

Derecho del Consumidor en la contratación Bancaria. Desde la actualidad a su génesis en Roma.-

*Dra. Marilina Andrea Miceli*¹

“Todo derecho se ha creado por razón de los hombres”

Hermogeniano.²

I.- Nociones Generales.-

Considerando que la vida se nos presenta como triple realidad; compuesta por un orden fáctico, esto el sustrato “real” que representa lo que es; un orden ideal, de creencias y valores que manifiesta lo que debe ser; y, un orden normativo que programa coactivamente la es, de conformidad con ese deber ser³. El ser humano, eminentemente social, es autor y protagonista de las relaciones que, con sus pares, va forjando a lo largo de la vida.

Dentro de esta sociedad, de aspecto trino, los ideales representan estándares valorativos que dependen del efectivo sistema de creencias que la integran, resignificando los lazos interpersonales positivizados normativamente.

No debemos olvidar que la sociedad evoluciona históricamente y se desarrolla a lo largo del tiempo, a través de un proceso gradual. Manifiesta Bonfante; “El derecho, como cualquier otra manifestación de la vida de los pueblos, el arte, la costumbre, la literatura, es un producto de la conciencia social y, por lo tanto, varía en el tiempo, varía de pueblo

1 Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora Universitaria de Grado y Posgrado, en la Universidad Abierta Interamericana, Universidad Argentina John F. Kennedy, Universidad Católica de La Plata y Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Diplomada en Derecho Romano público y privado

Diplomada en Derecho Público Romano profundizado. Universidad Abierta Interamericana.

² D. L. 2 “*De statu hominus*” “*hominum causa omne ius constitutum est*”.

³ Ver García Ricardo Ginés, Fundamentos del Derecho, Parábola, Bs. As. 2007.

a pueblo, a medida que cambian y se afinan las necesidades, los sentimientos y la civilización. Todo esto representa el principio de evolución jurídica.⁴

Sabemos que la tradición en general, y en particular la tradición jurídica propia del continente europeo se remonta sin solución de continuidad hasta el antiguo derecho romano, que logra evolucionar a través de la aplicación de justicia al caso concreto, transmutando o transfigurando en lo que solemos denominar la pervivencia del Derecho Romano.

Por esa razón podemos decir que el Derecho Romano, en sentido restringido, es un fenómeno histórico, estático; sin embargo, en sentido amplio, y como objeto cultural, es un sistema que se expande y proyecta a todos los pueblos en donde Roma tuvo influencia por readaptación hasta nuestros días.

Podemos decir también, que es básicamente, casuística, en prolongada evolución, los romanos supieron componer y compaginar el derecho capitalizando cada concepto jurídico en su aplicación y cada laguna del derecho como faz creadora de legislación.

Expresa Costa, “No encontramos precisamente en el derecho romano clásico doctrinas, sistemas y conceptualizaciones, sino soluciones aplicadas de principios constantes y coherentes.”⁵ y es por ello, que me atrevo a decir, que a dicha circunstancia se debe la perdurabilidad del sistema.

Señala D´Ors que el derecho romano en sí mismo es algo más profundo que trasciende lo meramente histórico⁶. “En el radica el numen del derecho del mundo occidental como claro forjador de las ideas jurídicas a través del paso del tiempo.”⁷

⁴ Bonfante Pietro, Instituciones de Derecho Romano, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1959, pág. 9.

⁵ Costa José C., El Negocio Jurídico en Roma, Influencia en el Derecho Argentino, Estudio, Bs. As. 1998, Pág. 12.

⁶ Ver D´Ors Pérez Peix, A, Presupuestos críticos para el estudio del derecho romano, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1943

⁷ Costa, J. C. los principios generales del derecho. Sistema latinoamericano, XI Jornadas Nacionales de derecho Civil, Bs. As., 1987; Costa, J. C. Temas de derecho romano, bs. As. 1994, Pág. 17 y SS.

Para avanzar con mi comunicación y abordar el tema que me convoca debiera preguntarme a qué se hace referencia cuando hablamos sobre Derechos del consumidor en la contratación bancaria.

Blackstone decía que las antigüedades de la jurisprudencia no parecerán inútiles para quien se dé cuenta que las doctrinas antiguas son el fundamento de las que hoy están vigentes.⁸

Debemos considerar que la empresa bancaria resulta de particular importancia para la vida moderna ya que, como indica Ferrer de Fernandez, la actividad va dirigida desde el pequeño consumidor bancario no especializado hasta las grandes empresas internacionales que, utilizan para sus transacciones métodos de alta tecnología.

Por lo que el objeto de estudio incluye las más variadas relaciones jurídicas e institutos que se relacionan directa e indirectamente con la temática abordada.⁹

Así la naturaleza jurídica del derecho bancario, la protección que al consumidor bancario le brinda el código unificado, las disposiciones generales y particulares aplicables a consumidores y usuarios, así como también, los principios propios de transparencia en los contratos, el secreto bancario, la responsabilidad civil de la banca, el estatuto del consumidor, las entidades financieras y los contratos que por medio de ellas se generen, la problemáticas de los terceros damnificados por el otorgamiento abusivo de créditos, el gobierno societario en las financieras y el rol del directorio bancario son parte del amplio espectro de estudio.

Dentro de las obligaciones y, especialmente, los contratos se encuentra el depósito, la cuenta corriente, el mutuo, el descuento bancario, la apertura de crédito, la caja de seguridad, el factoraje, el *leasing*, las tarjetas de crédito y todo el amplio abanico de posibilidades que pueden presentarse en la práctica, a los operadores jurídicos, siendo un derecho en constante evolución.

II.- Contrato en el derecho romano.

⁸ Ver Mampel en “Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría” Civitas Madrid, 1978.

⁹ Ver Ferrer de Fernandez Esther Haydeé S directora y Rocha Daniela Dora coordinadora en “Derecho del Consumidor en la Contratación Bancaria” Astrea, Bs. As. 2019.

En Roma no todo acuerdo de voluntades es entendido como un contrato, si bien los romanos no conceptualizaron acabadamente al instituto, se lo considera como toda convención reconocida como obligatoria, esto es así, por encontrarse dotada de causa civil y poseer su reclamo amparo jurídico.¹⁰

Los textos romanos, hacen referencia a convenciones, pactos o contratos indistintamente; el término *contractus* se conforma a partir del verbo *contrahere*; *contractus*, es su participio pasado, que significa “lo contraído”, obligación exigible jurídicamente.

Cabe aclarar que el primer fragmento en el que aparece el vocablo *contractus* es en el paso de Aulio Gelio,¹¹ en su trabajo dedicado a las dotes, en el cual cita al jurista Servio Sulpicio, al referirse a la promesa futura de matrimonio *Sponsalia*; el vocablo también aparece en las opiniones de los juristas clásicos, del siglo I después de Cristo.¹²

Antes de esto, el vocablo *contractus* no figuraba en su forma nominativa indica Schultz “se halla ausente en las obras de César, Cicerón, Salustio, Livio, Tácito, Suetonio y los Plinios (*maior* y *minor*)”¹³ y, aunque no se trate en esta línea sino de autores literarios, es llamativo que uno de los vocablos más usados actualmente no sea empleado ni de forma excepcional por los romanos.

En relación al origen del instituto manifiesta Di Pietro “no existió en el derecho romano una teoría general del contrato, esta se irá formando lentamente con la romanística posterior que, aprovechando ciertos rasgos propiamente romanos, alcanzará dicha sistematización generalizadora en el pensamiento jurídico moderno”¹⁴

¹⁰ D.2.14.7.1

¹¹ Gelio Aulo, Noct. Att., 4,4, 2.

¹² 50.16.19. en la presente cita Labeón deja claramente establecido que el núcleo del contrato está basado en relación a la obligación, es decir, basado en la circunstancia de una obligatoriedad asumida, más allá de si se encuentra consentida o no, recuérdese que en un primer período el contrato se encontraba tipificado por su forma y la voluntad no era elemento integrante del mismo.

¹³ Schulz Fritz, *Clasical Roman Law*, Clarendon press, Oxford, 1951, pág. 465, traducción castellana J. Santa Cruz Tejeiro, *Derecho Romano Clásico*, Bosch, Barcelona, 1960, Pág. 445.

¹⁴ Di Pietro, A, *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el derecho romano*, Ábaco, Bs. As. 2004, Pág. 56.

Reiterando que el derecho es un objeto cultural producto de la sociedad que lo genera y con las características de la propia comunidad y la impronta histórica del tiempo en que se lo crea.

Originalmente los contratos, al no ser la escritura vulgarmente conocida, eran de carácter verbal, *verbis*, por oposición a los contratos escritos o *litteris*; dotados todos de la suficiente formalidad y con exacerbado ritualismo para configurar su validez y la consecuente oponibilidad a terceros.

Los contratos verbales más antiguos son: *el nexum, la sponsio, la stipulatio, la dictio dotis y la promissio iurata liberti*,¹⁵ mientras que, los *litteris* son *la nomina transcriptitia, la chirographa y synagrapa*.

En todos se evidencia a un sujeto, el cual tiene un derecho, facultad o posición de inordinación sobre otro sujeto, el cual posee, una obligación, un deber o posición de subordinación hacia aquel.

Hasta aquí, Roma ofrecía un catálogo o tipificación de relaciones jurídicamente obligacionales. Con el transcurso del tiempo el núcleo o centro de la relación, deja de ser el empleo de la forma y pasa a centrarse en la voluntad de las partes, es decir a su intención, ubicando al concurso de voluntades como un elemento esencial de los negocios jurídicos.

Hacia el año 500 después de Cristo, con Justiniano, el contrato es considerado como aquel acuerdo de voluntades capaz de constituir a una persona en deudora de otra y puede versar acerca de la creación, modificación o extinción de cualquier relación jurídica.

Del reconocimiento de la voluntad como requisito contractual indispensable, se derivan los denominados contratos romanos modernos clasificados en contratos consensuales y contratos reales. Esta clasificación depende de si los mismos se perfeccionaban con el simple consentimiento de las partes o por tradición de la cosa.

Son contratos reales el *mutuum* (mutuo), el *commodatum* (comodato) el *depositum* (depósito), y el *pignus* (prenda). Son contratos consensuales la *emptio*

¹⁵ Ver Di Pietro A. Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el derecho romano, Ábaco, Bs. As. 2004/ Torrent A, Manual de derecho romano privado, Mira, Zaragoza, 1990.

venditio (compraventa), *la locatio conductio* (locación) ya sea de cosas, *conductio rei*, locación de servicios, *conductio operarum* o locación de obra, *conductio operis* y el contrato de *societas* o sociedad.

En aquellas circunstancias en las que se generaba una obligación sin poder ser encuadrada dentro de los contratos ya tipificados, tal situación quedaba enmarcada dentro de la figura de los cuasicontratos, como, por ejemplo, la gestión de negocios *gestio negotiorum*, el enriquecimiento sin causa, los gastos funerarios, la comunidad incidental, los legados, las instituciones de guardaduría, -la tutela y curatela- y la *Lex Rhodia de iactu*.¹⁶

Se hace necesario aquí, adentrarnos en las diferentes actividades que se relacionan con los negocios bancarios y de financiamiento, para finalizar con las relaciones contractuales que se derivan de los mismos.

III.- La Figura del banquero.-

De las fuentes de conocimiento consultadas, podemos encontrar una rica casuística que da cuenta de las actividades bancarias y el rol que el banquero ocupaba dentro de la sociedad. Las operaciones bancarias y financieras en Roma, por tener un contexto bien diferenciado al actual, varían operativamente al sistema vigente, sin embargo, podemos observar ciertos precedentes.

Manuel García Garrido, hace referencia a muchas de las actividades bancarias desarrolladas en Roma “Los profesionales de la banca, a partir de la época de la expansión imperial, realizan indistintamente diversas operaciones, como eran la comprobación y cambio de monedas, el depósito y concesión de préstamos, la intervención en las subastas con todas las operaciones anexas. Las especialidades de los *argentarios*, en los depósitos y préstamos, los *numularios* en la comprobación y cambio

¹⁶ Ver el concepto y evolución de cada instituto en Costa J.C., Manual de Derecho Romano Público y Privado, capítulo XXIII “CONTRATOS”, LexisNexis, Bs. As. 2007.

de monedas, y de los *coactores* en las subastas (Vid. Cap. II) que se van unificando en el ejercicio de la *mensa*. (Vid. Cap. III).”¹⁷

Justiniano expresa en su Nov.136 Pr, que los banqueros realizan garantías y mutuos llenos de peligro, por lo que se interpreta genéricamente que se dedican a dar y recibir préstamos y garantizar otros.¹⁸

Jerome Carcopino al referirse a los orígenes de la especulación financiera manifiesta “Los primeros casos históricos de especulación aparecen en la antigua Roma, durante la república en el siglo II antes de Cristo. En esta fecha, el sistema financiero romano había desarrollado muchas características del capitalismo moderno: los mercados florecían porque la ley romana permitía la libre transferencia de propiedad, se prestaba dinero a interés, los cambistas trabajaban con divisas extranjeras y en los territorios romanos se podían realizar pagos mediante cheques bancarios. El capital se concentraba en Roma, como luego se concentraría en Ámsterdam, Londres y Nueva York.”¹⁹

Polibio al describir los últimos años del período republicano se manifestaba en relación al gran interés popular en la tenencia de acciones sobre todo de acciones públicas.²⁰

Dos son, básicamente, las actividades comúnmente afrontadas por los banqueros, la primera dar o recibir en préstamo, la segunda, garantizar asumiendo

¹⁷ García Garrido Manuel J, El comercio, los negocios jurídicos y las finanzas en el mundo romano, Fundación de Estudios Romanos, Bolsa de Madrid, Madrid, 2001, Pág. 75.

¹⁸ Ed. 9.5 reitera que el medio de vida de los banqueros consiste en dar y recibir mutuo, garantizar a otros y cobrar intereses.

¹⁹ Carcopino, Jerome, *Daily Life in Acient Rome*, Londres, 1956, Pág. 74.

²⁰ . “En toda Italia, los censores otorgan gran cantidad de contratos, demasiados para detallarlos, para la construcción y reparación de edificios públicos, y también para la recaudación de rentas sobre ríos navegables, puertos, jardines, minas, tierras, en una palabra, toda transacción que esté bajo el control del gobierno romano se entrega a contratistas. Todas estas actividades son realizadas por el pueblo, y apenas hay un alma, podría decirse, que no tenga cierto interés en estos contratos y las ganancias que de ellos se derivan. Polybius, *Rise of the Roman*, Book IV, 17 (trad. Ing. Ian Scott-Kilvert, Londres, 1979, Pág. 316.

deudas ajenas, en donde toda la casuística mencionada hace referencia a dichas actividades.²¹

García Garrido considera que, de los textos encontrados, especialmente en el D.2.13.6.3 se encuentran enumeradas una extensa cantidad de operaciones bancarias; comprobación de la autenticidad de las monedas, cambio y venta, depósitos de sumas de dinero, el mutuo profesional o préstamo con intereses, el transporte de fondos, las órdenes de pago del cliente al banquero para que pague a un tercero o lo libere de una deuda, las órdenes de un banquero a otro para que pague o entregue cantidades por su cuenta, las garantías o asunción de responsabilidades solidarias del banquero en los negocios del cliente, la cancelación de una deuda de éste con un tercero mediante oportuno asiento contable, la aceptación y custodia de prenda, la celebración de estipulaciones y contratos bancarios.²²

Es una larga evolución histórica que va del siglo I a.C. al siglo III D.C. en la que podemos observar una progresiva formación evolutiva de la empresa, primero comercial y luego de banca, entendida como organización de capitales y de trabajo de esclavos, libertos y libres, para el ejercicio de actividades, primero, comerciales y luego de tipo bancarias.

La empresa de banca era conocida como *mensa argentaria*²³ y sus diferentes aspectos y operatoria a través de la sociedad de banqueros era conocida como *societas argentariorum*,²⁴ y pueden encontrarse en diferentes pasajes del *Corpus*.

La inmensa mayoría de los datos llegados a nuestros días, data de la época de Justiniano, en donde la figura del banquero, parece haber tenido mayor preponderancia, mayor desenvolvimiento y sus peticiones, mayor recepción por parte del emperador.

²¹ Ed. 7 PR del año 542, Ed 9 PR, Nov 136 PR hacen referencia a dichas actividades bancarias y en particular al mutuo sin documentar como medio de publicidad y buena propaganda del banquero prestamista a sus clientes de confianza.

²² Ver comentario de pág. 76 en García Garrido Manuel J, El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo romano, Fundación de Estudios Romanos, Bolsa de Madrid, Madrid. 2001

²³ D.14.3.20. / D.14.3.19.1./ D.2.14.47.1

²⁴ D.17.2.52.5/ D.2.14.9 Pr, 2.14.27 Pr y 4.8.34 Pr.

Como indicara, la casuística es la propulsora, por lo que la normativa se va construyendo frente a cada caso concreto que especialmente le fuera elevado al emperador a consulta y requerimiento.

Entre las concesiones efectuadas a los banqueros por parte de Justiniano podemos mencionar por ejemplo la Nov, 136, 3 en donde Justiniano les otorga, frente a la falta de pago de sus deudores, el derecho de hacerse de los bienes comprados con dinero que éste, hubiese recibido en préstamo desde la banca.

Es decir, los banqueros tienen derecho de preferencia como sí la compra fuese realizada directamente por ellos y el deudor fuese solamente un nombre interpuesto dentro del negocio jurídico.

Otro ejemplo lo constituye el Ed. 7 del año 542, Justiniano, por este documento, les concede a los banqueros, la acción subrogatoria para poder dirigirse a los deudores de sus deudores insolventes y obtener así la plena satisfacción de sus créditos.

También, en este mismo texto, el emperador les reconoce, la existencia de una hipoteca tácita a su favor, sobre los bienes del deudor, ante la falta de pago.

En el párrafo 1 del cap. 5 de la Nov. 136 Justiniano se refiere a los intereses que corresponden por el otorgamiento de un préstamo, concediéndole plena validez al pacto de intereses entre las partes. También se ocupa de regular, para el caso de no encontrarse nada estipulado, un interés del 8%.

En relación a los préstamos constituidos en época anterior a la entrada en vigencia de dicha Novela, Justiniano permite exigir a los banqueros intereses de hasta un 8% aunque en el negocio jurídico no existan ni se haga referencia alguna de los mismos.

En el capítulo 4 del Ed 7 del año 542 se fija un sistema por el cual, en el caso de no poder ubicar al mutuario ir contra el garante.

Al finalizar el mencionado capítulo, el emperador habla de la importancia de los banqueros y del tráfico bancario, ya que su corporación coopera al bien común y sus contratos sirven a casi toda la república.²⁵

²⁵ Pág. 765, líneas 26 a 28.-

Para mantener la congruencia de la historia jurídica romana, es el caso en particular y luego la norma regulatoria, la que viene a dar solución concreta como mecánica evolutiva de su sistema jurídico.

IV.- Contratos bancarios y de financiamiento.-

En la época posclásica bizantina, se van asentando algunos aspectos a favor de una mirada subjetivista o consensualista de los contratos mercantiles, esto ocurre sobre todo al interpretar y aplicar derecho a los actos tendientes a generar deberes y facultades recíprocas.

Con el derecho bizantino los contratos adquieren su mayor evolución, Díaz Bautista nos dice al respecto “desde antiguo había estado el pensamiento jurídico romano más vinculado a la mentalidad agraria y campesina que a las concepciones mercantilistas del mundo helénico; (...) Especialmente en materia bancaria, se advierte la huella helénica a lo largo de toda la historia de Roma.²⁶ Los banqueros romanos solían ser de origen griego²⁷ y posiblemente la estructura de los negocios que realizaban se sustraía a esta tradición”

Las fuentes de conocimiento emanan de diferentes disciplinas, especialmente de la economía como parte de la cultura social romana, dentro del manejo cotidiano del comercio. Debo destacar que, cada dato jurídico, necesariamente, debe ser contrastado con la cultura que lo provoca y lo contiene; en una relación de género a especie y viceversa, por eso, el arquetipo romano del pastor se ve enriquecido por el espíritu mercantil bizantino.

Mientras en Roma se ha cosechado el trigo, Bizancio, por tener una amplia hoja de ruta mercantil, ha cultivado y cosechado la figura del banquero, quiénes, con el paso

²⁶ Díaz Bautista, Estudios sobre la Banca Bizantina, Negocios Bancarios en la legislación Justinieana, libro on line www.interclassica.um.es pp 3 y 4 Murcia, 2012.

²⁷ En Díaz Bautista, Estudios sobre la banca Bizantina, negocios Bancario en la legislación justinienea, libro on line www.interclassica.um.es Murcia 2012, Pág. 4, “Ya en tiempos de Plauto se les llamaba, además de *argentarii*, con el nombre griego de *trapeziti*, vid. GIANGRECO-PESSI. “*Argentarii*” e “*Trapeziti*” nel teatro di Plauto, AG 201 (1981) 39 y sigs, LAUM, RE Supplementband IV, 1924, s.v. Banken.

del tiempo, se organizan corporativamente, requiriendo su desempeño, una normativa jurídica especial.

Los plazos se acortan por la necesidad de aceitar la circulación monetaria, se crean instrumentos propios, afines a la actividad mercantil en general y bancaria en particular y se establece un fuero de competencia especial para litigios relacionados con los banqueros. La actividad, así estructurada, marca una tendencia evolutiva de fuerte preponderancia.

V.- Documentos bancarios.-

Los documentos bancarios nacen cuando la oralidad es reemplazada por la escritura y su funcionalidad radica, en que son medios probatorios que traban la relación jurídica y hacen exigible el cumplimiento de la obligación. Lo que se encuentra al efectuar un estudio pormenorizado, es un cúmulo de documentos que se originan a partir de la época postclásica, que permiten esbozar la mecánica bancaria originaria y su posterior evolución.

Los documentos se gradarán en relación a su mayor o menor fuerza probatoria, ya sea dentro de un proceso judicial o fuera del mismo. Como una pirámide, se ubican en su vértice los documentos públicos propiamente dichos, estos son todos los emitidos por un magistrado, un funcionario público o, independientemente del órgano, a todos aquellos documentos inscriptos en el registro oficial y que por tanto gozan de plena validez.

Una posición intermedia, entre los documentos públicos y los documentos privados, ocupan los documentos pasados por ante el notario y que fueron redactados por el *tabellio*. Esta figura no representa igual posición que el notario actual y al no ser un oficial público, su visado carece de plena fe, pero, al tomar intervención, por su investidura, refuerza el documento como de prueba indiciaria.²⁸

²⁸ D'Ors, Documentos y notarios en el Derecho romano postclásico, Centenario de la Ley de Notariado, Estudios históricos, vol. I, 1964, págs. 6 y sigs.

Para adquirir plena fe, deben ser adverbados por el propio notario o sus auxiliares, en carácter de intervinientes, bajo testimonio juramentado.²⁹ Si el notario hubiese muerto, para dar validez al documento *tabelliónico*, quien lo redactó, debía dar cuenta acompañado por testigos.³⁰ Si esto no era posible se pasaba al cotejo de escrituras.³¹

Finalmente, en la base se ubican los documentos privados redactados por particulares, aunque toda regla tendrá excepciones en razón de oportunidad y mérito.

Díaz Bautista manifiesta “las especiales características del tráfico bancario, y, a veces, las excepcionales circunstancias históricas, motivaron que este planteamiento general sobre el valor de los documentos se viese alterado con importantes particularidades en materia de negocios bancarios.” (...) “las exigencias del tráfico bancario, ciertas circunstancias excepcionales, y la presión que los banqueros ejercían sobre el Emperador motivaron que se les llegara a conceder fuerza probatoria a los simples apuntes de los banqueros estableciendo así un importante privilegio a su favor. No hay, en cambio, como fácilmente se supone, ninguna regla paralela que conceda eficacia a los apuntes unilaterales del cliente para hacer deudor al banquero...”³²

Una vez más, es la aplicación al caso concreto y la necesidad que brota de la realidad lo que hace al derecho, y no es, el derecho racionalizado como un sistema de normas programáticas con carácter de futuridad, el que regula las conductas humanas y forja una realidad predeterminada.

VI.- Crédito.-

²⁹ Nov. 73,7, 1 del 538.

³⁰ Nov. 73.7.2, aunque la necesidad de acompañarse por testigos para dotar de validez, se encuentra también años antes, en el 528, en una constitución justiniana, para todos los documentos quirografarios de préstamos por un valor mayor de 5 áureos, CJ 4., 2, 17.

³¹ CJ. 4.21.16.1 / PR Nov. 73/ CJ 4, 21, 20, Nov. 73.7 / Nov. 73,3 / para una mejor comprensión se recomienda consultar formalidades de adverbación, problemáticas presentadas y casuística en las mencionadas citas.

³² Díaz Bautista, Estudios sobre la banca Bizantina, Negocios Bancarios en la legislación Justiniana, www.interclassica.um.es Murcia, 2012, Pág. 22.

El crédito fue comprendido como una obligación nacida de la entrega de una cantidad de dinero que generaba el deber de posterior restitución. Su incumplimiento, una vez vencido el plazo o a requerimiento del acreedor, daba lugar a una reclamación que se encontraba jurídicamente protegida por la acción de la *condictio*.

Un texto de Labeón en el que se enumeran todas las operaciones bancarias que deben acompañarse con rendición cuentas, llega a nuestro conocimiento de la mano de Ulpiano:³³

“Dice Labeón que las cuentas se refieren a lo que una y otra parte han de dar a cobrar recíprocamente a causa de préstamos, obligaciones y pagos; y que no hay una cuenta solamente porque se haya hecho un simple pago de lo debido; y que no debe obligarse a ningún banquero a que comunique si ha recibido prenda o mandato de garantía, pues esto se halla fuera de las cuentas. Pero también debe comunicar el banquero la asunción de deudas, pues este negocio es propio de la banca.”³⁴

Los doctrinarios del derecho romano suelen analizar este pasaje del *Digesto* contrastándolo con la definición de contrato que Labeón efectuó en D.50.16.19, tratando de interpretar su contenido.

Algunos autores creen observar en el texto, incipientemente, lo que hoy en día se denomina cuenta bancaria, claramente se explicita en el texto que las cuentas pueden tener origen en los contratos u obligaciones recíprocas, créditos, estipulaciones y pagos de obligaciones anteriores.

VII.- Depósito.-

Es el acuerdo de voluntades por el cual una persona denominada depositante le entrega a otra, denominada depositario una cosa mueble, para que la guarde o custodie gratuitamente, y se la devuelva ante el primer requerimiento o ante el vencimiento del plazo convenido.

³³ D.2.13.6.3.

³⁴ Ver García Garrido Manuel J, El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo romano, Fundación de estudios Romanos, Bolsa de Madrid, Madrid, 2001.

Hasta hace algún tiempo podíamos decir que se trataba de un contrato real, de buena fe, sinalagmático imperfecto y gratuito, aunque en el derecho Justiniano se le permite al depositario percibir una retribución por efectuar la guarda.³⁵

Como lo que se transmite es la simple tenencia, los sujetos de la relación jurídica, no necesariamente deben tener derecho real sobre la cosa entregada en guarda.

El principio general indica que debe reintegrarse la misma cosa que se dejó en depósito;³⁶ frente a su incumplimiento existe la protección jurídica de la acción de buena fe y la sanción al sujeto obligado por incurrir en *furtum usus*.³⁷

Si durante la guarda la cosa recibida genera frutos, el depositario debe devolver, también su producido,³⁸ no hay nada que excuse al depositario de la obligación de devolver la cosa recibida, ni siquiera la circunstancia de ser acreedor del depositario.³⁹ Por su parte, el depositante debe resarcir los gastos que la guarda ha generado.

Si con motivo del depósito, el depositario sufriera algún perjuicio relacionado con la tenencia, será el depositante quien debe hacerse responsable de resarcirlo.⁴⁰

Los romanos conocieron diferentes tipos de depósitos; pero es el depósito irregular el antecedente del depósito bancario; contratos en los cuales el objeto depositado es una cosa fungible o sustituible y también dinero u objetos no determinados, por encontrarse en sacos o bolsas cerradas.

El depositario podía disponer de la cosa y devolver luego otras del mismo género y calidad. Algunos relacionan a este tipo de depósito con un mutuo.⁴¹

Manifiesta Costa “Es semejante al mutuo. Sin embargo, este depósito se celebra en interés del depositante, ya que éste le entrega la custodia de los bienes al depositario por la responsabilidad y confianza que éste le inspira. En este caso, basta el simple pacto de interés, ya que se trata de un contrato de buena fe”.⁴²

³⁵ D.13.6.5.2.

³⁶ D.16.3.17.1/ d.41.2.3.20.

³⁷ D.16.3.29. Pr.

³⁸ D.16.3.1.16/ D.16.3.1.24.

³⁹ D.16.3.1.39/ Cód. 4.34.11.

⁴⁰ D.16.3.5.pr./ D.16.3.12.pr./ D.16.3.23/ D. 47.2.61.5.

⁴¹ D.12.1.9.9/ D. 16.3.25.1/ D.16.3.28.

⁴² Costa J. C., Manual de Derecho Romano Público y Privado, Lexis Nexis, Bs. As. 2007.

Así lo expresa el Digesto claramente en su título 42: en cuanto hace referencia a “los que depositaron dinero en el banco llevados por la confianza que suele otorgarse públicamente a los banqueros”.⁴³

VIII.- Mutuo.-

Como esencialmente el mutuo es gratuito, los romanos entienden que cuando la cosa entregada es una suma de dinero, las partes pueden convenir intereses, *usurae*, por la privación del uso que sufre el prestamista.

Los intereses se pactaban por la *stipulatio*, negocio jurídico diferente que acompañaba al mutuo. Con el transcurso del tiempo se permitió también pactar intereses dentro del mismo negocio, pero, no gozaba de protección jurídica, siendo su devolución un deber u obligación natural.⁴⁴

Por casuística la regla se excepciona y se otorga validez al simple pacto cuando el prestador fuera el fisco, una ciudad o un banquero, ocupando el mismo, un claro rol preferencial en la vida romana.⁴⁵

El sistema jurídico de intereses,⁴⁶ en un principio era irrestricto; para evitar abusos, la Ley de las XII Tablas fija el límite en una onza por ciento al mes (*uncia*), que equivale al 8,33%⁴⁷ situación que se reafirma en el año 355 A.C. con la *Lex Duilia Maenenia*. Años después, 347 AC, y, por cuestiones sociales⁴⁸, un plebiscito reduce la tasa de interés a la mitad, posteriormente la *Lex Genucia* los prohíbe en el año 342 antes de Cristo.

Gayo nos cuenta que cada interés mensual devengado pasa a ser parte del capital adeudado, así, los nuevos intereses del mes posterior, se recalculan, agravando la

⁴³ D.42.5.24.2

⁴⁴ D.19.5.24. pr.

⁴⁵ D.32.u.1.30/Nov. 136.4/ D.22.2.1

⁴⁶ Tito Livio 7.16.

⁴⁷ Tabla 8.18

⁴⁸ El plebiscito es la norma jurídica de la clase plebeya, *plebis*, que por evolución, con el transcurso del tiempo, logra, ya avanzada la república, ser obligatoria para todo el pueblo de Roma, inicialmente solo eran normas obligatorias para la propia clase social que la originaba.

situación del deudor, si es que su situación económica no le permite afrontar el pago del crédito recibido.⁴⁹

Sila determina que los intereses no pueden superar el 1% mensual, es decir, el 12% anual⁵⁰ y Justiniano, luego los reduce aún más, 6%, aunque todo quedara supeditado al estudio del caso concreto.

Existían tres formas de constituir el mutuo, la entrega directa del dinero, *pecunia numerata*; compromiso de entrega por medio de un contrato verbal, *pecunia stipulata*; y por asiento de la cantidad de los libros de la contabilidad, *expensa lata*.

IX.- Asunción de deuda por el banquero. *Argentarii Receptum*.-

Se trata de la obligación asumida por el banquero, *argentario*, en beneficio de un acreedor al que le promete abonar el dinero adeudado por su cliente.

Aunque nos encontramos en presencia de tres sujetos, banquero-cliente y tercero acreedor, sólo son parte de la relación jurídica el acreedor y el banquero.

Al ser la *argentarii receptum*, un negocio jurídico abstracto, es totalmente independiente de la relación entre acreedor y deudor y, por lo tanto, el banquero no tiene ninguna obligación de comprobar la efectiva existencia de una deuda, como tampoco el monto alcanzado por la misma.

El banquero, por el hecho de asumir la deuda de su cliente, se transforma directamente en deudor y esto genera, en el acreedor, que pueda ejercer contra aquél la *actio recepticia*. Una vez asumida la misma, su obligación es inexcusable, es decir, debe cumplir aún, cuando su cliente le indique lo contrario. Tampoco puede excusarse manifestando ser acreedor de alguno de los sujetos.

La asunción de deuda puede poseer diferentes utilidades, como lo indica en su trabajo García Garrido, operaciones de caja, garantías personales para adquirir créditos,

⁴⁹ Gayo 4. 23. 53

para gestionar la apertura de una cuenta de crédito y para efectuar cambios monetarios.⁵¹

X.- Transferencias. *Permutationes*.-

Nace por razones de seguridad, para evitar los costos y los riesgos de transportar dinero de un pueblo a otro, considerando en cada caso los costos y las distancias a cubrir.

Los datos que llegan a nuestros días sobre esta actividad son epigráficos y permiten pensar en una red de banqueros, que, como corresponsales unos de otros y basados en la confianza mutua, efectuaban la transferencia abstracta de cada uno de los fondos.

La forma de garantizar el negocio era efectuar un depósito, realizar una cesión de crédito o dejar constancia de la transferencia en los libros contables del banquero.

Praescriptio y *praescribere* indican escribir o registrar sobre los propios libros de contabilidad toda actividad relacionada con los pagos efectuados y documentados por escrito.

XI.- Fideicomiso.-

Todo operador jurídico y en particular, quienes hacen ciencia e investigación del derecho, deben componer el objeto jurídico que estáticamente se les presenta a estudio; al ser el derecho romano, casuística evolutiva, se hace necesario compaginar integralmente todas las fuentes de conocimiento encontradas, estructurando cada instituto en concordancia con la realidad que lo rodea.

El fideicomiso, fue utilizado por los romanos, según surge del Digesto, rescatando una respuesta de Escévola en relación al encargo a herederos de entregar bienes determinados a fideicomisarios.⁵²

⁵¹ Ver García Garrido, El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo romano, Fundación de Estudios Romanos, Bolsa de Madrid, Madrid, 2001.

De un texto de Papiniano ⁵³ surge la existencia del fideicomiso bancario el cual expresa: “En el fideicomiso de un negocio de banca, cuando el fideicomisario lo recibe mediante caución de indemnidad dada a los herederos, parece haber algo semejante a una compra, y por eso no debe indagarse si las deudas de la banca superan las ganancias”. ⁵⁴

Como el patrimonio romano se compone únicamente por el activo, los herederos reciben la herencia una vez deducidas las deudas, en el presente caso el fideicomisario asume la garantía de pago liberando a los herederos y éste es el comentario receptado en el *Corpus*.

El negocio bancario es llevado adelante por un *servís negotiator* que se encarga de la gestión de todas las transferencias y ante cualquier inconveniente, se habilita la vía de la *actio de peculio*, que permite cobrarse del peculio propiedad del *servis*.

XI.- Compensación y otras prestaciones bancarias.-

Cuando dos personas son al mismo tiempo, acreedor y deudor la una de la otra, pueden acudir a la compensación para determinar el saldo resultante a favor de una de ellas.

El principio general expresa que el deudor no puede en ningún caso alegar en juicio ser acreedor de quien jurídicamente le reclama y exigir así librarse de la deuda, sin embargo, la regla permite excepcionalmente, hacerlo si se trata de un banquero, es más, el banquero está obligado a compensar con las cuentas de sus clientes antes de ir a juicio y seguir.

La obligación era solamente exigida al banquero y no al cliente, que podía oponer la *exceptio pensatae pecuniae* si el *argentarius* hubiese reclamado la cantidad total debida.

⁵² D.32.41.6.

⁵³ Papiniano es uno de los jurisconsultos que goza del *ius publicae respondendi*, capacidad de evacuar consultas con fuerza de ley, de igual facultad gozan que Ulpiano, Gayo, Paulo y Modestino y todos ellos son conocidos como los grandes juristas clásicos.

⁵⁴ D.31.77.16.

XII.- Otras operaciones bancarias.-

Los banqueros además de las actividades mencionadas participaban también como agentes dentro de las subastas, podían ser encomendados en la gestión y administración de los patrimonios de sus clientes, formar parte de una sociedad de inversión y participar en juicio como testigos, pudiendo acreditar los dichos de una u otra parte dentro litigio, con la simple presentación de sus libros bancarios como medio de prueba conducente.⁵⁵

XIII.- A modo de conclusión.-

Es así, como evolutivamente, la innumerable presentación de casos, han compelido a los diversos operadores jurídicos, a lo largo de la historia, a aplicar *iustitia* y *aequitas* al caso concreto. Con sentido común y congruencia, fueron generando y adaptando, por casuística, cada instituto, logrando la pervivencia esencial de los mismos. En este sentido, como indicara el Dr. José Carlos Costa en su disertación del día 11 de junio del corriente año, dentro del Instituto de Derecho Romano Dr. Agustín Díaz Bialek “El derecho Romano es una experiencia de vida.-” o quizás podría indicar que la experiencia de vida occidental porta el velo de la esencia romana.

XIV.- Bibliografía.-

Argüello, Luís, Manual de Derecho Romano, Astrea, Buenos Aires, 1976.

Bonfante Pietro, Instituciones de Derecho Romano, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1959.

Carcopino, Jerome, Daily Life in Acient Rome, Londres, 1956.

⁵⁵ D.34.3.28.8/ D.16.3.7.2.

Correa Horacio Esteban, Los Fundamentos de la Alta Estrategia, (Segunda Parte), Revista Anales, UAI, Bs. As.

Corpus Iuris Civilis.

Costa J. C., Manual de Derecho Romano Público y Privado, Lexis Nexis, Bs. As. 2007.

Costa José C., El Negocio Jurídico en Roma, Influencia en el Derecho Argentino, Estudio, Bs. As. 1998.

Costa, J. C. Los principios generales del derecho. Sistema latinoamericano, XI Jornadas Nacionales de derecho Civil, Bs. As., 1987; Costa, J. C. Temas de derecho romano, Bs. As. 1994.

Costa, José Carlos, El derecho de familia y de las personas en Roma. Estudio. Bs. As. 1997.

D'Ors, Documentos y notarios en el Derecho romano postclásico, Centenario de la Ley de Notariado, Estudios históricos, vol. I, 1964.

Dei, Daniel, Poder y Libertad en La Sociedad Posmoderna, Informe sobre el sentido del porvenir, Almagesto, Buenos Aires, 1995.

Di Pietro, A, Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el derecho romano, Ábaco, Bs. As. 2004.

Diaz Bautista, Estudios sobre la banca Bizantina, Negocios Bancarios en la legislación Justiniana, www.interclassica.um.es Murcia, 2012.

García Garrido Manuel J, El comercio, los negocios jurídicos y las finanzas en el mundo romano, Fundación de Estudios Romanos, Bolsa de Madrid, Madrid, 2001.

García Ricardo Ginés, Fundamentos del Derecho, Parábola, Bs. As. 2007.

Gayo 4. 23. 53

Gayo 4. 23. 53

Iglesias, Juan, Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado, Ariel.

Polybius, Rise of the Roman, Book IV, 17 (trad. Ing. Ian Scott-Kilvert, Londres, 1979.

Ponssa de la Vega de Miguens, Manual de Historia del derecho Romano, LEA, Buenos Aires.

Tabla 8.18 “La ley de las XII Tablas.

Tito Livio 7.16.