

LA RESPONSABILIDAD DEL BANQUERO POR LOS DEPÓSITOS DE LOS CLIENTES. UNA REFLEXIÓN DESDE LAS FUENTES ROMANAS

ALFONSO MURILLO VILLAR
Universidad de Burgos

Pasará el tiempo y la sociedad cometerá los mismos errores. Roma y su historia son un banco de pruebas inexorable en el que siempre podremos apreciar las miserias humanas. Han pasado veinticinco siglos desde que en Roma existen las monedas acuñadas, el dinero como medio legal de pago; con la presencia del dinero el comercio se desarrolla y para ello se requiere de crédito¹, actividad básicamente ejercida por los banqueros. El banquero es un comerciante dedicado al tráfico de dinero y su actividad se plasma en la realización de múltiples operaciones de préstamo y garantía, que versan sobre una mercancía absolutamente fungible, y que se toma exclusivamente en función de su valor². Por ello, el negocio bancario fundamental ha sido siempre captar dinero de los clientes para prestarlo a interés, lucrándose el banquero entre lo que ofrece por los depósitos a sus clientes y lo que cobra a los terceros por la disponibilidad crediticia. Así ha funcionado el crédito desde que el mundo es mundo³.

En este trabajo no se pretende comparar la banca actual con la romana, no son comparables ni por sus dimensiones ni por su complejidad, pero sí coincide una dramática realidad en ambos momentos de la historia, y es que los bancos quiebran. Se sabe que la bancarrota⁴ de pequeños negocios bancarios debió de ser frecuente en Roma, pues las imposiciones solían ser a la vista y a finales del s. II d.C. aún no existían normas que exigiesen a la banca disponer de reservas para hacer frente a situaciones imprevistas⁵. Es verdad que la posición

1 Vid. GIUFFRÈ, V., *Mercato e credito di danaro en Il bisogno del diritto. Momenti dell'esperienza romanistica*, Napoli, 2007, 77 ss.

2 DÍAZ BAUTISTA, A., *Estudios sobre la banca bizantina (Negocios bancarios en la legislación de Justiniano)*, Murcia, 1987, 13.

3 TORRENT, A., *Turbulencias financieras en época de Cómodo: la quiebra de la banca de Calisto*, en AUPA (Annali dei Seminario Giuridico dell'Università degli Studi di Palermo), LVI, 2013.

4 La palabra bancarrota viene del italiano del siglo XVI "*Banca Rotta*", literalmente "banca rota", por la antigua costumbre de Italia de romper las sillas de los prestamistas que caían en insolvencia financiera.

5 BOGAERT, R., *Banques et banquiers dans les cités grecques*, Leiden, 1968, 391 ss.

social de los *argentarii*⁶ romanos era muy diferente de la de los banqueros de hoy⁷, pero lo que no ha cambiado es que la relación cliente banquero sigue basándose en la confianza. La banca de todos los tiempos ha sido un negocio basado en la confianza en sus gestores. Por ello, Ulpiano menciona la *fides publica* en D.42,5,24,2 (*Ulp. 63 ad. ed.*), Gayo dice en D.2,13,10,1 (*Gai. 1 ad ed. prov.*) que la actividad de los *argentarii* tiene una estrecha relación con la vida pública, y Papiniano en D.16,3,8 (*Pap. 9 quaest.*) afirma que su trabajo era indispensable en los negocios⁸. En definitiva, como inspiraban confianza los clientes confiaban en ellos. La alusión a la fe pública sobre los bancos, es una manifestación evidente de que la finalidad económica que pretenden los que entregan el dinero es tenerlo en un lugar seguro⁹. En Roma, al igual que hoy¹⁰, la función del depósito bancario fue tanto financiera como de conservación. Es decir, el depositante siente la necesidad de conservar una suma de dinero con más seguridad de la que él mismo puede ofrecerse. Y a quién mejor para encomendárselo que a quien te inspira confianza: un banco, de ahí que en los supuestos de insolvencia o quiebra el depositario banquero deba responder con todo su patrimonio pues frustró las legítimas aspiraciones del depositante.

Hoy nadie pone en duda que también la relación con la banca se basa en la confianza que inspiran sus gestores, pero a veces esa confianza es traicionada y el sistema es puesto en cuestión. Lo que ha ocurrido en los últimos años en España y anteriormente a partir de 2007 en Estados Unidos con la quiebra de Lehman Brothers, está llevando a la sociedad a reaccionar y a buscar mecanismos de seguridad jurídica que eviten la repetición de tan grandes errores. Como ya se ha apuntado, no se puede olvidar que la banca en todos los tiempos es ante todo un negocio de confianza: los ahorradores e inversores confían en que los banqueros conocen bien el negocio y ejercitan una correcta administración de los recursos ajenos con la esperanza de obtener rendimientos satisfactorios de las cantidades confiadas, y, por supuesto, su devolución cuando las reclame el cliente o a la extinción del contrato¹¹.

Con los últimos acontecimientos de quiebras, fusiones, absorciones, impagos, preferentes, etc., de bancos y cajas de ahorros, la banca en su conjunto ha sufrido un gran desprestigio social y una pérdida casi absoluta de confianza. La percepción ciudadana es que se trata de un sector que los poderes públicos controlan poco, y en el que se permiten remuneraciones muy generosas y grandes privilegios, y que en caso de peligro inminente el Estado sale en su auxilio con dinero público de todos los contribuyentes para evitar un

6 En la antigua Roma existieron diferentes tipos de banqueros. Además del *argentarius* (banquero privado), también hubo banqueros públicos (*mensarius, nummularius, mensularius, trapezita*, incluso el *argentarius coactor*). Todos ellos reflejan la gran variedad de actividades bancarias existentes: cambistas, probadores de monedas, intermediarios en subastas, recaudadores, etc. Vid. ANDREAU, J., *La vie financière dans le monde romain: les métiers de manieurs d'argent (IVe. siècle av. J.C. – IIIe. siècle ap. J.C.)*, Roma, 1987. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A. M^a., *El receptum argentarii en el derecho romano clásico. Una propuesta de análisis*, Madrid, 2004, 56 ss.

7 Vid. CHURRÚCA, J. de, Die Gerichtsbarkeit des praefectus urbi über die argentarii im klassischen römischen Recht, ZSS, 108, 1991, 307.

8 Vid. GARCÍA GARRIDO, J. M., La sociedad de los banqueros (societas argentaria), en Studi in onore de A. Biscardi III, Milano, 1982, 375. También en Miscelanea romanística, v.II, Madrid, 2006, 571.

9 VALMAÑA, A., El depósito irregular en la jurisprudencia romana, Madrid, 1996, 115.

10 MADRAZO LEAL, J., *El depósito bancario a la vista*, Madrid, 2001, 25 ss.

11 TORRENT, Turbulencias financieras en época de Cómodo: la quiebra de la banca de Calisto, cit., 189.

caos en el sistema de pagos. Ni que decir que todo ello ha generado una enorme desafección social hacia el sector bancario, con el inconveniente de que no hay economía que funcione si no lo hace la banca y el sistema de pagos¹².

En definitiva, nada nuevo. Críticas a los banqueros y a los bancos ha habido siempre¹³, lo de ahora no es nada inédito. Se incrementarán los controles y aumentará la legislación para evitar que vuelva a suceder, pero ya sucedió en Roma, después de Roma¹⁴, y pasados unos cuantos años, no sé si siglos, se repetirá la misma historia. La ingeniería financiera llevará a cometer los mismos errores, la confianza será defraudada por la avaricia, la prudencia por el descontrol, y así la sociedad volverá a cometer las mismas equivocaciones. Sirva de ejemplo una famosa comedia de Plauto¹⁵ (254-184 a.C.), *Curculio*¹⁶, en donde se retrata a un usurero y avaro mercader de esclavos que está convencido de que el mejor método de enriquecerse es exigir imperiosamente las deudas de los demás, pero no devolver a nadie el dinero confiado; a tal propósito se dice lo siguiente: “El pueblo ha aprobado contra vosotros (los banqueros) infinidad de leyes, pero tan pronto como han sido votadas han sido violadas: siempre encontraréis una escapatoria. Para vosotros la ley es como el agua hirviendo: enseguida se enfría”¹⁷.

Son muy pocos los textos jurídicos que nos hablan de la quiebra de un banquero en Roma¹⁸: D.16,3,7,2-3 (*Ulp. 30 ad ed.*), D.16,3,8 (*Pap. 9 quaest.*) y D.42,5,24,2 (*Ulp. 63 ad ed.*). Además, entre ellos, como seguidamente veremos, existen evidentes contradicciones que hacen sospechar de su manipulación bizantina, aunque no se alcanza bien a saber por qué dicen cosas contrarias, pues incluso podrían llegar a conciliarse, como finalmente se propondrá. Los autores de estos textos, Papiniano y Ulpiano, juristas de la época de los Severos, de finales s.II comienzos s.III d.C., necesariamente tuvieron que tener conocimiento de la quiebra de un negocio de banca del esclavo cristiano Calisto, futuro Papa San Calisto (217-222 d.C.). Sucedieron los hechos en tiempos de Cómodo (180-192 d.C.) entre el 185 y 190 d.C. y la información se recoge en la obra “*Refutatio omnium haeresium*” (Refutación de todas las herejías), escrito en griego y atribuido tradicionalmente a Hipólito de Roma. El texto contiene muchos puntos de interés, actividades financieras de los cristianos, con-

12 Vid., muy interesante, BARRÓN ARNICHES, I. de, *El hundimiento de la banca. Crónica de cómo gestores, supervisores y políticos provocaron la mayor crisis en la historia del sistema financiero español*, Madrid, 2012.

13 PEÑALVER, M.A., *La banca en Roma*, Madrid, 1994, 34 ss.

14 Vid. OBARRIO MORENO, J.A., *La quiebra y el concurso de acreedores en derecho medieval español*, *Revista Jurídica del Notariado*, 82, 2012, 323 ss.

15 Vid. COSTA, E., *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, Torino, 1890 (ed. anastatica, Roma, 1968), 305 ss.

16 Cfr. ÁLVAREZ, M.B., - ALONSOPÉREZ, G.M., *Un perfil de los banqueros a la luz de la comedia plautina y de la crisis económica argentina del siglo XXI*, en *El derecho comercial, de Roma al Derecho moderno I*, Las Palmas de Gran Canaria, 2007, 101 ss.

17 *Curculio* IV,2,23.- “Rogitationes plurimas propter vos populus scivit, Quas vos rogatas rumpitis; aliquam reperitis rimam; Quasi aquam ferventem frigidam esse ita vos putatis leges”.

18 Un supuesto extraído de fuentes literarias puede verse en TORRENT, *Turbulencias financieras en época de Cómodo: la quiebra de la banca de Calisto*, cit., 182 ss. Sobre los *argentarii* en general en los textos literarios y jurídicos, ANDREAU, *La vie financière dans le monde romain: les métiers de manieurs d'argent (IVe. siècle av. J.C. - IIIe. siècle ap. J.C.)*, cit., 61 ss.

secuencias de la bancarrota, y otros que para nuestros objetivos son menos trascendentes. Asimismo, se ha estudiado desde muchos puntos de vista, y el análisis más reciente lo ha realizado Torrent¹⁹ quien afirma que le pasó a Calisto lo mismo que ha ocurrido en España, y sobre todo en los Estados Unidos a partir del 2007. La quiebra de Calisto se debió a no poder recobrar ni el capital ni los intereses debidos de quienes habían recibido créditos de su banca. Estaríamos ante una quiebra fraudulenta que a juicio de Torrent más que por dolo de Calisto se debió a que éste no pudo o no supo calcular el riesgo de los créditos concedidos con el dinero de sus clientes, no teniendo su banca capital propio para en caso de créditos fallidos poder devolver su capital a los depositantes ni reservas para provisionar la eventual morosidad de los prestatarios.

El banquero Calisto daba la apariencia de actuar por cuenta de Carpóforo (persona de intachable reputación, liberto de la casa imperial, quizá de Marco Aurelio) o al menos los clientes confiaban su dinero a Calisto debido a su cercanía a Carpóforo, actuando Calisto como gestor de un negocio de banca que recibía depósitos de sus clientes, mayoritariamente cristianos, a los que defraudó malgastando o invirtiendo negligentemente el dinero confiado, hasta el punto de no poder devolver ni el capital ni los intereses debidos a sus acreedores. Antiguamente, la no devolución del depósito era un hecho particularmente reprobable para los cristianos²⁰; Plinio *Ep.* 10,96,7 nos informa que cuidaban mucho su devolución, y el cristiano Hipólito dirige su anatema contra Calisto por haber defraudado a viudas y huérfanos que habían confiado su dinero a Calisto por su presencia cercana a Carpóforo (*Ref.* 9,12,1,6). Además, era una actuación especialmente reprehensible sancionada mediante el ejercicio de la *actio depositi* que implicaba *infamia*, según afirman Juliano D. 3,2,1 (*1 ad ed.*) y Gayo 4,182. El fraude a los depositantes en el Mundo Antiguo se entendía como un ataque brutal a la *fides* negocial. Los depositantes podían exigir la devolución del dinero confiado al banquero interponiendo la *actio depositi*, que como es sabido tenía una doble formulación pretoria y civil, lo que prueba su primera reprobación y consiguiente instrumentación procesal en el ámbito del *ius honorarium*.

Los banqueros por su profesión eran un interés público, al igual que hoy, lo que, sin embargo, no impide calificarlos como un mal necesario. Cuando un banquero no puede hacer frente a la totalidad de sus pasivos se dice que quiebra. En ese caso se procede a la ejecución de su patrimonio, normalmente a través de un concurso pues se presume la existencia de varios acreedores; se suele vender el patrimonio entero del deudor, *venditio bonorum*²¹, es decir, a través de un procedimiento ordinario, pues hasta donde sabemos no había un procedimiento específico para los banqueros, si bien del análisis de los textos puede inferirse cómo se introducían algunas cautelas particulares dirigidas a salvaguardar a determinados clientes del banquero quebrado frente a los demás. Para Petrucci²² la crisis

19 TORRENT, Turbulencias financieras en época de Cómodo: la quiebra de la banca de Calisto, cit., 184.

20 CHURRUCA, J de, La quiebra de la banca del cristiano Calisto (ca. 185-190), en SCDR 3 (1992), 61-86, recogido en Cristianismo y mundo romano. Colección de artículos sobre este tema, con presentación de R. MENTXAKA, Bilbao, 1998, 553.

21 Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, M^a del P., La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en derecho romano clásico, Madrid, 2000.

22 CERAMI, P., DI PORTO, A., PETRUCCI, A., *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, 2^a ed., Torino, 2004, 197.

de una empresa bancaria no está regulada por ningún procedimiento especial, sino por el procedimiento concursal común de la *bonorum venditio*, en el cual se introducían una serie de cautelas para salvaguardar la condición de algunas categorías de clientes.

Un proceso de bancarrota, en teoría, sirve para decidir quién cobra qué y cuánto. De acuerdo a las fuentes, las distintas operaciones bancarias pueden resultar muy variadas: desde depósitos abiertos y cerrados de dinero, hasta mutuos con interés, préstamos garantizados con prendas, promesas de pagos o pagos por encargo de un cliente, novaciones de créditos, intermediaciones en subastas, etc. Centrándonos en los depósitos efectuados por un banquero se observa que estos pueden ser regulares, es decir, aquellos en los que se busca la guarda y custodia de dinero en arcas o saquitos cerrados, de tal suerte que la restitución se efectuaba con el mismo objeto confiado; no obstante, desde comienzos del principado se empezó con la práctica de autorizar al banquero el uso de las sumas de dinero depositado, pero con la obligación de restituir otro tanto (*tantumdem*), e incluso la posibilidad de pagar intereses por usarlo (*usurae*). De ello se infiere que un depósito bancario encerraba tres posibilidades básicas: depósito regular, depósito irregular con intereses y depósito irregular sin intereses²³.

A su vez, el depósito irregular tiene elementos del depósito y del mutuo²⁴. Es un contrato que generalmente tiene por objeto cosas genéricas o numerario: es el moderno depósito bancario. Los juristas romanos tomaron esta institución de las prácticas de los banqueros griegos, probablemente a principios del s. II a.C. Al igual que hoy, los juristas han considerado esta operación, unas veces como un mutuo (D.16,3,26,1 y D.16,3,1,34) y otras veces como un depósito (D.16,3,24)²⁵. Ciertamente que la opinión de considerarlo un depósito es la que terminó triunfando; sin embargo, el depósito irregular se aproxima al préstamo cuando el depositario concede un interés al depositante.

Para los que defienden la inexistencia de un depósito irregular en época clásica (plenamente aceptado en la justiniana), la utilización del dinero depositado por el banquero sólo podía instrumentarse mediante un contrato de préstamo o *mutuum*. Pero desde que el mundo es mundo el préstamo de dinero -salvo *interfamiliares* o *inter amicos*- nunca ha sido gratuito; por supuesto no lo fue en Roma. Está documentado que la vida económica de Roma lanzada desde el s. II a. C. a una gran expansión comercial, requería préstamos de financiación que lógicamente devengaban intereses (*usurae*)²⁶.

Conocemos tres textos del Digesto sobre los que se ha vertido mucha literatura, y aunque aparentemente exponen ideas contradictorias, sin embargo es posible su conciliación. Los tres abordan la quiebra de un banquero y las consecuencias para los depositantes que le habían confiado su dinero.

23 Vid. SORIANO, C., Banca, navegación y otras empresas en el derecho romano, México, 2007, 49.

24 Vid. VALMAÑA, El depósito irregular en la jurisprudencia romana, cit.

25 OURLIAC, P., - DE MALAFOSSE, J., *Derecho romano y francés histórico I. Derecho de obligaciones*, (trad. esp.), Barcelona, 1960, 415.

26 PETRUCCI, A., Prime riflessioni su banca ed interessi nell'esperienza romana, en *L'usura ieri ed oggi* (Convegno, Foggia, 7-8 aprile 1995), Bari, 1997, 64 ss.

Comenzaremos por el estudio de D.16,3,7,2-3 (*Ulp. 30 ad ed.*).

D.16,3,7,2 (*Ulp. 30 ad ed.*).- *Quotiens foro cedunt nummularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est eorum qui depositas pecunias habuerunt, non quas faenore apud nummularios vel cum nummulariis vel per ipsos exercebant; et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur, dummodo eorum, qui vel postea usuras acceperunt ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito.*

D.16,3,7,3 (*Ulp. 30 ad ed.*).- *Item quaeritur, utrum ordo spectetur eorum qui deposuerunt an vero simul omnium depositariorum ratio habeatur. Et constat simul admittendos: hoc enim rescripto principali significatur.*

Para Ulpiano, párrafo 2, cuando los banqueros se declaran en quiebra, se suele tener en cuenta, ante todo, a los depositantes, es decir, a los que tuvieran cantidades entregadas en depósito, distinguiéndolos claramente de aquellos que hubieran prestado su dinero a los banqueros a cambio de intereses a modo de inversión. Asimismo, nos informa que cuando los bienes del banquero quebrado son vendidos en conjunto, sobre el dinero obtenido con la venta a los depositantes se les reconocía una posición preferente incluso respecto de los acreedores privilegiados. Por consiguiente, si se hubieran vendido los bienes, tendrán preferencia los depósitos sobre los créditos privilegiados, de tal modo que no se tengan en cuenta aquellos dineros que devengaron intereses aunque se hubieran pactado posteriormente, ya que es como si hubiera renunciado al depósito. Es decir, cuando se pacta la remuneración de determinados intereses se presupone que se renuncia al depósito.

Seguidamente, en el párrafo 3, se responde a la pregunta de si deberá establecerse un orden de prelación de los depositantes en orden a cobrar con preferencia, o si se deben considerar a todos los depósitos a la vez (*an vero simul omnium depositariorum ratio habeatur*). La respuesta es que han de ser admitidos simultáneamente todos los créditos, pues así se dispone en un rescripto imperial. Se observa, pues, que cuando un banquero quiebra, es decir, no puede hacer frente a la totalidad de sus pasivos, se procede a la ejecución patrimonial, normalmente a través de un concurso pues generalmente existen varios acreedores. Lo habitual es que se proceda a una *bonorum venditio* de todo el patrimonio del deudor, de donde se infiere que no había un procedimiento de ejecución específico para los banqueros.

De los dos fragmentos anteriores se deduce la clara diferencia que existe entre quienes habían efectuado un depósito al banquero recibiendo a cambio interés de aquellos que no habían pactado intereses. Ante tal situación, Ulpiano mantiene que los depositantes que no habían percibido intereses ocupan una posición preeminente incluso frente a los acreedores privilegiados. Además, precisa que entre aquellos que no recibieran intereses no hay distinción y todos concurrirán en igualdad de condiciones sin que entre ellos haya diferencias por *razón de tiempo*. Todos son admitidos simultáneamente.

Por si ello no fuera suficiente, Papiniano, en un texto que los compiladores concatenaron al anterior, nos precisa aún más la concurrencia entre iguales frente a la ejecución patrimonial del banquero quebrado.

D.16,3,8 (Pap. 9 quaest.)- Quod privilegium exercetur non in ea tantum quantitate, quae in bonis argentarii ex pecunia deposita reperta est, sed in omnibus fraudatoris facultatibus; idque propter necessarium usum argentariorum ex utilitate publica receptum est. Plane sumptus causa, qui necessarie factus est, semper praecedit: nam deducto eo bonorum calculus subduci solet.

Dice Papiniano en este texto que aquellos depositantes que tienen una posición privilegiada por no recibir intereses, ésta se ejercerá no sólo sobre la cuantía que resulte del dinero depositado que se encontró en el patrimonio del banquero, sino sobre todos los bienes del defraudador; tal planteamiento lo justifica el jurista en la necesidad de la existencia de banqueros por razón de la especial utilidad pública de la profesión que ejercen. Claro que siempre es preferente el crédito para impensas necesarias (del refaccionario), ya que el cálculo de los bienes suele hacerse una vez deducido aquel.

La ejecución de los créditos de los acreedores defraudados será sobre todos los bienes del deudor (banquero). Por lo tanto, el privilegio del que gozan los acreedores, si se puede hablar de privilegio en tales circunstancias, no se reduce únicamente al dinero depositado que se encuentre en el patrimonio del banquero. Se extenderá a todos los bienes por defraudador, *sed in omnibus fraudatoris facultatibus*. Ulpiano define al banquero quebrado como *fraudator*, calificativo que conlleva un comportamiento condenable por cuanto ha traicionado la relación de confianza que habían depositado en él los clientes. En definitiva, como bien dice Salazar Revuelta²⁷, “el empleo del calificativo “defraudador” viene a denotar la ruptura de la confianza con sus clientes de la parte más fuerte en la relación financiera y justifica, así, que la responsabilidad se extienda a todo su patrimonio. Dicha confianza se entiende por la utilidad pública que trae consigo el negocio de la banca, esto es, por la necesidad de recurrir a ella para asegurar el propio dinero y en el carácter de servicio público de ésta”.

Pero esta explicación, no carente de lógica y ciertamente coherente, se contradice con la adjudicada al mismo jurista Ulpiano en el siguiente texto.

D.42,5,24,2 (Ulp. 63 ad ed.)- In bonis mensularii vendundis post privilegia potioerem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. Sed enim qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt, a ceteris creditoribus non separantur; et merito: aliud est enim credere, aliud deponere. Si tamen nummi exstent, vindicari eos posse puto a depositariis et futurum eum qui vindicat ante privilegia.

Dice así, cuando se produce la enajenación total de los bienes de un banquero quebrado, los que depositaron dinero en el banco llevados por la confianza que suele otorgarse públicamente al mismo tienen derecho a ver satisfechos sus créditos después de los créditos privilegiados. Continúa informando que los que cobraron intereses por las

²⁷ SALAZAR REVUELTA, M^a., El deber de información, transparencia y responsabilidad ante los depósitos de los clientes por parte de la banca: precedentes romanos, RIDROM, (www.ridrom.uclm.es), 11-2013, 133.

cantidades depositadas en el banco no se distinguen de los otros acreedores; y con razón, dice el jurista, porque una cosa es prestar y otra depositar (*aliud est enim credere, aliud deponere*)²⁸; ahora bien, si subsisten las monedas depositadas, podrán reivindicarlas los depositantes, según Ulpiano, y entonces el que las reivindica tendrá preferencia sobre los acreedores privilegiados.

En este texto se invierten, frente a lo plasmado en D.16,3,7,2-3 y 8, las facultades de preferencia de cobro del depositante sobre el patrimonio ejecutado del banquero quebrado. Ahora, según D.42,5,24,2, se establece que 1) cuando existen en el patrimonio del concursado las monedas depositadas, los depositantes las podrán reivindicar con preferencia a los acreedores privilegiados; 2) si no existen, los depositantes tendrán preferencia una vez que hayan visto satisfechos sus créditos los acreedores privilegiados, y 3) en caso de depósitos irregulares con interés, los depositantes no tienen ningún privilegio sobre los demás acreedores.

Llama la atención la contradicción de ambos textos (D.16,3,7,2-3 y D.42,5,24,2)²⁹, del mismo jurista, Ulpiano y de la misma obra, Comentarios al Edicto, y con respuestas absolutamente contradictorias. Igualmente, sorprende la posición que ocupan los depositantes que no reciben intereses cuando se produce el concurso de acreedores en los supuestos de quiebra de un banquero. Mientras en D.16,3,7,2 a los depositantes se les presenta como acreedores preferentes incluso frente a los acreedores privilegiados, por el contrario en D.42,5,24,2 se sostiene lo contrario. No entraremos ahora en ver cual de los dos está alterado por los compiladores justinianos, pero los intentos por explicar la aparente contradicción han sido muchos y con acusaciones hipercríticas de interpolacionismo³⁰ que creo ya están más que superadas. Para Litewski el fragmento D.42,5,24,2 está sin lugar a dudas mejor conservado, tanto desde el punto de vista lingüístico como sustancial³¹.

La doctrina ha tratado de buscar todo tipo de justificaciones para explicar las opiniones contrarias del jurista, y para ello se han esgrimido diferentes argumentos, varios de los cuales se exponen y rebaten por Herrero Chico³² y cuya reproducción omitimos. Se quiere sustentar la antinomia en que el privilegio existe cuando el dinero está en la caja del banquero pero no cuando no está. También se ha querido basar en la distinción entre el carácter público del *mensularius* y el privado del *argentarius* o *nummularius*. Incluso en una interpretación inadmisibles, a juicio de Herrero Chico, de la palabra *depositarii* de D.16,3,7. Asimismo, se ha sustentado la diferencia de criterio en la existencia de dolo o fraude en la quiebra y no en el simple concurso. Igualmente, se quiere distinguir según los depósitos sean regulares o irregulares³³.

28 Vid. PANERO, R., *Deponere y reddere en la actio depositi in factum*, Barcelona, 1989, 28 n.38.

29 Cfr. SCOTTI, F., *Il deposito nel diritto romano. Testi con traduzione italiana e commento*, Torino, 2008, 56 ss., especialmente las notas, y 130.

30 Vid. Index Interpolationum I, 273 ss. y III, 245. Cfr. BONIFACIO, F., *Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano*, BIDR, 49-50, 1948, 148 ss.

31 LITEWSKI, W., *Le dépôt irrégulier II*, RIDA, 22, 1975, 287 ss.

32 HERRERO CHICO, R., *Argentarii. Estudios sobre el régimen jurídico de la banca en Roma*, Granada, 1978, 37 ss.

33 Vid. SALAZAR REVUELTA, *El deber de información, transparencia y responsabilidad*, cit., RIDROM, (www.ridrom.uclm.es), 11-2013, 138 ss.

En un estudio reciente, Pérez Álvarez defiende que es preciso distinguir el ejercicio de la *actio depositi* en dos supuestos diferentes, en primer lugar, para el caso en que se produzca la *datio rei* de una suma de dinero con la obligación por parte del depositario de devolver *tantumdem*, y, en segundo lugar, para el caso de los depositantes ordinarios que sufren un *furtum usus*³⁴ por parte del banquero. Según la Autora española, “para el jurista clásico el carácter de gratuidad es un elemento esencial del contrato de depósito y es posible que ante el depósito de dinero *ut tantumdem redderetur* pero sin fijación de intereses, el jurista concediera la *actio depositi* como si de un contrato de depósito puro y simple se tratase, sin que las consecuencias derivadas de la *datio pecunia* ... fueran suficientes para desnaturalizar esta figura; solo cuando posteriormente se concedió la *actio depositi* para pedir la devolución de las usuras se dio un paso más, apareciendo una figura intermedia entre el contrato de depósito y el mutuo”³⁵.

Es difícil aceptar la existencia de una figura intermedia de contrato entre el depósito y el mutuo, y que además tuviera como protección la *actio depositi*; de ser cierto no se explica su escaso o nulo eco posterior. Sin embargo, y sin forzar ni los textos ni las figuras contractuales, cada vez existe más literatura que tiende a conciliar ambos textos. Así, Petrucci³⁶, los retiene conciliables partiendo de las diferentes ópticas con las que el jurista Ulpiano afronta el problema de la ejecución de los bienes del banquero en el libro 30 o en el libro 63 de sus Comentarios al Edicto. En D.16,3,7,2 donde se comenta la *actio depositi*, las mayores preocupaciones de Ulpiano debieron ser las de diferenciar en el ámbito jurídico el contrato de depósito abierto de una suma de dinero de aquellas inversiones y especulaciones del banquero realizadas por cuenta del cliente, reconociendo a los depositantes una prioridad en el concurso de acreedores, y precisando que la aceptación, incluso con posterioridad, de intereses sobre la suma depositada debía de considerarse como una renuncia al depósito, con la consiguiente pérdida del derecho a ver satisfechos los créditos propios frente a los créditos privilegiados. En definitiva, dice Petrucci, al jurista no le interesaba tanto fijar con exactitud en aquel momento la posición de los depositantes frente a los acreedores privilegiados como excluir de la prelación a aquellos depositantes que comúnmente hubieran recibido intereses de la suma obtenida de la ejecución de la masa del banquero. Por consiguiente, el orden establecido en este fragmento es secundario.

Por el contrario, continúa Petrucci, en D.42,5,24,2 el jurista al tratar de forma específica la parte del edicto que se dedica a los acreedores privilegiados cuando se produce la venta de todos los bienes del banquero que ha quebrado, está muy atento a recoger con exactitud el orden de los depositantes en el concurso de acreedores, dando una prioridad absoluta, incluso antes que a los acreedores privilegiados, a aquellos que habían efectuado depósitos cerrados de dinero, colocando seguidamente a los acreedores privilegiados, y equiparando

34 Sobre el *furtum usus* y el ejercicio de la *actio furti* en concurso con la *actio depositi*, BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare*, cit., 150. En contra, LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier II*, cit., 290 ss.

35 PÉREZ ÁLVAREZ, M^a del P., El privilegio de los depositantes sobre el patrimonio del banquero en derecho romano clásico, en Estudios de derecho romano en Memoria de B. M^a Reimundo Yanes II, Burgos, 2000, 227, y en *La bonorum venditio*, cit., 364 ss.

36 PETRUCCI, A., *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo a.C. – metà del III secolo d.C.)*, Napoli, 1991, 208 ss. También en CERAMI, DI PORTO, PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, cit, 196 ss.

a todos los otros acreedores chirografiarios que también percibían intereses de la suma depositada. En definitiva, Petrucci mantiene la validez de todos los textos, justificando su no alteración en que varía el objetivo del jurista al comentar el edicto, es decir, que no es necesario concluir que D.16,3,7,2-3 y 8 están interpolados para resaltar la vigencia y exactitud de contenido de D.42,5,24,2, y que en este fragmento se desciende hasta el último detalle.

El romanista italiano concluye del análisis conjunto de ambos textos, que el objetivo de Ulpiano era individualizar un grado de protección jurídica diferente en atención a las circunstancias de los acreedores (clientes) cuando quebraba un banco. Se protegía a los ahorradores frente a los especuladores y ese proceso queda reflejado en las propias expresiones de los textos: *solet* (se suele) en D.16,3,7,2; *placuit*, (se acepta, parece bien) en D.42,5,24,2; *receptum est* (ha sido recibido) en D.16,3,8 y *rescripto principali significatur* (ha sido establecido en un rescripto imperial) en D.16,3,7,3. Lo que si es cierto, opinión a la que me adhiero, es que si el derecho persigue el trato equitativo y justo cuando se produce la quiebra de un banco, la posición de los acreedores a la hora de ver satisfechos sus créditos tiene que ser diferente y no pueden aparecer en igualdad de condiciones, es necesario un orden de prelación de créditos, de ahí que bien debido a la práctica interpretativa, bien a la decisión puntual de un jurista o de la cancillería imperial se fuera dando solución a todos aquellos problemas que iban surgiendo en la sociedad.

En conclusión, es verosímil la diferencia de tres grados: uno de protección absoluta para la situación de aquellos clientes que hubieran concluido con el banquero un contrato de depósito cerrado o regular, es decir, sin cobro de intereses a cambio, razón por la cual se les atribuía un derecho preferente frente a todos los demás acreedores. Un segundo grado de posición preferente, la de aquellos acreedores que con posterioridad a los acreedores privilegiados hubieran concluido un contrato de depósito abierto o irregular, y una tercera posición paritaria para todos aquellos depositantes chirografiarios que hubieran depositado una suma de dinero abierto y hubieran pactado con el banquero, incluso con posterioridad, la percepción de intereses y para cuantos ya desde el comienzo quisieran especular a través del banco³⁷.

También García Garrido³⁸ entiende que los textos son conciliables y que la contradicción es más aparente que real. Dice que el texto de Ulpiano, D.16,3,7,2, quizás abreviado por los compiladores, se completa con D.42,5,24,2. El romanista español compaginando el estudio de ambos textos propone el siguiente orden de prelación en la ejecución del patrimonio del banquero quebrado. 1.- Cuando existan las monedas depositadas en la caja del banquero los depositantes tienen preferencia sobre todos los acreedores, incluso los privilegiados, ya que pueden reivindicar las monedas. 2.- Cuando el depósito sea irregular pero sin interés y el banquero haya invertido las sumas depositadas, todo su patrimonio responde primero ante los acreedores privilegiados y después ante los depositantes que tienen preferencia sobre los demás acreedores y 3.- Cuando se trate de un depósito irregular o de un préstamo con interés, los depositantes reclamarán con los demás acreedores y no existirá ningún privilegio a favor de ellos. Ciertamente, con leves matices, este orden de prelación coincide con

37 CERAMI, DI PORTO, PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, cit., *ibidem*.

38 GARCÍA GARRIDO, *La sociedad de los banqueros (Societas argentaria)*, en *Studi in onore di A. Biscardi III*, cit., 382; en *Miscelánea romanística*, vol II, 576 ss.

la gradación propuesta por Petrucci de protección absoluta, preferente y paritaria siempre que los acreedores pretendan ejecutar su derecho de reembolso sobre todo el patrimonio del banquero, asunto este último sobre el que la coincidencia doctrinal es absoluta.

Existen tantas diferencias en el ámbito de la actividad financiera entre Roma y la actualidad, que una comparativa de conjunto no soportaría la más mínima crítica. Sin embargo, en ambos periodos históricos se observa la necesaria existencia de entidades que prestan el dinero previamente captado del público, que llevan aparejada la obligación de restitución, y que en el ínterin se ha prestado a terceros en forma de créditos u otras operaciones de naturaleza análoga. Es decir, entidades cuya función principal es intermediar en la concesión de créditos. El objetivo de este trabajo, como al inicio se indicó, es reflejar las posibles consecuencias que acarrearán la insolvencia o quiebra del depositario cuando no puede hacer frente a la devolución del capital que recibió. Ceñiremos el comentario a aquellas entidades de crédito³⁹ en sentido estricto: los bancos, las cajas de ahorro y las cooperativas de crédito, soslayando todas aquellas otras empresas o personas jurídicas que también emiten medios de pago en forma de dinero electrónico.

Dada la práctica desaparición actual de las cajas de ahorro y su transformación por fusión o absorción en bancos, constituidos necesariamente aunque revistan especialidades en sociedades anónimas, en los que su forma de funcionamiento, gestión y administración difiere sustancialmente de los bancos romanos, pues se encomienda a un consejo de administración, nos ceñiremos al análisis de la responsabilidad del mismo y sus representantes en aquellos supuestos de insolvencia frente a los depositantes. Los administradores de un banco, como tal sociedad de capital, tienen sus deberes y sus responsabilidades. Tienen la responsabilidad general por incumplimiento de los deberes de los administradores, conforme establece la Ley de Sociedades de Capital⁴⁰. Y tienen también la responsabilidad particular que les sea imputable en caso de que se declare un concurso calificado como culpable, de acuerdo a lo establecido en la Ley Concursal⁴¹. A pesar de todo es muy difícil por no decir imposible que un banco entre en concurso de acreedores (quiebra).

La vigente Ley Concursal en su exposición de motivos opta por los principios de unidad legal, de disciplina, de sistema y de procedimiento, estableciendo un régimen único para todo tipo de comerciantes y no comerciantes. Pero también existen excepciones al principio de unidad. Estas excepciones vienen determinadas por la naturaleza de la persona del concursado y afectan al mercado financiero, (entidades de crédito), mercado de valores y al mercado de seguros (aseguradoras). En el concurso de acreedores de bancos la ley regula unas especialidades que se refieren principalmente a la fase común y a la figura del administrador concursal, así como la calificación de la actuación del órgano de administración de la entidad en caso de disolución y liquidación del banco. En caso de quiebra de un banco, los fondos garantizan la percepción por todo inversor del valor monetario de

39 Por cierto, término bastante confuso fomentado por el propio legislador ya que admite diferentes acepciones.

40 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. CAPÍTULO III Los deberes de los administradores: arts. 225 a 232. CAPÍTULO V La responsabilidad de los administradores: arts. 236 a 241.

41 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

su posición acreedora global frente a dicha empresa, con el límite cuantitativo de 100.000 euros. Situación asumida por el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito que fue creado por el Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre. El Fondo tiene por objeto garantizar los depósitos en dinero y en valores u otros instrumentos financieros constituidos en las entidades de crédito⁴².

Es importante la calificación del concurso (art.163) bien como fortuito bien como culpable, lo cual se definirá en la sentencia (art.172), pues de dicha calificación dependerá la responsabilidad de los administradores. El concurso se calificará como culpable (art. 164) cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor, lo que dependerá de la concurrencia de diferentes supuestos, entre otros, llevar doble contabilidad; irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera; cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores; simular una situación patrimonial ficticia, etc. (art.164,2). Asimismo, la Ley Concursal (art.165) presume la existencia de dolo o culpa grave cuando se hubiera incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso; el deber de colaboración con el juez del concurso y cuando el deudor no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil.

De la calificación culpable derivará que el juez (art.172 bis) pueda “condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit”. Además, la sentencia indicará si procede la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos (art.172,2,2º) y como consecuencia las personas inhabilitadas cesarán en sus cargos (art.173). Por supuesto, los efectos de la calificación se limitan a la esfera civil, sin trascender a la penal ni constituir condición de prejudicialidad para la persecución de las conductas que pudieran ser constitutivas de delitos.

La imposibilidad del banquero para hacer frente a la restitución de los depósitos de los clientes, independientemente del momento histórico en que nos establezcamos, es siempre factible. Cosa diferente es cómo se haya resuelto en cada época, pero tanto en Roma como hoy en día las coincidencias en determinados puntos son evidentes. El banquero que quebraba en Roma no sólo respondía con todo su patrimonio para satisfacer el pago a sus acreedores sino que además como había sido condenado como consecuencia del ejercicio de la *actio depositi*, acción infamante que no solamente conllevaba un gran desprestigio social y la imposibilidad de acceder a cargos públicos, es verosímil que no volviera a ejercer la profesión de banquero pues había defraudado grandemente la confianza de sus conciudadanos. En la actualidad, salvando la complejidad de la estructura bancaria con sus administradores y otros sujetos responsables, y superada por la Ley Concursal la vieja regulación de la quiebra contenida en el Código de Comercio que se centraba en el deudor persona física, ahora la inmensa mayoría afecta a personas jurídicas de ahí que la Ley busque dar respuesta a los principales problemas que puedan plantear un concurso de sociedades. Por ello, ahora

42 Información detallada y actualizada en <http://www.fgd.es/es/index.html>

rige el principio de universalidad (art.76), y la masa activa está integrada por los bienes del deudor en el momento de la declaración del concurso y todos aquellos que se reintegren al mismo hasta la conclusión del procedimiento, obviamente teniendo en cuenta las oportunas excepciones de todos aquellos bienes y derechos que sean inembargables.

Si una de las cuestiones claves de la quiebra romana era establecer una prelación de acreedores, nuestra Ley Concursal del año 2003 también establece un orden de pagos. Por supuesto, para nada coincide con el romano, pero también se observa la preocupación del legislador por no equiparar igualitariamente todos los créditos sino anteponer la satisfacción de algunos frente a los demás. Así, en la Sección 4, intitulada “Del pago a los acreedores”, arts.154 a 158, establece el orden por el cual deben ir pagándose los créditos: 1) art.154: Pago de créditos contra la masa, 2) art.155: Pago de créditos con privilegio especial, 3) art.156: Pago de créditos con privilegio general; 4) art.157: Pago de créditos ordinarios, que se efectuará una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados y 5) art.158: Pago de créditos subordinados que no se realizará hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios.

Sirva esta reflexión 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 que la condición humana nunca cambiará aunque el tiempo transcurra de forma inexorable. Ignoro si estamos en el punto de llegada de la evolución jurídica, probablemente no, pero no ahondar en las raíces romanas de nuestro ordenamiento nos impedirá conocer la historia evolutiva de lo jurídico.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA:

- ÁLVAREZ, M.B., - ALONSO PÉREZ, G.M., *Un perfil de los banqueros a la luz de la comedia plautina y de la crisis económica argentina del siglo XXI*, en *El derecho comercial, de Roma al Derecho moderno I*, Las Palmas de Gran Canaria, 2007.
- ANDREAU, J., *La vie financière dans le monde romain: les métiers de manieurs d'argent (IVe. siècle av. J.C. – IIIe. siècle ap. J.C.)*, Roma, 1987.
- BARRÓN ARNICHES, I. de, *El hundimiento de la banca. Crónica de cómo gestores, supervisores y políticos provocaron la mayor crisis en la historia del sistema financiero español*, Madrid, 2012.
- BOGAERT, R., *Banques et banquiers dans les cités grecques*, Leiden, 1968.
- BONIFACIO, F., *Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano*, BIDR, 49-50, 1948.
- CERAMI, P., DI PORTO, A., PETRUCCI, A., *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, 2ª ed., Torino, 2004.
- CHURRUCA, J. de, *Die Gerichtsbarkeit des praefectus urbi über die argentarii im klassischen römischen Recht*, ZSS, 108, 1991.
- CHURRUCA, J de, *La quiebra de la banca del cristiano Calisto (ca. 185-190)*, en SCDR 3 (1992), 61-86, recogido en *Cristianismo y mundo romano. Colección de artículos sobre este tema*, con presentación de R. MENTXAKA, Bilbao, 1998.
- COSTA, E., *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, Torino, 1890 (ed. anastatica, Roma, 1968).

- DÍAZ BAUTISTA, A., Estudios sobre la banca bizantina (Negocios bancarios en la legislación de Justiniano), Murcia, 1987.
- GARCÍA GARRIDO, J. M., *La sociedad de los banqueros (societas argentaria)*, en Studi in onore de A. Biscardi III, Milano, 1982.
- GIUFFRÈ, V., Mercato e credito di danaro en Il bisogno del diritto. Momenti dell'esperienza romanistica, Napoli, 2007.
- HERRERO CHICO, R., Argentarii. Estudios sobre el régimen jurídico de la banca en Roma, Granada, 1978.
- LITEWSKI, W., *Le dépôt irrégulier II*, RIDA, 22, 1975.
- MADRAZO LEAL, J., *El depósito bancario a la vista*, Madrid, 2001.
- OBARRIO MORENO, J.A., La quiebra y el concurso de acreedores en derecho medieval español, Revista Jurídica del Notariado, 82, 2012.
- OURLIAC, P., - DE MALAFOSSE, J., *Derecho romano y francés histórico I. Derecho de obligaciones*, (trad. esp.), Barcelona, 1960.
- PANERO, R., Deponere y reddere en la actio depositi in factum, Barcelona, 1989.
- PEÑALVER, M.A., *La banca en Roma*, Madrid, 1994.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M^a del P., La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en derecho romano clásico, Madrid, 2000.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M^a del P., *El privilegio de los depositantes sobre el patrimonio del banquero en derecho romano clásico*, en Estudios de derecho romano en Memoria de B. M^a Reimundo Yanes II, Burgos, 2000.
- PETRUCCI, A., Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo a.C. – metà del III secolo d.C.), Napoli, 1991.
- PETRUCCI, A., Prime riflessioni su banca ed interessi nell'esperienza romana, en L'usura ieri ed oggi (Convegno, Foggia, 7-8 aprile 1995), Bari, 1997.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A. M^a, El receptum argentarii en el derecho romano clásico. Una propuesta de análisis, Madrid, 2004.
- SALAZAR REVUELTA, M^a, El deber de información, transparencia y responsabilidad ante los depósitos de los clientes por parte de la banca: precedentes romanos, RIDROM, (www.ridrom.uclm.es), 11-2013.
- SCOTTI, F., Il deposito nel diritto romano. Testi con traduzione italiana e commento, Torino, 2008.
- SORIANO, C., Banca, navegación y otras empresas en el derecho romano, México, 2007
- TORRENT, A., *Turbulencias financieras en época de Cómodo: la quiebra de la banca de Calisto*, en AUPA (Annali dei Seminario Giuridico dell'Università degli Studi di Palermo), LVI, 2013.
- VALMAÑA, A., El depósito irregular en la jurisprudencia romana, Madrid, 1996.