

PROTECCIÓN DE LOS INTERESES ECONÓMICOS Y PROTECCIÓN DE LOS CLIENTES. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA EXPERIENCIA DEL DERECHO ROMANO EN MATERIA BANCARIA

Aldo PETRUCCI¹

SUMARIO: I. *Introducción: el derecho romano como expresión de una "economía globalizada" y su utilidad para un jurista contemporáneo. El caso de las empresas bancarias.* II. *Función del edicto del pretor sobre la exhibición en juicio de las cuentas de los banqueros (edictum de rationibus argentariis edendis).* III. *Efectos de la quiebra de un banco respecto a los depositarios y a los inversionistas.* IV. *Equilibrio entre desarrollo económico y protección de los clientes en la organización de las empresas bancarias.* V. *Breves reflexiones conclusivas.*

I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO ROMANO COMO EXPRESIÓN DE UNA "ECONOMÍA GLOBALIZADA" Y SU UTILIDAD PARA UN JURISTA CONTEMPORÁNEO. EL CASO DE LAS EMPRESAS BANCARIAS

El fenómeno de la globalización de la economía a nivel mundial presenta una serie de problemas en el campo del derecho que los juristas tratan de resolver; en ciertos casos, las soluciones ofrecidas por los mismos llegan a originar conflictos entre los diferentes sistemas existentes. El fuerte éxito económico que viven actualmente los Estados Unidos de América hace pensar a muchos (sobre todo en

Agradezco al Prof. Yuri González Roldán la traducción de la presente investigación.

los países en donde su influencia es más profunda), que sería necesario tener únicamente en cuenta su modelo jurídico para obtener los mismos resultados; esta tendencia lamentablemente parece manifestarse también en los órganos y entidades internacionales que tienen la finalidad de realizar esquemas o proyectos de unificación del derecho en el campo civil y comercial afectando directamente los tráficos mercantiles.

La experiencia jurídica de la antigüedad romana no puede ser considerada como una "actividad arqueológica" ajena al desarrollo de las reformas futuras de los ordenamientos de los países que comparten dicha tradición; la idea de "modernidad" no debe significar un rechazo a la memoria del pasado, sino, por el contrario, un punto de reflexión que nos permita encontrar soluciones adecuadas que vayan conforme a nuestro propio sistema jurídico; así, el estudio de las fuentes del derecho romano no sólo presentan utilidad para la formación del jurista (reconocida actualmente incluso por aquellos países, como Francia, que en la década de 1970 la negaron), sino también las siguientes:

- a) Indica un modelo de ordenamiento jurídico que a partir del siglo III a. C., hasta Justiniano fue expresión de una "economía globalizada" que abarcaba todo el mundo "occidental" entonces conocido.
- b) Ofrece una ayuda efectiva en la búsqueda de principios y líneas de desarrollo para la construcción de ordenamientos o bien de sectores jurídicos supranacionales consecuentes a la profunda transformación económica contemporánea.
- c) Muestra soluciones fundamentadas en la equidad y buena fe que el ordenamiento jurídico romano adoptó para conciliar conflictos de intereses entre los profesionales económicos y sus clientes, adaptándose rápidamente a las nuevas exigencias gracias al trabajo de los pretores y de la jurisprudencia.

Ciertamente nadie pone en discusión que entre el mundo romano y el contemporáneo existen profundas diferencias (sobre todo en el aspecto tecnológico) que impiden una automática transposición de la realidad moderna de las reglas del *Corpus iuris civilis* de Justiniano;

no obstante, el análisis de cómo un derecho "universal"² haya tratado algunas cuestiones y problemas que se ponen todavía hoy en día es argumento de reflexión también para el jurista actual que interviene en la formación de un derecho también "universal" más justo y humano.

En nuestra investigación presentaremos a continuación aspectos concernientes a algunos fenómenos de la "vida" y organización de las empresas bancarias que tuvieron un relevante papel en la economía romana, que si bien con herramienta diferentes a las modernas podrían ofrecernos puntos de reflexión para la problemática actual.

Es sabido y aceptado por toda la doctrina contemporánea que entre los diversos significados del término latín *mensa* se encuentra también el de "empresa destinada al ejercicio de determinadas actividades financieras", correspondiente sustancialmente al moderno concepto de "banco".³ Dicho significado es evidente en diversas fuentes jurídicas, literarias y epigráficas del periodo que va del siglo II antes de Cristo a la mitad del siglo III después de Cristo, en donde se hace referencia a actos jurídicos o bien a operaciones de tipo bancario.⁴

Los romanistas y los civilistas realizaron durante el final de los siglos XIX y XX excelentes investigaciones enfocadas principalmente a los orígenes y al régimen de las instituciones más importantes para la vida bancaria que existen y que son utilizadas aún hoy en día: v. gr.: actividades de crédito, depósito, garantía prestada por el banque-

² Sobre tal aspecto incluso en la codificación de Justiniano, cf. S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, 2 ed., Torino, 1999, pp. 15 ss.

³ Cf., entre los estudios más modernos, J. ANDREAU, *La vie financière dans le monde romain. Les métiers de manieurs d'argent (IV siècle av. J.C. - III siècle ap. J.C.)*, Roma, 1987, pp. 447 ss.; A. BURGE, *Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens* en *Revista de la Fundación Savigny (ZSS)*, parte romanística, vol. 104, 1987, pp. 487 ss.; M. A. PENALVER RODRÍGUEZ, *La banca en Roma*, en *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*, vol. 3, Madrid, 1988, pp. 1531 ss.; A. PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo a. C. - metà del III secolo d. C.)*, Nápoles, 1991, pp. 19 ss.; P. GROSCHLER, *Die tabellae - Urkunden aus den pompejanischen und herkulanensischen Urkundenfunden*, Berlín, 1997, pp. 38 ss.

⁴ Por ejemplo, en las fuentes jurídicas: Ulpiano, l. 4 ad ed. en D. 2,13,4 pr. y Escévola, l. 1 dig. en D. 2,14,47,1 con respecto a las cuentas bancarias; Papiniano, l. 3 resp. en D. 14,3,19,1 y el emperador Alejandro Severo en C. 4,25,3 del año 230 d. C. con respecto al depósito bancario. En las fuentes literarias y epigráficas: Marcial, *Epigrammata*, 2,57,5-8 con relación al crédito bajo prenda; Aulo Gellio, *Noctes Atticae* 14,2,7-8, relativamente a la fuerza probatoria de las escrituras bancarias; a la inscripción de *Corpus Inscriptionum Latinarum* vol. 4, núm. 8310, proveniente de Pompeya aun sobre el depósito.

ro (*receptum argentarii*), compensación de obligaciones entre este último y el cliente;⁵ así también, el argumento de la organización jurídica y económica de las empresas bancarias en el derecho romano y los problemas relacionados con las mismas formó objeto de atención científica y de discusión, sobre todo después de la publicación de nuestra obra en 1991, cuyas conclusiones, no obstante algunas críticas, nos parecen todavía válidas; no obstante, faltan todavía de analizar algunos perfiles del régimen jurídico general de las empresas bancarias en una específica óptica que pueda interesar a las transformaciones económicas y jurídicas contemporáneas.

II. FUNCIÓN DEL EDICTO DEL PRETOR SOBRE LA EXHIBICIÓN EN JUICIO DE LAS CUENTAS DE LOS BANQUEROS (*EDICTUM DE RATIONIBUS ARGENTARIIS EDENDIS*)

La referencia probablemente más antigua a las empresas bancarias que hace una fuente jurídica se encuentra en el edicto del pretor que concierne la producción en juicio de las cuentas de los clientes por parte de los banqueros (*edictum de rationibus argentariis edendis*). Su emanación se remonta al siglo II a. C.,⁶ y el texto es conservado en dos fragmentos del cuarto libro del comentario al edicto pretorio de Ulpiano incorporados en D. 2,13,4 pr y D. 2,13,6,8. En el primero, incluido en el Digesto en una versión resumida, se afirma el principio general que todo banquero estaba obligado a exhibir a su cliente la documentación relativa a su cuenta de banco:

Praetor ait: Argentariae mensae exercitores rationem, quae ad se pertinet, edant adiecto die et consule

(Dice el pretor: Los que gestionan un banco exhiban la cuenta que les pertenece, con expresión del día y del cónsul).

Su redacción originaria, según la reconstrucción de Lenel,⁷ aceptada por toda la doctrina, sería:

⁵ Para un panorama general cf. la literatura citada en PETRUCCI, *Mensam exercere*, op. cit., cap. I.

⁶ Cf. PETRUCCI, *Mensam exercere op. cit.*, pp. 141 ss.

⁷ O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, 3a. ed., Leipzig, 1927, pp. 61 ss.

Argentariae mensae exercitores ei, qui iuraverit non calumniae causa postulare se edi sibi rationem quae ad se pertinet, edent adiecto die et consule.

(Los que gestionan un banco al que haya jurado de no pedir por causa de calumnia que le sea exhibida la cuenta que le pertenece, la exhiban con expresión del día y del cónsul).

En el segundo texto de Ulpiano se hace referencia a aquella parte del edicto que consideraba las hipótesis particulares en que el banquero que pide a su vez la presentación en juicio de la cuenta o de quienes la pidieran nuevamente:

Praetor ait: Argentario eive, qui iterum edi postulabit, causa cognita edi iubebo

(Dice el pretor: Con conocimiento de causa, mandaré que se haga exhibición al banquero o a aquel que pidere que se exhiba por segunda vez).

El edicto se completaba con la indicación de la fórmula de la acción que podía ejercitarse en contra del banquero que no hubiera respetado la prescripción pretoria de exhibir las cuentas. La reconstrucción de su texto, no habiendo llegado a nosotros directamente, sino por medio de breves referencias de los juristas clásicos forma todavía objeto de discusiones por parte de la doctrina; tomando en consideración las dos hipótesis que parecen más fundamentadas consideráramos como adecuada la siguiente:⁸

Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio adversus edictum illius praetoris rationem dolo malo non edidisse (et ob eam rem causam perdidisse), quanti Auli Agerii interfuit eam rationem edi sibi, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvo.

(Si resulta que Numerio Negidio no haya exhibido con dolo la cuenta a Aulo Agerio en contra del edicto de aquel pretor [y por eso él haya perdido el litigio], juez condena a Numerio Negidio a pagar a Aulo Agerio tanto dinero cuanto corresponde a su interés a la exhibición de la cuenta, si no resulta absuélvelo).

La aplicación concreta y las finalidades de este edicto nos describen los juristas clásicos en sus comentarios al presente argumento.

⁸ Nos referimos a la propuesta de O. LENEL, *Das edictum perpetuum op. cit.*, p. 61; así como la de A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *La previa información del adversario en el proceso privado romano*, Pamplona, 1969, pp. 229 ss.

Deteniéndonos sobre la primera cláusula edictal que contiene el principio general, encontramos una serie de precisiones referentes al modo de cumplir la obligación de los banqueros y de su responsabilidad que nace en caso de incumplimiento.

En primer lugar, la exhibición era ordenada al banquero mediante un *decretum* del pretor, tal promulgación constituía el momento en que el juez debía determinar el valor de los daños sufridos por el actor en caso en que el banquero no hubiera obedecido.

Is autem qui in hoc edictum incidit, id praestat quod interfuit mea rationes edi, cum decerneretur a praetore, non quod hodie interest.

(Pero el que incurre en este edicto, queda obligado al tanto que me interesó que se exhibieran las cuentas, cuando se ordenase con decreto por el pretor, no a lo que hoy me importa) (Ulpiano, *libro quarto ad edictum* en D. 2,13,8,1).

Por ello resulta que la orden efectuada por el pretor al banquero había sido expresada en la forma de un decreto (*cum decerneretur a praetore*, cuando se ordenase con decreto por el pretor). El carácter vinculativo dependía del poder de *imperium* ínsito en su magistratura y el monto de los daños sufridos al cliente dependía de su interés positivo calculado al momento de la petición de exhibición (*id praestat quod interfuit mea rationes edi ... non quod hodie interest*, queda obligado al tanto que me interesó que se exhibieran las cuentas ... no a lo que hoy me importa). Este último principio es confirmado también por Gayo, *libro primo ad edictum provinciale* en D. 2,13,10,3 que afirma en la primera frase:

Cum autem in id actio competit, quanti agentis intersit editas sibi rationes esse...

(Mas cuando compete acción por tanto cuanto interese al actor que se le hubieren exhibido las cuentas ...).

Para que el cliente pudiese obtener el resarcimiento de los daños de parte del banquero le venía concedida una acción *in factum* (cuya fórmula ha sido indicada anteriormente) fundada en la falta de exhibición y de los daños que se le habían ocasionado. El carácter *in factum* de esta acción ha sido recordado en un pasaje de Paulo, *libro tertio ad edictum* en D. 2,13,9 pr, donde se excluye su aplicación a

aquellas categorías de personas obligadas a la exhibición de las cuentas por un vínculo contractual o semicontractual, como el procurador, el socio o el tutor:

Quaedam sunt personae, quas rationes nobis edere oportet nec tamen a praetore per hoc edictum compelluntur. Veluti cum procurator res rationesve nostras administravit non cogitur a praetore per metum in factum actionis rationes edere ... quia id consequi possumus per mandati actionem

(Existen algunas personas, que es necesario que nos exhiban las cuentas, pero no están constreñidas por el pretor mediante este edicto. Por ejemplo cuando un procurador administró cosas o cuentas nuestras no es obligado por el pretor a exhibir las cuentas por medio de una acción *in factum* ... porque podemos obtenerlo mediante la acción de mandato).

Como se ve del ejemplo referido por el jurista, el procurador que había administrado el patrimonio del *dominus* se encuentra obligado a la relativa contabilidad, si no la presenta, viene demandado en juicio con la acción de mandato (*cum procurator —per mandati actionem*, cuando un procurador— mediante la acción de mandato) y no con la acción *in factum* prevista por el edicto que estamos examinando, porque esta última se puede utilizar sólo en contra de los banqueros.

Ha sido discutida en doctrina la naturaleza de tal acción, porque si bien es cierto presenta elementos propios de las acciones penales como la intransmisibilidad pasiva afirmada por Ulpiano, *libro quarto ad edictum* en D. 2,13,13 (*haec actio neque post annum neque in heredem nisi ex suo facto dabitur*, esta acción no es dada ni después de un año ni en contra del heredero si no por su hecho), contiene además otros elementos de las *actiones ad exhibendum* (acciones para la exhibición), utilizadas como es notorio en función preparatoria de una acción de reivindicación. La opinión más probable, que ya habíamos expresado y confirmamos nuevamente,⁹ es que se trate de una acción penal privada con finalidad de resarcir el daño patrimonial causado por el hecho ilícito del banquero como sucedía para un gran número de *actiones in factum* creadas por la jurisdicción pretoria.¹⁰ Como fundamento de dicha hipótesis se pueden conside-

⁹ Cf. PETRUCCI, *Mensam exercere*, op. cit., pp. 158 ss.

¹⁰ Fundamental al respecto permanece el estudio de B. ALBANESE, *Illecito (storia)* en *Scritti giuridici I*, Palermo, 1991, pp. 791 ss.

rar como argumentos sólidos aparte de la intransmisibilidad pasiva de la acción y de su anualidad (afirmadas en el citado texto D. 2,13,13), el fin sustancialmente resarcible de la condena equivalente al interés positivo del cliente (como se dijo en D. 2,13,8,1 y D. 2,13,10,3 citados anteriormente) y la falta de los requisitos de legitimación activa y de objeto de las *actiones ad exhibendum*.

De la naturaleza de la acción *in factum* sucede como consecuencia que la falta de exhibición en juicio por parte del banquero de la documentación bancaria relativa a las cuentas de los clientes constituye no una violación de las obligaciones contractuales que nacen de la cuenta de banco, sino un verdadero y propio ilícito penal de naturaleza privada.

La petición de exhibir las cuentas podía darse no sólo en los casos de controversias con el banquero, sino también cuando el cliente estuviera en litigio contra un tercero y la relativa contabilidad bancaria representase un medio de prueba para hacer valer las propias razones. Tal aspecto es oportunamente resaltado por Gayo, *libro primo ad edictum provinciale* en D. 2,13,10 pr:

Argentarius rationes edere iubetur: nec interest cum ipso argentario controversia sit an cum alio

(Se manda que el banquero exhiba las cuentas, y no importa que la controversia sea con el mismo banquero, o con otro).

Es posible observar que la petición realizada al banquero no significaba para el cliente necesariamente la cancelación de la cuenta como lo refiere el jurista Pomponio en el libro sexto de su comentario a Sabino en D. 50,16,89,2:

Inter 'edere' et 'reddi rationes' multum interest: nec is qui edere iussus sit, reliquum reddere debet: nam et argentarius edere rationem videtur, etiamsi quod reliquum sit apud eum non solvat

(Entre 'exhibir' y 'presentar la rendición de cuentas' hay mucha diferencia: él a quien fue mandado de exhibir, no debe restituir lo restante: en efecto, el banquero resulta exhibir también la cuenta, aunque no pague lo restante que está en su poder).

En este texto que los compiladores de Justiniano han cambiado de su colocación originaria en materia de legados que tenían por objeto

la liberación de una deuda (*de liberatione legata*)¹¹ se explica la diferencia entre los conceptos de exhibir una documentación contable y presentar una rendición de cuentas (*reddere rationes*), justificando la incorporación en el importante título final *De verborum significatione* (D. 50,16: Del significado de las palabras). Mientras el segundo concepto significa la terminación de una relación jurídica con la consecuente obligación de restitución del eventual remanente de parte del sujeto obligado a la rendición de cuentas, el primero no tiene como consecuencia tal restitución (*nec is qui edere iussus sit, reliquum reddere debet*, él a quien fue mandado de exhibir no debe restituir el restante), porque la exhibición de la documentación contable puede incluirse en la relación jurídica sin determinar la extinción. Y el ejemplo que el jurista indica es propiamente el del banquero, que cumple la obligación de exhibir en juicio la documentación contable del cliente, pero que continúa a conservar con él una relación de cuenta, como se deduce de la permanencia del dinero depositado a él (*nam ... argentarius edere rationem videtur, etiamsi quod reliquum sit apud eum non solvat*, en efecto el banquero resulta ... exhibir la cuenta, aunque no pague lo restante que está en su poder).

Al final la obligación de exhibición en juicio de la contabilidad se transmitía a los herederos del banquero y a sus socios y continuaba en caso de que cesaran la actividad. A las primeras dos situaciones alude todavía una vez más Ulpiano, *libro quarto ad edictum* en D. 2,13,6,1:

Cogentur et successores argentarii edere rationes. Quod si plures sunt heredes et unus habeat, solus ad editionem compelletur: sed si omnes habeant et unus ediderit, omnes ad editionem compellendi sunt ... hoc idem erit et si plures fuerint argentarii, a quibus editio desideratur.

(También los sucesores del banquero serán constreñidos a exhibir las cuentas. Pero si hay una pluralidad de herederos y sólo uno las tiene, él sólo está obligado a la exhibición: pero si todos las tienen y uno solo haya exhibido, todos están obligados a la exhibición ... lo mismo será también si hay una pluralidad de banqueros, a que se pide la exhibición).

Como se ve, en el fragmento se afirma que también los herederos del banquero deben acatar la orden de la exhibición de la contabili-

¹¹ Cf. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, vol. v, reimpr., Graz, 1960, p. 103.

dad (*cogentur et successores argentarii edere rationes*, también los sucesores del banquero serán constreñidos a exhibir las cuentas), sobre tal aspecto se presentan dos particulares hipótesis relacionadas con la presencia de más herederos; que sólo uno de ellos se encuentre en la posesión de la contabilidad, o bien que todos la posean. En la primera hipótesis, como es natural, el solo poseedor está obligado a la exhibición (*solus ad editionem compelletur*, él sólo está obligado a la exhibición), en la segunda hipótesis todos deben presentarla, no bastando el hecho que sólo uno de ellos cumpliera con dicha obligación (*omnes ad editionem compellendi sunt*, todos están obligados a la exhibición). El mismo régimen encuentra aplicación respecto a más banqueros (*hoc idem erit et si plures fuerint argentarii*, lo mismo será también si hay una pluralidad de banqueros), relacionados (si bien el texto no lo dice expresamente) con un vínculo societario.

La tercera situación es recordada brevemente siempre por el mismo Ulpiano, *libro quarto ad edictum* en D. 2,13,4,4, de la siguiente forma:

Etiam is qui desiit argentariam facere, ad editionem compellitur.
(También quien dejó de ejercitar el banco, es obligado a la exhibición).

Las razones que fundamentan la base de la mencionada disciplina de protección de los intereses de los clientes son identificadas en los principios de equidad y de protección de la confianza. Así Ulpiano, *libro quarto ad edictum* en D. 2,13,4,1, al respecto recuerda cómo el pretor considera el primer elemento como fundamento de las relaciones contables entre banquero y clientela:

Huius edicti ratio aequissima est: nam cum singulorum rationes argentarii conficiant, aequum fuit, id quod mei causa confecit meum quodammodum instrumentum mihi edi

(La razón de este edicto es muy equitativa: en efecto, puesto que los banqueros redactan las cuentas de los individuos, fue equitativo que se me exhiba como mía la documentación que redactó en mi interés).

Como podemos constatar, las razones de equidad que justifican la intervención pretoria consistían en el hecho que el titular de la cuenta bancaria era el cliente, considerado como propietario de la documentación relativa, la cual el banquero proveía en su interés, haciendo

justa la petición de utilizarla para los fines probatorios en una controversia (*aequum fuit, id quod mei causa confecit meum quodammodum instrumentum mihi edi*, fue equitativo que se me exhiba como mía la documentación que redactó en mi interés).

La necesidad de tutelar la confianza de todos aquellos que se dirigen a las bancas emerge de un texto de Paulo, *libro tertio ad edictum* en D. 2,13,9,2, donde se recoge la opinión de Pomponio favorable a la extensión del edicto del pretor aquí en examen también para los cambiadores de divisas (*nummularii*), justificándola con la identidad de operaciones entre éstos y los banqueros (*quia et hi nummularii sicut argentarii rationes conficiunt, quia et accipiunt pecuniam et erogant per partes, quarum probatio scriptura codicibusque eorum maxime continetur*, porque estos *nummularii* así como los banqueros tienen cuentas, porque bien sea reciben dinero bien sea lo dan por partes, cuya prueba se incluye sobre todo en sus escrituras y códigos) y fundamentándola con el frecuente recurso de parte de los clientes a su *fides* (*et frequentissime ad fidem eorum decurritur*, y muy frecuentemente se recurre a su *fides*). Con esta última expresión que se puede entender en sentido general referida bien sea a los banqueros como a los cambiadores de divisas, se quiere destacar la difundida confianza de los clientes tanto por la seguridad del dinero a ellos confiado cuanto para una correcta conservación de la relativa documentación contable.

Si las normas vistas hasta el momento parecen haber sido dictaminadas al fin de tutelar principalmente los derechos de los clientes, existen por otra parte otras que demuestran cómo se prestaba la debida atención al desarrollo de la actividad bancaria, evitando que tal disciplina pudiese influir negativamente sobre la misma.

En primer lugar, la exhibición de la documentación contable se encontraba subordinada al juramento de parte del cliente de no pedirla con la única finalidad de causar daño al banquero, como se afirma en Ulpiano, *libro quarto ad edictum* en D. 2,13,6,2, y en Paulo, *libro tertio ad edictum* en D. 2,13,9,3, de los cuales Lenel, como habíamos visto arriba, ha tratado la integración de la primera cláusula edictal. El primer texto dice:

Exigitur autem ab adversario argentarii iusiurandum non calumniae causa postulare edi sibi: ne forte vel supervacuas rationes vel quas habet edi sibi postulet vexandi argentarii causa.

(Se exige al adversario del banquero el juramento de no pedir que se le exhiba por calumnia: para que por ejemplo no pida que se le exhiba o bien una documentación inútil o bien una que se tiene con la finalidad de perjudicar al banquero).

Aquí el jurista destaca claramente que la finalidad del juramento era no causar un perjuicio al banquero con la petición de una documentación inútil o ya en posesión del que la pide (*ne forte vel supervacuas rationes vel quas habet edi sibi postulet vexandi argentarii causa*, para que por ejemplo no pida que se le exhiba, o bien una documentación inútil, o bien una que se tiene con la finalidad de perjudicar al banquero), operando en caso contrario la responsabilidad que nace a cargo de las personas que violan un juramento.

El mismo principio es contenido también en el segundo texto, pero sin hacer referencia a los ejemplos ni a la finalidad de dañar:

Ceterum omnibus postulantis et iurantibus non calumniae causa petere rationes, quae ad se pertineant, edi iubet.

(De otra parte manda que se exhiban las cuentas que les pertenecen a todos quienes lo piden y juran que requieren las cuentas no por causa de calumnia).

Paulo se limita por ello a afirmar que la exhibición de la documentación de quien era titular debía llegar en beneficio de todos aquellos que la pedían y juraban de hacerlo no por causa de *calumnia*.

En la última parte del § 3 de D. 2,13,10 Gayo, *libro primo ad edictum provinciale*, indica un límite al derecho del cliente de pedir el resarcimiento de los daños en el caso de la falta de exhibición de las cuentas de parte del banquero, subordinándolo a la prueba que existiese una relación causal directa entre pérdida de la controversia de parte del cliente y el incumplimiento de la obligación de presentar las cuentas por parte del banquero:

eveniet, ut, sive qui condemnatus sit sive quod petierit non optinuerit eo, quod non habuerit rationes ex quibus causam suam tueri possit, id ipsum, quod ita perdiderit, hac actione consequatur... si apud hunc iudicem, qui inter eum et argentarium iudicat, potest probare se illo iudicio, quo victus est, vincere potuisse

(sucederá que, bien sea haya sido condenado bien sea no haya conseguido lo que había pedido por el hecho de que no había tenido las cuentas con

las que pudiese defender su causa, obtenga eso mismo, que así haya perdido, con esta acción ... si frente a aquel juez, que juzga entre él y el banquero, puede probar que podría ganar en aquel juicio en que fue vencido).

Las expresiones relativas a la pérdida de la controversia por la ausencia de exhibición de la documentación contable de la cuenta bancaria resultan muy claras al necesitar un nexo causal directo que haga responsable al banquero (*eo quod non habuerit rationes ex quibus causam suam tueri possit*, por el hecho de que no había tenido las cuentas con las que pudiese defender su causa) y a la necesidad de probar tal relación (*si apud ... iudicem potest probare se illo iudicio, quo victus est, vincere potuisse*, si frente al juez puede probar que podría ganar en aquel juicio en que fue vencido).

Además el banquero está obligado al resarcimiento de los daños sólo si el incumplimiento de la disposición del pretor de exhibir la documentación contable dependía de su dolo o culpa grave como ha sido referido por Ulpiano, *libro quarto ad edictum* en D. 2,13,8 pr.

Ubi exigitur argentarius rationes edere, tunc punitur, cum dolo malo non exhibet: sed culpam non praestabit nisi dolo proximam. Dolo malo autem non edidit et qui malitiose edidit et qui in totum non edidit.

(Cuando se exige que el banquero exhiba las cuentas, es punido en el momento en que no exhibe por razón de dolo: pero no prestará la culpa si no es próxima al dolo. Pero no exhibió con base en la razón de dolo, bien sea quien exhibió con fraude, bien sea quien no exhibió de modo no completo).

Según la doctrina que nosotros mismos habíamos considerado aceptable, el edicto del pretor habría hecho en un origen referencia únicamente al dolo, debiéndose por ello considerar la referencia a la culpa fruto de una interpolación sucesiva de edad justiniana;¹² no obstante, actualmente somos mayormente convencidos en la posibilidad que la mención a la culpa grave junto al dolo como criterio de responsabilidad del banquero haya sido introducida mucho tiempo antes de Justiniano, a lo mejor ya al final del siglo I d. C., porque en esta época tal criterio era utilizado por otros juristas. Consideramos

¹² Cf. PETRUCCI, *Mensam exercere*, op. cit., pp. 155 s.

por ello que la atribución de Ulpiano deba aceptarse como genuina, si bien persiste la posibilidad de la existencia de retoques formales del texto realizados con la finalidad de acercar el dolo y la culpa grave. Si es así, el jurista severiano admitiría una responsabilidad del banquero por una falta de exhibición sólo cuando ésta pudiese calificarse como fruto de una conducta dolosa o gravemente culposa, entrando en la primera categoría también los casos de exhibición fraudulenta o no completa.

En fin, la exhibición era estrictamente limitada a aquella parte de las escrituras contables relativas a las cuentas de los clientes (el *codex rationum*) que se refería a la sola controversia ya encaminada como observa Gaio, *libro primo ad edictum provinciale* en D. 2,13,10,2:

Edi autem ratio ita intellegitur, si a capite edatur, nam ratio nisi a capite inspiciatur, intellegi non potest: scilicet ut non totum cuique codicem rationum totasque membranas inspiciendi describendique potestas fiat, sed ut ea sola pars rationum, quae ad instruendum aliquem pertineat, inspiciatur et describatur.

(Después se entiende que la cuenta sea exhibida, si se exhibe desde el inicio; en efecto, la cuenta si no se inspecciona desde el inicio, no puede entenderse (exhibida); ciertamente de modo que cada uno no tenga el poder de ver y recopiar todo el código de las cuentas y todas las páginas, sino sólo de modo que sea vista y copiada aquella parte de las cuentas que sirva a informar a alguien).

En el primer periodo del texto el jurista destaca que se considera exhibida una cuenta sólo cuando se puede observar desde el inicio (*edi ... ratio ita intellegitur, si a capite edatur*, se entiende que la cuenta sea exhibida, si se exhibe desde el inicio), porque frente a la falta de esto resulta incomprensible el elenco de las operaciones que lo forman (*nam ratio nisi a capite inspiciatur, intellegi non potest*, en efecto la cuenta si no se inspecciona desde el inicio, no puede entenderse). La necesidad de observar la documentación de una cuenta desde el inicio se explica con el hecho que cada una de las páginas de las que estaba compuesto el *codex rationum* comenzaba con la indicación de la fecha seguida del registro de las operaciones de crédito y deuda relativas a las cuentas individuales como se constata por

Ulpiano, *libro quarto ad edictum* en D. 2,13,6,6.¹³ Entonces las palabras de Gayo van interpretadas en el sentido que quien había pedido la exhibición debía ser puesto en la condición de conocer las referencias cronológicas de las varias operaciones de su cuenta para poder entender correctamente su desarrollo. Pero, como se precisa en la segunda mitad del pasaje gayano en examen, tal poder de inspección y hacer copia no se extendía a todo el libro contable, sino sólo a aquellas partes necesarias a fines probatorios para la controversia en desarrollo (... *ut non totum cuique codicem rationum totasque membranas inspiciendi describendique potestas fiat, sed ut ea sola pars rationum, quae ad instruendum aliquem pertineat, inspiciatur et describatur*, ... de modo que cada uno no tenga el poder de ver y recopiar todo el código de las cuentas y todas las páginas, sino de modo que sea vista y copiada sólo aquella parte de las cuentas, que sirva a informar a alguien). Tal precisión reviste gran importancia, porque es evidentemente finalizada a proteger el secreto de las operaciones efectuadas entre banca y clientes, excluyendo de la publicidad todo lo que no correspondía a la controversia de la que era derivada la petición de exhibición.

La armonización de las exigencias de los banqueros y de los clientes puede observarse en la segunda cláusula del edicto objeto de nuestro estudio: *argentario eive, qui iterum edi postulabit, causa cognita edi iubebo* (Con conocimiento de causa, mandaré que se haga exhibición al banquero o a aquel que pidiera que se exhiba por segunda vez) (Ulpiano, *libro quarto ad edictum* en D. 2,13,6,8). El primer factor de equilibrio es debido al hecho de que el pretor no ordenaba automáticamente la exhibición de la contabilidad, bien sea porque la pidiese el banquero o bien el cliente realizase la petición una segunda ocasión, sino con conocimiento de causa (*causa cognita*). Esto significa que en estas dos hipótesis particulares él valuaba caso por caso las circunstancias y el fundamento de la petición antes de emitir el decreto con la orden de exhibición. La *ratio* de la disposición edictal

¹³ *Si initium tabularum habet diem, in quibus Titii ratio scripta est, postmodum mea sine die et consule, etiam mihi edendus est dies et consul: communis enim omnis rationis est praepositio diei et consulis* (Si el inicio de las tablas <del *codex rationum*> tiene el día, en que la cuenta de Ticio fue escrita, y después la mía sin día y cónsul, debe exhibirse el día y el cónsul también a mí: puesto que la indicación del día y del cónsul es común a todas las cuentas). Sobre el punto cf. PETRUCCI, *Mensam exercere, op. cit.*, pp. 168 y ss.

nos demuestra, por un lado, que se querían prevenir eventuales actitudes fraudulentas o negligentes del banquero, permitiéndole de pedir al cliente la exhibición de la contabilidad sólo cuando recurrieran determinados eventos, por otro lado, se querían además evitar perjuicios para el cliente que pedía una segunda vez la exhibición por hechos no dependientes de su comportamiento reprochable. Sobre la aplicación práctica de tal cláusula vienen dadas importantes noticias de los juristas Ulpiano y Paulo en dos textos relacionados entre sí tomados de sus comentarios al edicto:

Ulpianus, libro cuarto ad edictum in D. 2,13,6,9-10: *Prohibet argentario edi illa ratione, quod etiam ipse instructus esse potest instrumento suae professionis: et absurdum est, cum ipse in ea sit causa, ut edere debeat, ipsum petere ut edatur ei ... Nam ipsi argentario ex causa ratio edenda est: si naufragio vel ruina vel incendio vel alio simili casu rationes perdidisse probet aut in longinquo habere, veluti trans mare. Nec iterum postulanti edi praetor iubet, nisi ex causa:*

Paulus, libro tertio ad edictum in D. 2,13,7 pr: *veluti si peregre habere quod primum editum sibi doceat: vel minus plene editum: vel eas rationes, quas casu maiore, non vero negligentia perdidit. Nam si eo casu amisit, cui ignosci debeat, ex integro edi iubebit.*

(Ulpiano, libro cuarto al edicto en D. 2,13,6,9-10: Se prohíbe que se exhiba al banquero por aquella razón, que el mismo puede también ser instruido mediante la documentación de su profesión: y es absurdo que, encontrándose el mismo en aquella situación, que deba exhibir, pida el mismo que se le exhiba ... En efecto al mismo banquero debe exhibirse la cuenta con base en una causa: si pruebe de haber perdido las cuentas por naufragio o ruina o incendio u otro caso similar o de tenerlas en un lugar lejos más allá del mar. Ni el pretor manda que se exhiba al que lo pide otra vez, otro que con base en una causa:)

(Paulo, libro tercero al edicto en D. 2,13,7 pr: como por ejemplo si pruebe que tiene en otra región lo que la primera vez le haya sido exhibido: o bien que se le haya exhibido menos completamente: o bien que haya perdido aquellas cuentas por causa mayor y no por negligencia. En efecto si las perdió por aquel caso, a que se deba perdonar (el pretor) mandará que se le exhiba de nuevo).

En el primer texto Ulpiano explica primeramente las razones por las que la petición de exhibición de parte del banquero dependía del examen preliminar de las circunstancias del caso; ya que el ejercicio

de su profesión implicaba una obligación de conservar la documentación contable de las cuentas de los clientes, sobre la cual podía ser actualizado, habría parecido un absurdo privilegio liberarlo de tal obligación y permitirle de pedir a los clientes la exhibición judicial invirtiendo a su favor la carga de la prueba (*prohibet argentario edi ... ipsum petere ut edatur ei*, se prohíbe que se exhiba al banquero ... pida el mismo que se le exhiba). Y después admitir que tal petición pudiese aceptarse sólo con base en una justa causa, indicándose entre ellas los eventos de fuerza mayor como el naufragio, la ruina o el incendio o bien la conservación de la documentación contable en un lugar lejano, por ejemplo una provincia que se encontrase más allá del mar. Así la misma necesidad de una justa causa viene hecha valer también respecto al cliente que pedía la exhibición una segunda vez (*nec iterum postulanti edi praetor iubet, nisi ex causa*, ni el pretor manda que se exhiba al que lo pide otra vez, otro que con base en una causa).

Una ejemplificación de justas causas en favor del cliente se encuentra en apertura del segundo texto, donde Paulo habla de conservación de los documentos contables ya exhibidos en una región lejana (*peregre habere quod primum editum est*), de incompleta exhibición de parte de banquero la primera vez (*minus plene editum*) o de pérdida no culpable de los mismos por un caso de fuerza mayor (*eas rationes ... casu maiore, non negligentia ... perdidit*). Es importante destacar cómo la prueba de estas circunstancias debiese ser dada por el cliente (*si ... doceat*, si ... pruebe) y como el criterio de la pérdida no culpable fuese entendido en modo no rígido, porque al cliente era permitido demostrar la existencia de cualquier causa de justificación, que si aceptada por el pretor, permitía la renovación de orden de exhibir (*si eo casu amisit, cui ignosci debeat, ex integro edi iubebit*, si las perdió por aquel caso, a que se deba perdonar, mandará que se le exhiba de nuevo).

En conclusión, de cuanto hemos observado, emerge que la normativa principal al edicto examinado se ha venido formando y completando mediante un trabajo armónico de actividad jurisdiccional de los pretores y de la actividad interpretativa de los juristas para permitir una amplia obra de adecuación de los instrumentos jurídicos a las transformaciones de la economía con el objetivo de unir exigencias de protección de la clientela y exigencias de expansión de las bancas respecto a un sector así delicado e importante como es el de la contabilidad.

III. EFECTOS DE LA QUIEBRA DE UN BANCO RESPECTO A LOS DEPOSITARIOS Y A LOS INVERSIONISTAS

En el Digesto son conservados cuatro textos en los que en modo no orgánico y bajo diversos aspectos se considera el fenómeno de la quiebra de una banca y sus consecuencias para los que habían confiado a ella su propio dinero. Si bien la parcialidad y fragmentación de los mismos, se revelan interesantes perfiles para el argumento que estamos desarrollando en este momento. Los primeros dos se encuentran en el título D. 16,3 relativo al depósito y son el fragmento 7,2 de Ulpiano, *libro trigésimo ad edictum* y el sucesivo fragmento 8 de Papiniano, *libro nono quaestionum*. En el texto ulpiano se afirma:

Quotiens foro cedunt nummularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est eorum qui depositas pecunias habuerunt, non quas faenore apud nummularios, vel cum nummulariis, vel per ipsos exercebant; et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur, dummodo eorum, qui vel postea usuras acceperunt, ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito.

(Siempre que los banqueros se presentan en quiebra, se suele en primer lugar tener cuenta de los depositarios, esto es, de aquellos que tuvieron cantidades depositadas, no las que empleaban a interés en poder de los banqueros, o con los banqueros o por los mismos, y así pues, si se hubieren vendido los bienes, antes que de los privilegios se tiene cuenta de los depositarios, con tal que no se tenga cuenta de los que también después recibieron intereses, como si hubieren renunciado al depósito).

En la hipótesis de quiebra de una banca los acreedores que son tomados en consideración en primer lugar son los depositarios de las sumas de dinero (*solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est eorum qui depositas pecunias habuerunt*, se suele en primer lugar tener cuenta de los depositarios, esto es, de aquellos que tuvieron cantidades depositadas), que el jurista distingue entre los que han metido a disposición del banquero el propio dinero con la finalidad de efectuar inversiones fructíferas (*non quas faenore apud nummularios vel cum nummulariis vel per ipsos exercebant*, no las cantidades que empleaban a interés en poder de los banqueros, o con los banqueros o por los mismos). Lo que restaba de la venta en bloque de los bienes del banquero quebrado es reconocida a los deposi-

tarios una posición incluso preferencial respecto a los mismos acreedores privilegiados (*et ante privilegia ... depositariorum ratio habetur*), pero a condición que hayan renunciado a percibir, también mediante un pacto sucesivo, intereses sobre las sumas depositadas, porque en tal caso se considera que ellos hayan hecho venir menos la relación de depósito (*dummodo eorum qui vel postea usuras acceperunt ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito*, con tal que no se tenga cuenta de los que también después recibieron intereses, como si hubieren renunciado al depósito).

En el sucesivo texto de Papiniano, que los compiladores justinianos han relacionado con el precedente, se precisa:

Quod privilegium exercetur non in ea tantum quantitate, quae in bonis argentarii ex pecunia deposita reperta est sed in omnibus fraudatoris facultatibus: idque propter necessarium usum argentariorum ex utilitate publica receptum est.

(Cuyo privilegio se ejercita no sólo respecto de aquella cantidad, que del dinero depositado se encontró en los bienes del banquero, sino respecto a todos los bienes del defraudador; y esto se admitió por utilidad pública por causa del uso necesario de banqueros).

La posición privilegiada de los depositarios que no perciben intereses se ejercita según posición del jurista no sólo sobre aquella parte de sumas depositadas todavía comprendidas en el patrimonio del banquero (*non in ea tantum quantitate, quae in bonis argentarii ex pecunia deposita reperta est*, no sólo respecto de aquella cantidad, que del dinero depositado se encontró en los bienes del banquero), sino sobre todo su patrimonio (*sed in omnibus ... facultatibus*, sino respecto a todos los bienes), separándose la *ratio* de la introducción de tal principio en la necesidad de valerse de los servicios bancarios para su utilidad pública (*idque propter necessarium usum argentariorum ex utilitate publica receptum est*, y esto se admitió por utilidad pública por causa del uso necesario de banqueros). Es interesante resaltar cómo Papiniano atribuye el término *defraudator* al banquero que se haya sometido a la quiebra para resaltar la ruptura de parte suya de la relación fiduciaria con los clientes, y cómo justifica la extensión de su responsabilidad de todo el patrimonio a la utilidad pública que impone el recurso a las bancas para asegurar la seguridad al dinero propio.

El tercer fragmento donde se examinan las consecuencias de la quiebra de una banca sobre los titulares de las sumas depositadas, es D. 42,5,24,2, también de Ulpiano, *libro sexagesimo tertio ad edictum*, en que se comenta aquella parte del edicto relativa a los acreedores privilegiados en la venta en bloque de los bienes de un deudor insolvente (*bonorum venditio*).¹⁴ En esto se dice:

In bonis mensularii vendundis post privilegia potioem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. Sed enim qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt, a ceteris creditoribus non separantur; et merito, aliud est enim credere aliud deponere. Si tamen nummi extent, vindicari eos posse puto a depositariis, et futurum eum qui vindicat ante privilegia.

(Se determinó que al venderse los bienes de un banquero sea preferente, después de los privilegios, la condición de los que ateniéndose a la fe pública depositaron dinero en el banco. Mas no se separan de los demás acreedores los que recibieron de los banqueros intereses por el dinero depositado; y con razón, porque una cosa es dar a crédito y otra depositar. Pero si existiera el dinero, opino que puede ser reivindicado por los que lo depositaron, y el que lo reivindica será preferente a los privilegiados).

De frente a la quiebra del titular de una banca (*mensularius*) y a la consecuente venta en bloque de sus bienes, los depositantes de sumas de dinero, que se han basado sobre la confianza públicamente reconocida a la banca, tienen derecho a ser satisfechos después de los acreedores privilegiados (*post privilegia potioem eorum causam esse ... qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt*, después de los privilegios, sea preferente la condición de los que ateniéndose a la fe pública depositaron dinero en el banco). La posición de ellos es preferida a la de los que han recibido del banquero intereses sobre las sumas depositadas, resultando por ello éstos no separados de todos los otros acreedores (*... qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt, a ceteris creditoribus non separantur*, no se separan de los demás acreedores los que recibieron de los banqueros intereses por el dinero depositado). Tal preferencia viene explicada con la afirmación que la actividad de depósito no se pueda identificar con aquella de crédito (*aliud est ... credere, aliud deponere*,

¹⁴ Cf. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, op. cit., p. 429.

una cosa es dar a crédito y otra depositar). En el caso en que, por el contrario, el dinero depositado se pudiera todavía individualizar exactamente (*si tamen nummi extent*, pero si existiera el dinero), porque v. gr.: había sido depositada en sacos o bolsas selladas, los que depositaron tales sumas de dinero podían reivindicarlas y su derecho precedía al de los acreedores privilegiados (*vindicari eos posse puto a depositariis et futurum eum qui vindicat ante privilegia*, opino que puede ser reivindicado por los que lo depositaron, y el que lo reivindica será preferente a los privilegiados).

Dada la riqueza de las informaciones contenidas en los textos apenas citados, se han hecho múltiples investigaciones por parte de la doctrina romanística en el último siglo y sobre todo para configurar los varios tipos de depósito bancario en el derecho romano.¹⁵ En esta sede el primer problema que debemos afrontar es la aparente contradicción entre los dos fragmentos de Ulpiano respecto a la posición de los depositarios que no perciben intereses concurrendo con otros acreedores en la hipótesis de la quiebra de la banca. En D. 16,3,7,2 ellos aparecen preferidos a los mismos acreedores privilegiados, mientras en D. 42,5,27,2 se sostiene la solución opuesta. Esto ha inducido a muchos estudiosos de resolver la cuestión considerando interpolado uno u otro texto.¹⁶ A nuestro parecer sería posible considerar conciliables ambos, teniendo en consideración la diversa óptica con la cual el jurista afrontaba el problema en el libro trentésimo y en el libro sesentésimo de su comentario al edicto. En D. 16,3,7,2 las mayores preocupaciones de Ulpiano cuando comentaba el edicto respecto a la acción de depósito, debían haber sido aquellas de diferenciar en el campo jurídico, el contrato de depósito abierto de sumas de dinero respecto a las inversiones y especulaciones realizadas por el banquero a beneficio de sus clientes, reconociéndose al primero una prioridad en el concurso de los acreedores, y de precisar que

¹⁵ Cf. por ejemplo, LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier* II en *Revue internationale de Droits de l'Antiquité (RIDA)*, vol. 22, 1975, pp. 287 ss., donde se encuentran también amplias citaciones de la bibliografía precedente; GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milán, 1976, p. 166; BURGE, *Fiktion*, op. cit., pp. 553 s.; PETRUCCI, *Mensam exercere*, op. cit., pp. 210 ss.

¹⁶ Cf. los autores citados en LEVY RABEL, *Index interpolationum* vol. 1, Leipzig, 1929, p. 273 s. y vol. 3, Leipzig, 1931, p. 245, agregándose además a LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier*, op. cit., pp. 287 ss.

la aceptación, también en un segundo momento (*vel postea*), de intereses sobre las sumas depositadas era de considerarse como una renuncia al depósito, con la consecuente pérdida del derecho de ver satisfechos a los propios acreedores todavía antes que a los mismos acreedores privilegiados. Al jurista no le interesaba fijar en aquel momento con exactitud la posición de los depositantes frente a los acreedores privilegiados, en cuanto que excluía de la prelación a los depositarios que por cualquier motivo hubiesen percibido intereses sobre las sumas invertidas en la banca.

En D. 42,5,24,2, por el contrario, Ulpiano tratando específicamente la parte del edicto dedicada a los acreedores privilegiados en la venta en bloque de los bienes del banquero quebrado, es muy atento en establecer con exactitud el orden de los depositarios en la concurrencia, dando prioridad absoluta antes que a los acreedores privilegiados, a todos aquellos que habían efectuado depósitos cerrados de dinero, considerando inmediatamente después en el orden de prelación a los acreedores privilegiados que habían concluido depósitos abiertos sin percibir intereses, y equiparando a todos los otros acreedores quirografarios a los que percibían intereses sobre las sumas depositadas.

En sustancia, del análisis conjunto de los dos textos vemos como el fenómeno de la quiebra y la consecuente concurrencia entre los acreedores permite al jurista de individualizar las diversas categorías de clientes que se acercan a sus servicios y la protección a estos acordada por el ordenamiento jurídico.

- a) Existían clientes que concluían contratos de depósito cerrado o regular, teniendo por objeto sumas de dinero colocadas en contenedores cerrados y sellados. Tales frente a la quiebra de la banca gozaban de la más fuerte tutela jurídica, debiéndose satisfacerse primeramente sus créditos.
- b) Existían clientes que concluían contratos de depósito abierto o irregular, teniendo por objeto sumas de dinero que el banquero debía restituir en la misma especie y cantidad (*tantundem*), pero sin percibir intereses sobre tales sumas. Ellos habían tenido confianza en la banca (*fidem publica secuti*, ateniéndose a la fe pública, se dice en D. 42,5,24,2) y por esto a los créditos en caso de su quiebra era reconocida una posición preferencial respecto

- a) a los otros acreedores, si bien es cierto posterior a la de los acreedores privilegiados.
- c) Existían clientes que depositaban sumas abiertas de dinero pactando con el banquero, también en un segundo momento la percepción de los intereses.¹⁷ A este respecto es interesante relevar la dificultad que Ulpiano manifestaba en encuadrar tal forma de depósito en el esquema contractual del depósito irregular (*quasi renuntiaverint deposito*, como si hubieran renunciado al depósito en D. 16,3,7,2 y *aliud est enim credere, aliud deponere*, porque una cosa es dar a crédito, y otra depositar en D. 42,5,24,2), dificultad que, por el contrario, parece superada por otros juristas clásicos, como Escevola, *libro primo responsorum* en D. 16,3,28 y Papiniano, *libro nono quaestionum* en D. 16,3,24, los cuales conceden en tal caso al depositante una acción de depósito de buena fe (*actio depositi ex fide bona*) para la restitución de las sumas depositadas y de los intereses, haciendo así entrar también esta forma en el contrato de depósito.¹⁸ Mediante las varias concepciones de los juristas se pueden constatar las varias etapas de esta especial figura de depósito. En la óptica de Ulpiano tales clientes, en virtud de que buscan obtener un lucro económico no pueden recibir en la quiebra una especial protección y son puestos al mismo nivel de todos los otros acreedores quirografarios de la banca.
- d) Existían clientes que desde un inicio buscaban realizar especulaciones financieras mediante la banca, o permitiendo al banquero de invertir su dinero a interés (*pecunias exercere faenore apud nummularios*, emplear a interés cantidades en poder de los banqueros) o concluyendo con el banquero una sociedad con el mismo fin (*pecunias faenore exercere cum nummulariis*, emplear a interés cantidades con los banqueros) o bien todavía utilizando por esto la obra de intermediación del banquero (*pecunias faenore*

¹⁷ Sobre los actos jurídicos concluidos entre banquero y cliente productivos de intereses cf. PETRUCCI, *Prime riflessioni su banca ed interessi nell'esperienza romana* in *Atti del Convegno "L'usura ieri ed oggi"*, Bari 1997, pp. 63 ss.

¹⁸ Sobre el argumento, cf. PETRUCCI, *Mensam exercere*, op. cit., pp. 217 ss. y *Prime riflessioni*, op. cit., p. 66 ss. así como DE CHURRUCA, *Die Gerichtsbarkeit des praefectus urbi ueber die argentarii im klassischen roemischen Recht* en *Zeitschrift der Savigny Stiftung (ZSS)*, 108, 1991, pp. 322 ss.

exercere per nummularios, emplear a interés cantidades por los banqueros). También en esta categoría el jurista severiano niega una tutela diferente de aquella ordinaria asimilándola a la de los otros acreedores quirografarios.

Se había venido formando, al menos respecto a la hipótesis de quiebra de una banca, un régimen jurídico diferenciado para la categoría de clientes, que podríamos definirlos como los “ahorradores”, beneficiándose de una especial protección y, por otra parte, la de los “especuladores”, que eran llamados a soportar el riesgo de una “crisis bancaria” al mismo modo de todos los otros acreedores no privilegiados. Que la formación de tal régimen haya venido a formarse gradualmente sobre la base de la disciplina edictal en materia de depósito y de venta en bloque de los bienes del “quebrado” puede constatar de las expresiones *solet* (se suele) de D. 16,3,7,2 y *placuit* (se determinó) de D. 42,5,24,2 que hacen referencia a prácticas interpretativas o a decisiones de los juristas llamados a dar una respuesta a los problemas concretos que nacen de la realidad.

La colocación en este cuadro del fragmento de Papiniano en D. 16,3,8 no presenta particulares problemas, en cuanto se limita a precisar por último que los créditos de los depositantes que se encuentran en posición prioritaria deben ser satisfechos con todo el patrimonio del banquero quebrado, y no únicamente con lo que quedaba de los varios depósitos. De otra parte, resulta plenamente en línea con el régimen de la venta en bloque de los bienes del quebrado (*bonorum venditio*), que implicaba una participación en el procedimiento concursal de la totalidad de su patrimonio; sin embargo, falta todavía puntualizar que el principio recordado por Papiniano tiene validez sólo para las empresas bancarias fundadas sobre un esquema organizado con responsabilidad ilimitada, mientras que podrá entenderse con limitación al peculio del esclavo o del hijo que gestiona la banca si la empresa hubiera sido estructurada de modo que se limitase tal responsabilidad, como veremos brevemente en el próximo párrafo.

El cuarto texto que afronta problemáticas relacionadas con la quiebra de una banca tiene por objeto un caso concreto mencionado y resuelto por Cervidio Scevola, *libro quinto digestorum* en D. 14,3,20:

Lucius Titius mensae nummulariae quam exercebat habuit libertum praepositum: is Gaio Seio cavit in haec verba: 'Octavius Terminalis rem agens Octavii Felicis Domitio Felici salutem. Habes penes mensam patroni mei denarios mille, quos denarios vobis numerare debebo pridie kalendas maias'. Quaesitum est, Lucio Titio defuncto sine herede bonis eius venditis an ex epistula iure conveniri Terminalis possit. Respondit nec iure his verbis obligatum nec aequitatem conveniendi eum superesse, cum id institoris officio ad fidem mensae protestandam scripsisset.

(Lucio Ticio tuvo a un liberto encargado de la empresa bancaria con que negociaba: éste dio caución a Cayo Seyo en estos términos: ‘Octavio Terminal tratando un asunto de Octavio Félix saluda a Domicio Félix. Tienes en el banco de mi patrono mil denarios, cuyos denarios deberé entregarles el día antes de las calendas de Mayo’. Se preguntó, habiendo fallecido Lucio Ticio sin heredero, y vendidos sus bienes, podría ser demandado en derecho Terminal en virtud de su carta? Respondió, que ni estaba obligado en derecho con estas palabras, ni había equidad para demandarle, porque aquello lo había escrito por su encargo de gerente para dar cuenta de la fe de la empresa bancaria).

Octavio Terminal, liberto propuesto como gerente de la banca (aquí definida *mensa nummularia*)¹⁹ de Lucio Ticio, probable nombre ficticio que el jurista usa en lugar del verdadero, Octavio Feliz promete en una carta de pagar el 30 de abril mil denarios que se encontraban depositados en la banca misma (*habes penes mensam patroni mei denarios mille, quos denarios vobis numerare debebo pridie kalendas maias*, tienes en el banco de mi patrono mil denarios, cuyos denarios deberé entregarles el día antes de las calendas de mayo). Tal promesa, que Octavio Terminal declara de realizar tratando un asunto de Octavio Feliz (*alias* Lucio Ticio), es dirigida a Domicio Feliz (que el jurista al inicio llama con el nombre ficticio de Gayo Seyo), mencionado en la expresión inicial del saludo, que actúa por cuenta de un tercero o por cuenta propia y de un tercero, como se deduce del uso del plural *vobis* (a ustedes), para indicar los destinatarios. La cuestión afrontada por el jurista es si en el caso en que llegando la muerte del banquero que no tenía herederos y una vez realizada la venta de sus bienes la promesa contenida en la carta al no cumplirse pueda ser

¹⁹ Sobre esta terminología para indicar una empresa bancaria cf. PETRUCCI, *Mensam exercere*, op. cit., pp. 253 sig.

demandado en juicio por este hecho el liberto propuesto como gerente Octavio Terminal. La respuesta que viene dada es negativa, bien sea bajo el perfil del derecho que bajo el de la equidad (*nec iure his verbis obligatum nec aequitate conveniendi eum superesse*, ni estaba obligado en derecho con estas palabras, ni había equidad para demandarle), ya que Terminal lo que ha prometido, no lo hizo por sí mismo, sino en el ejercicio de su cargo de gerente con la finalidad de asegurar la confianza de la banca (*cum id institoris officio ad fidem mensae protestandam scripsisset*, porque aquello lo había escrito por su cargo de factor de comercio para dar cuenta de la fe de la empresa bancaria).

Aquí el aspecto que mayor interesa al jurista es el referente a la eventual responsabilidad del gerente (*institor*) hacia los acreedores de la banca por los actos realizados por él con base en su función en caso en que la banca quiebre. No es una casualidad que el fragmento en examen se encuentre referido en el título D. 14,3 relativo a la acción institoria, con la cual los acreedores podían llamar en juicio a la persona propuesta para todos los actos efectuados por el gerente en los límites de la *praepositio institoria* y tal respondía ilimitadamente. Así en la especie aquí analizada la argumentación jurídica hecha valer de los acreedores delante de la quiebra de la banca debía haber sido aquella que siendo el gerente un hombre libre, habiendo actuado en los límites del encargo recibido y habiendo muerto el titular de la banca quebrada y sin herederos, la acción institoria en lugar de ejercitarse en contra de este último se podía ejercitar en contra del primero. Tal argumentación encontraba sostén en la posibilidad admitida en la empresa de navegación como dice Ulpiano, *libro vicensimo octavo ad edictum* en D. 14,1,1,17, que, cuando el gerente de la nave era liberto, los acreedores de la empresa podían escoger si actuar en contra de él o bien en contra de aquél que usa la barca para obtener un beneficio (*est autem nobis electio, utrum exercitorem an magistrum convenire velimus*, pero tenemos la elección si queremos llamar en juicio al empresario del barco o bien al gerente). Esta posibilidad es rechazada por el jurista en el caso de la empresa bancaria, para la cual vale el principio opuesto de la irresponsabilidad del gerente por los actos realizados en tal calidad, dejando como único camino a los acreedores el de hacer valer los propios derechos contra el adquirente en bloque de los bienes del banquero quebrado (*bonorum emptor*), que como es notorio era su sucesor universal.

En el texto de Escévola apenas citado, si de un lado se subraya la confianza que el gerente de una banca debía ofrecer a los clientes en el ejercicio de sus funciones (*ad fidem mensae protestandam*, para dar cuenta de la fe de la empresa bancaria) bajo pena de poder actuar contra el titular de la banca, de otro lado, presenta el hecho que todas las actividades realizadas por el mismo en los límites de su encargo no permiten que los clientes (y los terceros contrayentes) puedan demandarlo en juicio por falta o quiebra del mismo titular.

IV. EQUILIBRIO ENTRE DESARROLLO ECONÓMICO Y PROTECCIÓN DE LOS CLIENTES EN LA ORGANIZACIÓN DE LAS EMPRESAS BANCARIAS

En esta sede no entendemos volver a desarrollar el argumento de los varios modelos organizativos sobre los cuales podía fundarse el ejercicio de una empresa bancaria con base en los testimonios de los juristas clásicos recogidos en el Digesto.²⁰ Queremos llamar la atención de cómo el régimen jurídico creado para cada uno de los modelos se proponía conciliar los diversos intereses que intervenían en la gestión de una banca.

Disponemos mayores informaciones sobre tal aspecto en el caso de una organización fundada sobre la designación de un empleado por parte de un banquero para desarrollar las funciones de gerente del banco. Este esquema como ya habíamos mencionado en el párrafo precedente respecto al comentario de D. 14,3,20, comportaba la posibilidad para los clientes (y naturalmente para cualquier otro acreedor) de ejercitar contra el banquero la acción institoria (*actio institoria*) para las actividades bancarias efectuadas por el gerente,²¹ y la responsabilidad del banquero para las obligaciones que nacen de esta actividad era *in solidum*, por el entero monto de la misma, esto es, una responsabilidad ilimitada.

Sobre la base del edicto del pretor relativo a la acción institoria la jurisprudencia clásica viene a construir una eficaz disciplina nor-

²⁰ Sobre el argumento cf. PETRUCCI, *Mensam exercere*, op. cit., 313 ss.

²¹ Según cuanto se afirma en Ulpiano, *libro vicensimo octavo ad edictum* en D. 14,3,5,3, que toma en examen el caso de un esclavo propuesto para la función de gerente: *sed et si in mensa habuit quis servum praepositum, nomine eius tenebitur* (pero también si alguien encargó como gerente de un banco a uno esclavo, se obligará en nombre de él).

mativa para tutelar a los terceros que tenían relaciones jurídicas con las empresas organizadas según este esquema. Tal tutela se justifica propio por la confianza que las bancas debían ofrecer a los clientes (se dice en D. 14,3,20 *ad fidem mensae protestandam*, para dar cuenta de la fe del banco y en D. 42,5,24,2 *fidem publicam secuti*, ateniéndose a la fe pública) y por la necesidad que éstas tenían de dirigirse a sus servicios (*propter necessarium usum argentariorum*, por causa del uso necesario de los banqueros, D. 16,3,8).

Respecto a la propuesta del gerente, como dice Ulpiano, *libro vicensimo octavo ad edictum* en D. 14,3,11,3-5, debía ser dada una oportuna publicidad para esclarecer las cartas legibles (*claris litteris, unde de plano recte legi possit*, a letras claras, de modo que pueda leerse inmediata y correctamente), en un lugar evidente puesto en la banca o en cualquier lugar donde se ejercitase la función (*ante tabernam ... vel ante eum locum in quo negotiatio exercetur, non in loco remoto, sed evidenti*, frente al local ... o bien frente a aquel lugar en donde se ejercita la empresa, no en un lugar escondido, sino evidente), en una lengua comprensible a los habitantes (*litteris utrum Graecis an Latinis? puto secundum loci condicionem*, en letras griegas o latinas? Opino según la situación del lugar); esta forma de publicidad, además, mientras duraba el ejercicio de la banca, no podía eliminarse (*proscriptum autem perpetuo esse oportet*, de otra parte lo que fue fijado tiene que ser manifestado en perpetuo), porque el relativo aviso había sido retirado con o sin dolo del banquero o por el gerente o sustraído por un tercero o todavía hecho ilegible por el tiempo. Ni el contenido y los límites de la propuesta podían estar modificados por el simple gusto del que lo proponía con la finalidad de engañar a los terceros contrayentes (*condicio autem praepositionis servanda est ... neque enim decipi debent contrahentes*, de otra parte la condición del encargo debe ser respetada ... porque los contratantes no deben ser engañados).

La violación de estas disposiciones venía sancionada con el ejercicio de la misma acción institoria en contra del banquero.

En segundo lugar, resulta indiferente que el gerente tenga el *status* de esclavo o de hombre libre, ya que en ambos casos se hace valer la responsabilidad del banquero mediante la acción institoria, como dice Papiniano, *libro tertio responsorum* en D. 14,3,19,1:

Si dominus, qui servum institorem apud mensam pecuniis accipiendis habuit, post libertatem quoque datam, idem per libertum negotium exercuit, varietate status non mutabitur periculi causa.

(Si el dueño que tuvo un esclavo como gerente de un banco para recibir dinero, también después de haberle dado la libertad, explotó el mismo negocio por medio del liberto, con la variación de estado no se alterará la causa del riesgo).

La situación originaria es la de un banquero que ha propuesto como gerente de la banca a un esclavo propio (... *dominus ... servum institorem apud mensam pecuniis accipiendis habuit*, el dueño tuvo un esclavo como gerente de un banco para recibir dinero), análogamente a lo que habíamos visto en D. 14,3,5,3. Después, sucede que este esclavo fue manumitido sin que dejase de actuar como gerente de la banca, transformándose el dueño en patrón (*post libertatem quoque datam, idem per libertum negotium exercuit*, también después de haberle dado la libertad, explotó el mismo negocio por medio del liberto); en tal caso, según el jurista, el régimen del riesgo empresarial, y por lo tanto de la responsabilidad hacia los terceros por la actividad bancaria concluida por el liberto, continuaba a ser ilimitada, no sufriendo cambios una vez que se dio la variación del *status* de gerente (*varietate status non mutabitur periculi causa*, con la variación del *status* no se alterará la causa del riesgo).

Es evidente cómo aquí el jurista se haya encontrado frente a un problema nuevo consistente en la utilización como gerente de un banco en lugar de un esclavo a un liberto; como el edicto del pretor, que concedía la acción institoria, era modelado sobre la situación originaria en que el banquero proponía como gerente un propio esclavo o hijo de familia, el ejercicio de tales funciones por parte de un hombre libre (también si en determinado momento fue esclavo) ponía las dudas sobre el ejercicio de esta acción. Tal problemática la resuelve Papiniano en sentido afirmativo, reforzando la tutela de los clientes (y de otros acreedores) del banco, para los cuales no debía tener más relevancia el *status* de gerente pudiéndose por ello siempre demandar al propio banquero.

En fin, gracias a la interpretación de la jurisprudencia es creado un régimen jurídico particular para la protección de los terceros contratantes (y por lo tanto también de los clientes), en el caso en que el empresario (que en el presente caso es el banquero) muera, pero la

empresa (que aquí es la banca) continúe sus funciones mediante el gerente.²² Se trata de dos textos, uno de Ulpiano, *libro vicensimo octavo ad edictum* en D. 14,3,5,17 y otro de Paulo, *libro trigesimo ad edictum* en D. 14,3,17,2-3, que toman en consideración cualquier tipo de actividad empresarial organizada según el modelo que habíamos llamado de responsabilidad ilimitada. Se dice en el primer texto:

si ... decesserit qui praeposuit et heres ei extiterit, qui eodem institore utatur, sine dubio teneri eum oportebit. nec non, si ante aditam hereditatem cum eo contractum est, aequum est ignoranti dari institoriam actionem.

(si haya fallecido quien dio el encargo y le haya sucedido un heredero, que utiliza el mismo gerente, sin duda será necesario que él sea obligado. Y, si antes de la aceptación de la herencia fue contratado con él, es equitativo que a quien lo ignora sea dada la acción institoria).

Si el titular de la empresa que ha propuesto a un gerente muere y su heredero continúa a utilizarlo (*si ... decesserit qui praeposuit et heres ei extiterit, qui eodem institore utatur*, si ... haya fallecido quien dio el encargo y le haya sucedido un heredero, que utiliza el mismo gerente), puede ser llamado en juicio con la acción institoria para las actividades realizadas por el mismo. Si antes de la aceptación de la herencia un tercero hubiera contratado con el gerente (... *si ante aditam hereditatem cum eo contractum est*, si antes de la aceptación de la herencia fue contratado con él), ignorando la muerte del empresario, a él viene concedida igualmente por razones de equidad la acción institoria (*aequum est ignoranti dari institoriam actionem*, es equitativo que a quien lo ignora sea dada la acción institoria), que naturalmente ejercerá en contra del heredero después que hubiera aceptado. En la primera parte del texto Ulpiano enuncia el principio general, según el cual la muerte del que proponía al gerente no extinguía la mencionada propuesta cuando el heredero continuaba a utilizar al mismo gerente, mientras en la segunda, se otorgaba protección mediante la acción institoria a los que en buena fe no sabían que estaban concluyendo con un gerente en un momento en que el em-

²² Sull'argomento cf. PETRUCCI, *I servi imuberum esercenti attività imprenditoriali nella riflessione della giurisprudenza romana dell'età commerciale* in *Societas - Ius. Munuscula di allievi a Feliciano Serrao*, Nápoles, 1999, pp. 212 ss., bibliografía.

presario había muerto y todavía no había sido aceptada la herencia. En el texto de Paulo en D. 14,3,17,2-3 se sostiene:

2. Si impubes patri habenti institores heres extiterit, deinde cum his contractum fuerit, dicendum est in pupillum dari actionem propter utilitatem promiscui usus ... 3. Eius contractus certe nomine, qui ante aditam hereditatem intercessit, etiamsi si furiosus heres existat, dandam esse actionem etiam Pomponius scripsit: non enim imputandum est ei, qui sciens dominum decessisse cum institore exercente mercem contrahat.

(2. Si un impúber haya sucedido como heredero al padre que tenía gerentes, y después haya sido contratado con ellos, se ha de decirse que es dada la acción contra el pupilo por utilidad del uso promiscuo ... 3. También escribió Pomponio, que ciertamente se ha de dar acción por razón del contrato que se celebró antes de aceptada la herencia, aunque quedase de heredero un furioso; porque no se ha de culpar al que sabiendo que el dueño falleció contrate con el gerente negociador de la mercancía).

Si un impúber sucede al padre que ha propuesto gerentes a su empresa, los terceros que han contratado con ellos pueden ejercitar en contra de él con la acción institoria por causa de la utilidad que deriva del uso promiscuo de los gerentes mismos (*si impubes —promiscui usus*, si un impúber— del uso promiscuo). Pero respecto a los contratos concluidos antes de la aceptación de la herencia, Paulo, siguiendo la posición de Pomponio, concede por ello a los terceros contratantes con el gerente la acción institoria, también si el heredero del que lo proponía era un enfermo de mente (*etiamsi si furiosus heres existat, dandam esse actionem ...*, se ha de dar acción ..., aunque quedase de heredero un furioso), porque no se puede imputar a quien tenía conciencia de la muerte del empresario que ha propuesto de haber igualmente contratado con el gerente encargado de ejercitar la empresa (*non enim imputandum est ei, qui sciens dominum decessisse cum institore exercente mercem contrahat*, porque no se ha de culpar al que sabiendo que el dueño falleció contrate con el gerente negociador de la mercancía).

Mientras el § 2 va de acuerdo con la hipótesis tratada por Ulpiano en el primer periodo de D. 14,3,5,17 analizado arriba, en el § 3 Pomponio y Paulo se alejan de la solución propuesta por el jurista de Tiro por la actividad desarrollada con el gerente en el momento de la muerte del empresario y el de la aceptación de la herencia, propug-

nando la concesión de la acción institoria también a los contratantes que contrataron con el gerente y que hubiesen tenido conocimiento de la muerte del empresario que lo propuso. Aplicando estos principios a la empresa bancaria, vemos que en la hipótesis de la muerte del banquero y sucesiones de un heredero que utiliza el mismo gerente, existe concordancia de opiniones entre los juristas en el sentido de reconocer a los clientes (y a cualquier tercero contratante) la posibilidad de intentar contra el nuevo titular del banco la acción institoria para hacer valer los propios derechos. En la fase de "vacío" de la titularidad del banco (entre la muerte del banquero y la aceptación de la herencia por obra de su heredero), pero de continuidad de su ejercicio de parte del gerente, las soluciones que emergen en la jurisprudencia eran parcialmente diferentes. Pomponio y Paulo, manifestando una fuerte sensibilidad por las exigencias de la tutela de los clientes (y de todo tercero contratante), le atribuían en todo caso la acción institoria contra el heredero, mientras Ulpiano la limitaba sólo a aquellos de buena fe, que ignorasen la muerte del banquero, otorgando por cuanto a los que por el contrario tuviesen el conocimiento de un periodo de suspensión un momento de espera para que se llegase a aceptar la herencia.

Una vez que hemos clarificado los presentes aspectos, se puede observar cómo tal disciplina se armoniza con aquella que emergía del texto de Escévola, *libro quinto digestorum* en D. 14,3,20 examinado en el precedente párrafo. En éste por ello se configuraba la diferente situación que el banquero fuera muerto sin herederos e insolvente (*Lucio Titio defuncto sine herede bonis eius venditis*, fallecido Lucio Ticio sin heredero y vendidos sus bienes), no permitiendo por tanto a los clientes de tener un nuevo titular de la empresa contra el cual intentar la acción institoria.

Para proteger los intereses del banquero que ejercitaba la banca según el esquema organizativo aquí en examen, se pone el principio por el cual su responsabilidad valía sólo para la actividad cumplida por el gerente en el ámbito de la designación del gerente, según cuanto se afirma en Gayo 4, 71 (cf. además Inst. de Justiniano 4,7,2): *institoria vero formula tunc locum habet, cum quis tabernae aut cuilibet negotiationi filium servumve suum vel quemlibet extraneum, sive servum sive liberum, praeposuerit et quid cum eo eius rei gratia, cui praepositus est, contractum fuerit* (La fórmula de la acción institoria

procede cuando alguien ha encargado como gerente de una tienda o cualquier otro comercio a un hijo o a un esclavo suyos o a cualquier extraño, libre o esclavo, y se ha efectuado con él algún negocio relacionado con aquella actividad por la que fue encargado como gerente). Era entonces de fundamental importancia establecer cuáles actividades realizadas por el gerente pudiesen considerarse en el ejercicio de un banco y cuáles fuesen excluidas, liberando en tal modo al banquero y haciendo responsable, por el contrario, al gerente mismo. La importancia del presente punto ya ha sido subrayada comentando en el § precedente el texto de D. 14,3,20, donde la exención de la responsabilidad del gerente libre de una banca había sido comprendida en la especie concreta de haber actuado en el ámbito de su encargo.

Sobre tal aspecto el testimonio más importante es el de Ulpiano, *libro cuarto ad edictum* en D. 2,13,6,3, donde, en sede del comentario al edicto *de argentariis rationibus edendis* que hemos tomado en examen en el §2, se incluye una definición dada por Labeón de las varias actividades que constituían una cuenta bancaria:

Rationem autem esse Labeo ait, ultro citro dandi accipiendi, credendi, obligandi solvendive causa negotiationem; nec ullam rationem nuda dumtaxat solutione debiti incipere, nec, si pignus acceperit aut mandatum, compellendum edere; hoc enim extra rationem esse. Sed et quod solvi constituit, argentarius edere debet; nam et hoc ex argentaria venit.

(Mas dice Labeón, que una cuenta es una negociación de lo que por una y otra parte se ha de dar, recibir, prestar, obligar o pagar; y que ninguna cuenta empieza sólo por la nuda paga de lo debido, ni a nadie se ha de compeler a exhibir, si haya recibido prenda o mandato, porque esto cae fuera de la cuenta. Pero debe el banquero exhibir también lo que estableció que se pague; porque también esto proviene de su empresa bancaria).

La doctrina considera como único retoque del texto por parte de los compiladores de Justiniano la supresión de la referencia a la garantía específica prestada por los banqueros (el *receptum argentarii*), abolida por el mismo emperador con la constitución del año 531 incluida en C. 4,18,2, y su sustitución con una garantía de carácter general (el *constitutum debiti alieni*), que cualquier tercero podía prestar.

Aceptando tal observación, de la exégesis del mencionado texto es posible realizar algunas deducciones respecto a la naturaleza jurídica de la cuenta bancaria, así como respecto a las actividades que

pueden incorporarse en ella. No es ésta la sede para volver a tratar tales argumentos ya analizados por nosotros en otras investigaciones.²³ Aquí es suficiente relevar cuanto sigue:

El término *ratio* (cuenta) utilizado por los comentarios al edicto de los juristas tiene un doble significado, documental y sustancial, pues con tal expresión se indican, como vimos en el § 2, las escrituras contables en que se registran el complejo de operaciones que conciernen una cuenta, así como la relación jurídica entre banquero y cliente que da origen a dichas operaciones.

Con referencia al aspecto sustancial, el empleo en la definición que acabamos de exponer de las palabras “por una y otra parte” (*ultra citro*) y “negociación” (*negotiatio*) y la imposibilidad que la nuda paga de una deuda pueda constituir una cuenta nos inclinarían a considerar la hipótesis que, por lo menos tendencialmente, Labeón y Ulpiano sean de la idea que el concepto de cuenta bancaria tenga una naturaleza contractual. Tal consideración nos parece válida a pesar de las posibles relaciones entre esta definición labeoniana de cuenta en D. 2,13,6,3 y aquella que el mismo jurista da sobre el concepto de contrato, acordada siempre por Ulpiano en D. 50,16,19.²⁴ En efecto la expresión “por una y otra parte” puede sobrentender no únicamente la bilateralidad objetiva de la relación, sino también su carácter voluntario, mientras que la exclusión que un simple acto de cumplimiento de una obligación pueda dar origen a una cuenta, representa un síntoma indudable de la existencia de un acuerdo de voluntad finalizado a constituirla. Además la palabra “negociación” indica la realización entre cliente y banquero de una pluralidad de actos, o más generalmente de operaciones con ejecución repetida, basados en la unicidad y la unitariedad de la relación jurídica.

²³ Cf. PETRUCCI, *Mensam exercere*, op. cit., pp. 171 sig. y *Prime riflessioni*, op. cit., pp. 80 sig., con indicación de la principal bibliografía.

²⁴ Según la opinión dominante (cf. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Corso di diritto romano I*, Torino, 1992, p. 155, nt. 201), no existe una identidad conceptual entre las dos definiciones, de modo que la idea que Labeón tiene de una cuenta queda fuera de su idea de contrato. El argumento principal en que se basa esta opinión es que el contrato, según Labeón, implicaría necesariamente el nacimiento de obligaciones sinalagmáticas (*ultra citroque obligatio*), mientras la definición de D. 2,13,6,3 haría referencia sencillamente a la reciprocidad de las operaciones bancarias relacionadas con una cuenta (*ultra citro negotiatio*), con exclusión de su carácter sinalagmático. En un sentido parcialmente diferente PETRUCCI, *Prime riflessioni*, op. cit., pp. 80 ss.

La definición de D. 2,13,6,3 nos ofrece una imagen general de las varias actividades que pueden seguramente definirse bancarias, esto es, las negociaciones recíprocas de dar, recibir, prestar, obligar y pagar, mientras que no tienen dicho carácter la nuda paga de una deuda, la recepción de prendas y el mandato, aunque sean actos que podían cumplirse también por parte de un banquero. A las actividades típicas se ha de añadir, según Ulpiano, el *receptum argentarii*, la específica garantía prestada por el banquero en favor de su cliente, pues también esta garantía “procede de (la gestión de) un banco” (*nam et hoc ex argentaria venit*).

Para la determinación concreta de estas actividades no podemos más que remitir a los brillantes estudios de Fernández Barreiro, Albanese, Álvaro D’Ors²⁵ y a las observaciones más recientes realizadas por nosotros.²⁶

Queda todavía un interesante texto de Paulo, *libro primo decretorum* en D. 14,5,8, que demuestra cómo a veces las decisiones de los órganos jurisdiccionales imperiales podían, en presencia de determinadas circunstancias, reconocer una responsabilidad del banquero también para los actos cumplidos por el gerente fuera de su encargo. En éste se dice:

Titianus Primus praeposuerat servum mutuis pecuniis dandis et pignoribus accipiendis: is servus etiam negotiatoribus hordei solebat pro emptore suscipere debitum et solvere. Cum fugisset servus et is, cui delegatus fuerat dare pretium hordei, conveniret dominum nomine institoris, negabat eo nomine se conveniri posse, quia non in eam rem praepositus fuisset. Cum autem et alia quaedam gessisset et horrea conduxisset et multis solvisset idem servus probaretur, praefectus annonae contra dominum dederat sententiam ... quia videbatur in omnibus eum suo nomine substituisse, sententiam conservavit imperator.

(Ticiano Primo había encargado un esclavo a dar dinero en mutuo y a recibir prendas: este esclavo solía también respecto a los negociadores de

²⁵ A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *La previa información del adversario en el proceso privado romano*, Pamplona, 1969, pp. 156 sig.; B. ALBANESE, *Agere, gerere e contrahere in D. 50,16,19. Congesture su una definizione di Labeone* en *Studia et Documenta Historiae et Iuris (SDHI)* 38, 1972, pp. 204 sig., y pie de página 18; A. D’ORS, *Réplicas Panormitanas II, El contractus según Labeón (A propósito de una crítica de Albanese)* en *Revista de Estudios históricos jurídicos* 1, 1976, pp. 29 sig.

²⁶ Cf. PETRUCCI, *Mensam exercere*, op. cit., pp. 179 sig.

cebada asumir la deuda en lugar del comprador y pagar. Habiéndose huido el esclavo y llamando él, al que había sido delegado de pagar el precio de la cebada, en juicio el dueño por cuenta del gerente, éste negaba que podía ser llamado en juicio por tal cuenta, porque no había sido encargado para tal asunto. Pero siendo probado que el mismo esclavo bien sea había ejercitado otras actividades bien sea había gestionado almacenes y había pagado a muchos, el prefecto *annonae* había emitido la sentencia en contra del dueño ... Porque resultaba que él lo había sustituido en todo, el emperador conservó la sentencia).

Ticiano Primo había propuesto a un esclavo para conceder préstamos garantizados mediante prenda. Además de tal actividad realizaba otras, entre las cuales la de otorgar créditos a los adquirentes de los comerciantes de cebada, actuando como delegado de los primeros respecto a los segundos (*etiam negotiatoribus hordei solebat pro emptore suscipere debitum et solvere*, solía también respecto a los negociadores de cebada asumir la deuda en lugar del comprador y pagar). En un cierto momento el esclavo escapa y un comerciante de cebada, el cual había sido delegado a pagar el precio, demanda en juicio al patrón con la acción institoria (*is, cui delegatus fuerat dare pretium hordei, conveniret dominum nomine institoris*, llamando él, al que había sido delegado de pagar el precio de la cebada, en juicio al dueño por cuenta del gerente). El demandado argumentaba la falta de legitimación pasiva para ser demandado en juicio porque la actividad crediticia iba más allá del propio encargo como gerente (*negabat eo nomine se conveniri posse, quia non in eam rem praepositus fuisset*, éste negaba que podía ser llamado en juicio por tal cuenta, porque no había sido encargado para tal asunto). Habiéndose, sin embargo, probado en el procedimiento que aquel esclavo desarrollaba otras actividades económicas, gestionaba almacenes y había actuado de delegado de muchos adquirentes por los cuales había pagado el precio de la cebada, el prefecto de la "anona" había emitido una sentencia de condena en contra del dueño (*praefectus annonae contra dominum dederat sententiam*, el prefecto *annonae* había emitido la sentencia en contra del dueño). La sentencia viene apelada delante al emperador que confirma la decisión del prefecto, sobre el presupuesto que el dueño, habiéndose sustituido a sí mismo por el esclavo en todas las actividades también fuera de la propuesta como gerente, implícitamente habría extendido sus límites (*quia videbatur in omnibus eum*

suo nomine substituisse, sententiam conservavit imperator, porque resultaba que él lo había sustituido en todo, el emperador conservó la sentencia).

Como se puede constatar, en la especie en examen la argumentación del banquero que las actividades financieras cumplidas por el gerente entre comerciantes de cebada y adquirentes no estaban comprendidas entre las específicamente indicadas en la propuesta y superada por la circunstancia que él había normalmente tolerado el desarrollo de tal actividad, además de muchas otras, manifestando por ello la propia voluntad de considerarlas incluidas entre el objeto de su actividad. No parece dudoso que tal solución, si bien fundada sobre una *quaestio voluntatis*, encontrase la propia *ratio* en las mismas exigencias de la confianza de los clientes, que habíamos relevado en el curso de la presente investigación, también si aquí los clientes tutelados son comerciantes de cebada y no pequeños ahorradores.

Mayormente favorecidos eran los beneficios del banquero en el caso de escoger el modelo organizativo fundado sobre la gestión de un banco de parte de su hijo o esclavo en el ámbito del peculio (*mensa peculiaris*), porque en esta hipótesis su responsabilidad hacia los clientes (y otros acreedores) era limitada al monto del mismo peculio (*dumtaxat de peculio*) o de aquella parte del peculio que hubiera sido incorporada en el patrimonio del patrón (*vel de in rem verso*), haciéndose valer con la homónima acción.²⁷ Aquí no era necesario un encargo específico del banquero para la gestión de un banco, sino únicamente la ausencia de su voluntad contraria a tal efecto,²⁸ explicando por qué no fueron impuestos particulares formas de publicidad como para la propuesta como gerente. Es claro que también para tal modelo valían aquellas mismas exigencias de protección de la confianza de los clientes que ya vimos, pero el banquero, en lugar de responder con todo su patrimonio por su violación, se beneficiaba de una limitación de la responsabilidad.

El testimonio de tal fenómeno proviene de Ulpiano, *libro quarto ad edictum* en D. 2,13,4,3, sacado todavía una vez más del comentario al edicto pretorio sobre la exhibición en juicio de la contabilidad

²⁷ Sobre el argumento cf. PETRUCCI, *Mensam exercere*, op. cit., pp. 347 sig.

²⁸ Cf. al respecto PETRUCCI, *I servi umuberum*, op. cit., pp. 221 sig., con amplias referencias bibliográficas.

bancaria (cf. *supra*, § 2).²⁹ En éste, bien sea en la particular óptica del edicto comentado, se meten en luz las ventajas y al mismo tiempo los límites para el banquero de la adopción de este esquema organizativo. En la parte que aquí nos interesa se dice:

Sed si servus argentariam faciat (potest enim), si quidem voluntate domini fecerit, compellendum edere ac perinde in eum dandum est iudicium, ac si ipse fecisset. Sed si inscio domino fecit, satis esse dominum iurare eas se rationes non habere. Si servus peculiarem faciat argentariam, dominus de peculio vel de in rem verso tenetur: sed si dominus habet rationes nec edit, in solidum tenetur.

(Mas si un esclavo gestiona un banco (pues puede), si lo haya gestionado con la voluntad del dueño, éste es constreñido a exhibir y se ha de dar la acción en contra de él, como si lo hubiera gestionado él mismo. Mas si lo gestionó ignorándolo el dueño, es suficiente que el dueño jure que tiene las cuentas. Si el esclavo gestiona un banco en su peculio, el dueño es obligado por la acción *de peculio vel de in rem verso*: mas si el dueño tiene las cuentas y no las exhibe, es obligado por el entero).

En el primer periodo Ulpiano reporta el pensamiento de Sabino citado en el parágrafo 2 del fragmento, según el cual, si el esclavo gestiona el banco al interno del peculio por voluntad del dueño, el mismo es considerado como el gestor directo y contra de él se puede ejercitar la acción por la falta de exhibición de las escrituras contables (*compellendum edere ac perinde in eum dandum est iudicium, ac si ipse fecisset*, éste es constreñido a exhibir y se ha de dar la acción en contra de él, como si lo hubiera gestionado el mismo). Pero si la gestión de la banca se realiza sin el conocimiento del titular, es suficiente que éste realice un juramento por el que afirme de no poseer las escrituras contables para evitar cualquier tipo de responsabilidad (*si inscio domino fecit, satis esse dominum iurare eas se rationes non habere*. Mas si lo gestionó ignorándolo el dueño, es suficiente que el dueño jure que tiene las cuentas). En el periodo final Ulpiano, considerando el pensamiento de Sabino, precisa que en esta última eventualidad, ya que se trata de una empresa gestionada con base en un peculio, contra el titular se puede actuar con la

²⁹ Para una exégesis profunda de tal texto cf. PETRUCCI, *Mensam exercere*, op. cit., pp. 348 sig.

relativa acción. (*Si servus peculiarem faciat argentariam, dominus de peculio vel de in rem verso tenetur*. Si el esclavo gestiona un banco en su peculio, el dueño es obligado por la acción *de peculio vel de in rem verso*). Si, por el contrario, se logra probar que él, declarándose que ignoraba la gestión, poseía la documentación contable y no la había exhibido, su responsabilidad no se encuentra más limitada, sino por la totalidad (*sed si dominus habet rationes nec edit, in solidum tenetur*, mas si el dueño tiene las cuentas y no las exhibe, es obligado por el entero).

Para los fines que nos interesan, se observa, por tanto, como el banquero no podía valerse de la limitación de la responsabilidad todas las veces que su posición subjetiva respecto al ejercicio de la banca no fuese el de la ignorancia. Y si esto valía para la exhibición de la contabilidad, tanto más debía valer para la actividad de gestión de la banca.

En fin, una última reflexión con referencia al modelo organizativo de la sociedad entre banqueros (*societas argentariorum*) sin designación de un gerente. Como es notorio, este tipo de sociedad presenta importantes características, resumibles en la solidaridad activa y pasiva y en la recíproca representación entre los socios, que hacen uno de los tipos más perfectos de sociedad con relevancia externa en la experiencia jurídica romana.³⁰ De las pocas noticias que tenemos a nuestra disposición se puede considerar que la creación de tal régimen jurídico fue primero obra de la práctica y por ello la *Rhetorica ad Herennium* del siglo I a. C., habla de la introducción del principio de la solidaridad pasiva entre banqueros socios por costumbre (*Consuetudine ius est id, quod sine lege aeque, ac si legitimum sit, usitatum est quod genus id quod argentario tuleris expensum, ab socio eius recte petere possis*, el derecho por costumbre es lo que, sin ley igualmente como si fuera legítimo, fue utilizado, este género es lo que te debe un banquero, justamente puedes pedirselo a su socio 2,13,19), y después perfeccionado por la interpretación de los juris-

³⁰ Sobre el argumento cf. V. ARANGIO RUIZ, *La società in diritto romano*, Nápoles, 1965, pp. 82 sig.; M. J. GARCÍA GARRIDO, *La sociedad de los banqueros (societas argentaria)* en *Studi in onore di A. Biscardi*, vol. 3, Milán, 1982, pp. 373 ss.; M. TALAMANCA, *Società (diritto romano)* en *Enc. del Dir.* vol. 42; Milán, 1990, pp. 830; PETRUCCI, *Mensam exercere*, op. cit., pp. 336 ss.

tas. Ésta por ello, mediante el principio de la solidaridad activa entre los socios, debía proponerse favorecer los intereses de los banqueros que podían en tal modo actuar en contra de los deudores también en lugares diferentes de aquellos de donde se había contraído la deuda, mientras, dando reconocimiento al principio de la solidaridad pasiva, debía haber observado el objetivo opuesto, esto es, de permitir a los clientes (y a otros acreedores) de hacer valer las propias razones también en lugares diferentes de la misma banca.

V. BREVES REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Tomando en consideración todo lo que hemos dicho en los presentes parágrafos, se puede observar que el complejo de datos examinados, si bien incompleto y fragmentario, nos ofrece una idea bastante precisa sobre cómo entre los fenómenos importantes de la vida de la banca, el ordenamiento jurídico se esforzase en encontrar puntos de equilibrio entre el conflicto de intereses.

Para la exhibición de las escrituras contables se tiene cuenta de la necesidad de los clientes de poderlas utilizar a salvaguarda de los propios intereses, creando en su favor una acción penal privada para obtener el resarcimiento de los daños ocasionados por el banquero que no había permitido observarlas. Este último a su vez recibía protección de las propias exigencias del secreto profesional en un sector de vital importancia para su empresa.

En el caso de quiebra es evidente la línea de demarcación entre ahorradores y especuladores y la diversa protección establecida en el ordenamiento a las dos categorías, así como los límites de responsabilidad a cargo del gerente.

En la organización se relacionan elementos directos para garantizar estabilidad y expansión de las bancas y elementos de protección también acentuados de todos aquellos que confiaban su propio dinero, mediante una articulada red de normas sobre la responsabilidad.

Es interesante destacar cómo a estas soluciones no se llega mediante instrumentos que hoy llamaremos legislativos o reglamentarios, sino mediante la actividad jurisdiccional pretoria y la interpretación de la jurisprudencia, instrumentos más ágiles respecto a los primeros (basta pensar que el edicto del pretor venía renovado cada año al momento de entrar en funciones el magistrado), y por ello más capa-

ces de adaptarse con eficacia y rapidez a los cambios de la economía y a las nuevas exigencias que resultaban a tal efecto. No es una casualidad que el ordenamiento jurídico privado romano en el periodo de máxima expansión económica sea caracterizado, como emerge de Gayo Inst. 1,2 y sig. de una pluralidad de fuentes de producción del derecho (*constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium*, los derechos del pueblo romano consisten en las leyes, en los plebiscitos, en los senadoconsultos, en las constituciones de los príncipes, en los edictos de los que gozan el poder de promulgarlos y en los dictámenes de los jurisconsultos, Gayo, Inst. 1,2), entre las cuales la ley, si bien teniendo en la escala el grado más alto, desde el punto de vista cuantitativo tenía un papel secundario.

En fin las soluciones propuestas, si bien naciendo del examen de los casos concretos, no restaban límites a sí mismos, sino representaban una aplicación de los principios generales, como la *fides*, entendida bien sea como buena fe en las relaciones bancarias-cliente que confiaba en el banco, la *publica utilitas*, l'*aequitas*, que con su elasticidad, de un lado y, por otro, en su carácter jurídico estaba en grado de extenderse a un número ilimitado de casos, otorgando continuas soluciones a las nuevas especies que mano a mano se venían observando en el mundo jurídico.