

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

ANTONIO DÍAZ BAUTISTA Y LA LEGISLACIÓN JUSTINIANEA

ANTONIO DÍAZ BAUTISTA AND JUSTINIAN LAW

Adolfo A. Díaz-Bautista Cremades
Universidad de Murcia

Consiste este breve trabajo en glosar la serie de artículos que publicó Antonio Díaz Bautista¹ sobre el

¹ Una reseña rigurosa, aunque emocionada, de la carrera científica y docente de Antonio Díaz Bautista, puede encontrarse en el artículo publicado por Consuelo Carrasco García bajo el título Antonio Díaz Bautista. Ensayo bibliográfico *in memoriam*, en *Seminarios Complutenses de Derecho romano*, XXVI (2013) pp. 473-495.

Derecho bizantino de obligaciones y que culminó con la publicación por parte de la Universidad de Murcia de una monografía titulada “*Estudios sobre la banca bizantina*”.

Se trata, a juicio de quien esto escribe, de una colección de trabajos caracterizados por el buen hacer, el rigor y el agudo sentido jurídico que presidió toda la producción del Autor, obras útiles –a pesar del tiempo transcurrido desde su publicación- para el investigador actual, no sólo por su factura sino por la temática que abordan. Efectivamente el estudio del Derecho justiniano, especialmente los negocios bancarios, constituía, como él mismo reconoce, un terreno inexplorado por la romanística del momento, tan sólo abordado por autores como Pablo Fuenteseca², Álvaro

² FUENTESECA, P., “Sobre la novela 99 de Justiniano y la supuesta ‘*fideiussio mutua*’, *AHDE* 20 (1950), pp. 242-274.

d'Ors³ Amelia Castresana⁴, Enrique Gómez Royo⁵, y actualmente, por Francisco Andrés Santos⁶.

El primero de ellos, en orden cronológico, es el dedicado a "*La prohibición de ser arrendatarios los clérigos de Nov. Just. 123,6*"⁷, publicado en el Anuario de Historia del Derecho, en 1979, que realiza un análisis de la disposición de Justiniano que recoge una extensa ordenación de la organización eclesiástica con la finalidad -al parecer- de alejar a los clérigos del tráfico económico, especialmente de los

³ D'ORS, A., "Las citas de Gayo en Juan Lido", *AHDE* 21/22 (1951-1952), pp. 1276-1278; "Epigrafía jurídica griega y romana IV (1952-1953)", *SDHI* 20 (1954), pp. 403-484, (1954-1956) p. 23; (1957), pp. 474-542.

⁴ CASTRESANA, A., *El préstamo marítimo griego y la pecunia traiectica romana*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982.

⁵ GÓMEZ ROYO, E., "La '*natura condictionis*' en los Basílicos, *Estudios J. Iglesias* III, Madrid, 1988, pp. 1363-1373; *El mutuo en las fuentes postclásicas bizantinas*, Valencia, 1992. Éstos, entre otros.

⁶ ANDRÉS SANTOS, F. "Algunos problemas de traducción de la terminología jurídica romana en el Imperio bizantino", *Minerva: Revista de filosofía clásica*, nº 19 (2006) pp. 285-296; "La *Eisagoge* de Focio, un compendio jurídico bizantino del siglo IX", *Revista General de Derecho romano* 9 (2007).

⁷ "La prohibición de ser arrendatarios los clérigos", *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 49, 1979, pp. 721-732.

arrendamientos de tierras⁸. Según concluye el Autor, en esta novela (concordante con el Canon 3 del Concilio Ecuménico de Calcedonia, impuesto por el emperador Marciano), *el denominador común de todos los negocios prohibidos* (recaudador, cobrador de impuestos, concesionario de bienes públicos, procurador, etc.) es, *excepto en el caso del arrendamiento, la gestión interesada*. De la extrañeza del Autor ante esta anomalía surge el interés de la investigación, en la que concluye que puede afirmarse⁹ que *no parece que la Nov. 123.6 prohíba a los eclesiásticos el arrendamiento en general sino sólo el arrendamiento fructífero de tierras, esto es, convertirse en colonos*, incluyendo, por otro lado, la *enfiteusis*, como forma de arrendamiento.

Además del análisis exhaustivo y riguroso de la institución, el artículo examina las consecuencias que el emperador impone a los transgresores.

El siguiente artículo que desarrolla esta línea fue titulado "*Notas sobre el aseguramiento de obligaciones en la legislación justiniana*"¹⁰, dedicado al examen de las novelas 14, 51 de Justiniano. En ellas, los

⁸ Pues, como señala el Autor, "*el arrendamiento fructífero de terrenos aparece en el Derecho romano postclásico como una situación revestida de fortísima vocación a la estabilidad, y que confiere una poderosa independencia al arrendatario en orden al aprovechamiento y la disponibilidad*" (pág. 731)

⁹ pág. 727.

Emperadores prohíben que se exija a las actrices fiadores que garanticen su dedicación profesional y “*que no haya lenones (pornobóskoi) en ningún lugar de la república romana, ni garantes de los contratos firmados con esa finalidad*”, lo cual pone el Autor en relación con la novela 163 de Tiberio II “*en la que se ordena la remisión de tributos atrasados e impagados por los habitantes de ciertas regiones del imperio, como medida de liberalidad basada en la difícil situación económica de los contribuyentes*”. Con ello, Díaz Bautista resalta el interés de los emperadores por señalar el carácter accesorio en toda suerte de aseguramiento personal por comportamiento ajeno, en contra de una *praxis* en la que influía aún la herencia de la *engye* griega, aseguramiento subsidiario pero no accesorio de cualquier actividad ajena, constituyese o no obligación.

Como continuación de esta línea de investigación, en 1982 publica el Autor, “*Les garanties bancaires dans la législation de Justinien*”¹¹, en el que reflexiona sobre

¹⁰ “Notas sobre el aseguramiento de obligaciones en la legislación justiniana”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 50, 1980, pp. 683-698.

¹¹ *Les garanties bancaires dans la législation de Justinien*, RIDA 30 (1983), pp. 81 y ss.

la tendencia del Derecho justiniano a reducir la abstracción en los negocios como muestra del carácter moralizante y la doctrina naturalista que se impone ya desde el Derecho postclásico. Según el Autor, la “causalización” sirve a la Justicia mientras que la abstracción responde a exigencias de seguridad jurídica.

En este artículo se inician las indagaciones de Díaz Bautista en torno a la *kazara antifonesis*, que luego cristalizarían en la monografía *Estudios sobre la banca bizantina (negocios bancarios en la legislación de Justiniano)*. La *antifónesis* fue un contrato de garantía bancaria por el que el banquero asumía una deuda presente o futura del cliente, obligándose a pagarla en un plazo determinado. Esta obligación del banquero frente al acreedor era abstracta, por lo que, cuando éste reclamaba su cumplimiento, el acreedor no tenía que probar la existencia de la obligación garantizada y, consiguientemente, el banquero no podía oponer las excepciones derivadas del negocio subyacente. El *antifonetes* era, así, un garante independiente como había sido siempre el *engetes* en la tradición griega.

Sin embargo, la posición del banquero que asumía una obligación por la *kazara antifonesis* estaba aún más desligada de la relación principal que en el caso de la *engye*, puesto que en ésta el garante (*engetes*) debía

pagar si el deudor principal no observaba la conducta prevista, mientras que el banquero respondía en virtud de la *antifonesis* de una deuda sin necesidad de reclamación previa al deudor principal. Incluso si la obligación asumida por el banquero no había llegado a nacer, éste debía no obstante pagarla. En la vía de regreso el cliente podía rechazar el reembolso alegando la inexistencia de la deuda correspondiendo al banquero la carga de la prueba de la existencia de la obligación, según la práctica derivada de la reforma de Caracalla.

En ese caso, el *antifónetes* debía dirigirse frente el acreedor demostrando la inexistencia de la deuda y ejerciendo la *condictio liberationis* antes del pago, o bien la *condictio indebiti* tras éste. Esta regulación ponía en grave desventaja a los banqueros quienes forzaron a Justiniano a la redacción del Ed. 9 que establece la necesidad de redactar por escrito de la orden de asunción de la deuda dada por el cliente al banco, con el fin de que conste la deuda con aquel, ya que hasta entonces solía hacerse dicha petición verbalmente, basándose en la confianza del cliente.

Identifica el Autor la *kazara antifónesis* con el *receptum argentarii* clásico, que cumplía la misma finalidad, mostrándose que dicha figura no fue realmente derogada por Justiniano, tal como se indica

en C.4.18.2, refundiéndose con el *constitutum*¹². La relación entre ambas figuras (*kazara antifónesis* y *receptum argentarii*) es obvia, cumpliendo ambas la función de “aval bancario”, si bien en la regulación justiniana el banquero que asumía una deuda de su cliente no podía oponer ni la *querella non numeratae pecuniae*, ni la *exceptio non numeratae pecuniae*¹³, ni ninguna otra excepción causal a la demanda del acreedor.

En 1983, la *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* publicó el artículo *L'Intercession des femmes dans la législation de Justinien*. En él, Díaz Bautista analiza la regulación contenida en CJ 4.29.22-25 (Justiniano 530-531) que considera *la dernière démarche d'une longue tradition, partant... du temps d'Auguste et de Claude*¹⁴. Además de clarificar la

¹² Un estudio detallado y actualizado del *receptum argentarii* puede encontrarse en Rodríguez González, Ana M.: El *receptum argentarii* en el Derecho romano clásico: una propuesta de análisis, Boletín Oficial del Estado, 2004.

¹³ Estudiada con detalle por la Profesora Consuelo Carrasco García en su obra Supuestos de hecho de la “*exceptio non numeratae pecuniae*” en el Derecho romano, Dykinson, 2000.

¹⁴ El sentido del artículo es analizar el contraste y evolución de la prohibición de la intercesión de la mujer desde los tiempos de Augusto hasta Justiniano, comprobando que *Plus de cinq cents ans après, la dernière règle sur ce sujet repétait l'interdiction... Le cercle se refermait, comme s'il obéissant à ne capricieuse loi*

aplicación del SC Velejano, explica el Autor, la prohibición de intercesión se convierte, por disposición de Justiniano, en una ley perfecta, por lo que su contravención comportará la nulidad *ipso iure*¹⁵. Posteriormente, se centra el estudio en la Novela 134.8¹⁶ (*Authentica si qua mulier*), del año 556, que ejerció gran influencia en Derecho común y, si bien fue derogada en Derecho español, siguió vigente en la Compilación de Cataluña¹⁷

Fruto de todas estas investigaciones fue la publicación de la monografía *Estudios sobre la banca bizantina*¹⁸ en la que el Autor examina la “*tensión entre clasicismo y vulgarismo; entre romanismo y helenismo que va a constituir el complejo entramado del pensamiento jurídico justiniano*”.

El Autor, en la introducción de la obra, señala los motivos, personales y científicos, que le han llevado a la preparación de la misma: tanto el interés por desentrañar la realidad jurídica que subyace en la

de géométrie historique. (Pág. 99).

¹⁵ Pág. 88

¹⁶ Pág. 92

¹⁷ Se refiere a los artículos 321 y 322 de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña Ley 40/60 de 21 de julio, hoy derogados.

¹⁸ Editum, Universidad de Murcia, 1987

actividad bancaria como la escasez de trabajos sistemáticos sobre las Novelas de Justiniano constituyen el *leitmotiv* de la presente obra.

Para su elaboración Díaz Bautista parte de la traducción al latín de *Schöll y Kroll* (6ª edición, 1954) aunque advierte que el análisis de los textos originales - que realiza con todo detenimiento- es necesario para advertir matices preteridos en la versión latina. Asimismo, en la introducción rinde tributo al *Manuale Novellarum Justiniani* publicado por Van der Wal en 1964, del que declara (introducción, pág. 10) “*sin su consulta no hubiésemos podido llevar a cabo este trabajo. La minuciosa labor de sistematización de los textos nos ha permitido ir a los fragmentos buscando la materia correspondiente, y relacionarlos con otras sedes donde se trataban cuestiones relacionadas*”.

Sin embargo, pese al reconocimiento que realiza el Autor del indudable aporte de ambas obras instrumentales y de la modestia que presenta al aventurar sus conclusiones, señalando su sorpresa ante la ausencia de trabajos previos, a lo largo de la obra se desvelan con claridad meridiana las conclusiones, inéditas, que presenta y que hacen de este trabajo una piedra angular para el estudio de las instituciones bancarias en el Imperio de Oriente.

A lo largo de cinco capítulos, Díaz Bautista analiza tres textos (Nov. 136; Ed. 7 y Ed. 9), dedicados por Justiniano a los negocios bancarios.

En el primer capítulo se detalla la fórmula utilizada en la redacción de los documentos bancarios, con análisis de las expresiones utilizadas así como su eficacia según se desprende de la regulación contenida en las fuentes.

En este sentido, cabe reseñar la sugerencia que contiene el texto de que quizás pudieran agruparse estos documentos en diferentes clases en función de su denominación. Así resalta que mientras en algunos casos se hace hincapié en el carácter numérico o aritmético (*logocesia* o *logismo*), lo bien puede referirse a anotaciones contables, en otros casos se habla de *idiocheira* o *grammata*, para referirse a documentos escritos por los propios intervinientes, si bien, curiosamente, se elude en las fuentes la denominación de *chirografa*. Resulta especialmente llamativo, a este respecto, la mención en Ed.9.2.1 de *antisyngrafoi*, para referirse a un documento expedido por duplicado ejemplar. Siguiendo la tendencia desarrollada en la *extraordinaria cognitio*, en la legislación justinianeana se esboza una cierta gradación, no demasiado nítida pero suficientemente apreciable, entre los distintos tipos de documentos, en función de

*su mayor o menor fuerza probatoria derivada de las garantías de autenticidad que su confección lleva consigo.*¹⁹

El documento notarial (*agoraíos symbolaíos*) aparece configurado en una posición intermedia entre el instrumento público y el mero documento privado... No siendo propiamente el Notario un funcionario público, tampoco sus escritos gozan de verdadera fe pública, pero su valor probatorio es reforzado en Derecho justiniano²⁰. Ello conlleva el establecimiento de un complejo sistema de adverbación documental, analizado en el texto²¹.

A partir de la página 22, fruto de un exhaustivo análisis de las fuentes, el Autor establece una clasificación de los documentos bancarios, advirtiéndole que según el relato que la corporación de los banqueros hace al Emperador al final del Ed. 7 PR (del 542): se realizaban mutuos sin constancia escrita²².

Distingue así el texto los documentos meramente unilaterales (anotaciones contables del acreedor) a los que sólo la presión ejercida por los banqueros sobre el

¹⁹ Pág. 17

²⁰ Pág. 18

²¹ Examinado con detalle en el §8

²² Pág. 24

Emperador habría otorgado cierta fuerza probatoria²³, de los documentos creados por una parte y entregados a la otra como prueba de la existencia del crédito, *los cuales al ser entregados a la contraparte por quien resulta obligado en ellos, suponen ya el acuerdo de voluntades generador del negocio en el Derecho post-clásico*²⁴

En el §6 se analiza la eficacia conferida por el Emperador al pacto de intereses, contenida en Nov. 136.4 y 5, contrastándola con la regulación tradicional del Derecho romano, que privaba de fuerza al mero pacto de intereses.²⁵ Justiniano llega más allá, disponiendo *que se pagasen los intereses en la cuantía en que las leyes permitían establecerlos a los banqueros, es decir en la del 8%, y no sólo los surgidos de estipulación sino incluso los no escritos*²⁶.

Analiza también el texto la regulación contenida en Ed. 9.3 a propósito de la *allelengyon*, institución que suponía una especie de cofianza solidaria, centrándose en la cuestión de que, *para establecer la*

²³ Pág. 23. En §5 analiza con detalle las circunstancias jurídicas y sociales que llevaron al reconocimiento de fuerza probatoria a las anotaciones unilaterales.

²⁴ Pág. 23

²⁵ D. 19.5.24, Afr. 8 *quaest*, cit. en nota 47

²⁶ Pág. 36

*transmisibilidad de la deuda a los herederos se viene a exigir que la promesa del causante o causantes estuviese redactada por escrito, lo cual parece excluir otros medios de prueba o, al menos, darle un especial rango a ésta*²⁷.

El §7 está dedicado al análisis de los documentos redactados por el deudor y entregados al acreedor como prueba de la existencia de la obligación. Al respecto, el Autor señala que la preocupación de los banqueros, reflejada en Ed.7.2.pr., es dotar de valor probatorio a estos documentos privados cuando son impugnados por el deudor. La razón alegada por los banqueros para explicar por qué muchos de estos documentos no se elevan a escritura pública (*symbolaia*) no deja de ser curiosa: *los banqueros contrataban con muchos, y la mayor parte de ellos personas de la nobleza que no desean que se hagan públicos sus negocios, en realidad sus deudas, y ((prefieren parecer superiores antes que inferiores*²⁸.

Un análisis de la *oscura y complicada* redacción de Ed. 7.2.1, lleva a Díaz Bautista a disentir de Van der Wal,²⁹ interpretando las primeras frases del texto en el sentido de que *si se presentan tales documentos autógrafos de los que contrataron con el banquero, esto*

²⁷ Pág. 39

²⁸ Pág. 40

²⁹ Manuale Novellarum Justiniani, 1964, pág. 138, parág. 1.121.

*es de los clientes, no puede ser negado con prestación de juramento, ni por el presunto autor ni por sus causahabientes, que fueron escritos por aquel de quien llevan el nombre; además no se puede oponer contra ellos la exceptio non numeratae pecuniae*³⁰. Sobre esta misma *exceptio*, el Autor desarrolla su origen y evolución en las páginas siguientes.

Respecto a la presunción de validez y veracidad de las operaciones reflejadas en el documento bancario, el Autor analiza en el § 10³¹ la regulación contenida en Ed. 9.2.1 dirigido a aquellos documentos privados que reflejen salidas y entradas de dinero³², sobre los que establece Justiniano el principio de indivisibilidad de las partidas: *Ninguno de los intervinientes podrá aceptar una de las partidas y rechazar la otra; cada uno que quiera hacer valer lo que le beneficia ha de pasar por lo que le perjudica*³³. Principio que el Autor señala ya en textos clásicos³⁴, así como en la legislación moderna (arts. 1228 y 1229 CC). También describe, al hilo de la regulación contenida en Ed. 9.7, la obligación de

³⁰ Pág. 44

³¹ Págs. 50 y ss

³² Que Díaz Bautista relaciona con el tradicional *codex accepti et depensi*, pág. 51

³³ Pág. 51

³⁴ *Paul. 6 ad Sub. D.26.7.16 y Paul.4 resp. D.16.3.26.2*, citados en pág. 53-54

presentación de documentos en caso de discrepancias³⁵.

El segundo apartado está dedicado al análisis de Nov. 136.3 y en concreto al estudio de una cuestión que preocupó al Autor a lo largo de su carrera investigadora: la subrogación real. Esta institución, ajena al Derecho romano clásico, infiltra las fuentes en diferentes momentos importando del Derecho griego la idea de que cuando se adquiere un bien con dinero ajeno, el acreedor del dinero tiene algún derecho real (propiedad o más generalmente prenda o hipoteca) sobre el bien adquirido³⁶. Como señala Díaz Bautista, *se trata de un ejemplo paradigmático del influjo griego en la legislación justiniana en materia bancaria*³⁷. Otros estudios del Autor continuarán en la línea de investigar el alcance y presencia de tal principio en Derecho romano.³⁸

³⁵ Pág. 56 y ss.

³⁶ Tal *aberración jurídica*, vino motivada no sólo por la influencia del Derecho griego, sino también por una necesidad de seguridad jurídica, *porque, teniendo los banqueros esta seguridad de poder quedarse como dueños de las cosas compradas con el dinero que prestaban, estarían más dispuestos a conceder préstamos a quien los necesitaba para adquirir bienes; en términos de política económica la fluidez del crédito es indispensable para el progreso* (pág. 105).

³⁷ Pág. 60

Del estudio de Nov. 136.3 se obtiene la conclusión de que, con imprecisión técnica, el Emperador está considerando que el dinero tomado a préstamo para adquirir un bien continúa siendo de los banqueros y por tanto, de algún modo, el bien adquirido les pertenece, o al menos, deben tener sobre el mismo un derecho real absolutamente preferente³⁹.

Como señala el parágrafo 2⁴⁰, *La argumentación de los banqueros responde a la tendencia del vulgarismo postclásico que enfoca los problemas desde la perspectiva económica, sin importarle demasiado el respeto por las categorías jurídicas. Parte de la idea de*

³⁸ Vid. a.e: “La venta real”, en *El Derecho comercial. De Roma al Derecho moderno*, IX Congreso internacional, XII Iberoamericano de Derecho romano, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, p. 13.

³⁹ En este contexto se enmarca, según el Autor (pág. 97), la disposición contenida en CJ 8,13(14),27 en contra de los banqueros y demás comerciantes, que se extiende en Nov. 136.2 a su favor, en el sentido de considerar *iuris tantum* pignorados los cargos militares enajenables adquiridos por los deudores. Esta “hipoteca tácita” importada al Derecho romano del ordenamiento griego, llega a ser verdadero dominio sobre las cosas compradas (sometido a la condición de que quede impagada la deuda) en la regulación contenida en Nov. 136.3, Como señala el Autor en pág. 99.

⁴⁰ Pág. 62

que el dinero utilizado “es” de los banqueros, y en consecuencia debe considerarse la cosa como comprada por ellos.

Con motivo de analizar el origen de esta institución, que contrasta con la tradición jurídica romana (en la cual el dinero prestado es propiedad del prestatario sin perjuicio de la obligación de restituir derivada del mutuo⁴¹), el Autor se plantea la figura del “depósito irregular” de la que afirma que *Evidentemente el depósito irregular equivale sustancialmente a un mutuo, y aparece como una figura aberrante. La opinión más admitida la reputa una construcción postclásica y hasta justiniana*⁴².

Para explicar la figura de la subrogación real, el Autor acude al análisis del mutuo en Derecho griego señalando que, como ya expuso HJ Wolff,⁴³ en el

⁴¹ Pese a ello, en el §5 (págs. 67-69) Díaz Bautista advierte que también se pueden rastrear en Derecho romano arcaico, argumentos para defender que el mutuario no adquiere el dominio del dinero prestado en el momento que lo recibe. En este sentido, cita *Ulp. 1 Reg. D. 50.16.213.1*, así como los supuestos de la *reconciliatio mutui* y el mutuo confirmado *ex post facto*.

⁴² Pág. 65, n. 6, con cita de Longo, Arangio Ruiz, Bonfante, entre otros.

⁴³ H. J. WOLFF, *Die Grundlagen des griechisches Vertragsrechts*, SZ 74(1957), cit. n.8 pág. 66

Derecho griego no se transmitía al prestatario la propiedad de lo prestado y en consecuencia, el mutuario que no restituía la cantidad entregada estaba dañando el patrimonio ajeno de donde se deriva el carácter delictual de la acción contra el prestatario.

Desarrollando las dificultades de la postura esgrimida por los banqueros bizantinos, el Autor reflexiona sobre el carácter fungible del dinero.⁴⁴ Además, como señala en el § 9, la argumentación contenida en Nov. 136.3 parece confundir la adquisición de la posición jurídica de comprador. Como afirma Díaz Bautista,⁴⁵ *no se es comprador porque se pague el precio, sino que se ha de pagar el precio porque se es comprador*. E incluso, reflexiona, *si el precio de la compraventa fue pagado por un tercero, se transmitirá la propiedad al comprador cuando se realizó el acto adecuado para ello y no al tercero que realizó el pago, y del mismo modo sucede cuando el comprador pagó con «dinero de otro»: la propiedad de la cosa habrá de ser transmitida al comprador y no al financiador*⁴⁶. Pese a ello, y a la claridad de la concepción romana que

⁴⁴ §6, pág. 69 y su intrínseca irrevindicabilidad, para anticipar un tema que, posteriormente desarrollaría, como es *la reivindicación de cosas genéricas*, en Estudios jurídicos "in memoriam" del profesor Alfredo Calonge, 2002 (Volumen I)

⁴⁵ Pág. 76, con cita de *Gai* 3, 139 y *Ulp.* 1 *ad Sab.* D.18.1.2.1:

⁴⁶ Pág. 77, citando a PARTSCH (n. 21)

distingue la compraventa del mutuo, la abundancia de rescriptos imperiales (ya desde Caracalla, CJ.4.50.1 y sobre todo de Gordiano y Diocleciano⁴⁷) son una muestra de la fuerte presión helenizante⁴⁸ que sufrió, en esta materia, el Derecho romano.

Posteriormente, dedica el Autor el capítulo tercero al estudio de la acción subrogatoria y la hipoteca tácita, tal como vienen configuradas en Ed.7.3, aunque para ello acude a examinar los precedentes conforme aparecen en Nov. 136.5.

El Ed.7, otorgado en el año 542 dC, es –en palabras del Autor- fruto de *las dramáticas circunstancias del año 542, epidemia de peste, guerra contra Cosroes, crisis económica unidas a la presencia del banquero Barsymés en el puesto de Comes Sacrarum Largitionum*⁴⁹. Ello justifica que el Emperador

⁴⁷ Por todos, resalta el Autor por su contundencia, el contenido en CJ 3.32.12 que reprocha al peticionario *Incivile atque inusitatum est quod postulas...* (cit. pág. 84)

⁴⁸ El Derecho griego consideraba transmitida la propiedad con el pago del precio o la suscripción del documento, conforme señala PRINGSHEIM (citado por el Autor en n. 24, pág. 86, si bien Gayo refiere este mismo principio al Derecho natural y de gentes, Inst. 2.1.41, cit. pág. 90). La influencia de esta concepción en Derecho romano será analizada más tarde por Díaz Bautista en *La venta "real"* precitado (*vid.* n. 30 *supra*)

⁴⁹ Pág. 115.

estuviera dispuesto a apartarse de la tradición romana para satisfacer –al menos parcialmente- las demandas de los banqueros.

Conforme se expresa en la Nov. 136 (sin duda de fecha anterior al Ed. 7⁵⁰), expone Díaz Bautista⁵¹, *la petición de los banqueros se enderezaba, según la Nov. 136,5 pr. en una triple dirección: a) limitación de la utilización de la exceptio non numeratae pecuniae, b) concesión de una hipoteca sobre los bienes de los deudores, c) concesión de intereses del 8 por ciento sobre sus préstamos aunque no constasen por escrito.*

La primera petición es desarrollada en el parágrafo segundo de este capítulo.⁵² En él, el Autor explica que la misma coincide con la voluntad del Emperador de restringir el uso de la *exceptio*.⁵³ *En este sentido acaba el capítulo interrogando, en el más típico estilo retórico, que quién sería tan descuidado que firmase o diese confesión por una cantidad que no recibió*⁵⁴.

Por lo que respecta a los intereses de los préstamos, se concede el devengo del 8% anual sin necesidad de un pacto expreso, quebrando así la

⁵⁰ Pág. 106

⁵¹ Pág. 108

⁵² Pág. 109

⁵³ Expresada en Nov. 18,8,9, citada en n. 16, pág. 110

⁵⁴ Pág. 110

tradición romana que sólo concedía acción para reclamar los intereses si habían sido prometidos en una *stipulatio* añadida a la *datio* del mutuo. Se consideran así, como señala el Autor con cita de KASER y ROTONDI, *los intereses como elemento «natural» del negocio bancario*⁵⁵.

El párrafo cuarto está dedicado a la tercera petición de los banqueros, la concesión de una afección real sobre los bienes de los deudores. El texto muestra la vacilación del Emperador, y la búsqueda de una solución de compromiso, que satisfaga el interés de los banqueros sin conceder, de manera automática, una garantía real por el mero hecho del mutuo.

La solución adoptada –por el momento- es permitir que se infiera la constitución de la hipoteca de cualquier declaración contenida en el acuerdo que haga referencia a los bienes del deudor, sin necesidad de que se pacte explícitamente, la afección real. Como explica el Autor: *Justiniano se niega, por tanto, a conceder una hipoteca tácita, pero facilita la constitución de una hipoteca presunta. Los banqueros habían pedido que el derecho de hipoteca surgiese automáticamente como consecuencia de una determinada situación jurídica; la existencia de un crédito a su favor contra el cliente del banco. El Emperador rechaza esta solución, por el*

⁵⁵ Pág. 112

*momento, y exige la constitución voluntaria de la hipoteca en garantía de las deudas contraídas por los clientes, pero no exige que la voluntad conste de manera expresa sino que permite inferirla de unas manifestaciones más o menos ambiguas*⁵⁶.

Tras esta introducción, el párrafo 6⁵⁷ aborda la petición contenida en Ed. 7.3 de que se les conceda a los banqueros acción subrogatoria contra los deudores de su prestatarios, en caso de que *los difuntos no hubiesen dejado herederos a causa de su pobreza pero sí deudores, o se hallasen cosas que habían pertenecido a los deudores difuntos y que estaban en poder de otros en depósito o hipoteca.*

El primer supuesto (que los difuntos no hubiesen dejado herederos a causa de su pobreza pero sí deudores) se refiere, según Díaz Bautista, a la posibilidad de que los llamados a una *damnosa hereditas* la hubieran repudiado, habiendo en la misma, créditos contra terceros que pudieran satisfacer el interés del mutuante. La segunda previsión resulta más dudosa. Tras analizar las distintas posibilidades, el Autor concluye que *no se trata en realidad de bienes del difunto sino de bienes que pertenecen a los deudores de aquel y que están afectos por garantía*

⁵⁶ Pág. 115

⁵⁷ Pág. 118

*hipotecaria al pago de la deuda*⁵⁸, achacando la imprecisa y oscura redacción del texto a la vulgarización de la técnica jurídica y a la fuerte influencia del sistema griego de garantías reales. A este punto llega la degeneración de las categorías jurídicas en la mentalidad bizantina⁵⁹.

Esta acción se extiende, sin embargo, al caso de que el deudor continúe vivo; se trata de la acción subrogatoria basada en el principio de que el patrimonio del deudor constituye la garantía del cumplimiento de sus deudas, y en este patrimonio se encuentran englobados no sólo los bienes materiales sino también los créditos que el deudor tuviese contra otras personas⁶⁰. Este concepto resulta aceptado en Derecho moderno,⁶¹ pero resultó problemático en Derecho romano clásico⁶². La concesión de una acción

⁵⁸ Pág. 121

⁵⁹ Pág. 122

⁶⁰ Pág. 123

⁶¹ Como ocurre en el artículo 1.111 CC, citado en la n.28, pág. 123

⁶² Díaz Bautista cita, en la pág. 124, la *actio Serviana* ficticia, y la *actio Rutiliana* con transposición de personas, del *bonorum emptor*. La posibilidad de embargar los créditos del ejecutado, en el curso del *pignus in causa iudicati captum* del proceso cognitorio, contenida en *Ulp. 3 de off. cos.* D. 42.1.15.8 es también contemplada por el Autor como forma de ejercicio subrogatorio de las acciones del deudor. *Vid.* Díaz-Bautista Cremades, Adolfo A: El embargo ejecutivo en el proceso

subrogatoria es generalizada en Derecho justiniano mediante la Novela 135, *probablemente posterior al Ed. 7*⁶³

Siguiendo a VAN DER WAL,⁶⁴ el Autor interpreta la *autorización para ejercitar acciones hipotecarias: “de modo que se les permita a los demandantes o incluso a los demandados si quieren, ejercitar las acciones hipotecarias como si éstas se derivasen de la naturaleza de los contratos de los banqueros y de quienes contratan con ellos aunque en los documentos no se hiciese mención de la hipoteca y tengan preferencia sobre los acreedores posteriores en el tiempo”*⁶⁵ en el sentido de entender que se concede a los banqueros (y a sus acreedores, en su caso de que los banqueros fueran prestatarios) la facultad de ejercitar acciones hipotecarias contra sus mutuarios aunque no se haya pactado la hipoteca expresamente, *considerando la hipoteca «natural» en los contratos de los banqueros*,⁶⁶ descartando por tanto otras posibles interpretaciones que relacionaran tal previsión

cognitorio romano (*pignus in causa iudicati captum*), Marcial Pons, Madrid, 2013.

⁶³ Pág. 130

⁶⁴ N. 58, pág. 133

⁶⁵ Pág. 131

⁶⁶ Pág. 133

normativa con el ejercicio subrogatorio de las acciones del deudor.

Esta nueva hipoteca sobre los bienes del deudor que se establece en Ed. 7.3 es una hipoteca tácita, que va más allá de la establecida en Nov. 136.5 (*Vid. supra*). Aquella era una hipoteca presunta, que se deducía del uso en el contrato de cláusulas que se remitieran a los bienes del deudor, o cualquier otra expresión que permitiera entender que las partes habían vinculado el patrimonio del deudor al cumplimiento de la obligación asumida por el deudor. En este caso, sin embargo, se concede *de iure* la afección real de los bienes del deudor al pago de la deuda. *Es también hipoteca legal puesto que su existencia es impuesta por la ley*⁶⁷. Se trata, además, de una hipoteca general, sobre todos los bienes del deudor.⁶⁸

El beneficio de excusión instaurado en la Novela 4 y su relación con Nov. 136. pr. y Ed.7.4 es el tema del apartado cuarto de la obra. La Novela 4 establece,

⁶⁷ Pág. 133. La ingente cantidad de hipotecas tácitas y legales en Derecho justiniano es clasificada por Díaz Bautista en tres categorías: a) *la idea de la convención tácita elevada a elemento «natural» del negocio*, b) *la idea de la subrogación real del dinero*, y c) *la de la protección de un interés jurídico preferente que corre grave riesgo de ser desconocido* (Pág. 135)

⁶⁸ Pág. 140.

como es sabido, la necesidad de dirigir la acción contra el deudor antes de exigir responsabilidad al fiador. El Emperador justifica esta medida aludiendo al restablecimiento de una “antigua ley” *injustificadamente en desuso que se quiere nuevamente poner en vigor, no exactamente como estaba sino completándola oportunamente con alguna añadidura “grata a Dios”, pues alguna parte de ella no estaba bien delimitada*⁶⁹.

La regla general que se establece es la necesidad de demandar primeramente al deudor y tratar de cobrar la deuda antes de dirigirse contra el fiador, si bien se prevé la inaplicación de esta norma en caso de que el fiador esté presente y el deudor ausente⁷⁰.

⁶⁹ Pág. 143. En la nota 6 (pág. 144) el Autor analiza las teorías sobre cuál es esa antigua ley a que hace referencia Justiniano. Cita la hipótesis de Cujacio –recogida por GLÚCK- de que tal norma figuraría en las XII Tablas, así como CONRADI la refiere a la *lex Poetelia Papiria*. Díaz Bautista aventura aquí su propia hipótesis, al afirmar, con cita de D. 46.1.16 y CJ. 8.13.10. Diocl. Max. 290, que bastaría la reclamación judicial al deudor para abrir paso a la acción directa contra el fiador. Quizás –expone- la “antigua ley” invocada por Justiniano fuesen los textos que concedían la *actio depensi* en la vieja fianza estipulatoria, y la «añadidura oportuna y grata a Dios» el establecimiento de la excusión. Tampoco hay que descartar, en fin, que la alusión al precedente no sea más que un argumento retórico carente de fundamento histórico.

A propósito de la regulación del beneficio de excusión, advierte el Autor, se introduce en la regulación la cesión de acciones a los garantes para que puedan solicitar el reembolso al deudor. Ello, explica Díaz Bautista, *viene a zanjar el viejísimo problema de la falta de una acción de regreso en la fideiussio*⁷¹.

Con cita de POTHIER y VAN DER WAL⁷², refiere el Autor que la interpretación tradicional entiende el beneficio de orden establecido por Justiniano como la necesidad de agotar los bienes del deudor, antes de iniciar acciones contra los garantes. *Consecuencia de este principio es lo que se dispone a continuación: cuando de este modo se haya dirigido el acreedor contra los bienes del deudor principal, aunque estén detentados por otros y los pidiera a los detentadores no siendo satisfecho, serán perseguidos los bienes de los garantes*⁷³. Este sistema, por disposición expresa de Emperador, se extiende no sólo al préstamo de dinero sino a la figura griega del *bebaiotés*, o garante de la evicción en la compraventa. Así como a cualquier otro contrato que admita la presentación de garantes.

⁷⁰ Se incluye aquí una remisión a Papiniano cuyo origen resulta también incierto. *Vid. n. 7*, pág. 147.

⁷¹ Pág. 149

⁷² Pág 151, nota 12.

⁷³ Pág. 152

Concluye Díaz Bautista que *todo este complicado sistema se puede sintetizar señalando que el acreedor debe seguir este orden: 1. ejercitar la correspondiente acción contra el deudor principal, 2. ejecutar los bienes del deudor principal que estén en su poder, 3. ejercitar las acciones personales contra los garantes, 4. ejecutar los bienes hipotecados en garantía de la deuda que están en poder de terceros por haber sido enajenados, 5. ejecutar los bienes de los garantes que están en poder de éstos, y 6. ejecutar los bienes hipotecados por los garantes en aseguramiento de la deuda que están en poder de terceros por haber sido enajenados*⁷⁴.

En el párrafo octavo⁷⁵ plantea el Autor la aplicabilidad de este sistema de excusión a la *kazara antofónesis*, conforme a la redacción de Nov. 4.3.1. El *Authenticum*, *opta por entender que las antifóneis de los banqueros se regirían por el sistema nuevo y traduce Argentariorum quippe sponsionibus... in ordine moderno durantibus*. Sin embargo Díaz Bautista sugiere que el uso del verbo “*meno*” en la redacción imperial parece sugerir que las garantías bancarias siguieran rigiéndose por el sistema anterior. En cualquier caso, advierte, la Nov. 136 contiene una “interpretación auténtica”, al regular que los fiadores pueden renunciar

⁷⁴ Pág. 154

⁷⁵ Pág. 154

al –ahora sí propiamente llamado- “beneficio de excusión” al momento de constituirse la garantía. Se convierte así, dice el Autor, la regulación de *ius cogens* contenida en Nov. 4.3 en una norma de *ius dispositivum*⁷⁶.

El Edicto 7.4 es analizado en el párrafo 12,⁷⁷ señalando cómo el Emperador establece la posibilidad de acudir a la *datio pro solutum* en caso de que el deudor carezca de dinero o bienes muebles, *los magistrados urbanos, en virtud de las facultades atribuidas a ellos, y en provincias los gobernadores, después de haber hecho una estimación precisa de los bienes del deudor darán a los acreedores bienes inmuebles por la cuantía de la deuda*⁷⁸. Como recuerda Díaz Bautista, la dación en pago fue un mecanismo común en Derecho romano, incluso se conocen casos en los que se permitió al deudor imponer unilateralmente dicha dación.⁷⁹

Asimismo, el texto de Ed. 7.4 excluye a los “fiadores reales” (hipotecantes en garantía de deuda

⁷⁶ Pág. 158

⁷⁷ Pág. 161

⁷⁸ Pág. 163

⁷⁹ En la nota 28, pág 168, refiere a Cesar y Suetonio como fuentes literarias. También cita a KUNKEL

ajena) del régimen de excusión establecido en Nov. 4, cuando garanticen préstamos de naturaleza bancaria.

Finalmente, en el quinto capítulo se aborda la cuestión de la *kazara antifonesis*, desarrollando los argumentos anticipados en la precitada *Les garanties bancaires dans la législation de Justinien*, para concluir formulando la que resulta hipótesis final de la obra: que Justiniano realmente nunca derogó el *receptum argentarii*, pese a la dicción de C. 4.18.2, sino que lo reeditó, prácticamente sin variaciones, con el nombre de *kazara antifonesis*.

Como expresa Díaz Bautista, *el término “antifónesis” es la substantivación el verbo “antifoneo” que significa, en general «responder» a una formulación previa; en sentido jurídico se puede utilizar para designar una garantía, es decir el «responder» por otro*⁸⁰. Sin embargo, dicha expresión no es usada en otras normas distintas de las Novelas, ni era frecuente en Derecho griego⁸¹.

Explica el Autor que la *kazara*, en la terminología de las Novelas, es una variedad de *engye* y en la versión bancaria de tal garantía se utilizaba la fórmula “*kazara antifónesis*” que convertía la obligación del

⁸⁰ Pág. 169

⁸¹ En las notas 2 y 3, pág. 169, cita a BORTOLUCCI, MAYR y BEAUCHET.

banquero de responder ante el acreedor de su cliente en una garantía abstracta, desligada de la obligación que le servía de causa⁸². Díaz Bautista discute, analizando las fuentes, la identificación tradicional de la *kazara antifónesis* con el *constitutum possessorium*, ya que la institución clásica –especialmente desde la reforma de Caracalla– es una garantía causal situada por tanto *exactamente en el punto opuesto de las kazara antifóneseis porque se trata de promesas causales*⁸³, o de promesas que se causalizan tan pronto aparece la oposición del deudor.⁸⁴

La principal problemática expuesta en el Edicto 9 es la oposición por parte de los deudores de excepciones causales, relacionadas con la obligación principal, frente a la acción de reembolso del banquero. En el caso de que el banquero no pudiera demostrar la existencia de la deuda, pese a haberla adelantado, la acción no prosperaría, pudiendo tan sólo *dirigirse contra el acreedor demostrando la inexistencia de la*

⁸² Hasta el punto de que el acreedor podía dirigirse contra el banquero garante sin necesidad de previo requerimiento al deudor, ya que la *kazara antifónesis* estaba expresamente excluida del régimen de excusión, como detalla Díaz Bautista en pág. 181

⁸³ Se refiere a las garantías descritas en Paul 3 *quaest.* D. 22.3.25.4 y CJ. 4.30.13, Justino (sin fecha), citados en las notas 21 y 22 de la pág. 176

⁸⁴ Pág. 177

*deuda y ejerciendo o bien la conditio indebiti después del pago, o bien la conditio liberationis previamente.*⁸⁵

La solución, obviamente, era acabar con la causalización de la acción de reembolso. Es decir, si la obligación del garante frente al acreedor era abstracta, de manera que tenía que responder sin oponer al acreedor excepciones causales, del mismo modo, verificado el pago, tendría que poder accionar en vía de regreso contra el deudor garantizado sin que éste pudiera oponerle excepciones relacionadas con la obligación original. Así lo estableció Justiniano en Ed. 9, al menos respecto a las *kazara antfónesis* que constaran documentalmente, dejando un régimen más abierto para las constituidas verbalmente⁸⁶

Centrada así la institución que se analiza, resulta inevitable el planteamiento, en el duodécimo párrafo⁸⁷ de la tesis que sostiene el Autor, y es que, en sus propias palabras, *sin duda, la función que cumplía la kazara antifónesis era la misma que la del receptum argentarii romano.*

⁸⁵ Pág. 184

⁸⁶ El Autor señala la sorpresa ante la frecuencia con que al parecer se realizaban negocios bancarios verbales, a tenor de las fuentes, en un contexto fuertemente documentado como es el Derecho postclásico.

⁸⁷ Pág. 190

Tal afirmación supone una contradicción formal o aparente entre el Edicto 9 y CJ. 4.18.2 que, según interpreta la doctrina, suprimió –por desusado- el *receptum argentarii*, refundiéndolo con el *constitutum*. Sin embargo, el Autor considera inadecuada esa interpretación, y la rebate acudiendo al análisis de las fuentes, al demostrar que, en realidad, se puede interpretar el texto en el sentido de autorizar, pese a todo, a los banqueros, para que siguieran concediendo avales abstractos.

Pese a reconocer la existencia de doctrina discordante,⁸⁸ el Autor defiende con firmeza la identidad sustancial de la *kazara antifónesis* con el *receptum argentarii*⁸⁹ yendo más allá de la interpretación de CJ 4.18.2: *quizás no se pueda llegar a saber jamás si Justiniano, al declarar al receptum argentarii desusado y obsoleto, obró conforme a la realidad, incurrió en grave error, o, en fin, profirió una burda mentira*⁹⁰.

⁸⁸ En nota 59, página 153, cita la opinión contraria de ASTUTI

⁸⁹ En la página 195 cita a PARTSCH y COLLINET, quienes sostienen que el *receptum* fue importado al Derecho romano de fuentes helenas, así como otros autores (ASTUTI, FREZZA) que argumentan sobre las relaciones entre *receptum* y *antifónesis*.

⁹⁰ Pág. 196. Añade, sin embargo, al debate dos cuestiones interesantes: la aversión de Justiniano a los negocios abstractos y la presión –reconocida en las fuentes- de la corporación bancaria.

El juego temporal entre ambas normas le permite al Autor aventurar la siguiente explicación a la aparente contradicción: *Antes de esta disposición, y según la tradición romana, el banquero que asumía una deuda de otro lo hacía normalmente indefense. Después de esta constitución el negocio era, en principio causal, pero podía convertirse en abstracto si el banquero lo deseaba: la causalidad era la regla general, la abstracción la excepción, y no al revés. Algunos años más tarde, consiguieron en el Ed. 9 extender la abstracción a la vía de regreso, cuando la asunción de la deuda se había hecho también de manera abstracta.*

Se trata, en conclusión, de un conjunto de trabajos desarrollados en la penúltima década del siglo XX, con gran rigor y profundidad constituyendo una incursión casi solitaria en una materia poco explorada por la romanística española, constituyendo base y punto de partida para posteriores estudios sobre la pervivencia e innovación del Derecho de obligaciones en la Alta Edad Media y su recepción en los ordenamientos modernos.