

RECEPTUM ARGENTARII (I).

Nota sobre las garantías bancarias abstractas en el Derecho Romano y Justiniano

PATRICIO IGNACIO CARVAJAL R.
Profesor de Derecho Romano UC
Miembro de la Schola Serviana Iuris Civilis

A. STATUS QUAESTIONIS

1. Naturaleza del *receptum argentarii*

Más que indicar un negocio utilizado frecuentemente por los banqueros, el *receptum argentarii* alude a un negocio que solo los banqueros están legitimados para realizar¹.

La tercera cláusula, bajo la rúbrica *De Receptis*, en el Título XI del Edicto señala²:

*Argentariae mensae exercitores quod pro alio solui receperint
ut soluant.*

Es curioso en verdad este negocio, pues el sustantivo "*receptum*" jamás se menciona en las fuentes (y lo mismo puede decirse de todos los *recepta*), sino solo las diversas formas verbales en que puede presentarse "*recipere*", además de la forma adjetivada "*recepticia*". Por ello, la denominación técnica de "*receptum*", convencionalmente la más aceptada, no ha sido ni tiene por qué ser la única denominación del negocio; también los romanistas se han referido a él como "*receptitium*" o "*receptio*"³. La falta del uso sustantivado del verbo puede explicarse, en todo caso, por el proceso de abolición –por medio de

¹ Cfr. Teoph. Paraph. 4, 6, 8. Vid. FREZZA, P.: Le garanzie delle obbligazioni. Corso di Diritto Romano, 1, Le garanzie personali, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1962, p. 275; PETRUCCI, A.: Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane, G. Giappichelli Editore, Torino, 2002, p. 59.

² RICCOBONO, S.: FIRA, pars prima, leges, S. A. G. Barbèra, Florencia, 1941, p. 347.

³ ROSSELLO, A.: Receptum argentariorum, Archivio Giuridico Filippo Serafini 45 (1890) p. 3, n. 1.

eliminaciones e interpolaciones— a que fue sometido⁴, tal como se explica más abajo.

Veamos algunas opiniones representativas de las diferentes posiciones doctrinales sobre la naturaleza del *receptum argentarii*:

En opinión de BRUNS⁵, el *receptum argentarii* es un contrato solemne del *ius civile* por el cual el *argentarius* asume la obligación de cumplir una obligación del cliente con un tercero.

Por su parte BEKKER⁶ cree que el *receptum argentarii* es una suerte de mandato-delegación (de la correspondiente consensualidad del mandato, presume su carácter informal) en que el banquero se obliga a cumplir con una deuda del cliente, por encargo suyo, frente a un tercero.

Para ROSSELLO⁷, en cambio, el *receptum argentarii* es un contrato consensual, desprovisto de forma, en virtud del cual un *argentarius* se obliga, en consideración a una obligación ajena, a pagar una suma de dinero u otra cosa a un tercero. Si bien en la práctica habitualmente el tercero sería acreedor de un cliente del banquero, y aquel le habría dado orden de pagar, ello no resulta esencial, de manera que ni la existencia del crédito ni la delegación serían necesarias para que surgiera la obligación *recepticia*, sino que la promesa del banquero, por sí sola, generaría la obligación. Dicha obligación del *argentarius* sería absolutamente abstracta, pues, para dar mayor agilidad al tráfico, se trataba de evitar todas aquellas excepciones que hubiesen podido retardar el pago.

Según TALAMANCA⁸, se trata de la asunción no formal, por parte del *argentarius*, del pago de una prestación debida por su cliente a un tercero. Dado su carácter abstracto, el banquero quedaba obligado aun cuando la deuda del cliente no subsistiera o resultara ineficaz; sin embargo, había que aludir a un vínculo que al menos en abstracto fuese capaz de generar una obligación, de manera tal que, por ejemplo, no se podía realizar un *receptum* respecto de un *debitum* desprovisto de acción, como sería el caso del que nace *ex nudo pacto*.

⁴ ROSSELLO, *Receptum argentariorum*, cit. p. 47.

⁵ BRUNS, G.: *Das constitutum debiti*, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (1862) p. 85.

⁶ BEKKER, E.: *Recipere und permutare bei Cicerón*, *ZSS* 3 (1882) pp. 1 ss.

⁷ ROSSELLO, *Receptum argentariorum*, cit. p. 4.

⁸ TALAMANCA, v. *Argentarii*, *NNDI* p. 941.

Por último, MAGDELAIN⁹, siguiendo con su teoría general que atribuye a la actividad pretoria el origen de los contratos, considera el *receptum argentarii* un contrato consensual pretorio, en un mismo plano que los contratos consensuales tradicionales (compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato), pero, en este caso, de estricto derecho dado el peculiar grado de abstracción causal.

Como se aprecia, en sustancia los autores están más o menos de acuerdo con el contenido del *receptum* como negocio de garantía de deudas ajenas de carácter abstracto. Hoy en día, sin embargo, y pese a contar con una importante mayoría a su favor la tesis que lo propone como un acto informal¹⁰, algunos romanistas han vuelto, desde nuevas perspectivas, a proponer el carácter formal del negocio¹¹.

2. La fusión justiniana del *constitutum debiti* y el *receptum argentarii*

El *receptum argentarii* es un instituto remodelado por la dogmática justiniana, de manera que las fuentes nos ofrecen escasa información sobre la fisonomía clásica del negocio¹². Justiniano expresamente acusa la reelaboración que experimentaría el *receptum argentarii* en su sistema jurídico: sería absorbido por el *constitutum debiti*¹³.

En efecto, la transformación aparece en una constitución del año 531 d. C., que aparece dividida en tres fragmentos, en Cod. 4, 18, 2. Transcribimos, ahora, pr.:

Receptitia actione cessante, quae solemnibus verbis composita inusitato recessit vestigio, necessarium nobis visum est magis pecuniae constitutae naturam ampliare. Quum igitur praefata actio, id est pecuniae constitutae, in his tantummodo casibus a veteribus conclusa est, ut exigeres res,

⁹ MAGDELAIN, A.: Le consensualisme dans l'edit du preteur, Publications de L'Institut de Droit Romain de L'Université de Paris, Paris, 1958, pp. 125 ss.

¹⁰ PETRUCCI, A.: Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo - metà del III secolo d. C.), Jovene Editori, Napoli, 1991, pp. 197 ss.; FASOLINO, F.: Sulle tecniche negoziali bancarie: il "receptum argentarii", Labeo 46 (2000) 2, p. 189.

¹¹ BÜRGE, A.: Fiktion und Wirklichkeit: soziale und rechtliche Strukturen des römischen Banwesens, ZSS 104 (1987), pp. 529 ss.; LA ROSA, F.: Il formalismo del pretore: "constitutata" e "recepta", Labeo 43 (1997) 2, p. 224; PETRUCCI, Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane, cit. p. 60.

¹² Al menos el *receptum nautarum* cuenta con un título en el Digesto (4, 9).

¹³ Cod. 4, 18, 2; Inst. Inst. 4, 6, 8; Teoph. Paraph. 4, 6, 8.

quae in pondere numero mensurave 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 conditione vel in diem constituto eam possibile esset fieri, et si pure constituta pecunia contracta valeret, hac apertissima lege definimus, ut liceat omnibus constituere non solum res, quae pondere numero mensurave sunt, sed etiam alias omnes, sive mobiles, sive immobiles, sive sese moventes, sive instrumenta vel alias quasquuncue res, quas in stipulationem possunt homines deducere; et neque sit in cuoquunque casu annalis, sed (sive pro se quis constituat, sive pro alio) sit et ipsa in tali vitae mensura, in qua omnes personales actiones positae sunt, id est in annorum metris trigintae; et liceat pro debito puro vel in diem vel conditionali constitui; et non absimilem penitus stipulationi habeat dignitatem, suis tamen naturalibus privilegiis minime defraudata; sed et heredibus et contra heredes competat, ut neque receptitiae actionis, neque alio indigeat respublica 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 (quum secundum antiquam receptitiam actionem exigebatur, et si quid non fuerat debitum), quum satis absurdum et tam nostris temporibus quam iustis legibus contrarium est, permittere per actionem receptitiam 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 receptitia in diversis libris legislatorum posita sunt, aboleantur, et sit pecuniae constitutae actio omnes casus complectens, qui est per stipulationem possunt explicari.

Esta parte de la constitución nos entrega varias claves, aunque no sean en absoluto suficientes, para que, delatado el plan (...*sit pecuniae constitutae actio omnes casus complectens...*), podamos detectar las interpolaciones que los compiladores establecerán en el Digesto.

También ayuda a entender la abolición del *receptum argentarii*, la motivación que se da en las *Iustiniani Institutiones* 4, 6, 8:

In personam quoque actiones ex sua iurisdictione propositas habet praetor. Veluti de pecunia constituta, cui similis videba-

tur 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...

Con estos exigüos datos Lenel logró determinar la posición del *receptum argentarii* en el Edicto, mediante el método palingenésico, ubicándolo como una tercera cláusula de la rúbrica *De receptis* (XI), antecedido por el *receptum arbitri* y por el *receptum nautarum cauponum stabulariorum*. En su reconstrucción logró, el connotado romanista alemán, detectar los pasajes del Digesto¹⁴ en que se nos da noticia del *receptum argentarii*, restituyendo en ellos el "constituere" interpolado por el "recipere" original¹⁵.

Con todo, el contenido de las fuentes parece ser más generoso en elementos para la reconstrucción del *constitutum debiti*¹⁶; y es obvio, si se tiene en cuenta que este es el instituto que se quiere preservar. En realidad, respecto del *receptum argentarii* solo se nos dan dos características generales y tres de índole específica.

En el orden de lo más general, Justiniano declara que el *receptum* había caído en desuso: *supervacua*, según las *Iustiniani Institutiones*; además de repudiar por injusto y absurdo los extremos a que se puede llegar mediante el empleo del *receptum* con fines fraudulentos en el cobro de deudas inexistentes. Esto último se estimaba un grave atentado contra la moral y contra el estado general de la legislación, pues debe tenerse a buen recaudo que estos comentarios se enmarcan en la consabida lucha de Justiniano contra los negocios abstractos¹⁷.

¹⁴ Dig. 12, 2, 27; 13, 5, 12; 13, 5, 28; 17, 1, 28; 46, 1, 30; 46, 3, 52; 43, 6, 53; 2, 13, 6, 3; 13, 5, 26. Hoy acaso pueda tenerse por abandonada la propuesta de incorporar a este repertorio Dig. 14, 5, 8, que en su día realizara MITTEIS, salvo el apoyo que aún encuentra en GARCÍA GARRIDO, en cuanto a que, al menos, el pasaje sí se refiere a un argentarius. Vid. MITTEIS, L.: Trapezitika, ZSS 19 (1898) pp. 203 ss.; GARCÍA GARRIDO, M.: R. Petrucci, A., Mensam exercere, IVRA 42 (1991) pp. 202; FASOLINO, Sulle tecniche negoziali bancarie, cit. p. 174.

¹⁵ PETRUCCI, Mensam exercere. cit. p. 200; PETRUCCI, Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane, cit. p. 61.

¹⁶ Vid. ARCHI, G.: Contributi alla critica del Corpus Juris. II. Riforme giustinianee in tema di garanzie personali, BIDR 65 (1962) pp. 141 y 142.

¹⁷ ARCHI, Contributi alla critica del corpus juris, II, cit. p. 145.

Respecto de lo específico, se nos señala:

- a) en primer lugar, que el *receptum* contaba con *solemnia verba*;
- b) en segundo lugar, se nos da noticia acerca del carácter transmisible de la *actio recepticia*; y
- c) se nos indica, además, el carácter absolutamente abstracto del *receptum argentarii*. El redactor de la Constitución conocía bien el sistema de *condictiones* que operaría en el caso de pagarse un *receptum* que no estuviese sustentado por una deuda (...*res indēbitas consequi et iterum multas proponere condictiones...*); de ahí que el tratamiento que se da al *constitutum* en el texto pretenda más bien reconducirlo por completo hacia la *stipulatio*, de manera tal que se dé solución a una vieja disputa de las escuelas orientales, según ARCHI¹⁸, respecto de los medios para evitar un enriquecimiento injustificado.

Solo un aspecto más se puede agregar gracias a la Paráfrasis de Teófilo 4, 6, 8: el *receptum* aceptaba por objeto todo tipo de cosas, a diferencia del *constitutum*.

Erat autem olim huic pecuniae constitutae actionis similis etiam actio receptitia, quae competit argentario respondente et constituyente. Et receptitiae quidem actionis 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 locum habeat, quando constituuntur, quae pondere, numero, mensura constant; sed receptitia quaecumque quod debetur fuerit, sive mobile, sive 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

¹⁸ ARCHI, Contributi alla critica del corpus juris, II, cit. pp. 145 y 146.

constitutae actionem et adversus argentarium et quemvis alium constituentem moveri jussit, tollem receptitiam. Rerum vero ampliationem, quam in se habebat receptitia, transtulit in actionem pec. const. Ita ut hodie pecuniae const. actio locum habeat adversum omnem constituentem, et in omni re debita¹⁹.

Al enfrentar las oscuridades y problemas relativos al *receptum argentarii*, se debe considerar que si bien es cierto que la confesión directa del plan interpolatorio que nos entregan las fuentes implica una cierta ventaja metodológica en la investigación, no es menos cierto que, a la vez, representa también una dificultad: primero, por la escueta información que dan los pocos pasajes relativos al *receptum* (en todos ellos se ha sustituido "*recipere*" por "*constituere*") que se utilizaron en sede de *constitutum debiti* por los compiladores; y, segundo, considerando que las notables similitudes externas de ambos institutos debió haber generado una mutua contaminación *constitutum-receptum*, la línea divisoria entre ambos negocios puede que no se presente con la claridad que deseáramos²⁰.

En razón de lo anterior, naturalmente resulta adecuado revisar los aspectos más relevantes del *constitutum debiti* clásico. Pero aún queda un último extremo a considerar.

Existe fuera de la Compilación una garantía cuyo pronunciado grado de abstracción de alguna manera viene a sustituir el papel que había cumplido en la vida comercial el *receptum argentarii*. La configuración justiniana de las *καθαῖ ἀντιφώνησις* —que nos resulta bastante desconocida, también—, podría haber dejado huella en las interpolaciones introducidas en sede de *constitutum debiti*, que es donde fueron a parar casi todos los textos referidos al *receptum argentarii*. Por ello, si consideramos que la Compilación no fue una reconstrucción realizada con fines históricos, sino que su vocación fue respaldar la legislación vigente en época de Justiniano, también tendremos que considerar las garantías bizantinas para evitar atribuir erróneamente al *receptum* clásico cualidades que no le son propias.

¹⁹ Vid., traducción del griego, ROSSELLO, *Receptum argentariorum*, cit. pp. 6 y 7.

²⁰ Vid. PETRUCCI, *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*, cit. p. 59.

3. El *constitutum debiti* clásico y la Καθαρά Ἀντιφώνησις justiniana. Antecedentes para una aproximación al *receptum argentarii*

3.1. El *constitutum debiti* en el Derecho clásico

En el Edicto XVII, *De rebus creditis*, dentro del Título "*Si certum petetur*" (donde se tutelan los créditos de *certa pecunia* y *certa res*), aparecen dos edictos especiales vinculados a sendos aspectos fundamentales en el pago: uno relativo al lugar de pago del crédito (*de eo quod certo loco dari oportet*); y, el otro, referido al plazo para dicho pago (*de pecunia constituta*). Para cada uno de estos aspectos quedaban tipificadas las correspondientes *actiones de eo quod certo loco* y *de pecunia constituta*, incorporándose también a ese lugar del *Album praetoris*, por su papel de herramientas procesales auxiliares para el acreedor, la *sponsio* y la *restipulatio dimidiae partis*²¹.

En general, la doctrina ha opinado que el *constitutum* es un pacto, desprovisto, en consecuencia, de toda forma, salvo las opiniones de FERRINI y KNIEP, para quienes se trataría de un acuerdo que solo se podría celebrar *inter praesentes*. Otro sector minoritario va más allá al proponer que originalmente esta forma de garantía se celebraba mediante el uso de la palabra "*constituo*"²².

Coincidimos con RICART²³ en que seguramente en un primer estadio evolutivo el *constitutum debiti* se habría realizado por medio de una versión informal de la *stipulatio*, como se puede extraer de los textos que hablan de la celebración de *constitutum* por carta. Pero, por lo mismo, no es fácilmente descartable la necesidad del uso preciso de "*constituere*"²⁴, de manera que dudamos de los términos tan absolutos con que esta autora define el *constitutum* como acto jurídico esencialmente consensual²⁵.

Para LA ROSA²⁶, se debe prestar atención a la ya apuntada cercanía de la *actio de pecunia constituta* y la *actio de pecunia certa credi-*

²¹ FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, 1, cit. pp. 229 ss.

²² Vid. LA ROSA, *Il formalismo del pretore*, cit. p. 203.

²³ RICART, E.: *Constitutum debiti*, en *Derecho Romano de Obligaciones*, Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 698.

²⁴ LA ROSA, *Il formalismo de pretore*, cit. pp. 204 ss.

²⁵ RICART, *Constitutum debiti*, cit. p. 699.

²⁶ LA ROSA, *Il formalismo de pretore*, cit. p. 211 ss.

ta. De acuerdo a lo anterior, la *sponsio "tertia" partis* que sigue a la *actio de pecunia certa credita* es inferior a la *sponsio "dimidia" partis* que corresponde a la *actio de pecunia constituta*, por lo que la autora italiana termina por conjeturar que, al igual que la *sponsio tertiae partis*, la posibilidad de realizar el *constitutum* habría penetrado en la experiencia jurídica romana en el seno de la *legis actio per condictio-nem*, de manera tal que el *constitutum* sería una declaración formal autorizada por el pretor.

Nosotros no tenemos la intención de determinar la forma que revestiría originariamente el *constitutum*, si bien su proximidad con la *actio de pecunia certa credita* nos resulta muy sugerente, pero debemos decir que nos parece no haber suficientes fundamentos para situar el origen del *constitutum* en el seno del proceso. Es más, creemos que no es correcto señalar que, siendo la *sponsio dimidiae partis* una actuación procesal de las partes, el *constitutum debiti* también lo es. La base de la conjetura carece de sentido, pues nos parece que la comparación en este caso debe establecerse en relación a una *stipulatio pecuniaria*, de donde vendría a decirse igualmente, si utilizamos el método criticado, que como la *sponsio tertiae partis* tiene aquella naturaleza procesal, la *stipulatio pecuniaria* se origina en el proceso, y no en la vida comercial. Cuestión evidentemente falsa.

El *constitutum* aparece como una promesa no estipulatoria en virtud de la cual se fijaba un plazo para el pago de una deuda. El carácter no estipulatorio de la promesa es el que permite el efecto, importantísimo, de la subsistencia de la obligación principal, pues mediante negocio estipulatorio esta misma convención habría extinguido la deuda original por novación²⁷. En razón de esta duplicidad de obligaciones es que la *actio de pecunia constituta* procedía tanto respecto de las deudas propias (*constitutum debiti proprii*), que parece ser el principal empleo del *constitutum* en época clásica, como de las ajenas (*constitutum debiti alieni*)²⁸.

Dada esta duplicidad de vínculos es que no se puede, tampoco, comparar el *constitutum* con un *pactum de non petendo*, pues nada impide al acreedor hacer efectivo su crédito antes de tiempo a través

²⁷ TONDO, S.: In tema di "constitutum debiti", *Labeo* 4 (1958) p. 227.

²⁸ Vid. ARU, L.: v. *Constitutum debiti alieni et debiti proprii*, NDI p. 997 a 999; GUIZZI, F.: v. *Constitutum debiti*, NNDI p. 300; PEÑALVER, M.: La banca en Roma, en *Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias*, 3, Artes Gráficas Benzal, Madrid, 1988, pp. 1531 a 1567.

de la acción de la deuda principal²⁹. En consecuencia, la función del *constitutum* no es otorgar una excepción al deudor, sino únicamente mejorar la posición del acreedor.

Respecto de la naturaleza original de la *actio de pecunia coconstituta*, FREZZA³⁰, partiendo del dato de su anualidad, le supone un carácter penal que se habría perdido en el caso del *constitutum debiti alieni*. En consecuencia, si se trata de *debiti proprii*, la *actio de pecunia constituta* sería originariamente penal y no reipersecutoria. El autor sustenta su posición a partir de la indicación de Ulpiano, 27 *ad ed.*, Dig. 13, 5, 18, 2:

E re autem est hic subiungere, utrum poenam contineat haec actio an rei persecutionem: et magis est, ut etiam Marcellus putat, ut rei sit persecutio.

Al texto agrega FREZZA dos conjeturas para deducir el carácter penal de la acción: esta no depende del sistema contractual romano, de manera que, si se considera que el nudo pacto no produce acción, se debe colegir la naturaleza penal de aquella; además de lo anterior, el edicto vincula esta acción a la *sponsio dimidiae partis*, la cual tiene carácter penal³¹.

Tal como se desprende de lo que hemos señalado algunas líneas arriba, la aproximación a los pactos no nos parece adecuada; decididamente el papel del *constitutum* no es generar excepciones, como sería propio de un pacto, sino mejorar la posición del acreedor.

Es cierto que Ulpiano 27 *ad ed.*, Dig. 13, 5, 1 pr., señala:

Hoc edicto praetor fauer naturali aequitati: qui constituta ex consensu facta custodit, quoniam graue est fidem fallere.

Pero ya BESELER³² ha demostrado que el "*fidem frangere*" aparece también en relación a las acciones *fiduciae*, *tutelae* y *pro socio*; las que no pueden considerarse de naturaleza penal. Para nosotros el mérito

²⁹ TONDO, In tema di "constitutum debiti", cit. p. 229.

³⁰ FREZZA, Le garanzie delle obbligazioni, 1, p. 230.

³¹ Gai Inst. 4, 171; 4, 94.

³² BESELER, G.: Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, 3, Ed. J. C. B. Mohr, Tübingen, 1910, p. 260.

del pasaje no es otro que destacar la influencia de la *fides* en el proceso creativo del pretor³³.

Respecto del pretendido carácter penal, es necesario tener en cuenta que tanto las acciones honorarias de carácter penal como las honorarias de carácter reipersecutorio que "*contra ius civile dantur*" eran anuales³⁴. No es este último el caso en el que estamos, y de ahí la respuesta dudosa de "*magis*" que aparece en Ulpiano 27 *ad ed.*, Dig. 13, 5, 18, 2. Habida cuenta de que las fuentes no aplican a la *actio de pecunia constituta* ni el principio de la noxalidad ni el de la acumulación, propios de las acciones penales³⁵, tampoco bajo esta perspectiva resulta demasiado convincente la posición de FREZZA. Como sea, en la época de Marcelo y Ulpiano, autores del pasaje que sustenta la polémica, parece cierto lo que señala TONDO³⁶ respecto a que la confusión, más que por la naturaleza de la acción, se debe haber presentado simplemente por su anualidad.

La *actio de pecunia constituta* aparece claramente vinculada a una *conventio* sobre una deuda preexistente³⁷, lo que nos parece que la aleja de la esfera delictual. Además de lo anterior, la *actio certae creditae pecuniae*, si bien sin dudas civil y no delictual, también podríamos someterla, hipotéticamente, a las mismas conjeturas que realiza FREZZA sobre un pretendido carácter penal al menos en la parte que se refiere a su relación a la *sponsio tertiae partis*. Cuestión que, por claramente falsa, debilita el argumento respecto de la relación de la *sponsio dimidiae partis* con la *actio de pecunia constituta*. No hay una relación de causalidad necesaria en cuanto al carácter penal, como se ve³⁸.

El término que fija el *constitutum* no es un plazo desde el cual se pueda pagar, sino de un plazo perentorio para dar el cumplimiento³⁹, y de ahí la gravedad del compromiso, como aparece en Ulpiano, 27 *ad ed.*, Digesto 13, 5, 3, 2:

³³ CASTRESANA, A.: *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 37 ss.

³⁴ TONDO, In tema di "*constitutum debiti*", cit. p. 218.

³⁵ TONDO, In tema di "*constitutum debiti*", cit. p. 219.

³⁶ TONDO, In tema di "*constitutum debiti*", cit. p. 220.

³⁷ RICART, *Constitutum debiti*, cit. p. 699.

³⁸ Contra, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El receptum argentarii en el derecho romano clásico*, cit. pp. 100 y 101.

Si is, qui et iure ciuile et praetorio debebat, in diem sit obligatus, an constitundo teneatur? et Labeo ait teneri constitutum, quam sententiam et Pedius probat: et adicit Labeo uel propter has potissimum pecunias, quae nondum peti possunt, constituta inducta: quam sententiam non inuitus probarem: habet enim utilitatem, ut ex die obligatus constituendo se eadem die soluturum teneatur.

Es mérito de BRUNS⁴⁰ haber puesto de manifiesto el carácter esencial de la fijación de un plazo para el pago⁴¹. FREZZA⁴² cree que esto resulta cierto solo para el caso del *constitutum debiti proprii*, pues tratándose del *constitutum debiti alieni*, ello no sería indispensable si se considera que habría desde ya un término implícito en el momento de celebrar un *constitutum* respecto de una deuda ajena ya exigible. El argumento es muy ingenioso y llamativo, pero no podría comprobarse, creemos. Frente a esta dudosa cuestión hay que señalar que el carácter esencial del plazo, de cualquier manera, parece estar ratificado solo en época de los Severos⁴³, en Paulo 29 *ad ed.*, Dig. 13, 5, 21, 1:

Si sine die constituas, potest quidem dici te non teneri, licet uerba edicti late pateant: alioquin et confestim agi tecum poterit, si statim ut constituisti non soluas: sed modicum tempus statuendum est non minus decem dierum, ut exactio celebratur.

En lo fundamental el texto parece genuino, sin embargo, la adición de un plazo tácito es de mano compilatoria⁴⁴. Así entonces, pareciera que debe convenirse en la esencialidad del plazo dentro de la estructura del *constitutum*.

No obstante su origen crediticio, ya durante época clásica el *constitutum* se extiende también a deudas nacidas de *contracta* o de *delicta*⁴⁵. Podía constituirse plazo, en general, respecto de deudas provenientes del *ius civile* o del *ius honorarium*⁴⁶, pero, al parecer, es solo

³⁹ GUIZZI, v. *Constitutum debiti*, cit. p. 299.

⁴⁰ BRUNS, *Das constitutum debiti*, cit. pp. 28 ss.

⁴¹ Dig. 13, 5, 16, 4; 13, 5, 17; 13, 5, 18, pr.

⁴² FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, 1, cit. p. 230.

⁴³ FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, 1, cit. p. 246.

⁴⁴ LA ROSA, *Il formalismo del pretore*, cit. p. 206.

⁴⁵ Dig. 13, 5, 29.

⁴⁶ Dig. 13, 5, 1, 7-8.

en época postclásica cuando se integran en este repertorio las *naturales obligationes*⁴⁷.

Para la eficacia del *constitutum* se requiere de la existencia de un débito incumplido⁴⁸, no tanto en el momento de ser deducida la *actio de pecunia constituta*, sino en el momento de celebrarse el *constitutum*, según opinaban Celso y Juliano, según Ulpiano, 27 *ad ed.*, Dig. 13, 5, 18, 1:

Quod adicitur: "eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse", interpretationem pleniorum exigit. nam primum illud efficit, ut, si quid tunc debitum fit cum constitueretur, nunc non sit, nihilo minus teneat constitutum, quia retrorsum se actio refert. proinde temporali actione obligatum constituendo Celsus et Iulianus scribunt teneri debere, licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. quare est si post tempus is se soluturum constituerit, adhuc idem Iulianus putat, quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatio, licet in id tempus quo non tenebatur.

La existencia del débito no quiere decir tampoco que su montante sea líquido en el momento de la constitución de plazo. Lo anterior se desprende de un testimonio de Juliano recogido por Ulpiano 27 *ad ed.*, Dig. 13, 5, 5, 3:

Iulianus quoque libro undecimo scribit: Titius epistulam ad me talem emisit: "Scripsi me secundum mandatum Seli, si quid tibi debitum adprobatum erit me tibi cauturum et soluturum sine controuersia", tenetur Titius de constituta pecunia.

Se debe convenir que el texto está interpolado, pues en el documento presentado falta toda mención acerca del plazo. Dicha omisión es del todo sospechosa, si se considera que el contenido de un documento constituye el supuesto de hecho, de tal manera que este debería contemplar todos los elementos esenciales del negocio. Asimismo, el empleo futuro de *cauturum* y *soluturum* no se ajusta a la disciplina del *constitutum*, pues este consiste en una garantía actual de un pago en

⁴⁷ FREZZA, Le garanzie delle obbligazioni, 1, cit. p. 248.

⁴⁸ GUIZZI, v. Constitutum debiti, cit. p. 299.

un plazo posterior, sin embargo aparecen aquí tanto la garantía como el pago diferidas al futuro⁴⁹.

Aunque hayamos expuesto las dudas que nos depierta el pasaje antes citado por el parecido de lo allí expuesto con las garantías justinianeas, se debe rescatar que la iliquidez del crédito no impide la celebración del *constitutum*; lo anterior, debido a que, al parecer, la certeza de la deuda debe ser objetiva, pero no necesariamente subjetiva⁵⁰.

Otra forma de indeterminación subjetiva es la que consiste en la certeza respecto de la persona del acreedor. Ella tampoco afecta a la validez del *constitutum*, según Ulpiano, 27 *ad ed.*, Dig. 13, 5, 11 pr.:

Hactenus igitur constitutum ualebit, si quod constituitur debitum sit, etiamsi nullus apparet, qui interim debeat: ut puta si ante aditam hereditatem debitoris uel capto eo ab hostibus constituat quis se soluturum: nam et Pomponius scribit ualere constitutum, quoniam debita pecunia constituta est.

Tal vez el rasgo que más nos interesa destacar del *constitutum debiti* es su accesoriedad o, dicho de otra forma, su carácter causal, de tal manera que no podrá exceder el monto de la deuda principal y, además, se extinguirá cuando la deuda principal lo haga. Quien constituye un plazo se encuentra en una situación similar a la del que celebra una *sponsio*, una *fidepromissio* o una *fideiussio* según las *Gai Institutiones* 3, 126:

In eo quoque iure par condicio est omnium, sponsorum, fide promissorum, fideiussorum, quod ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is, pro quo obligantur. at ex diuerso, ut minus debeant, obligari possunt, sicut in adstipulatoris persona diximus; nam ud adstipulatoris, ita et horum obligatio accessio est principalis obligationis, nec plus in accessione esse potest quam in principali reo.

Tal como apunta ASTUTI⁵¹, la diferencia entre las garantías mencionadas y el *constitutum* es que aquellas ofrecen una accesoriedad

⁴⁹ LA ROSA, *Il formalismo del pretore*, cit. pp. 203 y 206.

⁵⁰ ASTUTI, G.: *Studi in torno alla promessa di pagamento. Il costituito di debito*, II, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1941, pp. 191 ss.

⁵¹ ASTUTI, *Il costituito di debito*, II, cit. p. 51.

denominada funcional; en cambio, este último tiene un nexo genético de dependencia con la deuda principal. En este sentido, el *constitutum* requiere de la existencia de la deuda principal y en ningún caso puede ser superior a ella, especialmente si la diferencia proviene del puro pacto de intereses, como se desprende de Ulpiano, 27 *ad ed.*, Dig. 13, 5, 11, 1:

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.

Gracias a lo señalado en este texto podemos manifestar nuestro absoluto desacuerdo con lo señalado por RODRÍGUEZ GONZÁLEZ⁵². La autora, observando la imposibilidad de cobrar intereses por la demora en virtud de la acción crediticia principal –pues dichos intereses solo se devengaban en los *iudicia bonae fidei*–, sostiene como una virtud fundamental del *constitutum debiti* habría consistido en dar al acreedor la oportunidad de cobrar intereses moratorios. Tal como lo demuestran con claridad las fuentes, esto es falso.

De otro lado, si bien el *constitutum* se extingue cuando ocurre lo propio con la deuda principal, esta extinción no opera *ipso iure*, sino *ope exceptionis*. He aquí el grado de abstracción que podríamos apreciar en este instituto⁵³.

Respecto de esta cuestión procesal, no nos parece atinada la conjetura de FREZZA⁵⁴ en cuanto a que el actor tendrá la misión de probar la existencia de la *prior obligatio*, lo que no podría basarse en la declaración del deudor del *constitutum*, sino que dicha misión recaería con todo su peso en la capacidad del acreedor para aportar medios probatorios. Al parecer, de la fórmula edictal surge un *actioe teneri* pretorio que solo depende de la efectiva celebración del *constitutum debiti (proprii o alieni)*, de tal manera que ante la inexistencia o ineficacia de la obligación principal, el *constituens* tendrá que alegarlo, *ope exceptionis*, en virtud de la *exceptio doli*⁵⁵.

⁵² RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A.: El *receptum argentarii* en el derecho romano clásico. Una propuesta de análisis, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2004, p. 100.

⁵³ TALAMANCA, v. *Argentarii*, cit. p. 941.

⁵⁴ FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, 1, cit. pp. 269 y 270.

⁵⁵ ASTUTI, *Il costituito di debito*, II, p. 48.

Respecto de los desarrollos posteriores del *constitutum debiti*, digamos que, si bien nada parece impedir que si la deuda ajena ya estaba sujeta a término, el *constitutum* fijara el mismo término⁵⁶, no parece, en cambio que sea clásico el supuesto de celebración del *constitutum* mientras se encontraba pendiente la condición impuesta a la deuda principal⁵⁷. De esta forma, en época postclásica, si se celebraba el *constitutum* en las condiciones antes dichas⁵⁸, solo surtiría efecto de cumplirse la condición a que estaba sujeta la deuda ajena⁵⁹. En este supuesto el *constitutum* funcionaría como un *pactum de non petendo sub condicione*, análogamente a lo que ocurriría con una *stipulatio* novatoria condicionada⁶⁰, y sería exigible, hipotéticamente, mediante una acción útil, según Pomponio⁶¹.

Originalmente el *constitutum* pudo versar sobre *pecunia*, entendida como cantidad de dinero o de cosas que se puedan pesar, contar, o medir, según se desprende de su ubicación bajo la rúbrica "*si certum petetur*", lo que lo acerca a la figura modélica del mutuo⁶². No sabemos con seguridad si por el desarrollo postclásico de la institución o, en todo caso, por la adaptación justiniana al *receptum argentarii* –en realidad esto no se puede resolver con la sola información de la Paráfrasis de Teófilo 4, 6, 8: "*...Sed illud etiam interest, quod pecuniae constitutae actio tunc locum habet, cum ea constituta sint, quae pondere numero mensurare constant; recepticia autem, qualiscumque res debeatur, sive mobilis sive soli, intendi potest...*"–, aparece en las fuentes la posibilidad, desconocida por la jurisprudencia clásica, de constituir plazo respecto de deudas que versen sobre toda clase de cosas⁶³.

Otro añadido posterior al del régimen clásico del *constitutum debiti* consistió en la ampliación de su objeto desde la *pecunia debita*

⁵⁶ Dig. 13, 5, 3, 2; 13, 5, 3, 4.

⁵⁷ Vid. ARCHI, Contributi alla critica del corpus juris, II, cit. pp. 142 ss.

⁵⁸ Dig. 13, 5, 19, pr.

⁵⁹ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, El receptum argentarii en el derecho romano clásico, cit. pp. 104 y 105.

⁶⁰ Gai Inst. 3, 179; Dig. 12, 1, 36. Vid. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, El receptum argentarii en el derecho romano clásico, cit. p. 110.

⁶¹ Dig. 13, 5, 19, 1.

⁶² FREZZA, Le garanzie delle obbligazioni, 1, cit. p. 249; PEÑALVER, La banca en Roma, cit. p. 1566.

⁶³ Vid. Dig. 13, 5, 1, 6; 13, 5, 12; Cod. 4, 18, 2, 1; MITTEIS, Trapezitika, cit. pp. 198 ss.; FASOLINO, Sulle tecniche negoziali bancarie, cit. p. 175. Contra: GUIZZI, v. Constitutum debiti, cit. p. 299; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, El receptum argentarii en el derecho romano clásico, cit. pp. 106 ss.

hacia las garantías reales o personales, de tal manera que este podía tener por objeto una *solutio* o una *satisfactio*⁶⁴.

3.2. Las καθαρά ἀντιφώνησις *justinianeas*

Lo ocurrido en materia de *receptum* y *constitutum* es uno de los testimonios de simplificación que, sobre todo en materia de garantías personales, vino desarrollándose desde Constantino hasta Justiniano⁶⁵. En este caso, mientras la experiencia jurídica romana de época clásica se había centrado en el *constitutum debiti proprii*, en tiempos del Derecho justiniano la institución, sin dejar de servir en aquel caso, se decanta más bien por el *debiti alieni* en su orientación dogmática⁶⁶. Bajo estos parámetros se funden *constitutum* y *receptum*.

Pero no todas las características con que la Constitución Justiniana viene a reforzar el *constitutum debiti* son, por sí solas, directamente atribuibles al *receptum* de la jurisprudencia clásica. Y, a la inversa, resulta sorprendente que la abstracción, que sí se le atribuye al negocio recepticio clásico, y que Justiniano repudia, aparezca ahora adherida al nuevo *constitutum* en ciertos supuestos. Probablemente esta no fue una influencia directa del *receptum argentarii* clásico en el *constitutum debiti* de Justiniano. Veamos, a este respecto, lo señalado en Cod. 4, 18, 2, 2:

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

La doctrina se ha desconcertado con esta parte del texto⁶⁷, ya que después de los duros ataques al *receptum*, además de alegado un pretendido desuso, aparece ahora consagrada una figura similar.

⁶⁴ BRUNS, *Das constitutum debiti*, cit. pp. 66 y 67; ROUSSIER, J.: *Le constitut*, *Varia. Études de Droit Romain*, Sirey, 1958, París, pp. 15 ss.; TONDO, *In tema di "constitutum debiti"*, cit. pp. 209 ss.; FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, 1, cit. pp. 257 y 258.

⁶⁵ Vid., con referencia a material papirológico que muestra la fusión entre el *receptum argentarii* y el *constitutum debiti* en época bizantina, TAUBENSCHLAG, R.: *The law of greco-roman egypt in the light of the papyri*, Pa stwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa, 1955, p. 415 n. 14.

⁶⁶ ARCHI, *Contributi alla critica del corpus juris*, II, cit. pp. 131 ss.

⁶⁷ Vid. PLATON, G.: *Les banquiers dans la législation de justinien*, NRHD 33 (1909) pp. 165 ss.

Si bien desde la *Glossa*⁶⁸ primó la opinión de que los términos *argenti distractores* y *negotiatores* se habían empleado como sinónimos en el texto⁶⁹, parece acertada la explicación de ROSSELLO⁷⁰ en cuanto a que, dado el carácter restrictivo con que Justiniano pretendía regular esta institución, el que aparezcan dos denominaciones para referirse a un solo tipo de agente de una actividad, a los *argentarii*, no resulta convincente. Cabría suponer, más bien, que la dualidad de términos corresponde a dualidad de sujetos, es decir, a los *argentarii* y otros negociantes que desarrollen una actividad afín, es decir, como precisa BEKKER⁷¹, a otros negociantes de dinero.

Para ASTUTI⁷² y para ARCHI⁷³, lo dispuesto en Cod. 4, 18, 2, 2, correspondería a una norma transitoria aplicable a los *constituta* ya celebrados. Por su parte FREZZA⁷⁴ cree que se trata de una norma especial para los negocios bancarios, en virtud de la cual se autorizaba la celebración de *constituta* abstractos. Hipótesis que nos parece más fiel al texto.

Como ya habíamos señalado, en la época de Justiniano aparece una forma de garantía (*ἀντιφώνησις*), que corresponde a la sustantivación de *ἀντιφώνέω* (responder, por otro), de la que solo tenemos las noticias que el emperador nos entrega en sus Novelas. La institución no vuelve a aparecer en ninguna otra parte de la Compilación, ni parece corresponder a ningún vocablo habitual entre los usos comerciales griegos⁷⁵.

Las *καθάραι ἀντιφώνησις* servían para garantizar una deuda ajena, ya sea actual o futura⁷⁶, ya versara sobre dinero o bienes, y suponía siempre la previa orden, escrita u oral⁷⁷, del cliente a su banquero⁷⁸; aunque también se advierte en las fuentes que ocasionalmente

⁶⁸ *Glossa*, Ad. Cod. 4, 18. Casus e pr. (col. 837).

⁶⁹ Vid. ROSSELLO, *Receptum argentariorum*, cit. p. 57, n. 12.

⁷⁰ ROSSELLO, *Receptum argentariorum*, cit. p. 59.

⁷¹ BEKKER, *Recipere und permutare*, cit. p. 12, n. 2.

⁷² ASTUTI, *Il costituito di debito*, II, cit. p. 290.

⁷³ ARCHI, *Contributi alla critica del corpus juris*, II, cit. p. 140.

⁷⁴ FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I, cit. p. 284.

⁷⁵ DÍAZ BAUTISTA, A.: *Estudios sobre la banca bizantina (negocios bancarios en la legislación de Justiniano)*, Secretariado de Comunicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Murcia, Murcia, 1987, p. 169.

⁷⁶ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El receptum argentarii en el derecho romano clásico*, cit. p. 98.

⁷⁷ Ed. 9, pr.

⁷⁸ DÍAZ BAUTISTA, *Estudios sobre la banca bizantina*, cit. p. 177.

habrían podido realizarlo otros particulares no banqueros⁷⁹. En la práctica eran utilizadas como garantías del pago a plazo, usualmente de una compraventa, de tal manera que debían reunir una condición básica: debían ser absolutamente abstractas, sobre todo porque así se permitía, como era la práctica habitual, garantizar negocios que no se perfeccionaban sino hasta después de contar con la intermediación del garante.

Esta abstracción permitía, primero, hacer nacer la garantía antes del nacimiento de la obligación y, segundo, dada su total desconexión con la deuda principal, ponía al acreedor a resguardo de futuras reclamaciones del banquero en relación a una falta de causa en la obligación⁸⁰. Así entonces, el banquero no podía alegar la falta de causa, ni excepciones del deudor, ni se le podía exigir al acreedor que se dirigiera primero contra el deudor principal, como era la regla general en esta época⁸¹.

MITTEIS⁸² hace equivaler ἀντιφώνησις y *constitutum*, sin embargo esto no es del todo exacto. Desde ya, la garantía griega podía nacer antes que la deuda principal, lo que nos podría explicar, quizás, el sospechoso pasaje en que la garantía del *constitutum* y el pago eran deferidas al futuro (*cautum, solutum*)⁸³. Pero, además, el sentido de la garantía bizantina no era unívoco, de manera que admitía ciertas variantes por las que no se le podría calificar de *constitutum debiti*, al menos sin cierta necesaria matización.

El Edicto 9 de Justiniano habla de καθαρὰ (pura) ἀντιφώνησις, es decir, sobre una promesa abstracta pura y simple⁸⁴. En esta forma de garantía el banquero no era un deudor accesorio sino independiente, como había ocurrido siempre en la tradición griega con el ἐγγυητής⁸⁵, o fiador. Ya FREZZA⁸⁶ ha observado que para tal garantía no se requería que la persona beneficiada por la misma siquiera fuese propiamente deudor. En todo caso, si lo era, solía producirse una novación por cambio de deudor entre él y el banquero, a diferencia de

⁷⁹ Nov. 136 pr.

⁸⁰ PETRUCCI, *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*, cit. pp. 213 ss.

⁸¹ Nov. 4, año 535.

⁸² MITTEIS, L.: *Receptum argentarii*, ZSS 29 (1908) pp. 478 y 479.

⁸³ Díg. 13, 5, 5, 3.

⁸⁴ DÍAZ BAUTISTA, *Estudios sobre la banca bizantina*, cit. p. 175.

⁸⁵ Vid. TAUBENSCHLAG, *The law of greco-roman egypt in the light of the papyri*, cit. pp. 411 ss.

⁸⁶ FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, 1, cit. pp. 285 y 286.

lo que ocurría con el *constitutum debiti* clásico. Ello, por la combinación de la entrega de los documentos de la deuda más el *iussum* que se le daba al banquero de responder por la obligación⁸⁷.

Por ello, la manera de obtener el reembolso del pago hecho en virtud de las καθαροὶ ἀντιφώνησις se conducía siempre por la *actio mandati contraria*, según el edicto justiniano, de acuerdo a lo que parecía ser un viejo uso comercial, según BEKKER⁸⁸, o al menos una práctica habitual desarrollada en época bizantina, como sugiere TAUBENSCHLAG⁸⁹; de hecho, en este último período mencionado, estas garantías ya se concebían como "*mandata qualificata*" y, consecuentemente, los banqueros no solo eran aludidos con términos tales como ἔγγυηταί, sino que también se les designaba, de manera mucho más expresiva, como μανδάτορες.

En relación con el reembolso, según Edicto 9 pr., podían los banqueros solicitar la prueba de que el acreedor había dado bienes o dinero al deudor, pero en la práctica esto no era frecuente, de manera tal que los banqueros resultaban muchas veces burlados por los deudores carentes de escrúpulos, a la hora de exigir este pago. Y he aquí el verdadero problema, el banquero, impedido de emplear la *exceptio non numeratae pecuniae*; o cualquier otra frente al acreedor, se veía impedido de cobrar su crédito, frustrándose así el reembolso mediante la negativa de la existencia de la obligación por parte del deudor⁹⁰. No compartimos la opinión que sostiene DÍAZ BAUTISTA⁹¹ —no sin dudas—, según la cual el banquero podría emplear la *condictio indebiti* contra el acreedor, pues tenía perfecta causa su pago, máxime si consideramos la abstracción tan pronunciada de la garantía.

Todo esto viene a ser modulado por el cap. 1 del Edicto 9, donde se establece que si la petición de las ἀντιφώνησις había sido puesta por escrito por el deudor, tendría inmediatamente la virtud de generar la acción de reembolso; pero si, en cambio, esto no se había realizado, transcurridos más de dos meses desde que hubiera vencido el plazo para que el cliente pagara al banquero sin que dicho cliente entablara la *querella non numeratae pecuniae* (μεμψις), recurriéndose

⁸⁷ DÍAZ BAUTISTA, Estudios sobre la banca bizantina, cit. p. 196.

⁸⁸ BEKKER, Recipere und permutare, cit. p. 9.

⁸⁹ TAUBENSCHLAG, The law of greco-roman egypt in the light of the papyri, cit. p. 415 y n. 14.

⁹⁰ DÍAZ BAUTISTA, Estudios sobre la banca bizantina, cit. p. 183.

⁹¹ DÍAZ BAUTISTA, Estudios sobre la banca bizantina, cit. p. 184.

a los medios generales de prueba, se procedería a exigir la obligación de reembolso sin inconvenientes⁹².

Coincidiendo con esta última opinión, DÍAZ BAUTISTA⁹³ agrega que la práctica bancaria que sostenía FREZZA corresponde a la de las καθαρά ἀντιφώνησις realizadas por los banqueros bizantinos. Por su parte ASTUTI⁹⁴ también identifica el *indefense constituere* con la garantía del Edicto de Justiniano, pero la verdadera cuestión se encuentra en que para el autor español aquella corresponde al *receptum argentariorum*; sin embargo, para el italiano esto no es así: los banqueros griegos habrían tenido prácticas que se mantenían al margen de las operaciones jurídicas romanas de Occidente, de tal manera que la afinidad evidente entre los institutos no es más que eso.

Frente a lo anterior, DÍAZ BAUTISTA⁹⁵ insiste en que la diferencia entre el *receptum argentarii* y la καθαρά ἀντιφώνησις radica solo en aspectos accidentales⁹⁶. No entraremos en la enumeración de estas diferencias, que no pueden ser fácilmente aceptables como "accidentales". Lo cierto es que el *constitutum indefense* no es un *constitutum* ni es un *receptum*, razón por la que ya hace tiempo COLLINET⁹⁷ rechazó la tesis de CUQ⁹⁸ según la cual la falta de una palabra griega correspondiente a "*recipere*" motivó la creación del *indefense constituere*, que no sería otra cosa que el *receptum*.

Ahora, si de aproximaciones se trata, efectivamente la cualidad que mejor distingue al *receptum* del *constitutum* es la abstracción, y la verdad es que, desde este punto de vista, la invención de Justiniano más se parecería al *receptum argentarii*. En ese sentido, se podría decir que la garantía bizantina es la heredera del *receptum*, tal vez no por razones dogmático-históricas, sino en el solo sentido de haber tomado su lugar en el desenvolvimiento del tráfico comercial. Si a pesar de la afín abstracción que se les atribuyen al *receptum* y a la καθαρά ἀντιφώνησις no se aplicó a esta el término latino en su traducción

⁹² DÍAZ BAUTISTA, Estudios sobre la banca bizantina, cit. p. 187.

⁹³ DÍAZ BAUTISTA, Estudios sobre la banca bizantina, cit. p. 193.

⁹⁴ ASTUTI, Il costituuto di debito, II, cit. p. 303.

⁹⁵ DÍAZ BAUTISTA, Estudios sobre la banca bizantina, cit. p. 193.

⁹⁶ Vid. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, El *receptum argentarii* en el derecho romano clásico, cit. pp. 98 y 99.

⁹⁷ COLLINET, P.: Études historiques sur le droit de justinien, 1, Recueil Sirey, Paris, 1912, pp. 274 ss.

⁹⁸ CUQ, M.: Manuel des institutions juridiques des romains, Librairie Plon, Paris, 1928, p. 514.

griega, se debe dilucidar la razón por la que se prefirió lo que parece ser una meditada abstención del Emperador. En ese sentido, coincidimos con DÍAZ BAUTISTA⁹⁹ en cuanto a que lo que pretendía Justiniano era desterrar la abstracción absoluta del *receptum argentarii* y de ahí la traducción en clave de *constitutum*, ἀντιφώνησις, de las καθαρά ἀντιφώνησις (*indefense constituere*).

No es fácil superar lo misterioso que resulta que la propia Constitución de Justiniano señale como causa del desuso del *receptum* el empleo de *solemnia verba*¹⁰⁰. Esta razón parece suficiente, desde el mismo punto de vista práctico que se esgrime al establecer similitudes por la doctrina, para demostrar que había en el *receptum* propiamente dicho un obstáculo importante –incluso en el orden lingüístico– de cara a su ágil celebración, por más cercanía funcional que nos esforcemos en encontrar. A lo anterior hay que agregar que se ahonda el misterio con el radical y lapidario juicio de valor que expone la constitución. Cuesta encontrar en las palabras de Justiniano una clara conexión con la realidad comercial de su época y, lo principal, con su propio Ordenamiento.

Como sea, *receptum argentarii*, καθαρά ἀντιφώνησις y *constitutum debiti* son instituciones dogmáticamente paralelas. Si bien hay que reconocer mayor cercanía entre el *receptum* y la garantía bizantina, que entre aquel y el *constitutum*. Por ello, si el *receptum argentarii* de alguna manera tiene su simil en las καθαρά ἀντιφώνησις, y estas garantías, si bien no penetraron directamente como tales en el *Corpus Iuris*, son recibidas como una forma especial de *constitutum (indefense)*. Todo esto obliga al investigador a ser cuidadoso con las interpolaciones, pues, tras la fusión del *constitutum debiti* y el *receptum argentarii*, algunos elementos podrían pertenecer a la garantía griega y, sin darnos cuenta del carácter espurio de algún texto, referirlos erróneamente al *receptum* clásico.

⁹⁹ DÍAZ BAUTISTA, Estudios sobre la banca bizantina, cit. p. 197.

¹⁰⁰ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, El *receptum argentarii* en el derecho romano clásico, cit. pp. 99 y 100.