

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

**EL DEBER DE INFORMACIÓN, TRANSPARENCIA Y
RESPONSABILIDAD ANTE LOS DEPÓSITOS DE LOS
CLIENTES POR PARTE DE LA BANCA: PRECEDENTES
ROMANOS**

**THE DUTY OF INFORMATION, TRANSPARENCY AND
LIABILITY OF BANKS REGARDING THE DEPOSITS OF
THEIR CLIENTS: ROMAN PRECEDENTS**

María Salazar Revuelta
Catedrática de Derecho romano
Universidad de Jaén
msalazar@ujaen.es

**I.- Deber de información relativo a la
publicidad y contenido de las condiciones
generales de contratación con la banca.**

El Derecho romano siempre tuvo presente que los *argentarii* ejercen un oficio público en el que comprometen su fe pública. En diferentes textos contenidos en el Digesto, que regulan la actividad profesional de la banca¹, se trasluce el interés público

¹ En particular, PETRUCCI, A. se ha ocupado ampliamente de la cuestión. Vid., entre otras, sus obras: *'Mensam exercere'. Studi sull'impresa finanziaria romana (II sec. a. C.- metà III sec. d. C.)*, Napoli, 1991; *Profili giuridici della attività e dell'organizzazione delle banche romane*, Torino, 2002; *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori*, Torino, 2007, concretamente cap. 5^o; CERAMI, P.- PETRUCCI, A., *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, 3^a ed., Torino, 2010. Vid., asimismo, sin ánimo de exhaustividad, pues son numerosas las contribuciones sobre la problemática de la banca y el mundo financiero romano: HUMBERT, G. s. v. "Argentarii", *Daremborg-Saglio, Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, Paris, 1877, pp. 406-408; MITTEIS, L., "Trapezitika", *ZSS* 19 (1898), pp. 198 ss.; PRINGSHEIM, F., "Zum römischen Bankwesen", *Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte (VSWG)* 15, (1919/20), pp. 513-521 [= *Gesammelte Abhandlungen*, 2, Heidelberg, 1961, pp. 114 ss.]; BOGAERT, R., *Les origines antiques de la banque de dépôt*, Leyden 1966; *Banques et banquiers dans les cités grecques*, Leyden 1968; BARLOW, CH. T. *Bankers, moneylenders and interest rates in the Roman Republic*, London, 1982; ANDREAU, J., "Brèves remarques sur les banques et le crédit au I^{er} s. av. J.-C.", *AHN* 28 (1982), pp. 99-123 ; *La vie financière dans le monde romain. Les métiers de manieurs d'argent (IV^e siècle av. J. C.- III^e siècle ap. J. C.)*, Roma, 1987; *Banque et affaires dans le monde romain. IV^e siècle av. J.-C.- III^e*

de la profesión del banquero: así, en D. 2,13,10,1 se habla de la *publica causa* de la función de la banca; en D. 2,13,9,2 y D. 42,5,24,2 encontramos una referencia a su *fides publica* (“*ad fidem eorum decurritur*”) o en D. 16,3,8 se alude a la necesidad de demandar a menudo los servicios prestados por este sector empresarial (“*propter necessarium usum argentariorum*”) ².

siècle ap. J.- C., Paris, 2001; DÍAZ BAUTISTA, A., *Estudios sobre la banca bizantina. (Negocios bancarios en la legislación de Justiniano)*, Murcia, 1987; BÜRGE, A., “Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens”, *ZSS*, 104, 1987, pp. 465-558; PEÑALVER RODRÍGUEZ, M. A., *La banca en Roma*, Madrid, 1994; FÖLDI, A., *Dubbi ed ipotesi in tema della terminologia relative ai banchieri romani*, en *Au-delà des frontières, Mélanges de droit romain offerts à W. Wolodkiewicz*, I, Warszawa, 2000, pp. 207-219; FASOLINO, F., “Sulle tecniche negoziali bancarie: il *receptum argentarii*”, *Labeo*, 46 (2000), pp. 169-187; GARCÍA GARRIDO, *El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo romano*, Madrid, 2001; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A. M., *El receptum argentarii en el Derecho romano clásico. Una propuesta de análisis*, Madrid, 2004; GARCÍA MORCILLO, M., *Las ventas por subasta en el mundo romano: la esfera privada*, Barcelona, 2005.

² También en C. 12,35 (34) bajo la rúbrica ‘*Negotiatores ne militent*’ se prohíbe a los banqueros formar parte de la milicia armada porque son “útiles para todos los contratos”: *Impp. Iustinianus A. Mennae P. P.* C. 12, 34 (35),1: *Eos, qui vel in hac alma urbe vel in provinciis cuidam ergasterio praesunt, militare de cetero prohibemus, exceptis argenti distractoribus, qui in hac alma urbe negotiantur. Hos enim, utpote omnium contractibus utiles armata quidem militia penitus abstinere sancimus...*

Son, por tanto, elementos de utilidad pública y de confianza de los terceros contratantes, que deben recurrir por necesidad a los servicios de la banca – considerada la “parte fuerte” de la relación contractual– los que explican en Roma la creación de un cuerpo específico de normas relativas a la actividad de los banqueros, su organización o jurisdicción sobre ellos.

En este ámbito, está fuera de duda la exigencia de que entre en juego el principio general de la buena fe objetiva, dado que quien contrata con un banquero se encuentra, muy a menudo con condiciones generales o modelos contractuales uniformes, predispuestos unilateralmente, que lo sitúan en una clara posición de desigualdad. Ello representaba en Roma, como hoy, uno de los desafíos más importantes del que conocemos con el nombre de “derecho del consumidor”³.

³ Al respecto, ALPA, G., *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 1999, pp. 155 ss.; BENACCHIO, G., *Diritto privato della Comunità europea*, Padova, 2001, pp. 273 ss.; PETRUCCI, A., “Protección de los intereses económicos y protección de los clientes. Algunas reflexiones sobre la experiencia del derecho romano en materia bancaria”, *Revista de Investigaciones Jurídicas* 25 (2001), pp. 337 ss.; “Sobre los orígenes de la protección dada a los terceros contrayentes frente a los empresarios. Observaciones sobre algunas normativas del derecho romano clásico”, en *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto*

Es obvio que no encontramos en el Derecho romano un campo jurídico o una rama autónoma relativa a la materia comercial, como tampoco un “derecho de los consumidores” con el significado que

dell'integrazione e unificazione del Diritto in Europa e in America Latina 13 (2002), pp. 233 ss.; “Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti con gli *institores* ed i *magistri navis* nel diritto romano dell'età commerciale”, *IVRA* 53 (2002), pp. 17 ss.; ‘*Neque enim decipi debent contrahentes*’. *Appunti sulla tutela dei contraenti con un'impresa nel diritto romano tardorepubblicano e del Principato*, en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Studi in onore di A. Burdese*, 3, Padova, 2003, pp. 89 ss.; “Orígenes romanísticos de la buena fe objetiva en la contratación mercantil”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* 15 (2003), pp. 601 ss.; BIANCA, M., *Buona fede e Diritto privato europeo*, en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Studi in onore di A. Burdese*, 1, Padova, 2003, pp. 201 ss.; MALAURIE. Ph., *Droit romain des obligations, droit français contemporain des contrats et l'Europe d'aujourd'hui*, en *Diritto romano e Terzo Millennio, Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea. Relazioni del Convegno internazionale di Diritto romano. Copanello 3-7 giugno 2000*, Napoli, 2004, pp. 123 ss.; AA.VV., *Responsabilidad civil de profesionales y empresarios. Aspectos nacionales e internacionales*, A Coruña, 2006, pp. xi ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos”, *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral. Tribunal Arbitral de Barcelona* 10 (2010), pp. 151 ss.;

tiene en la actualidad. No obstante, a pesar de que esta materia no conforma un todo independiente, sino que se encuentra diseminada a lo largo del *Corpus Iuris*, no debe ser razón para excluir una falta de preocupación por parte del Derecho romano en este sentido⁴. El hecho de que, con carácter general, no podamos

CASTRESANA, A., “*Fides bona*: la sanción histórica de un deber actual”, *Seminarios Complutenses de Derecho romano*, 25 (2012), pp. 103 ss.

⁴ Para TORRENT, A., “Actividad bancaria e inflación en época diocleciana-constantiniana”, *IVRA*, 57 (2009), p. 56: «La existencia en la mentalidad de los juristas de una serie de categorías sociales dedicadas profesionalmente a la industria bancaria en el sentido de operadores en el mercado de dinero, el comercio, el transporte, con una regulación especializada para estas actividades... es un elemento suficiente para sostener la existencia de un derecho mercantil romano...». En este sentido se han expresado CERAMI, P.- PETRUCCI, A., *Diritto commerciale romano*, cit., pp. 3 ss. defendiendo una “derecho mercantil romano”, como categoría histórica. Vid. También, DI PORTO, A., *Il diritto commerciale romano. Una «zona d’ombra» nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti*, en *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall’ età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al prof. F. Gallo*, III, Napoli, 1997, pp. 413 ss. Cf. LABRUNA, L., *Il diritto mercantile dei romani e l’espansionismo*, en *Le strade del potere. ‘Maiestas Populi Romani, Imperium, Coercitio, Commercium’* (a cura di A. Corbino), Catania, 1994, pp. 115-129; TALAMANCA, M., *Il diritto romano come fattore di unificazione nel mondo antico*, en *Studi Impallomeni*, Milano, 1999, p. 424; CHIUSI, T., *Diritto commerciale romano? Alcune*

realizar una trasposición de las categorías económico-jurídicas actuales a la Antigüedad, no puede ser óbice para negar a priori el valor de ciertos precedentes de la actividad financiera romana⁵.

Se ha de destacar, así, la figura del pretor y su labor edictal en la creación de particulares regímenes jurídicos que responden a las demandas de tutela de nuevas situaciones que se presentan en una sociedad caracterizada por la progresiva expansión económica. Esta labor se concreta en unos nuevos instrumentos procesales que encuentran acomodo en el proceso formulario, sin duda más acorde –por su flexibilidad y sencillez en cuanto a su tramitación- a las distintas situaciones que se presentan en la realidad económico-social. Dichas creaciones pretorias en el concreto sector de la banca están igualmente conectadas con las exigencias de una nueva economía basada en la

osservazioni critiche, en *'Fides. Humanitas. Ius'*. Studi in onore di Luigi Labruna, I, Napoli, 2007, pp. 1.025-1.041; D'ORTA, M., *Dalla morfogenesi alla struttura del Diritto commerciale: imprenditorialità e Diritto. L'esperienza di Roma antica*, en *'Fides. Humanitas. Ius'*. Studi in onore di Luigi Labruna, I, Napoli, 2007, pp. 1.593-1.616.

⁵ GARCÍA GARRIDO, *El comercio, los negocios y las finanzas*, cit., pp. 33 y 74. Cf. TALAMANCA, M., Recensión a Petrucci, A., *Mensam exercere*, en *BIDR 96-97 (1993-1994)*, pp. 828 ss.

actividad mercantil y en los intercambios comerciales a gran escala⁶.

Por otra parte, no podemos desdeñar el papel que juega la jurisprudencia que se encargará de aportar toda una labor creativa de interpretación sobre las nuevas figuras creadas por el pretor, conectando el sistema pretorio al civil. Concretamente, el cuadro general de los textos que vamos a analizar se corresponde con la jurisprudencia de época clásica. Evidentemente, a partir del Principado podemos percibir un fuerte impulso de la actividad bancaria, aunque su desarrollo inicial hay que retrotraerlo al tiempo de las Guerras Púnicas, cuando se empieza a acuñar en Roma moneda de plata⁷.

⁶ Entre los siglos II y I a. C. surgen una serie de edictos pretorios concernientes a la *editio rationum argentariarum* (LENEL, O., *EP*³, Leipzig, 1927, pp. 61 ss.); al *receptum argentarii* (LENEL, O., *Palingenesia iuris civilis*, 2, Roma, 2000, pp. 491 s.); al *agere cum compensatione* (Gayo, 4,64-68); a las *exceptiones argentariae* (LENEL, O., *EP*³, Leipzig, 1927, pp. 503 ss.) o a la *replicatio* ‘*ne aliter emptori res traderetur quam si pretium emptor solverit*’ (Gayo, 4,126 a). Vid. PETRUCCI, A., *Mensam exercere*, cit., pp. 141 ss.; *Profili giuridici*, cit., pp. 17 ss.; *Qualque riflessione sulla possibile configurazione di un “diritto bancario” romano nell’età commerciale (metà del III secolo A. C.- metà del III secolo D. C.)*, en *Studi Senesi* 117 (III Serie, LIV), 2005, fasc. 1, Siena, 2005, pp. 72 ss.

⁷ TOZZI, G., *Economistas griegos y romanos. Notables vislumbres de una ciencia moderna en el mundo clásico*, México, 1968, p.

En cuanto a la cuestión jurisdiccional, no observamos hasta el siglo II d. C. una jurisdicción especial para la actividad bancaria⁸. Será el emperador Adriano quien otorgue a la figura del *praefectus urbi* el poder para actuar en las causas pecuniarias donde fuera parte un banquero⁹, como se deduce de Paul. *l. sing. de off. praef. urbi*, en D. 1,12,2: *Adiri etiam ab argentariis vel adversus eos ex epistula divi Hadriani et in pecuniariis causis potest*. La competencia de este

395; VICTOR MORGAN, E., *Historia del dinero*, trad. M. Sánchez, Madrid, 1969, p. 24; MARTÍNEZ CASAS, M., “Crédito documentario en el Derecho romano”, en *Revista de Economía*, 4 (8), 1952, pp. 124 s. Cf. POLLERA, A., “Un intervento di politica economica nel IV secolo A. C.: la *lex de creandis quinqueviris mensariis* (325 a. C.)”, *Index*, 12 (1983), pp. 445 ss.; TORRENT, A., “Moneda, crédito y derecho penal monetario en Roma (s. IV a. C- IV d. C.)”, *SDHI* 73 (2007), pp. 120 ss.; ANDREAU, J., *Banque et affaires*, cit., p. 65.

⁸ Si bien en la República podemos destacar el férreo control del Estado sobre los *argentarii* a través de comisarios especiales como los *quinque* o *tres viri mensarii* (Tácito, *Ann.* 6,17; Livio, 21,6). POLLERA, A., *Ibid.*, pp. 447 ss.; STORCHI MARINO, A., “*Quinqueviri mensarii*: censo e debiti nel IV sec. A. C.”, *Athenaeum* 81 (1993), p. 213 ss.

⁹ Suetonio, *Galba* 9; Livio, 25,7 y 23. Esta última fuente se refiere a gobernadores de provincias con las mismas funciones. Vid. VELASCO GARCÍA, C., “Algunas observaciones sobre la *societas argentaria*”, *Historia, instituciones, documentos* 12 (1985), p. 134.

funcionario público no sustituirá, sin embargo, -por lo menos hasta mitad del siglo III d. C.- a la jurisdicción ordinaria del pretor, concurriendo ambas paralelamente. Le corresponderían también funciones de vigilancia sobre todas las actividades del banquero, velando para que su comportamiento fuera correcto en cualquiera de sus negocios y para que se abstuvieran de los prohibidos, según se desprende de Ulp. *l. sing. de off. praef. urbi* D. 1,12,1,9:

Praetera curare debebit praefectus urbi, ut nummularii probe se agant circa omne negotium suum et temperent his, quae sunt prohibita.

Aquí se utiliza la expresión *nummularii*, que podemos traducir por “banqueros” en general, puesto que a pesar de que el término propiamente dicho indique a quienes se dedican al cambio de monedas – algo bastante frecuente en la práctica de los negocios de la 2ª mitad del siglo II a. C. dado el incremento del tráfico comercial entre ciudades¹⁰-, ya a partir del siglo II d. C. las actividades de estos cambistas se ampliarían a otras operaciones bancarias como los depósitos y los

¹⁰ En torno al desarrollo económico y tendencias “capitalistas” a partir del siglo II a. C. vid. KOVALIOV, S. I., *Historia de Roma*³, ed. Domingo Plácido, trad. M. Ravoni, Madrid, 1979, pp. 367 ss.; ROSTOVTZEFF, M., *Historia social y económica del Imperio romano*, I, trad. L. López Ballesteros, Madrid, 1998, pp. 53 ss.

préstamos¹¹. Por otro lado, no podemos desdeñar el carácter público que tiene la locución *nummularii*, junto con el término *mensarii*, ambos colocados en época imperial bajo la vigilancia del *praefectus urbi*¹².

Motivaciones de interés general se encuentran, en consecuencia, en la disciplina de la actividad bancaria. Esta *ratio*, junto con la exigencia de la equidad y la buena fe, se manifiestan en el deber de información y transparencia que ha de observarse en toda *taberna argentaria*¹³. En este sentido son de aplicación las normas que regulan el contenido de la *praepositio institoria* y su *proscriptio*, que encontramos en Ulp. 28 *ad ed. D. 14,3,11*¹⁴, ya que está ampliamente admitido

¹¹ ANDREAU, J., *Banque et affaires*, cit., p.67.

¹² DE CHURRUCA, J., "Die Gerichtsbarkeit des *praefectus urbi* über die *argentarii* im klassischen römischen Recht", ZSS 108 (1991), pp. 304 ss.; PETRUCCI, *Profili giuridici*, cit., pp. 19 s.; *Qualque riflessione*, cit., pp. 78 ss.; PEÑALVER RODRÍGUEZ, M. A., *La banca en Roma*, cit., p. 23; KASER, M.- HACKL, K., *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, pp. 464 s. y nt. 43, con amplia bibliografía; GARCÍA GARRIDO, *El comercio, los negocios y las finanzas*, cit., pp. 35 ss.; CERAMI, P.- PETRUCCI, A., *Diritto commerciale romano*, cit., pp. 112 ss.

¹³ En torno a esta terminología vid., LIGIOS, M. A., 'Taberna', 'negotiatio', 'taberna cum instrumento' e 'taberna instructa' nella *riflessione giurisprudenziale classica*, Milano, 2001, pp. 23 ss.

¹⁴ Según LENEL, O., *EP*³, Leipzig, 1927, p. 258, los fragmentos 2 a 5 de D. 14,3,11 son fruto del comentario ulpiano a la palabra

en la doctrina¹⁵ que la originaria esfera de aplicación de la *actio institoria* se ampliara entre el siglo I a. C y la época de Augusto a todos los tipos de empresa¹⁶, como se puede corroborar en Ulp. 28 *ad ed.* D. 14,3,5 *pr.* (*Cuicumque igitur negotio praepositus sit, institor recte appellabitur*) o en Gai 4,71 (... *institoria uero formula*

praeposuerit. Asimismo, KASER, M.- HACKL, K., *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 342; MANTOVANI, D., *Le formule del processo privato romano*, Padova, 1999, pp. 79 ss.

¹⁵ DI PORTO, A., *Impresa collettiva e schiavo manager in Roma antica (II sec. a. C.- II sec. d. C.)*, Milano, 1984, pp. 289 ss; *Servus e liberto, strumenti dell'imprenditore romano*, en *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storico-giuridica*, Palermo, 1992, pp. 231 ss.; KIRSCHENBAUM, A., *Sons, Slaves and Freedmen in Roman Commerce*, New York- Jerusalem, 1987, pp. 31 ss.; 90 ss.; SERRAO, F., *Il diritto dalle genti al Principato*, en '*Optima Hereditas*'. *Sapienza giuridica romana e conoscenza dell'ecumene*, Milano, 1992, pp. 68 ss.; *Impresa, mercato, diritto. Riflessioni minime*, en *Mercati permanenti e mercati periodici nel mondo romano*, Bari, 2000, pp. 35 s.; AUBERT, J. J., *Business Managers in ancient Rome, A Social and Economic Study of institores, 200 B. C.- A. D. 250*, Leiden-New York-Köln, 1994, pp. 5 ss.; WACKE, A., "Die adjektivischen Klagen im Überblick I", *ZSS* 111 (1994), pp. 280 ss.; FÖLDI, A., "Remarks on legal structures of enterprises in Roman Law", *RIDA*, 43 (1996), pp. 179 ss.; DE LIGT, L., "Legal History and Economic History: the case of the *actiones adiecticiae qualitatis*", *The Legal History Review* 67 (1999), pp. 206 ss.; PETRUCCI, A., *Sobre los orígenes de la protección dada a los terceros contrayentes*, cit., p. 237; *Profili giuridici*, cit., p. 159; *Per una storia della protezione dei contraenti*, cit., pp. 15 ss.; MICELI, M., *Sulla struttura formulare*

tum locum habet, cum quis tabernae aut cuilibet negotiationi filium seruumue suum uel quemlibet extraneum, siue seruum siue liberum, praeposuerit et quid cum eo eius rei gratia cui praepositus est, contractum fuerit).

De este modo, por lo que respecta a la configuración de las distintas condiciones generales de contratación con la empresa en cuestión y su debida transparencia, en los fragmentos 3 y 4 de D. 14,3,11 se detallan las normas de publicidad que ha de cumplir el contenido del encargo asumido por el *praepositus*, en la *proscriptio* o anuncio público por escrito¹⁷. Esta

delle 'actiones adiecticiae qualitatis', Torino, 2001, pp. 185 ss.; "Institor e procurator nelle fonti romane dell'età preclassica e classica", *IVRA* 53 (2002), pp. 81 ss. CERAMI, P.- PETRUCCI, A., *Diritto commerciale romano*, cit., pp. 42 ss.

¹⁶ Exceptuando la relativa al transporte marítimo, cuya tutela procesal se observa a través de la *actio exercitoria* y la acción del *receptum nautarum*. Vid. SALAZAR REVUELTA, M., *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma. Estudio sobre el 'receptum nautarum, cauponum et stabulariorum': entre la 'utilitas contrahentium' y el desarrollo comercial*, Madrid, 2007, pp. 48 s. y nt. 25 con amplia bibliografía al respecto.

¹⁷ Sobre el carácter genuino de las fuentes relativas al contenido y publicidad de la *proscriptio* vid. , entre otros, SERRAO, F., "Institor (storia)", *EdD* 21 (Milano, 1971), p. 829; HAMZA, G., "Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano", *Index* 9 (1980), pp. 206 s.; KIRSCHENBAUM, A., *Sons, Slaves and*

proscriptio –según reza el fragmento 3- ha de constar en carteles claros donde con facilidad pueda leerse bien, como los que se colocan delante del lugar donde se ejerce el negocio, y no en un sitio escondido, sino en uno visible (*Proscribere palam sic accipimus claris litteris, unde de plano recte legi possit, ante tabernam scilicet vel ante eum locum in quo negotiatio exercetur, non in loco remoto, sed in evidenti*). El anuncio público también debía de expresarse en una lengua comprensible a los habitantes del lugar, para que nadie pudiera excusarse con su ignorancia de la escritura (*litteris utrum Graecis an Latinis? puto secundum loci condicionem, ne quis causari possit ignorantiam litterarum*)¹⁸. Y prosigue D. 14,3,11,3 in fine: si alguno dijese que no sabía leer o que no se fijó en lo que estaba anunciado, cuando muchos lo leyeron y estuvo expuesto en público, no será oído (*certe si quis dicat ignorasse se litteras vel non observasse quod propositum erat, cum multi legerent cumque palam*

Freedmen, cit., pp. 93 ss.; WACKE, A., Die adjektivischen Klagen, cit., pp. 323 ss.; PETRUCCI, A., Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti, cit., p. 20; Cf. LONGO, G., “*Actio exercitoria, actio institoria, actio quasi institoria*”, en *Studi in onore di Gaetano Scherillo II*, Milano, 1972, p. 610 ss., con las opiniones de la crítica interpolacionística al respecto.

¹⁸ AUBERT, J. J., *Business Managers*, cit., p. 12; WACKE, A., “Gallisch, Punisch, Syrisch oder Griechisch statt Latin? Zur schrittweisen Gleichberechtigung der Geschäftssprachen im römischen Reich”, *ZSS* 110 (1993), pp. 33 ss.

esset propositum, non audietur), esto es, no se puede aducir unilateralmente el desconocimiento de la *proscriptio* cuando es públicamente conocida por todos.

En el fragmento siguiente (D. 14,3,11,4), se prescribe que el anuncio público ha de ser permanente (*Proscriptum autem perpetuo esse oportet*), pues si se contrató durante el tiempo en que no estaba expuesto o cuando ya se borró, tendrá lugar la acción institoria (*ceterum si per id temporis, quo propositum non erat, vel obscurata proscriptione contractum sit, institoria locum habebit*). Del examen conjunto de los fragmentos 3 y 4 de D. 14,3,11 se deduce que el cumplimiento de los requisitos de publicidad de la *proscriptio* en tanto a su redacción en un lenguaje claro y comprensible, como a su fijación en un lugar visible y públicamente accesible, exonera de responsabilidad al empresario que hizo la *praepositio* en el marco de la *actio institoria*¹⁹. Al contrario, la acción se sustancia cada vez que los clientes se encontraran imposibilitados de enterarse del contenido de ésta, inclusive por causas ajenas a la organización de la empresa, tales como: la sustracción de la *proscriptio* por un tercero o su ilegibilidad debida al paso del tiempo o a los agentes climatológicos (*proinde si dominus quidem mercis proscripsisset, alius autem sustulit aut vetustate vel pluvia vel quo simili contingit, ne proscriptum esset vel*

¹⁹ WACKE, A., Die adjektizischen Klagen, cit., pp. 331 ss.

non pareret, dicendum eum qui praeposuit teneri). Subsiste, igualmente, la acción contra el *dominus negotii* si el mismo factor de negocios o *institor* sustrajo dolosamente el anuncio para defraudar a la contraparte, a menos que ésta hubiera sido partícipe del dolo, tal como se expresa claramente en D. 14,3,11,4 in fine (*sed si ipse institor decipiendi mei causa detraxit, dolus ipsius praeponenti nocere debet, nisi particeps doli fuerit qui contraxit*). Es decir, la responsabilidad objetiva del banquero por los actos realizados en su ámbito empresarial, circunscritos al encargo prescrito al *institor*, deriva de la imposibilidad que hayan tenido los clientes de conocer el contenido de dicho encargo, siempre por hechos ajenos a los mismos²⁰.

En otros fragmentos del mismo texto de Ulpiano que estamos examinando, en concreto en el 2º y el 5º, se contienen determinadas cláusulas contractuales a las que se vincula la *praepositio* y que podemos considerar como verdaderas condiciones generales. Éstas se refieren –de conformidad con D. 14,3,11,2- a la prohibición expresa y pública de contratar con un determinado factor o gerente (*De quo palam proscriptum fuerit, ne cum eo contrahatur, is praepositi loco non habetur: non enim permittendum erit cum*

²⁰ PETRUCCI, A., *Sobre los orígenes de la protección dada a los terceros contrayentes*, cit., p. 239.

insitore contrahere, sed si quis nolit contrahi, prohibeat), ya que a falta de tal prohibición se entiende que el *praeponens* se obliga por el mismo nombramiento que hizo (*ceterum qui praeposuit tenebitur ipsa praepositione*); asimismo, en D. 14,3,11,5 se alude a la inserción de una determinada *lex* o ciertas cláusulas en los contratos; la necesidad de constituir garantías personales o reales; la limitación a un determinado objeto; el nombramiento de varios institores que actúen conjunta o separadamente y la prohibición o el permiso de contratar con el *institor* para cierto género de personas o negociantes (*quid enim si certa lege vel interventu cuiusdam personae vel sub pignore voluit cum eo contrahi vel ad certam rem? aequissimum erit id servari, in quo praepositus est. item si plures habuit institores vel cum omnibus simul contrahi voluit vel cum uno solo. sed et si denuntiavit cui, ne cum eo contraheret, non debet institoria teneri: nam et certam personam possumus prohibere contrahere vel certum genus hominum vel negotiatorum, vel certis hominibus permittere*).

Se ha de entender que los clientes que no se sujetaran a estas cláusulas unilaterales dispuestas por parte del *dominus negotii*, no contaban con la *actio institoria*. Esta regla se deduce del inicio del fragmento 5º, cuando expresamente se prescribe que se han de observar los términos del nombramiento o encargo

(*Conditio autem praepositionis servanda est*), pero también de la parte final del mismo fragmento que sí considera de aplicación la acción, cuando el *negotiator* variara continuamente las prohibiciones o permisos de contratación con el *institor*. Y el razonamiento que se aduce es que “no se deben engañar a los contratantes” (*sed si alias cum alio contrahi vetuit continua variatione, danda est omnibus adversus eum actio: neque enim decipi debent contrahentes*). Efectivamente, una variación de los términos o condiciones generales en la *praepositio* supondría una situación de incertidumbre y, en consecuencia, de desigualdad para la parte más débil de la contratación (hoy llamado “consumidor”). Así, el principio “*neque enim decipi debent contrahentes*” –que no sólo se ha de entender limitado a la hipótesis de incertidumbre provocada por la frecuente variación de prohibiciones para contratar con los *institores*, sino que se puede suponer de cualquier cláusula general- se convierte en el contrapeso a un régimen de libertad en la fijación unilateral de las condiciones de la contratación, ciertamente favorable al empresario, y es, además, expresión de la buena fe objetiva que se deduce del llamado “riesgo empresarial”²¹.

²¹ Ya que el empresario responde por el hecho objetivo de contratar en el ejercicio de su actividad empresarial. Vid. SERRAO, F., *Impresa e responsabilità a Roma nell' età commerciale. Forme giuridiche di un'economia-mondo*, Pisa, 1989 (reed. 2002), pp. 20 ss.; GALOPPINI, A., *La responsabilità*

Esta disciplina, articulada en torno a la labor conjunta del pretor y la jurisprudencia, es perfectamente aplicable al *ars argentaria*. Así el cliente que contrataba con un *argentarius* en el ámbito de su actividad profesional, tiene a su favor la *actio institoria* que comporta una responsabilidad ilimitada (*in solidum*)²² del banquero por violación de los deberes de información y transparencia relativos a la publicidad y contenido de las condiciones generales que informan sus productos bancarios, así como por una *continua*

per fatto dei dipendenti: formazione ed evoluzione della fattispecie, en 'Scintillae Iuris'. Studi in memoria di G. Gorla, 3, Milano, 1994, pp. 2.147 ss.; CARDILLI, R., "Il ruolo della dottrina nella elaborazione del sistema: l'esempio della responsabilità contrattuale", Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina 1 (1996), pp. 106 ss.; MICELI, M., Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis', cit., pp. 192 ss.; FERCIA, R., Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e regime della nossalità nelle azioni penali 'in factum contra nautas, caupones et stabularios', Torino, 2002, pp. 10 ss.; PETRUCCI, A., Profili giuridici, cit., pp. 161 s.; Neque enim decipi debent contrahentes', cit., p. 94; Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti, cit., p. 28.

²² Responsabilidad que se entiende limitada al peculio o al beneficio que obtenga el empresario (*in rem verso*), en ausencia o al margen de la *praepositio*. Vid. D. 15,1,47 pr.; D. 14,3,17,1 y 4.

variatio de las mismas²³. Y ello en atención a la buena fe que debe presidir las relaciones contractuales entre banquero y cliente.

II.- Deber de transparencia respecto de la contabilidad bancaria. Sobre el *edictum de rationibus argentariis edendis*.

²³ PETRUCCI, A., *Profili giuridici*, p. 161; Orígenes romanísticos de la buena fe objetiva, cit., p. 606. En la actualidad ha suscitado gran interés la STS de 9 de mayo de 2013 sobre las “cláusulas suelo” en las hipotecas. El Tribunal Supremo ha declarado nulas dichas cláusulas en aquellos supuestos en que se apreciara falta de transparencia en contratos de préstamo hipotecario a interés variable que se hubieran celebrado entre profesionales y consumidores. Al respecto vid. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *Aranzadi civil-mercantil, Revista doctrinal*, vol. 1, nº 9 (enero, 2012), pp. 81-94. Del mismo autor, vid. también *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, 2004. Igualmente, BUSTO LAGO, J. M., “Acciones colectivas, declaración del carácter abusivo de una cláusula de condiciones generales de la contratación y eficacia *ultra partes*: apreciación *ex officium* de su nulidad (a propósito de la STJUE de 26 de abril de 2012 [Asunto C-472/10]”, *Revista CESCO de Derecho de consumo* 2 (2012), www.revista.uclm.es/index.php/cesco; GARCÍA RUIZ, J. L., “Ley de transparencia: algunas reflexiones” y ATIENZA, M., “Una modesta proposición a favor de la transparencia”, ambos en *El Notario del siglo XXI. Revista del Colegio Notarial de Madrid* 49 (mayo-junio 2013), pp. 19 ss. y 22 ss., respectivamente.

Sobre estas premisas resulta incuestionable la importancia que asumieron en la práctica bancaria romana las *rationes* o anotaciones que el banquero transcribía en su libro contable (*liber* o *codex rationum*)²⁴ documentando, de este modo, todas las

²⁴ Este libro contable recogería todos los negocios entre el banquero y sus clientes y su situación patrimonial, anotándose sucesivamente y mezcladas las entradas y salidas de patrimonio, las obligaciones derivadas de los negocios jurídicos o los bienes existentes, ya que las anotaciones contables por partida doble no se conocieron hasta la Edad Media. Del análisis de los textos relativos al edicto *de ratinonibus edendis* no se desprende que se utilizaran unos libros especiales para la actividad bancaria. El específico *liber rationum* del que habla Gayo (Gai. 1 *ad ed. prov.* D. 2,13,10,2) sólo aparece mencionado una vez. Así, no podemos desdeñar otros libros utilizados comúnmente en el registro de la contabilidad en general, como: el tradicional *Codex accepti et expensi*, libro contable que recogía la situación patrimonial de cualquier *paterfamilias*; el *Kalendarium*, agenda que servía para anotar los pagos y, particularmente, los préstamos realizados, o los *adversaria*, notas o borradores provisionales de duración mensual que luego se transcribían en el libro contable. Vid., entre otros, LÉCRIVAIN, Ch., "Trapezitai", *DS* 5 (1877-1919), pp. 408 ss.; MITTEIS, L., "Trapezitika", cit., pp. 259 ss.; JOUANIQUE, P., "Le *codex accepti et expensi* chez Cicéron", *Revue historique de Droit français et étranger* 46 (1968), pp. 5 ss.; BARLOW, CH. T. *Bankers, moneylenders and interest rates*, cit., pp. 264 ss.; SACCONI, G., *Ricerche sulla delegazione in diritto romano*, Milano, 1971, pp. 144 s.; THILO, R. M., *Der 'Codex accepti et expensi' im römischen Recht : ein Beitrag zur Lehre von der*

transacciones realizadas con sus clientes²⁵. La comunicación al cliente con cierta regularidad de los extractos sobre las operaciones bancarias realizadas, la obligación de tener las cuentas al día operando compensaciones a favor de los clientes, así como la exhibición del libro contable con indicación de las

Litteralobligation, Göttingen, 1980, pp. 109 ss.; BOVE, L., *Tabellae Eupliae. Testationes ex codice accepti et expensi*, en *Sodalitas. Studi in onore di Antonio Guarino*, vol. 4, Napoli, 1984, pp. 1.861 ss.; VELASCO GARCÍA, C., Algunas observaciones sobre la *societas argentaria*, cit., p. 135; MASELLI, G. 'Argentaria'. *Banche e banchieri nella Roma repubblicana. Organizzazione, prosopografia, terminologia*, 1986, pp. 105 ss.; CREMADES, I., *El contrato literal*, en *Derecho romano de obligaciones: homenaje al prof. J. L. Murga*, Madrid, 1994, pp. 519 ss.; PETRUCCI, A., *Mensam exercere*, cit., pp. 168 ss.; ANDREAU, J., *Pouvoirs publics et archives des banquiers professionnels*, en *La mémoire perdue. A la recherche des archives oubliées, publiques et privées de la Rome Antique*, Paris, 1994, pp. 1 ss.; GARCÍA GARRIDO, M. J., *El comercio, los negocios y las finanzas*, cit., pp. 109-110; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A. M., *El receptum argentarii*, cit., pp. 138; 152-155.

²⁵ Sobre el contenido de la *ratio* o cuenta bancaria véase la definición de Labeón, referida por Ulpiano, en Ulp. 4 *ad ed. D.* 2,13,6,3: *Rationem autem esse Labeo ait ultro citro dandi accipiendi, credendi, obligandi solvendi sui 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.* En torno al texto vid. FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *La previa*

entradas y salidas constituirían obligaciones inherentes a su oficio²⁶. Una vez más, la corrección y transparencia que ha de existir en la contabilidad del banquero se fundamenta en la *fides* (D. 2,13,9,2) e interés público del servicio que presta. Según Gai 1 *ad ed. prov.* D. 2,13,10,1, a los *argentarii* se les impone el deber de confeccionar diligentemente las cuentas de sus negocios y publicarlas, y ello “*quia officium eorum atque ministerium publicam habet causam*”²⁷.

información del adversario en el proceso privado romano, Pamplona, 1969, pp. 155 ss.; ALBANESE, B., “*Agere, gerere e contrahere* in D. 50,16,19”, *SDHI* 38 (1972), pp. 189 ss.; SANTORO, R., “*Il contratto nel pensiero di Labeone*”, *AUPA*, 37 (1983), pp. 160 ss.; PETRUCCI, A., *Prime riflessioni su banca ed interessi nell’esperienza romana*, en *Atti del Convegno “L’usura ieri ed oggi”*, a cura di S. Tafaro, Bari, 1997, pp. 80 ss.; *Profili giuridici*, cit., pp. 23 ss.; CERAMI, P.- PETRUCCI, A., *Diritto commerciale romano*, cit., pp. 116 ss.

²⁶ Vid. D. 2,13,6,6; D. 2,13,10,2; D. 2,14,47,1; D. 50,16,56 pr.; Cicerón, *Pro Rosc.* II,7. En este sentido, HUMBERT, G. s. v. “*Argentarii*”, p. 408; TOZZI, G., *Economistas griegos y romanos*, cit., p. 397 s.; PEÑALVER, M. A., *La banca en Roma*, cit., pp. 52 ss.; PETRUCCI, A., *Profili giuridici*, cit., p. 163; SORIANO CIENFUEGOS, C., *Banca, navegación y otras empresas en el Derecho romano*, México, 2007, p. 103.

²⁷ *Ideo autem argentarios tantum neque alios ullos absimiles eis edere rationes cogit, quia officium eorum atque ministerium publicam habet causam et haec principalis eorum opera est, ut actus sui rationes diligenter conficiant.*

Esta obligación se inserta, como podemos observar, en el Título 13 del libro II del Digesto, en el que se contienen los comentarios jurisprudenciales al *edictum de argentariis rationibus edendis*²⁸ (cuyo origen podemos situar en el curso del siglo II a. C.)²⁹, sobre la obligación del *argentarius* de mostrar en juicio el contenido de los libros contables cuando cualquier cliente los necesite alegar en un litigio³⁰.

Efectivamente, el edicto impone a los banqueros *edere rationes*, es decir, presentar en juicio, o en los trámites previos al mismo, su libro de cuentas en la parte referente a las partidas de sus clientes que lo hubieran solicitado, con indicación del día y el año, teniendo pleno valor de prueba escrita y sin que ello

²⁸ El Título “*De edendo*” recoge, en realidad, comentarios a dos edictos: uno, referente a la obligación pre procesal de todo demandante de indicar la fórmula y los medios de prueba que va hacer valer en el proceso y el otro, *de argentarii rationibus edendis*. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A. M., *El receptum argentarii*, cit., p. 135 s.

²⁹ En una época en la que la actividad bancaria habría tenido ya un importante papel en la economía romana, vid. PETRUCCI, A., *Mensam exercere*, cit., pp. 141 ss.; *Profili giuridici*, cit., p. 140; SORIANO CIENFUEGOS, C., *Banca, navegación y otras empresas*, cit., p. 104.

³⁰ Además del cliente, estaban legitimados para solicitar la *editio*, el *procurator*, el heredero (Ulp. 4 *ad ed.* D. 2,13,13) y el adquirente del negocio bancario. FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *La previa información del adversario*, cit., p. 188.

suponga la cancelación de la cuenta (Ulp. 4 *ad ed.* D. 2,13,4 pr.: *Praetor ait: 'Argentariae mensae exercitores rationem, quae ad se pertinet, edant adiecto die et consule*)³¹. La ratio del edicto descansa, como indica Ulpiano (Ulp. 4 *ad ed.* D. 2,13,4,1), en la *aequitas*, concretada en la necesidad de exhibir con fines probatorios los apuntes contables que han sido redactados en interés y por causa del propio cliente, y que se consideran en cierta manera de su propiedad³²:

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

En este contexto de tutela de la confianza de quien contrata con un *argentarius*, las prescripciones del edicto que, en principio, se referirían a los *argentarii* (Ulp. 4 *ad ed.* D. 2,13,4 pr.) se amplían por parte de la jurisprudencia, a los *nummularii*, porque –a juicio de Pomponio, tal y como nos refiere Paulo (Paul. 3 *ad ed.*

³¹ El tenor original del edicto, según la reconstrucción de Lenel (*EP*³, Leipzig 1927, pp. 61 ss.), comúnmente aceptada por la doctrina, sería el siguiente: *Argentariae mensae exercitores ei qui iuraverit non calumniae causa postulare se edi sibi rationem quae ad se pertinet, edant adiecto die et consule.* Vid. FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *Ibid.*, para la reconstrucción de la fórmula de la acción correspondiente.

³² ANDREAU, J., *Banque et affaires*, cit., p. 93.

D. 2,13,9,2)- no es injusto que también los cambistas estén obligados a comunicar sus cuentas, porque también ellos las confeccionan y, en parte, reciben dinero y, en parte, lo entregan; y, porque muy a menudo se recurre a la fe de los mismos:

Nummularios quoque non esse inquam cogi rationes edere Pomponius scribit: quia et hi nummularii sicut argentarii rationes conficiunt, quia et accipiunt pecuniam et erogant per partes, quarum probatio scriptura codicibusque eorum maxime continetur: et frequentissime ad fidem eorum decurritur.

Los testimonios interpretados por la jurisprudencia nos permiten integrar algunos de los elementos de esta fuente del *ius honorarium* como: quiénes estaban obligados por el edicto; el objeto y lugar de la *editio*³³, la forma que revestía la orden del pretor, etc. Por lo que

³³ El lugar de presentación de los libros y cuentas se determina en Ulp. 4 *ad ed.* D. 2,13,4,5 y D. 2,13,6 pr. El primer texto reza así: *Sed ibi quis compellitur edere, ubi argentariam exercuit, et hoc est constitutum. quod si instrumentum argentariae in alia provincia habeat, in alia administraverit, ibi puto cogendum edere, ubi argentariam exercuit: hoc enim primum deliquit, quod alio instrumentum transtulit. quod si in alio loco argentariam exercet, alibi autem ad editionem compelletur, minime hoc facere cogitur: nisi descriptum velis ubi de ea re agitur eum tibi dare, tuis videlicet sumptibus:* El segundo: *Si quis ex argentariis, ut plerique eorum, in villa habeat instrumentum vel in horreo: aut ad locum te perducet aut descriptas rationes dabit.*

respecta a esta última, la orden de exhibición revestía la forma de *decretum* del pretor y representaba el momento a partir del cual el juez debía referir el *id quod interest* del cliente, en caso de incumplimiento de la misma³⁴, a tenor de lo dispuesto en Ulp. 4 *ad ed.* D. 2,13,8,1:

Is autem, qui in hoc edictum incidit, id praestat, quod interfuit mea rationes edi, cum decerneretur a praetore, non quod hodie interest: et ideo licet interesse desiit vel minoris vel pluris interesse coepit, locum actio non habebit neque augmentum neque deminutionem.

Este mismo razonamiento se repite en la primera parte de Gai. 1 *ad ed. prov.* D. 2,13,10,3:

Cum autem in id actio competit, quanti agentis intersit editas sibi rationes esse: eveniet, ut, sive quis condemnatus sit, sive quod petierit non optinuerit eo, quod non habuerit rationes ex quibus causam suam tueri possit, id ipsum, quo dita perdiderit, hac actione consequatur...

Gayo pone de manifiesto que la acción que deriva del edicto compete por el montante del interés que el actor tuviera en el momento de la *editio rationum*, de

³⁴ BÜRGE, A., "Zum Edikt *De edendo*. Ein Beitrag zur Struktur des römischen Zivilprozesses", ZSS 112 (1995), pp. 37 s.

modo que si alguno ha perdido el litigio y resulta condenado, o no ha obtenido lo que pedía por no tener las cuentas en las cuales haber podido fundar su demanda, podrá reclamar por medio de la acción *adversus argentarios* el equivalente a lo perdido a causa de la falta de *editio*³⁵. Así pues, como podemos deducir del texto en cuestión, para que el cliente pudiera obtener tal resarcimiento de los daños por parte del banquero le era concedida una acción *in factum*, basada sobre la omisión de la *editio rationum*³⁶.

³⁵ También concede el jurista, al final del texto, la *condictio ex causa furtiva* y la *actio damni iniuriae*, en caso de hurto o falsificación (o deterioro) de los documentos contables, si se hubiera perdido el proceso en el que era necesario presentar estos documentos robados o corrompidos y en cuanto fuera posible demostrar el propio derecho: *sic enim et de cautione subrepta aut corrupta competit condictio et damni iniuriae actio: quia quod ante non potuimus intercepta cautione probare et ob id amisimus, hoc nunc aliis instrumentis aut testibus, quibus tum uti non potuimus, probare possumus.*

³⁶ Que fuera una acción *in factum* se desprende de un fragmento de Paulo (Paul. 3 *ad ed.* en D. 2,13,9 pr.), donde se excluye su aplicación a otras categorías de sujetos, asimismo obligados a exhibir sus cuentas, como consecuencia de un vínculo contractual o cuasi contractual, tales como el procurador, el socio o el tutor. Ciertamente, estas personas no están, según Paulo, obligadas a la exhibición por la acción *in factum*, sino por la *actio mandati*, la *actio pro socio* o la *actio tutelae*, respectivamente: *Quaedam sunt personae, quas rationes nobis edere oportet nec tamen a praetore per hoc edictum compelluntur. veluti cum procurator res rationesve nostras*

En concreto, la acción se contempla contra el banquero que no hubiera respetado la prescripción pretoria de exhibir las cuentas y, por tanto, esta omisión se sanciona como un ilícito pretorio. Por lo demás, la obligación de *edere* no sólo resulta si el banquero es parte procesal en el procedimiento o controversia, sino que también se requiere su contabilidad para ofrecerla como prueba en un juicio del cliente contra un tercero³⁷, según atestigua Gai. 1 *ad ed. prov. D. 2,13,10 pr.: Argentarius rationes edere iubetur: nec interest cum ipso argentario controversia sit an cum alio*. Así, la acción *in factum* surge no como violación de las obligaciones contractuales inherentes a la *ratio*, sino como un verdadero y propio ilícito penal privado, con la finalidad de resarcir el daño patrimonial causado por una conducta ilícita del banquero³⁸.

administravit, non cogitur a praetore per metum in factum actionis rationes edere: scilicet quia id consequi possumus per manditi actionem. et cum dolo malo socius negotia gessit, praetor per hanc clausulam non intervenit: est enim pro socio actio. sed nec tutorem cogit praetor pupilo edere rationes: sed iudicio tutelae solet cogi edere.

³⁷ Ello se explica, como pone de relieve, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A. M., *El receptum argentarii*, cit., p. 137: «porque formaban parte de las *rationes* aquellas operaciones que el *argentarius* realizaba con terceros en interés de su cliente».

³⁸ Sobre la naturaleza de la *actio in factum adversus argentarios*, como acción penal o acción *ad exhibendum* se ha discutido

Ulpiano (4 *ad ed.* D. 2,13,8 pr.) expone, claramente, los criterios de responsabilidad bajo los cuales circunscribir esta conducta de quien no efectúa la *editio*:

mucho en la doctrina, ya que participa de los elementos propios de las acciones penales, por ejemplo en cuanto su anualidad e intransmisibilidad pasiva (D. 2,13,13: *Haec actio neque post annum neque in heredem nisi ex suo facto dabitur*), pero puede pensarse también en características propias de una *actio ad exhibendum*, como la necesidad de probar el interés positivo del actor para la concesión de la acción (*legitimatío ad causam*). Vid. éstos y otros argumentos a favor de la naturaleza *ad exhibendum* de la acción en GIOMARO, A. M., *Actio in factum adversus argentarios*, en *Studi Urbinati*, 45, (1976-77), pp. 96 s. Cf., cambio, la opinión de la doctrina mayoritaria sobre su naturaleza penal, BIONDI, B., “Le *actiones noxales* nel diritto romano classico”, *Annali del Seminario Giuridico dell’Università di Palermo* 10 (1926), p. 63; BERETTA, P., “Le formule in *id quod interest*”, *SDHI* 3 (1937), p. 421; BRASIELLO, U., *Atto illecito, pena e risarcimento del danno. Corso di diritto romano*, Milano, 1957, p. 53; ALBANESE, B., “Studi sulla legge Aquilia”, *Annali del Seminario Giuridico dell’Università di Palermo* 21 (1950), pp. 93 ss.; *Illecito (storia)*, *EdD* 20, 1970, pp. 62 ss [= *Scritti giuridici* 1, Palermo, 1991, pp. 791 ss]; LIEBS, D., *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht: zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe*, Göttingen, 1972, pp. 232 y 263; PETRUCCI, A., *Mensam exercere*, cit., pp. 158 ss.; *Profili giuridici*, cit., pp. 143 s.; GARCÍA GARRIDO, M. J., *El comercio, los negocios y las finanzas*, cit., p. 110; SORIANO CIENFUEGOS, C., *Banca*,

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.

El criterio de imputación de responsabilidad al banquero por omisión de la *editio* es, como se desprende del texto, el dolo y, probablemente, la alusión a la *culpa lata* fuera un añadido posterior al sentir clásico³⁹. El jurista no ofrece un elenco exhaustivo

navegación y otras empresas, cit., p. 107. Asimismo, BURILLO, J., “Contribuciones al estudio de la *actio ad exhibendum* en derecho clásico”, *SDHI* 26 (1960), pp. 208 ss.; Recensión a Fernández Barreiro, en *IVRA* 21 (1970), pp. 282 ss. y FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *La previa información del adversario*, cit., pp. 127 ss., quienes sobre la base de una sustancial diferencia entre *exhibere* y *edere*, vienen a mostrar la falta de coincidencia entre la finalidad de ambas acciones: *ad exhibendum* e *in factum*.

³⁹ La doctrina mayoritaria se muestra a favor de considerar fruto de interpolación las palabras ‘*nisi dolo proximam*’. Cf. DE MEDIO, A., “Studi sulla *culpa lata* in diritto romano”, *BIDR* 17 (1905), pp. 5 ss. y *BIDR* 18 (1906), pp. 260 ss.; FERRINI, C., *Manuale di Pandette*, Milano, 1908, p. 578; BILDING, K., “*Culpa, culpa lata* und *culpa levis*”, *ZSS* 39 (1918), p. 24, ROTONDI, G., *Scritti giuridici*, II, Milano, 1922, p. 98; MAC CORMACK, G., “*Culpa*”, *SDHI* 38 (1972), p. 178, nt. 148; VOCI, P., “*Diligentia, custodia, culpa. I dati fondamentali*”, *SDHI*, 56 (1990), p. 50. Quizá este criterio de responsabilidad se introdujera antes de Justiniano, hacia finales del siglo I d. C., época en que lo encontramos conceptualizado en algunos juristas. En este sentido PETRUCCI, A., *Profili giuridici*, cit., p. 150, basándose en CANNATA, C. A., *Sul*

de los casos de *non edere dolo malo*, sino que llama simplemente la atención sobre dos ejemplos en particular: la *editio* maliciosa y la *editio* parcial, cuando dice que se entiende que también dejó de comunicar las cuentas por dolo el que exhibió maliciosamente y el que no exhibió la totalidad de las mismas (*dolo malo autem non edidit et qui malitiose edidit et qui in totum non edidit*). En la primera hipótesis, se sanciona al banquero que cumple con la *editio*, pero lo hace con la intención de dañar a quien la solicita: por ejemplo falseando las cifras o haciendo resultar a su favor créditos que en realidad no existen y todo ello con la finalidad de causar un daño a la contraparte. En el segundo caso, en cambio, el *argentarius* no rehúsa a cumplir la *editio*, pero la cumple sólo parcialmente, ocultando datos. En ambos casos se presume el dolo y se considera que se incumple la obligación de *edere rationes*.

La limitación al dolo de la responsabilidad del banquero en el ámbito de este edicto –que ni siquiera los bizantinos ampliarían a la culpa, sino sólo a la culpa lata o grave- supone un contrapeso a la tutela de los intereses de los clientes y revela, de este modo, una

problema della responsabilità nel diritto privato romano, Catania, 1996, pp. 28 ss.; CARDILLI, R., *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano* (II sec. a. C.- II sec. d. C.), Milano, 1995, pp. 433 ss.

propensión a salvaguardar también la actividad bancaria, por cuanto ella cumple un papel decisivo en la economía romana. De ahí, también, el requisito del *iusiurandum non calumniae causa postulare edi sibi* que vendría impuesto por el magistrado a quien demandara la *editio*, como se deduce de sendos comentarios de Ulpiano y Paulo:

Ulp. 4 *ad ed.* D. 2,13,6,2: *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.*

Paul. 3 *ad ed.* D. 2,13,9,3: *Ceterum omnibus postulantibus et iurantibus non calumniae causa petere rationes, quae ad se pertineant, edi iubet.*

Se trata de un remedio dirigido a reprimir la calumnia. Concretamente, la exhibición contable se subordina a un juramento por parte del cliente de no solicitarla por el mero interés de causar un perjuicio al banquero.

Así, Ulpiano pone el acento en la finalidad del juramento para el que pide la comunicación de las cuentas, que no va más allá de no vejar o perjudicar al banquero con una solicitud que, por ejemplo, implique una documentación inútil o de la que ya se esté en

posesión. Paulo, por su parte, no añade más al respecto, sino que afirma el mismo requisito de *iusiurandum non calumniae causa* como principio general, sin proporcionar ejemplos específicos. Con todo, de ambos textos se puede inferir que se trata de un juramento particular, a iniciativa del magistrado, quien obligaría a jurar al actor cuando le presentara la *postulatio editiois*, como presupuesto necesario a su intervención. Sobre la base de este juramento el pretor emitiría el *decretum* con el que impondría al banquero la presentación en juicio de las *rationes* pertinentes a la causa⁴⁰.

Pero si la solicitud de exhibición debía cumplir tales precisiones, no es menos cierto que debía, asimismo, probarse una relación causal directa entre el incumplimiento del deber del banquero de *edere rationes* y la pérdida del litigio por parte del cliente. Así se expresa Gai. 1 *ad ed. prov.* en diferentes partes de su discurso extraído de D. 2,13,10,3:

...eveniet, ut, sive quis 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

⁴⁰ Vid. GIOMARO, A. M., *Actio in factum adversus argentarios*, cit., pp. 68 s.

iudicem, qui inter eum et argentarium iudicat, potest probare se illo iudicio, quo victus est, vincere potuisse...

En tales referencias textuales el jurista pone de manifiesto la necesidad de probar por parte del cliente este nexo causal entre la pérdida del litigio y el hecho de carecer de las cuentas solicitadas al banquero para defender su causa. Se trata, por tanto, de un ejemplo más de la exigencia de equilibrar los derechos de los clientes de una empresa bancaria con los intereses de ésta, a fin de evitar que la disciplina del edicto pudiera influirle negativamente.

En la misma línea, la exhibición de cuentas bancarias encuentra otro límite en lo determinado por Gayo (1 *ad ed. prov.*) 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.

El jurista entiende que se exhibe una cuenta si se hace desde el principio, pues en caso contrario no se

podría entender⁴¹, pero limita la exhibición al hecho de que el cliente pueda examinar y copiar tan sólo aquella parte de las cuentas que le interesan a los fines probatorios para su controversia, no la integridad del libro contable o *codex rationum*. Se excluye, por consiguiente, de la publicidad todo aquello que no fuera relativo al litigio o controversia en curso⁴².

Este testimonio gayano, concretamente, resulta de gran interés para la doctrina, porque en él se ha advertido el punto de partida histórico de la moderna disciplina del secreto bancario y, en general, de todas

⁴¹ Cada página del *Codex rationum* comenzaba con la indicación de la fecha seguida del registro de la operación concreta, como se desprende de Ulp. 4 *ad ed.* D. 2,13,6,6. De ahí la necesidad del cliente de ver la documentación de su cuenta desde el inicio, para conocer las referencias cronológicas de las distintas operaciones contenidas en la misma. Vid. PETRUCCI, A., *Mensam exercere*, cit., p. 168 ss.

⁴² Como expresa ANDREAU, J., *Banque et affaires*, cit., p. 93: «Le banquier n'était tenu de produire (*edere*) que ce qui concernait le compte du client; ou bien il en fournissait une copie, ou bien il permettait la consultation de l'original, mais en se limitant aux écritures du compte du client –écritures considérées, d'une certain façon, comme étant la propriété du client. Cette production du registre ou d'une copie conforme n'impliquait ni que le compte fût clos, ni que le solde fût réglé par le client ou par le banquier».

las garantías que han de observarse en las operaciones entre cliente y banca⁴³.

Por último, dos textos del Digesto vinculados entre sí, correspondientes a los comentarios de Ulpiano y Paulo al edicto, ponen de manifiesto, nuevamente, el equilibrio entre las exigencias de la banca y la

⁴³ GIOMARO, A. M., *Actio in factum adversus argentarios*, cit., pp. 99 s.; PETRUCCI, A., *Profili giuridici*, cit., p. 151; GARCÍA GARRIDO, M. J., *El comercio, los negocios y las finanzas*, cit., p. 109. En relación al secreto bancario en nuestra doctrina mercantilista actual vid., a modo de ejemplo, EMBID IRUJO, J. M., *Contrato bancario y cuenta corriente bancaria. Las prestaciones: el llamado "servicio de caja". El secreto bancario. El deber de información. La responsabilidad*, en AA. VV., *Contratos bancarios* (coord. por R. Bonardell Lenzano; Dir. R. García Villaverde), Madrid, 1992, pp. 91-114; GUILLÉN FERRE, M. J., *El secreto bancario y sus límites legales (límites de derecho público)*, Valencia, 1996; AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M. J., *El secreto bancario*, Barcelona, 2001; PEÑAS MOYANO, M. J., "La supresión (parcial) del secreto bancario en el ámbito de la Unión Europea", *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año nº 23, Nº 93 (2004), pp. 221-238; ADRIÁN ARNÁIZ, A. J., "El alcance extraterritorial de las normas nacionales sobre el secreto bancario y la libre prestación de servicios en el marco de la Unión Europea", *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año nº 23, Nº 95, (2004), pp. 157-184; MONROY ANTÓN, A., "La directiva 2003/48/CE, su ineficacia práctica y la posible vulneración del secreto bancario", *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año nº 25, Nº 101 (2006), pp. 233-239.

protección a los terceros que contratan con ella. En ambos textos se subordina tanto la solicitud de exhibición de cuentas por el mismo banquero, como la del cliente hecha por segunda vez, a una previa cognición de causa (*causa cognita*) y ponderación, por lo tanto, por parte del pretor de cada caso en concreto:

Ulp. 4 *ad ed.* 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 et 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. 10. Nec iterum postulanti edi praetor iubet, nisi ex causa:*

Paul. 3 *ad ed.* D. 2,13,7 pr.: *veluti si peregre habere quod primum editum est doceat: vel minus plene editum: vel eas rationes, quas casu maiore, non vero negligentia perdiderit. nam si eo casu amisit, cui ignosci debeat, ex integro edi iubebit.*

En el primer texto, Ulpiano explica la motivación de fondo que existe para que se prohíba la comunicación de las cuentas al propio banquero. La

razón está en que éste ya se encuentra previamente informado, dado que el ejercicio de su profesión implica la tenencia de los documentos que solicita y sería un privilegio absurdo admitir su solicitud invirtiendo a su favor la carga de la prueba. Sólo se admitiría tal demanda en el caso de que el banquero pruebe haber perdido las cuentas en virtud de una justa causa, como la fuerza mayor (naufragio, derrumbamiento, incendio o suceso análogo) o que las tenga en un lugar lejano, como por ejemplo, en una provincia transmarina. Termina el testimonio ulpiano con la afirmación de que tampoco dispone el pretor que se haga la comunicación de cuentas a favor del cliente que lo reclama por segunda vez, a no ser que haya causa para ello. Dichas causas se encuentran en el sucesivo texto de Paulo, tales como: que se pruebe que tiene lejos lo que se le exhibió por primera vez o que la exhibición anterior fuera incompleta, o bien que haya perdido las cuentas por fuerza mayor y no por negligencia. El razonamiento último está en que sólo si hay una causa justificada, el pretor procederá a la orden de *editio: nam si eo casu amisit, cui ignosci debeat, ex integro edi iubebit*.

En efecto, como se deduce de los textos aquí referidos, si es el banquero quien solicita la exhibición o el cliente por segunda vez, el pretor no decreta automáticamente la orden tras la solicitud, sino que toma conocimiento del asunto y la admite o deniega

previa cognición de causa. De ahí la imposición de determinados límites para garantizar que la solicitud de *editio* fuera razonable.

En resumen, tras examinar este régimen pretorio sobre la contabilidad bancaria, sabiamente comentada y completada por la labor jurisprudencial, podemos considerar que el interés social por el desarrollo de la actividad bancaria exige, asimismo, que ésta sea adecuadamente disciplinada.

III.- Responsabilidad por insolvencia bancaria frente a los depósitos de los clientes.

Es innegable que la acción transformadora del comercio bancario trajo consigo una modificación sustancial de antiguas instituciones y fórmulas jurídicas del Derecho romano, para dotarlas de mayor flexibilidad y adaptarlas a las nuevas necesidades. Este carácter dúctil del Derecho romano por influencia de la actividad de los banqueros se observa particularmente en el ámbito del mutuo, que a pesar de su gratuidad admitió intereses, y del depósito, cuya originaria

finalidad de custodia⁴⁴ queda relegada al admitirse la posibilidad de uso del dinero por parte del banquero.

Centrándonos en esta última figura, es probable que los primeros depósitos bancarios se constituyeran en arcas o sacos cerrados, de forma que la restitución se hacía en relación al mismo objeto⁴⁵. No obstante esta figura del depósito ordinario o regular no sería suficiente para cubrir las necesidades reales de una praxis bancaria cada vez más compleja. De ahí que ya en el Principado se fuera asentando la costumbre de permitir al banquero el uso de las sumas depositadas, con la correlativa obligación de devolver el *tantundem* e incluso intereses⁴⁶.

⁴⁴ Vid. PANERO, R., *El depósito* y GÓMEZ-CARBAJO, F., *Figuras especiales de depósito*, ambos en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor J. L. Murga Gener*, pp. 262 ss. y 288 ss., respectivamente.

⁴⁵ GÓMEZ-CARBAJO, F., *Ibid.*, p. 289. Como expresa GARCÍA GARRIDO, *El comercio, los negocios y las finanzas*, cit., p. 79: «Existía también la costumbre de depositar el dinero en los templos (*in aede*), confiando los sacos sellados a los cuidadores que los guardaban en cofres o armarios. En tiempos de revueltas y peligros los clientes confiaban sus fondos a los patronos que podrían ofrecer medidas más eficaces de custodia. Se utilizaban también los almacenes (*horrea*), que no sólo servían para las mercancías sino que en ellos se guardaban los documentos y el dinero en armarios que hacían el mismo servicio que las actuales cajas de seguridad...».

Sin duda, la jurisprudencia clásica haría frente, una vez más, a las demandas de la vida económica intentando encuadrar jurídicamente esta nueva práctica y regulando la responsabilidad de la banca por insolvencia de ésta en relación a los depósitos de sus clientes. En este punto se trasluce toda la problemática relativa a la variada tipología de depósitos de los que se nutría el sector bancario.

Es momento, ahora, de traer a colación una serie de textos contenidos en el Digesto que tratan el supuesto de quiebra de la empresa bancaria y su consecuente responsabilidad frente a los clientes que le han confiado dinero en depósito. Los tres primeros se encuentran en el título 16,3 del Digesto sobre las acciones del depósito: se trata de los fragmentos 2 y 3 de D. 16,3,7, extraídos de los comentarios de Ulpiano al edicto, y de D. 16,3,8 atribuido a Papiniano (9 *Quaestionum*). Por otro lado, encontramos otro pasaje de Ulpiano (63 *ad ed.* D. 42,5,24,2) que parece referirse a una parte del edicto sobre la *bonorum venditio* de los

⁴⁶ MARTÍNEZ CASAS, M., Crédito documentario, cit., p. 131, nt. 33; TOZZI, G., *Economistas griegos y romanos*, cit., p. 396 s.; PETRUCCI, A., *Mensam exercere*, cit., pp. 71 ss.; *Profili giuridici*, cit., pp. 31 ss.; ANDREAU, J., *Banque et affaires*, cit., pp. 83 ss.; SORIANO CIENFUEGOS, C., *Banca, navegación y otras empresas*, cit., p. 49; CERAMI, P.- PETRUCCI, A., *Diritto commerciale romano*, cit., pp. 121 ss.

bienes del deudor insolvente para responder frente a sus acreedores privilegiados.

En primer lugar, no hay indicios para suponer que los textos objeto de examen estén interpolados. Su contenido se puede considerar genuino según la doctrina mayoritaria⁴⁷. Pese a que no responden a una ordenación sistemática, se pueden extraer interesantes conclusiones de su estudio conjunto.

En el primero de los testimonios de Ulpiano encontramos la siguiente situación:

Ulp. 30 ad ed. D. 16,3,7.2: 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

⁴⁷ LITEWSKI, W., "Le dépôt irrégulier" II, *RIDA*, 22 (1975), pp. 287 ss.; GANDOLFI, G., *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano, 1976, p. 166; BÜRGE, A., *Fiktion und Wirklichkeit*, cit., pp. 553 s.; DE CHURRUCA, J., *Die Gerichtsbarkeit des praefectus urbi*, cit., pp. 322 s.; GARCÍA GARRIDO, M. J., *El comercio, los negocios y las finanzas*, cit., pp. 77 ss.; más bibliografía en SCOTTI, F., *Il deposito nel diritto romano. Testi con traduzione italiana e commento*, Torino, 2008. Cf. VALMAÑA OCHAÍTA, A. *El depósito irregular en la jurisprudencia romana*, Madrid, 1996, p. 113.

habetur, dummodo eorum qui vel postea usuras acceperunt ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito.

Siempre que los banqueros se declaren en bancarrota, se suele tener en cuenta, ante todo, a los depositantes que hubieren entregado cantidades en depósito (*solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est eorum qui depositas pecunias habuerunt*) y no prestadas con interés a los banqueros, juntamente con ellos o por mediación de ellos (*non quas faenore apud nummularios vel cum nummulariis vel per ipsos exercebant*). El jurista guarda especial cuidado en orden a distinguir al simple depositario de aquellos que hayan puesto a disposición del banquero su dinero para efectuar inversiones fructíferas o especulativas. Estas últimas podían consistir en: cualquier operación financiera de préstamo usurario e, incluso, cabe pensar en depósitos con la facultad de uso para el *argentarius* con los consecuentes intereses para los depositantes (*quas faenore apud nummularios*); o bien, en la conclusión de contratos de sociedad u otras formas de colaboración entre banquero y cliente dirigidas al lucro financiero (a ello se podría referir la expresión *cum nummulariis*) y, por último, a aquellas situaciones en las que el banco interviniera como intermediario financiero, sea a través de contratos onerosos como el arrendamiento de obra, sea con contratos gratuitos,

como el mandato o la gestión de negocios ajenos (*per ipsos exercebant*), donde entra en juego, por consiguiente, el mecanismo de la delegación bancaria, nada desdeñable en Roma según revelan numerosos testimonios jurídicos y literarios⁴⁸. Ahora bien, como podemos constatar del texto en examen, Ulpiano no alude aquí a contratos determinados, sino que se expresa de forma genérica para, precisamente, tratar los supuestos de quiebra de una manera global, haciendo referencia sustancialmente al tema que nos ocupa⁴⁹.

En la segunda parte del discurso, que trae su causa en lo establecido precedentemente, el jurista se plantea el orden de prelación en el cobro de los bienes del banquero quebrado en el caso de que se proceda a su venta, otorgando prioridad a los depósitos sobre los créditos privilegiados, siempre con la condición de no tener en cuenta los que devengaran intereses, aunque fuera por convenio o pacto sucesivo, ya que en tal caso se entiende que el cliente renunció al depósito. De nuevo, se reitera la diferencia entre el simple depósito

⁴⁸ Entre otros : D. 5,3,18 pr.; D. 26,7,50 ; D. 46,3,88 ; Nov. 136,1 ; Plaut., *Curc.* 2,3,66-69; 3,1,62-66; 5,2,20; Plaut. *Asin.* 2,4,30-34; César, *De bel. civ.* 3,1,2; Cicerón, *Pro Caec.* 6,17;

⁴⁹ MITTEIS, L., "Trapezitika", cit., p. 207; SACCONI, G., *Ricerche sulla delegazione*, cit., pp. 166 s.; GIOMARO, A. M., *Actio in factum adversos argentarios*, cit., p. 56; CERAMI, P.- PETRUCCI, A., *Diritto commerciale romano*, cit., pp. 125 s.;

gratuito y otros contratos bancarios lucrativos, tales como los depósitos irregulares con pacto de intereses, que Ulpiano no considera verdaderos depósitos, tal y como reza el texto en su parte final (*quasi renuntiaverint deposito*). Se contempla la posibilidad de *accipere usuras* por parte del depositante sobre la base de un acuerdo con el banquero, que con toda probabilidad tendría la forma de un simple *pactum*. La clave está en determinar su exigibilidad procesal. Cabe pensar en la *actio depositi* cuando el *pactum usurae* fuera *in continenti*, pero no está tan clara una protección semejante para los intereses pactados *ex intervallo*⁵⁰. Lo que sí parece evidente para la mayor parte de la doctrina es que, a lo largo del siglo II y, más aún, en época de los Severos se viene admitiendo por parte de algunos juristas⁵¹ la percepción de intereses acordados entre banquero y cliente mediante *pacta*

⁵⁰ VALMAÑA OCHAÍTA, A., *El depósito irregular*, cit., pp. 105 ss., observa una transformación del contrato de depósito en mutuo y, en consecuencia, una protección procesal diferente, tanto en los casos de permiso de uso *ab initio* del dinero, sometidos a condición suspensiva (D. 12,1,10 y D. 16,3,1,34), como cuando el permiso de uso es a posteriori o *ex intervallo* (D. 12,1,9,9) en cuyo caso desde el mismo momento en que concurre el *pactum* decae la *actio depositi* a favor de la *condictio*. Cf. CERAMI, P.-PETRUCCI, A., *Diritto commerciale romano*, cit., p. 152, quienes ven más probable una protección procesal por vía de *exceptio*. Vid. un resumen de las diferentes posturas doctrinales, en base a los textos de la jurisprudencia clásica y justiniana en GÓMEZ-CARBAJO, F., *Figuras especiales de depósito*, cit., pp. 290 ss.

adiecta a los contratos de buena fe, como es el caso del depósito. Sin duda, el paso de una *actio depositi in factum* a una *actio depositi in ius ex fide bona* será decisivo en este sentido, ya que supuso una mayor libertad a las partes para poder cambiar el contenido de la relación jurídica, sin salir de la misma figura del *depositum*⁵².

⁵¹ Vid., por ejemplo, Scaev. 1 *Resp. D.* 16,3,28; Pap. 9 *Quaest. D.* 16,3,24; Paul. 4 *Resp. D.* 16,3,26,1. Sobre estos textos, BONIFACIO, F., "Ricerche sul deposito irregolare nel diritto romano", *BIDR* 49-50 (1947), pp. 150 ss.; MASCHI, C. A., *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano, 1973, pp. 394 ss.; GANDOLFI, G., *Il deposito*, cit., pp. 148 ss.; SALAZAR REVUELTA, M., "La cuestión de la gratuidad del depósito irregular y de otras figuras afines en el Derecho romano", *Revista de Estudios Jurídicos*, 1, 1998, pp. 198 ss., con las diferentes orientaciones doctrinales; PETRUCCI, A., *Mensam exercere*, cit., pp. 217 ss.; *Prime riflessioni*, cit., pp. 66 ss.; *Profili giuridici*, cit., pp. 70 ss.; CERAMI, P.- PETRUCCI, A., *Diritto commerciale romano*, cit., pp. 150 ss.; CARDILLI, R., *Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra natura contractus e forma iuris*, en *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* (a cura di R. Fiori), Napoli, 2008, pp. 56 ss.

⁵² SALAZAR REVUELTA, M., *La gratuidad del 'mutuum' en el Derecho romano*, Jaén, 1999, p. 354. Para PANERO, R., *El depósito*, cit., p. 277: «precisamente, esta *bona fides* actuaría, además, como criterio determinante del *oportere* y que sin ser, propiamente, fuente de obligaciones si lo sería de responsabilidades, terminando por garantizar la protección jurídica a particulares acuerdos manifestados por las partes».

El siguiente párrafo de D. 16,3,7 plantea la cuestión de si los depositantes serán admitidos al activo concursal según el orden temporal en que constituyeron sus depósitos, o bien todos concurrirán a la vez:

3. Item quaeritur, utrum ordo spectetur eorum qui deposuerunt an vero simul omnium depositariorum ratio habeatur. et constat simul admittendos: hoc enim rescripto principali significatur.

Ulpiano se manifiesta a favor de este último parecer: considerando a todos los depositarios en el mismo plano, admitidos simultáneamente en el concurso de acreedores, a tenor –como expresa el texto- de un rescripto imperial.

Por su parte, el testimonio de Papiniano añade que esta situación privilegiada de los depositantes se ejercita, no sólo en la cuantía que resulta del dinero depositado que se encontró en el patrimonio del banquero, sino sobre todos los bienes del defraudador:

Pap. 9 Quaest. D. 16,3,8: 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. plane sumptus causa, qui necessarie factus est, semper praecedit: nam deducto eo bonorum calculus subduci solet.

Precisamente el empleo del calificativo “defraudador” viene a denotar la ruptura de la confianza con sus clientes de la parte más fuerte en la relación financiera y justifica, así, que la responsabilidad se extienda a todo su patrimonio. Dicha confianza se entiende por la utilidad pública que trae consigo el negocio de la banca, esto es, por la necesidad de recurrir a ella para asegurar el propio dinero y en el carácter de servicio público de ésta.

Otra referencia a la *fides publica* la encontramos en el texto que vamos a analizar a continuación.

Ulp. 63 ad ed. D. 42,5,24,2: 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 exstent, vindicari eos posse puto a depositariis et futurum eum qui vindicat ante privilegia.

En este otro testimonio de Ulpiano, extraído también de los comentarios al edicto, se especifica aún más el orden de prelación de los acreedores en caso de quiebra del titular de una empresa bancaria y la consecuente venta universal de sus bienes. Así, se determina que después de los créditos privilegiados, tendrán preferencia los de quienes depositaron dinero en el banco llevados por la confianza que suele otorgarse públicamente a estos *negotia*. No obstante, aclara el texto: los que cobraran intereses por las cantidades depositadas no se distinguirán de los otros acreedores y ello, como justifica Ulpiano, porque una cosa es prestar y otra depositar (*aliud est enim credere, aliud deponere*). Este es, sin duda, el mismo razonamiento que encontramos en D. 16,3,7,2 cuando el propio jurista dice *quasi renuntiaverint deposito*.

La alusión a la fe pública del banquero es una clara manifestación de la finalidad económica que buscan quienes sólo pretenden tener su dinero bajo recaudo en un lugar seguro. El hecho de que el hilo argumental del discurso los sitúe detrás de los acreedores privilegiados, trasluce que su dinero ha sido usado por el banquero y no se ha devuelto⁵³: lo que supone un depósito abierto con facultad de uso, derivado

⁵³ Para su reclamación, Ulpiano plantea la *actio depositi*. Hemos de descartar la *actio furti*, de la que no habla el propio texto. BONIFACIO, F., Ricerche sul deposito irregolare, cit., p. 150.

objetivamente de la *datio rei*. Frente a estos depositantes, cuyo interés exclusivo de custodia queda gráficamente determinado con la expresión “*qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt*”, se encuentran otros que, calificados igualmente de “depositantes” en principio (*qui depositis nummis*), persiguen algo más que depositar su dinero, ya que además cobran intereses. Esta circunstancia los aleja de una situación privilegiada en el patrimonio concursal, concurriendo con el resto de acreedores. Y ello, porque al cobrar intereses no pueden llamarse más “depositantes”. Para Ulpiano, a partir de este momento, no estamos ya ante un depósito, sino ante un préstamo al banquero (*aliud est enim credere, aliud deponere*), si bien no se trata de un mutuo *ab initio*, de lo contrario no se hablaría al inicio de *depositis nummis*, sino de cosas dadas en mutuo directamente. Lo que lleva la relación jurídica entre cliente y banquero al ámbito del préstamo es, precisamente, la percepción de intereses⁵⁴. No obstante, Ulpiano evita calificar esta realidad dentro de esquemas precisos, prefiere definiciones generales del tipo: “dar a crédito” (*credere*), “*pecunias faenore exercere apud numularios*” o “*quasi renuntiaverint deposito*” (como hemos visto en D. 16,3,7,2). La razón está en que el jurista se encuentra frente a una praxis bancaria que no

⁵⁴ VALMAÑA OCHAÍTA, A., *El depósito irregular*, cit., pp. 121-123. Cfr. LITEWSKI, W., *Le dépôt irrégulier*, cit., p. 290 ss.

se adapta a los tradicionales patrones contractuales del mutuo o del depósito, combinando sin embargo elementos de ambos⁵⁵.

Finaliza el texto determinando que si subsisten las monedas depositadas y se pueden reivindicar por parte de sus depositantes, éstos pasarán delante de los acreedores privilegiados, es decir, en el supuesto de que el dinero depositado se entregara al banquero en sacos, paquetes u otros contenedores cerrados o sellados, y se pudieran distinguir las monedas del patrimonio del concursado, los depositantes gozarán de preferencia, incluso antes que los acreedores privilegiados. Este tipo de depositantes se extraen, por consiguiente, de la prelación de créditos (anticipándose en cualquier caso a todo acreedor) porque no se pueden considerar propiamente como acreedores, dado que su reclamación se basaría en el ejercicio legítimo de un título de propiedad sobre unos bienes que permanecen perfectamente identificables (*si tamen nummi exstant*) y que no entran a formar parte del activo de la quiebra⁵⁶. Por la estructura del relato y

⁵⁵ CERAMI, P.- PETRUCCI, A., *Diritto commerciale romano*, cit., pp. 124 s.

⁵⁶ El término *exstare* aparece a menudo en antítesis de "*consumptum esse*" (Vid. HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, s.v. «*exstare*» 1, e). Sobre la "*vindicatio nummorum*", vid en particular KASER, M., "Das Geld im Römischen Sachenrecht", *TR*, 29 (1961), pp. 173 ss.

cómo se encuadra en él esta situación, parece que Ulpiano la considera menos frecuente en la praxis *argentariarum*: lo usual sería la utilización del dinero por parte del banquero⁵⁷.

Resumiendo el sentir de D. 42,5,24,2, se desprende que: primero, tienen prioridad los titulares de depósitos cerrados; en segundo lugar, los acreedores privilegiados sobre cualquier otro depositante; obviamente detrás de éstos irían los depositantes de depósitos abiertos con facultad de uso por parte del banquero pero sin interés convenido y, por último, los depositantes de depósitos abiertos que devenguen intereses, que no se diferencian de otros simples acreedores. Ciertamente estos dos últimos tipos de depósitos, que integran la categoría de los llamados tardíamente “depósitos irregulares”⁵⁸,

⁵⁷ VALMAÑA OCHAÍTA, A., *El depósito irregular*, cit., pp. 114,117 y 119, basándose en BRASIELLO, U., *Aspetti innovativi delle costituzioni imperiali*, en *Studi in onore di P. De Francisci*, 4, Milano, 1956, pp. 483 ss. y GORDON, W. M., *Observations on Depositum Irregulare*, en *Studi in onore di A. Biscardi* 3, Milano, 1982, p. 368.

⁵⁸ Para HERRERA BRAVO, R., *El contrato de depósito en el Derecho romano*, Granada, 1987, p. 395: «El adjetivo correspondiente a irregular, adjunto al depósito, no se encuentra en las fuentes romano-clásicas y su origen podemos hacerlo resaltar en la época intermedia, especie de elaboración canonista y también extraña al derecho justiniano». Vid., asimismo, BONIFACIO, F., *Ricerche sul deposito irregolare*, cit.,

constituirán uno de los productos bancarios que alcanzará mayor difusión en la Roma del periodo comercial y, sin duda, sería ya ampliamente conocido en época de Ulpiano, aunque las fuentes no lo tomen en consideración de forma autónoma, dadas las notables dificultades y diferencias de opinión que observamos en los juristas del Principado a la hora de aceptar esta categoría⁵⁹.

A simple vista parece que ambos testimonios de Ulpiano (el contenido en D. 16,3,7,2 y este último de D. 42,5,24,2) concurren en una importante contradicción: en D. 16,3,7,2 los depositantes que no perciben intereses aparecen con preferencia sobre los acreedores privilegiados, mientras que en D. 42,5,24,2 se sostiene justo lo contrario⁶⁰. La doctrina ha venido ofreciendo diferentes argumentos para intentar explicar una contradicción más aparente que real: poniendo el

pp. 119 ss.; KLAMI, H. T., *'Mutua magis videtur quam deposita'*. *Über die Geldverwahrung im Denken der römischen Juristen*, Helsinki, 1969, pp. 229 ss.

⁵⁹ SACCONI, G., *Ricerche sulla delegazione*, cit., 1971, p. 167; DE CHURRUCA, J., *Die Gerichtsbarkeit des praefectus urbi*, cit., pp. 315 ss., con bibliografía.

⁶⁰ GARCÍA GARRIDO, M. J., *La sociedad de los banqueros ("societas argentaria")*, en *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, Milano, 1982, p. 382, remitiéndose a HERRERO CHICO, R., *'Argentarii'*. *Estudios sobre el régimen jurídico de la banca en Roma*, Granada, 1978, pp. 39 ss.

acento en que el dinero se encuentre o no en la caja del banquero; en el carácter público o no del titular de la banca, en la existencia o no de dolo en la quiebra; en la distinción entre depósitos regulares e irregulares, etc. No obstante, la opinión más plausible es la que considera ambos textos conciliables, teniendo en cuenta la diferente óptica desde la cual el jurista afronta el problema en ellos⁶¹. En efecto, en el primero, comentando el edicto sobre la *actio depositi*, la cuestión fundamental radicaría en distinguir el depósito irregular sin interés de otras operaciones especulativas realizadas por los banqueros por cuenta de los clientes, reconociendo la prioridad de aquél en el concurso de acreedores. Prioridad que se perderá en todo caso si se pactan intereses, aunque sea *ex intervallo*, sobre las sumas depositadas.

En cambio en D. 42,5,24,2 el interés específico de Ulpiano –comentando la parte del edicto dedicada a la venta de los bienes por autoridad del juez en caso de quiebra del banquero- sería más bien determinar el orden de prelación en el concurso de acreedores, según el cual gozan de preferencia, en primer lugar, los depósitos cerrados, que se pueden considerar como depósitos ordinarios o regulares; después vendrían los depósitos abiertos o los depósitos irregulares sin interés

⁶¹ CERAMI, P.- PETRUCCI, A., *Diritto commerciale romano*, cit., pp. 213 ss.

(si bien cobrarían después que los acreedores privilegiados) y, por último los depósitos irregulares con pacto de intereses, que se asimilarían a los préstamos, cuyos titulares son simples acreedores sin privilegio alguno⁶².

Cabría pensar, según lo dispuesto en D. 16,3,7,3 que sólo en los dos primeros supuestos de depósito, los depositarios se entenderían todos admitidos al mismo tiempo en el activo concursal, sin consideración del tiempo en el que se constituyeron. El procedimiento a aplicar no sería especial, sino el normal de la *bonorum venditio* de los procesos concursales comunes, con las cautelas que hemos visto para salvaguardar algunas categorías de depositantes. En cualquier caso –como hemos observado de D. 16,3,8-, la responsabilidad del banquero es *in solidum*, esto es, responde con todo su patrimonio y no sólo con su aportación social si es que pertenece a una *societas argentaria*⁶³. En estos criterios de responsabilidad los autores ven un régimen especial o *ius singulare* aplicable a los banqueros, que se

⁶² PEÑALVER, M. A., *La banca en Roma*, cit., p. 74.

⁶³ Como determina GARCÍA GARRIDO, M. J., *La sociedad de los banqueros*, cit., p. 383: «...en la *societas argentaria* era importante determinar el activo o capital social y también el de cada socio que en definitiva, aunque no se considerara como integrante del patrimonio de la sociedad, respondería de determinadas obligaciones contraídas como banquero».

justifica, una vez más, por la utilidad pública del servicio que proporcionan⁶⁴.

De hecho, si bien la *societas argentaria* es una *societas alicuius negotii*⁶⁵, se considera como una empresa unitaria (*mensa*) con una regulación especial dado su carácter de oficio público. De ahí, la responsabilidad *in solidum* de los banqueros frente a depositarios e, igualmente, la solidaridad activa y pasiva de los socios de la *mensa argentaria*⁶⁶, característica del primitivo *consortium erecto non cito*, pero que se mantiene en derecho clásico para algunos

⁶⁴ Vid. las consideraciones hechas por VELASCO GARCÍA, C., Algunas observaciones sobre la *societas argentaria*, cit., pp. 138 ss., basándose, entre otros, en SCHARLACH, C. W., "Das jus singulare im Römischen Recht", *Archiv. für die civilistische Praxis* 62 (1879), pp. 435 ss.; ORESTANO, R., "*Ius singulare e privilegium in diritto romano*", *Annali Macerata* 11 (1937), pp. 37 ss.; GUARINO, A., "Il problema dogmatico e storico del diritto singolare", *Annuario Diritto Comparato* 18 (1946), pp. 58 ss. [=Pagine di diritto romano 6, Napoli, 1995, pp. 56 ss.].

⁶⁵ Sobre esta calificación por la doctrina, vid. en general, ARNÒ, C., *Il contratto di società*, Torino, 1938, p. 101; SZLECHTER, E., *Le contrat de société en Babylonie, en Grèce et à Rome: étude de droit comparé de l'Antiquité*, Paris, 1947, p. 270; ARANGIO RUIZ, V., *La società in diritto romano*, Napoli, 1965, p. 144; GARCÍA GARRIDO, M. J., *Ibid.*, p. 376.

⁶⁶ Vid. Cic., *Reth. ad Her.* 2,3,19; Paul. 3 *Plaut.* D. 2,14,24; Paul. 3 *ad ed.* D. 2,14,25; Paul. 3 *ad ed.* D. 2,14,27 pr.; Paul. 13 *ad ed.* D. 4,8,34 pr.

tipos de sociedad a través de los cuales se desarrolla el derecho comercial romano, tales como la *societas argentaria* o la *societas publicanorum*⁶⁷. El especial interés público de los bancos obligaría, por tanto, a los socios de una *societas argentaria* a responder con todo su patrimonio de los depósitos de sus clientes⁶⁸.

No obstante, es necesario puntualizar que este régimen es aplicable solo a una *mensa* bajo el esquema organizativo de la responsabilidad ilimitada, puesto que si la *exercitio negotiationum* está en manos de esclavos o *filiis familias*, la responsabilidad vendría limitada al *peculio*⁶⁹, entendido como patrimonio separado del patrimonio personal del *dominus* o *pater*, y en

⁶⁷ ARANGIO RUIZ, V., *La società in diritto romano*, cit., pp. 145 ss.; SANFILIPPO, C., "Sulla irrelevanza del rapporto sociale nei confronti dei terzi", *IVRA* 2 (1951), pp. 159 ss.; TORRENT, A., "Consideraciones sobre la *societas omnium bonorum*", *RISG* 13-15 (1965-67), pp. 3 ss.; SERRAO, F., *Sulla rilevanza esterna del rapporto di società in diritto romano*, en *Studi Volterra*, 5 (1971), pp. 743 ss.; D'ORS, A., "*Societas y consortium*", *REHJ* 2 (1977), pp. 33 ss.; CIMMA, M. R., *Ricerche sulle società di publicani*, Milano, 1981, pp. 95 ss.; 163 ss.; DI PORTO, A., *Impresa collettiva e schiavo manager*, cit., p. 14; GARCÍA GARRIDO, M. J., *La sociedad de los banqueros*, cit., pp. 376 ss.

⁶⁸ AMAYA CALERO, M., "¿Existió un Derecho Mercantil romano?", *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, 6 (Madrid, 1987), p. 83.

⁶⁹ Vid. BUTI, I., *Studi sulla capacità patrimoniale dei servi*, Napoli, 1976, pp. 13 ss.

consecuencia, su responsabilidad se circunscribiría *dumtaxat de peculio* o a lo reembolsado por éste (*in rem verso*), a tenor de lo establecido en el *triplex edictum 'de peculio aut de in rem verso aut quod iussu oritur actio'* (D. 15,1,1,1)⁷⁰. Asimismo, la responsabilidad por entero del titular de una empresa

⁷⁰ Sobre la organización empresarial y el papel de las acciones *adiecticiae qualitatis* vid., entre otros, VALIÑO, E., "Las acciones *adiecticiae qualitatis* y sus relaciones básicas en Derecho romano", *AHDE* 37 (1967), pp. 339 ss.; "Las relaciones básicas de las acciones adyecticias", *AHDE* 38 (1968), pp. 379 ss.; SERRAO, F., "La responsabilità per fatto altrui e nossalità", *BIDR* 73 (1970), pp. 125 ss.; *L'impresa in Roma antica. Problemi e riflessioni*, en *Studi pr L. De Sarlo*, Milano, 1989, pp. 675 ss.; *Impresa e responsabilità*, cit., pp. 299 ss.; *Appunti sulle 'actiones familiae nomine'*, en *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica (a cura di L. Vacca)*, Torino, 1995, pp. 58 ss.; *Nuovi appunti sulle 'actiones familiae nomine'*, en *Ivris Vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, Napoli, 2001, pp. 427 ss.; HAMZA G., "Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano", *Index* 9 (1980), pp. 203 ss.; DI PORTO, A., *Impresa collettiva e schiavo manager*, cit., pp. 290 ss.; KIRSCHENBAUM, A., *Sons, Slaves and Freedmen*, cit., pp. 63 ss.; AUBERT, J. J., *Business Managers*, cit., pp. 70 ss.; DE LIGT, L., *Legal History*, cit., pp. 205 ss.; CERAMI, P.- PETRUCCI, A., *Negotiationes e negotiatores. Tipologia dell' organizzazione imprenditoriale romana*, en *Diritto commerciale romano*, cit., pp. 36 ss. En general, vid. MICELI, M., *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, Torino, 2001 y COPPOLA BISAZZA, G., *Lo 'iussum domini' e la sostituzione negoziale nell' esperienza romana*, 1, Milano, 2003.

bancaria encuentra también un límite en la representación directa, conforme lo dispuesto en Scaev. 5 *Dig. D. 14,3,20*, donde se desprende –como una característica propia de este tipo de empresas⁷¹– la exención de responsabilidad de un liberto puesto como *institor* al frente del negocio, por los actos cumplidos en su calidad de *praepositus* o factor; quedando a los acreedores del *dominus negotii* fallecido, sin herederos, la única posibilidad de hacer valer sus créditos frente al adquirente o adquirentes de los bienes del finado⁷².

En definitiva, los testimonios jurídicos objeto de análisis confirman que, ya a finales del período comercial, no había una forma estándar de depósito bancario, sino diversas modalidades que podían acaecer entre banquero y cliente. La evolución de la

⁷¹ Cf. lo dispuesto en Ulp. 28 *ad ed. D. 14,1,1,17* para la empresa de navegación: *est autem nobis electio, utrum exercitorem an magistrum convenire velimus.*

⁷² *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. Al respecto, vid. WACKE, A., *Die adjektizischen Klagen*, cit., pp. 347 ss.; PETRUCCI, A., *Profili giuridici*, cit., pp. 116 ss.; 169 ss.*

actividad bancaria, especialmente entre los siglos I a. C y II d. C, supondría que a la sola posibilidad de concluir depósitos ordinarios de dinero sellado, se añadieran otras variantes de depósito con el permiso para el banquero de usar el dinero consignado y su correlativa obligación de devolver el *tantundem*, además de los intereses según acuerdo de las partes⁷³. Conforme a esta tipología, los textos romanos distinguen, por tanto, dos categorías de clientes: los “ahorradores”, que gozan de una especial protección ante una crisis de la banca, y frente a ellos, los “especuladores”, llamados a asumir este tipo de crisis, junto con otros acreedores no privilegiados⁷⁴.

En este sentido, a partir de los supuestos de quiebra de una empresa *argentaria*, podemos deducir un régimen jurídico unitario elaborado por la *interpretatio prudentium* de las cláusulas edictales en materia de depósito y de venta en bloque de los bienes del quebrado (lo que se deduce de la utilización de términos como *solet*, en D. 16,3,7,2; *placuit*, en 42,5,24,2 o *receptum est*, en D. 16,3,8), además de la

⁷³ GORDON, W. M., *Observations on Depositum Irregulare*, cit., p. 367; ANDREAU, J., *Banque et affaires*, cit., pp. 83 ss.; CERAMI, P.-PETRUCCI, A., *Diritto commerciale*, cit., pp. 122 ss.

⁷⁴ PETRUCCI, A., *Profili giuridici*, cit., p. 168; CERAMI, P.-PETRUCCI, A., *Ibid.*, p. 214.

intervención de la Cancillería imperial, como se observa en D. 16,3,7,3 (*hoc enim rescripto principali significatur*). Lo que denota una especial preocupación no sólo por parte de los juristas, sino de los poderes públicos, por dar una debida respuesta a los problemas jurídicos que plantea la realidad de los negocios bancarios.

IV. A modo de conclusión.

De lo expuesto hasta ahora, en base a las fuentes analizadas, podemos extraer interesantes conclusiones sobre el régimen jurídico –si bien fragmentario e inorgánico-, que reguló en Roma la actividad bancaria y, en concreto, sobre los problemas aquí planteados en cuanto al deber de transparencia y la responsabilidad en caso de situaciones de insolvencia bancaria.

Hemos situado el desarrollo de la actividad bancaria en la época de expansión imperialista de Roma y de extensión del comercio a gran escala. En el marco del derecho de gentes y gracias a la acción transformadora y creadora del pretor, se consiguió arraigar en Roma las estructuras propias de un derecho bancario – ya con siglos de experiencia en el mundo oriental- que consiguió vincular y dar seguridad a las operaciones inter urbanas entre clientes pertenecientes a diferentes jurisdicciones.

El lenguaje del edicto pretorio y la correlativa elaboración jurisprudencial de las épocas preclásica y clásica resultarán decisivas en la emersión y progresiva consolidación de una terminología jurídica propia en la esfera de la actividad bancaria y del tráfico especulativo, desarrollándose toda una gama de recursos técnicos, de formas y vías legales para abrir paso a uno de los movimientos económicos más importantes del derecho comercial romano y de la historia en general.

En este ámbito de progreso alcanzado por el tráfico mercantil del Imperio y de impulso de las prestaciones bancarias puestas a su servicio, los jurisconsultos romanos nos ilustran sobre la naturaleza pública de la función cumplida por los banqueros, tendiendo a proteger a la parte más débil de la relación contractual. Motivaciones de interés general están, por tanto, en la base de toda la disciplina de la actividad bancaria.

Efectivamente, en la jurisprudencia se percibe una clara preocupación por imponer a cargo de los empresarios al frente de una *taberna argentaria* el deber de informar –con la debida publicidad– sobre las condiciones generales aplicables a su contratación, respondiendo ilimitadamente por su incumplimiento o

su variación, en base al principio “*neque enim decipi debent contrahentes*” y al concepto de “riesgo empresarial”.

Además del deber de información de los modelos uniformes predispuestos por el empresario de la banca, asumía particular relevancia el deber de transparencia en relación a su contabilidad. La obligación de confeccionar diligentemente las cuentas de su negocio y la comunicación al cliente, con cierta regularidad, de los extractos bancarios, así como la exhibición del libro contable cuando éste necesitara alegarlo judicialmente, tienen su fundamento una vez más en el interés público del servicio que presta el banquero, cuya violación se podía sancionar en vía jurisdiccional. Como hemos podido observar el pretor concedía una *actio in factum* para el resarcimiento de los daños como consecuencia de la conducta ilícita del banquero al omitir la *editio rationum*. Pero sólo contempla la omisión dolosa de éste y, además, supedita la demanda de la *editio* a un juramento por parte del cliente de no solicitarla por el mero interés de causar un perjuicio al banquero. Estas prevenciones, junto a la no obligatoriedad de exhibir todo el libro contable, sino la parte relativa a la controversia en curso, nos dan a entender una propensión de la jurisprudencia a salvaguardar también el papel decisivo que el sector bancario jugaba en la

economía romana, como contrapeso a la tutela de los intereses de los clientes que contrataban con ella.

En consecuencia, podemos advertir cómo el ordenamiento jurídico romano muestra, en sede bancaria, un especial interés por equilibrar los intereses en juego: por un lado, la necesidad de proteger a los terceros contratantes, dado que son la parte débil en una relación contractual con el sector bancario y, por otro lado, la exigencia de dar una debida respuesta a los intereses del propio mercado. Se trata, por tanto, de conjugar la *publica utilitas contrahentium* y el desarrollo comercial.

En este contexto, es evidente cómo en caso de quiebra de la banca y consecuente concurso de acreedores, los juristas distinguen claramente entre los depósitos que producen intereses y los improductivos, otorgando más garantías de devolución de sus depósitos a los depositarios ordinarios (que podríamos calificar como “simples ahorradores”) y situando en último lugar a los depositarios de depósitos abiertos con facultad de uso y devolución de consecuentes intereses (o “especuladores”).

En definitiva la gran transcendencia que cobra la actividad bancaria en la economía romana influirá en la creación y transformación de concretas figuras jurídicas

(como el depósito) para adaptarlas a las nuevas necesidades del tráfico jurídico. En este proceso, ni el derecho pretorio, ni la jurisprudencia, ni la Cancillería imperial olvidan los principios de la *aequitas* o la *bona fides*, que habrán de presidir las relaciones banca-cliente en cualquier momento y, aun más, en épocas de crisis financiera.