

Derechos bancarios : Ubi societas ibi ius

Marilina Andrea Miceli¹

1. Doctora en Derecho, Profesora Universitaria, Docente Adjunta Interina de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bs. As, Profesora Asociada en la Cátedra de Derecho Romano de la Universidad Abierta Interamericana, profesora adjunta de la materia Derecho Romano UAJFK, profesora de Post grado Asociada en la Maestría de Derecho Administrativo de la UAI y del doctorado en Cs. Jurídicas de la Universidad Argentina John F Kennedy, miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, AIDROM, de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina ADRA y del Instituto de Historia y cultura Clásica de la Universidad Católica de la Plata.

Ubi Societas Ibi Ius²

Nociones Generales

El ser humano, eminentemente social, es autor y protagonista de sus propias relaciones sociales. A lo largo de su vida, se diseña y se proyecta en relación con su entorno y grupo de pertenencia. Dentro de esa sociedad, los valores o ideales se representan como estándares valorativos que resignifican lo cotidiano.

De manera positiva o negativa y, por medio de lo heterónomo, representado en el Estado, son las normas las encargadas de describir el abanico conductual de posibilidades, otorgándoles consecuencias valiosas o disvaliosas según el entramado jurídico de múltiples relaciones que, en coexistencia desempeña el hombre, a través de sus conductas.

No debemos olvidar que la sociedad evoluciona históricamente y se desarrolla a lo largo del tiempo, a través de un proceso gradual. Indica 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 a pueblo, a medida que cambian y se afinan las necesidades...”³

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 fenómeno de pervivencia del Derecho Romano.

Señala D’Ors que el Derecho Romano en sí mismo es algo más profundo que trasciende lo meramente histórico⁴. “En el radica el numen del derecho del mundo occidental como claro forjador de las ideas jurídicas a través del paso del tiempo.”⁵

El presente trabajo refiere al Derecho Bancario actual, en especial, a la regulación argentina, considerando que cada nueva normativa viene a ajustar, mejorar o cubrir un vacío o contradicción legal que, de sostenerse, tornaría injusta la situación jurídica de las partes.

Siendo el derecho un objeto cultural creado por el hombre para satisfacer sus necesidades, no parece extraño el aforismo latino *ubi societas ibi ius*, haciéndose necesario retrotraernos para anclar en el pasado pues, es la historia quien nos confirmará si dicho principio aplicó al fenómeno jurídico traído a estudio.

Debemos considerar que la empresa bancaria, hoy en día, resulta de particular importancia, pues, la actividad va dirigida desde el pequeño consumidor bancario no especializado hasta las grandes empresas internacionales con utilización de específicas y

2. Donde hay sociedad, hay derecho. y donde hay derecho hay personas que se ocupan de crear normas jurídicas, aplicarlas y explicarlas.

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

4. Ver D’Ors Pérez Peix, A, Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1943

5. 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.

variadas tecnologías.⁶

Así, la naturaleza jurídica del Derecho Bancario y la protección al consumidor bancario queda contenida en el código unificado, las disposiciones generales y particulares aplicables a consumidores y usuarios y los principios propios de dicha actividad, como ser: la transparencia en los contratos, el secreto bancario, la responsabilidad civil de la banca, el estatuto del consumidor, las entidades financieras, los contratos que se generen y los nuevos tipos penales, así como también, todo el amplio abanico de posibilidades que puedan presentarse en la práctica, siendo un derecho en constante evolución.

Derecho Bancario

En el año 2015 entra en vigor en la República Argentina el Código Civil y Comercial de la Nación, la Comisión reformadora comprende la importancia de esta especialidad incorporando en los contratos bancarios un parágrafo específico, referido a los contratos bancarios con consumidores y usuarios.

El Derecho Bancario es considerado una especie o subsistema derivado del derecho mercantil. Garrigues habla de un doble aspecto, las normas propias aplicadas a los bancos y, por otra parte, la normativa que comienza a desarrollarse a partir de las diversas actividades que el mismo banco, con el afán de obtener ganancias, y por medio de contratos desarrollan.⁷

Como indica Etcheverry, los bancos ya no son “una empresa que tiene por objeto la mediación en las operaciones referidas al dinero y a los títulos” sino organizaciones complejas con creciente diversidad.⁸

La burguesía y el capitalismo centran su mirada en el mercader, las familias dinásticas, con su acopio de riquezas y de tierras, generan la moderna clase comerciante. Ya en el siglo XV existía la separación entre capital y trabajo, configurándose la *commenda* en Italia, el derecho consuetudinario mercantil en Francia, y la utopía mercantilista para la conformación del nuevo modelo de Estado-Nación en toda Europa.

Así nacen los bancos como asociaciones o centros de acumulación y guarda monetaria, siendo los banqueros verdaderos profesionales y especialistas de la empresa hoy en día.

Respecto de los consumidores, el deber de cuidado es esencial para mantener el equilibrio entre las partes, así en el Capítulo 12 del CCyCN en su segundo parágrafo de la Sección Primera, se hace especial referencia a la relación jurídica que se genera entre ambos, mientras que, la segunda parte, hace referencia a las actividades propias como lo son la cuenta corriente, el depósito, préstamo y crédito, entre otros.

Los bancos ocupan el mercado por la realización de operatorias y contratos que le son propios, regulados a partir de Art. 1.378 y ss. CCyCN, operatorias que se encuentran bajo el régimen regulatorio del Banco Central de la Nación.

“El banquero es el principal beneficiado con la multiplicación del comercio y los

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

7. Ver Garrigues, Contratos Bancarios pág. 1.

8. Etcheverry, Derecho comercial y económico parte general pág. 14.

negocios”⁹, manifiesta Etcheberry, pero, primando siempre, la ley de defensa del consumidor.

Podemos observar la multiplicidad normativa que atraviesa dicha actividad, a su vez, nuevos negocios que orientan a un carácter de banca social se agregan a la agenda diaria, por ejemplo, la banca ética por la cual se financian proyectos medioambientales o de corte social, comprendiendo que, “invertir en medioambiente significa actualmente para los bancos, obtener nuevos clientes y mejorar las relaciones interpersonales.”¹⁰

No cabe duda de que el crédito originó y siempre ha sido, una actividad mercantil en donde la buena fe y la reciprocidad son parte esencial del contrato y se comprende que sea el caballito de batalla del baquero que inspira confianza y siendo su evolución, el correlato de la necesaria regulación normativa.

La organización bancaria se transforma en un subsistema que se positiviza en la ley de entidades financieras. Primeramente, se conecta con el derecho privado, luego con la ley común complementaria y por último se eleva por el sistema jurídico en pleno. Es decir que encontramos primero el subsistema bancario, dentro del sistema financiero que se encuentra controlado por el BCNA según ley 21.526 y a ello se suman sus normas reglamentarias.

Dentro del entramado, también encontramos normas penales que han creado nuevas figuras vinculadas estrechamente al sistema bancario, económico y empresarial por ejemplo la ley de subversión económica 25.602/02, ley de lavado de activos 26.686/11 y la ley 26.733 que tifica diversos delitos como el manejo ilícito de información privilegiada (*insider trading*), balances falsos, entre otros.

Otra arista es el cliente y la protección de sus datos que se rigen por la ley 25.326 art. 2 y ss., datos personales y sensibles bajo la Dirección Nacional de Datos Personales, Ley de tarjetas de Créditos y la prohibición de brindarles informes regulada en la ley 25.065 dejando entrever la conexión normativa que, desde las aristas del contador, el economista y el jurista complejiza aún más la creciente negociación y diversificación del instituto.

En resumen, el derecho bancario se trata de analizar y regular el *status* bancario, esto es, cómo se crean los bancos y entidades y cuál es su ejercicio con normas de carácter público y, por otra parte, las operaciones bancarias específicas desarrolladas dentro del desenvolvimiento de su rol profesional y para el logro de sus objetivos pecuniarios.

La figura del banquero

De las fuentes de conocimiento consultadas, podemos encontrar en Manuel García Garrido, 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 de monedas, y de los *coactores* en las subastas (Vid. Cap.

9. Etcheberry en Derecho del consumidor en la contratación bancaria Ed Astrea Bs As Pág. 11

10. ídem pág. 14.

II) que se van unificando en el ejercicio de la *mensa*. (Vid. Cap. III).”¹¹

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.¹²

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”¹³.

Polibio, al describir los últimos años del periodo republicano, se manifestaba en relación con el gran interés popular en la tenencia de acciones, sobre todo de acciones públicas.¹⁴

Dos son, básicamente, las actividades comúnmente afrontadas por los banqueros, la primera dar o recibir en préstamo, la segunda, garantizar asumiendo deudas ajenas.¹⁵ Es suficiente con la lectura y enumeración del D.2.13.6.3¹⁶.

En 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 conocida como *mensa argentaria*¹⁷ y sus diferentes aspectos y operatoria a través de la sociedad de banqueros como *societas argentariorum*,¹⁸ se consolida en su especie.

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.

Entre las concesiones efectuadas a los banqueros por parte de Justiniano, podemos

11. 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.

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

13. Carcopino, Jerome, *Daily Life in Ancient Rome*, Londres, 1956, Pág. 74.

14. “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.

15. 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.

16. 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

17. D.14.3.20. / D.14.3.19.1/ D.2.14.47.1

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

mentonar 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.

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 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, se irá 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.¹⁹

Se generan y regulan, previa casuística, 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 Roma²⁰. Los banqueros romanos solían ser de origen griego²¹ 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. 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 del tiempo, se organizan corporativamente, requiriendo su desempeño, una normativa jurídica especial como plena aplicación del aforismo aquí mencionado.

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.

Así el crédito, como una obligación nacida de la entrega de una cantidad de dinero que generaba el deber de posterior restitución fijaba para su incumplimiento, la reclamación que se encontraba jurídicamente protegida por la acción de la *condictio*.

En el caso del depósito, como el acuerdo de voluntades por el cual una persona deno-

19. Pág. 765, líneas 26 a 28.-

20. 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.

21. En Díaz Bautista, Estudios sobre la banca Bizantina, negocios Bancario en la legislación justiniana, 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.

minada depositante le entrega a otra, denominada depositario una cosa mueble, para que la guarde o custodie gratuitamente, y la devuelva ante el primer requerimiento o ante el vencimiento del plazo convenido.²²

Siendo 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.

Manifiesta Costa, “Es semejante al mutuo. Sin embargo, este depósito se celebra en interés del depositante, ya que este 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.”²³

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.”²⁴

Respecto al mutuo, 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 pudiendo pactarse intereses,²⁵ en un principio eran irrestrictos; por eso y, 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%²⁶ situación que se reafirma en el año 355 A.C. con la *Lex Duilia Maenenia*. Años después, en 347 a.C. y, por cuestiones sociales²⁷, un plebiscito reduce la tasa de interés a la mitad, posteriormente la *Lex Genucia* los prohíbe en el año 342 a.C.

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 situación del deudor.²⁸ Con Sila se determina que los intereses no pueden superar el 1% mensual, es decir, el 12% anual y Justiniano, luego los reduce aún más, 6%, aunque todo quedara supeditado al estudio del caso concreto.

Otras actividades conocidas fueron la asunción de deuda por el banquero. *Argentarii Receptum*, en beneficio de un acreedor al que le promete abonar el dinero adeudado por su cliente y puede poseer diferentes utilidades, como lo indica en su trabajo García Garrido, operaciones de caja, garantías personales para adquirir créditos, para gestionar la apertura de una cuenta de crédito y para efectuar cambios monetarios.²⁹ Transferencias. *Permutationes*.— como una red de banqueros, que, como corresponsales unos de otros y basados en la confianza mutua, efectuaban la transferencia abstracta de cada uno de

22. D.13.6.5.2.

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

24. D.42.5.24.2

25. Tito Livio 7.16.

26. Tabla 8.18

27. 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 obligatoria para la propia clase social que la originaba.

28. Gayo 4. 23. 53

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

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. Los banqueros, además, 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.³⁰

Lo que se debe resaltar es la protección por medio de acciones de cada una de las partes y, en particular, la protección del más débil como parte de la práctica cotidiana del sistema jurídico romano en torno a toda regulación de intereses, el límite usurario casi confiscatorio del derecho de propiedad de los consumidores y usuarios de la mensa.

Como reconocieron y compaginaron sus resoluciones identificando, dentro de la relación jurídica la disparidad de los sujetos intervinientes sin descuidar la práctica profesional y el funcionamiento de la mensa.

Protección del consumidor que recién receptada y positivizada en nuestra carta magna en la última reforma constitucional de 1994, como derecho de tercera generación y que requiere la incorporación y especialización normativa en la legislación que de ella se deriva como norma magna y fundante en leyes inferiores. Tal es el caso de la ley de protección del consumidor y las normas incorporadas recientemente a nuestro código unificado como basamentos o principios, como en el caso a estudio es el de la transparencia en la contratación bancaria.

A modo de conclusión

Es así como, evolutivamente, la innumerable presentación de casos ha 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 frente al vacío legal existente por estar allí, por ser sociales, por ser prácticos y pragmáticos pues, donde hay sociedad, hay derecho y donde hay derecho hay personas que se ocupan de crear normas jurídicas, aplicarlas y explicarlas y como dijera, humildemente, comprendo que la experiencia de vida occidental porta el velo de la esencia y, en especial, la esencia jurídica romana.

Bibliografía

Argüello, Luís. (1976). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires : Astrea.

Bonfante, P. (1959). *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid : Instituto Editorial Reus.

30 D.34.3.28.8/ D.16.3.7.2.

Carcopino, J. (1956). *Daily life in ancient Rome*. London : George Routledge And Sons Ltd.

Corpus Iuris Civilis.

Costa J. C. (2007). *Manual de Derecho Romano público y privado*. Buenos Aires : Lexis Nexis.

Costa, J. C. (1998). *El negocio jurídico en Roma : influencia en el derecho argentino*. Buenos Aires : Estudio.

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, J. C. (1997). *El derecho de familia y de las personas en Roma*. Buenos Aires : Estudio.

D'Ors. (1964). Documentos y notarios en el Derecho Romano postclásico. En: *Centenario de la Ley de Notariado*.

Di Pietro, A. (2004). *Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el Derecho Romano*. Buenos Aires : Ábaco.

Díaz, Bautista. (2012). *Estudios sobre la banca bizantina : negocios bancarios en la legislación*. Murcia : Justiniana. URL: www.interclassica.um.es

García Garrido, M. J. (2001). *El comercio, los negocios jurídicos y las finanzas en el mundo romano*. Madrid : Fundación de Estudios Romanos.

García, R. G. (2007). *Fundamentos del derecho*. Buenos Aires : Parábola.

Gayo 4. 23. 53

Gayo 4. 23. 53

Iglesias, Juan. (1965). *Derecho Romano : instituciones de derecho privado*. Buenos Aires : Ariel.

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

Ponssa de la Vega de Miguens, N. (1979). *Manual de historia del Derecho Romano*. Buenos Aires : LEA.