La Editio Rationum del argentarius como medio de prueba y su semejanza con el tratamiento de las certificaciones y los extractos bancarios actuales aportados en juicio.

María Olga Gil García

1. Introducción

Todos conocemos de la existencia de los *Codex accepti et expensi* en Roma, libros imprescindibles para la llevanza de la contabilidad tanto de los *paterfamilias,* como de los comerciantes[1]. La fuerza probatoria del *Codex* radicaba en la titularidad del libro, en la honorabilidad que significaba la figura del *paterfamilias* para el mundo romano que incluso le otorgaba carácter sagrado[2]. Honorabilidad que se extiende a los *argentarii* y por la que sus documentos bancarios gozan de

1 TORRENT, A. *Diccionario de Derecho Romano,* Madrid, 2005. Voz " *Codex Accepti et expensi*". Era un libro de caja, de ingresos y gastos, en el que se registraban las entradas (haber o *acceptum*) y las salidas (debe o *expensum*) necesario para elaborar los censos periódicos y controlar la actividad económica, tanto de los *paterfamilias* como de los comerciantes.

2 HERRERO CHICO, R., "*Argentarii.* Obligaciones y privilegios (un estudio sobre la banca en Derecho Romano)" Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos, VII, 1978. p 282. MORENO NAVARRETE, M.A. *La prueba documental en el proceso. Estudio histórico-jurídico y dogmático*, Madrid, 2001, p. 55.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0298

más prestigio y certeza que otros documentos cualquiera. Tal era la exactitud y la lealtad con que se llevaban los libros que les conferían un valor probatorio de primer orden [3]. Hoy, que no atravesamos una época de gran prestigio para la Banca, observamos cómo y a pesar de ello, sus documentos también siguen teniendo mucho valor en pleito, como tendremos ocasión de comprobar.

En Roma, estos *codex* servían para constituir las obligaciones de su titular, en concreto, en las *obligationes litteris contractae*, el acreedor registraba en sus libros un crédito contra el deudor y este registro probaba la existencia de la deuda[4]. Por el contrario, si el deudor registraba la entrega patrimonial a favor de otro, extinguía la deuda (*expensilatio*). De ahí, que fuera utilizado por los banqueros por esa misma necesidad mercantil y en interés de sus clientes. Esta llevanza de los libros contables acabó convirtiéndose en un deber del banquero[5]. Así los *argentarii* elaboraban el *Liber rationum* o libro de cuentas, análogo en contenido y estructura al *codex accepti et expensi* [6], en el que cada cliente tenía una cuenta abierta a su nombre, con anotaciones en cuenta que se llamaban *arcaria* o créditos. Este trabajo contable que realizaban para sus clientes, les generó otro deber consecuencia del anterior, que consistía en aportar en juicio los extractos de cuenta o *editio rationum* cuando así les era requerido. El banquero se veía obligado a exhibir las cuentas de sus clientes (*edere* y *exhibere* sus *rationes accepti et expensii)*[7] en los pleitos en los que intervenían contra terceros, e incluso contra el propio banquero.

---

3 MARTIN MOLINA, P.B. VEIGA COPO, A.B, "Los libros de contabilidad: un apunte histórico". Boletín de la Facultad de Derecho UNED. Nº 13. 1998. pp 395 y ss. Existen libros contables de los banqueros desde la Baja Mesopotamia, incluso en el Código de Hammurabi, como documentos contables pertenecientes a los Templos. En la antigua Grecia los primeros banqueros fueron sacerdotes, y los primeros bancos los templos. Ya en Grecia, en torno al siglo V antes de nuestra era, con el uso del dinero, ya están documentados dos libros de contabilidad los *efemérides* o diarios, y los *trapedzitika grammata* o libros de cuentas. Anotaban en sus registros todas las cantidades que pasaban por sus manos, con las fechas de entrada y salida.

4 Encontramos una referencia a su contenido como prueba en (Gayo 3. 131) cuando refiere que en los contratos reales del mutuo, los créditos del libro de Caja no constituyen obligación, que nace de la *datio rei*, pero suministran una prueba de esa obligación contraída.

5 HERRERO CHICO, "*Argentarii ... "*, cit.. p.281.

6 DE SARLO, L., *Il documento oggetto di rapporti giuridici privati,* Florencia, 1935. p. 36 documento particular.

7 FERNANDEZ BARREIRO, A., *La previa información del adversario en el proceso privado romano,* Pamplona, 1969. pp 127 y ss

https://doi.org/10.55104/FRDC_0298

Actualmente, esta última obligación referida, persiste aunque de manera diferente[8]. En lo que atañe a la aportación en juicio de las cuentas, posiblemente sea más amplía que lo que fue en Roma, pese a las limitaciones que suponen la protección de los derechos fundamentales de las que hoy gozamos. Así, concretamente, el artículo 18 de la Constitución Española de 1978, aunque protege la intimidad del individuo, no alcanza al secreto total de sus cuentas y así en algunos casos decae, por ejemplo cuando la información se solicita por la Administración principalmente tributaria, como tendremos ocasión de comprobar. Por otra parte, la obligación de colaboración con la justicia permanece y se extiende constitucionalmente a todos los ciudadanos y a los poderes públicos[9].

La intención de este estudio será indagar cuál fue la fuerza probatoria de éstos documentos cuando son aportadas en sede judicial, y compararla con la que pueden tener dos documentos bancarios actuales, como los extractos bancarios y las certificaciones bancarias, el primero privado y el segundo público, que recogen una información exhaustiva de los movimientos de sus clientes con el dinero depositado en su entidad.

2. *Codex accepti et expensi* y *Codex rationum*. Contenido obligacional y probatorio.

Nuestro objeto es estudiar los documentos bancarios precisamente cuando se aportan en sede judicial, para ello, y antes de adentrarnos en más detalles, deberemos hacer unas consideraciones relacionadas con su función en el proceso, en el que constituyen un elemento probatorio esencial[10], los mismos libros

8 Con carácter general el deber de exhibición de documentos se encuentra regulado en la LECiv de 2000, art. 328 a 332. En estos artículos se establece todo un régimen jurídico sobre la aportación de documentos de forma forzosa, incluso si ésta está en manos de terceros.

9 El artículo 118 de la CE, que se refiere a la colaboración con la justicia advierte de esta obligación que tenemos todos ciudadanos y poderes públicos, de prestar la colaboración requerida por los tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.

10 Respecto a su carácter probatorio ARANGIO-RUIZ, V. *Instituzioni di Diritto Romano,* Napoli, 1949, p. 328 refiere que las anotaciones en el *Codex accepti et expensi* se consideraban documento probatorio, también en ALVAREZ, MIRTA BEATRIZ. "La prueba documental en el Derecho Romano y su recepción en el Derecho Argentino". *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno,* Madrid, 2000, p. 60.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0298

del banquero servirán de prueba[11]. Así, en Roma los *codex* de los que se extraen los *edicta rationae* daban prueba de hechos, pero con una peculiaridad, en muchas ocasiones eran constitutivos incluso de actos jurídicos, como sucedía cuando eran origen de los contratos literales, que ya hemos mencionado, de los que surgían las *obligationes litteris contractae.* En D. 2.13.10.2 se hace referencia al *codex rationum* del *argentarius* que estaría compuesto de *tabulae* (D.2.13.6.6), en las que constarían las diferentes inscripciones obligacionales[12].

Se dice que el *codex* tiene "un valor probatorio superior al de nuestros libros de contabilidad actuales en la medida en que toda anotación hecha con el consentimiento del deudor, se consideraba como causa de obligación"[13]. Pero atribuirles mayor valor probatorio, que a nuestros libros actuales[14], quizá sea excesivo. Lo que observamos es que tienen un contenido más amplio, ya que por una parte son fuente de obligaciones y por otro, prueba de ellas y no sólo de ellas, sino de los demás hechos contables que quedan reflejados en sus tablas. En otras palabras, por un lado, tienen un contenido dispositivo, en un plano sustancial y, por otro lado, valor probatorio, en un plano procesal, y ambos obedecen a dos funciones distintas: la constitutiva (perfección de ciertos negocios) y la probatoria (tanto en el tráfico jurídico cotidiano como cuando resulta necesario acudir a juicio)[15].

---

11 PEÑALVER RODRIGUEZ, M.A. "La banca en Roma". *Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias"* T. III. Madrid, 1988. p. 1538, dado que su propio negocio dependerá de la confianza y veracidad de los mismos.

12 FERNANDEZ BARREIRO, A, *La previa…* op.cit. pp. 160-161. Se trataba de un libro Mayor propio del negocio bancario en el que se sentaban por orden cronológico (*cum die et consule*) las diferentes partidas (*rationes*) referentes a las operaciones de diversa índole pero, en todo caso, siempre de carácter pecuniario o de géneros, que efectuaba el *argentarius.*

13 MARTIN MOLINA, P.B-VEIGA COPO, A.B, *Los libros de contabilidad…* cit. p. 399, además relacionan este valor con la *transcriptio nominum*, un texto de *Pseudo Asconio* considera el *chirographum* como un documento único de reconocimiento de deuda que queda en poder del acreedor y atestigua el negocio que han celebrado. El *Singraphum* se redacta en términos objetivos, en doble original que firman los interesados y cada uno de ellos conserva un ejemplar, que puede atestiguar negocios que no se han celebrado. Estos documentos se admiten en Roma con eficacia probatoria por influencia de las prácticas jurídicas de las provincias orientales.

14 Respecto a la fuerza de nuestros libros contables el Artículo 31 del Código de Comercio ley 19/1989 de 25 de julio cuando refiere el valor probatorio de los libros contables no señala que será apreciado por los Tribunales conforme a las reglas generales del Derecho. No olvidemos que los libros bancarios serán un tipo de libros contables.

15 DE SARLO. L., *Il documento oggetto* ...op. cit p.110.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0298

Ahora bien, es importante reseñar una diferencia entre los distintos libros contables mencionados "En el tráfico bancario aparece contrapuesto el *codex rationum* al *codex accepti et expensi* en el que sólo se hacía mención de los negocios referentes a obligaciones literales (*expensilatio, acceptilatio, transcriptio nominum –a re* o *a persona-* y posteriormente también *mutuum* y *depositum).* El *codex accepti et expensi* tenía así relevancia propiamente jurídica, en tanto que el *codex rationum* era utilizado como medio de prueba y a efectos de realizar las operaciones necesarias para la compensación bancaria"[16]. Cada banquero llevaba paralelamente[17] un diario especial o *Liber rationum*, libro de cuentas por cliente, del que elaboraba extractos de cuenta o *editio rationum*, a petición de sus clientes. El *codex accepti et expensi* era más un libro doméstico: era un monumento religioso que debía conservar el recuerdo de la vida y de los intereses de la familia, así los romanos tenían a honra mantener este carácter sagrado, consignando allí sus actos con una lealtad y una regularidad escrupulosa y ejemplar[18]. De ahí, que en nuestro estudio nos centremos más en el *codex rationum* y su *editio*, más próximos a nuestros documentos bancarios[19].

3. Fuente o medio de prueba.

Una vez sentada la premisa del doble carácter obligacional o constitutivo y el probatorio de los *codex*, vamos a centrarnos en este último. Como tal, tiene un aspecto extraprocesal y otro intraproceso. En el tráfico jurídico cotidiano

16 FERNANDEZ BARREIRO, A, *La previa información del adversario… .* cit. p. 161.

17 MARTIN MOLINA-VEIGA COPO, *Los libros de contabilidad:… .* cit. p. 399.

18 HERRERO CHICO, "*Argentarii.* Obligaciones y…" cit. p 282.

19 FERNANDEZ BARREIRO. La previa….. cit. p. 161. respecto al origen considera que el del *codex rationum* probablemente fue griego, mientras que el *accepti et expensi* lo fue latino. El autor indica que así como son diferentes desde el punto de vista del tráfico bancario, no lo son tanto cuando obedecen a la llevanza de libros contables, de *rationes* de terceros, como le sucede no sólo al argentario, sino que también pasa en el caso de las cuentas del tutor (D.26,7,46,5), cuentas que implican un deber de dación, *reddere rationes.* Casos en los que tiene un contenido genérico y una función probatoria, fuera del mero tráfico bancario. SALAZAR REVUELTA, M., "El deber de información, transparencia y responsabilidad ante los depósitos de los clientes por parte de la banca: precedentes romanos". RIDROM, Octubre, 2013. p. 107 cita 24. dice que del análisis de los textos relativos al edicto *de ratinonibus edendis* no se desprende que se utilizaran unos libros especiales para la actividad bancaria y efectivamente esto no era así puesto que no eran específicos, la llevanza de libros contables también era tarea de otros sujetos como señalamos en cit. 27.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0298

constituye prueba de los hechos contables que contiene, y como tal despliega su eficacia jurídica, pero cuando existe controversia y nace la necesidad de aportar datos contables en un pleito, esa fuente de prueba, debe convertirse en un medio de prueba. Como dice DOMINGUEZ TRISTAN resulta incuestionable la importancia práctica de las *rationes* como elemento probatorio en el proceso[20]. Para ello, debemos señalar la diferencia entre estos términos. Así, la fuente de prueba será ese elemento real, ese hecho, anterior al proceso que no tiene porqué ser ni siquiera jurídico, (en la prueba que nos ocupa tiene un contenido contable, además de jurídico) mientras que el medio de prueba serán aquellas actividades procesales, necesarias para que ese hecho sea verificado y constituya una prueba, de forma que provoque la convicción en el juzgador. Así podemos decir, que la fuente es anterior al proceso, sin embargo, el medio sólo se comprende intraproceso. En palabras de CARNELUTTI[21] la fuente es lo sustancial y material, el medio es lo adjetivo y formal. En este sentido podríamos convenir que en Roma la fuente, el origen de los hechos contables estará en los *Codex,* aunque sólo será el *Codex Rationum* el que afecte a los procesos en los que interviene el *argentarius* o sus clientes. En este caso el medio de prueba para aportarlo en juicio será la *editio rationum* del *argentarius*, que presentará en juicio por indicación de su cliente contra terceros (se entiende que el dueño de esa información contable es el depositante) o bien cuando no lo hace de forma voluntaria atendiendo al *decretum* redactado por el pretor *(*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.*

Como tal medio de prueba tiene unos contenidos normativos obligatorios, que encontramos en la *Editio fomulae et instrumentorum*, dentro del tíulo "*De edendo*" del Digesto, junto a la *editio rationum* del argentario. Contenidos que resultan tan atinados, que combinan el interés de los clientes con el debido

20 DOMINGUEZ TRISTAN, P. El secreto bancario: precedentes romanos. *La actividad de la banca en Roma y los negocios mercantiles en el Mare Nostrum*. Vol. II, Murcia, 2015. p.549.

21 CARNELUTTI, F. *La prueba civil,* Buenos Aires, 1982. pp.70-71: "Llamo por mi cuenta *medio de prueba* a la actividad del juez mediante la cual busca la verdad del hecho a probar, y *fuente de prueba* al hecho del cual se sirve para deducir la propia verdad". SENTIS MELENDO, S. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires, 1979. pp. 147-150 dónde se describe la diferencia entre medios y fuentes de prueba con amplia referencia doctrinal.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0298

secreto del banquero[22]. En él vemos que se exigía que en cada cuenta constase el día y el nombre del empleado ante quien fue abierta (D 2, 13, 1, 2), se fijaba el lugar de comunicar las cuentas en aquél lugar dónde se ejerció de banquero (D.2.13.4 .5). Si se le solicitan en otro lugar, no está obligado salvo que se le requiera copia que se abonará a expensas del solicitante (D.2.13.4 (Ulp. 4 ed.) y ha de concederse tiempo para presentarlas (D.2.13.5 (Paul.3 ed.) Respecto al contenido de las cuentas, según Labeón (D.2.13.6.3 y 4) se refieren a lo que una y otra parte han de dar o cobrar recíprocamente a causa de préstamos, obligaciones y pagos. No hay cuenta si sólo es un simple pago de lo debido. El banquero si debe comunicar la asunción de deudas, pues éste es negocio propio del banquero. Además se exige al banquero que exhiba las cuentas, se le castiga si deja de hacerlo por dolo; pero responderá de culpa salvo la próxima al dolo. También incurre en dolo el que dejó de comunicar las cuentas o el que exhibió maliciosamente y el que no exhibió totalmente (D 2.13.8). Acción que se incoa contra el banquero por daño injusto, por la cuantía del interés del demandante en que se le comunicasen las cuentas. Sucederá cuando por carecer de las cuentas en las que fundar su demanda, hubiera perdido su litigio (D. 2.13.10.4)

Este asunto contra el banquero no prospera si este último puede probar que hubiera vencido en el litigio en el que perdió, o si probado debidamente ha sido un problema de juicio, dado que no se hizo caso de esta prueba. Cabe acción si se consiguen las cuentas o documentos o testigos que no tenía a su disposición en el pleito anterior, y esto puede suponer haber vencido en aquel pleito. (D 2.13.10. Gai. 1 ed. prov.) Esta acción caduca al año D 2.13.13 (Ulp. 4 ed.) y D.2.13.4.1 (Ulp. *4 ad ed.*).

Pero si hay algo por lo que son bien importantes las cuentas del banquero es porque son medio de prueba del pago del deudor al acreedor. Es más, el deudor, desprovisto de otra prueba puede pedir al banquero, en pendencia del juicio la *editio*, y literalmente la publicación de las *rationes*. Prueba de que un tercer sujeto, el argentario, convencía de la certeza de los hechos transcritos en las *rationes*, como un mecanismo extraordinariamente similar a algunos practicados

22 DOMINGUEZ TRISTAN, El secreto bancario: … cit. p. 554. Además de su opinión refiere la de CERAMI-DI PORTO-PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo histoirico,*. Torino, 2004. P. 186 y SORIANO CIENFUEGOS, C. *Banca, navegación y otras empresas,* México, 2007. p 110, en el sentido de que la regulación pretoria fue magistralmente completada por la actividad interpretativa de los juristas que logró equilibrar la exigencia de la afirmación y consolidación de la banca con la protección de los intereses de los clientes.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0298

por los banqueros en derecho positivo contemporáneo[23]. Estamos, por tanto, ante un supuesto de exhibición de cuentas por un tercero cuyos elementos fundamentales ya señaló CARNELUTTI, válidos para entonces como para hoy, serán la indicación del autor del documento, el medio documental utilizado, el contenido (la declaración de hechos, actos o negocios jurídicos), el lugar y fecha, y por último la suscripción autógrafa o por representante[24].

4. *Codex Rationum* y *editio rationum.*

El *Codex rationum* goza de gran importancia, no sólo en el tráfico mercantil, sino también desde el punto de vista procesal, puesto que de él nace un documento que será el que se aporte en juicio: la *editio rationum,* que en el caso concreto del *argentarius* es el reflejo de una de sus obligaciones como banquero, el deber de *edere rationes* del edicto, que como Labeón enseña en D.2.13.6.3 servirá para justificar las actuaciones que realizaban los particulares con sus activos, dar, recibir y prestar, y que habían ido recogiendo cronológicamente los *argentarii*, en sus libros contables[25]. Obligación de llevanza de los libros[26] que se

23 SANTORO, V., *Il banchiere nell´interposizione nei pagamenti, a Roma ed oggi.* Testo della Relazione tnuta all´Università degli Studi di Salerno in occasione del Convegno Soggetti e responsabilitá nell´impresa: un prospettiva storico-comparatistica, Salerno, 28 de aprile 2008. p.6.

24 CARNELUTTI, F. *La prueba...* cit. p. 177 y SENTIS MELENDO, S. *La prueba: los grandes temas …* cit. p.147 y ss.

25 ANDREAU, J., *Banque et affaires dans le monde romain. IV^e siècle av. J.-C.- III^e siècle ap. J.- C.*, Paris, 2001. 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».

26 En principio las puede pedir el cliente del banquero a su propio argentario. Se dispone en el edicto, que el banquero comunique las cuentas, y no hace al caso que el litigio sea con el mismo banquero o con otra persona. Por ello, se hace exhibir las cuentas tan sólo a los banqueros y no a otras personas distintas. En este sentido estamos con FERNANDEZ BARREIRO, A. ob. cit. pp. 202 y ss cuando referido a D. 2, 13, 9, 2 entiende que los *nummularii* estaban afectados por el deber de *edere rationes*, dado que estos no eran una categoría distinta de banqueros, sino una denominación genérica de que designaba conjuntamente a *argentarii y nummularii.* Escribe Pomponio que los cambistas también sean obligados a comunicar las cuentas porque al igual que los banqueros las confeccionan, también reciben y entregan dinero, valiendo como prueba de ello sobre todo la escritura de sus libros. Y muy a menudo se recurre a la fe de los mismos (D. 2.13.9.3) porque el oficio y servicio de los banqueros es de interés público, y tienen como principal deber el confeccionar diligentemente las cuentas de

https://doi.org/10.55104/FRDC_0298

completaba con las de rendir cuentas o *editio rationum,* y la de hacer la compensación de su deudas con sus acreedores[27]. Según DE SARLO la *editio rationum* será uno de esos documentos que deben ser exhibidos en juicio, sobre los que recae un condominio posesorio que se resuelve creando una copia del original, creando así un documento del documento[28].

Respecto al primero, PEÑALVER señala que el término *edere* tiene un significado casi exclusivamente procesal[29] para fundamentar y complementar la *editio actionis* del procedimiento formulario, por la que el pretor obligaba a informar al adversario, de la fórmula y los medios de prueba de carácter documental (*instrumenta*) que pretendía utilizar contra él en el futuro proceso, antes de exigirle comparecer en la fase *in iure*. Es curioso comprobar como con esta práctica se da cumplimiento a diferentes principios de nuestro proceso civil actual, los referidos a las partes, así el principio de dualidad de posiciones (actora y demandada), de contradicción (dando derecho a ser oído al demandado, conociendo para ello cuales son los materiales probatorios que le comprometen y evitando la indefensión) y de igualdad de armas (puesto que tiene un tiempo para solicitar lo que a su derecho convenga)[30]. Principios que se conceptualizan mucho más tarde, cuando a finales del siglo XVIII en las universidades alemanas nace el derecho procesal como asignatura autónoma. Nuestra propia Ley de

sus negocios (D. 2.13.10. 1 y 2). Es decir, tanto el demandante como el demandado podrán pedir sus cuentas al argentario quien tiene obligación de confeccionarlas y exhibirlas. Hoy día, las partes que intervienen en el proceso pueden solicitar a su Banco los datos que quieren aportar en juicio, y esto no reviste mayor inconveniente cuando son pleitos con terceros. Otra cosa es, en otros supuestos, en los que hemos encontrado jurisprudencia constitucional, uno cuando el Banco requiere a un cliente y utiliza para ello certificaciones de deuda intervenidas por Notario, y otro cuando una de las partes es la propia Administración.

27 GUILLARD, E., *Les banquiers athéniens et romains,* Paris, 1875. p. 52. HERRERO CHICO, "*Argentarii. ….* cit. p. 28.

28 DE SARLO. L., *Il documento oggetto di rapporti giuridici privati,* Florencia, 1935. p. 159. Así el banquero emite copia de sus libros contables, y el cliente tiene su *editio rationem.*

29 PEÑALVER RODRIGUEZ, M.A. "La banca en Roma". *Estudios en Homenaje…* cit. p. 1548.

30 La exhibición documental preliminar al juicio ya se trataba en el art. 497 4 y 5 de nuestra antigua LECiv y en la nueva LEiv de 2000 art. 256.1.1º a 7º. Si esta diligencia preliminar que solicita documentos contables, es admitida y acordada por el Tribunal (al estimarla pertinente, puesto que concurren, justa causa e interés legítimo) de ser desobedecida por la parte requerida, acarreará la consecuencia de que podrán tenerse por ciertos todos aquellos documentos contables que sean presentados por el solicitante.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0298

Enjuiciamiento Civil actual, e incluso la anterior, recoge este deber genérico de presentar documentos con la demanda y la contestación[31].

El objeto de esta prueba será buscar la verdad de los hechos que en el proceso civil sólo serán aquéllos hechos que aportan las partes, y que fundamentan la *causa petendi.* Con esta actuación preprocesal se pueden verificar, que no investigar[32], los hechos controvertidos, que previamente han sido aportados por las partes y no otros. Cuestión que servirá para declarar la pertinencia o no de los medios de prueba que se soliciten.

Esta obligación pretoria de *edere actiomen et instrumento* impuesta al demandante perseguía diferentes fines, el primero y principal que el demandado litigue (*contendere*) con todos los medios probatorios que necesite, concediéndole un tiempo para que analice sus posibilidades y arme su defensa. Parece ser que la *editio rationum* era una especial *editio intrumentum* referida concretamente a los libros contables. Mientras la *editio ratiomum* tenía por objeto el dotar a alguien –demandante o demandado- de un elemento de prueba, intra o extraporcesal, sin embargo, la *editio instrumentorum* únicamente perseguía informar del futuro pleito al demandado con los indicios de prueba requeridos, de ahí su complementariedad. La *editio rationum* se refería a una clase especial de documentos, de daciones de cuentas, a las que resultaba obligado el argentario[33] de tal manera que mientras el deber de *edere instrumenta* impuesto al demandante tenía carácter general, en el caso del argentario se extendía a la exposición de los libros contables. La legitimación para pedir estas cuentas sólo la tenía el demandado, salvo reconvención.

La *editio rationum* del *argentarius* tenía como fin no sólo *edere*, o presentar las cuentas, sino que el *argentarius* está obligado a *exhibere,* es decir, a presentarlas, bien originales o copias en juicio, e incluso en ocasiones a *reddere* o determinar

31 El art. 265.1 se refiere a aquellos documentos en que las partes funden su derecho a la tutela judicial efectiva.

32 La investigación de los hechos no debe ser objeto del proceso civil, sí del proceso penal en el que buscamos la verdad de los hechos sin que las partes puedan limitar esta facultad. De ahí que en civil hablemos de que el juez sólo debe verificar que no investigar los hechos que se someten a su juicio.

33 FERNANDEZ BARREIRO. A, La previa….. cit. p. 82 y DE SARLO, l. *Il documento oggetto* … cit. p 197 y ss. También estaban obligados a *reddere ratiiones* los siguientes sujetos: *negotorium gestor, procurator, maritus qui uxoris res extra dotem constitutas administravit, tutor el curator, heres fiduciarius, hereditatis possessor y servus qui res domini administravit*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0298

el saldo ó *reliquum*[34]. En este sentido, FERNANDEZ BARREIRO entiende que la causa de este deber del banquero nace de las poderosas exigencias procesales derivadas de las prácticas negociales del tráfico mercantil, en las que los *argentarii* debían de tener una intervención sumamente importante, tanto en su tarea como agentes de mediación en múltiples operaciones comerciales, como en todo tipo de negocios de carácter patrimonial, siendo gestores cualificados y de relevancia[35]. La seguridad en el tráfico bancario es el verdadero fundamento del deber de *edere rationes* impuesto al *argentarius* quien por su profesión interviene en muchos negocios administrando dinero y bienes, gestionando negocios ajenos, de lo que por supuesto debía dejar constancia.

Otro fin de la *editio rationum* era evitar pleitos temerarios y provocar el allanamiento a las pretensiones del actor (*cedere*), dado que con esta aportación documental, la petición resultaba sólidamente fundada. Para este fin también se obligaba al demandado, en fase *in iure,* a prestar el juramento *iusiurandum calumniae*, previsto para evitar una innecesaria e injustificada oposición del demandado[36]. Y también se añade otro fin: evitar la falsificación de los documentos durante el tiempo que mediaba entre la comunicación y el juicio, falsificación que estaba

34 Respecto a la diferencia entre los términos *edere* y *reddere rationes*, si acudimos a las fuentes queda claro que una cosa es enseñar las cuentas con detalle, y otra determinar sólo el saldo que arrojen. Lo primero está más próximo a los extractos bancarios, y lo segundo a las certificaciones. Así si observamos en D 50.16, 89,2 (Pomp. 6 Sab.) que se nos dice que "Entre presentar y rendir las cuentas hay mucha diferencia, y aquél a quien se le manda que las presente no debe devolver lo sobrante; porque también se considera que el banquero presenta la cuenta, aunque no paga el sobrante que queda en su poder". En el mismo sentido (D. 34,3,8,5 Pomp. Ad Sab.) "Aquél a quien se le haya mandado dar cuentas, no se considera que cumple, si entrega lo sobrante sin haber presentado las cuentas." En la misma línea D. 40,7,6,7 (Ulp. 27 Sab.)…"… Pero la condición de haber de rendir cuentas, por lo que ciertamente atañe a los remanentes, consiste en dar el dinero; más lo que se refiera a la entrega de los mismos libros de las cuentas, y al repaso y examen de las cuentas ya su puntualización y discusión, contiene un hecho" . Y por fin, también en D. 35,1,82 (Calistrato *II quaest.*)"…luego ¿qué se comprenderá si hubiere dado las cuentas?... Unos entienden que será entregar los remanentes, como si no hubiera diferencia entre entregar los remanentes y dar las cuentas……. Se comprende en las palabras dar cuentas, tanto presentar el remanente como las cuentas para leerlas, examinarlas e incluso poner reparos.

35 FERNANDEZ BARREIRO. A, La previa….., cit. pp.141-142.

36 GARCIA CAMIÑAS, J. El *iusiurandum calumniae* en la *editio actionis* y en la *ediotio rationum* del *argentarius.* Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña, 2004. p. 369. El demando podía oponerse y esperar a que el pleito continúe dado que el *onus probandi* recaía en el demandante, aunque no tuviera razón alguna para mantener el proceso. Con el juramento se pretendía evitar esta actuación pasiva del demandado.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0298

gravemente penada como *delictum* e incluso *crimen*[37]. Circunstancia que en caso del argentario resultaba penada especialmente, tanto por la exhibición con dolo malo, como la no exhibición completa o la exhibición maliciosa (D 2.13.8. Ulp.).

5. Procesos romanos en los que se aplica esta prueba y su valoración como documento.

La aparición del documento escrito en Roma como prueba, se debe a la redacción por escrito de la fórmula, dejando atrás los ritos orales. En el procedimiento formulario los medios de prueba eran confesiones, testigos, inspección ocular, peritos junto con el que nos ocupa, de documentos o *instrumenta*. En este procedimiento rige la libre valoración y apreciación de prueba[38]. Posteriormente, en la *cognitio extra ordinem,* los medios de prueba se mantienen, pero el proceso se presenta con unos principios con los que la cambia su esencia, se cambia de un proceso dispositivo a inquisitorio, de prueba libre a tasada, de doble fase a fase única... y en él adquiere más valor el documento, frente a la testifical que había sido la prueba más utilizada. Las pruebas documentales de los banqueros, presentaban una especialidad, no requerían de su aseveración por testigos, ya que en ellas se presumía la buena fe. En el Principado, los banqueros incluso gozan de una organización propia y el *collegium argentariorum*, bajo la supervisión del Prefecto de Roma. Su importancia y el uso continuo de sus servicios en la práctica negocial motivaron, sin duda, que el valor probatorio de sus libros contables en los litigios fuera más definitivo; D. 13, 2 9,2 *in fine* se refiere a esa fe que da prueba del contenido de estos. No podemos olvidar que a partir del siglo I a.C. los banqueros influyeron en la redacción de normas legales

37 FERNANDEZ BARREIRO. La previa….. cit. pp 88-89 cita a DE SARLO *Sulla represione penale del falso documentale in diritto romano*. RDPC, 14. 1937, p. 317 y ss.

38 SALAZAR REVUELTA, M., "El deber de información, transparencia … cit. p. 94 Como señala la autora se ha de destacar, 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 actividad mercantil y en los intercambios comerciales a gran escala.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0298

y jurisdiccionales, y que su poder fue creciendo a la vez que las necesidades imperiales. El mismo Justiniano dedicó su Novela 136 a *De argentarium contractus* que comienza alabando a los banqueros por su utilidad, les concede el cobro de un ocho por ciento de interés y ejecución privilegiada cuando concurren con otros acreedores frente al mismo deudor[39].

Por otro lado y desde un punto de vista de la competencia objetiva, el banquero está bajo una jurisdicción especial, la del prefecto urbano (D. 1, 12, 1, 9 y D. 1, 12, 2) y quien además de conocer de los litigios en los que intervienen, procura que se comporten con probidad, no haciendo negocios prohibidos[40], aspecto que no sabemos si resultó un privilegio para estos ciudadanos, que podían sortear así la jurisdicción ordinaria.

6. Documento público o privado

Hoy tiene mucha trascendencia la diferencia entre documento público o privado, por la fuerza probatoria que les acompaña, los primeros están intervenidos por funcionario dotado de fe pública, y tienen fuerza de prueba tasada y los segundos no. Sin embargo, en Roma, los documentos contables llevados por argentarios eran documentos privados en el proceso romano clásico, dado que se redactaban por las partes, sin intervención de funcionario, además no existían documentos públicos como tales, aunque en ellos intervenga el argentario, a quien se le presumía buena fe. El *tabellio* es el primer funcionario con esa función y nacerá a partir del siglo III. Lo importante en este caso no era el tipo de documento, sino dar certeza a estos *instrumenta* por su autenticidad y autoría, de ahí la importancia de la producción de documentos intervenidos por argentarios en los pleitos, su obligación de exhibición y las sanciones que acarreaba tanto la no aportación de la *editio* solicitada por el *decretum* del pretor, como la emisión de una *editio* parcial o la *editio* maliciosa. Pero si bien no era una prueba documental pública, su tarea era reconocida como de servicio público con

39 GUILLARD, E., *Les banquiers ….* cit. pp. 94 y siguientes, capítulo III de la primera parte, titulado *Advantages concédes par la loi aux argentarii* explica con detalle que tras la formulación de esta novela nacen presunciones en favor de los banqueros.

40 SALAZAR REVUELTA, M., "El deber de información,… cit. p. 96. La competencia de este 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.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0298

pleno valor de prueba escrita[41]. Su creciente influencia a partir del desarrollo económico de los siglos II y I a. C y su prestigio, así como su intervención cada vez mayor en el tráfico comercial de la época hizo que fueran considerados documentos reputados. Esta situación de confianza motivó que el valor de su intervención en los procesos ayudados por sus libros bancarios cada vez fuera mayor (D. 2, 13, 9, 2): "cuya prueba se contiene en la escritura y en los libros de ellos; y muy frecuentemente se recurre a la fe de éstos".

En el procedimiento formulario la valoración del juzgador era libre, pero en la *cognitio extra ordinem* se aproxima más a lo que hoy llamamos valor de prueba tasada, o más adecuadamente sana crítica, dado que como expresa CUENCA en la *cognitio extra ordinem* los medios de prueba y sus reglas no eran tan eficaces como para poder coartar el poder de apreciación del juez[42].

Hoy la prueba bancaria referida a extractos, que son cierta suerte de *rationes*[43], tienen la consideración de prueba documental privada, es decir, se admite prueba en contrario y es de valoración libre, pero es diferente con las certificaciones bancarias intervenidas por Notario, que hoy si son consideradas documento público, por tanto con valor de prueba tasada (art. 317.3 relacionado con el art. 320.2 Ley de Enjuiciamiento Civil). En la Ley de Enjuiciamiento anterior como en Roma, no era prueba documental pública, pero el valor que se da a esta prueba era indudable hasta el punto de cuestionarlo vía Recurso de Amparo núm. 1065/1993, fundamento jurídico II, (siguiendo la doctrina que sentó la STC 14/1992), en él se planteó un caso en el que el cliente negaba la cuantía de la suma reclamada por la entidad bancaria en la documentación que ésta aportó al juicio con dudas respecto al valor de esta prueba documental, a lo que el tribunal respondió que el art. 1435 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil no obligaba al juzgador a dar por probada la deuda reclamada. En consecuencia, según la sentencia constitucio-

41 SALAZAR REVUELTA, M., "El deber de información,.. cit. p.110.

42 CUENCA, U. *Proceso Civil Romano,* Buenos Aires, 1957 p. 156 "el principio de prueba legal no existió propiamente en el Derecho probatorio del nuevo proceso, pues su aparición corresponde al proceso romano canónico, por influencia del germano". JEAN CHARRIAUD J., "La legislación Francesa y Española sobre los libros de cuentas de los mercaderes en los tiempos modernos (siglos XVI-XVIII)" *La actividad de la banca en Roma y los negocios mercantiles en el Mare Nostrum*. Vol. II, Murcia, 2015. p. 40 citando a HEVIA BOLAÑOS, I. *Primera y segunda parte de la curia Filipica,* Madrid, 1652. P. 21 nos indica que ya en esta época en España los libros de cuentas de los banqueros eran documentos públicos y daban fe debido a la intervención de la autoridad pública en su constitución y en su nominación.

43 En palabras de MARTIN MOLINA, VEIGA COPO, *Los libros de contabilidad:* … cit. p. 399 llama *editio rationum* a los extractos de cuenta.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0298

nal, la norma cuestionada no consagraba un privilegio probatorio en favor de las entidades de crédito, que pudiera contrariar el art. 14 de la Constitución, pues no invertía la carga de prueba, ni otorgaba a la contabilidad de las mismas el carácter de documento público, y eso pese a que no existía principio contradictorio. Pero la siguiente Ley de Enjuiciamiento Civil, la actual, del año 2000, zanja este asunto cuando otorga a la certificación bancaria el carácter de documento público, con fuerza plena en derecho, en favor de las entidades bancarias.

Pese a todo, se sigue cuestionando el valor de esa prueba, y cada vez surge jurisprudencia menor que lo pone en duda, porque se alega que estas certificaciones de deuda obedecen a la suscripción de contratos de adhesión, en los que se refleja que caso de saldo deudor se permite a la entidad bancaria fijar, sin contradicción alguna, la liquidación de la deuda a reclamar. Incluso se añade que en caso de reclamación judicial, las partes convienen que el saldo líquido exigible adeudado será el que arroje la contabilidad de la Caja, que hará fe en juicio, y se acreditará mediante certificación expedida por la misma, sin posibilidad de ser impugnada o no admitir su contenido, reconociendo el saldo y todo ello por anticipado, con plena eficacia en juicio. Así esta cláusula se viene considerando como abusiva ya que según la ley 7/1998 de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación la determinación de deuda en operaciones crediticias, que por ende exigen una actividad liquidadora, esta cuantía no puede ser establecida exclusivamente por una sola parte contratante, sin posibilidad de intervención o impugnación por la contraparte, ya que es contraria no sólo al artículo 1256 del Código Civil que proscribe dejar a una de las partes el efectivo cumplimiento de los contratos, sino que igualmente es contraria al principio de justo equilibrio de prestaciones, y el artículo 10 bis de la ley 26/1984 considera abusiva toda aquella cláusula que no negociada individualmente esté en contra y en perjuicio del consumidor causando un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes y por consiguiente es un pacto nulo por aplicación del artículo 8-2º de la citada ley 7/1998[44]. "En este ámbito,

44 AP Vizcaya (Sección 3ª), en sentencia núm. 198/2006 de 22 marzo, AP Valencia 10/07/2002, decir tanto la parte como el órgano judicial tendrían que estar y pasar por el certificado que emite la propia Caja, sin posibilidad de contradicción en proceso judicial, aspecto contrario al derecho fundamental de defensa y de tutela judicial efectiva, sentado en el artículo 24 de la Constitución Española. La AP Valencia (Sección 9ª), en sentencia núm. 07/2005 de 28 septiembre desestimó la reclamación de cantidad por considerar como abusiva la cláusula de fijación unilateral de saldo líquido exigible reconociéndole por anticipado plena eficacia en juicio.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0298

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"[45]. Sin embargo, si tenemos en cuenta que el banquero incurría en responsabilidad si presentaba una *editio rationum* parcial o maliciosa, y que su poder frente a los clientes era menor que el actual (hoy el banquero ayudado por medios informáticos de contabilidad y por su influencia, se presenta en una situación de ventaja frente a sus clientes), podremos suponer que la *editio* no era un documento probatorio tan indiscutible, como las actuales certificaciones bancarias intervenidas por fedatario público, lo que coloca al cliente de la banca romana en una situación más favorable que al actual, al menos desde la óptica del derecho del consumo.

En cuanto al mero extracto bancario, éste es un documento privado, por lo tanto y como no lleva antefirma, firma, ni rúbrica que identifique al emisor, cuando queremos aportar este documento a un pleito necesitamos que la entidad ratifique su contenido ante el juzgado correspondiente y ser tenido en consideración como cualquier documento privado. Así el art. 326 Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando refiere su fuerza probatoria advierte que los documentos privados harán prueba plena en el proceso si su autenticidad no es impugnada por la parte a quien perjudiquen[46]. En este sentido también es interesante traer a colación la jurisprudencia constitucional[47] que responde a la cuestión de si el requerimiento de aportar extractos de cuentas de bancos e instituciones de crédito dirigido por la Intervención General del Estado en un procedimiento contencioso administrativo, relacionado con la actividad financiera de la empresa recurrente, debe ser obedecido o no en defensa del derecho fundamental a la intimidad del art. 18 de la CE interpretado con arreglo al art. 17.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. El Tribunal resuelve que no hay intromisión, puesto que tal artículo prohíbe las injerencias en la intimidad «arbitrarias o ilegales»; mientras que, a su vez, el art. 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982 dispone que «no se

45 SALAZAR REVUELTA, M., "El deber de información, transparencia… cit. p. 91.

46 Referido a los términos del artículo 319 del mismo texto legal.

47 En la desestimación del Recurso de Amparo núm. 677/1986, relacionada con la Sentencia del Tribunal Constitucional 126/84 de 26 de noviembre.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0298

reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley » que en este caso es la ley general presupuestaria respecto a la Agencia Tributaria. Además refiere el alto Tribunal que no fue requerido para detallar los movimientos de sus cuentas bancarias, sino sólo a presentar determinados «extractos» de las mismas, lo que nos recuerda la limitación estricta a sólo lo pertinente, que ya estaba presente en la normativa romana antigua, (D.2.13.10.2). El art. 31 CE, es el que sirve de apoyo para la actividad inspectora de la Administración, cuando señala el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, y por su aplicación encontrar el fundamento de la actividad de control financiero frente a una Entidad perceptora de ayudas o subvenciones públicas.

Además fuera del ámbito procesal, la legislación en el artículo 93 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, de la General Tributaria regula las «obligaciones de información», estableciendo en su apartado 1 la obligación general de proporcionar información a la Administración tributaria respecto a toda clase de datos, informes, antecedentes y justificantes con trascendencia tributaria relacionados con el cumplimiento de sus propias obligaciones tributarias o deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o bancarias o de crédito con otras personas, precepto que se completa en su apartado tercero al determinar que el incumplimiento de las obligaciones establecidas en dicho artículo no puede ampararse en el secreto bancario[48]. En el mismo sentido se crea el Punto neutro judicial, integrado por un conjunto de bases de datos a las que puede acceder el Secretario Judicial y el funcionario judicial autorizado por éste, para servicio de los órganos judiciales, de las que no son titulares pero con cuyos organismos o entidades hay suscrito acuerdos o convenios. El Consejo General del Poder Judicial está así relacionado con la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, los Colegios de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Dirección General del Catastro, Fondo de Garantía Salarial, Instituto Nacional de Empleo y Tesorería General de la Seguridad Social y además, con los Convenios de colaboración suscritos con la Asociación Española de Banca y con la Confederación Española de Cajas de Ahorro. Con las entidades banca-

48 Se fija un procedimiento específico para los casos de requerimientos individualizados relativos a los movimientos de cuentas corrientes, depósitos de ahorro, cuentas de préstamos y créditos y demás operaciones activas y pasivas de los bancos, cajas de ahorro, cooperativas de crédito y cuantas entidades se dediquen al tráfico bancario o crediticio.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0298

rias tiene acceso a dos informaciones, la de la Caja de Depósitos y Consignaciones, en la que se ingresan las cantidades que se solicitan por los tribunales para ejecución o medidas provisionales y, por otro lado, la información que dan estas entidades para proceder a los embargos de cuentas bancarias.

Con ello, queremos concluir, que así como en Roma sólo tiene legitimidad para solicitar la *editio rationum* del *argentarius* los afectados por esa relación mercantil, en la actualidad esa posibilidad de pedir datos al banquero se abre a la Administración Pública, frente a la que cede nuestro derecho a la intimidad, sin que esto quiera suponer que no deba ser así, más dada la conformación de nuestro estado como social, tal y como como reza el artículo primero de nuestra Carta Magna. Sin embargo, no deja de ser curioso que en D. 2, 22, 4, 2 se diga que cualquiera que es demandado por el fisco, ha de ser demando no en virtud de un extracto, ni de una copia de alguna escritura, sino en virtud del instrumento auténtico. Parece indicar que esas *rationes* pueden ser aportadas sólo cuando existe un principio de prueba, que debe ser corroborado con ellas.

7. Relación con nuestros medios de prueba actuales.

Si revisamos concretamente los medios de prueba actuales, estos vienen descritos claramente en el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, en cuyo primer párrafo los enumera: interrogatorio, documentos públicos y privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial e interrogatorio de testigos. Los documentos bancarios pueden ser aportados como documentos privados, y en alguna ocasión, cuando media intervención de notario, como documento público, es el caso de las certificaciones. Pero en su párrafo segundo nos confunde, cuando añade los llamados medios innominados de prueba, los "medios de reproducción de la palabra o sonido,… imagen, medios de archivo de la palabra" y los que más nos interesan a este fin: "datos, cifras y operaciones matemáticas con fines contables….". Y asumiendo que éstos últimos pueden ser los que se refieren a algunos de nuestros documentos bancarios nos genera cierta inquietud. Así, el primer párrafo, describe claramente medios de prueba, pero el segundo nos confunde cuando, en realidad parece referir documentos en distintos soportes, es decir, no lo que se desprende de su literalidad: medios de prueba, sino posibles y futuras fuentes de prueba[49].

49 MONTERO *El Proceso Civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución,* Valencia, 2014. P. 234

https://doi.org/10.55104/FRDC_0298

Las fuentes de prueba son cambiantes por su propia naturaleza, no pueden ser iguales en una población que asienta su derecho en la oralidad, que cuando escribe, y por otro lado, tienen que ser diferentes, por los distintos soportes en los que descansan. Ya en el propio devenir del Derecho Romano, el proceso se apoya primero en la oralidad en fuentes de prueba testificales, para después pasar a ser documentales, escritas. El documento adquiere mayor valor probatorio si lo referimos a la época postclásica. El documento escrito en origen tiene escaso valor probatorio y el que adquiere lo hace por unión a la testifical, y será a partir de la época postclásica cuando adquiere mayor importancia, como consecuencia del influjo sobre Roma de la práctica contractual escrita en las provincias[50].

Es previsible que las fuentes de prueba cambien mucho más con la tecnología que nos aguarda, y quizá hoy ni imaginemos que pruebas existirán en unas décadas, como consecuencia de esta era informática. Sin embargo, sea cual sea la fuente de prueba, en ocasiones deberemos traerla a juicio, y los medios de prueba del momento deberán dar cabida a cualquier fuente de prueba. Con ello, la discusión en torno a sí las enumeraciones legales de medios de prueba podía considerarse *numerus apertus* o *numerus clausus*, carecen de contenido si advertimos que las fuentes de prueba son extrajurídicas y las leyes no pueden pretender enumeraciones taxativas de ellas, porque son cambiantes. Lo que deben regular las leyes son los medios de prueba, como actividad que hay que realizar para incorporar la fuente al proceso, aunque no estamos de acuerdo con MONTERO cuando dice que estos serán *numerus clausus* por aplicación del principio de legalidad, dada la contradicción existente en la propia ley de enjuiciamiento[51] y que ahora tratamos.

Hoy la doctrina se decanta por la aplicación a los medios de prueba de un principio de legalidad estricto, el derecho procesal es derecho necesario, pero este principio decae cuando el legislador, preocupado por lo cambiante de las fuentes

50 TORRENT, A. Manual de Derecho Romano Privado, Madrid, 2008 p. 167. Dónde además advierte que a partir del siglo III se redactan documentos escritos públicos en forma de declaraciones *apud acta* ante funcionarios públicos o funcionarios capacitados para ello, los cuales servían como medios probatorios formando parte de los protocolos. Antes del siglo III el documento era privado y en él se recogía el contenido de algunos negocios jurídicos solemnes, así como contratos realizados como consecuencia de obligaciones anteriores. Podían ser llevados ante el juez, quien tras comprobar que eran auténticos les podía conferir carácter válido como prueba. Los documentos realizados ante el *tabularius* eran guardados en copia por éstos. Se extiende con el tiempo la práctica de que los negocios más importantes deben otorgarse ante funcionarios y mediante documentos públicos.

51 MONTERO *El Proceso Civil. Los procesos ordinarios…* cit. p. 641.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0298

de prueba redacta el art. 299 de nuestra ley Rituaria y en su último párrafo pretende adelantarse al futuro con una redacción sumamente abierta e inconcreta: "Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba" y añade "adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias" sin decir cuáles o ni siquiera a qué principios procesales deben responder estas actuaciones procesales.

Por tanto, cabría preguntarse de que vale un principio de legalidad de aplicación en apariencia tan estricto con los medios de prueba actuales, si luego la previsión legal a futuro es tan indeterminada, que deja en manos del juez la capacidad de decidir, cuáles van a ser esas fuentes de prueba, y cómo se tendrán que aportar en proceso, convirtiendo así al juez en una suerte de legislador improvisado de cada caso concreto. Por otra parte, si nos acercamos al modo de proceder romano, en cuyo derecho los medios de prueba no estaban sujetos al principio de legalidad estricto, tal como lo entendemos actualmente, sin embargo, se iban dotando de las normas y principios necesarios para transformar los hechos en pruebas. Sirva como ejemplo el caso que nos ocupa, de los libros de los banqueros, y lo hacen poniendo su atención (quizá ni siquiera de forma consciente) en lo principal: una aplicación de los principios del proceso civil en relación con las partes, que ya hemos referido, dualidad, contradicción e igualdad, así como principios tan claros como el que los hechos deben ser probados por quien los aduce (carga de la prueba), aportados al pleito por las partes (principio dispositivo y de aportación de parte), sin que el juez ni pueda, ni deba investigar nada[52] fuera de los hechos concretos de controversia. Principios ya presentes en el procedimiento formulario respecto al *onus probandi*, *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* (Paulo D. 22.3.2) y que se mantienen en la *cognitio extra ordinem*, no así en la proposición de prueba donde se pasa al principio inquisitivo, alejándose del dispositivo, ni en la valoración que cambia de la libre apreciación a la aplicación de la prueba tasada o reglada.

Nos vamos a detener en esta variación última porque supone un giro muy interesante desde el punto de vista de lo que aporta el Derecho Romano como línea evolutiva del derecho y su relación con el régimen político imperante. En la *cognitio extra ordinem* se aplican principios que también se asemejan a los procesos basados en la verdad objetiva o material aplicada al proceso civil, como son algu-

52 Con aplicación sólo en el proceso civil, no así en el penal cuyos principios rectores serán otros.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0298

nos de los principales que analiza MONTERO AROCA en este último siglo[53]. Así, en el caso del derecho socialista soviético se imponía a los órganos judiciales la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para esclarecer las circunstancias reales del asunto civil, las relaciones jurídicas entre las partes, sus derechos y obligaciones, dejando de lado que el proceso civil debe atender a la tutela de los derechos subjetivos de los particulares. Es decir, acordaban de oficio, los medios de prueba. Este principio de búsqueda de la verdad material, también se incluye en los códigos italiano y alemán de la etapa fascista, así el *Codice di procedura civile* de 1940 en su punto fundamental nº 12, junto con el aumento de los poderes del juez, y en la Exposición de motivos de la Ley alemana sobre modificación del procedimiento civil de 1933, se concede la posibilidad de acordar pruebas de oficio en asuntos civiles. Incluso en el código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica en su art. 34.2 se refiere a la averiguación de la verdad de los hechos alegados por las partes. Pero como advierte el mismo autor, ésta pretendida búsqueda de la verdad objetiva es más grave de lo que pudiera parecer, pues en el proceso civil se busca la justicia del caso concreto, y no podemos desconocer los principios esenciales, como el principio dispositivo y el de contradicción. No debemos olvidar que estamos ante un proceso que procura satisfacer el interés particular, no el general de las acciones públicas del proceso penal, estamos en el proceso civil que a su vez está relacionado esencialmente con la libertad del individuo y la tutela judicial de sus intereses, ambos derechos fundamentales de la persona. Por lo tanto, son los litigantes los que deciden la *causa petendi* y con ella, los hechos que deben ser probados y no otros. Sobre esos hechos relacionados con la causa de pedir es sobre los que girará la prueba, y sólo aquella prueba que las partes estimen. Así, el ordenamiento jurídico romano más genuino, el del procedimiento formulario y el actual, protegen la autonomía de la voluntad y la libertad del individuo para ejercitar sus derechos subjetivos propios. *Ultra id quodin iudicium deductum est excedere potestas iudicis non potest* (Javoleno, D. 10, 3,18)[54].

8. Conclusiones

Observamos que los libros de los banqueros tienen un contenido más amplio que el actual, ya que por una parte son fuente de obligaciones y por otro, prue-

53 El Proceso Civil….cit. p. 623.

54 La potestad del juez no puede ir más allá de lo que ha sido sometido a juicio.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0298

ba de ellas y no sólo de ellas, sino de los demás hechos contables que quedan reflejados en sus tablas. En otras palabras, por un lado, tienen un contenido dispositivo, en un plano sustancial, y por otro lado, valor probatorio, en un plano procesal, y ambos obedecen a dos funciones distintas la constitutiva (perfección de ciertos negocios) y la probatoria (tanto en el tráfico jurídico cotidiano como cuando resulta necesario acudir a juicio).

Como prueba el origen de los hechos contables estará en el *Codex,* aunque sólo será el *Codex Rationum* el que afecte a los procesos en los que interviene el argentario o sus clientes. En este caso el medio de prueba será la *editio rationum* del *argentarius*, que presentará en juicio por indicación de su cliente contra terceros (se entiende que el dueño de esa información contable es el depositante) o bien cuando no lo hace de forma voluntaria atendiendo al *decretum* redactado por el pretor. Por otro lado, la *editio* no era un documento probatorio tan indiscutible, como las actuales certificaciones bancarias intervenidas por fedatario público, lo que coloca al cliente de la banca romana en una situación más favorable que al actual, al menos desde la óptica del derecho del consumo.

Ya del Derecho romano aprendemos que las fuentes de prueba pueden ser diversas y no se pueden tasar, pero los medios de prueba tampoco pueden ser tasados, ni lo fueron entonces, ni siquiera lo pueden ser hoy. Los libros contables bancarios son un ejemplo palpable de lo dicho, dado que las fuentes y los soportes varían y los medios se deben adaptar a ellas, resultando lo más importante saber a qué principios procesales queremos acercarnos y si finalmente respetamos la libertad del individuo en la protección procesal de sus derechos subjetivos.

Y como última reflexión compartimos la de MURILLO y esperemos que este trabajo sirva aunque sea mínimamente "para demostrar, una vez más, que de la historia se aprende; que el derecho romano aún tiene "vigencia" no como precedente invocable en sede procesal pero sí como conjunto de normas en las que aprender"[55].

Dra. Olga Gil García

55 MURILLO VILLAR, A. "La responsabilidad del banquero por los depósitos de los clientes. Una reflexión desde las fuentes romanas". *La actividad de la banca y los negocios mercantiles en el Mare Nostrum*, Navarra, 2015. p. 115.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0298

Bibliografia

ALVAREZ, MIRTA BEATRIZ. "La prueba documental en el Derecho Romano y su recepción en el Derecho Argentino". *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno,* Madrid, 2000.

CARNELUTTI, F. *La prueba civil,* Buenos Aires, 1982.

CUENCA, U. *Proceso Civil Romano,* Buenos Aires,1957 .

DE SARLO. L., *Il documento oggetto di rapporti giuridici privati,* Florencia, 1935.

DOMINGUEZ TRISTAN, P. El secreto bancario: precedentes romanos. *La actividad de la banca en Roma y los negocios mercantiles en el Mare Nostrum,* Vol. II. Murcia, 2015.

FERNANDEZ BARREIRO. A., *La previa información del adversario en el proceso privado romano*. Pamplona. 1969

GARCIA CAMIÑAS, J. El *iusiurandum calumniae* en la *editio actionis* y en la *ediotio rationum* del *argentarius.* Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña, 2004.

GUILLARD, E., *Les banquiers athéniens et romains,* Paris, 1875.

HERRERO CHICO, R., "*Argentarii.* Obligaciones y privilegios (un estudio sobre la banca en Derecho Romano)" Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos, VII, 1978.

JEAN CHARRIAUD J., "La legislación Francesa y Española sobre los libros de cuentas de los mercaderes en los tiempos modernos (siglos XVI-XVIII)" *La actividad de la banca en Roma y los negocios mercantiles en el Mare Nostrum*. Vol. II., Murcia, 2015.

MARTIN MOLINA, P.B. VEIGA COPO, A.B, "Los libros de contabilidad: un apunte histórico" Boletín de la Facultad de Derecho. UNED. Nº 13-1998.

MONTERO *El Proceso Civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución*, Valencia, 2014.

MORENO NAVARRETE, M.A. *La prueba documental en el proceso. Estudio histórico-jurídico y dogmático,* Madrid, 2001.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0298

MURILLO VILLAR, A. "La responsabilidad del banquero por los depósitos de los clientes. Una reflexión desde las fuentes romanas". *La actividad de la banca y los negocios mercantiles en el Mare Nostrum,* Navarra, 2015.

PEÑALVER RODRIGUEZ, M.A. "La banca en Roma". *Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias*" T. III. Madrid, 1988.

SALAZAR REVUELTA, M., "El deber de información, transparencia y responsabilidad ante los depósitos de los clientes por parte de la banca: precedentes romanos". RIDROM, Octubre, 2013.

SENTIS MELENDO, S. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires, 1979.

SORIANO CIENFUEGOS, C. *Banca, navegación y otras empresas,* México, 2007.

TORRENT, A. *Diccionario de Derecho Romano,* Madrid, 2005.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0298