondería de modo autónomo y abstracto, unicamente en el caso de que expresamente haya manifestado esa voluntad y nunca con carácter general. De este mismo parecer es LENEL, cuando considera posible, en derecho clásico, que el banquero pueda configurar su garantía como causal, refiriéndose en su promesa a la deuda de su cliente (1).

IV. Naturaleza jurídica

1.- Teoría del pacto pretorio

Desde el punto de vista de la naturaleza jurídica

(1) LENEL, Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare ZSS 1881, p. 65-66. Propone como ejemplo las siguientes fórmulas: **Centum pro Titio recipio** (abstracta) y **centum quae tibi Titius debet recipio** (causal).

de los **recepta**, tradicionalmente, se vienen considerando como pactos provistos de acción (1): el magistrado habría intervenido sancionando simples convenciones, mediante la creación de acciones **in factum**. En efecto, frente al principio civil **ex nudo pacto inter cives romanos actio non nascitur**, el pretor reconocería eficacia a estos convenios, proclamando en su Edicto, el principio **pacta conventa servabo**. Sin embargo, no llegaría a sacar de esta máxima sus últimas e importantes consecuencias, no atreviéndose a reconocer en el mero convenio el poder de generar acción; por el contrario, cuando una de las partes acciona frente a la otra, a cuyo favor se ha celebrado el pacto, otorgaría al demandado la llamada **exceptio pacti conventi**. Mayor eficacia desplegaría el pacto en los juicios de buena fe, puesto que el juez ha de valorar **ex fide bona** las obligaciones recíprocas de las partes. En suma, aunque, en general, el nudo pacto no engendraría acción, en ciertos casos el magistrado llegaría a estimar oportuno dotar de eficacia directa a ciertos acuerdos proveyéndolos

(1) HUVELIN, Droit romain cit., p. 107 s. LEPOINTE, Les obligations, 1954, p. 296 s. Según una opinión muy extendida, el **pactum**, en origen, es el acuerdo de renuncia a un derecho o pretensión. Sentido que ya recogen las XII Tablas y se mantiene durante la época clásica. XII Tab. 1, 6, 7; 3, 5; 8, 2. Véase D. 2, 14, 7, 14 y C. 6, 2, 13. BOYER, Pacte extinctif d'action, 1939, p. 10 s.

al efecto de una **actio in factum**. Esta es la explicación tradicional que se da para los **recepta**.

Por nuestra parte, pensamos que dos principios opuestos se dan cita en este tema cuando, por un lado, se reconoce la fuerza obligatoria del acuerdo de voluntades: **sufficit eos qui negotium gerunt consensisse** (1), y por otro, se dice: **nuda pactio obligationem non parit** (2). Para salvar la aparente contradicción hay que pensar que estas dos reglas se aplican en dominios diferentes; uno el de los contratos consensuales, otro el correspondiente a los simples pactos (3).

A la vista de esta distinción, nos preguntamos cuál es el encaje que hemos de dar a los **recepta**: no parecen ser nudos pactos puesto que de ellos derivan acciones (4),

(1) Gayo 3, 136.

(2) Ulp. D. 2, 14, 7, 4; el final de la frase **sed parit exceptionem** es sospechoso de interpolación. En la exposición de Ulpiano, la regla reaparece bajo una forma diferente a propósito de los pactos añadidos (h. t. 7, 5). La **obligatio pacti** de **Sententiae Pauli** 1, 1, 1 es una categoría postclásica. ASTUTI, Contratti obbligatori, 1952, p. 73. LEVY, Pauli Sententiae, 1945, p. 43.

(3) MAGDELAIN, Le consensualisme, cit., p. 47. El principio **nuda pactio...** no significa la negación del consensualismo, ya que no enuncia un principio general y no se aplica a todas las convenciones, sólo al nudo pacto. Por tanto, su ámbito comienza cuando termina el de los contratos consensuales. SANFILIPPO, Alla ricerca dei nuda pacta, 1951, p. 331-342. Conclusiones sometidas a crítica por ASTUTI, Contratti cit., p. 75 s.

(4) Si entendemos que el pacto, en derecho clásico, significa

tampoco son contratos consensuales puesto que éstos constituyen un **numerus clausus** (1); y además, los pactos y los contratos consensuales se fundamentan en el intercambio de voluntades, mientras que en los **recepta** prevalece la declaración de voluntad de la parte a cargo de la cual va a surgir la obligación. Este es el que denominamos principio de unilateralidad de los **recepta** que resulta decisivo para entender la naturaleza de los mismos (2).

Partiendo de estas consideraciones resulta muy problemático encuadrar los **recepta** bajo la categoría de los **pacta**. En efecto, en la lengua jurídica, los términos **pactum**, **pacisci**, etc., no es aplicada a los **recepta**, si lo es a los contratos de buena fe (3). Ulpiano aporta una confirmación de lo que decimos en D. 2, 14, 1; 5; 7, con ocasión del desa-

todo acuerdo añadido a una relación jurídica, la regla general es proteger dichos pactos concediendo al efecto la **exceptio pacti**. Sólo excepcionalmente el **pactum** puede originar una acción, éste es el caso del **pactum fiduciae** que se halla protegido por la **actio fiduciae**. SCHULZ, Derecho romano clásico, 1960, p. 450.

(1) MAGDELAIN, Ob. cit., p. 46.

(2) Este carácter unilateral de los **recepta**, desde el punto de vista de las declaraciones de voluntad, hace verosímil la hipótesis, según la cual, los **recepta** van siempre adosados a una relación jurídica fundamental que les sirve de base.

(3) El término **pactum** no se aplica ni al **constitutum** ni a los **recepta**. Sobre la cuestión SCHULZ, Derecho romano clásico cit., p. 451; ASTUTI, Il costituto I, 1938, p. 137 s.

rollo de la rúbrica **De pactis**, omitiendo de la lista de las convenciones el **constitutum** y los **recepta**. La omisión no se debe a que estas figuras tengan importancia secundaria, pues, de los nudos pactos no se olvida (1), siendo su importancia menor. La promesa pretoria **pacta conventa servabo** no se refiere, pues, a los **recepta**, los cuales tienen su propio enclave en el Edicto; esta terminología del album ha encontrado reflejo y ha sido conservada igualmente por la jurisprudencial (2).

Y no debe pensarse que estamos ante un problema puramente terminológico. Así es, para el derecho clásico, no nos parece adecuado reconducir los **recepta** a la categoría del **pactum**; desde el momento en que goza de un puesto propio en el Edicto, su régimen jurídico ha de considerarse también de modo particular.

(1) D. 2, 14, 7, 4.

(2) Esta terminología ha sido desconocida en la doctrina: se ha negado a los contratos de buena fe la denominación **pactum** y **pactum conventum** que les correspondía en el derecho clásico. Inversamente se han bautizado como pactos pretorios los **recepta**, cuando los romanos no han utilizado nunca estas expresiones.

MAGDELAIN, Le consensualisme cit., p. 175, considera que toda esta imprecisión terminológica no contribuye sino a añadir dificultades al estudio del tema del consensualismo.

2.- El **receptum**, elemento accidental del negocio jurídico

Las consideraciones precedentes hechas a propósito del carácter unilateral del **receptum**, así como el haber llegado a poner de manifiesto la estrecha relación existente entre los diversos **recepta** y la correspondiente relación jurídica fundamental, nos permite llegar a concluir que los mencionados **recepta** constituirían cláusulas de aceptación de una estricta responsabilidad, añadida a un negocio jurídico básico (1); de donde se desprende que del simple negocio jurídico básico no derivaría esta estricta responsabilidad, en aquellos casos en que no conste dicha cláusula.

En virtud de la introducción de los **recepta**, acaba transformándose lo que, en origen, es una responsabilidad legal en una responsabilidad pactada. Este es, sin duda, el gran adelanto operado por obra de la actividad del pretor, en su labor de adaptación del derecho a las exigencias prácti-

(1) FREZZA, v. **Receptum** en NNDI, reconoce la existencia de una conexión entre los tres **recepta**, porque este término tiene el significado de estricta obligación de cumplir aquéllo que se ha asumido. Por ello la naturaleza de estas declaraciones de voluntad descansa en la aceptación, en todos los casos mencionados, de una responsabilidad particular, lo que denomina "responsabilità particolare".



cas.

Todo ello nos permite superar la que hemos venido denominando interpretación "negativa", ya que ésta no se ajusta a la naturaleza jurídica del **receptum** en derecho clásico. (1).

3.- El caso del **caupo** y del **stabularius**

Hasta ahora, hemos hecho referencia al árbitro, al **nauta** y al **argentarius**, habiendo omitido toda mención al **caupo** y al **stabularius**. Ello se debe a lo dudoso que resulta, para el derecho clásico, la existencia de una disciplina particular análoga a la aplicable al **nauta** (2), referida a estos sujetos.

En efecto, normalmente **caupones** y **stabularii** actúan frente a sus clientes como **locatores rei** y no como **conductores operis**, con la consecuencia decisiva de que sobre ellos no recae otra responsabilidad que la de asegurar el **uti frui**

(1) Considerando lo anterior válido para el derecho clásico, es preciso constatar que de otro modo se nos presentan las cosas en el derecho justiniano. Ahora, el **receptum argentariorum** ha sido formalmente abolido. La garantía bancaria griega, diseñada por las **Novellae**, da lugar a una obligación frente al **argentarius**, con perfiles propios que la distinguen de la figura romana.

(2) HUVELIN, Droit commer. rom. cit., p. 138-139.

de la cosa al otro contratante (1). Esta afirmación descansa en el hecho de que en el Digesto nos encontramos ante una serie doble de textos; en la una se usa **recipere** con el acusativo de cosa, **recipere rem**, forma abreviada de **recipere rem salvam esse** (2), y en la otra, privada de toda base en la letra y en la disciplina del Edicto (3), con el acusativo de una persona, **recipere viatorem** (4). Ello nos lleva a pensar que estamos ante dos órdenes de textos distintos, originariamente, cuya unión sólo puede ser justiniana.

Decisivo en sentido contrario a la intervención del magistrado en tema de **receptum de cauponibus y stabularii**, es el argumento que puede obtenerse de la limitación de la **exceptio labeoniana**, a los casos de **naufragium** y de **vis**

(1) DE ROBERTIS, **Rec. nautarum** cit., p. 145 s.

(2) D. 4, 9, 1 pr., **Ulpianus libro quarto decimo ad edictum; Nautae cauponibus stabularii quod cuiusque salvum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo.** D. 4, 9, 1, 6, **Ait praetor: quod cuius salvum fore receperint: hoc est quamcumque rem sive mercem receperint.** D. 4, 9, 1, 8. D. 4, 9, 3, pr., **Ulpianus libro quarto decimo ad edictum; res in navem receptae.** D. 4, 9, 3, 1. D. 4, 9, 4, 2, **Paulus libro tertio decimo ad edictum.** D. 47, 5, 1, 4, **Ulpianus libro trigensimo octavo ad edictum, bajo el título Furti adversus nautas cauponibus stabularios; Quod si receperit salvum fore caupo vel nauta, furti actionem non dominus rei subreptae, sed ipse habet, quia recipiendo periculum custodia subit.**

(3) El Edicto considera la garantía de las cosas no de las personas.

(4) D. 4, 9, 6, 3, **Paulus libro vicensimo secundo ad edictum, hoc autem non pertinet, ad eum, qui hospitio repentino recipitur, veluti viator.**

piratarum típicos de la actividad de la navegación.

Por todo ello, entendemos que la disciplina unitaria que presenta el Digesto, en orden a la responsabilidad de los **nautae, caupones et stabularii** no pertenecería al derecho clásico; y por consiguiente ha de atribuirse a Justiniano la utilización de los comentarios al Edicto sobre el **receptum nautarum**, para introducir también los negocios de **caupones et stabularii**, con el fin de transformar en un **naturale negotii**, la responsabilidad objetiva que, en otro tiempo, sólo podía surgir sobre la base de una convención accesoria (1).

(1) D. 19, 2, 40, **Gaius libro quinto ad edictum provinciale; Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat.**



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPITULO TERCERO

EL RECEPTUM ARGENTARIORUM EN EL CORPUS IURIS CIVILIS



1.- Aclaración sobre la terminología empleada

El nombre de **receptum argentariorum** que hemos dado a nuestro negocio no se encuentra en las fuentes; en ellas hallamos, en cambio, el nombre de **actio recepticia** (1). Del adjetivo **recepticia**, que acompaña a esta acción, se ha llegado a establecer que el sustantivo aplicable al negocio jurídico en cuestión es el de **receptum**. Sin embargo, algunos autores usan otros nombres como **receptitium** (2). Pero esta denominación no resulta admisible porque **receptitium** es un adjetivo y no puede aparecer por sí mismo sin hacer referencia a un

(1) I. 4, 6, 8 y C. 4, 18, 2. Sin embargo, con los términos **actio de recepto** se denomina la que corresponde contra el **nauta**. D. 4, 9, 1.

(2) ACCARIAS, Précis de droit romain II, 1882, p. 776.

sustantivo (1). Desde otro punto de vista, partiendo de la analogía de **expensilatio**, **transcriptio**, **acceptilatio** se ha llegado a **receptio** y no a **receptum** (2). No parece que ésto sea así, pues, en el lenguaje literario y en el jurídico, **receptum** viene usado en el sentido de aceptación de una obligación, de compromiso, promesa, empeño. Por su parte, **receptio** indicaría sólo un recibir materialmente. Finalmente, si recurrimos a un instituto afín al **receptum** como es el **constitutum**, observamos que, en este caso, no se han planteado dudas en relación con otra palabra derivada de **constituere** como es **constitutio**.

2.- Escasez de datos en las fuentes

2.1 Causas: Las noticias que del **receptum argentariorum** tenemos en las fuentes son muy escasas. Sabemos que por una constitución del año 531, **Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.**, fue abolida la **actio recepticia** (3). A partir de ahora, será la **actio pecuniae constitutae** la que cubra las necesidades

(1) Piénsese, por ejemplo, en el binomio **dos recepticia**, D. 39, 6, 31.

(2) VOIGT, Ueber die Bankiers, die Buchführung und die Litteralobligation der Römer, 1887, n. 76 p. 549.

(3) L. 2 Cod. 4, 18 **De const. pec.**

de la práctica. Esta reforma legislativa, por una parte, introduciría simplicidad en el comercio jurídico, pero, desgraciadamente, nos ha privado de datos necesarios para el estudio de nuestra acción. En efecto, Justiniano ha querido borrar toda huella de su existencia pasada. Los términos de su constitución son inequívocos: **Omnia quae de recepticia in diversis libris legislatorum posita sunt aboleantur**. Estos términos aquí recogidos nos dan la explicación de la escasez de referencias sobre el **receptum argentariorum** en las fuentes.

2.2 Consecuencias: Las razones anteriores nos advierten de la necesidad de acoger con prudente reserva los textos del Digesto referidos al **constitutum**. Ciertamente pesa sobre algunos de ellos una fundada sospecha de interpolación, correspondiendo a la crítica la determinación de su veracidad. Por todo ello, nos veremos obligados a recoger en este capítulo, algunas de las conclusiones a que ha llegado la doctrina en tema de **constitutum debiti**; institución que parece estar emparentada con la nuestra aunque sólo sea por lo que se refiere al derecho justiniano.

3.- Fuentes bizantinas

Sobre el **receptum argentariorum** sólo encontramos referencias en las fuentes, tal y como han llegado hasta



nosotros y podemos leerlas, en tres ocasiones y sin hacer objeto a esta institución de grandes desarrollos. Estos tres pasajes son los siguientes (1):

- 1.- Instituciones de Justiniano 4, 6, 8
- 2.- Paráfrasis griega de las Instituciones
- 3.- Código de Justiniano 4, 18, 2.

Veamos lo que se nos dice en cada uno de estos fragmentos.

En Inst. De action. 4, 6, 8, se hace referencia a la similitud entre la **actio de pecunia constituta** y la **actio recepticia**. Nosotros no tenemos por qué creer que esta similitud sea válida para el derecho clásico, ya que la única razón que, según parece, se tiene para decir ésto, es que del Código de Justiniano podría desprenderse la idea de transferencia de elementos de la **recepticia** a la **de pecunia constituta**. Pero ello, quizá, resulte sólo un lamentable espejismo; piénsese que la **actio recepticia** no era bien conocida en tiempos de Justiniano: el mismo emperador confiesa que ésta era un vestigio del pasado que ya nadie practicaba. El texto en cuestión es el siguiente:

(1) ROSSELLO, Rec. argent. AG 1890, p. 4 s.

In personam quoque actiones ex sua iurisdictione propositas habet praetor veluti de pecunia constituta, cui similis videbatur recepticia: sed ex nostra constitutione, cum et, si quid plenius habebat, hoc in pecuniam constitutam transfusum est, ea quasi supervacua iussa est cum sua auctoritate a nostris legibus recedere.

Mayor amplitud encontramos en la Paráfrasis griega de las Instituciones, atribuida a Teófilo, que, comentando el pasaje anterior, establece un paralelo entre la **actio recepticia** y la **actio pec. const.**

El texto nos informa sobre las analogías y diferencias entre la **actio de pecunia constituta** y la **actio recepticia**. Por lo que se refiere a las diferencias, desde el punto de vista personal, la **a. recepticia** sería ejercitable exclusivamente frente a los banqueros, lo que contrasta con el ámbito general de la **a. pec. const.** Desde el punto de vista objetivo, la **a. recepticia** sería general, mientras la **a. de pec. const.** vendría circunscrita a deudas referentes a cosas que se pesan, cuentan o miden. Por ésto, se nos dice finalmente que el ámbito objetivo de la **a. pec. const.** viene ampliado hasta equipararse, en este tema, a la **a. recepticia**.

No nos queda más remedio que dudar sobre la validez de estas conclusiones para el derecho clásico, pues el fundamen-

to de las mismas, sigue siendo, únicamente, lo que establece el Código de Justiniano.

Por otra parte, el enfoque jurídico que se da a esta cuestión no resulta adecuado, pues hablar exclusivamente de acciones equivale a abordar el tema desde una perspectiva puramente procesal, incorrecta para una época en que ha quedado superado el procedimiento **per formulas** (1). La versión latina es la que reproducimos a continuación:

Erat autem olim huic pecuniae constitutae actionis similis etiam actio receptitia, quae competit argentario respondente et constituyente. Et receptitiae quidem actinis ac pecuniae constitutae convenientia haec est, quatenus utraque ex constituendo nascitur: differentia autem, quod pecuniae quidem constitutae actio in quovis alio constituyente locum habeat, receptitia autem in solo argentario. Et altera est differentia quod pecuniae quidem constitutae actio locum habeat, quando constituuntur, quae pondere, numero, mensura constant; sed receptitia quaecumque quod debetur fuerit, sive mobile sive

(1) C. 2, 57, 1 recoge una constitución del 342 que parece abolir el procedimiento formulario.

immobile, constituyente argentario, institui potest. Itaque pecuniae constitutae actio personis quidem ampliatur, namque quilibet constituit; sed rebus coarctatur, sola enim, quae sunt ponderis, numeri, mensurae, constituuntur: receptitia autem e diverso coarctatur personis, nam solus argentarius ea tenetur; sed ampliatur rebus, quaelibet enim debita in se recipit - Verum haec olim: facta est autem constitutio Imperatoris nostri, quae solam pecuniae constitutae actionem et adversus argentarium et quemvis alium constituentem moverit iussit, tollens receptitiam Rerum vero ampliationem, quam in se habebat receptitia, transtulit in actionem pec. const. ita ut hodie pecuniae const. actio locum habeat adversus omnem constituentem, et in omni re debita.

Las mayores informaciones las tenemos en el **Codex Iustinianus**, en la constitución con que fue abolida la **actio recepticia** (Cod. De const. pec. 4, 18, 2):

Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. Recepticia actione cessante, quae sollemnibus verbis composita inusitato recessit vestigio, necessarium nobis visum est magis pecuniae constitutae naturam ampliare. Cum igitur praefata actio, id est pecuniae constitutae, in his tantummodo a veteribus conclusa est, ut

exigeret res quae in pondere numero mensura sunt, in aliis autem rebus nullam haberet communionem et neque in omnibus casibus longaeva sit constituta, sed in speciebus certis annali spatio concluderetur, et dubitaretur, si pro debito sub condicione vel in diem constituto eam possibile est fieri et si pure constituta pecunia contracta valeret, hac apertissima lege definimus, ut liceat omnibus constituere non solum res quae pondere numero mensura sunt, sed etiam alias omnes sive mobiles sive immobiles sive semoventes sive instrumenta vel alias quascumque res, quas in stipulationem possunt homines deducere; et neque sit in quocumque casu annalis, sed (sive pro se quis constituat sive pro alio) sit et ipsa in tali vitae mensura, in qua omnes personales sunt actiones, id est in annorum metis triginta: et liceat pro debito puro vel in diem vel condicionali constitui, et non absimilem penitus stipulationi habeat dignitatem, suis tamen naturalibus privilegiis minime defraudata: sed et heredibus et contra heredes competat, ut neque recepticiae actionis neque alio indigeat res publica in huiusmodi casibus adminiculo, 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 conditiones, quae et pecunias indebitas et promissiones corrumpi et restitui definiunt. Ut non erubescat igitur tale legum iurgium, hoc tantummodo constituatur, quod debitum est, et omnia, quae de recepticia in diversis libris legislatorum posita sunt, aboleantur et sit pecunia constituta omnes casus complectens, qui et per stipulationem possint explicari. Et neminem moveat, quod sub nomine pecuniae etiam omnes res exigi definimus, cum et in antiquis libris prudentium, licet pecunia constituta nominabatur, tamen non pecuniae tantum per eam exigebantur, sed omnes res quae pondere numero mensura constitutae sunt. Sed et possibile est omnes res in pecuniam converti. si enim certa domus vel certus ager vel certus homo vel alia res quae expressa est in constituendis rebus conatur, quid distat a nomine ipsius pecuniae? Sed ut et subtilitati eorum satisfiat,

qui non sensum, sed vana nominum vocabula amplecti desiderant, ita omnes res veniant in constitutam, tamquam fuisset ipsa pecunia constituta, cum etiam veteres pecuniae appellatione omnes res significare definiunt et huiusmodi vocabulum et in libris iuris auctorum et in alia antiqua prudentia manifestissime inventum est. His videlicet, quae argenti distractores et alii negotiatores indefense constituerint, in sua firmitate secundum morem usque adhuc obtinentem durantibus.

4.- Falta de referencias directas en el Digesto

La antigua doctrina sostuvo que en el Digesto no se hace mención a nuestro instituto (1). Y así es, pues si consideramos los textos del Digesto tal y como aparecen en la compilación justiniana, no se encuentra la palabra **receptum** en relación con los **argentarii**.

Sin embargo, surgieron dudas con respecto a un

(1) CUIACIUS, Comment. in Cod. tit. 18 lib. IV, 1758, IX, 240, C, D. VULTEJUS, Comm. in Instit. 4, 6, 8, 1613, n. 5 p. 680. CALVINUS, Lexicon juridicum v. Receptitia actio c. 1713, 1610. VICAT, Vocab. juris. utriusque v. Recept. actio, IV, 136 s., 1760. KRAUT, De argentariis et nummulariis commentatio, c. X p. 112, 1826.

primer fragmento (1), en el sentido de que hubiese sufrido alguna modificación por parte de los compiladores; siendo ZENTNER (2) el primero que dio adecuada demostración de ello. La redacción de D. 2, 13, 6, 3, **Ulpianus** libro cuarto **ad edictum**, viene establecido en los siguientes términos:

... **sed et quod solvi constituit argentarius edere debet: nam et hoc ex argentaria venit** (3).

Como vemos, en el Digesto puede leerse **constituit**, en este pasaje referido a la obligación de los banqueros de exhibir las cuentas relativas a las deudas que hayan asumido. Para admitir la interpolación piénsese en que D. 2, 13, 6 pertenece a Ulpiano libro cuarto **ad edictum** y es evidente que en este autor, todavía la **actio recepticia** no había sido abolida; si a ésto añadimos que en la segunda parte del texto se nos dice que la asunción de deuda, **solvi constituit**, es un negocio propio de los banqueros, **nam et hoc ex argentaria venit**, debemos concluir que es la promesa bancaria y no el

(1) Dig. De **edendo** 2, 13, 6, 3.

(2) ZENTNER, De recepto argentariorum, 1859, p. 5.

(3) Aparece en Ulpiani ad edictum lib. IV bajo la rúbrica **De edendo**. LENEL, Palingenesia Iuris Civilis II 1889 (1960), c. 430. Cuando LENEL propone la sustitución de **constituit** por **recepit**, este último término no ha de entenderse, en este autor, en el sentido riguroso de obligación abstracta sino como promesa bancaria de garantía, en sentido amplio.

constitutum debiti, el que cumple esta condición; Ulpiano no pudo considerar el **constitutum** como una especialidad del negocio bancario cuando cualquiera podía obligarse por este medio.

5.- Los textos interpolados

Un decisivo paso adelante en el conocimiento de nuestra institución se debe a LENEL, quien ha llegado a descubrir importantes pasajes en el Digesto que, originariamente, debieron pertenecer a la garantía bancaria, dando la adecuada demostración de todo ello y obteniendo importantísimas consecuencias en orden a la reconstrucción del Edicto del Pretor (1).

Vamos a abordar el estudio de los textos descubiertos por LENEL relativos a esta cuestión y a recordar el procedimiento por el que este romanista ha llegado a rescatar el sentido originario de aquéllos.

5.1 Los libros 13 de Paulo y 14 de Ulpiano ad edictum.

Examinando la composición del título 5, libro 13 del Digesto

(1) LENEL, Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare, ZSS 1881, p. 62-71 y Das Edictum Perpetuum, 1927, p. 130 s.

De **pecunia constituta** y observando, particularmente, el lugar de procedencia de los fragmentos de Paulo y de Ulpiano, nos está permitido establecer los siguientes puntos:

1.- Ulpiano dedica el libro 27 de su Comentario al Edicto al estudio del **constitutum**.

2.- Paulo dedica al mismo tema el libro 29 de su Comentario al Edicto.

Ahora bien, en este mismo título **De pecunia constituta** aparecen dos fragmentos de estos mismos juristas que, tal como los podemos leer, hacen referencia al **constitutum** pero que tienen un lugar de procedencia distinto. Los fragmentos en cuestión son los siguientes:

1.- El número 27 que ha sido extraído del libro 14 de Ulpiano **ad edictum**.

2.- El número 12 que ha sido extraído del libro 13 de Paulo **ad edictum**.

Sobre este punto es conveniente plantear la siguiente reflexión: los dos últimos textos, en el Digesto parecen tratar del **constitutum**, pero ello no es posible puesto que los juristas dedican otros libros al estudio de esta institución.

En efecto, ni el libro 14 de Ulpiano **ad edictum** ni el libro 13 de Paulo **ad edictum** tratan del **constitutum**. Entonces, nos interesa saber cuál es el negocio jurídico

objeto de estos libros. Es a esta pregunta a la que damos contestación ahora.

Para ello acudimos a la lectura de los títulos 8 y 9 del libro cuarto del Digesto, relativos al **receptum arbitrii** y al **receptum nautarum cauponum et stabulariorum**, de donde resulta que:

1.- Paulo dedica el libro 13 de su Comentario al Edicto al estudio del **receptum**.

2.- Ulpiano estudia el **receptum arbitrii** en el libro 13 de su Comentario al Edicto y el **receptum nautarum** en el libro 14 de la misma obra. En este mismo libro 14 trata, igualmente, otros varios edictos.

Así es, los fragmentos 27 y 12 que figuran bajo el título **De pecunia constituta** han sido extraídos de libros dedicados al estudio del **receptum**, libro 13 de Paulo y libros 13 y 14 de Ulpiano; mientras que la **pecunia constituta** es estudiada por estos autores en libro 29 Paulo y libro 27 Ulpiano.

Existe, pues, una gran probabilidad a favor de la interpolación de estos fragmentos (1), los cuales estarían

(1) La argumentación de LENEL en este tema ha sido posteriormente admitida: ROSSELLO, **Rec. arg.** cit., p. 18; FREZZA, **Le garanzie** I 1962, p. 275.

dedicados seguramente, en su redacción originaria, no al **constitutum** sino a la promesa bancaria.

5.2 El libro 5 de Gayo ad edictum provinciale.

Un razonamiento similar puede aplicarse al número 28 del título 5 **De pecunia constituta**, libro 13 del Digesto, el cual ha sido extraído del libro 5 de Gayo **ad edictum provinciale**. Siguiendo el pensamiento ya conocido, si acudimos a los títulos 8 y 9 **De receptis** del libro 4, la conclusión de que Gayo en su libro 5 estudia la obligación bancaria, resulta inevitable. Por tanto, la misma apariencia que en relación con los anteriores, existe aquí a favor de la interpolación del fragmento 28, el cual no estaría, en origen, dedicado al **constitutum**.

Tal es el argumento de carácter textual, la razón topográfica, si así se puede decir, que desde LENEL viene siendo generalmente admitido. Ahora bien, aunque esta idea tenga bastantes visos de verosimilitud, conviene profundizar en la verificación de los argumentos enunciados.

6.- D. 13, 5, 27

Comencemos por el número 27 **De pecunia constituta** que en origen figuró en **Ulpianus libro quarto decimo ad edictum**.

Este texto admite la posibilidad de que el **constitutum**

llegue a perfeccionarse (empleamos el término **constitutum** sólo provisionalmente y ajustándonos de modo estricto a sus palabras) cuando el deudor principal esté ausente e incluso contra la voluntad de este deudor principal; por lo que Pomponio escribe que debe considerarse falsa la opinión de Labeón cuando cree éste que, si alguien constituyó por otro deudor y le notifica que no pague, debe darse una excepción por el hecho.

El jurista expresa estas ideas con arreglo a los siguientes términos:

Utrum praesente debitore an absente constituat quis, parvi refert hoc amplius etiam invito constitue- re eum posse Pomponius libro trigensimo quarto scribit: unde falsam putat opinionem Labeonis existi- mantis, 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 (1).

(1) Figura en **Ulpiani ad edictum lib. XIV, De receptis**, iniciando el desarrollo de la rúbrica **De recepticia actione**, a continuación del apartado **Nautae caupones stabularii etc.** LENEL, **Palingenesia** II cit., c. 491-492.

6.1 El libro 34 de Pomponio. Si admitimos que el pasaje anterior está interpolado, es muy posible que el texto citado de Pomponio, libro 34, tenga por objeto el estudio de los **recepta**.

En efecto, si volvemos al libro 4 del Digesto, a nuestro conocido título 9, **Nautae caupones stabularii ut recepta restituant**, observamos que en su primer fragmento, extraído del libro 14 **ad edictum** de Ulpiano, viene recogido, precisamente en su parágrafo 7, un reenvío al libro 34 de Pomponio, el cual trata una cuestión relativa al **receptum nautarum**. Otro argumento, en el mismo sentido, puede obtenerse del tercer fragmento de este mismo título. En definitiva, el libro 34 de Pomponio no parece contener temas de **constitutum** sino que está dedicado al estudio de los **recepta** (1).

6.2 El **constitutum** de deuda propia como supuesto típico. Como es sabido, se vienen distinguiendo dos clases de **constitutum**: el **constitutum debiti proprii** y el **constitutum debiti alieni**, según que una persona se comprometa a satisfacer una deuda propia o una deuda de otro (2). Pues bien, el **consti-**

(1) ROSSELLO, Rec. arg. cit., p. 18.

(2) VOLTERRA, Institutiones cit., p. 5, 7, 4.

tutum debiti alieni ocupa un espacio bastante reducido en el derecho clásico. Así es, la promesa del deudor de pagar, en una fecha determinada, la deuda propia es el contenido típico y originario del **constitutum** (1).

Lo que sí puede resultar verosímil es que la práctica de la época postclásica, haya visto intensificarse el uso del **constitutum** de deuda ajena y de su implícita función de garantía (2).

A confirmar lo anterior viene la siguiente idea: si dejamos a un lado los textos probablemente interpolados, en el título **De pecunia constituta**, el **constitutum debiti alieni** sólo aparece en dos ocasiones, mientras que el fragmento que estamos examinando así como el que estudiaremos a continuación (frg. 28) curiosamente se refieren, con toda claridad,

(1) BRUNS, Das **constitutum debiti**, 1861, p. 221 s. ASTUTI, Il **costituto di debito**, 1941, p. 39 s. FREZZA, Le **garanzie cit.**, p. 231. El deudor establece rigurosamente el término del pago y el acreedor, confiando en esta declaración del deudor, renuncia a la posibilidad de exigir antes del término. Si el deudor no cumple con su compromiso, su incumplimiento, además de significar un detrimento patrimonial, adquiere un peculiar carácter de quebrantamiento de la palabra dada contra el que se dirige especialmente la sanción de la **sponsio dimidiaie partis** que, como Gayo nos dice, no es posible ni contra los herederos del deudor ni contra sujetos que no son imputables.

(2) ROUSSIER, Le **constitut**, 1958, p. 98 s. En el derecho justinianeo el **constitutum** es un contrato asimilado a la estipulación (C. 4, 18, 1 a) y como tal válido incluso **sine diei adiectione**. FREZZA, Le **garanzie cit.**, p. 236.

a una promesa de pago por otro.

Si estos dos últimos fragmentos se refiriesen realmente al **constitutum**, del modo como se expresa el jurista, cabría deducir que la promesa de pago de deudas ajenas es la especie normal de **constitutum** y quizá la única, lo cual no es admisible (1).

Como decimos, si dejamos a un lado los fragmentos interpolados, los textos que en el Digesto se refieren al **constitutum debiti alieni** son los dos siguientes:

1.- D. 13, 5, 5, 2 y 3 de Ulpiano, el cual se limita a una breve observación sobre la posibilidad de **constituere debiti altrui**, en su Comentario al Edicto, citando incluso en su apoyo la autoridad de Juliano; lo que demuestra que tal uso del **constitutum** es relativamente raro.

2.- D. 13, 5, 2 de Juliano que da lugar a muchas dudas (2).

(1) ROSSELLO, Rec. arg. cit., p. 19. ZENTNER, De rec. argent. cit., p. 40, antes que LENEL, ya ha referido el fr. 27 a la promesa bancaria, pero sin dar concretas razones, aunque del conjunto de su exposición parece desprenderse que lo ha hecho aplicando lo que decimos del **constitutum pro alio**.
(2) El primer fragmento es el siguiente: Dig. De pec. const. 13, 5, 5, 2 y 3 Ulp. lib. XXVII ad edictum. Quod exigimus, ut sit debitum quod constituitur, in rem exactum est, non utique ut is cui constituitur creditor sit; nam et quod ego debeo tu constituendo tenebris, et quod tibi debetur si mihi constituatur, debetur; Iulianus quoque libro undecimo scribit:

En definitiva, si se leen los fragmentos del título **De pecunia constituta**, uno llega a adquirir la convicción de que el caso normal de **constitutum** es el **debiti proprii**. Por lo que las palabras de Ulpiano, en el número 27, sólo tienen sentido si vienen referidas a la garantía bancaria.

7.- D. 13, 5, 28

Vamos ahora con el número 28 Dig. De pec. const.

Titius epistolam ad me talem emisit: Scripsi me secundum mandatum Seii, si quid tibi debitum adprobatum erit me tibi cauturum et soluturum sine controversia, tenetur Titius de constituta pecunia. El texto recoge la idea según la cual, es posible constituir con persona distinta del acreedor, es decir, puede hacerse la constitución con el procurador del acreedor, igualmente con el tutor de un pupilo o el curador de un incapacitado; ésto es lo que desarrolla el mismo texto unas líneas más abajo. En la segunda parte se hace referencia a un caso que plantea Juliano relativo a un **constitutum** (de deuda ajena) mediante documento escrito. La referencia es ocasional lo que significa que el **constitutum** de deuda propia es el supuesto normal.

El segundo texto dice así: Dig. De pec. const. 13, 5, 2 **Iulianus libro undecimo digestorum. Quod si filii nomine constituerit se decem soluturum, quamvis in peculio quinque fuerint, de constituta in decem tenebitur.** Del cual se desprende que si el padre constituyó plazo a la deuda de su hijo de diez mil sestercios, quedando en el peculio tan sólo cinco mil, quedará obligado a diez mil.

Su interpretación resulta problemática, pues éste y otros textos que se podrían citar como D. 15, 3, 15 y D. 13, 5, 1, 8, tratan de la responsabilidad del **pater** o **dominus** por el **filius** o **servus** y viceversa del hijo por el padre en caso de que uno **constituat se soluturum** por el otro. Estamos en el terreno de las **actiones adiecticiae** que mantiene sus diferencias con respecto al **constitutum debiti alieni**.

obtenido a partir de **Gaius libro quinto ad edictum provinciale**.

Por este texto sabemos que cuando alguien constituye plazo para pagar por otro, el deudor principal sigue estando obligado. Utilizamos la expresión "constituye plazo" sólo provisionalmente, pues parece más correcto entender que hace referencia a uno de los principios generales de la fianza bancaria.

Este principio general viene enunciado del siguiente modo:

Ubi quis pro alio constituit se soluturum, adhuc is, pro quo constituit, obligatus manet (1).

Para demostrar la interpolación, en primer lugar, resultan de aplicación aquí los mismos argumentos empleados para el anterior número 27 al que nos hemos referido. Pero además, nos es posible profundizar en un sentido concreto, como hacemos a continuación.

En efecto, el fragmento 28 recoge el principio de coexistencia autónoma de dos acciones: la derivada de la obligación principal y la que surge del **constitutum debiti**

(1) Lo leemos en **Gai ad edictum provinciale lib. V** en el apartado **Argentarii quod pro alio solvi receperint etc.**, que viene precedido del correspondiente a **Nautae caupones stabularii ut recepta restituant** y del **Qui arbitrium receperint etc.**, LENEL, **Palingenesia** I cit., c. 198.

alieni. De tal modo que la primera no se extingue por el nacimiento de la segunda. Sin embargo, aquí puede plantearse una doble objeción: por una parte, hace referencia al **constitutum** de deuda ajena, que, como ya hemos visto, no es el caso normal en derecho clásico; por otra parte, este mismo principio viene enunciado, con carácter general y con adecuada precisión, en un pasaje anterior de este mismo título 5. Por lo que parece, se ha incurrido en un defecto de duplicación difícil de explicar (1).

En conclusión, conviene resaltar que el fragmento 28 sólo puede referirse a la obligación asumida por el **argentarius**, al resultar innecesariamente reiterativo para referirse al **constitutum**.

(1) Nos estamos refiriendo a Dig. De pec. const. 13, 5, 18, 3, Ulpianus libro vicensimo septimo ad edictum: **Vetus fuit dubitatio, an qui hac actione egit sortis obligationem consumat et tutius est dicere solutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litis contestatione, quoniam solutio ad utramque obligationem proficit.** De donde resulta, que es antigua la duda sobre si el que demanda con la acción derivada del **constitutum**, consume la acción anterior, siendo más seguro decir que la liberación de esa obligación viene con el pago de la sentencia y no con la litiscontestación, pues el pago sirve para extinguir las dos obligaciones.

Esta norma ve únicamente en la **solutio** la causa de extinción que opera tanto sobre la obligación principal como sobre la del **constitutum**.



8.- D. 13, 5, 12

Nos ocupamos, a continuación, del estudio del número 12, correspondiente a **Paulus libro tertio decimo ad edictum**.

En el mismo leemos que si se debían diez mil sester-cios y el deudor constituye plazo para pagar los diez mil más el **servus**, puede decirse que se obliga tan sólo por los diez mil. No hay que olvidar que también aquí el término "constituye plazo" sólo se usa a título provisional.

Estas ideas vienen recogidas en el imponentísimo pasaje que sigue:

**Sed et si decem debeantur et decem et Stichum
constituat potest dici decem tantummodo nomine
teneri (1).**

8.1 Defecto de duplicación. Para atacar la pretendida veracidad de este texto, partamos de que en materia de **constitu-tum**, en derecho clásico, existe una regla de cuya certeza no se puede dudar, que enunciamos en los siguientes términos: la **pecunia constituta** no puede exceder del valor correspondiente

(1) Pertenece a **Pauli ad edictum lib. XIII, De receptis** y, más en concreto, a su último apartado **De recepticia actione**, siendo el primero de ellos **Qui arbitrium receperint etc.**, y el segundo **Nautae caupones etc.**, LENEL, **Palingenesia** I cit., c. 992.

a la **pecunia debita** (1).

Pues bien, lo que nos transmite Paulo en este fragmento 12, es otra duplicación imprecisa, difícil de entender, con respecto a lo que dice Ulpiano inmediatamente antes en el fragmento 11,1. Es fácil comprobar la claridad y la precisión de D. 13, 5, 11, 1 en contraste con el ya citado número 12 (2).

8.2 La imposibilidad de un **constitutum** de deuda de cosa cierta. Una segunda regla clásica es la que dice que el **constitutum** no puede ir referido a una obligación cuyo objeto es entregar una cosa cierta (3).

Si admitimos lo anterior, hemos de explicar por

(1) La fórmula misma de la acción derivada del **constitutum** limita expresamente la garantía a la cantidad debida. D. 13, 5, 18, 1 ... **eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse**. ASTUTI, Il costituito cit., p. 48. Como consecuencia del principio de accesoriedad, las fuentes declaran abiertamente la invalidez del **constitutum** si la deuda principal es inexistente. FREZZA, Le garanzie cit., p. 245; presupuesto del **constitutum debiti** es la existencia de un débito.

(2) Ulpianus libro vicensimo septimo ad edictum: ... **Si quis centum aureos debens ducentos constituat, in centum tantummodo tenetur, quia ea pecunia debita est: ergo et is, qui sortem et usuras quae non debebantur constituit, tenebitur in sortem dumtaxat**. De donde deducimos que si el deudor de cien constituye plazo para pagar doscientos, queda obligado tan sólo en cien porque ésa es la cantidad debida: por tanto, si lo hizo para pagar el capital recibido más los intereses que no debía, quedará obligado tan sólo por el capital.

(3) ASTUTI, Il costituito cit., p. 21 s.; FREZZA, Le garanzie cit., p. 249.

qué Paulo se refiere a un **constitutum** cuyo objeto es la entrega del **servus**, es decir, un cuerpo cierto; cuando como sabemos este negocio, en derecho clásico, no puede tener por objeto más que cosas fungibles. La única explicación es que el texto ha sido retocado por los compiladores.

Sin embargo, no podemos dejar de considerar que la regla clásica que hemos establecido no concuerda con lo que se dice en D. 13, 5, 1, 6 (1). Para aclarar la cuestión, han de hacerse algunas observaciones sobre el derecho clásico en esta materia. En efecto, el término **pecunia** del texto del Edicto permite considerar válido un **constitutum** añadido a un crédito no sólo de dinero sino también de **res quae pondere numero mensura consistunt**. Lo que sería una consecuencia de la posición del edicto **de pecunia constituta** como apéndice de la rúbrica **si certum petetur**. Ello indica la intención

(1) Leamos, en este sentido, D. 13, 5, 1, 6 **Ulpianus libro vicensimo septimo ad edictum: Debitum autem ex quacumque causa potest constitui, id est ex quocumque contractu sive certi sive incerti, et si ex causa emptionis quis pretium debeat vel ex causa dotis vel ex causa tutelae vel ex quocumque alio contractu**. Este texto parece contradecir lo que hemos establecido arriba, pues, en él se nos dice que puede constituirse plazo para la deuda de cualquier causa que sea, es decir, de cualquier contrato, sea de objeto cierto o no, ya sea un comprador que debe el precio, ya sea el marido que debe restituir la dote, ya sea un tutor por su tutela, ya se trate de cualquier otro contrato.

del pretor de crear un instituto de aplicación extensiva a las relaciones obligatorias con prestación de cantidad fungible. El prototipo de esta categoría es naturalmente el mutuo (1). Y quien ha extendido la esfera de aplicación del **constitutum**, más allá de sus originarios límites ha sido Justiniano: así lo declara en la constitución reformadora (C. 4, 18, 2, 1) ... **definimus, ut liceat omnibus constituere non solum res quae pondere numero mensura sunt** (es decir, las cosas que hasta ahora formaban el posible objeto del negocio) **sed etiam alias omnes sive mobiles sive immobiles sive semoventes sive instrumenta vel alias quascumque res, quae in stipulationem possunt homines deducere** (2).

A esta innovación legislativa (3) responde el texto anteriormente recogido y no al derecho clásico como a primera vista pudiera parecer.

8.3 Imposibilidad de una garantía bancaria de deuda propia. Otra dificultad nos plantea el fragmento 12,

(1) ASTUTI, Il costituito cit., p. 21.

(2) FREZZA, Le garanzie cit., p. 249.

(3) MITTEIS, Trapezitika ZSS 1898, p. 198 s.; el uso de contraer mutuos en los que el mutuuario recibía especies metálicas no amonedadas e incluso cosas no fungibles estimadas (C. 4, 2, 8; 4, 32, 25; Nov. 136) puede estar también en la base de la innovación justiniana, además de la clara aproximación del **constitutum** a la **stipulatio**.

D. 13, 5, que ya hemos visto no puede referirse a un **constitutum debiti**; como lo hemos traducido diciendo que es el mismo deudor quien constituye plazo para pagar los diez mil más el **servus**, ¿habría que pensar que estamos ante una garantía de "deuda propia"?. Ello no parece posible, pues la promesa bancaria adquiere su típica fisonomía en el campo de la aceptación de una deuda ajena (1). En este sentido, los términos del Edicto son inequívocos, y nos ponen de manifiesto la idea del **receptum pro alio: Argentariae mensae exercitores quod pro alio solvi receperint ut solvant.**

En relación con ésto, LENEL (2) llama nuestra atención sobre la falta de sujeto en este pasaje y sobre la variación de la construcción pasiva-activa, **debeantur ... constituat**, lo cual convierte en verosímil que el promitente sea una persona distinta del deudor. Esta verosimilitud es todavía mayor cuando se lee el fragmento 11 anterior a éste, del cual no es sino la continuación:

Si quis centum aureos debens ducentos constituat, in centum tantummodo tenetur, quia ea pecunia debita est: ergo et is sortes et usuras quae non debeban-

(1) ROSSELLO, Rec. arg. cit., p. 35.

(2) LENEL, Beitrage cit., p. 65 n. 138.



tur constituit, tenebitur in sortem dumtaxat.

**Sed et si decem debeantur et decem et Stichum
constituat, potest dici decem tantummodo nomine
teneri.**

En el fragmento número 11 no se puede dudar que se trata de un **constitutum debiti proprii**, pero en el siguiente 12 tiene lugar el cambio de construcción, lo que no resulta justificable de otro modo que refiriendo cuanto se dice a una deuda ajena. Si ésto es así, resulta claro que quien promete es persona distinta del deudor (1).

9.- D. 13, 5, 26

Otro pasaje posiblemente interpolado es uno de **Scaevola**. Se trata del número 26 Dig. **De pec. const.** 13, 5 que precede a los fragmentos 27 y 28 anteriormente analizados.

Según éste, un cierto deudor escribió a su acreedor en los siguientes términos: Señor, tengo a tu disposición los diez mil que Lucio Ticio había recibido prestados por ti al contado, a parte los intereses que resulten. Respondió

(1) En este sentido ROSSELLO, Ob. cit., p. 21.

el jurista que de lo dicho deriva que queda obligado por la acción de cantidad constituida.

En este supuesto una persona asume la deuda de L. Ticio a favor del tercero acreedor. Pero debemos fijarnos en lo siguiente: **Scaevola**, como los otros jurisconsultos, se ocupa del edicto **de pecunia constituta**, después de haber tratado del edicto **de receptis** y en libros diferentes (1). La inclusión de este texto en el libro I **responsorum** donde, como hemos dicho, se trataba de los **recepta** puede ofrecer una base para pensar que el mismo, en su origen, vendría referido no al **constitutum** sino al **receptum**.

Desde este punto de vista, se observa (2) que en Labeón todo cliente del banquero viene designado con el término **dominus** (3). En nuestro texto, el tercero acreedor a favor de quien el banquero asume la deuda de L. Ticio sería el cliente del mismo. Y **penes argentarium habere** es el término técnico para indicar el crédito concedido por el banquero (4). Así, el sujeto de la primera oración, **quidam**, podría

(1) De los **recepta** trataba el libro I **responsorum** (Dig. De **receptis** 4, 8, 43) y en el libro II **digestorum** (Dig. De **recep.** 4, 8, 44). Por su parte, del **constitutum** trataba en el libro V **digestorum** (Dig. De **pecunia constituta** 13, 5, 31).

(2) KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, Abhandlungen zum römischen Staats und Privatrecht 1885, p. 272.

(3) D. 13, 5, 27.

(4) D. 42, 1, 15, 11.

muy bien venir referido a **argentarius**. Sin embargo, es muy dudosa la posibilidad de sustituir las últimas palabras del fragmento del siguiente modo: **actione recepticia eum teneri** (1). Parece lo más seguro admitir que el texto no viene referido a la fianza bancaria sino a un **constitutum debiti** en el que el banquero actúa como depositario de la suma debida por su cliente, en calidad de intermediario frente al acreedor.

Leamos el pasaje en cuestión:

Scaevola libro I responsorum.

**Quidam ad creditorem litteras eiusmodi fecit:
Decem quae Lucius Titius ex arca tua mutua acceperat,
salva ratione usurarum habes penes mes, domine
respondit secundum ea quae proponerentur actione
de constituta pecunia eum teneri.**

10.- D. 46, 1, 30 y D. 46, 3, 53

Serían probablemente referibles a la obligación bancaria, otros dos pasajes que han sido extraídos de los

(1) LENEL, Beiträge, cit., p. 64 n. 137 deja dudoso que se trate de la **actio recepticia**; apunta la posibilidad pero sin dar razones de ello. En la Palingenesia II cit., c. 290, coloca el pasaje bajo el título **De pecunia constituta**, pero en nota observa **an: de recepto argentariorum?**. KAPPEYNE, Abhand. cit., p. 272 afirma que el texto se refiere a la **recepticia**.

libros de Comentarios al Edicto ya citados (1).

Estos dos pasajes pertenecientes a **Gaius libro V ad edictum provinciale**, por su contenido, parecen en relación con el número 27 **De pec. const.** ya conocido, en el que se afirma que el **constitutum** (entiéndase promesa bancaria) puede perfeccionarse si el deudor principal está ausente y aún contra su voluntad.

Es posible que Gayo en el apartado que trata de la fianza bancaria, **Argentarii quod pro alio solvi receperint** (2), haya querido justificar la regla del número 27 de Ulpiano relativa a este negocio (3). Y así lo ha hecho, refiriéndose a una norma general que resulta aplicable a la fianza y al pago de las obligaciones. Esto parece oportuno, sobre todo si tenemos en cuenta que la opinión del fragmento 27 no era unánime, pues, según se nos dice, existía un debate doctrinal en torno a ella: de una parte, lo que dice Pomponio y de otra, el pensamiento de Labeón cuando cree que si alguien asumió la deuda de otro y el deudor principal le notifica que no pague, debe darse una excepción por el hecho.

(1) LENEL, Beiträge cit., p. 66-67.

(2) LENEL, Palingenesia I cit., c. 198.

(3) ROSSELLO, Rec. arg. cit., p. 25, no considera esta posibilidad totalmente segura.



Veamos cuáles son esos textos:

En el primero de ellos leemos que cualquier persona puede salir fiadora por otro aunque éste lo ignore:

Dig. de fideiussoribus et mandatoribus 46, 1, 30.

Gaius libro V ad edictum provinciale.

Fideiubere pro alio potest quisque etiamsi promissor ignoret.

Con arreglo al segundo texto podemos mantener que cualquiera puede pagar por el que no lo sabe y aún se opone, ya que es principio establecido por el derecho civil que se puede mejorar la condición de una persona sin su conocimiento y contra su voluntad:

Dig. de solutionibus et liberationibus 46, 3, 53.

Gaius libro V ad edictum provinciale.

Solvere pro ignorante et invito cuique licet, cum sit iure civili constitutum licere etiam ignorantis invitique meliorem condicionem facere.

10.1 Debate doctrinal en torno a la independencia de la obligación bancaria con respecto al mandato del deudor.
En este tema nos encontramos, de una parte, con la jurisprudencia de la época de Adriano, a la que pertenece Pomponio,

que seguida de la jurisprudencia de los Severos, Ulpiano, no concede al banquero una **exceptio in factum**, contra la acción del acreedor, en el caso de que el deudor hubiese ordenado al mismo banquero que no pague, con posterioridad a la perfección del negocio. La **exceptio in factum** es concedida, sin embargo, por Labeón.

Parece claro que el criterio que llega a prevalecer es el de los textos que separan la obligación bancaria de la relación interna deudor-banquero; pero lo que ciertamente no establecen es la autonomía de la garantía del **argentarius**, respecto a la existencia del vínculo principal entre deudor y acreedor, como ha pretendido la doctrina (1).

10.2 Primeras ideas sobre la perfección de la promesa del banquero. Si el principio contenido en el número 27, permite que la garantía se pueda perfeccionar estando ausente el deudor principal e incluso contra la voluntad de éste, parece seguro que nuestro negocio no surge entre

(1) ROSSELLO, Rec. Arg. cit., p. 4. FREZZA, v. **Receptum** en NNDI, en este sentido, destaca el progresivo rigor con el que se afirma la independencia jurídica de la obligación del deudor principal con respecto a la del banquero; lo que no existiría en origen.

Sin embargo, creemos que el texto no dice tanto; es cierto que separa la garantía bancaria del mandato del deudor principal, pero, de ningún modo, permite sostener la independencia jurídica de la primera en relación con la obligación del deudor. Esto no nos puede extrañar si pensamos que este mismo principio rige para la **fideiussio**.

el banquero y el deudor principal, ya que la voluntad de este último es irrelevante como en la *fideiussio*. Por tanto, la perfección tendrá lugar entre el *argentarius* y el acreedor. No reconocer ésto nos lleva demasiado lejos, nada menos que al complejo campo del contrato a favor de tercero (1).

La dificultad de este número 27 ha dado lugar a una pluralidad de interpretaciones, que no llegan a aclarar la cuestión sobre el momento de perfección de nuestro negocio: si pensamos que ésta consiste en la aceptación por parte del banquero de la orden del cliente, entonces el tercero acreedor no tendría acción contra este banquero, al no admitirse el contrato en favor de tercero (2). No nos queda más remedio que pensar que la perfección consiste en la aceptación, por parte del banquero, de una deuda ajena frente al acreedor. En efecto, en Derecho romano no es válida la estipulación a favor de tercero y, por tanto, éste no tiene acción para exigir lo que otros hayan estipulado (3).

(1) La no admisión, con carácter general, del contrato a favor de tercero ha sido utilizada como argumento frente a la tesis de BEKKER, Recipere und permutare, ZSS 1882, según la cual, el negocio sería perfecto con la aceptación del mandato-delegación del cliente, de donde se derivarían derechos a favor de tercero acreedor.

(2) D. 45, 1, 38, 17 por el cual conocemos el principio general **alteri stipulari nemo potest**.

(3) PEROZZI, Istituzioni di Diritto romano 1928, ha sometido a crítica los textos del Digesto en los que se recoge el

10.3 La invalidez de la estipulación a favor de tercero. Sin embargo, el principio general anterior conoce algunas excepciones, que conviene recordar aquí de manera exhaustiva (1). Nos interesa saber si nuestro negocio podría tener cabida en alguna de las siguientes excepciones a la regla:

1.- Cuando un sujeto pacta una pena, a su favor y a cargo del promitente para el caso de que éste no cumpla en relación con un tercero (2).

2.- Cuando un sujeto se hace prometer, a favor de tercero, una prestación que él mismo estaba obligado a cumplir frente a ese tercero (3).

Ahora bien, estos dos apartados no los podemos tener como principios generales ya que frente al tercero fue reconocido válido el contrato sólo en algunos casos, respecto de los que resulta muy dudoso el número, el contenido e igualmente la época, ésto es, si son de época clásica, postclásica o sólo justiniana.

Los casos más seguros parecen ser los siguientes:

principio **alteri stipulari nemo potest**. En contra se manifiesta PACCHIONI, I contratti a favore dei terzi 1933, p. 397 s.

(1) DONADIO, v. "Contratto a favore di terzi" en NNDI.

(2) D. 45, 1, 38, 17.

(3) D. 45, 1, 38, 20-23.

1.- El pacto de restitución a la mujer o a los hijos, después de la disolución del matrimonio, de la dote constituida por un ascendiente (1).

2.- El pacto de restitución a un tercero, después de un tiempo, de cosas donadas con esta obligación (2).

Más complicados resultan los siguientes supuestos:

3.- El pacto del acreedor pignoraticio, en la venta de la prenda, sobre el rescate de ésta por parte del deudor (3).

4.- El pacto del deponente o comodante, de cosas ajenas, sobre la restitución al propietario (4).

5.- El pacto del vendedor y comprador a favor del arrendatario del fundo (5).

6.- El pacto de transportar una cosa a un tercero (6).

A la vista de los supuestos aquí recogidos, resulta muy incierta y problemática la posibilidad de un contrato a favor de tercero, entre el banquero y su cliente con respecto

(1) D. 24, 3, 45.

(2) C. 8, 53, 3.

(3) D. 13, 7, 13.

(4) C. 3, 42, 8, 1.

(5) C. 4, 65, 9.

(6) D. 3, 5, 5, 4.

a un acreedor de éste (1).

10.4 La promesa bancaria como negocio trilateral.

Aun reconociendo la validez de las ideas anteriores, para completarlas, no podemos dejar de considerar la concepción que de la promesa bancaria tiene **Labeo**; posición que aunque minoritaria ha llegado a tener su vigencia.

En efecto, parece seguro que la excepción que, en tiempos de Labeón, se concede al banquero, resulta aplicable no sólo cuando el deudor le notifica que no pague, después de haberse perfeccionado el negocio, sino también en el supuesto de que el banquero se hubiera obligado sin el mandato previo del deudor. Ambos casos nos parecen equivalentes, en este sentido, por lo que los efectos jurídicos han de ser similares. Por lo tanto, en este jurista, parece que la obligación del banquero se encuentra vinculada al mandato-delegación del deudor.

Lo anterior no trae como necesaria consecuencia que la garantía se perfeccione entre deudor y banquero, lo

(1) Otra es la solución que admite el derecho moderno, en el que viene establecido que si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada. C.C. español art. 1257 2.

que únicamente se quiere decir es que en caso de faltar la relación previa deudor-banquero, puede paralizarse mediante excepción la reclamación del acreedor frente al **argentarius**.

Estas premisas dan lugar, en **Labeo**, a un negocio jurídico que calificamos de trilateral, en el que se distinguen dos momentos diferentes, cada uno dotado de concreta eficacia jurídica:

1.- Mandato del deudor al banquero que, si es aceptado por éste, le vincula en firme a obligarse en relación con el tercero acreedor.

2.- Aceptación por parte del banquero de la deuda frente al acreedor, de donde surge acción a favor de éste con respecto al banquero.

Ello puede resultar complicado para el derecho romano clásico (1), pero, según sabemos, está conforme con la tradición helenística en materia de garantías bancarias de las obligaciones (2). Esta tradición es la que acabará

(1) FREZZA, Le garanzie cit., 276 considera que nuestro negocio tiene carácter trilateral, pero llega a la conclusión de que la responsabilidad derivada del mismo, surge en el momento en que el acreedor se ha adherido a la declaración del banquero; de donde se desprende que para la obligación bancaria no es necesario el mandato del deudor. Y aunque este mandato, en la práctica, puede tener lugar en determinadas ocasiones, la acción correspondiente sólo surge en el segundo momento con la voluntad del acreedor.

(2) En la garantía helenística la orden del cliente precede siempre a la promesa bancaria.

imponiéndose en la compilación justiniana.

En efecto, el **receptum argentariorum** es introducido en el Edicto en el siglo II a. C., para cumplir una función muy específica dentro de los esquemas del Derecho romano, permaneciendo así durante la época clásica. Ahora bien, el desarrollo histórico de la garantía bancaria romana en los períodos sucesivos vendría marcado, probablemente, por su cada vez más rara aplicación práctica, como consecuencia de la influencia directa y progresiva del derecho bancario y helenístico: una vez que habían desaparecido los inconvenientes históricos que el antiguo **ius civile** puso al negocio bancario, el régimen jurídico vigente en Oriente, que coincide con la posición minoritaria de **Labeo**, acaba imponiéndose. Por ello la forma romana iría quedando poco a poco como una figura anacrónica (1).

10.5 Analogía con los principios de la **fideiussio**.

El texto de Gayo incluido en D. 46, 1, 30, en relación con D. 13, 5, 27, avala la existencia de un parentesco de la garantía bancaria con los principios generales de la fianza de las obligaciones. Al quedar abolida la **actio recepticia**

(1) Esto es así, si hemos de creer lo que nos dice Justiniano, en el 531, sobre el desuso en que había caído esta institución: C. 4, 18, 2 ... **inuitato recessit vestigio**.

por Justiniano y tras haber borrado el **receptum argentariorum** de nuestras fuentes, el texto a que nos referimos, que ocupa el libro V **ad edictum provinciale**, sería adaptado al título relativo a la fianza para lo que sería debidamente interpolado.

Así es; pues, si nos fijamos en D. 46, 1, 30 que establece que cualquier persona puede salir garante por otra, aunque el promitente lo ignore, vemos que no descubre nada nuevo en relación con la naturaleza jurídica de la **fideiussio**; y dada la estructura de ésta, por efecto del acto formal de la pregunta y de la correspondiente respuesta, realizadas por el acreedor y el fiador, sin necesidad de ninguna actividad del deudor principal, surgiría directamente entre ellos la relación obligatoria de garantía. En cambio, de este mismo acto formal no surgía ningún vínculo jurídico entre fiador y deudor principal (1).

Y además, en otro texto del Digesto se admite que se puede salir fiador incluso de una obligación futura (2).

11.- D. 17, 1, 28

(1) VOLTERRA, Institutiones cit., p. 591.

(2) D. 46, 1, 6, 2; **Adhiberi autem fideiussor tam futurae quam praecedenti obligationi potest.**

Nos referimos ahora a otro texto que en su redacción originaria trataría de la garantía bancaria (1).

En él podemos leer que, según Papiniano, cuando paga el préstamo el que mandó prestar al deudor, no libera a éste de propio derecho, pues paga a causa de su mandato y en su propio nombre y por lo mismo cree que deben ser cedidas al mandante las acciones contra el deudor.

Interpretando este texto en relación con la promesa del **argentarius**, cabría pensar que el banquero que asume la deuda derivada de un préstamo a favor de un cliente y paga, tendría contra éste una acción. Esto parece correcto si pensamos que el texto ha sido "disfrazado" para adaptarlo al mandato de crédito.

El jurista se expresa en los siguientes términos:

Dig. mandati vel contra 17, 1, 28.

Ulpianus libro XIV ad edictum.

Papinianus libro tertio quaestinum ait mandatorem

(1) LENEL, Beiträge cit., p. 66-67; BEKKER, Recipere cit., p. 1 y VAN DE COPPELLO, Abhandl. cit., p. 273 n. 3, aceptan en este punto las conclusiones de LENEL. La opinión de ROSSELLO, Rec. arg. cit., p. 25 es más escéptica, pues mantiene que no se puede dar para este pasaje una demostración tan exacta como sería deseable.

Por nuestra parte, como vamos a ver, creemos que existen importantes puntos de referencia para llegar a sostener la interpolación del presente texto.

debitoris solventem ipso iure reum non liberare
 (propter mandatum enim suum solvit et suo nomine)
 ideoque mandatori actiones putat adversus reum
 cedi debere (1).

11.1 Defecto de duplicación. En favor de la interpolación de este pasaje, podemos decir, en primer lugar, que está extraído del libro 14 de Ulpiano **ad edictum** que, como sabemos, figura con el título **De receptis**. Y en segundo lugar, lo que dice el número 28 no es más que la repetición del principio establecido en los últimos párrafos del fragmento anterior, dentro del mismo título del Digesto (2).

En efecto, el número 28 repite la idea del fragmento anterior, por ello parece lícito pensar que ambos textos no pueden venir referidos a la misma institución. Los compilado-

(1) Figura en **Ulpiani ad edictum lib. XIV, De receptis**, bajo el título **De recepticia actione**. LENEL, **Palingenesia** II cit., c. 492.

(2) Así, sobre el tema de la cesión de acciones en el mandato de crédito, tenemos D. 17, 1, 27, 5 (= D. 46, 1, 13): **Gaius libro nono ad edictum provinciale. Si mandatu meo Titio credideris et me cum mandati egeris, non aliter condemnari debeo quam si actiones tuas, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. Sed si cum Titio egeris, ego quidem non liberabor, sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris.** Por el presente conocemos el supuesto enunciado en estos términos: si por mandato mio hubieses hecho un préstamo a Ticio y me hubieses demandado por mandato, no debo ser condenado más que si me cedes las acciones que tienes contra Ticio; pero si hubieses demandado a éste, yo no me libero, aunque sólo te quedaré obligado en aquéllo que no hubieses podido lograr de Ticio.

res retocarían la opinión del jurista en materia de **actio recepticia** y así permanecería junto a la relativa al mandato de crédito, una vez que aquélla perdió su puesto en el Digesto.

Si ésto es así, el libro 14 de Ulpiano **ad edictum** habría contenido el principio general de cesión de acciones a favor del banquero que paga, frente al deudor principal. De este modo, se posibilita el reembolso, con lo que el **argentarius** quedaría en posición de reclamar al cliente las sumas satisfechas.

11.2 Valoración. Sin embargo, la eficacia de este principio podría llegar a ser, en determinados casos, más aparente que real. Veámoslo; cuando se nos plantea la hipótesis de un fiador accesorio, el principio de cesión de acciones, le asegura plenamente, y en todos los casos, el reembolso, puesto que él garantiza la misma obligación a que está sujeto el deudor principal (1). Ahora bien, las cosas cambian si pensamos que la obligación que para el banquero surge de este negocio es independiente de la principal (2): el **argenta-**

(1) FUENTESECA, Derecho privado romano 1978, p. 205; el fiador se declara obligado al cumplimiento de la obligación principal aunque no prometa lo mismo que el deudor principal porque no es un **adpromissor**.

(2) Esto parece desprenderse de la constitución reformadora del 531. Y así se ha llegado a la conclusión, WENGER, v. **Rec. argentarii** en PW, según la cual, los juristas romanos,

rius no podría oponer excepciones derivadas de la inexistencia del débito garantizado; luego entonces, ¿qué derecho a la cesión de acciones se tendría en los casos en que el acreedor no posea medio de reclamar al deudor principal, por no ser la deuda exigible?. Ciertamente, no se puede ceder aquéllo que no ha llegado a tener existencia real.

En este supuesto, el fundamento del reembolso a favor de los banqueros, habría que buscarlo en la **actio mandati**, tal y como venía siendo tradicional para la **fideiussio** (1).

Ahora bien, el hecho de que D. 17, 1, 28 reconozca el principio de cesión de acciones en la promesa bancaria, nos pone sobre la pista de la garantía accesoria de las obligaciones, pues, es en este esquema en el que cuadra bien tal principio. Por el contrario, puede no resultar adecuado cuando

a pesar de la estrecha conexión económica, habrían separado la obligación derivada de la promesa bancaria de la relación entre cliente y banquero; además, la obligación de la garantía bancaria sería independiente de la del cliente bancario. (1) En general, el derecho de los fiadores a reclamar del deudor principal lo pagado por ellos (acción de regreso) se hace depender de las relaciones entre deudor y fiador (ejemplo, **actio mandati**, salvo en el caso de **actio depensi** reconocida por la **lex Publilia**). Ulp. 31 **ed.** D. 17, 1, 6, 2; Pap. 9 **quaest.** D. 17, 1, 53; Ulp. 10 **disp.** D. 50, 17, 60. **Actio mandati** y no **actio locati** como podría pensarse, si se tiene en cuenta una retribución, pues ARANGIO-RUIZ, Il mandato 1949, p. 114 s.; demuestra cómo el principio de gratuidad del mandato no es absoluto ni resulta incompatible con la existencia, en determinados casos, de una retribución a favor del mandatario, sin que por ello el negocio se transforme en un contrato de arrendamiento.



el banquero se obliga con independencia del principal, como ya se ha visto.

12.- Nuevos textos posiblemente interpolados

En último término, dos nuevos fragmentos del Digesto son objeto de consideración; la razón por la cual pueden ser de utilidad es la misma que hemos dado en ocasiones anteriores, ésto es, la de haber sido obtenidos de libros dedicados al comentario del edicto **de receptis** (1).

El primero de estos pasajes que resulta muy problemático (2), es éste:

Dig. De iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali 12, 2, 27.

Gaius libro V ad edictum provinciale.

(1) LENEL, Beiträge cit., p. 67, utiliza estos dos fragmentos en orden a la determinación de la fórmula de la **actio recepticia**.

(2) La opinión de LENEL no resulta aceptable, en este punto, para ROSSELLO, Rec. arg. cit., p. 82, porque los fundamentos sobre los que se apoya no son muy seguros. El mismo LENEL, en un escrito posterior, a la hora de reconstruir el **Edictum Perpetuum**, dice que la relación del fragmento 27 de **iureiurando** con el **receptum** no es completamente segura porque también el edicto de **iureiurando** cae en Gajo en el libro V. En la **Palingenesis I**, **Gaius** n. 128 c. 199, viene colocado, definitivamente, bajo el título **De iureiurando**.

Iusiurandum etiam loco solutionis cedit.

Por lo que se refiere al segundo fragmento **De solutio-**
nibus hay que tener en cuenta que en las **Novellae Iustiniani**, concretamente en los **Iustiniani XIII Edicta quae vocantur** (1), se menciona una petición de los **argentarii** para que se les concediese la acción de regreso contra el mandante cliente, en base a la conclusión de la garantía bancaria, sin necesidad de prueba de haber efectuado el pago. Esto que concede Justiniano equivaldría a tipificar como abstracta la obligación de reembolso a favor del banquero. De aquí puede obtenerse, como muy probable, la conclusión de que los banqueros, antes de Justiniano, tenían la acción de regreso sólo después de haber probado el cumplimiento de la prestación. Pero, si el fragmento 52 lo ponemos en relación con este hecho, podemos llegar a interpretar que también en este caso de **satisfactio**, al **argentarius** se le concedería la acción de regreso, no por la vía de la prueba de la **solutio** sino por la de la **satisfactio**.

En este sentido, entendemos la **satisfactio**, en líneas generales, no como una verdadera **solutio**, es decir, el pago en efectivo de la cantidad debida sino como satisfacción

(1) IX De **argentariorum contractibus**.

alternativa que el acreedor acepta y que puede consistir en la transmisión de la propiedad de una cosa en lugar de la suma debida (**datio in solutum**) o también en una novación por la que un nuevo deudor se coloca en lugar del antiguo (1).

El texto del que partimos viene redactado con arreglo a estos términos:

Dig. De solutionibus et liberationibus 46, 3, 52.

Ulpianus libro XIV ad edictum.

Satisfactio pro solutione est (2).

12.1 Datio in solutum y compensatio argentarii.

No podemos olvidar, en este tema, la polémica doctrinal en torno a la eficacia jurídica de la **datio in solutum**, la cual es una forma de extinción de las obligaciones **ipso iure**, según los Sabinianos, y sólo por vía de excepción, según los Proculyanos. En este segundo caso, la cesión de acciones a favor del banquero derivada de una **satisfactio**, no parecería del todo clara (3).

(1) D`ORS, D. privado romano 1981, p. 412, considera la distinción de ambos modos de cumplimiento de las obligaciones.

(2) Incluido en **Ulpiani ad edictum lib. XIV, De receptis**, bajo el título **De recepticia actione**, junto a los textos que ya hemos considerado como interpolados en las páginas anteriores. LENEL, **Palingenesia** II cit., c. 492.

(3) Como es sabido, llegó a prevalecer la opinión de los

Por otra parte, se plantea el tema relativo a si la **compensatio argentarii** cae dentro del concepto de **satisfactio** que, como hemos visto, aparece equiparada a la **solutio**. Imaginemos el caso del banquero que asume la deuda del cliente frente a otro banquero acreedor; pues bien, este segundo sólo puede litigar practicando, previamente, la debida compensación, por lo que su pretensión se circunscribe, en su caso, únicamente al saldo que le resulte favorable (1). Por ello, consideramos muy probable que en el supuesto de extinción de la deuda del banquero receptor, mediante la compensación, los efectos jurídicos han de ser similares a los de la **solutio**.

Sabinianos. Y además, Justiniano concedió una **datio in solutum necessaria** al deudor que, sin culpa, no puede procurarse el dinero para satisfacer el débito consistente en metálico y que puede ofrecer en pago sus bienes inmuebles en justa estimación. Gayo 3, 168: **Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius quod debeat. Unde quaeritur, si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit, utrum ipso iure liberetur, quod nostris praeceptoribus placuit, an ipso iure maneat obligatus, sed adversus petentem per exceptionem doli mali defendi debeat, quod diversae scholae auctoribus visum est.**

(1) Gayo 4, 64, la fórmula queda así corregida: **Si paret Titium sibi X milia dare oportere amplius quam ipse Titio debet.** Se discute en la doctrina si también el cliente del **argentarius**, actuando contra éste, debe llevar a efecto la **compensatio**. De D. 22, 3, 19, 3, se deduce la existencia de una **exceptio pensatae pecuniae**, cuya naturaleza no es bien conocida. Se ha sostenido que nunca existió (BIONDI), mientras que SOLAZZI, La compensazione nel Diritto romano, 1950, p. 50, afirma que se concedía al **argentarius** y ocasionaría la pérdida del litigio al cliente, en aquellos casos en que su conducta no aparezca como dolosa, pues en supuestos graves el banquero tendría la **exceptio doli**.

12.2 Alcance jurídico de la solutio en relación

con la **satisfactio**. Las anteriores consideraciones imponen ahora la necesidad de un intento de clarificación de los conceptos de **solutio** y **satisfactio**. Para ello debemos empezar por un texto que viene referido al **constitutum**, en el cual se nos dice que no cumple su obligación quien constituyó fecha para el pago, si ofrece una garantía; en cambio, quien constituye plazo para dar una garantía, si da un fiador o unas prendas, no queda ya obligado, pues no importa el modo de satisfacer al acreedor:

Dig. De pecunia constituta 13, 5, 21, 2.

Paulus libro vicensimo nono ad edictum.

Constituto satis non facit, qui soluturum se constituit, si offerat satisfactionem. si quis autem constituat se satisdaturum, fideiussorem vel pignora det, non tenetur, quia nihil intersit, quemadmodum satisfaciat.

El texto distingue dos clases de **constitutum**:

- 1.- El **constitutum** para el pago y
- 2.- el **constitutum** de garantía (1).

(1) En el mismo sentido del texto anterior tenemos D. 13, 5, 14, 1-2. Ulpianus libro vicensimo septimo ad edictum. Si quis constituerit se pignus daturum: cum utilitas pignorum inreperit, debet etiam hoc constitutum admitti. Sed et si quis certam personam fideiussuram pro se constituerit, nihilo minus tenetur, ut Pomponius scribit. quid tamen si ea persona

La figura del **constitutum** de **satisfactio**, junto a la del **constitutum** de **solutio**, ha sido defendida como clásica (1), reconstruyéndose con la doble hipótesis **const. se soluturum** y **nomine se satisfacturum esse** la cláusula y la correspondiente **intentio** y distinguiéndose dos posibles tipos de **constitutum**: en el Edicto de Juliano estaría previsto junto al **se soluturum** un **constitutum se satisdaturum** o mejor **se satisfacturum** (2).

nolit fideiubere? puto teneri eum qui constituit, nisi aliud actum est. quid si ante decessit? si mora interveniente, aequum est teneri eum qui constituit vel in id quod interest vel ut aliam personam non minus idoneam fideiubentem praestet: si nulla mora interveniente, magis puto non teneri.

Donde se admite que si alguien hubiese constituido plazo para dar una prenda, toda vez que se hubiera contado con la ventaja de la garantía, debe valer también esta constitución de plazo. Pero si hubiera constituido plazo para que una persona determinada saliera fiadora por él, también queda obligado, como escribe Pomponio. Más, ¿qué ocurre si aquella persona no quiere salir fiadora?: Pomponio cree que queda obligado el que constituyó, a no ser que otra cosa se haya convenido. ¿Y si murió antes de salir fiadora?, si murió estando en mora el deudor, es justo que responda quien constituyó, sea del interés del acreedor, sea para dar otro fiador, aunque no menos solvente; pero si no estaba en mora no responde.

(1) LENEL, Das Edictum Perpetuum, cit., p. 248. Lo que ya había sido mantenido por BRUNS, Das constitutum, cit., p. 235 s. En cambio KARLOWA, Ueber den Begriff der fungiblen Sachen, Grünhut's Zeitschr. XVI, p. 1379, mantuvo la opinión de que un tal **constitutum** no venía mencionado en el Edicto ni en la fórmula normal de **p. c.**, y que sólo la equiparación de **satisfactio** y **solutio**, por obra de la jurisprudencia, habría determinado la ampliación del instituto. Sobre este tardío reconocimiento, incluso BRUNS, Ob. cit., p. 255.

(2) Nov. 115 c. 6 que ha servido de apoyo a LENEL para el reconocimiento del **constitutum** de **satisfactio**.

Contra la clasicidad de estos textos del Digesto han sido expuestas importantes razones, con arreglo a las cuales se ha llegado a atribuir a Justiniano la introducción de la posibilidad de constituir una simple **satisfactio**.

Así es, en D. 13, 5, 21, 2 se encuentran importantes incorrecciones: dar prendas no equivale a **satisdare**, ni **satisdare** a **satisfacere** (1).

En este sentido, tratar como sinónimos los conceptos de **satisdare** y **satisfacere** constituye una grave incorrección, ya que ello significa desconocer las profundas diferencias existentes entre uno y otro.

La **satisdatio** tiene por finalidad la garantía de

(1) ARANGIO-RUIZ, Le genti e la città, 1914, p. 56; también PHILIPPIN, Le pacte de constitut, 1929, p. 73, que considera el texto estructurado en dos frases opuestas y la segunda introducida con el sospechoso **si ... autem**, con arreglo a los esquemas típicos de la lengua griega. DE RUGGIERO, Satisdatio e pigneratio, St. Fadda 1906, p. 99 s.; LENEL, E.P. cit., p. 248, considera que debe leerse **se satisfacturum** en lugar de **se satisdaturum**.

Frente a estos signos de manipulación, ARANGIO-RUIZ propone reconstruir así la segunda parte del texto **si quis autem constituat se satisdaturum, non tenetur**, mientras BESELER atribuye a los compiladores toda la frase desde **si quis** al final; Beiträge IV, 1920, p. 260 n. 261; en el mismo sentido PHILIPPIN, Ob. cit., p. 75; SEGRE, Le garanzie personali, 1933, p. 254; PEROZZI, Ist. cit. En cambio BRASIELLO, Satisfactio, 1938, considera el texto interpolado en **vel pignora**, por lo que la cuestión sería si un **constitutum** de **satisdare** puede cumplirse con un simple fiador.

una obligación principal mediante **stipulatio** (1). Pueden citarse varios ejemplos como la **satisdatio tutoris** (2), la **satisdatio iudicatum solvi** (3), igualmente puede citarse la **satisdatio usufructuaria** (4), etc. Nos encontramos, pues, ante un negocio de garantía personal de las obligaciones.

La **satisfactio**, por el contrario, es una variante de la **solutio** o pago de las obligaciones, si ésta la consideramos en sentido amplio; o dicho con más precisión, la **satisfactio** equivale al cumplimiento de las obligaciones de **facere**, mientras que el cumplimiento de las obligaciones de **dare**, especialmente una cantidad de dinero, equivale a **solutio**, en sentido estricto (5). Se trata de dos modos de cumplimiento de las obligaciones cuya distinción no aparece establecida con claridad en muchos supuestos en los que se hace alusión, indistintamente, a ambas figuras; llegándose a la confusión en el derecho postclásico y justiniano en el que se generaliza la **solutio** y se extiende a las obligaciones de hacer (6).

(1) FUENTESECA, Der. priv. cit., p. 231, considera la **satisdatio** como una **cautio** prestada mediante la colaboración de fiadores, bajo el epígrafe dedicado a los supuestos especiales de aplicación de la **stipulatio**.

(2) Gayo 1, 199; 200.

(3) Gayo 4, 91; 102.

(4) Digesto 7, 9, 7.

(5) D`ORS, Der. priv. cit., p. 412, se manifiesta en este sentido.

(6) Ejemplo: la del depositario D. 16, 3, 1, 43 itp. **Si apud**

Sin embargo, la distinción resulta nítida en origen. Así es, **satisfacere** vendría utilizado en el sentido de llenar los deseos de otra persona, lo que supone reconocer un amplio protagonismo a la voluntad de ésta. Mientras que objeto de **solvere** es, en especial, la **pecunia**. Como en castellano "pagar", **solvere** suele referirse más propiamente a las obligaciones de dar cantidades (1). Recordemos el **solvere pecuniam debitam**, en el lenguaje de Cicerón. Y además, etimológicamente, **solvo**, de **se luo**, significaría desligar, desatar, soltar. En este mismo sentido de dejar libre se encuentra el verbo **luo** y, en concreto, **luere noxam pecunia** hace mención a redimir la pena de un delito con dinero (2).

Todas las consideraciones precedentes nos llevan a concluir contra la admisibilidad del **constitutum** de **satisfactio** o de **satisdatio**, afirmando como principio de derecho clásico que el **constitutum debiti** podía tener por objeto, solamente, el pago efectivo de una deuda preexistente (3).

duos sit deposita res, adversus unumquemque eorum agi poterit nec liberabitur alter, si cum altero agatur: non enim electione, sed solutione liberantur.

(1) Séneca, *De benef.*, 6, 5, 2: **omnis solutio non idem reddat sed tantumdem.**

(2) Para ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique*, **luo** se refiere a pagar, absolver, expiar.

(3) ARANGIO-RUIZ, *Le genti e la città* cit., p. 56. ASTUTI, *Il costituito* cit., p. 193.

12.3 Satisfactio referida a constitutum. Por lo

que se refiere al **constitutum**, el planteamiento resulta claro: la función típica de este negocio que se dirige a garantizar un puntual cumplimiento **intra diem**, fijando un término irrevocable dentro del que la **solutio** debía cumplirse, habría quedado frustrada por el reconocimiento de la posibilidad de liberarse de la responsabilidad **ex constituto** mediante la prestación de una simple **satisfactio**.

Este régimen es alterado por los bizantinos con el expreso propósito de **ampliare naturam** de la **act. pec. const.**, pero es más que dudosa la importancia concreta de la innovación. Resulta muy difícil entender qué finalidad práctica puede cumplir una promesa de semejante naturaleza (1). Una promesa no ya de cumplimiento sino de constitución de garantías reales o personales. Y además, en relación con este **constitutum se satisfacturum** sería superflua cualquier consideración sobre su aplicación, dado el silencio de las fuentes.

En particular, incluso la Nov. 115 c. 6, a la que se recurre a propósito de la admisibilidad del **constitutum** de **satisfactio**, en su expresión **satis tibi faciam** o **fiet**,

(1) ASTUTI, Il costituto cit., p. 208.

es entendida en el sentido general de promesa de efectivo cumplimiento, como resulta de modo inequívoco del contexto de la ley.

12.4 Satisfactio referida a receptum. Después de lo que hemos visto sobre este tema en relación con el **constitutum**, cabe preguntarse, cuáles son las enseñanzas que podemos obtener para nuestro estudio del negocio bancario. En primer lugar, parece que el principio **satisfactio pro solutione est** resulta aplicable a nuestra institución. Si ésto es así, ¿cuál es el alcance jurídico del mismo?; ¿habría que distinguir, como hace LENEL en el **constitutum**, la figura de la promesa bancaria de **satisfactio** junto a la promesa bancaria de **solutio**?. Esto no parece verosímil, pues aquí tampoco se comprende la finalidad práctica que puede cumplir una promesa de semejante naturaleza: no aquélla que va dirigida al pago de una deuda sino a la constitución de garantías reales o personales. No parece, por tanto, fundada la hipótesis de un **receptum se satisfacturum**. Esto sin contar con la confusión de los conceptos **satisfactio** y **satisdatio** que reina en esta materia.

Podría llegar a pensarse en otra interpretación del principio como la siguiente: cuando se dice **satisfactio pro solutione est** no es que se hable de dos clases de promesa bancaria, la una de pago y la otra de garantía, pues esta

figura no puede ser más que la aceptación para el pago de una deuda ajena. Ahora bien, este instituto bancario, por las características de los negocios a los que se aplica y por la condición especial del sujeto que avala la obligación, un banquero, llegaría a adquirir el valor jurídico de la auténtica **solutio** (1).

Pero, si ésta conclusión es acertada, habría que admitir también una doble consecuencia:

1.- Que en virtud de la aceptación de la deuda por el banquero, el deudor principal queda liberado frente al acreedor.

2.- Que se trata, en suma, de una novación con cambio de deudor.

Este planteamiento jurídico, que resulta aplicable al derecho bancario helenístico (2), no podemos considerarlo válido para el derecho romano clásico.

(1) Se reconduce este principio de la equivalencia a la función que ejercen en el tráfico monetario y crediticio los **argentarii**, con la asunción de garantías o de pagos por delegación y al carácter de seguridad de la banca a la que se reconoce **fides publica** en sus actuaciones. La regla **solvit qui reum delegat** habría surgido como consecuencia del uso de recurrir a los banqueros para este tipo de operaciones.

(2) Según parece desprenderse del prefacio del Edicto IX de Justiniano.

Así es; en este caso, el deudor permanece obligado frente al acreedor después de la promesa del banquero, según establece el Digesto en un texto que, en su momento, hemos considerado interpolado (1).

13.- Ultimas posibilidades

Hasta aquí, en conjunto, la reconstrucción de textos que hemos llevado a cabo, sobre el tema de la obligación bancaria. Sin embargo, no podemos considerar definitivamente cerrado el capítulo dedicado a los textos interpolados; para demostrar que ésto es así basta con recurrir al siguiente ejemplo:

Paulus libro primo decretorum (D. 14, 5, 8).

Titianus Primus praeposuerat servum mutuis pecuniis dandis et pignoribus accipiendis: is servus etiam negotiatoribus hordei solebat pro emptore suscipere debitum et solvere (2).

(1) D. 13, 5, 28, para cuya interpretación nos remitimos a lo ya dicho en su epígrafe anterior.

(2) Por el que sabemos que Ticiano P. había encargado a un **servus** dar cantidades en préstamo y aceptar prendas en garantía; este **servus** también solía asumir las deudas de los compradores de grano y pagar a los vendedores. El fragmento se encuentra bajo el título que trata de los contratos con quienes se

El presente fragmento se ha considerado interpolado, en el sentido de que en vez de **suscipere debitum** quiere verse **recipere** (1).

En la **Palingenesia Iuris Civilis**, D. 14, 5, 8 figura bajo el epígrafe **De institoria actione**. En efecto, el desarrollo del tráfico económico y comercial, como es sabido, hace surgir, en el seno de la familia, la necesidad de que los **filii** y **servi** realicen negocios a nombre del **pater** o **dominus**. Partiendo de aquí, el pretor crea una responsabilidad de estos últimos mediante las **actiones adiecticiae qualitatis**, entre las que se encuentra la **actio institoria**. Considerando todo ello, podemos interpretar nuestro pasaje del siguiente modo: Ticiano actúa como **dominus** que ordena al **servus**, el cual administra los negocios del banquero, la realización de concretas gestiones crediticias; en cambio, en relación con el **suscipere debitum** no hay un mandato previo, sin embargo se conceden, también aquí, acciones frente al **dominus**, que, según se especifica

hallan sometidos a potestad.

(1) MITTEIS, Trapezitika ZSS 1898, p. 248 s.; a lo que se adhiere WENGER, v. **Rec. arg.** en PW. En efecto, muchos autores antiguos y modernos explican el término **recipere** acudiendo a otros como **promittere**, **polliceri** y similares, entre los que se encuentra **suscipere**, queriéndose indicar la aceptación de una obligación con vistas a su cumplimiento: DONELLUS, Comment. ad tit. 18 lib. IV, Cod., receptitia, 1765 (VII, 993, 2), **recipere: in se suscipere aliquid faciendum**. VINNIUS, In Inst. IV, 6, 8 Comm., 1793 (I, 865): **recipere in se aliquid-suscipere aut polliceri-promittere**.



líneas más abajo, con anterioridad no se concedían. Por lo que resulta probable que, en un principio, no se podría demandar a un banquero cuando no ha dado a su factor orden expresa y concreta de asumir una obligación.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPITULO CUARTO

CONCEPTO CONTENIDO PERFECCION DEL NEGOCIO



I. Concepto y obligaciones

1.- Premisas

Una adecuada comprensión de nuestro negocio exige que comencemos por situarlo dentro de las actividades desarrolladas por el banquero. Se viene considerando el **rec. arg.** como un medio encaminado a facilitar los pagos (1), en cuyo caso el **argentarius** actuaría como intermediario en las obligaciones del deudor frente al acreedor. Sin embargo, nos parece necesario profundizar más en esta idea, del siguiente

(1) ROSSELLO, Rec. arg. 1890, p. 4. FREZZA, Le garanzie 1962, p. 276.

modo: el **receptum** no puede considerarse, jurídicamente, como el pago a un tercero de la deuda del cliente, pues, en este caso, nuestro negocio se identificaría con una **solutio**, lo cual no resulta acertado (1).

En efecto, el **receptum argentariorum** no es un modo de extinción de las obligaciones; consideramos, en principio, más apropiado incluirlo dentro del capítulo de las garantías personales de las obligaciones (2): una garantía personal anómala, ya que ha sido calificada no de solidaria sino de autónoma respecto a la obligación garantizada.

Esta conclusión podemos considerarla válida desde un punto de vista formal, pero, si queremos llegar al verdadero alcance material del negocio, hemos de plantear la siguiente distinción:

a.- Si el banquero ha recibido del cliente la provisión de fondos necesaria para liquidar la deuda, aquél se obliga frente al tercero a restituir los fondos que de otro modo debía devolver, como corresponde a cualquier depositario

(1) El **receptum** no consiste en ejecutar el pago de una deuda del cliente sino que presupone algo más. Se trata, ciertamente, de una promesa de pagar, lo que exige el transcurso de un término entre ésta y el pago propiamente dicho, y se traduce en el nacimiento de una obligación y no en su extinción.
(2) FREZZA, Le garanzie cit., p. 274 s.

en el régimen general (1).

b.- Pero, si la obligación del banquero frente a tercero no halla su fundamento en provisión de fondos alguna, podemos considerar que el primero lleva a término una verdadera apertura de crédito, a favor del cliente, aunque se obligue frente a tercero (2); lo que podemos denominar apertura de

(1) Durante mucho tiempo, la jurisprudencia romana clasificó las transferencias de sumas de dinero a un banco, que tenía la plena disponibilidad de las mismas, con obligación de restituirlas, como contratos de mutuo. Sin embargo, posteriormente, por influencia de la práctica helenística, y para superar las dificultades que la rígida construcción del mutuo romano planteaba a las exigencias comerciales, Papiniano (D. 16, 3, 24 y 16, 3, 25, 1) y Ulpiano (D. 16, 3, 1, 34) habrían llegado a configurar tales transferencias como contratos de depósito, extendiendo así a ellos la protección judicial concedida al depósito y, por tanto, las ventajas de los negocios jurídicos de buena fe, entre ellas la de poder acordar, con un simple pacto añadido, el pago de los intereses. VOLTERRA, Instituciones 1986, p. 493. Sobre el particular BONIFACIO, Ricerche sul deposito irregolare BIDR, 1947.

Igualmente, sería posible añadir a este depósito irregular, el pacto, según el cual, la suma de dinero ha de ser restituida no al depositante sino a un tercero; puede además ocurrir que el banquero prometa el pago al tercero, con lo que se logra que éste tenga acción frente a dicho **argentarius** directamente.

Sin embargo, no podemos olvidar que la doctrina dominante ha interpuesto obstáculos a aquéllos que quieren demostrar exegeticamente la clasicidad del depósito irregular. Véase BONIFACIO, Ricerche sul deposito irregolare cit., p. 90 s.

(2) VOLTERRA, Instituciones cit., p. 576, considera que el compromiso del banquero puede cumplir la función de una apertura de crédito en favor del cliente que quiere negociar con un tercero y que el **receptum argentariorum** vendría usado también como garantía de un crédito. Aunque, igualmente, reconoce que en el derecho justinianeo tiene lugar la fusión con el

crédito impropia puesto que tal crédito no es utilizado por el cliente sino por el tercero. Al contrario de la apertura de crédito ordinaria, la operación a que nos referimos tiene siempre una finalidad solutoria porque la actuación del banquero va dirigida, fundamentalmente, a la satisfacción de una obligación.

Nos parece muy interesante, desde el punto de vista material, la idea del depósito y la de apertura de crédito; desde una perspectiva formal, el principio de la autonomía de la obligación recepticia presenta dificultades, puesto que este carácter la aleja del concepto de garantía personal

constitutum debiti alieni y que la Novela 136 excluyó que se pudiera aplicar a las garantías dadas por los **argentarii** el **beneficium excussionis**. Con ello, parecería que nuestro negocio queda definitivamente alejado del campo de la **fideiussio** y, por consiguiente, del propio de la garantía personal. FUENTESECA, Der. priv. 1978, p. 313, afirma que el **receptum argentariorum** realizó una función principalmente de garantía e incluso podía cumplir la función de apertura de crédito frente al cliente.

D'ORS, Der. priv. 1981, p. 467, cataloga el **receptum argentariorum** como un préstamo pretorio, al considerarlo negocio crediticio en sentido amplio. Así, en la **actio de pecunia constituta**, como se ha convenido retener el pago, se puede hablar de un "préstamo de plazo". A esta acción habría que agregar otra que no se halla en este edicto **de rebus creditis**, sino en el edicto **de receptis**: la **actio recepticia** que se da contra el banquero que asume una deuda ajena. Se podría hablar, en este caso, de un "préstamo de solvencia", pues el acreedor se fia de la solvencia del banquero.

Por otra parte, este autor llega a concluir que como el **receptum**, el **constitutum** de deuda ajena son formas de garantía personal.

de obligaciones (1).

En definitiva, el **receptum argentariorum** no sería más que una promesa abstracta de pago frente a un tercero, sin que le afecte, en modo alguno, el que el banquero actúe como depositario del cliente, ni el que se trate de una apertura de crédito con finalidad solutoria, ni siquiera el que la deuda del cliente haya nacido.

Ahora bien, aun reconociendo esta hipótesis como posible, no puede dejarse reducido el negocio bancario a tan estrictos límites. Nada impide que el **argentarius**, dentro del amplio campo de sus posibilidades negociales, pueda actuar

(1) Este principio de la autonomía del **receptum** de pago bancario dificulta enormemente su catalogación jurídica como garantía personal. En efecto, si consideramos que esta última consiste en una obligación accesorias constituida a favor del acreedor por persona distinta del deudor y que tiene por objeto el pago de la deuda, VOLTERRA, Instituciones cit., p. 587, el carácter de accesoriedad no cuadra en los esquemas de la independiente promesa recepticia de pago bancaria.

El término accesoriedad aparece en las fuentes romanas con un significado algo distinto del que tiene en la terminología jurídica moderna. Más que una relación de dependencia de la obligación de garantía respecto de la obligación principal, con **accessio principalis obligationis** los juristas clásicos intentan expresar la idea de que el garante no puede obligarse, en relación con el acreedor principal, a más de lo que está obligado el deudor de la **obligatio** garantizada. Gayo 3, 136 ... **ita et horum obligatio accessio est principalis obligationis, nec plus in accessione esse potest quam in principali re**. La garantía personal exige, pues, la existencia de una conexión entre la obligación principal y la caución, lo que no es posible en el supuesto de obligaciones independientes.

con arreglo a los verdaderos esquemas de la garantía personal de las obligaciones. De este modo, no cabe negar viabilidad a una obligación bancaria que tenga su base en otra principal del deudor cliente.

2.- Finalidad típica de la promesa bancaria

Para resolver esta cuestión, debemos empezar considerando cuál es la necesidad práctica a la que este negocio pretende dar cobertura. Consideramos muy probable que su utilización tendría lugar, especialmente, en las ventas trayecticias, es decir, de plaza a plaza, generalmente ventas marítimas en las cuales ni el vendedor se decide al envío de las mercancías si, previamente, no tiene garantizado, merced a la intervención de la solvencia del banquero, el cobro del precio convenido, ni tampoco el comprador se arriesga a satisfacer el precio antes del recibo de la mercancía (1).

(1) ROSSELLO, Rec. argentariorum cit., p. 36. Nuestro instituto, según él, habría sido introducido para desarrollar el comercio, con el fin de facilitar los pagos. Un deudor que no se encontraba en la misma ciudad que su acreedor, recurriría al banquero quien asumiría el pago por cuenta de dicho deudor.

MONIER, Manuel élémentaire 2, 1954, p. 199, insiste en la idea de la finalidad que cumple nuestro negocio de facilitar los pagos a acreedores residentes en otra ciudad.

Por ello, el fin típico que cumple nuestro negocio es el de contribuir al desarrollo del comercio interciudadano, facilitando el pago del precio en los contratos de compraventa de plaza a plaza, por lo general, de aquéllas en que tiene lugar el transporte por mar de las mercancías que han sido vendidas.

2.1 Promesa bancaria y contrato de cambio. Otro intento de resolver la cuestión de la finalidad típica de este negocio es el que pretende atribuirle, para el Derecho romano, una función similar a la que, en su origen medieval, cumplió la letra de cambio (1), ésto es, la de facilitar los pagos de plaza a plaza, evitando los inconvenientes del

(1) HUVELIN, Travaux récents sur l'histoire de la lettre de change, Annales de droit commercial, 1901, p. 22, considera la "promesa del banquero" como la supervivencia medieval del **receptum**, al que atribuye valor decisivo en la historia de la letra de cambio. En este sentido LEPOINTE, Les obligations 1954, p. 303-304, que sitúa este negocio en el ámbito del desarrollo del comercio internacional y en el mismo sentido que HUVELIN lo relaciona con el origen de la letra de cambio.

Sin embargo, POTHIER, Traité des obligations, Du contrat de change, 1835, p. 123 s., consideró que no existe ningún vestigio del contrato de cambio ni de la letra de cambio en Derecho romano.

En efecto, las primeras manifestaciones de la letra de cambio se producirían a finales del siglo XII y en el siglo XIII; apareciendo como un documento notarial en el cual el emitente declara que ha recibido una determinada suma de dinero, obligándose a restituir, en otro lugar, el equivalente en la moneda pactada, por medio de un representante residente en dicho lugar.

transporte de sumas en metálico y, por medio, de la intervención de un banquero que tiene sus sucursales en diferentes centros comerciales.

En el Derecho romano contamos con el testimonio recogido en las Cartas de Cicerón. En ellas se citan los negocios por los que el banquero emite una orden de pago a su corresponsal exterior (1).

Pero, no parece que este tráfico mercantil pueda acogerse a un régimen jurídico unitario de promesa bancaria de garantía, puesto que ésta obedece a otro planteamiento: una cosa es asegurar la deuda del cliente frente al acreedor y otra abonar un depósito en plaza distinta de aquella en que tal contrato tuvo lugar.

Y además, podemos hablar de la vigencia de la práctica del transporte por mar del mismo dinero, **pecunia traiecticia**, es decir, que el importe en metálico objeto de las transacciones viajaría en poder de las partes contratantes. Así es, por D. 22, 2, 1 conocemos el supuesto relativo al transporte marítimo de las sumas de dinero, en la nave del comprador, destinadas a la adquisición de mercancías en otra plaza.

(1) **Ad Att.** 12, 24, 27; 14, 15; **Ad Fam.** 2, 17; 3, 5.

En este caso es el comprador el que, por anticipado, embarca el metálico con el que habrá de pagarse el precio.

Llevando a cabo una interpretación extensiva, creemos que en el supuesto de que sea el vendedor el que transporta la mercancía para cobrar su precio en destino, también sería lo usual el transporte marítimo de la cantidad pecuniaria, en viaje de retorno al punto de origen.

2.2 Promesa bancaria y títulos al portador. Tampoco parece fundamentada la hipótesis que pretende emparentar este negocio con las promesas abstractas de pago, recogidas por escrito y que al ser fácilmente transmisibles cumplirían la finalidad de servir de medios de pago, llegando a merecer el calificativo de dinero fiduciario.

En efecto, el Derecho romano desconoce el principio general de la transmisión de las obligaciones, tanto del lado activo como del pasivo (1).

Sin embargo, en las provincias, como ponen de manifiesto los documentos papirológicos provenientes de Egipto, estaba vigente el principio, propio de los antiguos derechos orientales, de la plena transmisibilidad de los créditos

(1) VOLTERRA, Instituciones cit., p. 583.

redactados en un documento escrito.

Y lo que es más importante, este sistema se aplica en las provincias incluso en época clásica y ya en el Bajo Imperio acaba por aceptarse también en la práctica de Occidente (1). Por otra parte, no es de extrañar que también los ciudadanos romanos se acogiesen a estas reglas al entrar en tratos con las provincias orientales (2).

Ahora bien, lo anterior no afecta a nuestras conclusiones, pues, no puede olvidarse que nos movemos dentro de la esfera de las instituciones pertenecientes al Derecho romano y no en la de los derechos orientales. La figura que estudiamos tiene su origen en el Edicto del Pretor y son los criterios latinos los que nos han de servir a este propósito.

(1) SEGRE, Note sul documento nel Diritto greco egizio, BIDR 1925 y Note sulla forma del documento greco romano, BIDR 1927. Además, en varios documentos de naturaleza privada se incluye la llamada cláusula al portador, en virtud de la cual el deudor estaba obligado a pagar a cualquiera que le presentase el documento. Ello hace muy fácil la transmisión de los créditos de una persona a otra, con la simple entrega del documento.

La cláusula, generalmente, recogería la siguiente idea: el documento sea válido en cualquier parte que sea presentado y para cualquiera que lo presente.

(2) SEGRE, Note sulla forma, cit., p. 77. Los documentos greco-egipcios al igual que los de Siria y Asia Menor, muestran cómo, a menudo, los mismos romanos se obligaban entre ellos, con arreglo a la forma del derecho del lugar del contrato y no con arreglo a la correspondiente al derecho personal.

2.3 Algunas consideraciones sobre la solución que aporta el derecho moderno. Para continuar, nos parece oportuno hacer alguna referencia a la normativa mercantil moderna, lo que puede resultar clarificador pese a la distancia histórica que media con respecto a nuestro negocio.

Para ello, vamos a fijarnos en la denominada venta CIF que puede ser un buen ejemplo de lo que es la práctica jurídica en este ámbito del tráfico mercantil. En ella el vendedor no sólo ha de iniciar el transporte, situando las mercancías en el buque, sino que se obliga a concertar el flete y el seguro de la mercancía, dando, por ello, a la venta un precio que comprende el valor de la cosa vendida más el del seguro y el flete (1).

Pero aunque el vendedor asume la obligación de contratar el seguro y el transporte, la venta se considera consumada en el puerto de embarque. De este modo, la entrega del vendedor tiene lugar situando en el buque la mercancía, y ésta viaja a cargo del comprador, que es quien soporta los riesgos del transporte.

(1) URIA, Derecho mercantil, 1975, p. 490. De lo establecido arriba derivaría la usual abreviatura CIF, que, como es sabido, responde a las iniciales, en lengua inglesa, siguientes: "cost", "insurance" y "freight".

Y además, como en este tipo de ventas internacionales ni el vendedor suele estar dispuesto a enviar la mercancía, si previamente no tiene la garantía de que recibirá el precio, ni el comprador a pagar antes de la llegada de la mercancía, por lo general, la venta CIF viene acompañada de una operación bancaria de crédito para pago del precio (crédito documentado). En virtud de éste el banco del comprador abre un crédito por el importe de la venta a favor del vendedor, pero que únicamente puede ser utilizado contra la entrega de los documentos de la operación, es decir, factura, conocimiento de embarque y póliza de seguro, lo que permite al banco tener la disponibilidad de la mercancía, como garantía frente a su cliente que es el comprador, a la orden del cual el banco ha intervenido en la operación.

Se trata de un crédito documentado (1), puesto que estamos en el terreno de los llamados títulos de tradición o representativos de mercancías, entre los que figura el conocimiento de embarque.

En conclusión, nos encontramos ante un negocio en el que el banco abre un crédito a favor del vendedor,

(1) BALOSSINI, Norme ed usi uniformi relativi ai crediti documentari, 1973. MOLLE, I contratti bancari, 1973.

en virtud de la orden del comprador; el pago tiene lugar contra la presentación de los documentos del contrato. Estos sirven de garantía al banco al permitirle retener la entrega de las mercancías y conservar la disponibilidad de las mismas en tanto no le reembolse el comprador los gastos, intereses y comisión.

Para explicar el fundamento de la relación del banquero con el vendedor beneficiario se ha llegado a diferentes planteamientos, no habiéndose alcanzado un acuerdo doctrinal que resulte plenamente satisfactorio. Así, se ha recurrido a la teoría de la representación, del mandato de crédito, de la fianza, del contrato a favor de tercero, de la delegación, etc., que no llegan a explicar, plenamente, las especiales características propias de esta institución.

2.4 Problema de la asignación del riesgo. Partiendo de lo anteriormente expuesto, nos parece rechazable la hipótesis de que, con carácter normal, sea el banquero quien soporte los riesgos de pérdida de la cosa cuando haya asumido el pago del precio en una compraventa trayecticia. Sin embargo, aun siendo esto cierto, el problema de fondo sigue estando sin resolver, pues, necesariamente alguien ha de cargar con la eventualidad de la pérdida de las mercancías y nos interesa saber quién es este sujeto. La presente cuestión podría empezar a resolverse si en derecho romano clásico existiese una institución que cumpliera una función aproximada a la que resulta

propia del contrato de seguro en el derecho moderno.

Creemos encontrar respuesta a ello si nos fijamos en la **pecunia traiecticia** como figura encaminada a la cobertura del riesgo en el transporte marítimo de mercancías (1). Aunque Paulo, 25 **quaest.** D. 22, 2, 6, parece considerar este negocio como mutuo, en realidad el préstamo marítimo se diferencia del mutuo en que la restitución está subordinada a la llegada de la nave. Lo que resulta más probable es que se trate de un negocio especial que los romanos importaron de Grecia hacia finales de la República (2).

En efecto, la **pecunia traiecticia** o **foenus nauticum** constituye un préstamo marítimo, muy practicado en las poblaciones mediterráneas, que tiene una estructura constante y precisa en las diferentes ciudades griegas y persigue el fin práctico de fiar capitales a capitanes de barcos o a comerciantes, quienes sin afrontar el riesgo de la navegación realizan operaciones comerciales en territorios situados al otro lado del mar (3).

(1) En este sentido se manifiesta D'ORS, Der. priv., cit., p. 458. DE MARTINO, Sul foenus nauticum, Riv. Dir. Nav. 1935, considera que en el sistema del Derecho romano no existen indicios de un contrato de seguro, por lo que no sería erróneo pensar que, en cierta medida, el préstamo marítimo cumpliría también una función aseguradora.

(2) Tesis a la que se adhiere DE MARTINO, v. **Foenus nauticum** en NNDI.

(3) VOLTERRA, Instituciones cit., p. 487.

Podemos pensar en un ejemplo como el siguiente: un comerciante V va a vender un determinado género a C que habita en otra ciudad, entonces el banquero de C promete el pago del precio, a fin de que V se decida a enviar la mercancía, una vez que tiene garantía de cobrar, a ello se añade la entrega de un capital a V, por parte del "asegurador", de tal manera, que si la nave no llega a puerto, V no pierde, pues retiene la cantidad prestada, pero si la operación llega a feliz término restituye el capital más los intereses estipulados (1). Este ejemplo nos permite distinguir claramente dos

(1) Por Modestino, 19 **pand.** D. 22, 2, 1, sabemos que se llama trayecticia la cantidad que se transporta por mar... y si las mercancías compradas con aquel dinero navegan a riesgo del acreedor, la cantidad resulta trayecticia.

Del texto parece desprenderse que el préstamo marítimo se hace al comprador a fin de que, transportando el capital, se dirija a adquirir el género a otra plaza. Sin embargo, tan restrictiva consideración no resulta admisible para el régimen jurídico de esta institución. En efecto, siguiendo a DE MARTINO, v. **Foenus nauticum** en NNDI, podemos decir que la función económica del negocio es la de favorecer el comercio marítimo, en origen quizás solamente el de importación, pero más tarde también el de exportación.

Según BISCARDI, Diritto greco antico, 1982, elementos característicos del préstamo marítimo son: la aceptación del riesgo, el pacto de intereses, la garantía, el aspecto documental.

a.- No puede faltar la convención de que el riesgo (naufragio, averías graves, encuentro con piratas, necesidad de aligerar la nave) es asumido por el acreedor.

b.- Frente a los intereses terrestres, que normalmente no superan el 12% anual, los intereses marítimos son altísimos (del 20-22% al 30-33% para un viaje de ida y vuelta, del 11 al 12% para un viaje de ida). Tales intereses vienen computados sobre la base no del año, sino del viaje; estos intereses



regímenes jurídicos:

- 1.- El correspondiente al préstamo marítimo y
- 2.- el propio de la garantía del pago del precio de la compraventa de plaza a plaza.

De tal modo que el riesgo por la pérdida de las mercancías no va a recaer, con carácter general, en el banquero que acepta el pago de la deuda del comprador sino en el sujeto que actúa como acreedor de un préstamo marítimo. En definitiva, la obligación derivada de la fianza bancaria puede quedar supeditada a la de pago del precio, cuando ésta se encuentre condicionada a que las mercancías lleguen a puerto. Por otro lado, si el banquero se obliga de modo abstracto, aceptando el riesgo, es claro que lo ha de hacer con vistas a obtener una contraprestación.

3.- Necesidad de una distinción

El desarrollo de los precedentes apartados, nos

varían en función del itinerario, de la época y de la duración del viaje.

c.- La garantía se centra en la propia nave si el mutuuario es un **nauta**, o bien se centra en la misma mercancía si el deudor es comerciante.

d.- Finalmente, el elemento documental, que tiene valor de título ejecutivo, da derecho al mutuante a efectuar la toma de posesión del cargamento o de la nave, una vez ha entrado en el puerto. Ahora bien, la perfección de este préstamo marítimo tiene lugar en virtud de la efectiva entrega del capital.

lleva a defender la existencia de una distinción entre **receptum argentariorum** y relación jurídica fundamental, considerando a esta segunda propiamente como una promesa bancaria que no puede reconducirse a otro ámbito que no sea el de la obligación verbal, ésto es, al de la **stipulatio**.

Y ello es así por un doble motivo:

1.- Porque la promesa bancaria y el **receptum argentariorum** son instituciones propias del Derecho romano, con independencia de que tengan su inspiración en los usos de las regiones de Oriente (1).

2.- Porque para el Derecho romano el formalismo verbal es el vehículo, por excelencia, para hacer nacer vínculos obligatorios (2).

Incluso, es posible que los muy discutidos términos

(1) WENGER, v. **Rec. argentarii** en PW, para quien estamos ante una institución perteneciente al derecho bancario romano. COLLINET, Etudes historiques sur le droit de Justinien I, 1912, p. 270-290 e HUVELIN, Droit romain II, 1929, p. 113, consideran que el **receptum argentariorum** no fue utilizado por los banqueros griegos por lo que Justiniano juzgó inútil conservarlo.

VOLTERRA, Instituciones, cit., p. 576; para quien el instituto es romano y no consta que fuera usado por los banqueros del imperio de Oriente. En esta misma línea FUENTESECA, Der. priv. cit., p. 313.

(2) VOLTERRA, Instituciones cit., p. 468. La **stipulatio** sirve para hacer que nazcan obligaciones subsidiarias, a fin de garantizar obligaciones ya existentes o asegurar, como en el caso de la **cautio usufructuaria**, que un derecho real sobre cosa ajena se ejercite con arreglo a la ley o como la **cautio rem pupilli salvam fore** para regular el ejercicio de un derecho.

sollemnibus verbis composita de C. 4, 18, 2 vengán a ser expresión imprecisa de un recuerdo sobre el modo de perfección de la promesa bancaria en el derecho clásico.

3.1 Consecuencias. Si lo anterior es cierto, entonces la caución bancaria de pago de deuda ajena da lugar, en un primer momento, a una obligación autónoma y abstracta, como ocurre en la **stipulatio**, lo que traduciéndolo a los esquemas de la compraventa trayecticia equivaldría a decir que es el banquero quien soporta el riesgo del transporte de las mercancías. En efecto, el riesgo no es del vendedor porque tiene garantizado, en todo caso, el cobro del precio en virtud de la promesa abstracta del banquero; tampoco es del comprador ya que puede condicionar su obligación del pago del precio mediante un pacto añadido al contrato que haga depender su eficacia del hecho de que las mercancías lleguen en buenas condiciones (1).

(1) Piénsese en el **pactum si res placuerit**, en virtud del cual los efectos del contrato vienen sometidos a la condición suspensiva de que el comprador apruebe la cosa (I. 3, 23, 4). En base a un pacto de estas características quedaría sin efecto el principio de la compraventa consensual romana **periculum est emptoris** (I. 3, 23, 3) cuya clasicidad aparece sólidamente fundada en las fuentes. De acuerdo con los datos que nos ofrece la historia del contrato de venta, puede deducirse la siguiente conclusión general a propósito del régimen de los riesgos: en todas las ventas el momento de la conclusión del contrato es aquél a partir del cual el comprador, que tiene derecho al **commodum**, debe soportar igualmente el **incommo-**

Por consiguiente, el banquero habría de pagar siempre y, en caso de pérdida de la cosa, no podría obtener el reembolso del cliente ya que para éste la obligación no llega a nacer.

3.2 Avance derivado de la introducción del **receptum**.

Desde otro punto de vista, podemos considerar que la entrada en vigor del **receptum argentariorum** en el Edicto trae como consecuencia que esta grave responsabilidad para el banquero no va a derivar ya de la simple promesa de pago sino de una cláusula de aceptación expresa, con lo cual la obligación bancaria, en sí misma considerada, adquiere el carácter de garantía accesoria, aproximándose a lo que después será el régimen jurídico de la **fideiussio**.

En virtud del elemento consensual que aporta el pretor, el rigor y el formalismo de la obligación verbal se sensibiliza hasta el punto de ser capaz de valorar la función típica del negocio, que es la de garantizar el cumplimiento de una obligación (1).

dum (= periculum). Más en concreto, en la época clásica, la perfección del contrato hacía que el riesgo pasara al comprador sin que la **traditio** tuviera un papel relevante en este traspaso, DAZA, El concepto de **periculum** 1977, p. 171.

Ahora bien, hay que observar que, si la venta está sometida a condición suspensiva, el **periculum** pasa al comprador sólo en el momento en que se verifica la condición; igualmente, en el caso en que el comprador se haya reservado el derecho de examinar la **merx**, el **periculum** pasa a éste sólo cuando ha encontrado la **merx** de su agrado. VOLTERRA, Inst. cit., p. 504.

(1) La estipulación puede mencionar la **causa stipulationis**

4.- Promesa bancaria y receptum argentariorum

La conclusión a que se ha llegado en el número anterior viene avalada en los textos del Digesto que hemos considerado interpolados, obtenidos a partir de los libros dedicados al comentario de la cláusula edictal **de receptis** y que nos permiten sostener, en derecho clásico, la existencia de una promesa bancaria conforme a los esquemas típicos de la garantía personal; lo que se concreta en los siguientes puntos:

Primero.- Principio de accesoriedad, que podemos enunciar en los siguientes términos: si se debe una cantidad y la promesa bancaria se refiere a esa cantidad más otra cosa, puede decirse que el banquero sólo se obliga por la

(**Centum mihi dotis causa dari spondes?**) o silenciar ésta (**Centum mihi dari spondes?**), tratándose en este último caso de una **stipulatio** abstracta. Ahora bien, la fórmula propia de la **actio ex stipulatione** es siempre abstracta, independientemente de que la estipulación lo sea o no. Por ello, aunque se mencione la causa, la obligación es abstracta a no ser que se haga depender expresamente de la causa, considerando ésta bajo el régimen jurídico de la condición. SCHULZ, Der. rom. clásico, 1960, p. 458.

Igualmente, para lograr una "causalización" de la **stipulatio**, en ámbitos muy concretos, es posible el recurso a mecanismos indirectos introducidos por la vía del derecho pretorio. En este sentido, los casos de desajuste entre la voluntad real de las partes (principio consensual) y la abstracción de la **actio** derivada de **stipulatio**, puede traer como consecuencia la llamada **denegatio actionis**.

cantidad debida, D. 13, 5, 12, (1).

Este es principio fundamental que permite la conexión entre la obligación del banquero y la obligación garantizada, con lo cual la primera de ellas presupone la existencia de la segunda necesariamente.

Segundo.- Principio de acumulación o de ausencia de eficacia novatoria, ésto es, después de la promesa bancaria el deudor principal sigue estando obligado, D. 13, 5, 28, (2).

Esta idea es un adecuado complemento de la anterior; en este sentido, la obligación del banquero no es nunca autónoma ya que no opera un efecto extintivo sobre la principal, por ello, el banquero queda también obligado al cumplimiento, pudiendo reclamar el acreedor frente a éste o frente al deudor

(1) Entendemos que este texto tiene su correspondiente para la **fideiussio** en Gayo 3, 126: **In eo quoque iure par condicio est omnium, sponsorum, fidepromissorum, fideiussorum, quod ita obligari non possunt, ut plus debeant quam debet is pro quo obligantur. At ex diverso ut minus debeant, obligari possunt, sicut in adstipulatoris persona diximus.**

En efecto, la garantía no puede ser **in duriorem causam**, mientras que puede ser **in levioerem**; el garante puede asumir obligaciones menores pero no mayores que la del deudor principal, regla que viene avalada por numerosos textos. DE MARTINO, v. "Fideiussione" en NNDI.

(2) En la **fideiussio** tampoco se produce el efecto de la novación, por lo que subsiste la obligación principal y, por tanto, el acreedor puede dirigirse contra el deudor o contra el garante y si existen varios garantes contra uno sólo de ellos y por la totalidad de la deuda. DE MARTINO, v. "Fideiussione" en NNDI.

principal.

Esta es una regla de importancia capital por el avance que supone con respecto a la **expromissio**, la cual da lugar a una **novatio** (1) por cambio de deudor, mediante la promesa que hace un nuevo deudor de pagar al acreedor lo que a éste debía el principal; no siendo necesario, en esta figura, el consentimiento de este deudor anterior (2).

En cambio, como es sabido, en la adpromisión ya aparezca bajo la forma de **sponsio** o en forma de **fidepromissio**, el efecto novatorio no se produce debido a una distinción formal: el nuevo deudor no promete "lo mismo que se debe", **id quod Titius debet**, sino que se trata de la misma promesa, **id quod Titius promisit**; por ello la identidad no está en el objeto de la obligación, **idem debitum**, sino en la forma promisoria, de lo que sólo indirectamente resulta una igualdad de contenido. No se produce aquí la identidad de objeto necesaria para la novación. Sin embargo, la desventaja es que la

(1) VOCI, Per la storia della novazione, BIDR 1965, p. 147. A este respecto véase lo establecido en D. 46, 2, 8, 5.

(2) La **expromissio** aparece también como **delegatio**, mediante **iussum promittendi** del deudor anterior, que queda liberado frente a su acreedor. El consentimiento del acreedor al cambio de deudor se implica en la misma **stipulatio** que hace el nuevo deudor. Finalmente, el **expromissor** puede resultar, en alguna ocasión, un nuevo deudor sin novación (p. ej., D. 16, 1, 8, 8).

adpromisión sólo sirve para garantizar deudas nacidas de promesa estipulatoria, pues el fiador, como decimos, hace la misma promesa que el deudor principal.

Tercero.- Principio de solidaridad. Consideramos que el deudor principal y el banquero son deudores solidarios porque el acreedor puede dirigirse en primer término contra el banquero, el cual no puede contar con el **beneficium excussionis**, introducido por Justiniano, y porque entre deudor principal y banquero no puede darse la correalidad (1): si el acreedor demanda al **argentarius** el efecto consuntivo de la **litis contestatio** extingue la obligación de éste, pero no en cambio la del deudor principal. Así es; son dos acciones distintas una frente al banquero y otra frente al deudor principal, dirigidas ambas al cobro del montante íntegro de la deuda.

En suma, dos deudores con dos acciones y una sola

(1) En las obligaciones correales, varios deudores se obligan **uno actu** (en unidad de acto) de donde deriva una sola acción contra ellos. Así, el efecto consuntivo general de la **litis contestatio** se aplica aunque la acción se interponga contra deudor insolvente o cuando la deuda no llegue a cobrarse.

En cambio, en la solidaridad pasiva existen dos acciones, una frente al deudor y otra frente al garante. Ambas pueden interponerse hasta que la deuda sea cobrada en su totalidad. SCHULZ, Der. rom. clásico cit., p. 469 s.

Para FREZZA, Le garanzie cit., p. 22, la forma de la estipulación de garantía es distinta de la estipulación correal, **duo pluresve rei promittendi**, la cual se ajusta a la forma establecida en Just. Inst. 3, 16 pr.

deuda; si paga el banquero libera al deudor principal frente al acreedor y si paga el deudor principal el banquero queda liberado, ello es consecuencia de la interdependencia existente en las dos obligaciones (1).

Cuarto.- Principio de irrelevancia de la voluntad del deudor principal; en virtud del mismo, la promesa bancaria es válida cuando el deudor principal está ausente y contra su voluntad, D. 13, 5, 27.

Este mismo principio resulta también aplicable a la **expromissio**, como ya hemos visto, así como a la **fideiussio** (2) y tiene su fundamento en la estructura formal-verbal de la pregunta y de la respuesta entre acreedor y fiador sin intervención del deudor principal.

El que esta regla se aplique a la promesa bancaria nos aporta una prueba muy importante, en el sentido de considerarla entre las figuras de caución estipulatoria. Por el contrario, si la promesa bancaria estuviese desprovista de forma, hallando su fundamento exclusivo en la voluntad de

(1) Así, también para la **fideiussio** viene siendo admitido el principio de la solidaridad. DE MARTINO, v. "Fideiussione" en NNDI. FREZZA, Le garanzie cit., p. 14.

(2) D. 17, 1, 20, 1. **Paulus libro undecimo ad Sabinum. Fideiussori negotiorum gestorum est actio, si pro absente fideiusserit: nam mandati actio non potest competere, cum non antecesserit mandatum.**

las partes, no se entiende el interés del jurista en insistir en algo tan contrario a ello como es el que tal negocio pueda perfeccionarse en contra de la voluntad del deudor principal.

Quinto.- Principio de cesión de acciones, con arreglo al cual, cuando paga el banquero por el deudor, éste no queda liberado por lo que deben ser cedidas las acciones frente al segundo de ellos; D. 17, 1, 28.

Este es el fundamento de lo que podemos llamar acción de reembolso a favor del banquero, a la que en justa correspondencia tiene derecho; y así queda resuelto un problema que ni siquiera en la **fideiussio** clásica tiene una solución satisfactoria. En efecto, en este ámbito, el derecho clásico no conoce más remedio que el acreedor, que cobraba del fiador, cediera a éste la acción que el tenía frente al deudor principal y siempre que ésta no se hubiera consumido ya por una **litis contestatio** (1).

(1) D`ORS, Der. priv. cit., p. 512. El fiador podía utilizar entonces esta acción, en función de acción de regreso, contra el deudor principal. Pero este sistema dependía de la buena voluntad del acreedor que debía estar dispuesto a hacer la cesión. En este sentido D. 46, 1, 17, insinúa que el pretor solía coaccionar al acreedor para que efectuase la cesión. Sin embargo, el texto viene referido a un caso en que un cofiador está dispuesto a pagar la deuda entera y necesita la acción contra los demás cofiadores. Tampoco el sistema de cesión por **procuratio in rem suam** era muy seguro para

Sexto.- Carácter ordinario del principio de accesoriedad en la garantía bancaria. Del conjunto de los textos en que nos hemos basado para desarrollar los principios anteriores, puede llegar a deducirse que la garantía prestada por el banquero se adaptaría, originariamente, a los principios que acabamos de enunciar, es decir, que en condiciones normales el **argentarius** va a hacer una promesa de pago, cuya conexión jurídica con la obligación principal parece evidente.

En consecuencia, también hemos de entender que la mediación del **receptum argentariorum**, en sentido propio de obligación abstracta, tendría carácter excepcional y en los casos en los que así ocurriese, el banquero, como contraprestación por haber asumido tan grave responsabilidad, exigiría el pago de una cantidad proporcionada al riesgo soportado (1).

el cesionario.

Ahora bien, si entre deudor y fiador media una relación especial como sociedad o mandato, la acción de regreso se basa en esta relación; por su parte, la jurisprudencia tiende a interpretar que existe un mandato, con carácter general. Piénsese en el supuesto de que el deudor, presente, no recuse la fianza; D. 17, 1, 53; 6, 2; 50, 17, 60. Ello permite considerar que la aceptación tácita puede dar lugar a una **negotiorum gestio**.

(1) Aunque, como ya hemos visto, la figura jurídica apropiada a esta situación no es la caución bancaria sino el **foenus nauticum**, en el que como contrapartida al riesgo del mutuante se admite un pacto con intereses superiores a la tasa legal; D. 22, 2 y C. J. 4, 33, ambos **de nautico fenore**. Justiniano, C. J. 4, 32, 26, 2, impone la tasa del 12% anual, doble de la del préstamo ordinario.

5.- Naturaleza jurídica

Insistiendo en la ya conocida idea de dualidad que se desprende de nuestras fuentes, comenzamos distinguiendo claramente dos regímenes jurídicos:

- 1.- El propio del **receptum argentariorum** y
- 2.- el aplicable a la promesa bancaria de pago de deuda ajena.

1.- Entendemos, en este sentido, que el **receptum argentariorum** constituye una declaración de voluntad por parte del banquero (1), que puede ser añadida a una promesa de pago de deuda ajena, como consecuencia de lo cual la promesa causal queda transformada en abstracta (2).

En otras palabras, podemos considerar al **rec. arg.** como un elemento accidental (3), dentro del negocio jurídico

(1) La interpretación del término **argentarius** requiere un desarrollo posterior en la sección dedicada a los sujetos.
(2) El término "abstracta" lo entendemos aquí en el sentido de que la promesa bancaria queda ahora, en virtud del **receptum**, desvinculada del negocio principal. ROSSELLO, Rec. arg. cit., p. 4; el banquero está obligado, únicamente, porque ha prometido, por ello ni la existencia de la deuda del cliente ni la orden de pagar por parte de éste son elementos del contrato.
(3) Los elementos accidentales del negocio jurídico, **accidentalia negotii**, en oposición a los esenciales, **essentialia negotii**, no son considerados constitutivos del mismo, por lo que no pierde validez el negocio aunque no concurren. Sin embargo, pueden existir por voluntad expresa de las partes. VOLTERRA,

particular de garantía bancaria.

2.- Y, por otro lado, la caución bancaria, en sí misma considerada, sin mediación de **receptum**, la consideramos como una promesa verbal (1) hecha al acreedor por parte del banquero, para el pago de la obligación de un tercero.

Estamos, en suma, ante un negocio jurídico bilateral (2) y formal (3) encuadrable dentro del esquema de la garantía

Instituciones cit., p. 174. Tampoco hay que confundir los elementos accidentales con los naturales; estos últimos son aquellos que el ordenamiento presupone normalmente existentes en el negocio, pero que pueden ser eliminados o modificados expresamente por la voluntad de las partes.

(1) Que en un primer momento la promesa bancaria se perfecciona con arreglo al formalismo de la obligación verbal, nos parece lo más seguro. Sin embargo, no puede descartarse que la evolución posterior haya abierto la posibilidad de utilización de la forma escrita, sobre todo si tenemos en cuenta la influencia de la práctica oriental y que en estos negocios intervenirían, de ordinario, sujetos de diferentes nacionalidades, con lo que el derecho tiende a ser, forzosamente, una síntesis comprensiva del consenso entre diferentes usos mercantiles.

En efecto, aunque es doctrina común que el derecho romano clásico conoce preferentemente el llamado documento probatorio, KASER, Römisches Privatrecht I, 1971, p. 203; sin embargo, la práctica provincial, sobre todo de extracción helenística, se orienta en un sentido completamente distinto, ARCHI, Civili-ter vel criminaliter agere, Scritti beatificazione C. Ferrini 1947, p. 18 s. Los puntos en los que esta práctica se separa del derecho romano oficial son dos: 1. Imposibilidad de probar o incluso de perfeccionar, en ciertos casos, la relación jurídica si no es por medio del documento; 2. Particular eficacia probatoria del documento; véase en este sentido TALAMANCA, v. "Documento e documentazione" en Enciclop. del Dir.

(2) Bilateral, en el sentido de que este negocio jurídico requiere para su existencia la manifestación de voluntad de un sujeto, **argentarius**, a la que corresponde la del acreedor.

(3) Porque el ordenamiento jurídico exige, de modo taxativo,

personal de las obligaciones (1), con arreglo al principio de accesoriadad, como ya hemos visto (2).

que la voluntad se manifieste con arreglo a un esquema determinado, pues, de otro modo, no despliega su eficacia jurídica.

Ahora bien, este carácter formal no implica necesariamente una naturaleza abstracta; desde el momento en que consideramos a la garantía como una función típica, FREZZA, Le garanzie cit., p. 3, ésto es, la de asegurar el cumplimiento de una relación obligatoria: la primera halla su fundamento lógico y jurídico en esta última.

(1) Considerando que la garantía de una relación obligatoria es otra relación jurídica, constituida para reforzar el fundamento de la expectativa del acreedor a la prestación, FREZZA, Le garanzie cit., p. 3, y que con respecto a las garantías personales Gayo 3, 115-117 nos recuerda las tres principales: **sponsio, fidepromissio, fideiussio**, vista la estructura de nuestra garantía bancaria, sin duda, para la época histórica en que surge resultaría una novedad ciertamente revolucionaria.

(2) Los autores que no parten de la distinción entre **receptum argentariorum** y garantía bancaria llegan a definiciones de carácter unitario. Así se manifiesta ROSSELLO, Rec. arg. cit., p. 3, cuando dice que el **receptum** es un contrato por el cual el **argentarius** se obliga a pagar una determinada suma de dinero u otra cosa, a un tercero, por cuenta de una persona.

WENGER, v. **Rec. argentarii** en PW nos dice lo siguiente: probablemente se trata de una promesa "Versprechen" no formal, de un banquero, de pagar por otro una suma o de proporcionar una cosa al beneficiario de la promesa. Y como el **receptum** se ha ido desligando de las diversas relaciones causales, llega a concluir que estamos ante una promesa de garantía abstracta "Abstrakten Garantie-Versprechen".

Lo anterior es tanto como decir "una garantía que no garantiza", pues su carácter abstracto la convierte en una promesa por completo independiente, desligada de cualquier relación causal; de tal modo que, en realidad, se trata de una promesa de pago a un tercero, válida por sí misma, de la que se omite toda referencia a la deuda del cliente. Y esto nos parece que choca frontalmente con el espíritu de los textos del Digesto relativos a nuestro negocio.

También insiste en esta línea, recientemente, FREZZA,

En condiciones normales, la caución bancaria tendría lugar cuando el deudor, cliente del banquero, da orden a éste de salir garante frente al acreedor, pudiendo además existir provisión de fondos en poder del banquero; ahora bien, jurídicamente, la obligación bancaria es independiente de estos elementos, que pertenecen a la relación interna banco-cliente.

En este punto, no podemos olvidar la doctrina de **Labeo** que, configurando nuestro negocio como trilateral, concede importancia decisiva a la orden del cliente, de tal modo que cuando ésta falta, la garantía del **argentarius** puede perder su eficacia por la vía de la excepción.

Por otra parte, los intereses del banquero quedan salvaguardados en virtud del principio de cesión de acciones. La misma existencia de este principio determina que la obligación del banquero se encuentra estrechamente relacionada

Le garanzie cit., p. 279: "L'obbligazione del **receptum argentarii** ha carattere astratto", basándose en C. 4, 18, 2, 1 ... **cum secundum antiquam recepticiam actionem exigebatur et si qui non fuerat debitum** y, en cambio, D. 13, 5, 12 lo interpreta diciendo que la misma cautela del jurista al admitir esta excepción al principio de independencia de la obligación del **receptum**, respecto a la del deudor principal, **potest dici**, confirmaría la existencia del principio de abstracción.

Esta conclusión nos parece inaceptable y el propio autor, en efecto, acaba matizándola siguiendo el planteamiento ya conocido de LENEL, el cual distingue dos opciones en cuanto al **receptum**, una causal y la otra abstracta.

con la del deudor principal, pues, en caso contrario no se podría establecer, con carácter general, el traspaso al banquero que paga de la acción derivada de la obligación del deudor cliente. En otras palabras, la caución bancaria aparece justificada por la coexistencia con la del principal.

6.- Contenido y extensión de la responsabilidad ex recepto

6.1 La responsabilidad ex recepto como responsabilidad abstracta. Como punto de partida, interesa recordar los términos del texto edictal: **argentariae mensae exercitores quod pro alio solvi receperint ut solvant**, en virtud de los cuales consideramos que el presupuesto de la acción frente al banquero es la aceptación expresa de la garantía por parte de éste y a favor del acreedor.

De los estrictos términos anteriores se deriva que la obligación de pago del banquero, a primera vista, no admite motivo alguno de excusa, esto es, que el sistema edictal no atiende a concretas circunstancias eximentes, dando lugar a una forma de responsabilidad muy estricta, aun cuando se trate de una responsabilidad consensual.

Esta es la interpretación literal que se obtiene del texto pretorio y que ha permitido a la doctrina encuadrar

el **receptum argentariorum** entre los negocios abstractos.

6.2 La excepción labeoniana. Si lo anterior es cierto, en principio, también lo es que ya a fines de la República se va a registrar una primera atenuación de ese régimen, mediante la introducción de una **exceptio** (1).

A tenor de esta innovación jurisprudencial, el carácter rigurosamente abstracto y edictal de la responsabilidad **ex recepto** ya no va a poder ser entendido de un modo absoluto (2).

En efecto, la excepción introducida por Labeón nos aporta una prueba de la tendencia jurisprudencial a desvincularse de los límites marcados por la rigidez originaria. Dicha excepción va dirigida a excluir la responsabilidad bancaria en aquellos supuestos en que falle la relación interna que ha de existir entre deudor principal y banquero. Precisamente la importancia de la excepción reside en que pone de relieve la relación jurídica sobre la que descansa el reembolso del banquero que paga la deuda del cliente.

(1) Digesto 13, 5, 27.

(2) Curiosamente, el mismo Labeón introduce otra **exceptio** en el régimen jurídico del **receptum nautarum**. DE ROBERTIS, **Rec. naut.**, 1953, p. 85. El origen jurisprudencial de esta excepción resultaría de la referencia a la **aequitas** y del carácter de buena fe de estos juicios.

6.3 La responsabilidad **ex recepto** como responsabilidad autónoma. Aunque la **exceptio** labeoniana establece, como hemos visto, una conexión entre caución bancaria y contrato de mandato, no podemos dejar de considerar, en general, a la obligación derivada del **receptum** como desvinculada jurídicamente de la principal. Ello resulta bastante paradójico: una obligación de garantía desligada de su principal a la que en buena lógica debe hallarse subordinada.

Las dificultades que presenta esta figura son un buen indicio para comprender el verdadero alcance de la cláusula edictal y la inviabilidad de la responsabilidad **ex recepto** entendida en sentido propio, tal como se desprende de un análisis superficial de los estrictos términos introducidos por el pretor. En efecto, no parece que el magistrado haya querido tipificar un negocio jurídico pensando en su precisa aplicación práctica sino todo lo contrario: exigiendo una voluntad específica para que nazca una obligación abstracta, se entiende, interpretando a contrario, que de la promesa ordinaria no surge tan rigurosa responsabilidad.

7.- Obligación derivada de la promesa bancaria

Recogemos en este apartado aquellos aspectos puntuales que permiten definir la obligación a cargo del banquero desde



el punto de vista objetivo y subjetivo, remitiéndonos para su adecuado desarrollo a una sección posterior.

1.- La intervención de la cláusula recepticia no sería un supuesto normal; su eficacia jurídica, por consiguiente, radica no tanto en su ejecución práctica directa cuanto en su influencia indirecta sobre la relación jurídica fundamental.

2.- Normalmente, el banquero queda obligado, con la forma oral estipulatoria, al mismo objeto que constituye la deuda principal del cliente, **id quod Titius debet**; pero ello no genera un vínculo autónomo ya que, en virtud de la inclusión de la cláusula recepticia en el Edicto, se va a valorar un elemento consensual en la promesa bancaria, "causalizándola", de tal modo que ésta lleve implícita la voluntad de las partes de considerar su eficacia subordinada a la deuda del cliente, pues, lo contrario sólo tiene lugar en base a una aceptación expresa.

3.- Tampoco se produce el efecto novatorio, con lo que no se extingue la deuda del cliente. Así es, si esta deuda se concreta en el pago del precio de una compraventa sometida a la condición suspensiva (1) de que las mercancías

(1) En el derecho clásico, la condición es, ciertamente,

lleguen a puerto, como ya hemos visto, entonces la promesa estipulatoria del banquero, como consecuencia de lo establecido en el punto anterior, aparece conectada con aquélla hasta el extremo de que también le alcanzan los efectos de la condición suspensiva (1).

4.- La obligación del banquero se aplicaría no tanto a una deuda futura (2) cuanto a una deuda cuya exigibilidad viene condicionada a un acontecimiento futuro e incierto.

un elemento accidental, es decir, un elemento que puede existir o no según la voluntad de los sujetos, pero que, una vez existente, pasa a ser intrínseco del negocio e inseparable de él, dándole un carácter particular. En el caso de que el comprador y el vendedor se obliguen, respectivamente, a comprar y vender **si navis ex Asia venerit**, no se debe configurar este acto como un negocio jurídico de compraventa, con sus típicos efectos, al que se añade una condición que producirá determinadas consecuencias. Por el contrario, del acuerdo entre comprador y vendedor surge una compraventa condicionada, en la cual la condición es elemento intrínseco e inseparable.

El negocio jurídico condicional, desde el momento de la manifestación de voluntad de los sujetos, está determinado en todos sus elementos y efectos, aunque estos últimos sólo se verifican si tiene lugar el acontecimiento futuro e incierto; VOLTERRA, Instituciones cit., p. 175-176.

En cambio, en el derecho postclásico, la cláusula condicional sufre profundas alteraciones, ARCHI, Contributi alla critica del Corpus Iuris, 1962, p. 143, ya que partiendo del principio **pactum = condicio**, se la llega a considerar como elemento extrínseco del negocio.

(1) Si hemos de creer lo que se nos dice en C. 4, 18, 2, la promesa bancaria puede garantizar tanto una obligación pura como la sujeta a término o a condición, ROSSELLO, Rec. arg. cit., p. 77; VOLTERRA, Instituciones cit., p. 576 n. 316, recoge la opinión de los comentaristas para quienes nuestro negocio sería aplicable a deudas condicionadas.

(2) En este sentido HUVELIN, Droit romain II cit., p. 111.

5.- Gracias a la referencia que en la fórmula verbal se hace al mismo objeto que constituye la deuda del cliente, y no a la promesa misma del deudor principal, se pueden garantizar por esta forma todo tipo de obligaciones y no solamente las verbales.

6.- Por otro lado, sería posible en nuestro negocio en relación con deudas no dinerarias (1).

7.- Desde el punto de vista subjetivo, utilizando en la fórmula verbal un término distinto de **spondeo** pueden quedar obligados también banqueros no ciudadanos romanos. El inconveniente que puede plantear el requisito de la presencia de las partes puede salvarse mediante la utilización de correspondientes. Como sabemos, el ordenamiento romano reconoce a los actos voluntarios que lleven consigo adquisición de derechos u obligaciones, realizados por el **filius** o **servus**, la eficacia de producir directamente la adquisición por el **pater** o **dominus** (2).

(1) Esto se deduciría de C. 4, 18, 2 y de la Paráfrasis. En este sentido FREZZA, Le garanzie cit., p. 277. Por su parte ROSSELLO, Rec. arg. cit., p. 78 plantea algunas dudas, considerando más propio de este negocio el ámbito de las deudas pecuniarias.

Para un desarrollo completo de este tema nos remitimos a la sección dedicada al objeto, en la que se valoran las diferentes corrientes doctrinales.

(2) En este sentido, Digesto 14, 5, 8.

8.- La obligación del banquero sería transmisible a los herederos activa y pasivamente y no tendría plazo de caducidad (1).

9.- El banquero queda obligado **in solidum** con el cliente: el acreedor puede reclamar frente a cualquiera de ellos.

10.- El banquero puede ejercitar el regreso mediante la **actio mandati**, si el contrato correspondiente tiene lugar entre las partes, o bien, con arreglo al principio general de cesión de acciones que establece la jurisprudencia.

II. Modo de constitución

1.- Premisas

En general, puede decirse que la caución bancaria se perfecciona en virtud de la reunión formal de los consentimientos de las partes contratantes. Asumiendo el banquero la obligación de pagar, frente al acreedor, nuestro negocio quedaría constituido desde el momento en que tenemos la declara-

(1) El desarrollo de este tema en la sección dedicada a las acciones.

ción de voluntad del **argentarius** y la del acreedor (1).

Cuando decimos que la caución bancaria queda concluida entre banquero y acreedor, no nos olvidamos de la importancia que tiene el mandato del deudor al primero de ellos y con arreglo al cual se obliga frente al tercero; lo que sucede es que este mandato forma parte de la relación interna deudor principal-banquero y ésta es jurídicamente independiente de la promesa bancaria (2).

Por otra parte, la prueba de la conclusión de este negocio se lograría mediante las anotaciones practicadas en los libros de contabilidad del banquero, a quien la ley impone la obligación de tenerlos al corriente y de presentarlos cuando a ello fuese requerido con arreglo a las condiciones establecidas (3).

(1) Para BEKKER, Recipere und permutare, 1882, p. 2, la perfección se tiene con la aceptación por el banquero de la orden del cliente. No parece esta opinión válida, pues, la sola voluntad del banquero no basta, ya que no estamos ante una promesa unilateral obligatoria y, en general, **ex nuda pollicitatione nulla actio nascitur**, Paulus 5, 12, 9, mientras que en nuestro caso el acreedor cuenta con la **actio recepticia**. Por ello, no queda más remedio que recurrir al consentimiento del acreedor.

(2) Para entender la importancia que ha podido jugar el mandato del cliente, conviene recordar ahora lo ya establecido a propósito de la excepción labeoniana.

(3) D. 2, 13, 6, 3. El pretor impone al **argentarius** el **edere rationes** cuando el cliente lo pidiese con ocasión de una controversia judicial, sea con respecto al propio **argentarius**,

Para el adecuado desarrollo del presente apartado, hemos de preguntarnos también por los requisitos de forma que ha de cumplir el negocio. En este sentido, con carácter previo, debemos determinar si se trata de un instituto de derecho civil o de derecho honorario (1). Decimos con carácter previo, puesto que la solución de esta segunda cuestión condicional, en buena medida, la referida a la primera. En efecto, si el **ius civile** es un heredero de la rigidez y solemnidad del ritualismo religioso y una actividad jurídica no formal resulta inconcebible en el primitivo ámbito de aquél, mientras que el Edicto del Pretor trata de proteger la voluntad cristalizada en un acuerdo, aunque éste no se haya manifestado con formas civiles, entonces la inclusión de nuestro negocio en uno u otro campo va a determinar la solución del problema

sea con respecto a un tercero. La obligación viene condicionada a la prestación por parte del cliente del juramento **non calumniae causa postulare edi sibi**, lo que significa no poder el cliente defenderse si no es mediante la **editio** del banquero. La obligación de exhibición bancaria es sancionada por una **actio** con fórmula **in factum** y **annalis** que tenía carácter penal como se deduce del hecho de que no se daba contra el **heres nisi ex facto suo** (D. 2, 13, 13); TALAMANCA, v. **Argentarii** en NNDI.

(1) Entendemos estos conceptos considerando que el **ius civile** tiene unas fuentes de producción conforme a la organización política romana y emana de la ley y de las respuestas de los jurisconsultos; mientras que el derecho honorario o pretorio emana de la labor jurisdiccional del pretor y de las medidas procesales que éste promete en su edicto: reconociendo una situación de hecho que en la práctica se aproxima al correlativo derecho basado en el **ius civile**.



de la forma (1).

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

2.- Encuadre sistemático

2.1 Primeras posiciones. Los antiguos comentaristas están casi todos de acuerdo en considerar que se trata de un instituto de derecho civil (2), fundándose en los términos: **recepticia actione cessante, quae sollemnibus verbis composita, inusitato recessit vestigio...**

Consideran que **sollemnibus verbis** es sinónimo de **civilibus verbis**, por consiguiente, se trataría de un contrato reconocido por el derecho civil.

(1) ALVAREZ SUAREZ, El negocio jurídico, 1943. SCIALOJA, Negozio giuridico, 1950.

(2) HOTOMANUS, Comm. Inst. 4, 6, 8, 1567, p. 475, dice que la **actio** era **sollemnibus verbis composita**. CUIACIUS, Paratitl. ad Cod. 4, 18, 1758 (II, 194, E. nota 14). DONELLUS, Comm. ad Cod. 4, 18, 2, 1765 (VII, 994) "**actio quae certis sollemnibus ... uteretur**". WESENBECIUS, In Pandectas Iur. civ. et Cod. Commentarii, 1576. VINNIUS, Comm. Inst. 4, 6, 8, 1793, v. **Recepticia**. Entre los más modernos siguen la misma opinión: POTHIER, Pandectae ad 13, 5, 1818, append. (II, 14). GLUCK, Pandecten, 1811 (XIII, 356). KRAUT, De argentariis, 1826, p. 110. DU CAURROY, Instit., 1834, p. 398. VAN DER PFORDTEN, Abhandlungen aus dem Pandekten-Rechte. Erlangen, 1840, p. 258. ZENTNER, De Rec. arg., 1859, p. 47 que se basa en Inst. 4, 6, 8 y Cod. de c. pec. 4, 18, 2. ROUSSEL, Argentariis, 1859, p. 73. MORIN, Banquiers, 1866, p. 21. SCHUPFER, Obbligazioni, 1868, p. 418. DIETZ, Argentarii, 1869, p. 37. MABILLE, Argentarii, 1874, p. 40. GUILLARD, Banquiers, 1875, p. 39. LANGLOIS, Argentarii, 1875, p. 38-39. MAYNZ, Dr. rom., 1877 (II, 388). ACCARIAS, Dr. rom., 1882, p. 776.

La doctrina tradicional (1) sostiene que el instituto es de origen civil por tres motivos:

- a- Los **solemnia verba** mencionados por Justiniano
- b- La perpetuidad de la acción
- c- El carácter formal del contrato.

En efecto, las palabras **solemnibus verbis composita**, se refieren claramente a la **actio recepticia**, pero no en sentido propio ya que es preciso tener en cuenta la época en la que se escribe la constitución; en aquellos tiempos no existirían ya **acciones solemnibus verbis compositae**, puesto que el procedimiento por fórmulas desaparece después de Diocleciano: si a pesar de ello, Justiniano habla de **solemnia verba**, como no puede referirse a la acción lo debe hacer al contrato (2).

(1) BRUNS, Das constitutum debiti, 1882, p. 272. También VOIGT, Ueber die Bankiers, 1887, p. 574 n. 23, se adhiere a esta opinión. Los motivos que permiten mantener el origen civil de este instituto son:

- a- la acción no participa de la anualidad de la **actio de pecunia const.** C. 4, 18, 2.
- b- el **receptum** es independiente de la existencia y de la naturaleza de la causa y en ésto se mantiene dentro del terreno del **rigor iuris**.
- c- en el C. 4, 18, 2, 1 es manifiesta la oposición entre la antigua **actio recepticia** y la **actio pec. const.**
- d- en este mismo sentido, Inst. 4, 6, 8.
- e- y también en la Paráfrasis.

(2) Esta opinión no fue sostenida, como generalmente se piensa,

Por otro lado, constituye una prueba, en este sentido, la perpetuidad de la acción, pues, la regla general es que las acciones perpetuas tienen naturaleza civil.

Finalmente, se entiende por carácter formal del contrato la exclusión de excepciones por inexistencia de deuda principal, **secundum... exigebatur et si quid non fuerat debitum... satis absurdum est... permittere res indebitas consequi**. Aquí se tiende a identificar el carácter abstracto con la naturaleza formal del contrato.

2.2 Revisión del planteamiento anterior. La doctrina crítica (1) combate estos argumentos de quienes mantienen el origen civil del instituto, considerando los siguientes aspectos:

1.- No es exacto que en la época de Justiniano sean abolidas todas las fórmulas, puesto que hasta el último

por primera vez por BRUNS. Otros antes que él lo habían hecho. Así, CALVINUS, Lexicon, 1610, v. **Receptitia** c. 1712: **Receptum erat iuris civilis quod fieret verbis solemnibus**. SIEBER, De argentariis, 1739, p. 40: **Argentarius obstringebatur... si solemnibus verbis se soluturum esse recipiebat - Haec (recepta) vim suam obligandi ex solemnibus verbis, quae adhibebantur... VICAT, Voc. iur., 1760, v. **Receptitia** (IV, 136): **Receptum erat iuris civilis, ut quod fieret verbis solemnibus**. CREMANIUS, Lucub. in Inst. 4, 6, 1784, (IV, 1066): **Pactio verbis civilibus et solemnibus**. GLUCK, Pandecten, 1811, (XIII, 365).**

(1) LENEL, Beiträge, 1881, p. 67-68. Tesis que acepta BEKKER. ROSSELLO, Rec. arg. cit., p. 44 no considera fundadas estas razones.

período del derecho justinianeo se indica con precisión la acción que se ejercita.

2.- Además, hay una razón especial por la cual Justiniano puede haber hablado de **solemnia verba**, refiriéndose a la acción. En la parte oriental del Imperio no existía un término específico para indicar el **receptum**, para ello se utilizaba ἀντιφώνησις, que es también el término técnico para expresar el **constitutum**; por consiguiente, una distinción formal entre **receptum** y **constitutum**, en esta época, parece difícil. Partiendo de aquí, quien quiera dar lugar a una **actio recepticia** debe indicar, expresamente, el tipo de acción ya que el nombre común no basta.

3.- Si los dos **recepta**, que con el de los **argentarii** componen el mismo edicto, pertenecen al derecho pretorio, seguramente el tercero debe encuadrarse en el mismo ámbito (1).

(1) ROSSELLO, Ob. cit., p. 48. La presente no parece una deducción correcta porque en el Edicto no sólo vienen regulados los institutos creados por el pretor, sino que se consideran también los institutos de derecho civil. Por consiguiente, nada hay de extraño en que a dos negocios pretorios se añada un tercero ligado a los anteriores por una proximidad en cuanto al régimen jurídico.

4.- El derecho civil no contiene disposiciones de carácter especial aplicables a una determinada clase profesional, mientras al derecho pretorio se adscriben, con frecuencia, disposiciones particulares.

5.- Como último argumento, se dice que la **actio recepticia** viene concebida **in factum**; ello, unido a todo lo anterior, demostraría el origen pretorio del negocio (1).

2.3 Consecuencias del principio de dualidad. Como se ve, los argumentos adoptados a favor de una u otra teoría no son plenamente satisfactorios y no permiten aceptar una opinión definitiva. Las fuentes son tan escasas que no nos iluminan sobre este punto (2).

Sin embargo, esta cuestión podría verse clarificada si considerásemos, como ya hemos visto anteriormente, que en este tema confluyen, desde el punto de vista histórico, dos principios jurídicos que se concretan del siguiente modo:

(1) ROSSELLO, Ob. cit., p. 48. No se puede asignar al derecho pretorio una institución sólo porque la acción sea concebida **in factum**; KELLER, Proc. civ. rom., 1872, p. 146; ZIMMERN, Traité des actions, 1843, p. 149. Aunque se trate de un instituto civil no es imposible que, junto a la acción derivada del contrato, el pretor haya añadido otra **in factum**, como es el caso del depósito. Un ejemplo muy esclarecedor en relación con el tema que nos ocupa lo tenemos en Gayo, 4, 47.

(2) ROSSELLO, Ob. cit., p. 49.

1.- Un negocio verbal estipulatorio que pertenece al derecho civil, entendido como el modo general de obligarse. Su origen es civil independientemente de que, con posterioridad, se haya abierto también a la intervención de los sujetos no ciudadanos romanos. Esta necesidad de adaptar los negocios antiguos a las nuevas circunstancias es, igualmente, lo que ha posibilitado la existencia del punto que tratamos a continuación.

2.- Una cláusula pretoria que, en virtud del principio consensual, va a modular el formalismo permitiendo el juego decisivo de la voluntad de las partes. De este modo, aunque en teoría el derecho civil se mantiene, en la práctica, el rigorismo va quedando superado como demuestran los textos del Digesto interpolados.

3.- Carácter formal

Las dudas planteadas en el apartado anterior son el lógico precedente de las dificultades que hemos de afrontar ahora.

3.1 Diferentes posiciones. Algunos autores han considerado que se trata de un contrato verbal (1).

(1) HEINECCIUS, Elem. iur. sec. ord. Pand., 1759, 95 (II,

Otros autores han adscrito este negocio a los contratos literales (1).

Dentro de esta dirección, una de sus corrientes (2) excluye que se trate de **expensilatio** para considerar que el banquero emite, en realidad, un quirógrafo, el cual en poder del acreedor le permitiría la ejecución completa de la obligación derivada del contrato. El documento debía contener una fórmula especial en la que se incluiría necesariamente la palabra **recipere** sin la cual carecería de validez.

Finalmente, se ha manifestado la opinión (3), según

III, p. 237) dice que se trata de un contrato verbal solemne que no sigue la forma de la estipulación. SCHLESINGER, Z. Lehre v. d. Formal., 1858, p. 66 s., dice que se trata de un contrato verbal en el cual se usa la palabra **recipere** y se basa en diversos pasajes de Cicerón. Según DIETZ, Des argent., 1869, p. 41, se trataría de un intercambio de palabras a semejanza de la estipulación. La opinión de CRUCHON, Les banques, 1879, es triple: en p. 163, el **receptum** como la estipulación se perfeccionaría por una interrogación seguida de la respuesta; en p. 164, "nous croyons pouvoir definir le **receptum**, un contrat civil, consensuel"; en la p. 168 "le **receptum**... necessitait peut-être des paroles solennelles".

(1) ZENTNER, De rec. arg., 1859, p. 49 s. ROUSSEL, Arg., 1859, p. 73. EISELE, Die Compensat., 1876, p. 23. ACCARIAS, Dr. rom., 1882, p. 776. VOIGT, Ueber die bankers, 1887, p. 549, porque el elemento esencial es la escritura en los libros del banquero. BRUNS, Das constitutum debiti, cit., p. 272, no decide si los **solemnia verba** deben considerarse como palabras dichas o escritas; en todo caso, se debe admitir que éstas constituyen una forma especial diferente tanto de la **stipulatio** como de la **expensilatio**.

(2) ZENTNER, De rec. arg., cit., p. 51 s.

(3) CUIACIUS, Comm. in Cod. 4, 18, 1758 (IX, 239, C) seguido

la cual, el **receptum** se concluiría **nudo consensu**. No requeriría, por consiguiente, solemnidad alguna (en esto están de acuerdo LENEL y BEKKER) (1), precisamente, porque se trata de un contrato comercial cuyo fin es el de facilitar los pagos. El complicar con formalidades y solemnidades el **receptum** habría llevado a disminuir la utilidad del contrato.

3.2 Consecuencias del principio de dualidad. Las dificultades que encuentra la doctrina a la hora de incluir o excluir esta complicada figura en relación con los negocios solemnes, creemos que son consecuencia derivada del hecho de que no se parte de la distinción establecida en la sección anterior. Lo cierto es que ambas posturas tienen su parte de razón, desde el momento en que las dos explican, aunque sólo sea de manera fragmentaria, el fenómeno complejo que estudiamos.

Así es, como ya sabemos, la promesa bancaria, como se deduce de los datos que hallamos en el Digesto, y en un

de GLUCK, Pandecten, 1811, 849, (XIII, 365-366) y de ORTOLAN, Instituts, 1883, 1613, (II, 343): "par exception aux règles ordinaires, cette promesse du banquier, quoique faite sans solennité, ni verbis, ni litteris, mais par simple convention, était reconnue obligatoire par la jurisprudence civile". En este mismo sentido, LAPERCHE, Banque, 1878, p. 30. CAILLE, Arg., 1880, p. 36-39. CHASTENET, Banques, 1882, p. 48. CZYLAHRZ, Institutionen, 1889, p. 184. SCHULIN, Geschichte d. r. R., 1889, p. 409 s.

(1) Esta es la opinión de ROSSELLO, Ob. cit., p. 52.

primer momento histórico, tiene en la estipulación verbal su cauce apropiado. La evolución posterior, en el sentido de aproximarse a la tradición griega del documento escrito, no nos resulta bien conocida y ésto, sin duda, se relaciona con la segura situación de desuso a que va a llegar el negocio romano en el tráfico mercantil.

Considerando la promesa bancaria bajo este prisma, no puede dudarse de su carácter solemne. Ahora bien, el **receptum**, aun estando íntimamente relacionado con la promesa anterior, no se confunde con ella, por lo cual ha de considerarse la posibilidad de añadir al contrato formal una declaración de voluntad adicional; añadido que, por otro lado, sólo se practicaría con carácter excepcional y cuyo efecto directo es agravar la responsabilidad del banquero, pero, indirectamente, contribuye a debilitar el rigor derivado de la simple estipulación bancaria.

Esta declaración de voluntad complementaria que matiza el contenido del consentimiento básico está estrechamente relacionada con éste, sin embargo, hemos de admitir que, jurídicamente, se encuentra dispensada de los requisitos formales por los que ha de pasar la declaración básica. De tal modo que, aunque ambas manifestaciones de voluntad tengan lugar en unidad de acto, la aceptación expresa de responsabilidad bancaria, cuando forma parte del negocio, constituye una declaración no solemne.



Esta solución es la que mejor se adapta a la complejidad del instituto romano y es válida con independencia de cuales sean los requisitos de forma exigidos por la práctica helenística, que han podido influir en la evolución histórica del primero.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

C A P I T U L O Q U I N T O

S U J E T O S O B J E T O A C C I O N E S



I. Sujetos de la obligación bancaria

1.- Planteamiento

Para resolver la cuestión planteada en el presente número, hay que comenzar diciendo que es un **argentarius** quien se compromete por un cliente (deudor) y a favor del acreedor. De aquí se desprende que son dos los sujetos del negocio y dos también los de la obligación que de él se deriva, el pasivo (banco) y el activo (tercero acreedor). Interesa ahora establecer el concreto alcance que ha de darse al término **argentarius**. Este término designa, en Roma, a los empresarios que se ocupan de las operaciones de crédito y de otros negocios con éstas relacionados. Los **argentarii** se diferencian, en

un primer momento, de los **nummularii** cuya función es la de públicos quilatadores de la moneda de curso legal. Pero, gradualmente, los **nummularii** vienen asumiendo, incluso, las funciones de operadores de crédito, llegando así a confundirse con los **argentarii**. Ahora bien, las dos categorías van a permanecer, bajo algunos aspectos, diferenciadas: los **argentarii** no actuarán nunca como públicos quilatadores y, por su parte, los **nummularii** no se ocuparán nunca de la organización de las ventas en subasta que constituiría una de las principales actividades de los **argentarii**.

La función de los **argentarii** como operadores de crédito incluye: la aceptación de depósitos de fondos del cliente (1), la ejecución de pagos por cuenta de particulares (2), la concesión de préstamos a interés (3). También entran, naturalmente, en la esfera de las funciones desarrolladas por los **argentarii**, la caución bancaria y el **receptum argentariorum**.

(1) HABEL, v. **Argentarii** en PW. HUMBERT, v. **Argentarii** en DS. PAOLI, Corso di Diritto romano. Il deposito, 1933. G. SEGRE, Sul deposito irregolare nel diritto romano, BIDR 1906, p. 197 s. BONIFACIO, Ricerche sul deposito irregolare, BIDR 1948, p. 80 s.

(2) HABEL, v. **Argentarii** en PW. HUMBERT, v. **Argentarii** en DS. PHILIPPIN, Le pacte de constitut, 1929. ASTUTI, La promessa di pagamento I, An. Cam. 1938.

(3) HABEL, v. **Argentarii** en PW. HUMBERT, v. **Argentarii** en DS. SEGRE, Ob. cit., p. 132. BONIFACIO, Ob. cit., p. 80.

Igualmente, consideramos que el ejercicio de la empresa de crédito quedaría, en Roma, a la libre iniciativa privada, pero, sometida al control del Estado que se manifestaría aún más riguroso sobre los **nummularii** en su calidad de públicos quilatadores. Esta especial situación de los banqueros en las relaciones de derecho privado determina la existencia de concretas normas que se traducen en tres obligaciones frente a sus clientes:

- 1.- La obligación de llevar libros de contabilidad,
- 2.- La obligación de rendir cuentas, **editio rationum** (1),
- 3.- La obligación de hacer la compensación de sus deudas con sus acreedores (2).

Partiendo de aquí, las dificultades comienzan a la hora de precisar el ámbito personal de nuestra obligación, ésto es, de saber si, además de los **argentarii**, otros sujetos emparentados con éstos pueden quedar obligados en virtud de la misma figura jurídica.

Vienen concurriendo en este tema, tradicionalmente, los dos criterios siguientes:

(1) D. **De edendo** 2, 13, 6, 3.
(2) Gayo 4, 66.

Uno restrictivo que habla exclusivamente de **argentarii**. Los autores que se han asociado a éste pueden ser divididos en dos categorías: la de quienes afirman pero sin llegar a una prueba adecuada de ello (1) y la de quienes se basan en la Paráfrasis griega (**Ad Instit** 4, 6, 8) (2).

Otro extensivo, según el cual, el instituto se iría ampliando, en cuanto a su ámbito personal, para llegar a acoger además de los **argentarii** otros comerciantes con funciones afines (3).

 (1) SCHLESINGER, Z. Lehre r. d. Formal., 1858, p. 66 s. ROUSSEL, De argent., 1859, p. 73. MORIN, Banq., 1866, p. 20-21. SCHUPFER, Obblig., 1868, p. 418. DIETZ, Argent., 1869, p. 37. MABILLE, Argent., 1874, p. 40. GUILLARD, Les banquiers, 1875, p. 39, 120, 126. LANGLOIS, Argent., 1875, p. 39. CRUCHON, Les banques, 1879, p. 161, 168. LEFAVERAIS, Argent., 1880, p. 24, 28. DERNBURG, Pandekten, 1889, 77 (II, 205). CZYLAHRZ, Instit., 1889, p. 184. HUMBERT, v. **Argentarii** en DS.

(2) GLUCK, Pandecten, 1811, 849 (XIII, 367). KRAUT, De argent., 1826, p. 109. ZENTNER, De rec. arg., 1859, p. 1, 45. BRUNS, Das constitutum debiti, 1882, p. 270. LENEL, Beiträge, 1881, p. 62. BEKKER, Recipere, 1882, p. 9 s., que aunque no se funda expresamente en la Paráfrasis, acepta las conclusiones de LENEL. ACCARIAS, Dr. rom., 1882, 720 (II, 776). KAPPEYNE, V. D. COPPELLO, Abhandl. II, 1885, p. 272. VOIGT, Ueber die Bankiers, 1887, p. 549, 575. SCHULIN, Geschichte d. r. R., 1889, p. 109, este autor se refiere a las conclusiones obtenidas por LENEL y BEKKER; y en este mismo sentido, finalmente recogemos a DELOUME, Manieures d`arg., 1890, p. 205.

(3) ROSSELLO, Rec. arg., 1890, p. 53. Quien sostiene que, en origen, el instituto se limitaba a los **argentarii** y que así continuaría hasta los tiempos de Ulpiano. Pero, en el período que va de Ulpiano a Justiniano, se ampliaría a aquellos comerciantes que cumpliesen funciones próximas a las de los



2.- Criterio restrictivo

A este criterio hemos de presentar una triple objeción:

1.- Que lo establecido en la Paráfrasis griega no lo podemos proyectar sobre el derecho clásico, puesto que ello equivaldría a desconocer la evolución histórica que en la época de Justiniano se produce y que se relaciona con la del **constitutum** y la correspondiente a la **stipulatio**.

2.- Que en el derecho justiniano rige no ya el criterio restrictivo sino el extensivo, como parece desprenderse de C. 4, 18, 2, al referirse a los **argentarii** y también a los **alii negotiatores**; lo que permite concluir que, en esta época, la garantía bancaria helenística pertenecía a los **argentarii** y a los demás comerciantes ocupados del tráfico crediticio (1).

argentarii, como son los **nummularii**, puesto que al aumentar sus negocios y su importancia se considera necesario hacer accesible este medio de pago a un mayor número de personas.

De acuerdo con esta evolución histórica se muestra C. 4, 18, 2, cuando habla de **argenti distractores et alii negotiatores** que **indefense constituerint**. Sin embargo, no podemos olvidar la posible influencia que en este campo haya jugado la reforma del **constitutum debiti** y que en este capítulo no es el derecho de la época de Justiniano el que nos interesa sino el derecho clásico.

(1) ROSSELLO, Ob. cit., p. 60.

3.- Que la terminología empleada en la Paráfrasis griega, **Ad Inst.** 4, 6, 8, no permite llegar a conclusiones definitivas. En efecto, *τραπεζίτης* y *ἀντιφωνέω* son las dos palabras fundamentales sobre las que se apoyan y que es preciso examinar.

Τραπεζίτης es una derivación de *τραπέζα* (**mensa**); por ello, deben ser comprendidos bajo esta denominación todos aquellos sujetos que en la realización de sus negocios crediticios se les viene relacionando con la utilización de la **mensa**. En este sentido, **mensarius**, **mensularius**, **nummularius** y **argentarius** son vocablos con los que se traduce el término *τραπεζίτης* como se traduce *τραπέζα* con **mensa argentariorum nummulariorum** (1).

Por otra parte, *ἀντιφωνέω* tiene un significado bastante amplio que permite aplicarlo incluso en aquellas ocasiones en que se habla del **constitutum**, en general (2); por consiguiente, no puede considerarse como expresión técnica relativa únicamente al negocio bancario. Tanto es así, que algunas líneas más abajo la Paráfrasis usa el verbo refiriéndolo a la **pecunia constituta**.

(1) STEPHANUS, Thesaurus graecae linguae, 1831, v. *Τραπεζίτης* (VII, 2361).

(2) STEPHANUS, Thes., cit. v. *ἀντιφωνέω* (I, II, 1023).

En definitiva, de las palabras de la Paráfrasis se puede deducir tan sólo que la garantía bancaria helenística no era un contrato mediante el cual podía obligarse cualquiera sino que estaría restringida a un número limitado de empresarios que se ocupan de este tipo de negocios.

Pese a las objeciones planteadas a este criterio restrictivo, creemos encontrar un doble apoyo al mismo en los textos siguientes:

a.- En primer lugar, en D. 2, 13, 6, 3 (**Ulpianus libro IV ad edictum**): **Sed et quod solvi constituit argentarius edere debet: nam et hoc ex argentaria venit.** Texto que, en su momento, hemos considerado interpolado. Si referimos **hoc** a todo lo que precede, tenemos una prueba para creer que quien acepta el pago es sólo el **argentarius**, siendo una de sus especialidades puesto que **ex argentaria venit**. Ulpiano dice en el párrafo anterior: si el **argentarius** recibe una prenda o un mandato no puede ser obligado a **edere rationes**, puesto que estos negocios no son una de sus especialidades, **hoc enim extra rationem esse**; pero si asume el pago de una obligación, **edere debet** ya que este negocio y la **editio** subsiguiente derivan **ex argentaria**.

En cambio, si **hoc** no se quiere referir más que al **edere debet**, se hace necesario explicar el **et** que lo precede. En tal caso, se puede mantener que el jurisconsulto usando

et, con el significado de **etiam**, pretende dar a entender que tanto el **edere** como la aceptación del pago son hechos que derivan **ex argentaria**.

Por consiguiente, en ambos casos, parece que nos encontramos ante la prueba de que la obligación derivada de la caución bancaria vincula sólo a los **argentarii** (1).

b.- En segundo lugar, como la reconstrucción por LENEL del Edicto se basa en los siguientes términos: **quod argentariae mensae exercitores pro alio solvi receperint, nisi solveretur, iudicium dabo**, entonces se puede llegar a deducir que tanto edicto como fórmula conciernen solamente a la obligación de los **argentarii**.

Sin embargo, estas interpretaciones de los dos textos anteriores pueden pecar de exceso de literalidad y además no parecen tener en cuenta el fenómeno histórico de aproximación a la categoría de los **argentarii** de otros operadores del crédito como son los **nummularii**.

(1) No se opone a esta afirmación la circunstancia de que también los **nummularii** pueden ser obligados a **edere rationes**, puesto que, como se desprende de las fuentes, la obligación de **edere** es propia de los **argentarii** y, únicamente, tienen tal deber los **nummularii** en cuanto que a ellos les fue extendida esta obligación por la jurisprudencia, D. 2, 13, 9, 2: **Nummularios quoque non esse iniquum cogi rationes edere, Pomponius scribit, quia et hi nummularii sicut argentarii rationes conficiunt...**



3.- Criterio extensivo

Esta es la teoría que mejor se adapta, según creemos, a los principios del derecho clásico. Y ello, por un doble motivo:

1.- Por el hecho de que los **nummularii** acaban por entrar en concurrencia con los **argentarii** en el negocio de crédito (1).

2.- Y también, por el hecho de que ciertos institutos propios, en origen, de los **argentarii** vienen extendidos con posterioridad, por obra de la jurisprudencia, a otros profesionales como los **nummularii**. De ello tenemos suficientes pruebas en el Digesto.

En efecto, podemos citar varios ejemplos en este sentido.

Paulus, libro tertio ad edictum (2), antes citado, que recoge una opinión de Ulpiano, según la cual es justo que los **nummularii** también sean obligados a comunicar las cuentas porque, al igual que los banqueros, reciben dinero

(1) TALAMANCA, v. **Argentarii** en NNDI y HABEL, misma voz en PW.

(2) D. 2, 13, 9, 2.

y lo entregan, valiendo como prueba de ello sobre todo la escritura de sus libros.

Scaevola libro primo digestorum (1), relativo a un caso práctico que se plantea al jurista en materia de documentos quirografarios y en el que los términos **mensularius** y **nummularius** se utilizan como sinónimos para designar al banquero Cayo Seyo.

Scaevola libro quinto digestorum (2), en el que un liberto, actuando como factor al frente de una mesa de cambio, **mensae nummulariae**, expide un documento a favor de un tercero en el que reconoce una deuda; se trata de una actividad crediticia que también es propia de los **nummularii**.

Ulpianus libro trigensimo ad edictum (3), que trata de la quiebra de los banqueros; en este supuesto, se tiene en cuenta, ante todo, a los depositantes, es decir, a quienes han entregado cantidades en depósito y no prestadas con interés a los banqueros, de tal manera que si se hubiesen vendido los bienes se da preferencia a los depósitos sobre los créditos privilegiados. En el texto se utiliza el término **nummularius**

(1) D. 2, 14, 47, 1.

(2) D. 14, 3, 20.

(3) D. 16, 3, 7, 2.

y no el de **argentarius**, por lo que entendemos que en materia de quiebras y depósitos ambas categorías profesionales resultan equiparadas.

En efecto, en **Ulpianus libro sexagesimo tertio ad edictum** (1) se recoge el citado principio, aplicable ahora al **mensularius**, cuando se dice que en la venta de los bienes del banquero, tienen preferencia los que depositaron dinero llevados por la confianza que suele otorgarse públicamente al mismo.

Finalmente, nos referimos a **Africanus libro octavo quaestinum** (2), en el que vemos a un **nummularius** como depositario de cantidades, con el encargo de pagar a un tercero que resulte acreedor del cliente. Así es; cuando el deudor hubiera consignado, con autorización del acreedor, la cantidad en poder de un banquero y sellada, se considera que el riesgo, **periculum**, por dicha cantidad compete al acreedor.

El texto, además, resulta especialmente significativo ya que el banquero queda liberado del riesgo en una operación en la que se le ha consignado una suma de dinero y se le ha ordenado el pago a quien resulte acreedor.

(1) D. 42, 5, 24, 2.

(2) D. 46, 3, 39.

En definitiva, el término **argentarius**, a la hora de referirse al sujeto pasivo de la obligación derivada de caución bancaria, no parece que deba interpretarse de modo literal; por el contrario, ello ha de hacerse con la suficiente flexibilidad como para admitir también a algún otro empresario del crédito con quien mantiene una afinidad que aparece reflejada en las fuentes.

4.- Capacidad del deudor y del acreedor

En lo referente a la capacidad de obrar de las partes, se aplicarían, sin duda, los principios generales; no pueden quedar vinculados por este negocio los menores de edad ni los incapacitados si no cuentan con la autorización del tutor o curador. Igualmente, parece ser que la mujer se hallaba excluida del ejercicio de la actividad bancaria (1).

Por otro lado, resulta lo más seguro que en este ámbito no se exigiría la ciudadanía de las partes. Así es; al igual que ocurre con la obligación derivada de **stipulatio**

(1) D. 2, 13, 12; **Feminae remotae videntur ab officio argentarii, quum ea opera virilis sit.**

que acaba siendo accesible a los no ciudadanos romanos, la obligación bancaria tendría su campo de aplicación en el tráfico interciudadano. En este sentido, no puede olvidarse que la institución bancaria en Roma procede de Grecia; los autores como Plauto utilizan todavía la denominación "tarpezita" o "trapezita"(1).

En definitiva, aunque sea difícil dar una demostración exacta de que la obligación bancaria se hace extensiva más allá de la categoría de los **cives**, de las características de este tráfico jurídico se puede deducir que también los peregrinos podían obligarse mediante esta figura (2).

II. Objeto de la obligación bancaria

Si entendemos que el objeto de toda obligación es el comportamiento exigible al sujeto pasivo, esto es, la prestación a favor del sujeto activo y que ésta puede

(1) GIANGRIECO PESSI, Argentarii e trapeziti, 1981, p. 40-41. Se considera fuera de duda que la actividad bancaria se extendió a Occidente desde Grecia y Oriente y los bancos de Italia y de las provincias occidentales eran dirigidos, en su mayoría, por individuos de origen griego. ROSTOVZEFF, Historia social, 1953, p. 322.

(2) ROSSELLO, Ob. cit., p. 62.

consistir, según el pensamiento de los juristas clásicos, en un **dare**, un **facere** o un **praestare** (1); nos preguntamos ahora cómo se concreta la obligación del banquero con respecto al acreedor y también cuál es el objeto de la obligación principal, es decir, la existente entre cliente y acreedor que puede ser garantizada por el **argentarius**.

1.- Doctrina común

Los escritores antiguos y modernos están casi todos de acuerdo (2) en considerar que, mientras el **constitutum**

(1) VOLTERRA, Instituciones, 1986, p. 446-447. El comportamiento exigido al deudor ha de ser posible, lícito y determinado o determinable, así como cuantificable en dinero.

(2) HOTOMANUS, Comment. in Inst. 4, 6, 8, 1567, p. 475. CUIACIUS, Paratitl. in Dig. 13, 5, 1758 (I, 663 nota a). Comment. in Cod. 4, 18 (IX, 239, C). DONELLUS, Comment. ad Cod. 4, 18, 2, 1765 (VII, 993, 4). GLUCK, Pandecten, 1811 (XIII, 367). KRAUT, De argent., 1826, p. 109. ROUSSEL, De argent., 1859, p. 74. ZENTNER, De rec. arg., 1859, p. 45. MORIN, Banquiers, 1866, p. 21. SCHUPFER, Obbligaz., 1868, p. 418. DIETZ, Des argent., 1869, p. 37. MABILLE, Argentarii, 1874, p. 40. GUILLARD, Les banq., 1875, p. 123,126. LANGLOIS, Argentarii, 1875, p. 39. MAYNZ, Dr. rom., 1877, 251 (II, 388). LAPERCHÉ, Banque, 1878, p. 31. CRUCHON, Les banq., 1879, p. 167, 168. CAILLE, Argentarii, 1880, p. 36. LEFAVERAIS, Argentarii, 1880, p. 27. LENEL, Beiträge, 1881, p. 62. CHASTENET, Banques, 1882, p. 19. VAN DE COPPELLO, Abhandl., 1885, p. 273. VOIGT, Ueb. d. Bankiers, 1887, 2 p. 549, 4 p. 575. CZYLAHRZ, Institutionen, 1889, p. 184. SCHULIN, Gesch. des röm. R., 1889, p. 410.

viene limitado a las cosas debidas **quae pondere, numero et mensura consistunt**, la caución bancaria no conoce límites, siendo lícito garantizar el pago de cualquier cosa debida; se entiende que cualquier cosa susceptible de integrarse dentro del ámbito del tráfico jurídico.

Nos interesa saber también cuál es el fundamento sobre el que se apoya esta doctrina común. La contestación de esta pregunta nos lleva a distinguir un doble aspecto:

- 1.- La Constitución reformadora de Justiniano.
- 2.- La Paráfrasis griega de las Instituciones.

La citada Constitución dispone la fusión de la **actio recepticia** con la **actio de pecunia constituta** y atribuye a esta última la misma amplitud de contenido de la **actio ex stipulatu**. De aquí llegan a deducir que esta amplitud sería, probablemente, característica de la **actio recepticia** (1).

Además, Justiniano parece que intenta dar una razón de como un contenido tan amplio puede venir comprendido en

(1) FREZZA, Le garanzie personali, 1962, p. 277, manifiesta esta opinión.

C. 4, 18, 2, 1: ... **definimus, ut liceat omnibus constituere non solum res quae pondere, numero, mensura sunt, sed etiam alias omnes sive mobiles sive immobiles sive semoventes, sive instrumenta vel alias quascumque res, quas in stipulationem possunt homines deducere...**

una acción que continúa llamándose de **pecunia constituta**; y así, recurre al argumento relativo a la posibilidad de convertir todas las cosas en dinero (1).

Sin embargo, este primer argumento de la doctrina común no parece completamente sólido. Si nos fijamos bien, el texto en cuestión no hace referencia al ámbito de aplicación del **receptum** sino al del **constitutum** reformado; por ello, aquí no queda probada la pretendida amplitud de contenido del primero (2). Y por lo que se refiere a la práctica de convertir una obligación de cosas no fungibles en su estimación dineraria, hemos de admitir que tiene unos contornos típicamente helenísticos, lo que nos aclara el significado de la misma (3).

Por consiguiente, de este primer punto no podemos obtener certeza en relación con la existencia, en derecho clásico, de un amplio contenido objetivo para la obligación principal que puede ser garantizada con una caución bancaria.

(1) ... **Sed et possibile est omnes res in pecuniam converti. si enim certa domus vel certus ager vel certus homo vel alia res quae expressa est constituendis rebus ponatur, quid distat a nomine ipsius pecuniae?**

(2) ASTUTI, Il costituito II, 1941, p. 309.

(3) MITTEIS, Trapezitika, 1898, p. 198 s. FREZZA, Le garanzie, cit., p. 279.

En cambio, la Paráfrasis griega atribuye a la **a. recepticia** el mismo contenido que el emperador había reconocido al **constitutum** (1).

Aunque la doctrina común se ha basado, fundamentalmente, en este texto, por nuestra parte hemos de reconocer que el mismo no constituye una prueba suficiente, ya que nos es más que una paráfrasis del texto de la constitución reformadora y ésta, como hemos visto, dista mucho de entender en sentido amplio el contenido objetivo al que nos estamos refiriendo. Todo ello lleva a la última doctrina a expresar sus opiniones con mayor cautela sobre el particular (2).

2.- Posibilidad de salvar la opinión tradicional

Un intento en este sentido de mantener las posiciones que han venido siendo generalmente admitidas tiene que partir de suposiciones, necesariamente, y no puede ir más allá del

(1) **Paraphr. I. 4, 6, 8.**

(2) IHERING, Espíritu del D. R., IV, 1891, p. 237, sostiene que no está permitida hipótesis alguna sobre la cuestión de si el **receptum** se limita a las deudas de sumas de dinero o si se extiende a las referentes a otras cosas; al igual que se había manifestado ROSSELLO, Rec. arg., cit. p. 78, cuando considera que la información que suministra la Paráfrasis puede ser errónea. Ultimamente, ASTUTI, Il costituto, cit., p. 309 s. deja sin decidir esta debatida cuestión.

enunciado de la hipótesis. Como ya ha quedado dicho, en el número anterior, los textos bizantinos no nos dan seguridad a estos efectos.

Sin embargo, el punto de vista contrario, esto es, el que mantiene la existencia de una limitación objetiva para el **receptum argentariorum** y para la caución bancaria no está probado de ningún modo y, es más, este carácter restrictivo tampoco nos parece probable.

En primer lugar, si somos consecuentes con lo hasta ahora expuesto, es decir, si consideramos al **receptum** íntimamente relacionado con la promesa bancaria que sigue el régimen jurídico de la forma verbal estipulatoria, entonces la idea de restringir su ámbito de vigencia no puede mantenerse ya que para las estipulaciones no son aplicables limitaciones en cuanto a su objeto. Así es; en este campo, el **receptum** coincide plenamente con la relación jurídica fundamental a la que se adhiere.

En segundo lugar, por razones históricas, si una de las primeras actividades que desarrollan los banqueros es la de intervenir en las ventas realizadas mediante subasta (1), puesto que éstos intervienen como mediadores entre compra-

(1) HABEL, v. **Argentarii** en PW.

dor y vendedor, es verosímil pensar que el banquero prometería, por su cliente comprador, el pago del precio y, por otro lado, también la entrega de la mercancía por el cliente vendedor (1). Cuando el banquero interviene asegurando la entrega de la cosa vendida (obligación del vendedor), hay que pensar que tiene tal objeto a su disposición y que ello puede tener lugar en calidad de depositario.

Finalmente, en tercer lugar, en D. 13, 5, 12 tenemos un sólido apoyo a esta teoría, desde el momento en que se refiere no sólo a un objeto relativo a cantidad sino también a un objeto relativo a cosa específica (**decem et Stichum**).

Si las anteriores consideraciones son correctas, entendemos que la caución bancaria da lugar a una obligación que tiene por objeto un **praestare**, entendido como garantía

(1) SALMASIUS, De modo usurarum, 1639, p. 722 y VINNIUS, Comm. in Inst. 4, 6, 8, 1793, p. 865, que reproduce los argumentos del anterior, tratan de explicar el porqué no se puede **constituere** mas que cosas fungibles, mientras es posible **recipere** cualquier cosa. La causa sería: **quod olim mensarii** (para SALMASIUS **argentarius, nummularius, mensarius**, son sinónimos) **auktionibus praeerant, pretia rerum venditarum colligebant et redigebant. Apud eos cuiusque generis res deponerentur, quia publicae fidei erant sicuti sequestres. Idcirco et promittebant se soluturos aut reddituros pro aliis res quascumque mobiles vel immobiles. At privatis ob alias res constituere ius erat, quam in quibus mutuum consistebat, hoc est quae pondere, numero et mensura continebantur.**



añadida a una obligación de **dare** (1). Esta obligación de **dare** no la consideramos restringida a las cantidades de dinero o cosas fungibles, más acertado parece entender su ámbito en sentido amplio capaz de acoger todas las cosas que están dentro del comercio de los hombres.

III. Acciones

1.- Planteamiento

El tema de las acciones derivadas de la promesa bancaria se nos presenta extraordinariamente complejo debido a la escasez de datos que nos aportan las fuentes y a lo contradictorio de los mismos (2); esto ha traído como consecuencia la falta de una posición definida en los autores.

Tampoco las conclusiones de LENEL, a este respecto, parecen convincentes puesto que los fundamentos sobre los que se apoyan no son muy seguros. Podemos decir, pues, en general, que los diferentes intentos doctrinales de reconstruir

(1) Gayo 4, 2 y D. 44, 7, 3 pr.

(2) ROSSELLO, Rec. arg., cit., p. 83, considera que carecemos de los elementos indispensables para reconstruir la fórmula de la **actio recepticia**.

la fórmula recepticia no constituyen una solución satisfactoria del problema planteado.

Por nuestra parte, creemos posible arrojar alguna luz sobre el particular teniendo muy presente los dos puntos siguientes:

1.- Distinguir claramente el régimen jurídico propio del derecho justiniano del correspondiente al derecho clásico.

2.- Extraer las oportunas consecuencias de lo que ya llevamos establecido a propósito de la naturaleza y caracteres de la promesa bancaria y del **receptum argentariorum**.

2.- Acción del acreedor frente al banquero-garante

Una vez perfeccionada la caución bancaria, si el **argentarius** no da adecuado cumplimiento de la obligación asumida, el acreedor puede interponer contra él una acción y obtener la ejecución de la correspondiente sentencia. Siguiendo la terminología justiniana, podemos llamar a esta acción **actio recepticia** (1). Denominación que, probablemente, no

(1) Los autores antiguos usan la denominación **actio receptitia**; por nuestra parte seguimos la terminología **a. recepticia** que podemos leer en la edición de KRUEGER del **Codex Iustinianus**. En efecto, el adjetivo **recepticia** no es suficiente para distin-



resulta válida en el derecho clásico.

2.1 Aspecto subjetivo. Planteamos ahora la cuestión relativa a quiénes son los sujetos que activa y pasivamente intervienen en esta acción. Parece seguro que es el acreedor, y no otros, quien puede hacer valer esta acción frente al banquero; porque la aceptación de la obligación la realiza el segundo frente al primero (1); también porque ello se desprende de los conocidos textos del Digesto interpolados.

Además, esta idea viene confirmada por la relación jurídica existente entre los diversos sujetos que intervienen

guir la reclamación frente al banquero de otras posibles reclamaciones derivadas de **receptum**. No se califica a la acción atendiendo al criterio del sujeto pasivo sino que se hace a partir de un término genérico que engloba diversos negocios jurídicos. Idénticas consideraciones podemos hacer con respecto a la denominada **actio de recepto** contra los **nautae** para la restitución de las cosas que les fueron confiadas. Terminología que sigue VOLTERRA, Instituciones, cit., p. 516. Esta acción la denomina DE ROBERTIS, Rec. nautarum, 1953, p. 105, **actio ex recepto**, pero también utiliza la expresión **actio recepticia**, lo que nos da una idea la falta de precisión terminológica que reina en este campo.

(1) Muchos escritores antiguos no se han preocupado de determinar a quién compete la **actio**, quizá por considerarlo evidente; así, se ha dicho siempre: **actio receptitia datur adversus argentarium qui ...** CUIACIUS, Paratitl. in Cod. 4, 18, 1758 (II, 194, E). DONELLUS, Comm. ad Cod. 4, 18, 2, 1756 (VII, 994). BRUNS, Das constitutum debiti, cit., p. 272.

En cambio, otros atribuyen expresamente la acción al acreedor: HEINECCIUS, Elem. iur. sec. Inst., 1759 (I, 256). ORTOLAN, Instit., 1883 (II, 622). LENEL, Beiträge, 1881, p. 69.

directa o indirectamente en el negocio. En efecto, creemos que no está legitimado activamente en la recepticia el deudor principal por las siguientes razones:

a.- Si el deudor principal ha encargado al **argentarius** que asuma la deuda y éste, con posterioridad, no lo hace, no hay más que recurrir a la acción derivada del mandato.

b.- Ya sabemos que el deudor principal no queda liberado por la promesa bancaria.

c.- Si el deudor principal ha consignado fondos para el pago en poder del banquero y pretende obtener su restitución puede servirse de una **condictio** sin ser necesaria una acción especial.

d.- Si no ha mediado mandato, el deudor principal no puede utilizar una acción específica frente al banquero, ya que la promesa bancaria no es un contrato del que surgen acciones a favor de terceros.

2.2 A. recepticia y a. de pecunia constituta.

Las dificultades se presentan a la hora de reconstruir la fórmula de la llamada **a. recepticia** en el derecho clásico.

Comencemos, en este sentido, recordando la opinión de LENEL, quien considera que la fórmula de la **a. recepticia** viene concebida **in factum** (1); partiendo de D. 46, 3, 52

(1) LENEL, Beiträge, cit., p. 67. Esto mismo lo había dicho

y de D. 12, 2, 27 afirma que, si **satisfactio** y **iusiurandum** equivalen a **solutio** en la fórmula recepticia como causa de absolución figuraría únicamente la **solutio**, aunque junto a ésta también admite la mora del acreedor. En definitiva, al igual que ocurre en la fórmula de **pecunia constituta**, **neque fecisse Nm Nm quod constituit, neque per Am Am stetisse quo minus fieret. quod constitutum est**, la recepticia tendría lo siguiente en la cláusula condenatoria: **neque solvisse quod solvi recepit, neque per Am Am stetisse quo minus solveretur**.

Como vemos, LENEL se inspira, para establecer la fórmula recepticia, en los términos más conocidos de la **de pec. const.** (1).

ya EISELE, Die Compensation, 1876, p. 23 n. 26 y en el mismo sentido se manifiesta KAPPEYNE, Abhandl., cit., p. 275.

(1) En esta misma dirección se encuentra VOIGT, Bankiers, cit., p. 575. En cambio, KAPPEYNE niega cualquier afinidad procesal entre la recepticia y la **de pec. const.**

Una reconstrucción en la línea marcada por LENEL es la de RUDORFF, Edicti perp. quae reliqua sunt, 1869, en los siguientes términos: **Si paret Nm Nm, cum argentariam exerceret Ao Ao, illum fundum, quo de agitur, mancipio daturum inque vacuam possessionem ire iussurum recepisse, neque eum fundum mancipio dedisse et tradidisse, neque per Am Am stetisse quo minus mancipio daretur et traderetur, quanti ea res est, tantam pecuniam Nm Nm Ao Ao condemna; si non paret absolve;** aunque se trata de promesa de un fundo y no de suma de dinero.

Esta idea de considerar la redacción de la fórmula recepticia a imitación de la **de pec. const.** tiene un fundamento textual en las palabras de Inst. 4, 6, 8, **actio de pec. const. cui similis videbatur recepticia.**

Sin embargo, no es seguro que este texto de Justiniano lo podamos proyectar sobre el derecho clásico:

a.- Porque no se refiere a la **a. pec. const.** clásica sino a una acción reformada que deriva de un negocio, el **constitutum**, cuya evolución histórica lo ha llevado a la proximidad con la **stipulatio**, según se desprende de C. 4, 18, 2. De tal modo que el parentesco jurídico de la recepticia no existe con la **de pec. const.** clásica sino con la **de pec. const.** justiniana que nada tiene que ver con la anterior. En consecuencia, el texto nos permite acercar la acción del **receptum** más a las acciones estipulatorias que a la derivada del **constitutum** clásico.

b.- Porque el fundamento de Inst. 4, 6, 8 (a. 533) no puede ser otro que C. 4, 18, 2 (a. 531) y no el derecho clásico.

c.- Porque lo único que parece deducirse de C. 4, 18, 2 es que la recepticia, en su tramitación clásica, no es utilizada en Oriente y que ahora queda englobada en una nueva acción a la que se denomina **de pec. const.**, cuyo ámbito ha sido ampliado hasta cubrir la misma extensión que

las acciones derivadas de **stipulatio**.

2.3 Paralelo entre la a. recepticia y las fórmulas estipulatorias. Lo establecido en el número anterior deja la puerta abierta a las consideraciones que han de hacerse en el presente.

Comenzamos diciendo que la opinión que aquí se va a defender tiene un precedente en la doctrina que mantiene la existencia no ya de una fórmula sino de varias (1), según las diversas causas a que puede obedecer la prestación del banquero; llegándose a admitir que, en ciertos casos, puede derivar de la promesa bancaria la **actio certae creditae pecuniae** (2).

Otra de las fórmulas posibles sería ésta:

P. Claudius iudex esto:

Quod Ns Ns Ao Ao incertum recepit q. d. r. a. quidquid ob eam rem dare facere oportet, eius Nm Nm Ao Ao condemna, si non paret absolve.

Si nos fijamos bien, vemos que esta fórmula no es más que una variante de la acción derivada de la **stipulatio**

(1) ZENTNER, De rec. arg. cit., p. 54.

(2) VOIGT, Ueber die Bankiers, cit., p. 575 n. 25, se manifiesta en este tema en oposición a ZENTNER.

cuando se ha prometido un **incertum**, especialmente aplicable en los casos de promesa de un **facere**. En vez de **incertum stipulatus est** se dice **incertum recepit**.

2.3.1 Carácter necesario de una conclusión. La opinión a que en este punto llegamos, en virtud de la cual se atribuye a la promesa bancaria y al **receptum argentariorum**, con arreglo al derecho romano clásico, una tramitación judicial correspondiente a la de las fórmulas estipulatorias, ha de mantenerse, necesariamente, si queremos ser congruentes con las anteriores conclusiones sobre la naturaleza jurídica de la promesa bancaria, esto es, considerarla una promesa verbal estipulatoria (1).

(1) Antes de proseguir, conviene hacer un breve recordatorio de las fórmulas que surgen de **stipulatio**. Para ello, las clasificamos en dos apartados:

1.- Bajo la rúbrica **si certum petetur** (LENEL, EP, 1927, 95) el Edicto pretorio ofrece tres fórmulas:

Cuando se ha prometido una cierta suma de dinero

Si paret Nm Nm Ao Ao sestertium decem milia dare oportere, iudex Nm Nm Ao Ao sestertium decem milia condemnato, si non paret absolvito.

Cuando se ha prometido una cantidad definida de cosas

Si paret Nm Nm Ao Ao tritici Africi optimi modios centum dare oportere, quanti ea res est, tantam pecuniam iudex Nm Nm Ao Ao condemnato, etc.

Cuando se ha prometido una cosa individualmente determinada

Si paret Nm Nm Ao Ao servum Stichum dare oportere, quanti ea res est, tantam pecuniam iudex Nm Nm Ao Ao condemnato, etc.

2.- En otra rúbrica del Edicto que, probablemente, reza

El desarrollo de este principio general nos lleva a la necesidad de plantear una doble hipótesis, como hacemos a continuación, siguiendo el criterio de la dualidad que ya conocemos.

Si el banquero hace su promesa solemne con la voluntad expresa de asumir toda la responsabilidad a que hubiere lugar, estamos ante una obligación autónoma y abstracta para cuya exigibilidad ha de recurrirse a una de las fórmulas estipulatorias incluidas bajo la rúbrica edictal **si certum petetur**, según que se haya prometido dinero, una cantidad de cosas o un objeto individualizado.

Si el banquero hace su promesa solemne sin aceptación expresa de responsabilidad, estamos ante una obligación de garantía accesoria y en la fórmula ha de hacerse constar la circunstancia de que esta garantía se halla conectada con una obligación principal de la que trae causa. Nos preguntamos cuál es, en este caso, la acción correspondiente; a intentar resolver esta cuestión dedicamos las siguientes líneas.

si cum eo agatur qui incertum promiserit (LENEL, EP, cit., 55) aparece la siguiente fórmula:

Quod As As de No No incertum stipulatus est, quidquid ob eam rem Nm Nm Ao Ao dare facere oportet eius, iudex Nm Nm Ao Ao condemnato, etc.

Cuando se ha prometido un **incertum**, especialmente un **facere**.

En este segundo supuesto, no nos sirve ninguna de las acciones incluidas bajo la rúbrica edictal **si certum petetur** porque no son aptas para reflejar los precisos términos en que responde el fiador; no queda, pues, más remedio que recurrir a la acción recogida al amparo de la rúbrica edictal **si cum eo agatur qui incertum promiserit**. En efecto, creemos que contra el demandado fiador procede la acción incierta, seguramente, con alguna variante en su fórmula (1).

A continuación, interesa determinar cuál es la cláusula de la fórmula mediante la que se hace constar que el demandado es un fiador, a fin de circunscribir la consumición procesal y evitar que se extienda a otro crédito propio. Este objetivo puede cumplirse introduciendo en la fórmula la **praescriptio** correspondiente que haga constar la circunstancia referente al carácter incierto de la deuda (2).

2.3.2 Régimen de la acción incierta. Las caracterís-

(1) También en la **fideiussio**, el fiador responde mediante la acción incierta de estipulación, nunca mediante la acción cierta aunque la deuda principal sea un **certum**, D. 45, 1, 75, 6 itp. D`ORS, Der. priv., 1981, p. 510.

(2) Esta es, en efecto, la solución prevista por Gayo 4, 137, si se litiga contra un **sponsor** o un **fideiussor**; contra este segundo la **praescriptio** reza así: **ea res agatur, quod Numerius Negidius pro Lucio Titio incertum fide sua esse iussit, cuius rei dies fuit** (el litigio versa sobre la cosa indeterminada y ya debida que Numerio Negidio afianzó a favor de Lucio Ticio).

ticas que definen esta acción las podemos concretar del siguiente modo:

1.- Tiene una fórmula **in ius concepta** puesto que la condena del demandado se subordina a la condición de que el actor tenga un derecho o pretensión **ex iure civili**. Es, por tanto, una acción civil. La **praescriptio**, introducida por el pretor en una acción civil, no altera su carácter.

2.- No se trata de un **iudicium bonae fidei** aunque sea semejante, en cierto modo, a las típicas acciones contractuales por su objeto indeterminado (**quidquid**). Sin embargo, la **lex Rubria de Gallia Cisalpina** (1) presenta unas fórmulas procesales para la **cautio damni infecti** con un **oportere ex fide bona**; esta anomalía puede explicarse suponiendo una práctica consistente en introducir los términos **ex fide bona** en la **stipulatio** y de ahí acabaría pasando a la correspondiente fórmula (2). Es muy posible que el modelo que nos transmite Gayo 4, 136 no sea constante y admita diversas modificaciones.

3.- La acción, probablemente, sería transmisible activa y pasivamente a los herederos y no tendría plazo de caducidad. La doctrina, desde siempre, ha venido manteniendo,

(1) **Fontes** I, p. 172.

(2) D`ORS, Der. priv., cit., p. 486.



sin discusión, el carácter perpetuo y la transmisibilidad de la acción recepticia y, recientemente, se sigue insistiendo en esta dirección (1). El fundamento de esta doctrina es triple:

La constitución reformadora de Justiniano que habría extendido a la **a. pec. const.** estos caracteres temporales de la recepticia.

El carácter civil de la acción recepticia (2).

El carácter reipersecutorio de esta acción (no carácter penal, como la **a. pec. const.** en origen). La perpetuidad parece ser típica de las acciones reipersecutorias (3), por oposición a las penales.

Sin embargo, estos razonamientos no nos parecen suficientes: el primero no lo es porque la constitución reformadora no permite mantener el carácter perpetuo de la acción recepticia clásica; lo que, ciertamente, hace es reformar la **a. pec. const.** que comienza siendo anual e intransmisible; los dos siguientes principios no nos bastan puesto que tienen

(1) FREZZA, Le garanzie, cit., p. 281. VOLTERRA, Instituciones, cit., p. 576 n. 316.

(2) Gayo 4, 110. Aunque este argumento no es válido para quienes, como hemos visto, niegan el carácter civil de la recepticia.

(3) Gayo 4, 112.

excepciones, particularmente significativas, en relación con el tema que nos ocupa. Así es; el vínculo obligatorio constituido por la **sponsio** y la **fidepromissio** se extingue, en virtud de la **lex Furia de sponsu**, en el plazo de dos años si la garantía se prestaba en Italia (1) y no se transmite pasivamente a los herederos (2), salvo que se trate de **fidepromissio** realizada por **peregrinus** y se apliquen normas distintas de las romanas, propias del ordenamiento correspondiente al sujeto que actúa como **fidepromissor** (3).

Todas estas circunstancias nos hacen reconocer que la cuestión relativa al ámbito temporal de la acción recepticia no admite una solución satisfactoria. Ahora bien, podría considerarse como más probable su transmisibilidad y la no existencia de caducidad, si recurrimos a un argumento de analogía con el régimen jurídico de la **fideiussio** que, según testimonio de Gayo 3, 120 y 121, no está sujeta a la ley Furia. En definitiva, el restringido ámbito de esta ley parece que permite mantener que la regla general, en este

(1) Gayo 3, 121-121 a.

(2) Gayo 4, 113.

(3) Gayo 3, 120. **Praeterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, nisi si de peregrino fidepromissore quaeramus, et alio iure civitas eius utatur**; no aparece clara cuál puede ser la aplicación de normas de derecho peregrino a la **fidepromissio** romana.

terreno, es la perpetuidad y transmisibilidad hereditaria.

3.- Acción de regreso del banquero-garante frente al deudor principal

Para completar el cuadro de las acciones, el tema que nos queda por examinar es el del reembolso a favor del banquero que, pagando, ha liberado al deudor principal y ha de obtener de este último adecuada satisfacción.

Para lograr su objetivo, el banquero dispone de diversos cauces jurídicos que se desarrollan en el presente apartado y que han sido obtenidos por deducción a partir de los principios generales de la garantía personal de las obligaciones y del tráfico bancario, puesto que los textos no ofrecen un apoyo explícito a nuestras conclusiones.

3.1 Origen histórico: regreso legal. El fundamento del derecho de regreso del garante frente al deudor principal está, precisamente, en la relación interna que une a ambos sujetos; esta relación califica de principal a una obligación y de accesoria a otra. En este sentido, consideramos que la primera relación interna sería, históricamente, anterior al mismo contrato de mandato (1). En efecto, la relación

(1) FREZZA, Le garanzie, cit., p. 159.



garante-deudor tendría, en origen, su fundamento en vínculos de carácter social, esto es, en una situación de dependencia que estaría próxima a la clientela.

Este hecho explicaría que el primer reconocimiento del derecho de regreso tenga su apoyo en la ley. Aquí hay que recordar la ley Publilia que sujeta al deudor principal a una **manus iniectio** del **sponsor** que ha pagado el débito si no es reembolsado en el plazo fijado (1).

3.2 Regreso convencional: **actio mandati contraria**.

En Gayo 3, 127 aparece reflejado el régimen de la coexistencia del regreso legal y del regreso negocial. Este segundo tiene lugar mediante la **actio mandati contraria**, con fórmula **in factum**, cuyo fundamento económico es el de evitar el injusto empobrecimiento del garante y cuyo fundamento jurídico es la relación interna deudor-garante constitutiva de un contrato de mandato.

No encontramos en las fuentes un supuesto concreto referido a la relación interna entre deudor-cliente y su banquero; sin embargo, D. 13, 5, 27 puede constituir un indicio en este sentido. Piénsese, además, que Labeón llega a conceder

(1) Gayo 3, 127; 4, 22.

una excepción al banquero, con lo que la relación interna llega incluso a condicionar a la misma relación jurídica fundamental. A pesar de las dificultades, consideramos una hipótesis bien fundada la que establece que entre banquero y deudor, ordinariamente, mediaría un contrato de mandato que es el sólido fundamento jurídico sobre el que se apoya la acción de regreso del **argentarius** (1).

3.3 Supuestos en que no procede la acción de regreso.

El punto de partida de nuestro razonamiento lo encontramos leyendo D. 17, 1, 6, 2 (2). No tiene lugar el regreso, en caso de **fideiussio: invito reo; in rem suam; donandi animo; pro ignorante (vel absente)** (3). El último supuesto no viene expresamente previsto en el texto anterior pero lo encontramos tratado por D. 17, 1, 20, 1.

Aunque estos pasajes son aplicables a la **fideiussio**, veamos cómo es posible deducir su aplicación también para la caución bancaria.

(1) Sobre la **a. mandati contraria** en tema de **fideiussio**, FREZZA, Le garanzie, cit., p. 162 s.

(2) **Ulpianus libro XXXI ad edictum: Si passus sim aliquem pro me fideiubere vel alias intervenire, mandati teneor et, nisi pro invito quis intercesserit aut donandi animo aut negotium (suum) gerens, erit mandati actio.**

(3) FREZZA, Le garanzie, cit., p. 192.

a.- **Invito reo:** supuesto recogido en D. 13, 5, 27, expresamente; no es ejercitable la **a. mandati** por la sencilla razón de que falta su presupuesto fundamental, esto es, el contrato de mandato. Ni siquiera sería posible la **actio negotiorum gestorum** si media la expresa prohibición del deudor (1).

b.- **In rem suam:** la obligación del garante es, en este caso, sólo formalmente accesoria; en realidad, es la verdadera obligación principal. Al faltar la función típica de la garantía, falta su natural consecuencia que es el regreso a favor del garante (2).

c.- **Donandi animo:** tampoco es ejercitable la **a. mandati** porque falta el presupuesto que es el contrato de mandato. Esta figura se acogerá al régimen jurídico de la donación una vez que el garante haya efectuado el desembolso correspondiente.

d.- **Pro ignorante (vel absente):** caso previsto en D. 13, 5, 27; el principio aplicable aquí es que no es posible la acción de mandato a favor de quien ha salido fiador por un ausente no habiendo antecedido el contrato correspon-

(1) D. 17, 1, 40.

(2) D. 34, 3, 5, 1.

diente.

Ahora bien, sabemos que al fiador se le otorga la acción de gestión de negocios (1). Nos preguntamos si sería extender también esta posibilidad al banquero. Creemos que ésta es una lógica consecuencia, siempre que se cumplan los requisitos establecidos para la **negotiorum gestio**.

3.4. Beneficium cedendarum actionum. Este es un medio a favor del garante que ha pagado, el cual, en lugar de fundarse como en la **actio mandati** sobre una relación entre garante y deudor, se funda o bien sobre la relación garante-acreedor o bien sobre un principio establecido en el ordenamiento jurídico que es expresión de las exigencias de equidad.

De lo anterior se desprende que la cesión de acciones puede tener lugar de dos modos.

Voluntariamente, en virtud de negocio jurídico entre cedente y cesionario.

Coactivamente, cuando viene establecida por imperativo legal.

A nosotros nos interesa ahora la cesión coactiva, que entendemos como aquélla que viene asegurada por el ordenamiento, que se produce mediante un concreto mecanismo procesal

(1) D. 17, 1, 21.

y a favor del garante que ha pagado.

En tema de caución bancaria este beneficio viene asegurado por el texto de D. 17, 1, 28, el cual presenta no pocas dificultades de interpretación, pero que, según ya hemos dejado establecido en el lugar oportuno, recoge un principio aplicable a este negocio, aunque esté interpolado y adaptado al mandato de crédito (1).

Desde el punto de vista formal, la cesión de acciones tiene lugar mediante la constitución del cesionario como representante procesal (**cognitor** o **procurator**) del cedente (2).

La fórmula presenta la particularidad de llevar en la **intentio** el nombre del cedente y en la **condemnatio** el nombre del cesionario (3).

3.5 Reembolso mediante compensación. Tanto si el reembolso opera mediante el **beneficium cedendarum actionum**

(1) En cambio, en tema de **fideiussio**, la cesión coactiva de acciones aparece muy dudosa en las fuentes, siendo la **actio mandati contraria** el medio por excelencia que puede utilizar el garante. FREZZA, Le garanzie, cit., p. 183.

(2) Gayo 2, 39.

(3) Gayo 4, 86. **Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit. nam si verbi gratia L. Titius pro P. Maevio agat, ita formula concipitur: Si paret Nm Nm Publico Maevio (cedente) sestertium X milia dare oportere, iudex Nm Nm Lucio Titio (cesionario) sestertium X milia condemna; si non paret absolve.**



como si tiene lugar en virtud de **actio mandati contraria**, el **argentarius** debe tener en cuenta las exigencias de la compensación si el deudor-cliente es, a su vez, acreedor del banquero; ello puede ocurrir, por ejemplo, si es depositario de fondos en poder de éste.

En los **iudicia bonae fidei** la **compensatio** puede ser operada por el mismo juez (1). Así pues, la compensación no figura en la fórmula otorgada al **iudex** por parte del magistrado. Las palabras de Gayo 4, 63 parecen indicar que efectuar la compensación entra en el deber, **officium**, del juez.

En cambio, si el **argentarius** defiende en juicio su crédito a través de la **condictio certae creditae pecuniae**, la compensación ha de figurar en la **intentio**. Gayo 4, 64 ofrece un ejemplo de tal **intentio**, imaginando que el banquero tiene respecto al mismo cliente un crédito de 20.000 sextercios y un débito de 10.000: **Si paret Titium sibi X milia dare oportere amplius quam ipse Titius debet**. Cuando se entabla la acción sin haber descontado, previamente, el importe de las deudas, el juez debe absolver al demandado al no poder

(1) Gayo 4, 61-68.

reducir la condena por tratarse de un **iudicium stricti iuris**.

En suma, en virtud del instituto de la compensación el banquero obtiene, en su caso, adecuada satisfacción por el pago de la deuda del cliente. Esta es la razón por la que se ha incluido el presente apartado junto con los cauces jurídicos ordinarios de la acción de regreso y el principio de cesión de acciones.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

C A P I T U L O S E X T O

D E R E C H O J U S T I N I A N E O



I. La Constitución del 531

1.- Premisas

La ausencia de referencias directas en el Digesto sobre nuestra institución que, sin duda, se debe a su abolición por parte de Justiniano, otorga una importancia particular al presente capítulo dedicado al estudio del derecho en época de este emperador.

Las interpretaciones del texto justiniano en que se nos habla de la **actio recepticia**, lejos de resultar convergentes, muestran gran diversidad de criterios como consecuencia de las dificultades que en él se plantean; habiéndose llegado, incluso, a hablar de contradicción en sus afirmaciones básicas;

se ha insistido, especialmente, en la idea de integración del **receptum** en el **constitutum**, continuando el primero en vigor bajo la nueva denominación. En este sentido, se habla de fusión o de unión de ambas instituciones (1).

En cambio, desde otro punto de vista (2), se ha sostenido que Justiniano suprimiría el **receptum** al no ser utilizado por los banqueros griegos pero que nuestro negocio subsiste en Occidente bajo la forma de promesa bancaria y que debió ser uno de los orígenes de la letra de cambio que, como sabemos, es utilizada, en principio, para operaciones de cambio de moneda.

Resulta sorprendente hablar de fusión no sólo porque ambas instituciones responden a diferentes principios en derecho clásico sino también por el dato histórico que nos suministra el propio emperador en la constitución del 531 referente a la no utilización del **receptum**; nos preguntamos cómo es posible ampliar una institución utilizando los elementos de otra que ya ha sido olvidada.

En apoyo de la tesis de la fusión viene la expresión **indefense constituere** que parece albergar un negocio propio

(1) LENEL, EP, 1927, p. 132, se pronuncia de este modo.

(2) HUVELIN, Droit romain II, 1929, p. 111 s.

de banqueros y de otros comerciantes, el cual vendría amparado por la costumbre y los usos que estos sujetos practicaban en Oriente. Ahora bien, pensar que este **indefense constituere** equivale a **receptum argentariorum** no nos parece claro y ello por dos motivos.

Desde el punto de vista personal, el **receptum** parece ser un negocio propio de banqueros (1), lo que no ocurre en el otro supuesto en que se hace referencia a comerciantes.

Si, realmente, con el término **indefense constituere** se quiere decir **receptum argentariorum**, nos preguntamos qué necesidad había de cambiar el nombre a este segundo; de declararlo abolido, ordenando borrar toda referencia al mismo en la compilación; de considerarlo en desuso. Si lo que se pretendía era refundirlo con el **constitutum**, en virtud del principio de simplificación y sistematización jurídicas, se podía haber dicho así y nadie se habría sentido perjudicado por ello.

2.- Teoría de la fusión

La constitución de Justiniano del año 531 nos presenta

(1) Aunque este término se entienda en sentido amplio.

la abolición del **receptum argentariorum**, que ha caído en desuso, en relación con el **constitutum debiti** (1).

Recepticia actione cessante quae sollemnibus verbis composita inusitato recessit vestigio, necessarium nobis visum est magis pecuniae constitutae naturam ampliare. (C. 4, 18, 2)

Después de ampliar el ámbito de aplicación de la **a. pec. const.**, Justiniano insiste en el principio de que el **constitutum** debe tener una deuda como presupuesto objetivo para su validez, justificando la abolición de la recepticia, precisamente, por lo absurdo e inicuo de la abstracción que caracterizaría a este instituto.

...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 ...

En las Instituciones encontramos una explicación

(1) Es una de las **leges ad commodum propositi operis pertinentes**. Sobre estas constituciones, distintas de las **quinquaginta decisiones**, véase, LONGO, Contributo allo studio della formazione delle Pandette, BIDR, 1907, p. 145 s. DE FRANCISCI, Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette, BIDR 1910, p. 155 s.; 1911, p. 186 s.; 1915, p. 5 s.

de la reforma en términos muy parecidos. (I. 4, 6, 8)

... de pecunia constituta, cui similis videbatur
recepticia: sed ex nostra constitutione (cum et,
si quid plenius habebat, hoc in pecuniam constitutam
transfusum est) et ea, quasi supervacua, iussa
est cum sua auctoritate a nostris legibus recedere
(1).

Según sabemos, como consecuencia de esta abolición,
los compiladores omitieron en el Digesto un título correspon-
diente a la cláusula del Edicto del Pretor relativa al **receptum
argentariorum**, borrando toda huella de este instituto en
la compilación, insertando bajo la rúbrica de **pec. const.**
y en otras partes, con las debidas modificaciones, algunos
textos clásicos que originariamente se referían al **receptum**.

En general, se ha interpretado lo anterior como
una fusión de ambas instituciones y como una ampliación del
constitutum en relación con la abolición del **receptum** (2).

(1) Hemos de recordar, en este sentido, también la Paráfrasis
de Teófilo.

(2) LENEL, EP, cit., p. 132 s., quien aquí se mantiene fiel
a la literatura antigua y moderna que ha hablado, genéricamente,
de fusión o de ampliación del **constitutum** debido a la abolición
del **receptum**.

Sin embargo, el análisis de las innovaciones introducidas
con la constitución del 531 suscita dudas sobre la veracidad
de las afirmaciones de Justiniano en lo referente al traspaso

Igualmente, de acuerdo con los datos que Justiniano suministra, se ha llegado a admitir una gran afinidad entre las dos instituciones (1).

En esta dirección, aunque admitamos que la función económica del **receptum** es la de una apertura de crédito, ya que opera con independencia de que el cliente tenga o no fondos depositados en poder del banquero, también podemos considerar como muy probable que el banquero, asumiendo la deuda de otra persona, normalmente, tendrá en su poder fondos depositados por ésta; por tanto, el banquero es deudor del

de elementos del **receptum** al **constitutum**, así como respecto a los motivos que hicieron posible la reforma.

(1) Desde el pasado, los autores antiguos que hemos venido citando a lo largo del presente trabajo establecieron un paralelismo entre ambas instituciones, idea que no ha acabado superándose en la actualidad.

Ahora bien, esta opinión desconoce la sustancial diferencia entre el régimen jurídico del **constitutum** y el del **receptum** en derecho clásico. En efecto, entre ellos existirían importantes diferencias como en lo referente a la fijación de un **dies certus solutionis**, que no se exigiría en el **receptum**, o en la limitación al único supuesto de aceptación de un débito ajeno, que no es el caso del **constitutum** que surge y se desarrolla como **constitutum debiti proprii** y sólo en un segundo momento, y raramente, se admite en la hipótesis de un **debitum alienum**; sobre todo, en tema de la necesidad de existencia de un vínculo obligatorio previo, de una **pecunia debita**: mientras que en el caso de aceptación de una responsabilidad **ex recepto**, el banquero haría surgir una obligación autónoma y abstracta, en base a la cual el destinatario de la promesa podría dirigirse para obtener el pago **et si quid non fuerat debitum**.

cliente respecto de estas cantidades. De este modo, el **receptum** puede ser equiparado no sólo al **c. d. alieni**, como se viene considerando en general, teniendo en cuenta, exclusivamente, la relación jurídica entre el cliente y el tercer acreedor, sino que también el **receptum** puede ser equiparado al mismo **c. debiti proprii**. Esto es así, si nos fijamos en la relación jurídica existente entre el banquero depositario y su cliente.

Esta doble función económica que cumple el **receptum** se concreta del siguiente modo:

1.- Aceptación **ex recepto** ordinaria, por parte del banquero, de la responsabilidad derivada de una deuda de su cliente. En este caso estamos ante una apertura de crédito.

2.- Aceptación **ex recepto**, por parte del banquero depositario de fondos del cliente, de la responsabilidad derivada de una deuda del mismo, con lo que el banquero ejecuta pagos a cuenta del cliente, cumpliendo su obligación de restituir propia de un depositario. Aquí, el banquero actúa como administrador de un patrimonio ajeno y cumple la función de intermediario en los pagos, facilitándolos al evitar los inconvenientes del intercambio material de numerario. Y, lo que es muy importante, puede contribuir a incrementar los medios de pago en función del desarrollo económico, mediante la concesión del crédito.

La bipolaridad a la que nos acabamos de referir puede estar en paralelo con la función y desarrollo histórico del **constitutum**, lo que podría explicar el destino final convergente de ambas instituciones.

Pese a todo, en definitiva, creemos que únicamente puede decirse que la afinidad entre **receptum** y **constitutum** se manifiesta, sobre todo, en su ulterior desarrollo histórico cuando al **c. d. alieni** se le llega a atribuir una importancia que no había tenido en el derecho clásico (1).

3.- Teoría de la no recepción de la caución bancaria romana en Oriente

Se parte ahora de la existencia de una contradicción en relación con los motivos que alega Justiniano en materia de abolición del **receptum**. Así, se habla, en primer lugar, de la caída en desuso del **receptum**, es decir, de la acción antigua de la que se borra toda huella del Digesto (2); pero

(1) ASTUTI, Il costituito, 1941, p. 289. FREZZA, Le garanzie, 1962, p. 283.

(2) También Teófilo habla de ella como de cosa perteneciente al pasado e inusitada, Paraphr. ad 8 I. 4, 6. Incluso en el tratado helenístico prejustiniano De actionibus. FERRINI, Sull'opuscolo greco intitolato De actionibus I, 1893, p.

resulta sorprendente que la no utilización del **receptum** pueda servir de justificación de la necesidad de ampliar el **constitutum**, siendo inadmisibile un absurdo intento de perpetuar o, mejor dicho, de hacer revivir las reglas características de una institución abandonada en la práctica. Además, lo que venimos diciendo contrasta con lo que dispone nuestra constitución, en estos términos:

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

Se ha venido entendiendo que aquí estaríamos ante una disposición transitoria, una cláusula de derecho intertemporal aplicable a los **recepta** concluidos por los banqueros con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma (1). Pero, si bien se piensa, esta interpretación choca frontalmente con el dato relativo a la caída en desuso del **receptum**. No es necesaria una norma transitoria para un negocio que no vincula a los banqueros (2).

366 s. llega a suponer ya producida la desaparición de la acción recepticia que falta en el catálogo.

(1) LENEL, Beiträge, 1881, p. 69. PARTSCH, Der Ediktale, ZSS 29, p. 415. CUQ, Manuel, 1928, p. 515.

(2) LENEL, Beiträge, cit., p. 68 s., no admite que la causa de la reforma sea el no uso del **receptum**.

En esta dirección, considerando la hipótesis según la cual el **receptum argentariorum** habría tenido su continuación en la **promissio** de los banqueros en el derecho comercial medieval (1), se llega a mantener que el **receptum** ha permanecido en Occidente, y especialmente en Italia, mientras que en Oriente la no recepción del instituto habría sido la causa verdadera

Este autor mantiene que la fusión de **constitutum** y **receptum** habría determinado, en la práctica del mundo helenístico, la desaparición de la acción recepticia, ya que no serviría la dualidad de acciones derivada de un mismo negocio. La reforma habría consistido en la desaparición del medio procesal, pero no en la del negocio que habría sobrevivido en el mundo oriental fundido, desde el punto de vista externo, con el **constitutum**, en cuanto al **nomen iuris**. El más riguroso régimen del antiguo **receptum** se habría mantenido hasta Justiniano y, a pesar de la abolición formal del mismo, inciden en este mismo régimen jurídico disposiciones especiales contenidas en las Novelas aplicables a la garantía de los **argentarii**.

En este sentido, PARTSCH, Der Ediktale, cit., p. 412 s. (donde pone de manifiesto sorprendentes analogías entre **receptum** e instituciones griegas) ha planteado el tema del origen del **receptum argentariorum**, llegando a la conclusión de que éste se encuentra en el derecho griego, considerando también que el **receptum** fue introducido en el Edicto del Pretor en el siglo II a. d. C. Este autor considera que el **receptum** es un instituto vivo en la época de Justiniano y explica el tema de su abolición por las aspiraciones de los banqueros bizantinos que pretendían obtener una regulación menos rígida y gravosa de sus obligaciones, lo que viene recogido en el proemio del Edicto IX.

También PEROZZI, Ist., 1928, p. 237, considera que el **receptum** se ha mantenido en la práctica bizantina incluso después de la constitución del 531.

(1) HUVELIN, Dr. romain, cit., p. 111 s. COLLINET, Etudes historiques, 1912, p. 270 s.

de la constitución reformadora de Justiniano. El motivo de esta no recepción se encontraría en el hecho de que el **receptum** tenía un correspondiente en su función económica y en su estructura jurídica en el derecho griego. En Oriente no se habría practicado el **receptum**, tal y como era conocido por los romanos, al existir allí un instituto propio que cubre las mismas necesidades. Así, la reforma justiniana se habría limitado a recoger la persistencia de esta tradición jurídica helenística. Los compiladores encuentran el **receptum** en los escritos de los clásicos pero no en la práctica de su tiempo y, no conociendo su historia ni el derecho en Occidente, habrían caído en un comprensible error, creyendo de buena fe que el instituto estaba en desuso. La pretendida disposición transitoria vendría referida no al **receptum** sino al **constitutum debiti** (1).

Sin embargo, la hipótesis anterior suscita más de una razón de duda. Por lo que se refiere a la persistencia del **receptum argentariorum** en las regiones occidentales del Imperio, podemos decir que constituye una premisa que está todavía por demostrar, pues se basa en fundamentos muy inciertos. En cuanto a la adhesión a la hipótesis de la no recepción

(1) COLLINET, Etudes, cit., p. 274. CUQ, Manuel, cit., p. 514.

en Oriente, sin duda, es cierto que el mundo de los negocios de los "argentarios" romanos estaba organizado a imitación del mundo de los "trapezitas" griegos. Se puede hablar de asimilación de los institutos y de los esquemas negociales, entre los que hay que incluir el **receptum**. En efecto, puede parecer probable la no recepción de un instituto que el derecho romano había tomado prestado del derecho griego. Es inverosímil que la expansión imperial de Roma haya podido ofrecer a la práctica de las regiones de Oriente algo nuevo e influir en el desarrollo de un tráfico bancario muy evolucionado que había llegado a generalizarse en todo el mundo antiguo.

Ahora bien, entendemos que el **receptum** viene enmarcado dentro de la órbita jurídica del derecho romano y obedece a unas necesidades históricas muy concretas y, aunque pretenda acoger los principios del modelo griego, no por ello puede desconocerse la originalidad de la institución. En definitiva, hemos de reconocer que en este campo no se halla plenamente desvelada la incertidumbre en lo referente a la afinidad jurídica entre las figuras negociales del tráfico bancario griego y el **receptum argentariorum** (1).

(1) La investigación papiroológica no ha llegado a resolver las incógnitas existentes en esta materia. MITTEIS, **Receptum argentarii**, ZSS 29, p. 479 s., considera que dos casos de **receptum** vienen recogidos en P. Oxy. 91, 11 (a. 187), P. Oxy. 513, 36 (a. 184) y P. Flor. 43, 7. En contra PARTSCH,

4.- La caución bancaria romana como negocio no practicado en la época justiniana

4.1 Los datos de las fuentes. Aun cuando no aceptemos la hipótesis de la no recepción, lo que parece indudable es que nuestro instituto es desconocido y no utilizado en la práctica justiniana. Puede haber dudas en cuanto a los motivos, pero no en relación al hecho mismo de que la acción recepticia pertenece al pasado.

En efecto, partimos de que el **receptum argentariorum** es desconocido en la práctica de la época de Justiniano (1). No se podría objetar que mal se entiende la abolición legislativa de una institución condenada inapelablemente al olvido, puesto que, es comprensible que Justiniano, al encontrarse ante una reliquia de la jurisprudencia clásica en los comentarios **ad edictum**, considerase oportuna una expresa derogación de aquellas normas, lo que, ocasionalmente, llevó a cabo

Arch. f. Pap. Forsch. 5, 1913, p. 490, que asocia el **receptum** con otros documentos como P. Petrie 3, 64 b, P. Lill. 16, P. Par. 9, 29 ?.

(1) En la constitución y en Teófilo se habla de la acción recepticia como de algo perteneciente al pasado. Este es un dato que se desprende de las fuentes de modo inequívoco. El enfoque puramente procesal que se da al tema confirma nuestra idea, si se piensa en la época en que el texto es promulgado.

en la misma constitución en que reformaba el **constitutum**.

A esta conclusión parece oponerse la disposición ya conocida que, según la opinión común, constituiría una disposición transitoria relativa al **receptum**. Pero, si esta opinión común es cierta habría que atribuir a Justiniano no sólo una falsa noticia sino también una inadmisibles contradicción. Puede dudarse de ciertas afirmaciones de los bizantinos, pero con mayor cautela deben acogerse otro tipo de noticias que no pueden ser rechazadas sin graves motivos, como ocurre con ésta. Cuando Justiniano se refiere al desuso del **receptum**, nada impone al emperador afirmar una cosa falsa, lo que todos habrían podido constatar. Tampoco sería admisible declarar inusitado un negocio y, al mismo tiempo, emanar una norma transitoria apelando al **mos usque adhuc obtinens**. Pero hay más; en esta disposición se usa la expresión **indefense constituere**, cuando no hay razón para no recurrir al término técnico **recipere**, como en los párrafos precedentes, máxime si tenemos en cuenta que se refiere a los **argenti distractores et alii negotiatores**, siendo el **receptum** el negocio propio de los **argentarii** (1). Resulta también extraño que donde el emperador

(1) Con **argenti distractor** se hace referencia a los ἀργυροπαρασκευασταί, término técnico usado en Nov. IV c. 3; Nov. CXXXVI c. 1; Ed. VII; Ed. IX c. 2; Bas. XXIII, 4.

debía haber confirmado la validez de los **recepta**, concluidos con anterioridad a la reforma, haga mención al **mos usque adhuc obtinens**.

Es posible que, con estas palabras, Justiniano no se haya referido al **receptum**. Tampoco se referiría al normal **constitutum pro alio** sino a las promesas con las que, según sus usos, banqueros y mercaderes se obligaban a pagar **indefense**. Promesas que pueden reconducirse al concepto general de **constituere- ἀντιπρωεῖν**, que es decir de mayor amplitud que el **constituere** clásico. Que en la práctica del mundo bancario helenístico se encontrasen en uso formas de garantía diversas del **constitutum** romano, que no podamos identificar entre ellas al **receptum argentariorum**, aunque a éste puedan parecer afines, y que su régimen jurídico venga referido en las fuentes justinianas al **constitutum** debidamente transformado, bajo el nombre genérico de ἀντιπρόνησις, aparece seguramente confirmado, para el período inmediatamente sucesivo al 531, por otras fuentes, entre las que podemos citar la Nov. IV, Nov. CXVI c. 6, Nov. CXXXVI, Ed. VII y Ed. IX de Justiniano (1).

4.2 Interpretación de **indefense constituere**. En

(1) Del examen de estas fuentes se obtiene la evidencia de que, después de la reforma del 531, al **constitutum- ἀντιπρόνησις** de los **argentarii** le es de aplicación una normativa específica distinta de la correspondiente al derecho común.

virtud de los textos posteriores a la reforma del 531, el **constitutum- ἀντιφώνησις** de los **argentarii** vendría, ordinariamente, asumido sin las limitaciones de la responsabilidad del promitente **pro alio** que son propias del derecho común. Para probar que esto es así, recurrimos a los dos principios siguientes:

1.- El referente al **beneficium excussionis**

2.- El carácter riguroso de la obligación bancaria, con arreglo a la terminología **indefense constituere**.

El primer tema que se nos plantea es el de determinar el alcance del **beneficium excussionis**. En la Novela CXXXVI, Justiniano modifica lo dispuesto en la Novela IV en la cual declaraba (cap. 3, p. 1) no ser admitidos los banqueros al **beneficium ordinis seu excussionis**, ahora introducido. La corporación de los banqueros habría presentado una protesta, seguramente por medio del **comes sacrarum largitionum strategius**, al que el emperador dirige en contestación la Novela CXXXVI. Los banqueros, con esta Novela, son admitidos a pactar, en su favor, la renuncia al beneficio de excusión cuando hayan dado dinero a título de mutuo, recibiendo garantes del mutuatario. De este modo, Justiniano da acogida a una de las dos alternativas contenidas en la protesta de la corporación bancaria: o la extensión a los contratos en que los banqueros son deudores (garantes) del beneficio de la Novela IV (**benef. ordinis seu excussionis**), o la exclusión de los contratos

en que los banqueros son acreedores (y han recibido garantes) del beneficio de la Novela IV (1).

En el segundo punto, consideramos la costumbre de los banqueros de renunciar, convencionalmente, a las ventajas del derecho común en la garantía de las obligaciones; parece seguro que, después de haber condenado en C. 4, 18, 2 la recepción de obligaciones abstractas y de haber remachado el principio según el cual el **constitutum** debe tener siempre como presupuesto una deuda, Justiniano considera oportuno excluir la aplicación de estos principios a la conocida *ἀντιπόνησις* que los banqueros y comerciantes hayan contraído **indefense**, respetando, al menos en vía transitoria, los usos comerciales de su tiempo (2).

Esta interpretación concuerda con el sentido del término **indefense constituere**, sobre el que tanto se ha escrito

(1) Novela CXXXVI, pr. ... **ut aut ipsi (argentarii) quoque communium legum participes sint, aut ne ipsis quidem constitutio nostra adversetur.**

(2) **Negotiatores** y **argenti distractores** vienen considerados conjuntamente como destinatarios de esta norma. Lo mismo ocurre con c. 27 pr. C. 8, 13, mientras en c. 1 pr. 3 C. 12, 34 vienen excluidos de la **militia** sólo los **negotiatores exceptis argenti distractoribus**, a los cuales se les concede una posición más favorable (**Nov. IV, c. 3, 1**).

En definitiva, estamos ante una norma encuadrable en el derecho mercantil helenístico y no ya en el derecho común.

desde los glosadores (1).

Tradicionalmente, se viene entendiendo que el término serviría para indicar **ut nulla exceptione se tueri possint, sine ulla defensione, vel exceptione** (2).

Considerando lo anteriormente establecido, el **indefense constituere** puede ser, solamente, la fórmula que contiene la situación jurídica de quien ha asumido un vínculo obligatorio de carácter abstracto que debe cumplir sin poder oponer excepciones (3).

(1) Según ROSSELLO, Rec. arg., 1890, p. 56 el término **indefense** no es usado más que en este caso en el **Corpus Iuris**; de aquí derivaría la multiplicidad de opiniones existentes sobre el mismo y que concretamos del siguiente modo: CUIACIUS, Comment. ad Cod. 4, 18, 1758 (IX, 241, A) explica **indefense, id est ita ut nulla exceptione se tueri possint**. DONELLUS, Comment. ad Cod. 4, 18, 2, 1765 (VII, 1000, 20) propone sustituir por **inoffense, id est sine offensa legum et iuris publici**, el **indefense** que, según él, indicando **qui iudicio non defenditur** no tendría sentido. MABILLE, Arg., 1874, p. 47, dice que los **argentarii**, en los **recepta**, se encuentran "sans defense". IHERING, Espíritu del DR, 4, 1891, p. 237, relaciona **indefense** con renuncia a toda excepción lo que equivale a una responsabilidad absoluta y abstracta.

(2) Llegó a pensarse que el término **indefense** se refería a la hipótesis en que los banqueros se encontraban en la imposibilidad de invocar la **exceptio excussionis**, por haber renunciado a ella. CUIACIUS, Recit. Soll. in Cod. 4, 18, 2, 1758 (IX, 241). GIPHANIUS, Explanatio, 1614, p. 250. Pero a esta interpretación se opone el hecho de que el **beneficium** fue introducido por la Novela IV (a. 535), mientras que el término **indefense** se encuentra, como sabemos, en la constitución reformadora que es de fecha anterior (a. 531).

(3) Esta interpretación corresponde, en lo fundamental, con

En definitiva, que el **receptum argentariorum** es para Justiniano un instituto del pasado y mal conocido, aparece claro si se tienen en cuenta las fórmulas vagas y equívocas con que viene caracterizado: por ejemplo, las palabras **sollemnius verbis composita**, sobre las que tanto se ha discutido, plantean el problema relativo a si califican al negocio, a la acción o al libelo. Es difícil buscar una solución satisfactoria a este interrogante; probablemente, con esta expresión se ha querido apoyar la afirmación del desuso del instituto, recurriendo a su hipotético formalismo. A atribuir carácter formal al **receptum** también pudo contribuir la presencia de un término puramente romano como **recipio**, que los bizantinos encontraban en las fuentes junto a **spondeo, dico** y que debían

las ofrecidas por IHERING, Espíritu, cit., p. 237 y LENEL, Beiträge, cit., p. 69, los cuales entienden el **indefense constituere** haciendo referencia a la ἀντιπόνησις abstracta de los **argentarii**; también PARTSCH, Der Ediktale, cit., p. 415 y BEKKER, Recipere, ZSS 3, p. 12 n. 2.

Ahora bien, esto no comporta la identificación del **constitutum** hecho **indefense** o de la mencionada ἀντιπόνησις de las Novelas y de los Edictos de Justiniano con el **receptum argentariorum** del derecho romano. A esta identificación se oponen los testimonios del emperador y de Teófilo. Los banqueros bizantinos practicaban formas de garantía y esquemas negociales muy similares, quizá, a la figura romana. Piénsese que ésta habría surgido a imitación de las prácticas seguidas por los "trapezistas" griegos. Pero, exactamente no se trataba del **receptum**, pues el emperador no lo podría haber considerado inusitado en el momento mismo en que reconocía obligaciones especiales para banqueros y comerciantes.

considerar igualmente arcaico y quiritarario (1).

Lo que aparece bien claro en la constitución del 531, por lo que se refiere al **receptum**, es la decidida condena de su carácter abstracto en la que se funda la retórica declaración sobre lo absurdo e incompatible del instituto con las leyes y la consiguiente orden de cancelar en la compilación toda referencia a la antigua acción recepticia.

Si todo esto es cierto y si el **receptum argentariorum** no puede considerarse un instituto vivo en el tráfico jurídico de la época de Justiniano, se impone la necesidad de clarificar la relación existente entre la abolición del **receptum** y la ampliación del **constitutum**.

5.- La reforma del **constitutum** en relación con la **stipulatio**

5.1 Elementos del **receptum** transferidos al **constitutum**. Comencemos poniendo en duda la pretendida transferencia de elementos del **receptum** al **constitutum** (2) y la influencia

(1) PARTSCH, Der Ediktale, cit., p. 413 s. BEKKER, Recipere, cit., p. 2 s.

(2) I. 4, 6, 8.

que ha podido ejercer el primero en la reforma del segundo (1).

Si nos planteamos, en este sentido, cuál es la razón por la que Justiniano reformó el **constitutum debiti**, no parece acertado hallarla ni en el hecho de que el **receptum** había desaparecido, ni en la necesidad de extender el **constitutum** a cuanto de **plenius** tenía el **receptum** (2).

El punto de partida para una adecuada interpretación de la reforma es reconocer el importante papel que el **constitutum** asume en las fuentes posteriores a la constitución reformadora. En ellas, el **constitutum debiti alieni** adquiere una posición de neta prevalencia; bajo el término griego ἀντιφώνησις encontramos regulado el negocio de garantía y el de recepción de deuda practicado por los banqueros bizantinos,

(1) LEONHARD, v. **Constituere** en PW.

(2) COLLINET, Etudes, cit., p. 270 s.; 277 s.; 288 s. Este autor da una explicación que no parece suficiente, según la cual, la **a. pec. const.** sería reformada para cubrir las exigencias y necesidades de todos los pueblos que vivían bajo el derecho justiniano. Así, se regularía, modificando los textos clásicos, no solamente el **constitutum** romano sino incluso, y sobre todo, las formas contractuales conformes con la práctica del Oriente helenizado. De este modo, Justiniano cedería al laudable impulso de unificar el derecho, fundiendo instituciones romanas y helenísticas que, junto a la **fideiussio**, servían de medios de garantía. El **constitutum debiti** quedaría como un instituto helenístico vestido a la romana y, además, la reforma de Justiniano, en materia de garantías personales, conservaría una forma pretoria al lado de otra civil, la **fideiussio**.

los cuales recurrían, con toda probabilidad, a formas contractuales propias de su tradición jurídica (1).

Ahora bien, la transformación del **constitutum** no resulta de la constitución reformadora con la que, precisamente, esta transformación se debería haber producido. Las innovaciones introducidas con ella por Justiniano que, en hipótesis, deberían considerarse derivadas del **receptum**, no son eficaces para tal fin. En efecto, en ese largo texto, si bien son significativas las referencias al **receptum** como promesa **pro alio**, sin embargo, no se da particular relieve todavía al **constitutum** como forma de recepción de deudas ajenas en el campo de las garantías personales. Sobre la posibilidad de prometer **pro alio** se hace una fugaz referencia, incidentalmente, al tratar de la perpetuidad de la acción (2).

Pero hay más; las muy discutidas innovaciones que se deberían haber producido a imitación del **receptum**, es

(1) Para precisar, diremos que en las fuentes posteriores al 531 el negocio bancario viene designado como *καθαρά ἀντιφώνησις* mientras que *ἀντιφώνησις* es término genérico que se ha venido traduciendo por **constitutum**, siendo la primera una modalidad de la segunda.

(2) C. 4, 18, 2 ... **Sive pro se quis constituat sive pro alio ...** Ni siquiera se hace mención a la limitación del **receptum** a los banqueros, de tal manera que los intérpretes antiguos que no conocían la Paráfrasis de Teófilo lo consideraban de aplicación general como el **constitutum**. ROSSELLO, Rec. arg., cit., p. 59.

decir, los elementos que de éste deberían haber sido transferidos al **constitutum**, se reducen en realidad a bien poco y, precisamente, consisten sólo en la extensión objetiva de su ámbito de aplicación más allá del límite clásico de las deudas referidas a **res quae in pondere numero mensura consistunt**. Es, ciertamente, sorprendente que a este hecho no se le haya dado la debida importancia y que, por consiguiente, no se hayan extraído las debidas consecuencias que permite el examen del contenido normativo de nuestra constitución (1).

La afirmación que acabamos de hacer encuentra su fundamento en las siguientes razones:

1.- La plena transmisibilidad hereditaria activa y pasiva de la **a. pec. const.**, así como la aplicación de la regla **praescriptio triginta annorum**, aparecen como consecuencias naturales del desarrollo histórico del negocio y de la desaparición de su originaria naturaleza penal de la que dependían las limitaciones precedentes; por ello, no pueden ser reconducidas al **receptum** y, para el **c. deb. alieni**, Gordiano había reconocido la perpetuidad y transmisibilidad hereditaria

(1) ASTUTI, Il costituito, cit., p. 307.

pasiva de la acción (1).

2.- Por otra parte, el reconocimiento de la validez del **constitutum debiti in diem** y **sub condicione** se debe, simplemente, al cambio de concepción de la estructura de las relaciones jurídicas condicionadas, es decir, a la admisión de la eficacia retroactiva a la verificación de la condición, equiparada en este aspecto al **dies** en la época postclásica (2). Y, además, es decisión legislativa de cuestiones discutidas por la jurisprudencia clásica en tema de **constitutum**.

3.- Incluso, por lo que se refiere a la extensión del **constitutum** más allá de las deudas pecuniarias, es legítima la duda de que ello pueda derivar del **receptum argentariorum**. La norma viene concebida en términos generales, admitiendo la posibilidad de garantizar por **constitutum, non solum res quae pondere numero mensura sunt, sed etiam alias omnes sive mobiles sive immobiles sive semoventes sive instrumenta vel alias quascumque res, quas in stipulationem possunt homines deducere** (3). Una confirmación de esto la tenemos en el Digesto, donde viene reconocida, mediante interpolación, la posibilidad

(1) C. 4, 18, 1. **Si pro alieno debito te soluturum constituisti pecuniae constitutae actio non solum adversus te, sed etiam adversus heredes tuos perpetuo competit** (a. 294).

(2) Fr. Vat. 55.

(3) Véase la genérica fórmula contenida en Ed. IX proem. de Justiniano.

de **constituere** lo debido **ex quocumque contractu sive certi sive incerti** (1). Como vemos, ahora se habla tanto de obligaciones ciertas como de obligaciones inciertas; pero lo que resulta claro es que del **constitutum** de obligación incierta no tenemos ejemplo alguno. Ello nos lleva a considerar que la genérica extensión no debe tener gran importancia práctica. Y, como hemos visto, el mismo Justiniano hace referencia sólo a la hipótesis de obligación cierta.

5.2 Precisiones terminológicas. Aun reconociendo la validez de las conclusiones anteriores, nos interesa todavía insistir en este punto concreto. Resulta muy significativo que los compiladores introdujesen en el título del Digesto dedicado al **constitutum** fragmentos que, originariamente, estaban referidos al **receptum**, como ha demostrado la crítica interpolacionista. Resulta muy significativo, porque nos hace concebir la idea de que el **constitutum** se nutre a costa de la desaparición del **receptum argentariorum**. Si nos fijamos bien, el **constitutum** es un negocio jurídico con un ámbito personal de aplicación generalizado, mientras que esto no resulta válido para el **receptum**. Nos preguntamos cuál sería entonces el modo en que opera la reforma. Creemos que

(1) D. 13, 5, 1, 6.

se trata de engrosar, de manera artificial, el **constitutum** que va a acoger en su seno una institución de derecho bancario caracterizada por un régimen jurídico muy distinto del que es propio del negocio ahora ampliado. Nos encontramos ante un ejemplar con dos naturalezas, ya que no hay unificación jurídica y sólo se puede hablar de cambio semántico cuyo alcance parece ser más teórico que práctico. En efecto, en el Digesto se regula el **constitutum** como institución de derecho común y aquí ya no se hace referencia alguna a su nueva vertiente especial de derecho bancario que habría introducido la constitución del 531, mientras que el régimen de la contratación de los **argentarii** se desarrolla por la vía independiente de las Novelas, bajo el término de *καθαρά ἀντιφώνησις*. Por otra parte, la moderna traducción de *ἀντιφώνησις*, en sentido general, por **constitutum**, resulta muy discutible y sólo tiene en su apoyo los datos que suministra la constitución reformadora del 531, como ya iremos viendo. Estamos, por tanto, ante un problema terminológico que no puede ocultar las diferencias, en cuanto al régimen jurídico, entre estas instituciones, la de D. 13, 5 y la recogida en las Novelas. Pero, volviendo a la constitución reformadora, hay que saber cuál puede ser el motivo por el que **constitutum** y acción recepticia aparecen unidos. Sin duda, resultaba necesario encuadrar la garantía bancaria helenística dentro de alguna de las categorías ya

conocidas por el Derecho romano, y para ello no se encuentra otra cosa mejor que aprovecharse de la evolución que, por su parte, estaba sufriendo el **constitutum**, en el sentido de ampliar su ámbito de vigencia (1).

5.3 La idea del paralelismo entre instituciones romanas y helenísticas. La función de garantía que el **constitutum** había podido cumplir, con los mismos caracteres, en el derecho clásico, aparece ahora acentuada, sobre todo, en las fuentes justinianeas y bizantinas posteriores a la reforma del 531. Esto se explica al prevalecer en la práctica jurídica el **constitutum debiti alieni** respecto al **constitutum debiti proprii** que todavía en el Digesto aparece considerado como la forma principal, pero cuya función en el derecho clásico

(1) El papel que representan en este escenario cada uno de los personajes podría concretarse del siguiente modo:

1.- **Receptum argentariorum**, inusitado instituto romano que ha de ser eliminado del Digesto.

2.- **Constitutum**, institución de Derecho romano que sufre una extensión de su campo de aplicación y que, como tal, aparece recogida en el Digesto.

3.- La καθαρά ἀντιφώνησις, institución de derecho bancario helenístico, en plena vigencia, que viene siendo desarrollada por las Novelas. Es una modalidad de la ἀντιφώνησις en sentido de garantía general.

Las dificultades que genera la confusión terminológica en este tema pueden llevar a no entender la individualidad de cada una de estas instituciones en cuanto a su naturaleza jurídica.



viene a menos en el derecho justinianeo.

En el párrafo anterior, por decirlo gráficamente, se está considerando el viejo tronco del **constitutum** romano injertado en la nueva savia de la ἀντιφώνησις helenística de las Novelas. Esta imagen es una consecuencia del planteamiento que, ante todo, busca establecer un paralelismo entre las instituciones del Derecho romano y las del Derecho helenístico. Planteamiento al que, sin pretender negar su interés, no podemos dejar de considerar con ciertas cautelas, habida cuenta de las confusiones en que se puede incurrir. Si bien es cierto que lo de menos es la terminología empleada, el **nomen iuris**, pues lo que nos interesa realmente es la naturaleza jurídica que en este tema se centra en la evolución de las garantías personales de las obligaciones; lo que no podemos olvidar es que, de una parte, la tradición griega viva de las Novelas y, de otra, el anquilosado **constitutum** del Digesto no coinciden plenamente. Las diferencias entre ellos no derivan sólo de la evolución histórica sino que son el producto del contraste de dos diversos ordenamientos jurídicos, con estructuras y principios propios. Otra cosa son los problemas planteados por la necesidad de traducir del griego al latín, y aquí sí que resulta posible colocar el término **constitutum** por el de ἀντιφώνησις después del 531. Pero ni ésta es la única posibi-



lidad, ni quizá sea la mejor.

En estas circunstancias, nos parece oportuno asignar al término **constitutum** una doble acepción, dentro del ámbito del Derecho helenístico.

1.- Como vestimenta romana de un negocio perteneciente a la tradición jurídica griega (1).

2.- Como negocio perteneciente al derecho bizantino en materia de garantía personal de las obligaciones.

El mismo doble significado anterior podemos atribuir al discutido **indefense constiure**.

5.4 Constitutum y stipulatio. Las consideraciones anteriores nos permiten llegar a una adecuada interpretación sobre el significado real de la reforma del 531.

En primer lugar, vamos a recordar el contenido normativo del texto de Justiniano (C. 4, 18, 2), subrayando los términos que en este momento nos interesan especialmente:

... **hac apertissima lege definimus ut liceat omnibus constituere non solum res quae pondere numero mensura sunt, sed etiam alias omnes sive mobiles sive immobiles sive semoventes, sive instru-**

(1) COLLINET, Etudes historiques I, cit., p. 270 s.

menta vel alias quascumque res, quas in stipulationem possunt homines deducere, et neque sit in quocumque casu annalis, sed (sive pro se quis constituat sive pro alio) sit et ipsa in tali vitae mensura, in qua omnes personales sunt actiones, id est in annorum metis triginta: et liceat pro debito puro vel in diem vel condicionali constitui: et non absimilem penitus stipulationi habeat dignitatem, suis tamen naturalibus privilegiis minime defraudata: sed et heredibus et contra heredes competat, ut neque recepticiae actionis neque alio indigeat res publica in huiusmodi casibus adminiculo, sed sit pecuniae constitutae actio per nostram constitutionem sibi in omnia sufficiens... hoc tantummodo constituatur, quod debitum est, et omnia, quae de recepticia in diversis libris legislatorum posita sunt, aboleantur et sit pecunia constituta omnes casus complectens, qui et per stipulationem possint explicari.

El fin perseguido por nuestra constitución es la extensión del ámbito de aplicación de la **actio pecuniae constitutae**. En efecto, en la compilación resulta alterada la típica función que el edicto de **pecunia constituta** había cumplido en el sistema clásico. Los bizantinos nos presentan una acción

reipersecutoria y el **constitutum debiti** como una promesa de pago, es decir, como una figura contractual cuyo objeto es el cumplimiento de una prestación ya debida por una causa precedente y paralela a la **stipulatio debiti**.

Resulta significativa la insistencia con que en la constitución del 531 se hace referencia a la **stipulatio**, lo que nos confirma que es en ésta, precisamente, y no en el **receptum** (1), en la que el emperador está pensando al suprimir las antiguas limitaciones del **constitutum**. Lo que se persigue es la plena equiparación de esta figura pretoria con la general forma contractual civil (2).

Probablemente, esta equiparación con la **stipulatio** se enmarca dentro del proceso de evolución degenerativa de la **obligatio verborum**, en el que decae su típico requisito formal de la oralidad. Y, por lo que se refiere al requisito de la presencia de las partes, como es sabido, venía siendo posible un simple reconocimiento, ordinariamente escrito,

(1) ASTUTI, Il costituto, cit., p. 315.

(2) KARLOWA, Röm. R. Gesch., 1885, p. 758. PARTSCH, Der Ediktale, cit., p. 412, habla de similitud entre **receptum** y **stipulatio**, ya que el **constitutum** es reformado en relación con la abolición del **receptum**, equiparándolo a la **stipulatio**. También en el texto paralelo de los Basílicos (26, 3, 2 HEIMB. III p. 109) se reproduce la referencia a la **stipulatio**, mientras del **receptum** no se hace mención alguna.

de haber realizado el acto, admitiéndose la prueba en contrario dentro de muy restringidos límites (1). En el sistema del derecho justiniano, en el que el carácter formal de la estipulación se reduce sustancialmente al **animus stipulandi** y, al mismo tiempo, vienen atenuados los efectos rigurosos de su carácter abstracto, respecto a la **causa praecedens**, el paralelismo aparece tan acusado que hace muy difícil discernir cuándo estamos ante una **stipulatio** y cuándo ante un **constitutum** (2).

En suma, el reconocimiento de la posibilidad de asumir por **constitutum** todo tipo de prestaciones no derivaría de su pretendida fusión con el **receptum**, sino que encontraría su apoyo en la interpolación del texto del Digesto 13, 5, 1, 6, en el que viene proclamada la general aplicación del instituto para cualquier débito, **ex quacumque causa - id**

(1) SEGRE, Le garanzie personali, 1933, p. 269 n. 1.

(2) Una confirmación de cuanto venimos diciendo la encontramos en I. 4, 6, 9: ... **de pecunia constituta cum omnibus agitur, quicumque vel pro se vel pro alio soluturos se constituerit, nulla scilicet stipulatione interposita nam alioquin si stipulandi promiserint, iure civili tenentur.**

Por el anterior sabemos que la acción derivada del **constitutum** se tiene contra todos aquellos que hayan prometido el cumplimiento de una obligación propia o ajena, sin estipular.

est ex quocumque contractu sive certi sive incerti (1).

II. Alcance práctico de la reforma

Premisas

La principal nota característica de la evolución de la garantía personal en el derecho postclásico y justiniano puede expresarse mediante el término simplificación (2).

Así es; en lugar de aquella multiplicidad de instituciones propia del derecho clásico (3), subsiste ahora, únicamente, la **fideiussio** (4). Se considera esta **fideiussio**, de época tardía, dilatada hasta cubrir casi el concepto de garantía personal. Por el contrario, la **fideiussio**, en el sentido restringido de los clásicos, corresponde a una concepción de la garantía en una sociedad que tiene gran necesidad del

(1) LONGO, Natura actionis nelle fonti bizantine, BIDR 17, p. 34 s. y 78 s.

(2) LEVY, Weströmisches Vulgarrecht, 1956, p. 196. KASER, Das römische Privatrecht, 1975, p. 330 s.

(3) Gayo 3, 115: **Pro eo quoque, qui promittit, solent alii obligari, quorum alios sponsores, alios fidepromissores, alios fideiussores apellamus.**

(4) LEVY, Weströmisches, cit., p. 56 s. y 196 s. DE MARTINO, Le garanzie, 1937-1938, p. 35 s. FREZZA, Le garanzie, cit., p. 34.

crédito y que por ello ha dado gran impulso a la elaboración del correspondiente concepto jurídico. Esta idea está presente en el pensamiento de los juristas clásicos que elaboran los principios que han de llevar de la antigua **sponsio** a la accesoriadad, concorde con la nueva **fideiussio**. Aunque muchas normas sean comunes a los tres tipos de garantía, también es cierto que **sponsio** y **fidepromissio** se revelan arcaicas en su estructura (1).

La exposición de este sistema clásico, que debe tener en cuenta una multiplicidad de posibilidades, ha de resultar complicada. Ahora bien, cuando, posteriormente, las normas propias de la **fideiussio** comienzan a prevalecer en las mismas fuentes clásicas, llegadas a nosotros a través de las manipulaciones de la práctica y de las escuelas de Occidente y Oriente, tenemos una simplificación del cuadro y, en consecuencia, queda aligerada la labor del reconstructor.

En efecto, la posición preponderante que llega a asumir la **fideiussio**, en el ámbito de la garantía personal, es el fruto de una evolución que va incluso más allá del período considerado como propio del Derecho romano. Por el

(1) FREZZA, Le garanzie, cit., p. 35 s.

contrario, la concepción clásica da al problema de la garantía del crédito amplios confines y una gran riqueza de soluciones. De aquí deriva la variedad de institutos que en el derecho clásico operan en este campo: en un mundo económico en el que la labor de los juristas da impulso a la circulación del crédito, **fideiussio**, **fideiussio indemnitatis**, mandato de crédito, **constitutum debiti**, **receptum argentariorum** y otros institutos relacionados con la garantía forman un amplio abanico que se abre ante nuestros ojos y en el que nuestro negocio brilla con luz propia.

La desaparición de esta rica articulación no sería más que el reflejo, sobre el terreno jurídico, de la crisis de la estructura social y del sistema económico. Por ello, el término simplificación no resulta totalmente exacto. En efecto, no se trata de eliminar lo que en el sistema clásico podía ser considerado como sobrante o incluso arcaico; más bien, podemos decir que en la evolución del Derecho romano, a partir del siglo IV, dichos institutos están presentes en la literatura jurídica, pero no encuentran más que modesta respuesta y mal entendimiento en la práctica (1).

(1) ARCHI, Contributi alla critica del Corpus Iuris, BIDR 1962, p. 134. Por otra parte, en el tema concreto de la consti-

Si lo anterior es cierto, consideramos que, en esta materia de reforma de las garantías personales, no sería la práctica la que habría movido al legislador; la intervención de éste habría venido solicitada por exigencias sistemáticas, manifestadas en el curso de las labores de compilación, en la revisión de las antiguas fuentes de las que se quería

tución justiniana, C. 4, 18, 2 del 531, con la que el emperador proclama querer reformar el **constitutum debiti**, un instituto que en su prevalente aplicación clásica, como **constitutum debiti proprii**, entra en la problemática de la garantía del crédito forzando los caracteres que hasta ahora le eran propios, nos interesa recordar la interpretación de COLLINET, Etudes historiques, cit., p. 270 s. y la de ROUSSIER, Le constitut, 1958, que consideran a C. 4, 18, 2 un elemento vivo en el complejo de la compilación, en el sentido de que esta constitución satisface una exigencia sentida en el mundo de los operadores del derecho; aunque no faltan divergencias entre los dos romanistas.

Para COLLINET, el caso de C. 4, 18, 2 constituye un significativo testimonio a favor de su tesis, dirigida a sostener el carácter intrínsecamente oriental de la compilación. Por consiguiente, COLLINET establece una estrecha relación entre constitución y práctica griega. Esta es inspiradora de aquélla. El nombre de **actio pecuniae constitutae** no es más que una envoltura romana que esconde la realidad griega. Justiniano, con la constitución del 531, habría operado una clarificación legislativa, disciplinando los institutos dirigidos a la garantía del crédito.

Por su parte, ROUSSIER insiste más en la importancia que, dentro de la evolución romana, habría tenido el afirmarse del **constitutum debiti alieni** en el puesto del **constitutum debiti proprii**. Ello habría llevado al **constitutum** a alinearse con los negocios que en la época postclásica actúan en la garantía personal del crédito: la **fideiussio** y el mandato de crédito. La reforma justiniana se serviría de esta nueva faceta para hacer revivir un negocio que ahora sirve para cumplir una exigencia del mundo helenístico.

conservar lo más posible, compatibilizándolo con la inteligencia y la comprensión de las nuevas generaciones (1).

Vamos a intentar poner de manifiesto, en las próximas líneas, cómo es, sobre todo, sistemático y escolástico más que práctico el resultado de la reforma. Pero también esta nueva visión teórica no surge, exclusivamente, de la simple reflexión, pues está pensada para cubrir las necesidades planteadas por la evolución del derecho helenístico a través de las Novelas (2).

(1) La valoración de ASTUTI, Il costituto, cit., p. 315 s., a través del análisis del texto de la constitución, capta la debilidad de la tesis de COLLINET y de ROUSSIER. En efecto, si la hipótesis de COLLINET fuese cierta, se habría hecho referencia, exclusivamente, al **constitutum debiti alieni** y no al **constitutum** en general y, en particular, al **c. debiti alieni**, cuando esta última aplicación del negocio no tiene relevancia en el derecho justiniano.

Precisamente, la exigencia que, según ASTUTI, habría llevado a Justiniano a legislar en tema de **constitutum** sería de otra naturaleza: habría que referirse a un problema de grandes dimensiones relativo al sistema contractual de la época bizantina; al problema de las consecuencias de la evolución de la obligación verbal que se plantea entre el concepto de **pactum** y el de **stipulatio**, con el intento de resolverlo creando en el sistema contractual dos paralelas: una de la corriente civilista que se refiere a la **stipulatio**, la otra de naturaleza pretoria que se refiere al simple **convenire**, es decir, al **pactum**.

Con esta visión, los justinianos construyen el **constitutum debiti** como una promesa de pago pura y simple, paralela a la **stipulatio debiti**. La base textual de esta tesis es, como sabemos, Inst. 4, 6, 9.

(2) En este sentido se manifiesta FREZZA, Le garanzie, cit.,

Para concretar estas ideas, en el tema de la valoración de la reforma del 531, es preciso que llevemos a cabo el análisis de la misma desde las siguientes cuestiones:

1.- ¿Es posible un **constitutum** referido a deuda condicionada?

p. 282 s. La práctica postclásica ha acentuado el **constitutum** de deuda ajena, aproximándose esta figura de una parte al **receptum** y de otra a la forma clásica de garantía personal de las obligaciones. El emperador declarando querer **ampliare naturam actionis pecuniae constitutae**, por un lado, ha debido decidir cuestiones propias de la disciplina del **constitutum** en relación al **receptum** (recuérdese el propósito del legislador de mantener el carácter causal del **constitutum** frente a la abstracción del **receptum**); de otro, ha querido mantener la esfera de aplicación del **receptum** en la práctica bancaria oriental y occidental. Práctica que se orienta hacia el uso de **cautiones** escritas, accionables tanto **ex stipulatu** como "**ex antiphonèseos**", es decir, **ex constituto**. Así, habiendo declarado solemnemente fuera de uso la acción recepticia, el emperador clarifica su pensamiento en armonía con la práctica de su tiempo. En primer lugar, reduce la diferencia entre **stipulatio** y **pecunia constituta** a una **quaestio voluntatis** y, además, mantiene la posibilidad de un **constitutum** abstracto cuando haya sido expresamente pactado. Ahora bien, limitaría la esfera de aplicación de este negocio al ámbito bancario.

Como se ve, el alcance práctico de la reforma es modesto, pues, en la práctica bancaria, es posible un negocio que lleva el **nomen iuris** de **constitutum** pero se mantiene el carácter y la disciplina del abstracto **receptum**. La pregunta de COLLINET, sobre si el **receptum** ha entrado en la práctica oriental, resulta innecesaria, si se piensa que no es el **nomen iuris** sino el carácter de abstracción el que la práctica bancaria había impuesto en Oriente y en Occidente.

El testimonio histórico de Justiniano es verídico en el significado literal del término **recepticia actione cessante**; la práctica postclásica había rechazado esta acción acogiendo para la protección de los negocios bancarios a la **a. ex stipulatu** y a la **a. de pec. const.**



2.- ¿Cuál es el tiempo de prescripción de la **a. pec. const.**?

3.- ¿Es transmisible la **a. pec. const.** a los herederos y contra los herederos?

4.- ¿Es posible un **constitutum** referido a deuda inexistente?

5.- ¿Es posible un **constitutum** referido a deuda en cuyo objeto figuren cosas distintas de las que **in pondere numero mensura sunt**?

Antes de entrar en cada una de estas cuestiones, hay que tener en cuenta, en primer lugar, que la constitución, más que destinada al **constitutum**, va dirigida a considerar los caracteres de la **actio pecuniae constitutae**. Afronta los problemas no desde un punto de vista sustantivo sino procesal. En otras palabras, tiene un estilo conforme a los esquemas que, en la época de Justiniano, debían ser conocidos sólo por quienes estaban familiarizados con los **iura**. Esta primera observación nos hace pensar más en un interés escolástico que verdaderamente práctico de nuestra constitución.

1. ¿Es posible un **constitutum** referido a deuda condicionada?

Comencemos por el número que trata de la posibilidad de constituir un débito bajo condición: **... et dubitare-**

tur, si pro debito sub condicione vel in diem constituto eam (actionem) possibile est fieri et si pure constituta pecunia contracta valeret. Que en el derecho clásico se admite, sin discusión, la posibilidad de **constituere** debitos **in diem**, viene probado por D. 13, 5, 3, 2 y por D. 13, 5, 4 (1). Por ello no se alcanza a comprender la **dubitatio** a que se refiere el texto imperial. De otro modo se presentan las cosas en tema de relaciones obligatorias condicionadas, para las cuales la noticia de discusiones encuentra credibilidad por la agitada historia que este tipo de relación ha tenido en Derecho romano. También sabemos que la cláusula condicional sufre una profunda alteración en el período postclásico (2). Ahora bien, si nos referimos a la fórmula clásica de la **actio pecuniae constitutae**, se presenta como legítima la duda de poder **constituere** un débito condicional. Pero esto ya no es así si se piensa en los principios postclásicos, con arreglo a los que la **condicio** se ha convertido en una cláusula extrínseca del negocio, siendo equiparada a estos efectos al **dies**. La duda, por consiguiente, no puede venir de estos ambientes que reflejan el derecho romano tardío. Parece que está muy próximo a la

(1) ASTUTI, Il costituito, cit., p. 30 s., p. 134 s. FREZZA, Le garanzie, cit., p. 248-249.

(2) LEVY, Weströmisches, cit., p. 88 s. KASER, Das römische Privatrecht, cit., p. 64 s. ARCHI, v. "Condizione" en Enciclopedia del Diritto.

verdad el pensar que esta duda vendría planteada en centros en que objeto de estudio eran las obras de los clásicos, especialmente de los últimos clásicos, entre los cuales la construcción del negocio condicionado había alcanzado la suficiente madurez para justificar un reexamen del problema de **constituere** una relación **sub condicione** (1).

2.- ¿Cuál es el tiempo de prescripción de la a. pec. const.?

La cuestión planteada en este número 2 viene expresada en el texto imperial en los siguientes términos: **neque in omnibus casibus longaeva sit constituta (actio), sed in speciebus certis annali spatio concluderetur**. La solución dada por Justiniano es la siguiente: **et neque sit in quocumque casu annalis, sed (sive pro se quis constituat sive pro alio) sit et ipsa in tali vitae mensura, in qua omnes personales sunt actiones, id est in annorum metis triginta ...**

Para una recta valoración de esta frase, conviene recordar algunos principios de la **actio pecuniae constitutae**

(1) ARCHI, Contributi, cit., p. 143.



del período formulario. Esta, según la opinión hoy prevalente (1), tiene naturaleza penal, al menos originariamente, y es anual. Es acertado, según los textos clásicos, que el desarrollo histórico del instituto y, en particular, la posibilidad de un **constitutum debiti alieni** han acentuado la función reipersecutoria de la **actio** que, precisamente por esto, en tales casos, ha dejado de tener naturaleza penal (2). Fundamental para este punto es D. 13, 5, 18, 2.

Función penal o reipersecutoria de la acción; anualidad o el tiempo propio de la prescripción de la acción son temas conocidos y, diremos, queridos por la última jurisprudencia clásica. Para ésta, el desarrollo de la **cognitio extraordinem**, en el ámbito penal y en el civil, agravó ciertos problemas al no coincidir en muchos puntos con el proceso formulario. En efecto, si hay una esfera del Derecho para la que el paso a la época constantiniana ha señalado una decisiva diferencia en relación al período precedente, ésta es la de la prescripción de la acción (3).

(1) ASTUTI, Il costituto, cit., p. 79 s. FREZZA, Le garanzie, cit., p. 229 s. En contra VOCI, Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico, 1939, p. 149.

(2) FREZZA, Ob. cit., p. 229 s.

(3) ARCHI, Contributi, cit., p. 144.

La prescripción teodosiana, y sus desarrollos, ha acentuado este movimiento de diferenciación, ofreciendo a la práctica nuevos problemas. Y, como sabemos, de la anualidad de la acción pretoria se pierde toda huella en las fuentes postclásicas (1).

3.- ¿Es transmisible la a. pec. const. a los herederos y contra los herederos?

Las premisas que hemos establecido son muy importantes para expresar un juicio sobre lo que C. 4, 18, 2 nos transmite, en las frases citadas, sobre este punto; aquí se puede concluir como en el precedente. Así es; nos encontramos frente a una cuestión que tiene mayor probabilidad de reflejar disputas antiguas perpetuadas por nuevos exégetas que dudas debidas a cuestiones actuales. Para confirmar esta conclusión debemos fijarnos en el inciso puesto entre paréntesis; del mismo puede deducirse que la prescripción varía según se trate del c. debiti proprii o debiti alieni; según se ha mantenido,

(1) AMELOTI, La prescrizione delle azioni in diritto romano, 1958, p. 224.



el caso del **constitutum debiti alieni** sería un supuesto en el que la acción perdía sus caracteres originales de penalidad y anualidad.

4.- ¿Es posible un **constitutum** referido a deuda inexistente?

La cuestión recogida en este número 4 ha dado lugar a una interpretación; según la cual Justiniano rechaza la tesis de quien trataba de atribuir al **constitutum**, sobre el ejemplo del **receptum** recogido a este propósito, la naturaleza de negocio abstracto.

Si lo anterior es cierto, esta decisión imperial entraría en la lucha mantenida por Justiniano contra la teoría del negocio abstracto (1). Ello viene recogido en los siguientes términos: **cum satis absurdum et tam nostris temporibus quam iustis legibus contrarium est permittere per actionem receptiam res indebitas consequi et iterum multas proponere conditiones, quae et pecunias indebitas et promissiones corrumpi et restitui definiunt.**

(1) ASTUTI, Il costituito, cit., p. 281 s.

La frase es significativa; quien aquí escribe conoce bien el fragmentarse de la unitaria **condictio** clásica en una multiplicidad de **condictiones**. Conoce incluso la figura de la **condictio liberationis**. Si leemos esta frase a la luz de cuanto la compilación testimonia en tema de **multae condictiones** y de **condictio liberationis**, parece justificado ligar la polémica de la cancellería imperial con las divergencias entre los maestros bizantinos que comentaban los textos clásicos. Además, el juego conjunto del aspecto sustantivo y procesal, por el que quien ha emitido la declaración de pagar, debe hacerlo, porque es verdadero deudor, aunque después pueda **condicere** esto que ha pagado, corresponde a una sistemática jurídica conforme a las concepciones romano-clásicas.

5.- ¿Es posible un **constitutum** referido a deuda en cuyo objeto figuren cosas distintas de las que **in pondere numero mensura sunt**?

Finalmente, en el número 5 tenemos la extensión del **constitutum** más allá de las deudas en cuyo objeto figuran las **res quae in pondere numero mensura sunt**. Justiniano, después de haber proclamado que la razón de su innovación extensiva es la convertibilidad en dinero de todas las cosas,



defiende la nueva norma invocando lo que se puede leer **in libris iuris auctorum et in alia antiqua prudentia**. El silencio sobre la nueva función asumida, ya antes de Justiniano, por el **constitutum**, al prevalecer la aplicación del **c. debiti alieni**, es un significativo testimonio de que las controversias de C. 4, 18, 2 pertenecen a ambientes que estudian el Derecho más sobre la autoridad del pasado que sobre la realidad del presente.

Recapitulación

De los apartados anteriores podemos deducir que C. 4, 18, 2 no va encuadrada, propiamente, en el desarrollo que el **constitutum debiti** puede haber tenido en la vida efectiva del Derecho de la parte oriental del imperio; propone cuestiones que encuentran su encaje en los últimos desarrollos clásicos, pero que seguían vivos en la época de Justiniano, únicamente, en discusiones en las escuelas jurídicas. En efecto, el que C. 4, 18, 2 pertenezca al grupo de las que Justiniano define (1) **ad commodum propositi operis pertinentes**, nos advierte

(1) C. Cordi, I.

de que nos encontramos frente a una constitución dirigida a enmendar y coartar el **ius antiquum**.

Pero, además, aun reconociendo la validez de estas conclusiones, no podemos dejar de considerar el parágrafo 2 de nuestra constitución. En el mismo encontramos, como es sabido, una referencia explícita a propósito de los banqueros y, en general, de los **negotiatores**, mencionándose el **constitutum** hecho **indefense** en los siguientes términos: **His videlicet, quae argenti distractores, et alii negotiatores, indefense constituerint, in sua firmitate secundum morem usque adhuc obtinentem durantibus.**

Esta disposición abre la puerta a la evolución del derecho bancario helenístico, con posterioridad a la reforma, a través de la legislación introducida por las Novelas. Pero ello es el objeto de estudio en la próxima sección.

III. Evolución del derecho bancario helenístico después de la constitución reformadora

1.- Consideraciones previas

Nos interesa ahora entrar en el estudio del desarrollo histórico, en el mundo helenístico, del negocio bancario.

Para ello partimos de la Novela CXXXVI y del Edicto IX que responden al título **De argentariorum contractibus** (1).

La primera de estas fuentes se refiere a la institución de la ἀντιφώνησις, en concreto, con independencia de otras formas de garantía, mientras que el Edicto IX nos proporciona datos sobre la práctica de una de sus modalidades, la καθαρα ἀντιφώνησις probablemente muy frecuente.

El término ἀντιφώνησις es la sustantivación del verbo ἀντιφωνέω que significa, en general, responder a una formulación previa; en sentido jurídico se utiliza para designar una forma de garantía, es decir, el hecho de responder por otro. Este término, que sólo aparece en las **Novellae** (2) y que no es expresión tradicional en derecho griego (3), ha sido traducido al latín, modernamente, por **constitutum** (4), mientras que el **receptum argentariorum** vendría designado

(1) VAN DER WAL, Manuale Novellarum Iustiniani, 1964, p. 11, ha puesto de manifiesto las dificultades para determinar la fecha de estas disposiciones.

(2) No se encuentra el término en BORTOLUCCI, Index verborum graecorum quae in Institutionibus et Digestis occurrunt, 1906, ni en MAYR, Vocabularium Codicis Iustiniani II, 1925.

(3) No aparece en BEAUCHET, Histoire du Droit Privé de la République Athénienne IV, 1887, p. 565 s.

(4) MITTEIS, Receptum argentarii, ZSS 29, p. 479-480. SCHOLL y KROLL, Corpus Iuris Civilis III, 1954. TAUBENSCHLAG, Geschichte der Rezeption des römischen Privatrechts in Aegypten,

con otros términos griegos.

Ahora bien, la traducción de ἀντιφώνησις por **constitutum** se debe a lo establecido en la constitución reformadora, ya conocida, en la que se habla de la abolición del **receptum** y se dibujan nuevos perfiles para el **constitutum**. Dicha traducción, sin embargo, resulta discutible. En efecto, el **Authenticum** traduce ἀντιφώνησις por **sponsio** sin que ello pueda equivaler al sentido técnico en derecho clásico. Solamente en una ocasión la traduce por **pecuniam constituerit vel sponderit** (1); y en otra por **quae fideiussa** (2).

Por tanto, no se puede dar a la cuestión terminológica una importancia decisiva, pues la lengua griega no posee la exactitud del latín jurídico clásico ni la mentalidad oriental de este tiempo tiene el respeto de los juristas clásicos por las categorías conceptuales. Es preciso atender, fundamentalmente, al contenido jurídico de la institución, partiendo de lo que se nos dice en el texto.

Studi Bonfante I, 1930, p. 431 y The Law of Greco-Roman Egypt in the light of the papyri, 1955, p. 415.

(1) Nov. CXV, 6, p. 548 línea 7.

(2) Nov. CXLVII, 2, p. 720 líneas 27 y 28.

El encabezamiento de esta Novela reza: **Ut reliqua quae debentur praefectis vel largitionibus vel privatis vel sacro patrimonio in omni specie remittantur usque ad praeteritam septimam indictionem et ipsam.**

2.- La καθαρά ἀντιφώνησις concepto y caracteres (principio de abstracción)

Tras estas precisiones, vamos a definir nuestra institución. La ἀντιφώνησις pura, καθαρά, del banquero, consiste en la aceptación por éste de una deuda, actual o futura, de su cliente, obligándose a pagar en un plazo fijado (1).

Estamos ante un negocio jurídico trilateral que requiere la presencia de tres sujetos: el cliente del banquero, es decir, el deudor (2), el acreedor y el banquero que asume el pago en un plazo determinado.

Su perfección se articula en dos momentos: una orden del cliente al banquero seguida de la aceptación, por parte de éste, frente al acreedor.

Objeto del negocio es el pago de la deuda asumida por el banquero, que puede consistir en una obligación actual o futura (3); esta deuda puede referirse a una cantidad de dinero o bien a determinadas cosas (4).

(1) DIAZ-BAUTISTA, Les garanties bancaires dans la législation de Justinien, RIDA 1982, p. 175.

(2) Ed. IX, pr. p. 772 línea 10.

(3) Ed. IX, pr., p. 772 línea 9.

(4) Ed. IX, pr., p. 772 línea 10.

No existe una referencia expresa a la forma, según la cual el banquero debe hacer su promesa al acreedor, aunque se debe pensar en un compromiso redactado por escrito. Ahora bien, por el Edicto IX pr. sabemos que la orden del cliente al banquero es hecha, a veces, por escrito (1), pero en otras ocasiones, por confianza hacia el contratante, sin ningún escrito (2), mientras que en el capítulo I se dispone que la demanda ha de ser escrita (3). En definitiva, hay que pensar que cuando la orden del cliente no constase por escrito existirían serios problemas para los banqueros en lo relativo a la obtención del reembolso.

En virtud de este negocio, el banquero queda obligado a pagar la deuda del cliente. Podemos considerar su promesa como abstracta (4), es decir, independiente de la obligación del deudor principal que es su causa. El acreedor no debe probar la existencia de la obligación principal, ni el banquero puede oponerle excepciones derivadas del negocio subyacente (5), cuando se le exija el cumplimiento de la obligación.

-
- (1) Ed. IX, pr., p. 772 línea 11.
(2) Ed. IX, pr., p. 772 líneas 11 y 12.
(3) Ed. IX, cap. I, p. 773 línea 7.
(4) DIAZ-BAUTISTA, Les garanties, cit., p. 177.
(5) Esta interpretación se basa en lo establecido en pr. p. 772 línea 28 y p. 773 líneas 1 y 2. La abstracción se

Por consiguiente, no estamos ante un garante accesorio, un deudor añadido, como el **fideiussor** romano a quien se transmitían las excepciones del deudor principal (1); estamos, pues, ante un garante independiente como corresponde a la tradición griega (2). Pero esta independencia del banquero es más acusada que la del garante de la tradición griega, porque éste debía pagar si la persona por la que había salido garante no observaba la conducta prevista (3), mientras que el banquero venía obligado a pagar una deuda que incluso podía no ser exigible frente al deudor principal (4).

Lo anterior viene confirmado por el hecho de que el banquero podía ser demandado por el acreedor sin necesidad

confirma por el hecho de que el pago lo efectuaba el banquero sin exigir pruebas del nacimiento de la deuda, Ed. IX, pr., p. 772 línea 17. También porque el deudor principal queda liberado en virtud de la promesa bancaria, Ed. IX, pr., p. 772 línea 16.

(1) I. 4, 14, 4; C. J. 8, 35, 11; D. 44, 1, 7, 1; D. 44, 1, 19; D. 46, 1, 32; D. 2, 14, 21, 5; D. 2, 14, 27, 1-2; D. 17, 1, 29 pr.; D. 34, 3, 5 pr.; D. 46, 3, 95, 12; D. 2, 15, 7, 1; D. 46, 1, 68, 2; D. 46, 1, 15 pr.; D. 46, 1, 46 pr.; C.J. 4, 30, 12; C.J. 4, 30, 15; D. 16, 1, 16, 1; D. 16, 1, 19, 5; D. 14, 6, 7, 1; D. 14, 6, 9, 3; D. 39, 5, 24; D. 44, 1, 8; D. 12, 2, 28, 1.

(2) BEAUCHET, Histoire, cit., p. 462. FREZZA, Le garanzie, cit., p. 33. WOLFF, Griechisches Recht v. Recht en Lexicon der Alten Welt (Artemis), 1965. PARTSCH, Griechisches Bürgerschaftrecht, 1909, p. 29 s. CANTARELLA, La fideiussione reciproca, 1965, p. 48.

(3) En la dogmática actual se podría decir que la obligación del garante está sometida a condición potestativa negativa.

(4) DIAZ-BAUTISTA, Les garanties, cit., p. 178.

de haber ido previamente contra el deudor principal. Esto se opone al **beneficium excussionis** de la Novela IV. Pero la garantía bancaria estaba expresamente excluida de esta norma. En efecto, se puede dudar del sentido de lo que establece la Novela IV (1), porque puede significar que las garantías bancarias vendrán sujetas al nuevo orden (2) o permanecerán sujetas al orden existente (3); pero no; la Novela CXXXVI establece, de forma inequívoca, que el colegio de los banqueros venía excluido de la Novela IV (4). Esto da lugar a la protesta de los banqueros cuya contestación viene establecida por la Novela CXXXVI, con la que los mismos son admitidos a pactar la renuncia al beneficio de excusión (5), cuando hayan dado dinero en concepto de mutuo y hayan recibido garantes del mutuuario. Pero cuando el garante es un banquero el acreedor se dirige, en primer lugar, a él, en virtud de su solvencia y del carácter abstracto de su promesa.

Y aún hay más; en el Edicto IX, en el prefacio, se nos dice que los deudores por el hecho de asegurar su

(1) Novela IV, 3, 1.

(2) El **Authenticum** traduce **in ordine moderno mansuris**.

(3) SCHOLL y KROLL traducen de manera ambigua **in eo qui nunc est ordine mansuris**.

(4) Novela CXXXVI, pr.

(5) Novela CXXXVI, 1, p. 691 línea 21.

deuda reciben los documentos y recibos (1), es decir, al menos en la práctica, los acreedores liberan a los deudores principales desde el momento en que el banquero asume el pago. Estamos ante una promesa abstracta que, procedente de alguien tan solvente como el banquero, equivale para los acreedores a un pago diferido (2).

3.- Carácter abstracto del reembolso a favor del banquero

El problema para los banqueros se centra en la obtención del reembolso con respecto al deudor principal, pues si la obligación asumida por el primero no llega a nacer debe, pese a todo, pagar, no pudiendo oponer ni la **querella** ni la **exceptio non numeratae pecuniae** ni ninguna otra excepción (3). Y el cliente deudor puede rechazar la reclamación del banquero alegando la inexistencia de la deuda (4).

(1) Ed. IX, pr., p. 772 línea 16.

(2) DIAZ-BAUTISTA, Les garanties, cit., p. 179.

(3) El banquero no es un verdadero **fideiussor**, por lo que no puede oponer las excepciones correspondientes al deudor.

(4) Son muy problemáticas en este caso la **condictio indebiti** y la cesión de acciones del acreedor al banquero. DIAZ-BAUTISTA, Ob. cit., p. 181-182.

A resolver las dificultades que se plantean por esta razón viene el capítulo I del Edicto IX que establece un doble sistema. En efecto, del texto en cuestión se deduce lo siguiente:

1.- Si la orden del cliente al banquero ha sido formulada por escrito, dicho cliente viene obligado, sin más, al reembolso con arreglo a lo establecido en el documento (1).

2.- Pero si aquélla no ha sido formulada por escrito es preciso recurrir a los medios generales de prueba establecidos (2), para constatar que la garantía ha surgido por voluntad del deudor (3); en este sentido se requiere el transcurso de un plazo preestablecido en la ley, durante el cual el deudor no haya expresado ninguna queja al respecto (4).

En suma, en el supuesto de orden del cliente al banquero por escrito, el reembolso sería abstracto al igual que lo era la promesa del banquero, y en el supuesto de no

(1) Ed. IX, 1, p. 773 línea 15.

(2) Ed. IX, 1, p. 773 línea 16.

(3) Ed. IX, 1, p. 773 líneas 12 y 13.

(4) Ed. IX, 1, p. 773 líneas 10 y 11. Ello tendría lugar mediante la interposición de la **querella non numeratae pecuniae** del cliente frente al banquero.

haber sido fijada por escrito el reembolso sólo es abstracto desde el momento en que el banquero haya probado el encargo del deudor, con arreglo a los requisitos que ya hemos mencionado (1).

4.- Retribución a favor del banquero

Finalmente, el deudor principal, como se desprende del capítulo II del Edicto IX, venía también obligado a pagar al banquero la retribución prevista. Para la prueba de este pacto se podría recurrir a los documentos o a los testigos. Aunque el texto no llega a establecer una presunción *iuris tantum* de onerosidad, subraya al menos el carácter inhabitual de la gratuidad (2).

(1) DIAZ-BAUTISTA, Les garanties, cit., p. 184. El banquero mediante su promesa da seguridad al acreedor de que la deuda va a ser pagada, con lo que cumple una importante función en el comercio; pero a la vez el banquero cuenta, desde el primer momento, con la posibilidad de obtener el reembolso frente al deudor principal.

(2) Ed. IX, 2, p. 773 líneas 20 y 21. VAN DER WAL, Manuale Novellarum Iustiniani, cit., p. 105 n. 3, cree que se trata probablemente de una interpretación errónea de la regla *mandata gratuita esse debent*. En efecto, la gratuidad del mandato viene afirmada en Gayo 3, 162; D. 17, 1, 1, 4; D. 17, 1, 36, 1 y en Inst. 3, 26, (27), 13; pero no se trata de una regla absoluta. En este sentido ARANGIO-RUIZ, Il mandato in Diritto romano, 1963, p. 114 s. WATSON, Contract of mandate



IV. Promesa bancaria helenística y **receptum argentario-** **riorum**

Dedicamos la presente sección a un análisis comparativo de la promesa bancaria helenística y del **receptum argentario-**
rum. En general, entendemos que, aunque entre ellos existan puntos de contacto (1), no podemos dejar de considerar que estas instituciones pertenecen a dos ordenamientos jurídicos distintos: la una se encuadra en la tradición jurídica oriental, la otra en los esquemas del Derecho romano dentro del que cumple una función específica.

Al final, acabará prevaleciendo la práctica oriental, lo que determinará la desaparición del antiguo negocio romano del Digesto. Todo ello tiene lugar en el marco de un proceso de evolución del derecho bancario bizantino, llegándose en

in Roman Law, 1961, p. 102 s., acoge la opinión de ARANGIO-RUIZ en sus líneas generales.

En nuestro caso, el texto emplea, para referirse a la retribución, un término con el sentido más de remuneración honorífica que de verdadero precio y la orden del cliente al banquero viene indicada con el término correspondiente a mandato. Por ello ha de pensarse que el reembolso se ejercita mediante la **actio mandati** y no la **actio locati**.

(1) DIAZ-BAUTISTA, Les garanties, cit., p. 185, para quien la función cumplida por la garantía helenística es la misma que la del **receptum** romano.

el Edicto IX a tipificar como abstracta la obligación de reembolso, con lo que se da acogida de este modo a las peticiones formuladas por el colegio de los banqueros.

Ahora bien, esta evolución del derecho bancario bizantino recogida en las Novelas consistiría, fundamentalmente, en elevar a rango de ley lo que hasta entonces era costumbre practicada en el tráfico bancario oriental (1).

El análisis comparativo de ambas instituciones lo concretamos en los siguientes aspectos:

1.- La fijación de un plazo es en la garantía helenística elemento esencial (2), mientras que en el **receptum** no tendría probablemente este carácter.

2.- La garantía helenística requiere para su perfección la voluntad del cliente, voluntad que hay que probar para obtener el reembolso. En cambio en el **receptum argentariorum** la obligación puede llegar a nacer sin, o incluso contra, la voluntad del deudor (3). Por tanto, en derecho bizantino el reembolso se obtiene siempre por la vía de la **actio mandati**

(1) C. 4, 18, 2, ... **secundum morem usque adhuc obtinentem durantibus.**

(2) Ed. IX, pr., p. 772 líneas 12-14; p. 773 líneas 1-2; Ed. IX, 1, p. 773 línea 9.

(3) D. 13, 5, 27.

contraria y no por la vía de la **actio negotiorum gestorum contraria** como parece que resulta posible en el **receptum**.

3.- En la garantía helenística el acreedor da al deudor los recibos de la deuda en el momento en que el banquero hace su promesa, lo que parece indicar una novación con cambio de deudor. Para referirse a la aceptación de la deuda por el banquero, el verbo que emplea el texto aparece en otros pasajes de la compilación con el sentido de subrogarse (1). De todos modos, resulta difícil determinar el concreto alcance jurídico de esta disposición. En cambio parece que la liberación del deudor por la aceptación de la deuda no existe en el **receptum argentariorum**, en el que el deudor permanece obligado frente al acreedor después de la promesa del banquero (2). En definitiva, no hay que olvidar la degeneración que sufren las categorías conceptuales en la época de la compilación y, en concreto, la asimilación de **constitutum** y **stipulatio** (3), pues si la promesa del banquero llega a valer como la estipulación, el efecto novatorio puede obtenerse mediante el **animus novandi**, manifestado de modo expreso (4).

(1) C. 1, 3, 41, (42), 1.

(2) D. 13, 5, 28.

(3) ASTUTI, Il costituto, cit., p. 313 s.

(4) C. 8, 41, 8; Inst. 3, 29, 3.

4.- Desde el punto de vista formal, la importancia decisiva que, como hemos visto, cobra la escritura en la garantía helenística es desconocida en el **receptum** romano.

5.- El principio de abstracción, característico de la obligación asumida por el banquero oriental, tampoco es equiparable con el de la figura latina. Como sabemos, la promesa bancaria romana sólo es abstracta excepcionalmente en virtud de una aceptación expresa de responsabilidad (1).

6.- Como contrapartida de lo anterior, sabemos que el banquero oriental tiene a su favor una acción de reembolso ejercitable con arreglo a los principios de la abstracción. Esto tampoco es aplicable a la caución bancaria romana.

(1) LENEL, Beiträge, cit., p. 65-66, considera posible que en derecho clásico el banquero haya podido configurar su promesa como causal, refiriéndose en la misma a la deuda del cliente.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CONCLUSIONES



Para finalizar, nos proponemos realizar una síntesis puntual que resulte comprensiva de aquellas ideas-clave al rededor de las que giran los diferentes elementos del razonamiento en su conjunto.

En efecto, el estudio de los escritos de los juristas, sobre la base que suministran los datos obtenidos de los textos llamados extrajurídicos, y la valoración de las coordenadas históricas en que se inserta nuestra institución, con arreglo al método de la interdisciplinariedad, han dado lugar al desarrollo de los anteriores apartados y, en último término, a mantener las siguientes afirmaciones referidas al tema de la promesa bancaria y del **receptum argentariorum**.

1.- El punto de partida, precisamente, es el análisis de las fuentes literarias y del lenguaje jurisprudencial, lo que nos permite llegar a una consideración conjunta de los **recepta** que responden a la idea de asumir una responsabilidad estricta. En este sentido, una valoración de los diferentes elementos de que disponemos nos lleva a la convicción de que la hipótesis basada en la interacción de las instituciones jurídicas y las coordenadas histórico-económicas es la que resulta más adecuada.

2.- De tal modo que en los **recepta** se cumple el

que denominamos principio de dualidad. Así es; al lado de una relación jurídica fundamental (contrato de transporte, compromiso, promesa estipulatoria) se nos presenta la rúbrica edictal **De receptis**, cuyo alcance jurídico concreto es el de flexibilizar la que hemos denominado relación jurídica fundamental, adaptándola para cubrir las nuevas necesidades planteadas.

3.- Consecuencia de lo anterior es que ni el naviero va a responder ilimitadamente en virtud del contrato de transporte, ni el árbitro se ve obligado a emitir su laudo en virtud del compromiso, ni el banquero va a adquirir una responsabilidad abstracta en virtud de la promesa de pago de una deuda del cliente.

4.- Esto ocurre así porque el pretor transforma una responsabilidad que podemos denominar legal en una responsabilidad consensual o pactada. Este es, a nuestro juicio, el verdadero sentido de la cláusula edictal recepticia en el derecho clásico; por lo que consideramos difícilmente sostenible la doctrina contraria.

5.- La naturaleza jurídica de los **recepta** no se explica bien acudiendo al concepto de contrato ni al de pacto. Por el contrario, estamos ante una cláusula pretoria que otorga fundamento consensual a los más altos grados de responsabilidad contractual en casos concretos, exigiéndose a partir

de ahora que sean expresamente asumidos por el sujeto. La finalidad de esta cláusula pretoria no es la de tipificar un esquema negocial al que las partes puedan acogerse; lo que se persigue realmente es algo distinto, esto es, limar el rigorismo de los negocios civiles en aquellas esferas que más repercusión tienen en el desarrollo económico.

6.- El mecanismo es típico del derecho pretorio: sin enfrentarse directamente con el derecho civil, introduce matizaciones que, en la práctica, son adecuadas para satisfacer las exigencias del comercio.

7.- Refiriéndonos ya en concreto al **receptum argentariorum**, los textos del Digesto interpolados nos permiten confirmar y desarrollar las ideas generales que se acaban de exponer en los apartados precedentes. Por un lado, nos encontramos con la cláusula edictal relativa a la aceptación expresa de responsabilidad a cargo del banquero; pero por otro, los citados textos nos dan pie para considerar, como muy probable, la existencia de un contrato básico que podemos denominar promesa bancaria de pago.

8.- La doctrina que no admite esta distinción y considera únicamente al **receptum argentariorum** como un acuerdo por el que el banquero se compromete al pago, en todo caso, de una deuda del cliente olvida un dato fundamental, y es que por D. 13, 5, 12 conocemos la posibilidad de una promesa

bancaria íntimamente relacionada con la obligación principal a la que garantiza.

9.- De tal manera que la obligación abstracta del banquero no va a encontrar su fundamento en la simple promesa de pago, sino en una concreta declaración de voluntad dirigida en este sentido.

10.- Ello nos permite definir la garantía bancaria como una promesa verbal hecha al acreedor por parte del banquero, para el pago de la obligación de un tercero. Se trataría de un negocio jurídico bilateral y formal, encuadrable dentro del ámbito de la garantía personal de las obligaciones, con arreglo al principio de accesoriedad.

11.- Las consecuencias son las siguientes:

a- La exigibilidad de la obligación bancaria depende de la deuda del tercero. Pero no depende del mandato de este tercero deudor ni de la provisión de fondos en poder del banquero.

b- No hay efecto novatorio, por lo que la obligación del tercero coexiste con la del banquero.

c- Banquero y tercero quedan obligados **in solidum** frente al acreedor.

d- Lo más probable es que la obligación bancaria sea transmisible a los herederos y la acción no tenga un estricto plazo de caducidad.

e- Desde el punto de vista objetivo, este negocio parece también aplicable con respecto a deudas no dinerarias.

f- El banquero que paga puede ejercitar el regreso frente al deudor mediante la **actio mandati**, si este negocio forma parte de la relación interna existente entre ellos. En otro caso, puede recurrir al principio de cesión de acciones, con carácter general.

g- A la hora de determinar la acción que procede frente al banquero y a favor del acreedor, se presentan las mayores dificultades. Ahora bien, si queremos mantener la coherencia con las premisas, se ha de defender como más probable que se trate de una acción estipulatoria incierta, con las adecuadas correcciones en la fórmula a los efectos de hacer constar que el litigio versa sobre una cosa ya debida y que afianzó el demandado.

12.- Aunque el régimen jurídico recogido en el número anterior es el ordinario, también es posible añadir a esta promesa bancaria un nuevo elemento consistente en una asunción de estricta responsabilidad **ex recepto**; con lo cual la obligación bancaria viene a ser calificada con el adjetivo de abstracta.

13.- Los autores que entienden que el banquero responde siempre con independencia de la existencia de un débito principal se basan en D. 13, 5, 27; sin embargo, aquí

no se dice eso; lo que ciertamente se hace es establecer una consecuencia de la estructura verbal-formal de la promesa bancaria estipulatoria, es decir, que ésta va a ser válida con independencia del mandato del deudor, principio que igualmente es válido para la **fideiussio**.

14.- De que en derecho clásico la garantía bancaria no da lugar, con carácter general, a obligaciones autónomas es una buena prueba la existencia de la misma excepción labeoniana, de la que tenemos noticias en el fragmento recogido en el punto anterior.

15.- Las palabras de Justiniano recogidas en C. 4, 18, 2 no pueden ser interpretadas, como se ha pretendido, en el sentido de que el banquero ha de pagar aunque no exista el débito principal; por el contrario, pensamos que lo ahí establecido es que la obligación bancaria puede llegar a ser abstracta y no que haya de serlo así en todo caso.

16.- La polémica relativa a si el **receptum argentariorum** pertenece al derecho civil o al derecho pretorio sólo puede resolverse acudiendo al planteamiento dual que aquí mantenemos: es cierto que el negocio base es civil, pero también ha de considerarse que el pretor interviene valorando la declaración de voluntad de las partes y por consiguiente matizando, en la práctica, la eficacia jurídica de este contrato base.



17.- Por lo que se refiere a la necesidad práctica a la que nuestro negocio pretende dar cobertura, entendemos que se trata de facilitar la venta realizada entre sujetos que operan en distintas ciudades, en la que el vendedor necesita como garantía de cobro la intervención de la solvencia bancaria.

18.- Esta misma finalidad práctica, en el derecho justinianeo, es satisfecha con otro negocio perteneciente a la tradición jurídica helenística, lo que determina la abolición de nuestro instituto.

19.- Pero, desde el punto de vista dogmático, esta nueva figura bancaria se va a considerar bajo la disciplina de un **constitutum debiti** reformado hasta situarse en paralelo con el concepto de **stipulatio**.

20.- En suma, se trata de una amplia remodelación de la sistemática jurídica de las instituciones, en un intento de armonizar los negocios romanos con los pertenecientes al derecho helenístico, lo que va a dar lugar a no pocas dificultades a la hora de estudiar el derecho clásico romano.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

INDICE BIBLIOGRAFICO



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ACCARIAS

Précis de Droit romain, Paris, 1882.

ALBANESE

D. 13, 6, 19 y D. 19, 2, 41 nel quadro dei problemi della custodia. Studi Grosso, Turín, 1968.

ALBERTARIO

Dispute romanistiche in materia di solidarietà contrattuale. Studi Besta I, Milán, 1937-1939.

I contratti a favore di terzi. Festschrift Koschaker I, Weimar, 1939.

Corso di Diritto romano. Le obbligazioni solidali, Milán, 1948.

ALONSO PEREZ

El riesgo en el contrato de compraventa, Madrid,
1972.

ALVAREZ-SUAREZ

El negocio jurídico en Derecho romano, Madrid,
1943.

Curso de Derecho romano 1. Introducción. Cuestiones
preliminares. Derecho procesal civil romano, Madrid, 1955.

Instituciones de Derecho romano. 1 Introducción
histórica. Conceptos fundamentales. Hechos y negocios jurídi-
cos; 2 Derecho procesal civil; 3 Personas físicas y colectivas
en el Derecho romano, Madrid, 1973-1977.

AMBROSSINO

Ius singulare, Milán, 1940.

ANDREAU

Banque grecque et banque romaine dans le théâtre
de Plaute et de Térence. Mel. d'Arch. et d'Hist. 80, 1968.

Financiers de l'aristocratie à la fin de la Republi-
que, Estrasburgo, 1978.

APPLETON

Les lois romaines sur le cautionnement, ZSS 26,
1905.

ARANGIO-RUIZ

Studi sulla dottrina romana del sequestro. 1 Sequestro
volontario e sequestro giudiziale; 2 Sequestro e deposito,

AG 76, 1906; AG 78, 1907.

Le genti e la città, Messina, 1914.

Responsabilità contrattuale in Diritto romano,

Nápoles, 1933.

La società in Diritto romano, Nápoles, 1950.

Le tavolette cerate ercolanesi e il contratto letterale, Studi Redenti I, Milán, 1951.

Istituzioni di Diritto romano, Nápoles 1960.

Il mandato in Diritto romano, Nápoles, 1963.

Le tavolette cerate di Ercolano e i nomina arcaria,

Melanges Tisserant I, Ciudad del Vaticano, 1964.

ARCHI

Sul concetto di obbligazione solidale, Conferenze Romanistiche Pavia, Milán, 1940.

La funzione del rapporto obbligatorio solidale, SDHI 8, 1942.

Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano, Scritti Ferrini, Milán, 1946.

Contributi alla critica del Corpus Iuris, BIDR 65, 1962.

ARIAS RAMOS

El transporte marítimo en el mundo romano, Valladolid, 1948.



ARNDTS

Trattato delle Pandette, (Trad. italiana 3 v.,
SERAFINI, Bologna, 1877).

ASCOLI

Le obbligazioni solidali, SDHI 11, 1890.

Sulle obbligazioni solidali, BIDR 4, 1891.

ASTUTI

Studi preliminari intorno alla promessa di pagamento.

1 Il costituito di debito, Annali Camerino 11, 1938.

Studi intorno alla promessa di pagamento. 2 Il
costituito di debito, Catania, 1941.

BARON

Diligentia exactissima, diligentissimus paterfamilias
oder die Haftung f. Custodia, Arch. für Civ. praxis 52, 1869.

BEAUCHET

Histoire du Droit privé de la république athénienne
4, Paris, 1897.

BEKKER

Recipere und permutare bei Cicero, ZSS 3, 1882.

BERETTA

Sulle formule da stipulazione fideiussoria e novativa,
Scritti Ferrini I, Milán, 1947.

BETTI

Diritto romano 1, Padua, 1935.

Istituzioni di Diritto romano. 1 Parte generale.

Diritti reali, Padua, 1942.

Periculum: problemi del rischio contrattuale in

Diritto romano classico e giustiniano, IUS 5, 1954.

Imputabilità dell'inadempimento nella obbligazione romana, Roma, 1958.

Obbligazioni, Padua, 1962.

V. Causa en NNDI.

BINDER

Die Correalobligation im röm. Recht 1, Berlin, 1918; 2 Berlin, 1922.

BINDING

Culpa lata und culpa levis, ZSS 39, 1918.

BIONDI

Iudicia bonae fidei 1, Palermo, 1920.

La compensazione nel Diritto romano, Annali Palermo 12, 1929.

Contratto e stipulatio, Milán, 1953.

Sponsio e stipulatio, BIDR 65, 1962.

Istituzioni di Diritto romano, Milán, 1965.

BISCARDI

La struttura classica del foenus nauticum, Studi Albertoni I, Padua, 1935.

Actio pecuniae traiecticiae, Studi Senesi 60, 1947.

Diritto greco antico, Florencia, 1982.

BOGAERT

Banquiers, courtiers et prêts maritimes à Athènes et à Alexandrie, Chronique d'Égypte. Bulletin périodique de la Fondation égyptologique Reine Elizabeth 40, 1965.

Les origines antiques de la banque de dépôt, Leiden, 1966.

Banques et banquiers dans les cités grecques, Leiden, 1968.

Changeurs et banquiers chez les peres de l'Église, Ancient Society 4, 1973.

Ursprung und entwicklung der Depositbank im Altertum und Mittelalter, Mannheim, 1980.

BONFANTE

Solidarietà o mutua fideiussione. Il concetto unitario della solidarietà, Scritti III, Turín, 1921.

Sulla genesi e l'evoluzione del contractus. Il contratto e la causa del contratto. Sui contractus e sui patti, Scritti III, Turín, 1926.

I contratti a favore di terzi, Pavia, 1933.

Storia del Diritto romano 2 v., Roma, 1934.

Istituzioni di Diritto romano, Turín, 1957.

Corso di Diritto romano. 4 Le obbligazioni, Milán, 1979.



BONIFACIO

Ricerche sul deposito irregolare in Diritto romano,

BIDR 49-50, 1948.

La novazione nel Diritto romano, Nápoles, 1950.

Appunti sulla natura della litis contestatio nel processo formulare, Studi in memoria de E. Albertario I, 1953.

V. Arbitro e Arbitratore en NNDI.

V. Compromesso en NNDI.

BORTOLUCCI

La fideiussione nell'Egitto grecoromano, BIDR 17,

1905.

Index verborum graecorum quae in Institutionibus et Digestis occurrunt, AG 5, 1906.

BRANCA

Intorno alle fonti della solidarietà contrattuale,

Atti Verona III, Milán, 1951-53.

Unum debitum e plures obligationes, Studi de Francisci III, Milán, 1956.

BRASIELLO

Satisfactio. Preliminari e Diritto classico, Studi Senesi 52, 1938.

Lineamenti di storia del Diritto romano, Roma, 1972.

BRECHT

Zur Haftung der Schiffer im antiken Recht, Munich,
1962.

BROGGINI

Iudex Arbiterve. Prolegomena zum "officium" des
römischen Privatrichters, Colonia-Graz, 1957.

Introduction au sequester, Melanges Meylan I (= *Coniectanea*, Milán, 1966).

BRUNS

Das constitutum debiti, Zeitsch. für Rechtsgeschichte
1, 1861 (Kleinere Schriften, 1882).

BUCKLAND

Les limits de l'obligation du fideiussor, RH 7,
1928.

Diligens paterfamilias, Studi Bonfante II, Milán,
1930.

Principal and fideiussor. Consumptio litis, Juridical
Review 4, 1941.

BURDESE

Manuale di Diritto privato romano, Turín, 1964.

V. Patto en NNDI.

CAMACHO

Sobre la bona fides en el Derecho romano de obligacio-
nes, Granada, 1962.

CANNATA

Su alcuni problemi relativi alla locatio horrei
nel Diritto romano classico, SDHI 30, 1964.

Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel
Diritto romano 1, Milán, 1966.

CANTARELLA

La fideiussione reciproca. Contributo allo studio
delle obbligazioni solidali, Milán, 1965.

CARCATERRA

Intorno ai iudicia bonae fidei, Nápoles, 1964.

CARRELLI

In tema di responsabilità per custodia in riguardo
ad alcuni studi recenti, Rass. bibliografica 1931.

Legittimazione attiva nell'actio legis Aquiliae,
RISG 9, 1934.

Responsabilità ex recepto e legittimazione ad agire
di danno, Riv. dir. navig. 4, 1938.

CASTRESANA

El préstamo marítimo griego y la pecunia traiectica
romana, Salamanca, 1982.

COLLINET

Le rôle primitif de la stipulation, Melanges Gerardin,
París, 1907.

Etudes historiques sur le Droit de Justinien 1,
París, 1912.

La garanzia solidale in Diritto romano, Memorie
Acc. scienze e lettere di Bologna, 1930-31.

La nature des actions, des interdicts et des excep-
tions dans l'oeuvre de Justinien, Paris, 1947.

CONDANARI-MICHLER

V. Pactum en PW.

CORNIL

Explication historique de la règle alteri stipulari
nemo potest, Studi Riccobono IV, Palermo, 1936.

CORRADI

Le grandi conquiste mediterranee, Florencia, 1945.

COSTA

Il Diritto privato romano nelle commedie di Plauto,
Turin, 1890.

Il Diritto privato romano nelle commedie di Terenzio,
Bologna, 1893.

Storia del Diritto privato romano, Turin, 1911.

CUGIA

La nozione della cessione dell'obbligazione e dell'
azione, Milán, 1939.

CUQ

Manuel des institutions juridiques des Romains,
Paris, 1928.

Les institutions juridiques des Romains 2 v., Paris,
1940.



DAZA

El concepto de *periculum* en el ámbito de la responsabilidad contractual en Roma, Madrid, 1977.

Iniciación histórica al Derecho romano, Alicante, 1987.

DE DOMINICIS

La clausola *salvum fore recipere*, Studi vari di storia del Diritto romano, Padua, 1950.

DE FRANCISCI

Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle Pandette, BIDR, 1910.

DE MARTINO

Sul *foenus nauticum*, Riv. dir. navig. 1, 1935.

Ancora sul *foenus nauticum*, Riv. dir. navig. 2, 1936.

Studi sulla garanzie personali, Nápoles, 1937-38.

Lex Rhodia, Riv. dir. navig., 1937-38.

L'origine delle garanzie personali e il concetto di obbligazione, SDHI 6, 1940.

Sull'*actio pecuniae traiecticiae*, Riv. dir. navig. 15, 1947-49.

V. *Foenus nauticum* en NNDI.

Storia economica di Roma antica (Trad. esp. Madrid, 1985).



DE MEDIO

Caso fortuito e forza maggiore in Diritto romano,
BIDR 20, 1908.

DERNBURG

Pandekten 4 v., Berlin, 1910-12. (Trad. italiana
CICALA, Turín, 1903-1907).

DE ROBERTIS

Receptum nautarum, Annali Bari, 1953.

Lex Rhodia. Critica e anticritica su D. 14, 2,
9. Studi in onore di Arangio-Ruiz III, Nápoles, 1953.

La responsabilità dell'armatore in Diritto romano
e i limiti di validità del principio limitativo, Riv. dir.
navig. 19, 1953.

Spunti di responsabilità obbiettiva nel diritto
postclassico, Studi De Francisci IV, 1955.

Ancora sul receptum nautarum, Riv. dir. navig.
23, 1957.

Exactissima diligentia, SDHI, 1957.

La disciplina della responsabilità contrattuale
nel sistema della compilazione giustiniana 1, 2, Bari, 1962-
64.

I problemi della responsabilità contrattuale nelle
Istituzioni di Gaio e le lacune del manoscritto veronese,
Studi Biondi I, Milán, 1965.

D. 19, 2, 31 e il regime dei trasporti marittimi nell'ultima età repubblicana, SDHI 31, 1965.

DE RUGGIERO

Dizionario Epigrafico, Roma, 1894.

Satisfatio e pignus nelle azioni pretorie, St. Fadda II, 1906.

La classificazione dei contratti e l'obbligazione letterale nel diritto classico e nel diritto giustiniano, Studi Perozzi, Palermo, 1925.

DE SARLO

Il documento oggetto di rapporti privati, Florencia, 1935.

DE VISSCHER

D'une clause de style grécoegyptienne à la stipulation écrite, BIDR 63, 1960.

DIAZ-BAUTISTA

Notas sobre el aseguramiento de obligaciones en la legislación justiniana, AHDE, 1980.

Les garanties bancaires dans la législation de Justinien, RIDA, 1982.

Estudios sobre la banca bizantina. Negocios bancarios en la legislación de Justiniano, Murcia, 1987.

DIETZ

Les argentarii en Droit romain, Paris, 1869.



DI MARZO

Istituzioni di Diritto romano, Milán, 1968.

DONADIO

V. Contratto a favore di terzi en NNDI.

DOPSCH

Economia monetaria ed economia naturale, Florencia,
1948.

D`ORS

Observaciones sobre el edictum de rebus creditis,
SDHI 19, 1953.

Creditum y contractus, AHDE 26, 1956.

Condictio ex stipulatione, SDHI 26, 1960.

Creditum, AHDE 33, 1963.

Derecho privado romano, Pamplona, 1981.

Iudex qui litem suam fecit, SDHI, 1982.

ERNOUT-MEILLET

Dictionnaire étymologique de la langue latine,
París, 1959.

FADDA

Istituti commerciali del Diritto romano, Nápoles,
1919.

FEENSTRA

Deux textes des Gaius sur la responsabilité contrac-
tuelle: D. 19, 2, 40 et D. 4, 9, 5, Melanges Levy Brühl,
París, 1959.

Le caractère accessoire des différents types de cautionnement **verbis** en Droit romain classique, Etudes Macqueron, Aix-en-Provence, 1970.

FERRINI

Storia delle fonti e della giurisprudenza romana, Milán, 1885.

Sulla teoria generale dei **pacta**, Opere III, Milán, 1929.

FRANK

Storia economica di Roma, Florencia, 1924.

FREZZA

Osservazioni sulla **legis actio per iudicis arbitrive postulationem**, SDHI 9, 1943.

Questioni esegetiche e sistematiche in materia di **constitutum debiti**, Studi Funaioli, 1961.

Le garanzie delle obbligazioni. 1 Le garanzie personali, Padua, 1962.

Corso di storia del Diritto romano, Roma, 1974.

V. **Receptum** en NNDI.

FUENTESECA

Sobre la Novela 99 de Justiniano y la supuesta **fideiussio mutua**, AHDE 20, 1950.

Derecho privado romano, Madrid, 1978.

GARCIA GARRIDO

La sociedad de los banqueros, Studi Biscardi III,

1982.

GAUDEMET

Institutions de l'Antiquité, París, 1972.

Le Droit privé romain, París, 1974.

GIANGRIECO PESSI

Argentarii e trapeziti nel teatro di Plauto, AG,

1981.

GIRARD

Manuel élémentaire de Droit romain, París, 1929.

GLÜCK

Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld,

1-28, 1790-1830; MÜHLENBRUCH, ARNDTS, etc., 29-44, Erlangen
1832-1896.

GOLDSCHMIDT

Das receptum nautarum, cauponum, stabulariorum,

Zeit. f. ges. Handelsrecht III, 1860.

GRADENWITZ, KUEBLER, SCHULZE

Vocabularium Iurisprudentiae Romanae, Berlin, 1894

ss.

GROSSO

L'efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia.

Patti e contratti, Memoria Torino 11, 1928.

Problemi generali del Diritto ..., Turín, 1948.

Il sistema romano dei contratti, Turín, 1963.

Schemi giuridici e società nella storia del Diritto privato romano, Turín, 1970.

Reflexioni sul ius civile, ius gentium, ius honorarium nella diallettica fra tecnicismo-tradizionalismo giuridico ..., St. Donatuti I, Milán, 1973.

GUARINO

Note preliminari sul ius singulare, Nápoles, 1939.

In tema di pretoriae stipulationes, SDHI 8, 1942.

Diritto privato romano, Nápoles, 1981.

GUIZZI

Intorno alla nozione romana del sequestro, Mnemeion Solazzi, Nápoles, 1964.

V. Constitutum debiti en NNDI.

HABEL

V. Argentarii en PW.

HASSE

Die Culpa des römischen Recht, Bonn, 1838.

HAYMANN

Haftung für unmittelbaren und mittelbaren Schaden beim Kauf, Studi Bonfante II, 1930.

HUBERT

V. Argentarii en Daremberg-Saglio.



HUVELIN

Travaux récents sur l'histoire de la lettre de change, Annales de Droit commercial, 1901.

Etudes de Droit commercial romain, París, 1929.

IGLESIAS

Derecho romano, Barcelona, 1972.

IHERING

Geist des römischen Rechts, Leipzig, (Trad. española, 4 v., Madrid, 1891).

JÖRS-KUNKEL

Römisches Privatrecht, Berlin, 1935 (Trad. esp. Prieto Castro, Barcelona, 1937).

KAPPEYNE VAN DE COPPELLO

Abhandlungen zum römischen Staats-und Privatrecht, Stuttgart, 1885.

KARLOWA

Römische Rechtsgeschichte, 2 v., Leipzig, 1885, 1901.

KASER

Periculum locatoris, ZSS 74, 1957.

Mutuum und stipulatio, Eranion Maridakis 1, 1963.

Das römische Zivilprozessrecht, Munich, 1966.

Das römisches Privatrecht, 2 v., Munich, 1971 y 1975.

Zum ius honorarium, Estudios Alvarez Suarez, 1978.

KLINGMÜLLER

V. Receptum en PW.

KRUCKMANN

Custodia, ZSS 64, 1944.

KUNKEL

Diligentia, ZSS 45, 1925.

Exegetische Studien Zur aquilischen Haftung, ZSS
49, 1929.

V. Syngrapha en PW.

LA PIRA

Compromissum et litis contestatio formulare, Studi
Riccobono II, 1936.

LENEL

Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare,
ZSS 2, 1881.

Palingenesia Iuris Civilis, 2 v., Leipzig, 1889.

Das Edictum Perpetuum, Leipzig, 1927.

LEVY

Sponsio, fidepromissio, fideiussio, Berlin, 1907.

Principal and Surety in classical roman law, BIDR
14-15, 1951.

Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht,
Weimar, 1956.

LEVY-BRUHL

La lettre de change à Rome, RHD, 1929.

Le très ancien procès romain, SDHI, 1952.

LOMBARDI

Dalla fides alla bona fides, Milán, 1961.

LONGO

Appunti sul deposito irregolare, BIDR 18, 1906.

Contributo allo studio della formazione delle Pandette,
BIDR, 1907.

Diritto delle obbligazioni, 2 v., Roma, 1954.

Osservazioni critiche sulla disciplina giustiniana
della locatio conductio, Studi Biondi II, Milán, 1965.

V. Mandato en NNDI.

LUSIGNANI

La responsabilità per custodia secondo il Diritto
romano, 1 Módena, 1902; 2 Parma, 1903; 3 Parma, 1905.

LUZZATTO

La responsabilità per custodia, Milán, 1938.

Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale,
BIDR 63, 1960.

La storia delle legis actiones, Labeo 7, 1961.

MAGDELAIN

Le consensualisme dans l'Edit du Préteur, Paris,
1958.



MANENTI

91. Teoria generale dei pacta, Studi Senesi 7-8, 1890-

MAYER-MALY

Locatio conductio, Viena, 1956.

MESSINA VITRANO

La litterarum obligatio nel diritto giustiniano,
AG 80, 1908.

METRO

L'obbligazione di custodire nel Diritto romano,
Milán, 1966.

Custodiam praestare, Labeo 13, 1967.

MIQUEL

Periculum locatoris, ZSS 81, 1964.

MITTEIS

Trapezitika, ZSS 19, 1898.

Receptum argentarii, ZSS 29, 1908.

Grundzüge u. Chrestomathie der Papyruskunde, Berlin,
1912.

MITTEIS, LEVY, RABEL, etc.

Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis
inesse dicuntur, 3 v., Weimar, 1929-35.

MONIER

Manuel élémentaire de Droit romain, Paris, 1 1947;
2 1954.

Vocabulaire de Droit romain, París, 1949.

Quelques remarques à propos de la dation en paiement en Droit romain, Festschrift Lewald, Basilea, 1953.

MONIER, CARDASCIA, IMBERT

Histoire des institutions et des faits sociaux des origines à l'aube du Moyen Age, París, 1955.

MOZZILLO

Contributo allo studio delle stipulationes praetoriae, Nápoles, 1960.

NARDI

Istituzioni di Diritto romano, A - Testi 1, 1973; B - Testi 2, 1975; C - Guida ai testi, 1975, Milán.

ORESTANO

Ius singulare e privilegium ..., Annali Macerata 11, 1937.

PACCHIONI

Agravamento ed attenuamento convenzionale in tema di responsabilità contrattuale, Riv. dir. comm. 11, 1913.

I contratti a favore dei terzi secondo il Diritto romano e civile, Turín, 1933.

Trattato della gestione degli affari altri, Padua, 1935.

Manuale di Diritto romano, Turín, 1935.

PAOLI

Studi di Diritto attico, Florencia, 1930.

Il prestito maritimo nel Diritto attico, Studi

di Diritto attico, Florencia, 1930.

Studio di Diritto greco e romano, Milán, 1976.

PARIS

La responsabilité de la custodia en Droit romain,

París, 1926.

PARTSCH

Der Ediktale Garantievertrag durch receptum, ZSS

29, 1908.

PASTORI

Gaio e la responsabilità contrattuale, Labeo 2,

1956.

Sponsio et stipulatio. Storia e struttura giuridica

degli istituti. Corso di Diritto romano, Milán, 1956-57.

Appunti in tema di sponsio e stipulatio, Milán,

1961.

PERNICE

Marcus Antistius Labeo. Das römische privatrecht

im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit, Halle, 1895.

PEROZZI

Istituzioni di Diritto romano 2 v., Roma, 1928.



PHILIPPIN

Le pacte de constitut. Actio de pecunia constituta,

París, 1929.

PLATON

Les banquiers dans la legislation de Justinien,

NRH, 1909, 1911.

PRINGSHEIM

Zum römischen Bankwesen, Viertelschreift.

f. Soz. u. Wirtsch 15, 1919.

PROVERA

Sul problema del rischio contrattuale nel Diritto romano, Studi Betti III, 1962.

RABEL

Grundzüge des römischen Privatrechts, Munich-Berlin, 1915.

RICCOBONO

La forma della stipulatio, BIDR 31, 1921.

Stipulatio ed instrumentum, ZSS 43, 1922.

Origine e sviluppo del domma della volontà nel Diritto, ACDR, 1934.

Stipulationes, contractus, pacta, Milán, 1935.

Le applicazione della stipulatio, Roma, 1935.

Lineamenti della storia delle fonti e del Diritto romano, Milán, 1949.

ROBBE

L'autonomia dell'actio certae creditae pecuniae
e la sua distinzione con la condictio, SDHI, 1941.

ROSSELLO

Receptum argentariorum, AG 45, 1890.

ROSTOVTZEFF

Social and Economic History of the roman Empire
2 v., Oxford, 1926 (Trad. española Madrid, 1953).

ROTONDI

L'exceptio veluti pacti ex compromisso, Scritti
giuridici 1, 1922.

ROUSSIER

Du compromis sine poena, RH 18, 1939.
Satisfacere, Studi De Francisci II, Milán, 1946.
Le constitut, Varia, Etudes de Droit romain, Paris,
1958.
Le pacte adjoint in continenti à la stipulation,
Studi Betti IV, Milán, 1962.

RUDORFF

De iurisdictione edictum. Edicti perpetui quae
reliqua sunt, Lipsia, 1869.

SALVIOLI

Il commercio del denaro a Roma nelle lettere di
Cicerone ad Attico, Atti Accad. Sc. mor. e polit., Nápoles,
1921.

Banche e banchieri nelle lettere di Cicerone ad Attico, Scritti Marghieri, 1921.

SANFILIPPO

Alla ricerca dei nuda pacta, Atti Congresso Internazionale Verona III, Milán, 1951.

Istituzioni di Diritto romano, Nápoles, 1964.

SANTA CRUZ TEIJEIRO

Instituciones de Derecho romano, Madrid, 1946.

SARGENTI

Osservazioni sulla responsabilità del exercitor navis, Studi Albertario I, Milán, 1952.

Problema della responsabilità contrattuale, SDHI 20, 1954.

SAVIGNY

Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter, 3 v., 1834-51 (Trad. italiana Roma 1972).

Das Obligationenrecht, Berlin, 1851.

SCHERILLO

L'adstipulatur, RIDA 10, 1963.

SCHULZ

History of Roman Legal Science, Oxford, 1946 (Trad. italiana Nocera, Florencia, 1968).

Condictio indebiti und Accessorietät der sponsio und fideiussio, Iura 3, 1952.

Classical Roman Law, Oxford, 1951.(Trad. española Santa Cruz Teijeiro Barcelona 1960).

SCIALOJA

La dichiarazione unilaterale di volontà come fonte di obbligazione, Riv. dir. comm., 1904.

Negozio giuridico, Roma, 1950.

SEGRE, A.

Note sul documento nel Diritto greco egizio, BIDR, 1925.

Note sulla forma del documento greco romano, BIDR, 1927.

SEGRE, G.

Corso. Le garanzie personali, 1 Turín, 1932-33; 2 Turín 1933-34.

In materia di garanzie personali, BIDR, 1934.

Mutuo e stipulazione nel Diritto classico e nel Diritto giustiniano, Turín, 1952.

SERAFINI

Istituzioni di Diritto romano, (Trad. española 2 v. Barcelona 1927).

SERRAO

La responsabilità per fatto altrui in Diritto romano, BIDR 66, 1963.

SOHM, MITTEIS, WENGER

Institutionem, Geschichte und System des römischen
privatrechts, Munich-Leipzig, 1923.

SOLAZZI

L'estinzione dell'obbligazione nel Diritto romano,
Nápoles, 1935.

Appunti di Diritto romano marittimo. Le azioni
contro il nauta, Riv. dir. navig. 2, 1936.

La compensazione nel Diritto romano, Nápoles, 1950.

TALAMANCA

Ricerche in tema di compromissum, Roma, 1958.

La storia dell'edictum de pactis, Labeo 6, 1960.

L'origine della sponsio e della stipulatio, Labeo
9, 1963.

V. Fideiussione en Enciclop. del Diritto.

V. Argentarii en NNDI.

La fattispecie dell'actio negotiorum gestorum,
Labeo 17, 1971.

TAUBENSCHLAG

Geschichte der Rezeption des römischen Privatrechts
in Aegypten, Studi Bonfante I, 1930.

Il sequestro nel Diritto dei papiri, Iura 2, 1951.

The Law of Greco-Roman Egypt in the light of the
Papyri, Varsovia, 1955.

THIELMANN

Die römischen Privatauktion, Berlin, 1961.

THOMAS

Custodia and horrea, RIDA 6, 1959.

TOZZI

Economistas griegos y romanos, Méjico, 1968.

VAN OVEN

Actio de recepto et actio locati, TI 24, 1956.

VAZNY

Custodia, Annali Palermo 13, 1926.

Il problema generale dei contratti a favore di terzi nel Diritto romano, BIDR 40, 1932.

Svolgimento della responsabilità per colpa nel Diritto romano, Atti Congress. Internaz. Diritto romano, Roma I. Pavia 1934.

Appunti alla dottrina dei contratti a favore di terzi in Diritto romano, Studi Riccobono IV, Palermo, 1936.

VIARD

Les pactes adjoints aux contracts en Droit romain clasique, París, 1929.

VINCENT

Res recepta, Montpellier, 1920.

VISKY

La responsabilité dans le Droit romain à la fin de la République, RIDA 3, 1949.

VOCI

Estensione dell'obbligo di risarcire il danno in
Diritto romano classico, Scritti Ferrini II, 1948.

Istituzioni di Diritto romano, Milán, 1954.

Per la storia della novazione, BIDR 68, 1965.

VOIGT

Ueber die Bankiers, die Buchführung und die Litteral-
obligation der Römer, Leipzig, 1887.

Römische Rechtsgeschichte 3 v., Leipzig-Stuttgart,
1892-1902.

VOLTERRA

Diritto romano e diritti orientali, Bologna, 1937.

Istituzioni di Diritto privato romano, Roma, 1961
(Trad. española Daza, Madrid 1986).

La base economica della elaborazione sistematica
del Diritto romano, Riv. it. sc. giur., 1963-67.

WALDE-HOFFMANN

Lateinisches Etymologisches Wörterbuch, Heilderberg,
1965.

WATSON

The Law of obligations in the later roman Republic,
Oxford, 1965.

WENGER

Institutionen des römischen Zivilprozessrechts,
Munich, 1925 (Trad. italiana Orestano, Milán 1938).

Die Quellen des römischen Rechts, Viena, 1953.

V. Receptum arbitrii en PW.

V. Receptum argentarii en PW.

WIEACKER

Textstufen Klassischer Juristen, Gotinga, 1960.

Zur Ursprung der bonae fidei iudicia, ZSS 80, 1963.

WINDSCHEID

Lehrbuch des Pandektenrechts 3 v., Francfurt del Main, 1900-1906 (Trad. italiana Fadda, Bensà, Bonfante, Maroi, 1930).

WLASSAK

Römische Prozessgesetze 2 v., Leipzig, 1888-1891.

V. Arbiter en PW.

WOLF

Causa stipulationis, Viena, 1970.

WUBBE

Zur Haftung des horrearius, ZSS 76, 1959.

ZENTNER

De recepto argentariorum, Berlin, 1859.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

INDICE DE FUENTES



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

I. FUENTES JURIDICAS

XII TABLAS

1, 6, 7

3, 5

8, 2

INSTITUCIONES GAYO

1, 129

1, 140

1, 166

1, 199

1, 200



IDEM

- 2, 30
- 2, 31
- 2, 33
- 2, 34
- 2, 39
- 2, 59
- 2, 251
- 2, 253
- 2, 258
- 3, 115
- 3, 116
- 3, 117
- 3, 119 a
- 3, 120
- 3, 121
- 3, 126
- 3, 127
- 3, 136
- 3, 162
- 3, 173
- 3, 206
- 3, 207
- 4, 2

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



IDEM

4, 22

4, 47

4, 61

4, 62

4, 63

4, 64

4, 65

4, 66

4, 68

4, 86

4, 91

4, 102

4, 104

4, 110

4, 112

4, 113

4, 136

4, 137

SENTENCIAS PAULO

1, 1, 1

FRAGMENTA VATICANA

55

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



CODEX THEODOSIANUS

13, 5, 6

13, 5, 7

13, 5, 8

13, 5, 13

13, 5, 37

CODIGO JUSTINIANO

1, 3, 41, (42), 1

2, 55, 5

2, 57, 1

3, 1, 2

3, 42, 8, 1

4, 2, 8

4, 18, 1

4, 18, 2

4, 30, 12

4, 30, 15

4, 32, 25

4, 32, 26, 2

4, 33

4, 65, 9

6, 2, 13

8, 35, 11

8, 41, 8

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



IDEM

8, 53, 3

DIGESTO

1, 1, 7, 1

1, 2, 2, 50

2, 12, 9, 2

2, 13, 6, 3

2, 13, 9, 2

2, 13, 10, 1

2, 13, 12

2, 13, 13

2, 14, 1, 3

2, 14, 7, 4

2, 14, 7, 14

2, 14, 9

2, 14, 21, 5

2, 14, 27, 1-2

2, 14, 47, 1

2, 15, 7, 1

3, 5, 5, 4

3, 5, 8, (9)

4, 2, 14, 1

4, 6, 1

4, 8, 3, 1

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



IDEM

4, 8, 13, 3
4, 8, 14
4, 8, 15
4, 8, 21, 9
4, 8, 25, 1
4, 8, 32, 15
4, 8, 32, 21
4, 8, 34
4, 8, 43
4, 8, 44
4, 9, 1
4, 9, 1, 1
4, 9, 1, 6
4, 9, 1, 8
4, 9, 3
4, 9, 3, 1
4, 9, 4, 2
4, 9, 5
4, 9, 6, 3
7, 1, 36, 1
7, 8, 2
7, 8, 4
7, 8, 6

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



IDEM

7, 8, 7

7, 8, 10

7, 8, 12, 1

7, 9, 7

8, 3, 30

12, 2, 27

12, 2, 28, 1

13, 4, 2, 7

13, 4, 2, 8

13, 5, 1, 1

13, 5, 1, 6

13, 5, 1, 8

13, 5, 2

13, 5, 3, 2

13, 5, 4

13, 5, 5, 2

13, 5, 11, 1

13, 5, 12

13, 5, 14, 1-2

13, 5, 14, 3

13, 5, 18, 1

13, 5, 18, 2

13, 5, 21, 2

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



IDEM

13, 5, 26

13, 5, 27

13, 5, 28

13, 7, 13

14, 3, 20

14, 5, 8

14, 6, 7, 1

14, 6, 9, 3

15, 3, 15

16, 1, 8, 1

16, 1, 8, 8

16, 1, 16, 1

16, 1, 19, 5

16, 3, 1, 34

16, 3, 1, 43

16, 3, 7, 2

16, 3, 8, 24

16, 3, 24

16, 3, 25, 1

17, 1, 1, 4

17, 1, 6

17, 1, 6, 2

17, 1, 20, 1

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



IDEM

17, 1, 21
17, 1, 27, 5
17, 1, 28
17, 1, 29 pr
17, 1, 36, 1
17, 1, 40
17, 1, 53
18, 1, 19
18, 1, 53
18, 2, 10
19, 1, 11, 2
19, 1, 11, 18
19, 1, 53
19, 2, 11
19, 2, 13, 5
19, 2, 40
19, 2, 55
19, 2, 60, 6
20, 1, 1
20, 1, 1, 1
21, 1, 27
22, 2
22, 2, 1

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



IDEM

22, 2, 6
22, 3, 19, 3
24, 3, 45
26, 7, 21
26, 8, 9
27, 8, 1
34, 3, 5, 1
35, 1, 29
39, 3, 5, 1
39, 5, 24
39, 6, 31
40, 1, 4, 1
41, 2, 23
42, 1, 15, 11
42, 5, 24, 2
42, 8, 6, 6
44, 1, 7, 1
44, 1, 8
44, 1, 19
44, 7, 3 pr
44, 7, 16
45, 1, 38, 17
45, 1, 38, 20-23

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



IDEM

45, 1, 75, 6

46, 1, 6, 2

46, 1, 13

46, 1, 17

46, 1, 15 pr

46, 1, 30

46, 1, 32

46, 1, 46 pr

46, 1, 68, 2

46, 2, 8, 5

46, 3, 26

46, 3, 39

46, 3, 52

46, 3, 53

46, 3, 88

46, 3, 95, 12

47, 2, 14

47, 2, 14, 17

47, 5, 1, 3

47, 5, 1, 4

47, 7, 5, 6

47, 9, 3

48, 3, 1

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



IDEM

48, 3, 13
49, 15, 19
50, 1, 1
50, 5, 13, 2
50, 7, 18, (17)
50, 13, 6
50, 17, 60
50, 17, 161

INSTITUCIONES JUSTINIANO

3, 16 pr
3, 23, 3
3, 23, 4
3, 26, (27), 13
3, 29, 3
4, 6, 8
4, 6, 9
4, 14, 4

NOVELAS JUSTINIANO

N. IV, c. 3
N. CXV, c. 6
N. CXVI, c. 6
N. CXXXVI pr
N. CXXXVI, c. 1



IDEM

N. CXLVII, c. 2

Edicto VII

Edicto IX pr

Edicto IX, c. 1

Edicto IX, c. 2

Edicto IX, c. 4

PARAFRASIS

4, 6, 8

BASILICOS

23, 4

26, 3, 2



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

II. FUENTES PAPIROLOGICAS Y EPIGRAFICAS

Pap. Flor. 43

Pap. Lill. 16

Pap. Oxy. 91

Pap. Oxy. 513

Pap. Par. 9

Pap. Petrie 3

Tabulae Herculanaenses

76

81

82



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

III. FUENTES LITERARIAS

CATON

De agric.

150, 2

CESAR

De bello civ.

3, 17

Gal.

1, 28

3, 21, 3



CICERON

Ad fam.

2, 17

3, 5

5, 8, 5

6, 12, 3

7, 24, 2

13, 17

13, 28, 3

13, 50, 2

13, 67, 2

15, 4, 10

Ad Att.

1, 14, 7

5, 21, 11

6, 7, 1

12, 3, 2

12, 13, 2

12, 14, 1

12, 24

12, 24, 27

13, 1, 2

13, 49, 1

14, 15

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



IDEM

15, 15, 3

De off.

3, 17, 70

3, 58

3, 70

Phil.

2, 32, 79

5, 18, 51

Pro Q. Rosc.

5

Pro S. Rosc.

2

112

113

114

HORACIO

Sat.

2, 3, 69

LIVIO

Ab U. c.

6, 10, 6

PLAUTO

Miles

2, 2

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Asin.

437

Cur.

345

429

480

536

618

Truc.

71

Trin.

425

Capt.

449

Pseud.

1224

Bacch.

327

SENECA

De benef.

6, 5, 2

Ad Mar. de consol.

22, 2

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



TERENCIO

Heaut.

5, 5, 11

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

INDICE GENERAL



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ABREVIATURAS

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO

RECIPERE EN LAS FUENTES

Págs.

I. Fuentes literarias

1.- Planteamiento etimológico	15
2.- Recipere en la lengua literaria	18
2.1 Recobrar la posesión de una cosa, adquirir alguna cosa	20
2.2 Admitir a una persona en un determinado sta tus	22



2.3 Comprometerse a la defensa de una causa pú- blica	24
2.4 Aceptar un mandato	25
2.5 Prometer, obligarse a algo, asumir una res- ponsabilidad	30
2.6 Asumir una obligación por cuenta de otro, sa- lir garante	32
 II. Fuentes jurisprudenciales	
1.- Recuperar aquéllo que se ha tenido con anterio- ridad	42
2.- Cobrar aquéllo que se nos debe	51
3.- Aceptar aquéllo que se nos ofrece	56
4.- Encargarse de algo, asumir una responsabilidad	61
5.- Asumir una deuda ajena	69
6.- Apoderarse uno de algo que no le pertenece ...	72
7.- Recibir a una persona en concepto de huésped .	74
8.- Admitir a una persona en determinada condición o status	76
9.- Ser admitidas ciertas figuras o negocios jurí- dicos	78
10.- Excepcionar, en el sentido de reservarse o re- tener una concreta facultad	81
11.- Comprender, interpretar una cláusula	84



CAPITULO SEGUNDO

LOS **RECEPTA** EN EL EDICTO DEL PRETOR

I. Reconstrucción del **Edictum Perpetuum**

II. Valoración

1.- Problema de la afinidad entre los diversos re- cepta	96
1.1 Tesis negativa	96
1.2 Crítica	97
2.- Debate doctrinal	98
2.1 Valoración "negativa"	99
2.2 Valoración "positiva"	105

III. Revisión crítica

Premisas

1.- El espíritu que anima al derecho pretorio, en contraste con los principios jurídicos que dan vida a los negocios civiles	116
2.- Las soluciones jurídicas del Edicto dentro de un marco histórico de expansión y desarrollo económico	125
3.- La disciplina de los recepta incidiendo en ma- terias que quedan sustraídas al derecho común	130
4.- La necesidad de una clara distinción entre los recepta y cada uno de los negocios jurídicos correspondientes a la actividad desarrollada	

por navieros, banqueros y árbitros 132

IV. Naturaleza jurídica

1.- Teoría del pacto pretorio 142

2.- El **receptum**, elemento accidental del negocio
jurídico 147

3.- El caso del **caupo** y del **stabularius** 148

CAPITULO TERCERO

EL RECEPTUM ARGENTARIORUM EN EL CORPUS IURIS CIVILIS

1.- Aclaración sobre la terminología empleada 152

2.- Escasez de datos en las fuentes 153

2.1 Causas 153

2.2 Consecuencias 154

3.- Fuentes bizantinas 154

4.- Falta de referencias directas en el Digesto .. 161

5.- Los textos interpolados 163

5.1 Los libros 13 de Paulo y 14 de Ulpiano **ad e-**
dictum 163

5.2 El libro 5 de Gayo **ad edictum provinciale** .. 166

6.- D. 13, 5, 27 166

6.1 El libro 34 de Pomponio 168

6.2 El **constitutum** de deuda propia como supuesto
típico 168

7.- D. 13, 5, 28 171

8.- D. 13, 5, 12 174

8.1 Defecto de duplicación	174
8.2 La imposibilidad de un constitutum de deuda de cosa cierta	175
8.3 Imposibilidad de una garantía bancaria de deuda propia	177
9.- D. 13, 5, 26	179
10.- D. 46, 1, 30 y D. 46, 3, 53	181
10.1 Debate doctrinal en torno a la independen- cia de la obligación bancaria con respecto al mandato del deudor	183
10.2 Primeras ideas sobre la perfección de la promesa del banquero	184
10.3 La invalidez de la estipulación a favor de tercero	186
10.4 La promesa bancaria como negocio trilateral	188
10.5 Analogía con los principios de la fide- iussio	190
11.- D. 17, 1, 28	191
11.1 Defecto de duplicación	193
11.2 Valoración	194
12.- Nuevos textos posiblemente interpolados	196
12.1 Datio in solutum y compensatio argentarii .	198
12.2 Alcance jurídico de la solutio en relación con la satisfactio	200



12.3 Satisfactio referida a constitutum	205
12.4 Satisfactio referida a receptum	206
13.- Ultimas posibilidades	208

CAPITULO CUARTO

CONCEPTO, CONTENIDO Y PERFECCION DEL NEGOCIO

I. Concepto y obligaciones

1.- Premisas	212
2.- Finalidad típica de la promesa bancaria	217
2.1 Promesa bancaria y contrato de cambio	218
2.2 Promesa bancaria y títulos al portador	220
2.3 Algunas consideraciones sobre la solución que aporta el derecho moderno	222
2.4 Problema de la asignación del riesgo	224
3.- Necesidad de una distinción	227
3.1 Consecuencias	229
3.2 Avance derivado de la introducción del receptum	230
4.- Promesa bancaria y rec. arg.	231
5.- Naturaleza jurídica	238
6.- Contenido y extensión de la responsabilidad ex recepto	242
6.1 La responsabilidad ex recepto como responsa- bilidad abstracta	242
6.2 La excepción labeoniana	243



6.3 La responsabilidad ex recepto como responsabilidad autónoma	244
7.- Obligación derivada de la promesa bancaria ...	244
II. Modo de constitución	
1.- Premisas	248
2.- Encuadre sistemático	251
2.1 Primeras posiciones	251
2.2 Revisión del planteamiento anterior	253
2.3 Consecuencias del principio de dualidad	255
3.- Carácter formal	256
3.1 Diferentes posiciones	256
3.2 Consecuencias del principio de dualidad	258
CAPITULO QUINTO	
SUJETOS, OBJETO, ACCIONES	
I. Sujetos de la obligación bancaria	
1.- Planteamiento	262
2.- Criterio restrictivo	266
3.- Criterio extensivo	270
4.- Capacidad del deudor y del acreedor	273
II. Objeto de la obligación bancaria	
1.- Doctrina común	275
2.- Posibilidad de salvar la opinión tradicional .	278
III. Acciones	
1.- Planteamiento	281

2.- Acción del acreedor frente al banquero-garante	282
2.1 Aspecto subjetivo	283
2.2 A. recepticia y a. de pec. const.	284
2.3 Paralelo entre la a. recepticia y las fórmulas estipulatorias	287
2.3.1 Carácter necesario de una conclusión ...	288
2.3.2 Régimen de la acción incierta	290
3.- Acción de regreso del banquero-garante frente al deudor principal	294
3.1 Origen histórico: regreso legal	294
3.2 Regreso convencional: a. mandati contraria .	295
3.3 Supuestos en que no procede la acción de regreso	296
3.4 Beneficium cedendarum actionum	298
3.5 Reembolso mediante compensación	299

CAPITULO SEXTO

DERECHO JUSTINIANO

I. La Constitución del 531

1.- Premisas	303
2.- Teoría de la fusión	305
3.- Teoría de la no recepción de la caución bancaria romana en Oriente	310
4.- La caución bancaria romana como negocio no practicado en la época justiniana	315



4.1 Los datos de las fuentes	315
4.2 Interpretación de indefense constituere	317
5.- La reforma del constitutum en relación con la stipulatio	322
5.1 Elementos del receptum transferidos al cons- titutum	322
5.2 Precisiones terminológicas	327
5.3 La idea del paralelismo entre instituciones romanas y helenísticas	329
5.4 Constitutum y stipulatio	331
II. Alcance práctico de la reforma	
Premisas	335
1.- ¿Es posible un constitutum referido a deuda condicionada?	341
2.- ¿Cuál es el tiempo de prescripción de la a. pec. const. ?	343
3.- ¿Es transmisible la a. pec. const. a los here- deros y contra los herederos?	345
4.- ¿Es posible un constitutum referido a deuda inexistente?	346
5.- ¿Es posible un constitutum referido a deuda en cuyo objeto figuren cosas distintas de las que in pondere numero mensura sunt? ..	347
Rescapitulación	348



III. Evolución del derecho bancario helenístico después de la constitución reformadora

1.- Consideraciones previas	349
2.- La καθαρά ἀντιφώνησις concepto y características (principio de abstracción)	352
3.- Carácter abstracto del reembolso a favor del banquero	356
4.- Retribución a favor del banquero	358

IV. Promesa bancaria helenística y **rec. arg.**

CONCLUSIONES

INDICE BIBLIOGRAFICO

INDICE DE FUENTES

INDICE GENERAL