

El principio de la buena fe en los contratos bancarios (Visión romanística del deber de actuar correctamente y trascendencia en el Derecho contemporáneo)

*Por Natyira Matías Chevalier**

I. INTRODUCCION

La confianza ha desempeñado en todos los tiempos un papel importante. Y en estos tiempos modernos se puede verificar una creciente necesidad de su protección, ya que la rapidez y automatización del intercambio de bienes y servicios en el mercado impide que en el comercio, especialmente el consumidor, pueda cerciorarse a fondo sobre los diversos aspectos de las operaciones que realiza, de manera que lo que no comprueba por sí mismo, debe asumirlo como acto de confianza de frente a su co-contratante.

Hoy en día, cuando un banco o entidad financiera va a conceder un crédito a un particular, tal vez le resulta más importante, para averiguar su solvencia, más que atender a la exhibición de un título de propiedad de un inmueble (que posiblemente podría estar hipotecado, venderse al día siguiente o servir al pago de otros acreedores), observar el histórico comportamiento crediticio del futuro deudor. Este brindará, una buena información sobre cómo el postulante ha honrado la confianza, que es el mejor indicio sobre actitudes futuras. Pero no solamente la entidad bancaria requiere cierto grado de confianza por parte del cliente. También el consumidor, y sobre todo en los tiempos modernos, debe someterse a la confianza que le brinde la entidad financiera en cuanto a la negociación a

* La autora es profesora de la asignatura Derecho Romano en el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra.

realizar, más aún, cuando ésta es la que generalmente establece las condiciones generales del contrato, a las que el cliente sólo está, en la mayoría de los casos, en la posibilidad de adherirse o no.

Así, no se trata sólo de proteger al cliente de las posibles amenazas que podría sufrir como consecuencia del manejo de sus datos, sino también de protegerlo frente a las desventajas que al momento de la contratación se presentan, o que en el trayecto de la contratación van surgiendo como consecuencia de la desigualdad existente entre las partes.

De frente a lo anterior, se plantea la interrogante de si, en lo que respecta a la contratación bancaria, existe verdaderamente un conjunto de normas que posea en sí misma la fuerza necesaria para cubrir las necesidades que se producen en el sistema monetario y financiero, o, como comúnmente conocemos, el “Derecho Bancario”, para exigir ciertos comportamientos correctos y leales de una parte frente a la otra, aunque no estén expresamente establecidos. Real y efectivamente, existe un principio en materia contractual que permea muchas áreas del Derecho y se aplica a esta problemática, esto es, el principio de la buena fe.

Históricamente, este principio comenzó a decantarse desde el Derecho Romano. Siempre han existido mecanismos para imponer relaciones de lealtad y rectitud entre las partes contratantes, especialmente en las relaciones mercantiles. En Roma, dentro del proceso de expansión y consolidación del imperio, el mercado asumió perfiles de evidente incremento, especialmente en el Mediterráneo, donde se verifica que el centro de toda protección era siempre la persona. A causa del método empleado por los romanos, la persona venía a ser protegida por instrumentos específicos, concebidos en la elaboración casuística en materia contractual, donde la *Bona Fides* jugaba un papel fundamental. Se destacaban mecanismos específicos para la corrección de cualquier situación de inequidad entre los contratantes, sin olvidar también la marcada tendencia que asumiría el Derecho Romano luego del cristianismo, evidenciando una mayor consideración, en la protección de las partes en la relación contractual, que se encontraba desfavorecida, debido a la condición de debilidad respecto de su contraparte.

En el Derecho moderno, la “Buena Fe” adquiere también gran relevancia en el sector bancario, caracterizado por la existencia de

relaciones de confianza que posibilitan la contratación en ese sector. Dada tal situación, precisamente vemos cómo la buena fe contractual, hace surgir un catálogo de deberes de conducta que, de acuerdo con la naturaleza de la respectiva relación, amplía los deberes contractualmente asumidos por cada parte para con ello realizar el interés contractual de la otra parte. Finalmente, la buena fe impulsa a las partes a ser coherentes en su comportamiento, evitando contradecir sus propios actos, entre otras conductas.

Cuando se analiza el principio de la buena fe, resulta relevante conocer su origen y alcance en el Derecho Romano, en el caso específico, en la realización de contratos de tipo bancarios. Lo anterior, por una parte, como instrumento de lectura crítica de la aplicación de este principio en el derecho moderno en los países que siguen la tradición jurídica romana y, por otro lado, en la búsqueda de soluciones que sean compatibles con esa misma tradición.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA BUENA FE

El principio de la buena fe tiene su origen en la *fides* del Derecho Romano, un valor que perfila individualmente a quien dispone de ella como persona “leal a la palabra dada”, “fiel a sus compromisos” de forma estable y duradera. Esa *fides*, que es única, se integra en el Derecho Romano para crear nuevas figuras jurídicas o para transformar aquellas social o económicamente inadecuadas en instrumento para la protección de los individuos en sus relaciones. Por ende, se hace notable el especial protagonismo de la *fides* en múltiples y varios aspectos de la vida del pueblo romano¹.

1. Según los estudios realizados, la buena fe como expresión puede adquirir distintos significados, dependiendo del círculo social o situación en la que sea empleada. La *fides*, como habíamos expresado, era definida por los romanos en la antigüedad como “ser de palabra, tener palabra” y hoy por hoy es un principio que posee en sí mismo una fuerza que obliga a cumplir aquello que se ha pactado y que del cual se infiere lealtad y fidelidad. En éste sentido SCHULZ dice que: «*La fides è definitiva nell' antichità come esser di parola, tener la parola: fit quod dicitur. Benchè sia questa una delle solite definizioni etimologiche a base di giochetti verbali, e benchè il contenuto della parola sia con ciò lontano dall' essere esaurito, tuttavia il significato essenziale è colto. Fides- fedelta e il vincolo alla parola data, il sentirsi legati alla propria dichiarazione*» F. SCHULZ, *I Principii del Diritto Romano*, Firenze, 1946, 193. En ese mismo orden, en *De Officiis*, Cicerón la representa como la Fuente de Vida; La *fides* implica en lo contractual, el respeto de la palabra y de las promesas; la obligatoriedad del contrato. La *fides* tiene un contenido normativo que impone la obligación de cumplir o ejecutar lo prometido. A. CASTRESANA, *Fides, Bona Fides: Un concepto para la creación del derecho*, Madrid, 1991, 9.

Es preciso comentar que, aunque algunos autores sostienen que el principio de la buena fe sólo sienta sus bases a partir de la edad media, con la aportación del Derecho Canónico², otros consideran que el surgimiento de la buena fe tiene sus inicios en el Derecho Romano, donde figuras como el *Ius Gentium* albergaron tal principio³. En efecto, aunque no se habla de buena fe, en sentido gramatical, sí se hace referencia a la denominada *fides* o fe, a secas, como virtud y comportamiento honesto, diligente, leal, a la que luego se le agregó el adjetivo calificativo de buena; y es que la *fides* impregna sectores tan diversos de la realidad romana como las invocaciones a los dioses o las relaciones internacionales, hasta múltiples institutos jurídico-privados, que a veces no resulta fácil llegar a saber si sus aplicaciones a campos tan diferentes responden a significados también distintos o incluso, a tipos de *fides* diferentes o, más bien, que la misma *fides* romana fue siempre en esencia la misma, pero manejada para varios usos⁴.

Un sin número de negocios surgieron bajo el amparo de la *fides*, sustentados en la recíproca confianza, dando lugar en consecuencia, a obligaciones cuyo contenido y extensión debía ser valorado conforme a la *fides*. Sobre todo, en el momento de regular las relaciones entre los ciudadanos y peregrinos, o entre estos últimos, cuando celebraban sus negocios en Roma. Al momento de juzgar las divergencias que se presentaban entre las partes, el pretor

2. Cabe resaltar que los juristas de derecho canónico consideraron la buena fe subjetiva como la ausencia de pecado. En el campo de las obligaciones, actuar de buena fe significaba respetar fielmente lo pactado y cumplir la palabra dada bajo pena de incurrir en pecado. V. KLUGER, *Una Mirada hacia atrás: De Roma a la Codificación, El recorrido histórico de la Buena Fe*, Tratado de la Buena Fe en el Derecho, Vol. VI, Buenos Aires, 2006, 94.
3. Cabe señalar que, el *Ius Gentium* se extendió desde el final de la segunda guerra púnica (201 a. c. hasta la muerte de Alejandro severo 235) cuando cesa el predominio de Roma y de Italia. De Italia al mundo, oriente y occidente, romanos (donde la comunidad patrio-plebeyo es el centro de un colosal imperio) fue una figura que abrió las puertas a las relaciones comerciales no sólo entre romanos, sino también entre extranjeros (peregrinos) en un momento en que las nuevas necesidades mercantiles y el desarrollo de la vida social y civil necesitaba de algún sistema que regulara las relaciones que se forjaban, además que tal ordenamiento sirvió de sustento para la acogida de principios jurídicos como el caso de la Buena Fe. J. IGLESIAS, *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, 1983, 42.
4. Pues las fuentes en análisis en su mayoría tratan la *Bona Fides* referida a los contratos consensuales, especialmente a la compraventa, y a las acciones que protegen jurisdiccionalmente a tales acciones. AMELIA CASTRESANA, *Fides, Bona Fides: Un concepto para la creación del derecho* Cit., 11.

peregrino⁵ tenía que contemplar el acuerdo de las mismas y el objeto del litigio por el que comparecían en su tribunal⁶. Para ello el pretor ordenaba al árbitro intervenir en su *iurisdictio* y comprobar todo aquello que era necesario *dare, facere, praestare*, para luego condenar.

Tal y como indica NEME VILLAREAL, la *fides* poseía más bien un significado ético, pues funcionaba como principio de las obligaciones, en un plano eminentemente substancial, lo que generó la necesidad de trazar una pauta diversa, es decir, que fuera más abarcador, permitiendo, de esta manera, superar las divergencias entre las diferentes interpretaciones de la simple "*fides*"⁷. Dicho criterio era precisamente el de la "*fides bona*" como *fides del vir bonus*⁸, pues a la hora de estudiar el paso de la *fides* a la *bona fides*, cabe resaltar que su aparición se manifiesta, en el ámbito contractual, alrededor del III a. C., dando lugar a *bonae fidei iudicia* y al establecimiento de la conceptualización de la buena fe de manera objetiva, la cual tiene sus raíces en la *fides* del *vir bonus*. Esta última se considera, desde el punto de vista del juez, como comportamiento que generalmente se espera de un hombre normal en un caso específico. El *bona* extiende el horizonte de la valoración, trayendo como consecuencia que las obligaciones del promitente puedan reducirse o ampliarse en atención al tenor literal de lo prometido⁹ y evocando una norma despersonalizada de orden absoluto¹⁰.

5. En el 242 a. C. se dio lugar a la creación de un magistrado ad hoc, es decir el pretor peregrino, a quien se le atribuyó la labor de decidir las controversias entre romanos y peregrinos en el marco de ese complejo mundo jurídico a que daban lugar las relaciones del comercio con los pueblos vecinos. G. GROSSO, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, Torino, 1965, 269.
6. Visto que en Cicerón, *De officiis*, 3, 17,70, donde se refiere como Quinto Mucio, el pontífice, decía que la mayor fuerza vinculante en los juicios arbitrales en los que se aplica la *clausula ex fide bona*.
7. M. NEME VILLAREAL, *La Buena Fe en el Derecho Romano, extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, Colombia, 2010, 194.
8. Para mayor profundización sobre el tema consultar: R. CARDILLI, *Bona Fides*, tra *Storia e Sistema*, Torino, 2002, 32ss; L. LOMBARDI, *Dalla "fides" alla "Bona Fides"*, Milano, 1961, 182.
9. Al respecto de esta afirmación Jhering afirma que la función de la buena fe en el derecho romano, era la conservación y la extensión del derecho. R. JHERING, *El Espíritu del Derecho Romano*, Madrid, 1981, 137.
10. GALLO explica el desarrollo de *fides a fides bona*, la cual era valorada según el *strictum ius*, se requiriera el respecto a la palabra dada de parte de una persona de bien, de manera que en cuyo transito se configuró como criterio, asumiendo connotaciones que la distinguían de *fides*, pues se exigió a las partes un comportamiento conmensurado a aquellas personas correctas, honestas etc.....F. GALLO, *Bona fides e ius gentium*, en el *ruolo della buona fede*

De todo lo anterior resulta que la bona *fides* viene a complementar y a enriquecer las diferentes relaciones en las que se encuentra presente, y por ello los vínculos de fidelidad, lejos de tipificar situaciones de dominio o de poder, justificarán relaciones de cooperación, apoyo y protección.

III. LA BANCA Y LOS NEGOCIOS BANCARIOS EN EL MUNDO FINANCIERO ROMANO

La empresa que hoy día, en el lenguaje jurídico y económico moderno, conocemos como *Banca*, tiene orígenes antiguos. Esta afirmación la podemos constatar tanto en las fuentes griegas, como en las fuentes romanas¹¹. En cuanto al término utilizado para designar la banca, según CORIMINAS, es probable que la expresión griega τράπεζα (“*mesa*”, y por analogía, “*mesa de cambio*”)¹² haya influido como modelo al término utilizado en latín, *mensa*, palabra utilizada para designar el instrumento sobre el cual el banquero trabajaba¹³.

Por otro lado, también es bueno señalar que el lugar en el que estaban ubicadas las bancas era llamado *tabernae*. Tal nombre era utilizado para designar cualquier establecimiento donde se desarrollara una actividad (D.50.16.185)¹⁴. En sentido lato, el mismo término aparecía en las fuentes romanas acompañado por el adjetivo *argentariae*, para especificar el tipo de actividad y la profesión

oggettiva nell' esperienza giuridica storica e contemporanea, Actas del Congreso Internacional en Honor de Alberto Burdese, Vol II, Milano, 2003, 137 y ss; 151-152.

11. El nacimiento de los bancos es casi tan antiguo como la aparición de las organizaciones humanas, ya que las personas siempre han necesitado de alguien que financie las ideas y proyectos. Hay registros existentes de préstamos y depósitos en Babilonia desde tres mil años a. C. , realizados por los monarcas y sacerdotes del templo a los comerciantes. CARLOS GILBERTO VILLEGAS, *Régimen Legal de Bancos*, Buenos Aires, 1978, 10. Así como también, a partir del siglo IV a.C. en varias ciudades griegas se constituyen bancos públicos, administrados por funcionarios especialmente destinados a esta labor. Estas instituciones, además de su rol propiamente bancario (ligado a operaciones de cambio y crédito) recaudaban impuestos, proporcionaban seguros marítimos, acuñaban moneda, intervenían en sucesiones y subastas públicas.
12. J. COROMINAS, J. PASCUAL, *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, Madrid, 1991; sub voce.
13. P. CERAMI, A. DI PORTO, A. PETRUCCI, *Diritto Commerciale Romano, Profilo Storico*, Torino, 2004, 99.
14. [Dig.50.16.185. Ulpianus 28 ad ed. “ instructam” autem tabernam sic accipiemus, quae et rebus et hominibus ad negotiationem paratis constat.] [D. 50.16.185, Ulpiano, Comentario al Edicto, Libro XXVIII.- mas entendemos que está provista “instructa” la taberna, que consta de cosas y de hombres para una negociación.].

del titular. En este caso en particular designaba los locales donde se desarrollaban las actividades bancarias, como aparece en el fragmento D.18.1.32 de Ulpiano¹⁵, donde se hace alusión a ese tipo de *tabernae* mencionando y que cuando dichas operaciones surgían sobre suelo público, eran públicas, pero su gestión pertenecía a los banqueros, los cuales podían realizar diversas actuaciones¹⁶.

Específicamente en el Derecho Romano, debemos subrayar que la banca como tal sólo desarrollaba una parte porcentual de las múltiples actividades financieras establecidas por las fuentes romanas, las cuales nos ofrecen un cuadro con una gran variedad de negocios, donde podemos distinguir una gran gama de operaciones que tienen una estrecha relación con el ejercicio de las actividades financieras en Roma, dentro de los cuales podemos destacar:

1. Operadores especializados únicamente en prestar dinero que fueron denominados como *fenestores*¹⁷ o también llamados *negotiatores*.
2. Miembros de la alta clase social asociados a través de una red de operaciones desarrolladas por esclavos, libertos, clientes y amigos.
3. La sociedad de los publicanos *societates publicanorum*, que manejaban el dinero público por cuenta del erario y gestionaban cuentas fructíferas.
4. Los empresarios agrícolas a través de sus gerentes, *vicili* y esclavos a cargo para el calendario que cubre los vencimientos de préstamos, *servi kalendario praepositi*.
5. Por último, los tutores que dentro de sus obligaciones tenían la de colocar a intereses el dinero de los pupilos.

15. En fin, tal y como establece el fragmento: [Dig.18.1.32. Ulpianus 44 ad sab. *Qui tabernas argentarias vel ceteras quae in solo publico sunt vendit, non solum, sed ius vendit, cum istae tabernae publicae sunt, quarum usus ad privatos pertinet.*] [D. 18.1. 32,Ulpiano, Comentario a Sabino, libro XLIV.-

16. En el siglo I. a. C. Cicerón, utilizó la expresión *argentariam facere* (ejercicio de la banca) como uso corriente y califica como mensa pública (banco público) la que existía en la ciudad de Temnos en Asia Menor. En el siglo II d. C. fuentes jurídicas y literarias atestiguan la existencia de empresas financieras independientemente de la profesión de su dueño. M. GARCIA GARRIDO, *El Comercio, Los Negocios y Las Finanzas en el Mundo Romano*, Madrid, 32.

17. RICCARDO CARDILLI. *Leges Fenebres, Ius Civile ed Indebitamento della Plebe: a Proposito di tac. Ann. 6. 16. 1-2. Estratto dal volume: Studi in Onore di Antonino Metro Tomo I, 2009, 380.*

La difusión de estas actividades y de otras operaciones era realizada por los diferentes agentes financieros de la época (*argentariis, nummulariis, coactores argentarii, mensularii*), los cuales poseían ciertas diferencias según el tipo de actividad que ejercían. Encontramos que, en las negociaciones que se ejecutaban, existía la necesidad de garantizar una actitud correcta de las partes intervinientes, pues tanto el contratante (cliente) como el contratado (banquero), podían ser sujetos de comportamientos deshonestos. El principio de la Buena Fe, además de ser una herramienta utilizada de manera general en la contratación en esa época, lo encontramos como una instrumento clave, para garantizar el buen desenvolvimiento de la relaciones de confianza, en el ámbito bancario en época romana, como veremos a continuación.

IV. EL ROL DE LA BUENA FE EN LAS NEGOCIACIONES BANCARIAS EN ROMA

1. Fuerza integradora del contenido de las obligaciones en el contrato

La buena fe denota un carácter único como figura jurídica que prevalece cada vez más en nuestras actuaciones, y, sobre todo, es parte importante y palpante en el Derecho Romano, pues de ella emana, no sólo la obligación de cumplir con lo prometido de manera expresa, sino también, que se impone, con carácter obligatorio, todo aquello que sea exigible entre personas justas y leales, a través de lo pactado¹⁸. De esta manera, las obligaciones a las que una persona se hubiere comprometido, de manera literal y expresa, le podían ser ampliadas o restringidas, con otras obligaciones complementarias, según los preceptos de la buena fe.

Así las cosas, cabe indagar a qué se debe que la buena fe posea esa fuerza integradora¹⁹ del contenido del contrato. Pues bien, en

18. The composite expression “good faith and fair dealing” refers to standard of conduct characteristic by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question. STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*. Volume I. Edited by Christian Von Bar and Eric Clive, Munich, 2009, 676.

19. Según la doctrina, la integración puede ser imperativa o supletiva. La integración es imperativa cuando determina de manera coactiva la relación contractual, no obstante la voluntad

relación a esta interrogante encontramos la respuesta en un pasaje de Cicerón que establece lo siguiente:

[Cicerón. De Off. 3, 17, 70: Conviene obrar bien y sin engaños entre gente de bien. Pero la cuestión es determinar quién es la gente de bien y que es obrar bien. Quinto Escévola, pontífice máximo, decía que **en los juicios en los cuales se agrega la clausula ex fide bona promana un significado profundo y amplio** que se advierte en las tutelas, en las sociedades, en la fiducia, en los mandatos, en las compras, en las ventas, en las conducciones, en las locaciones, cosas sobre las cuales se funda la vida social. En consecuencia, en aquellos juicios es tarea del juez sapiente establecer las verdaderas obligaciones de cada una de las partes, sobre todo porque en la mayor parte de los casos hay acciones directas y contrarias]²⁰.

En este pasaje, en el que Cicerón cita a Quinto Mucio Escévola, recuerda que en los juicios en los cuales se agrega la clausula *ex fide bona*, esta llega a constituir una *summa vis*²¹, es decir una gran fuerza que, como establecen muchos juristas, genera significados profundos, modela conductas, permite concretar la indeterminación del valor insito en los conceptos asumidos en la formula, traduciendo en regla de conducta y en normas preceptivas²².

diferente de las partes. Por el contrario la integración es supletiva cuando determina el contenido de la relación contractual a falta de una previsión diferente de las partes. M. BIANCA, *Diritto Civile, III*, el contrato, traducción a cargo de: F. Hinestrosa y Edgar Cortes, Colombia, 2007, 521.

20. **[Cic. off. 3, 17, 70.** *Ut inter bonos bene agere oportet et sine fraudatione! Sed, qui sint boni et quid sit bene agi magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summan vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versa in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret].*
21. Es precisamente por el significado que posee esta figura que CARDILLI señala: «È significativo, a mio avviso, che si qualifichi come somma 'forza' ([summa] vis) insita in questi arbitria, la possibilità di tradurre in regole di condotta e norme precettive questi concetti-valore attraverso il potere del giudice, la cui statuizione sarà, oltre il voluto delle parti, secondo ciò che in buona fede una all' altra si devono». R. CARDILLI, *Bona Fides, tra Storia e Sistema*, cit. 35 y ss.
22. Para mayor profundización ver: M. NEME VILLAREAL, *La Buena Fe en el Derecho Romano, extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, cit. 237;

En consecuencia, la buena fe viene a cumplir con múltiples funciones, ya que ostenta un poderío verdaderamente único en sí misma que hace nacer un sin número de obligaciones, modelando, de esta manera, las posibles situaciones que nazcan, tal y como veremos a continuación, ya sea ampliando o limitando obligaciones.

A. Fuerza ampliativa: Caso de los intereses nacientes de la actividad bancaria D. 16. 3. 24

La buena fe, como acabamos de decir, se destaca por la función que ella desempeña en la integración del contenido contractual, particularmente en cuanto, ante el silencio de las partes, la buena fe incorpora en el programa de derechos y deberes derivados del contrato, todos aquellos que surgen de la naturaleza misma de la relación.

Así pues, notamos que en un pasaje de Papiniano, en el que se trata de regular el cobro de los intereses (*usurae*)²³, en un depósito de dinero, la buena fe juega un papel crucial, al momento de establecer si es factible o no el cobro de los mismos:

[D.16.3.24. Papiniano, Cuestiones, libro IX.- Lucio Ticio saluda a Sempronio. Te hago saber por esta carta escrita de mi mano, para que lo tengas entendido, que están en mi poder las cien monedas que en este día me has encomendado por entrega hecha por el esclavo stico, administrador; las cuales te entregare al momento, cuando quieras, y donde quieras. Preguntase por causa del incremento de los intereses. Respondí, que tiene lugar la acción de depósito; porque

L. LOMBARDI, *Dalla "fides" alla "Bona Fides"*, Cit. 167 ss y 179 ss; A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia. Napoli. Jovene. 1964*, p 18 ss; R. CARDILLI, *Bona Fides, tra Storia e Sistema*, Cit. 35 ss; V. ARANGIO-RUIZ, *La Compravendita in Diritto Romano*, Vol. II, Napoli 1950, 206 y ss.

23. Empleo del término usura en sentido clásico: el que tuvieron, en latín, la voz *usurae*, es decir, como sinónimo de interés debido por razón de préstamo, de todo suplemento que el prestatario se obligue a pagar al prestamista además de la restitución del capital prestado. No en el sentido moderno (anatocismo) de interés abusivo o excesivo, ni con el sentido peyorativo que originariamente no tuvo, pero con qué lo dejó definitivamente teñido la omnimoda proscripción cristiana. Y por lo cual acabaron utilizándose las palabras «interés», para designar ciertos suplementos legítimos, y «usura», para los excesivos, indebidos o ilícitos. M. GOMEZ ROJO, *Historia Jurídica del anatocismo*. Cátedra de Historia del Derecho y de las Instituciones, Universidad de Málaga. 2003, 5 y ss.

¿Qué otra cosa es encomendar, que depositar? Lo que es verdad de este modo, si se hizo esto, para que se olvidasen las mismas monedas; porque si se convino que se diese en pago otra tanta cantidad, el negocio excede de los conocidos términos del depósito. En cuyo caso, si no hubiera la acción de depósito, porque se convino que se devolviera otra tanta cantidad, no las mismas monedas, no se ha de decir fácilmente que se tenga cuenta de los intereses. **Y se halla ciertamente establecido, que en los juicios de buena fe, por lo que atañe a los intereses, pueda tanto el oficio del árbitro, como la estipulación; pero es contra la buena fe y la naturaleza del depósito reclamar intereses, antes de incurrir en mora**, de aquel que hizo beneficio en recibir el dinero; mas si desde un principio se convino sobre la prestación de intereses, se observará la ley del contrato]²⁴.

Es preciso destacar que en el derecho romano, el deudor estaba solo obligado a pagar aquellos intereses que se denominaban '*in obligatione*', cuya prestación había sido expresamente establecida en un negocio formal y que podían ser exigidos francamente, con base en la acción que de dicho negocio emana²⁵. Posteriormente, en virtud de la buena fe, se admitieron igualmente los intereses *officio iudicis*, correspondientes a aquellos que eran acordados con un simple pacto adjunto a un negocio de buena fe y que serían valorados por el juez en los *bona fidei iudicia*.

24. [Dig.16.3.24. Papinianus 9 quaest. Lucius Titius Sempronio salutem. Centum nummos, quos hac die commendasti mihi adnumerante servo Stichio actore, esse apud me ut notum haberes, hac epistula manu mea scripta tibi notum facio: quae quando voles et ubi voles confestim tibi numerabo. " quaeritur propter usurarum incrementum. respondi depositi actionem locum habere: quid est enim aliud commendare quam deponere? quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur: nam si ut tantundem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. In qua quaestione si depositi actio non teneat, cum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est. et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur].

25. A. PETRUCCI, *Prime riflessioni su banca ed interessi nell' esperienza romana*, en *L' usura ieri ed oggi*, convegno Foggia 7-8 aprile 1995, Bari, Caccucci, 1997, 63 ss.

En efecto, en el fragmento transcrito, Papiniano dice que el banquero a quien se le ha depositado una suma de dinero (depósito irregular)²⁶, no está obligado a pagar intereses, si no existe una *stipulatio*, o no hay la intervención del *officium arbitr*²⁷, ya que sería en contra de la buena fe pagar intereses, antes de incurrir en mora²⁸ (*sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram*). Pero si hubo pacto entre las partes para el pago de los intereses²⁹, en la edad clásica, el juez de un *iudicium bonae fidei*, en virtud de los poderes discrecionales inherentes a su *officium*³⁰, tenía la potestad de condenar al demandado al pago de dichos intereses, lo que encuentra su justificación en el principio de la buena fe, pues este implica el respeto del *factum*, agregado al depósito. Es decir, el juez quedaba investido de un poder para evaluar todo aquello que tenga que ser realizado en base a la buena fe³¹.

Pero más allá de lo anterior, en el caso de que el dinero depositado haya sido utilizado, aún sin un pacto expreso, el banquero estaría en la obligación de pagar los intereses, conforme a lo que dice el fragmento siguiente:

-
26. G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica de la Giurisprudenza Romana*, Milán, 1967, 157.
27. Al parecer se reconoce la consolidación de una regla en los juicios de Buena fe, en la cual, respecto a los intereses pecuniarios, *l' officium* del juez tiene la misma fuerza la *stipulatio*. R. CARDILLI, *Bona Fides, tra Storia e Sistema*, Cit. 54 y ss.
28. [Dig.22.1.32.2. Marcianus 4 reg.-*In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur.*] **[Dig.22.1.32.2. Marciano, Reglas, libro IV.** - En los contratos de buena fe se deben intereses por la mora].
29. G. GROSSO, *Il sistema Romano dei Contratti*, Torino, 1963, 178 ss.
30. En los juicios de buena fe el *officium iudicis* posee tanta fuerza para determinar el contenido de las obligaciones complementarias de las partes como la voluntad de las mismas: **[D.3.5.6. Paulus 9 ad ed. Quia tantundem in bonae fidei iudiciis officium iudicis valet, quantum in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio.] [D. 3.5.6. Paulo, Comentarios al Edicto, libro IX.** - Por que en los juicios de buena fe vale tanto el oficio del juez, como en la estipulación la interrogación de aquella cosa hecha expresamente]. Esta tarea del juez al parecer se apoya en el consejo de los juristas que fueron creando reglas con la finalidad de orientarlo. Para mayor profundización ver: R. CARDILLI, *Bona Fides, tra Storia e Sistema*, cit., 99.
31. «*Nei iudicia bonae fidei la condanna del convenuto al pagamento delle c. d. usurae legali si raggiunge grazie alla particolare natura del officium iudicis. In questi iudicia infatti, com' è noto, il giudice stando al tenore stesso della formula, e tenuto a valutare il rapporto e ad emettere la sentenza seguendo i principi della buona fe (il convenuto dev' essere condannato a tutto ciò che "dare facere oportet ex fide bona")*». G. CERVENCA. *Contributo allo Studio delle Usurae C.D. Legali nel Diritto Romano*, Milano. 1969, 222 ss. 295; J.C. REZZONICO, *Principios Fundamentales de los Contratos*, Buenos Aires, 1999, 492. Al respecto, se pronuncia GUZMÁN diciendo que el pretor, por medio de la formula, mandaba al juez que investigara todo lo que el demandado debía dar y hacer a favor del demandante "según la

[**Dig.16.3.29.1.Paulo, Sentencias, libro II.**- si el que lo recibió usó el dinero depositado, no hay duda que debe responder también de los intereses, como en los demás juicios de buena fe]³².

En este caso, el uso constituía la fuente de una *obligatio usurarum*, tutelada por medio de una acción de buena fe³³, donde verdaderamente, la cristalización de aquello que obligaba a las partes, en virtud de la buena fe, más allá de lo expresado en el contrato, quedaba en manos de la apreciación del juez *officium iudicis*.

En efecto, el pasaje de Papiniano nos muestra que la '*fides bona*' no es simplemente un criterio que amplía los poderes del juez³⁴, sino también, un principio, por el cual el *officium iudicis* determina aquello que, según la buena fe, una parte debe a la otra, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del negocio y, también, tomando en cuenta la posición contractual de la igualdad. Una igualdad que encuentra su apoyo no sólo en la buena fe, sino también en la equidad³⁵, considerada como justicia aplicada al caso concreto, después de haber valorado todos los intereses de las partes involucradas.

buena fe", no según los términos del contrato. Y que es a partir de esa estructura formularia y de su funcionalidad que entonces puede decirse que la *bona fides* del derecho clásico vinculaba a las partes de un contrato no sólo a las obligaciones expresadas en él por aquellas, sino a más, precisamente a lo exigido por la buena fe. A. GUZMÁN BRITO, *La Buena fe en el Código Civil de Chile*, en Revista Chilena del Derecho, Vol. 29 N° 1, Universidad Católica Valparaíso, Chile, 2002, 13.

32. [**Dig.16.3.29.1. Paulus 2 sent.**- *Si ex permissu meo deposita pecunia is penes quem deposita est utatur, ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras eius nomine praestare mihi cogitur*].
33. Sin embargo, se necesita hacer una distinción entre varias situaciones. En efecto se debe verificar si el uso del dinero para fines propios puede identificarse, como se hace comúnmente con la conversión del dinero ajeno en uso propio, que implica el empleo indebido del dinero de otro por parte de quien tenía el compromiso de custodiarlo o administrarlo, haciendo nacer en contra suya la obligación de pagar intereses legales. Es más, la fuente de los intereses debidos no sería el uso del dinero ajeno, sino mas bien su uso ilícito, en tanto que no ha sido autorizado por el propietario.
34. R. CARDILLI. *Bona Fides, tra Storia e Sistema*, cit., 54 y ss.
35. Tal y como estipula Trifonino en [**Dig.16.3.31pr. Tryphonon 9 disp. Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat. sed eam utrum aestimamus ad merum ius gentium an vero cum praecipis civilibus et praetoriis? veluti reus capitalis iudicii deposuit apud te centum: is deportatus est, bona eius publicata sunt: utrumne ipsi haec reddenda an in publicum deferenda sint? si tantum naturale et gentium ius intuemur, ei qui dedit restituenda sunt: si civile ius et legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt: nam male meritis publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet.**] [**D.16.3.31. Trifonino; Disputas, Libro IX.- La buena fé que se exige en los contratos requiere, suma equidad.** ¿Pero acaso la estimamos según el mero derecho de gentes, o con arreglo a los preceptos civiles y pretorios? Por ejemplo un reo de pena capital depositó ciento en tu poder; fue deportado, y sus bienes fueron confiscados; ¿acaso

B. Fuerza limitativa en el caso de los intereses en la actividad bancaria

Como señalamos anteriormente, en materia de intereses, en los juicios de buena fe, el *officium* del juez tiene tanto valor como la *stipulatio*. Hemos visto que ese poder de integración que emana de la buena fe se encuentra sujeto a los propios fundamentos del principio, en cuanto no debe perderse de vista que la buena fe no es solamente un criterio que amplía los poderes del juez, sino un principio al cual el mismo juez se encuentra sujeto, ya que él mismo deberá corregir las desviaciones verificadas, restableciendo equilibrio y la integridad del acuerdo, de manera que la totalidad de sus actuaciones deberán estar en armonía con el principio mismo, por lo que, no obstante sus amplias facultades, estas sólo podrían ser ejercitadas en el pleno respeto de las exigencias de equilibrio, reciprocidad, preservación de los intereses de las partes, atendiendo a las circunstancias y la naturaleza del negocio.

La existencia de tales límites al *officium iudicis* es verificable en el citado pasaje de Papiniano, contenido en D.16.3.24, en el que se evidencia que la determinación acerca de si se adeudan o no intereses se encuentra sujeta, por un lado, a la naturaleza del negocio *depositi naturan* y, de otro lado, a aquello que las partes hayan convenido expresamente sobre el particular, aspectos estos a los

se le han de devolver a él aquellos, ó se han de aplicar al fisco? Si solamente atendemos al derecho natural y al de gentes, se le han de restituir al que los dió, y si al derecho civil y al orden legal, han de aplicarse preferentemente al fisco, porque el que públicamente obró mal, también debe padecer necesidad, para que sirva de ejemplo á los demás para que les amedrenten los crímenes]. De esta manera, vemos que se pretende es una valoración de las relaciones entre las partes de la manera más "justa" posible. Por lo tanto, las partes están objetivamente obligadas a más de lo que posiblemente pensaron, ya que su pasada y presente conducta será juzgada según las exigencias de la buena fe. Al mismo tiempo, vemos que se envuelven aspectos tan importantes como son la justicia y la equidad, los cuales servían a la regularización de las situaciones que se presentaban para la época. Donde La equidad sirve de guía a la justicia en las diferentes situaciones que se presentan. Aunque, para muchos los conceptos de justicia y equidad son idénticos y no exista razón para diferenciales, otros piensan lo contrario. Pero a mi parecer la justicia y la equidad como plantea REZZONICO no son, pues valores sustancial e irreconciliablemente distintos, sino mas caminos diversos que alcanzan una valoración jurídica unitaria. Así la justicia mira el caso particular bajo el punto de vista de la norma general; la equidad busca en el caso específico su propia ley, que debe elevarse a una ley general, pues en última instancia la equidad es, al igual que la justicia, de naturaleza generalizable, es decir que, mínimamente, señala una tendencia en el camino legislativo. J.C. REZZONICO, *Principios Fundamentales de los Contratos*, cit., 358; P. SILLI, *Equità (Storia del Diritto)*, in *Digesto IV Edizione*, Vol. VII, Torino, 1991, 6 y ss.

que ha de sujetarse el *officium iudicis*. Como consecuencia, en el referido pasaje, se estipula que no puede el juez decir fácilmente que se deben los intereses sin antes establecer si de la naturaleza del negocio así se deriva, y si así no fuera, pero las partes los hubieren pactado, debe el juez establecer si quien los debería pagar se encuentra en mora o cumple con el pacto, pues actuar de manera diferente, haciendo exigibles los intereses antes de la mora o bien sin el pacto, sería actuar contra la buena fe³⁶.

Siguiendo con el discurso de la buena fe como principio integrador de obligaciones en el contenido del contrato, notamos que esa función integradora, además de determinar aquello que una parte le debe a la otra, integra al mismo tiempo, obligaciones adicionales. Dentro de este contexto, se manifiesta el carácter orgánico de la relación; también se revela en que al lado de las relaciones obligacionales, en sentido estricto, existen otros deberes jurídicos, que hoy en día se denominan “deberes secundarios de conducta”, “deberes colaterales”, “deberes complementarios” o “deberes contiguos”, tales como los de información, protección, consejo, fidelidad o secreto, entre los más relevantes, que aunque no se pacten expresamente por las partes, se incorporan a los contratos, en virtud del principio de buena fe. Como veremos a continuación, dichas obligaciones eran palpables en la banca romana, procurando tutelar el cliente bancario.

C. Fuerza creadora de obligaciones adicionales: Especialmente en la tutela del cliente bancario

La fuerza integradora de la buena fe da lugar a obligaciones adicionales de las partes, pero se trata, de todas maneras, de obligaciones que son inherentes a la relación contractual, de tal forma que su violación constituirá incumplimiento de una parte y daría lugar a la aplicación de remedios que tutelan el contrato.

La buena fe, como bien establece gran parte de la doctrina, es principio de carácter ético-social. Como hemos visto actúa, en respuesta a aspectos de lealtad, honradez, fidelidad y rectitud. Adquiere, en materia contractual, una gran importancia, ya que se

36. G. CERVENCA. *Contributo allo Studio delle Usurae C.D. Legali nel Diritto Romano*, cit., 112 ss.

presenta como un modelo de conducta que las partes deben seguir durante la negociación³⁷, expandiendo su aplicación incluso a etapas preparatorias o preliminares del contrato, y, de la misma manera, a la hora de concluir el mismo, influirá en su posterior interpretación³⁸.

Dentro de las tratativas precontractuales, entendidas desde la formulación de acuerdos en la fase precontractual, hasta el cierre de las negociaciones, se manejan una cantidad de formulaciones expuestas por las partes, en forma de interrogantes, sondeos, enunciación de necesidades, donde la información juega un papel significativo. Precisamente por lo que acabamos de señalar y de conformidad con la opinión de varios juristas, advertimos cómo la regulación bancaria de la época romana encuentra su razón de ser en la tutela de la confianza que los clientes tienen en los banqueros:

-
37. Como hemos podido observar, la buena fe pasa a integrar el contrato, creando ciertos deberes de conducta que son plenamente exigibles por ambas partes en la negociación. Los deberes que nacen de la buena fe tienen una existencia propia y accesoria, y su contenido generalmente va a tener relación con valores de lealtad y rectitud que impone la buena fe. En este sentido, NEME señala que “*la ética romana reconoce deberes generales de fidelidad, confianza y armonía entre los ciudadanos y entre estos y los no ciudadanos, que luego se traducirán en ideas específicas de cómo deben comportarse las partes contratantes. Dentro de estos deberes resalta la exigencia de la solidaridad con los intereses de la contraparte, connatural a la buena fe, la cual se manifiesta bien sea bajo un aspecto negativo de respeto y conservación de la esfera de intereses ajenos, que podría sintetizarse en la máxima romana **alterum non laedere**, bien sea positivamente en la medida en que se impone una activa colaboración con la contraparte dirigida a promover la satisfacción de los intereses de esta. Esta actitud positiva de cooperación, de empeño en la realización del interés negocial que anima a la otra parte, se engloba dentro del genérico deber de lealtad que emerge de la buena fe y que nos obliga al cumplimiento en términos formales de la prestación debida. Así como conceder al otro todo aquello que sin hacernos daño esté en nuestras posibilidades*”. M. NEME VILLAREAL, *La Buena Fe en el Derecho Romano*, cit., 258; Sin embargo, no se trata solamente de deberes negativos en la idea de no dañar, sino también de cargas positivas de lealtad, claridad e información, es decir dar a conocer la realidad de las cosas tal y como se las conoce según ciencia y conciencia. Aunque también, explica BREBBIA que los módulos de la lealtad y probidad, que constituyen esencia de la buena fe, se traducen en una serie de deberes y obligaciones que los pre-contratantes deben observar en el *iter contractus*, tales como la colaboración recíproca, la reserva o secreto, la conservación o custodia y el abstenerse de realizar actos antifuncionales (aspectos que en la banca romana se podían verificar).
38. El contenido de la conducta de quienes entran en tratativas está referido a reglas de convivencia o deberes accesorios o instrumentales. Así, en el tramo anterior al perfeccionamiento del contrato, las partes recíprocamente se deben consideración y lealtad, en punto a sus mutuas esferas de interés, evitándose errores, y siendo la regla sustancial en dicha etapa, la de hablar claro y no incurrir en reticencias, sobre cuestiones que de haber sido manifestadas, habrían obstaculizado la conclusión del contrato o también hubiera dado lugar al perfeccionamiento del mismo bajo otras condiciones. R. STIGLITZ, *Responsabilidad Precontractual. Incumplimiento del Deber de Información*, Buenos Aires, 1992, 63.

*fides*³⁹ y *fides publica*⁴⁰, y en la necesidad del servicio prestado por ellos.

A continuación, veremos una muestra de las más destacadas manifestaciones de los que se han denominado como “deberes secundarios de conducta”, con una marcada atención a los deberes de información y de secreto, verificables en la contratación bancaria en época romana, los cuales constituyen una de las más importantes y cotidianas expresiones del efecto integrador que tiene la buena fe, respecto del contenido contractual.

2. Deber de Información

Si de las dos partes involucradas en un determinado contrato, una es concedora de una ciencia u oficio, o de los pormenores de un mercado, y la otra carece de conocimientos en los campos citados, surgirá por virtud de la buena fe un deber, a cargo del sujeto informado, de suministrar a su contraparte información objetiva, clara, oportuna y veraz, con el fin de que ésta disponga de elementos de juicio suficientes para poder adoptar decisiones.

Este deber de información tiene, por regla general, una manifestación positiva, entendida como ha quedado enunciada, pero también presenta una expresión negativa, consistente en el deber jurídico de abstenerse de engañar o de inducir en error al otro contratante. Se considera que quien tiene la información debe tomar la iniciativa, para efectos de suministrarla a la otra parte de la relación e incluso, debe indagar sus necesidades y su estado de conocimiento sobre el tema materia del respectivo contrato⁴¹.

-
39. **[Dig.2.13.9.2 Paulus 3 ad ed. Nummularios quoque non esse iniquum cogi rationes edere Pomponius scribit: quia et hi nummularii sicut argentarii rationes conficiunt, quia et accipiunt pecuniam et erogant per partes, quarum probatio scriptura codicibusque eorum maxime continetur: et frequentissime ad fidem eorum decurritur.] [D.2.13.9.2 Paulo, Comentarios al Edicto, libro III.-** Escribe Pomponio, que no es injusto que los cambistas de monedas sean obligados a exhibir las cuentas, porque también puesto que reciben dinero, y lo distribuyen por partes, cuya prueba se contiene principalmente en las escritura y en los libros de ellos.
40. **[Dig.42.5.24.2. Ulpianus 63 ad ed. In bonis mensularii vendundis post privilegia potioem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt.....] [D.42.5.24.2. Ulpiano, Comentarios al Edicto, Libro LXIII.-** se determinó, que al venderse los bienes de un banquero, después de los privilegios, sea mejor la condición de los que **atendiéndose a la fe pública depositaron dinero en el banco.....]**
41. Señala STIGLITZ que, el deber de informar constituye una obligación legal, fundada en una regla accesoria de conducta cuyo contenido consiste en cooperar, desde la etapa de las

Las fuentes nos ilustran con casos muy variados la obligación de los contratantes en Derecho Romano, de suministrarse recíprocamente las informaciones pertinentes en la negociación a realizar, con la finalidad de que resulten de clara comprensión todos los elementos necesarios para la contratación⁴². Desde ese punto de vista, el Derecho Romano llega a la conclusión de que el cliente debía ser informado sobre las condiciones generales de la contratación, y sobre las operaciones registradas en la cuenta⁴³.

En cuanto a las condiciones generales que debían ser informadas a la clientela, en los textos objetos de estudio, encontramos el siguiente pasaje de Ulpiano:

[D.14.3.11.5 Ulpiano, Comentarios al Edicto, Libro XXVIII.- Se han de observar las condiciones del encargo. ¿Qué ocurre si <el principal> quiso que se contratara con el < el factor> con la inclusión de una cláusula determinada, o con intervención de alguna persona, o mediante prenda, o sobre determinada cosa? Será muy justo que se observen los términos del nombramiento. Asimismo, si alguno tenía muchos factores y quiso que se contratara con todos a las vez o con uno solo; pero si avisó a uno para que no se contratara con él, no debe quedar obligado por la acción institoria, porque también podemos prohibir que se contrate con una determinada persona, o con una determinada clase de hombres o de negociantes, o permitirlo solo con ciertas personas. Pero si ha prohibido que se contrate a veces con uno, a veces con otro, variando continuamente, se ha de dar la acción a todos contra < el principal >, porque no deben ser engañados los contratantes]⁴⁴.

tratativas, con quien se haya disminuido con relación a la persona que dispone de la información. R. STIGLITZ, *Contratos civiles y comerciales*. Parte general, tomo I, Buenos Aires, 1998, 165.

42. **Ciceron. De off. 3, 17, 72:** la naturaleza misma ordena que ninguno actué en modo de obtener provecho de la ignorancia de los otros.
43. P. CERAMI, A. DI PORTO, A. PETRUCCI, *Diritto Commerciale Romano, Profilo Storico*, cit., 190.
44. **[Dig.14.3.11.5 Ulpianus 28 ad ed.** *Conditio autem praepositionis servanda est: quid enim si certa lege vel interventu cuiusdam personae vel sub pignore voluit cum eo contrahi vel ad certam rem? aequissimum erit id servari, in quo praepositus est. item si plures habuit institores, vel cum omnibus simul contrahi voluit vel cum uno solo. sed et si denuntiavit cui, ne cum eo contraheret, non debet institoria teneri: nam et certam personam possumus*

En este fragmento, Ulpiano hace referencia a la posibilidad que tiene el banquero (o cualquier empresario) de proponer un institor (gerente) a la banca, estableciendo libremente las eventuales condiciones generales de contratación de este con el cliente, pero, al mismo tiempo da cuenta de la exigencia de informar dichas condiciones previamente a la clientela. Entre estas, a modo de ejemplo, se encuentran las cláusulas contractuales, la intervención de garantes personales o garantías reales, la prohibición o el permiso de contratar con determinadas personas. Igualmente dichas condiciones podían ser modificadas por el banquero, a menos que su continua variación no resultara en engaño a los clientes, caso en el cual se podría ejercer la acción institoria, que implicaba entonces una responsabilidad ilimitada del banquero o empresario⁴⁵.

Al mismo tiempo, es prudente resaltar que la obligación de informar al cliente también surge de la necesidad de suministrar al contratante el estado en que se encuentran las cuentas bancarias, específicamente a partir del examen de tres textos, correspondientes a Ulpiano en D.2.13.6.2, Paulo D.2.13.7 y Gayo D.2.13.10.3. Estos pasos tratan sobre los documentos contables llevados por el banquero y cuya exhibición en juicio constituye el objeto de una importante regulación pretoriana⁴⁶.

3. Secreto

El deber de reserva o secreto tiene su fundamento en la necesaria discreción que se deriva del objeto particular de

prohibere contrahere vel certum genus hominum vel negotiatorum, vel certis hominibus permittere. sed si alias cum alio contrahi vetuit continua variatione, danda est omnibus adversus eum actio: neque enim decipi debent contrahentes.]

45. De esta manera resulta claro entender que de acuerdo con este modelo de organización, la acción correspondiente fuera la institoria, por lo que se podía exigir responsabilidad solidaria al principal, no sólo cuando si hubieren respetado las condiciones de contratación por él publicadas, sino incluso si habían sido modificadas continuamente en perjuicio de los terceros contratantes. Si el banco estuviera organizado de acuerdo con otro esquema, siendo factible la gestión directa por parte del empresario, también tendrían vigencia las prevenciones pretorias. Como señala PETRUCCI, es precisamente por la importancia que embarga el deber de información sobre todo en el caso de las condiciones generales de la contratación basado en principios del que se derivan la confianza, tomando en cuenta la parte final de dicho fragmento que establece que los contratantes no deben ser engañados (*neque decipi debent contrahentes*). P. CERAMI, A. DI PORTO, A. PETRUCCI, *Diritto Commerciale Romano, Profilo Storico*, cit., 191.
46. Evidentemente, el primero de los pasajes implica que el cliente ya tenía en su poder la documentación exigida judicialmente al banquero, con propósitos exclusivamente vejatorios, ósea, “que se le exhiban cuentas.... Que ya tiene el, con objeto de vejar al banquero”:

determinados contratos, lo cual hace que este deber se encuentre presente, aunque las partes no lo establezcan expresamente. En este sentido, en determinados negocios jurídicos la información que se intercambia o que obtiene una de las partes no puede divulgarse, publicarse o utilizarse por la persona que la ha recibido.

En el Derecho Romano, bajo la perspectiva de la tutela de las actividades bancarias se muestra un pasaje en el que se verifica la preservación del secreto de las operaciones, al punto de disponerse que en la exhibición de cuentas sólo podrían copiarse las partes que estuvieran relacionadas con la solicitud y no la integridad del *codex*, es decir del libro contable. Así se muestra en el siguiente pasaje:

[D.2.13.10.2. Gayo, Comentarios al Edicto Provincial, Libro I.- Pero se entiende que se exhibe una cuenta, si se exhibe desde su principio, porque una cuenta si no se inspeccionara desde el principio, no puede entenderse, pero, por supuesto, sin que se dé a cada cual facultad para inspeccionar y copiar todo el libro de cuentas y todas las hojas, sino para que se examine y se copie aquella sola parte de las cuentas, que corresponda para que alguien se instruya]⁴⁷.

Nótese como la regulación pretoriana, magistralmente completada por la jurisprudencia, logró equilibrar la exigencia de la afirmación y consolidación de la banca con la tutela de los intereses de los clientes que acudían a ella, lo que resulta patente al examinar la obligación normativa ahora comentada, en tanto, que por una parte,

rationes.... Quas habet edi sibi postulet vexandi argentarii causa; en el segundo caso, se considera que es justa la petición del cliente de que se le entreguen nuevamente las cuentas cuando las haya perdido por un evento imprevisible: "aquellas cuentas que había perdido por fuerza mayor y no por negligencia..." eas rationes, quas casu maiore, non vero negligentia perdidit; y finalmente, en el tercero, se expresa que el cliente podría ofrecer, en un segundo momento, los estados de cuenta con los que ya contaba (es decir no porque los hubiera obtenido del banquero), y que, sin embargo, no había exhibido: "puede suceder que ahora, habiendo conseguido las cuentas, o exhibiéndolas él mismo, o de otro modo, pueda probar", fieri enim potest, ut nunc, rationes vel ipso edente vela lio modo nactus..... possit probare.

47. **[Dig.2.13.10.2. Gaius 1 ad ed. provinc. Edi autem ratio ita intellegitur, si a capite edatur, nam ratio nisi a capite inspiciatur, intellegi non potest: scilicet ut non totum cuique codicem rationum totasque membranas inspiciendi describendique potestas fiat, sed ut ea sola pars rationum, quae ad instruendum aliquem pertineat, inspiciatur et describatur].**

se impone a cargo de los banqueros el exhibir la contabilidad, pero, al mismo tiempo, se introducen determinados límites, a fin de garantizar que la solicitud no ocasione violaciones al secreto bancario.

En fin, la solución propuesta en Derecho Romano, con respecto a las situaciones que podían surgir en este tipo de actividades, quedaba condicionada a la aplicación de los principios generales del derecho, sobre todo en el caso de la fides, entendida como buena fe en las relaciones entre el banquero y el cliente, como consecuencia de las relaciones de confianza que se creaban.

V. REGULACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN CODIFICACIONES MODERNAS

En el Código Civil francés de 1804, la buena fe viene a establecerse de manera aislada⁴⁸, a la luz del artículo 1,134 del code civil, el cual establece que los contratos deben ser ejecutados de buena fe, como una norma imperativa, «*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de **bonne foi***»⁴⁹. De su lado, el artículo 1,135 dispone «*Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore, à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature*»⁵⁰.

El Código francés, de acuerdo con GUZMÁN⁵¹, separa la ejecución de buena fe de las convenciones, por un lado (art. 1,134 inciso 3°) y el círculo de las obligaciones que ellos imponen, mas allá de los expresado por las partes, por otro (artículo 1,135). En

48. «Ad una lettura 'esegetica del testo 1134, quindi, corrisponde una delimitazione del ruolo della buona fede a canone di valutazione del comportamento dei contraenti nella esecuzione delle obbligazioni sorte dall' accordo». R. CARDILLI, *Bona Fides, tra Storia e Sistema*, cit., 72.

49. Art. 1134.- Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley para aquellos que las han hecho. No pueden ser revocadas, sino por su mutuo consentimiento, o por las causas que estén autorizadas por la ley. Deben llevarse a ejecución de buena fe.

50. Art. 1135.- Las convenciones obligan, no solo a lo que se expresa en ellas, sino también a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley dan a la obligación según su naturaleza.

51. A. GUZMÁN BRITO, *La Buena fe en el Código Civil de Chile*, en Revista Chilena del Derecho, Vol. 29 N° 1, Universidad Católica Valparaíso, Chile, 2002, 11-12.

este último no aparece como una consecuencia de la buena fe, haciendo de esta manera obligatorias *“les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature”*. Por lo visto, este cuerpo normativo supone que la equidad, el uso o la ley atribuyen a cada obligación, según su naturaleza, ciertas 'suites', que el referido artículo 1,135 hace también obligatorias para las partes de una convención, por lo que, la naturaleza de la obligación cumple un papel de referencia y medida para las 'suites' que la equidad, el uso o la ley dan a cada obligación.

En cuanto al Código Civil italiano, se declara que los negocios deben ser concluidos, interpretados y ejecutados de 'buena fe'. Esto se consolida en la expresión normativa del código de 1942.

En efecto, dicho código sigue el modelo napoleónico de la regla de ejecución del contrato⁵². Según el artículo 1375, *«il contratto deve essere eseguito secondo buona fede»*; contempla además en el artículo 1366 que *«il contratto deve essere interpretato secondo buona fede»*; pero además establece la buena fe como regla de conducta, manifestando, de esta manera, el deber de corrección que le es exigible, no sólo al deudor, sino también, al acreedor, como dice en el artículo 1,175 *«il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza»*; de igual manera, establece la buena fe en las tratativas y en la formación del contrato en el artículo 1337 *«le parti, nello svolgimento delle trattative nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede»*⁵³; además de verificarse en diversas disposiciones en áreas específicas.

52. Señala GUZMÁN, que en el caso de la codificación italiana es curioso lo sucedido, ya que en el código civil italiano de 1865, en su artículo 1,124 unificaba en una sola disposición los artículos 1,134 y 1,135 C.C. Fr., en los que se baso muy literalmente y si bien no decía de modo expreso que la obligación a más de lo manifestado en el contrato es consecuencia de dicho principio, la unificación permitía llegar a esa conclusión. A. GUZMÁN BRITO, *La Buena fe en el Código Civil de Chile, cit.*, 12.

53. Con respecto a este artículo del código civil italiano FIORI aclara que, la formulación literal de dicha norma induce a pensar que el rol de la buena fe sea esencialmente procedimental. *«in questo senso si era senz'altro diretta la giurisprudenza allorché aveva limitato la portata dell' articolo alle ipotesi di comportamenti scorretti posti in essere in sede di trattative o durante la formazione del contratto allorché quest' ultimo non venga concluso: doveri di informazione, di segretezza, di collaborazione, di custodia, e il dovere di non recedere ingiustificatamente dalle trattative»*. R. FIORI, *Bona Fides: Formazione, Esecuzione e Interpretazione del Contratto nella Tradizione Civilistica, en Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Italia, 2006, 138.

Sin embargo, en el código de 1942, se omite la fuerza integradora que se deriva de la buena fe, estableciendo de esta manera en el artículo 1,374 que: «*Il contratto oblige le parti non solo a quanto en el medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo legge, in mancanza, secondo gli usi e la equita*».

En el Código Civil alemán (BGB), se consagran dos disposiciones sobre la buena fe: el parágrafo 157, que dispone que «los contratos han de interpretarse como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico» y el parágrafo 242, conforme el cual «el deudor está obligado a efectuar la prestación como exige la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico».

WIEACKER señala, que el principio de buena fe (parágrafo 242 del BGB), cumple con las siguientes funciones que el autor identifica en el ordenamiento alemán: es el camino para introducir en el mismo un derecho de tipo judicial, pues el principio sirve para concretar el plan legal de ordenación establecido por el legislador y además, representa una máxima de conducta ético-jurídica⁵⁴.

Ahora bien, en cuanto a las codificaciones latinoamericanas⁵⁵, la manifestación del principio sigue en su mayoría las corrientes desarrolladas por los codificadores europeos. En el caso de Chile, el Código Civil de 1855 dispone, en el artículo 1546, que «*los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente, obligan no sólo a lo que ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella*».

Sobre el origen de esta norma se ha indicado que ANDRÉS BELLO se fundamentó en el contenido de los artículos 1134 y 1135 del Código Civil francés. Se ha precisado al respecto que BELLO, con acierto, plasmó en el artículo 1545 del CC chileno, lo relacionado con el principio de normatividad, es decir, los dos primeros incisos del artículo 1134 del Código de Napoleón. Y reunió en un solo

54. F. WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, traducción de JOSÉ LUIS CARRO, Editorial Civitas S.A., 1977, 49.

55. La notable influencia de los diferentes ordenamientos jurídicos Europeos sobre las codificaciones Latinoamericanas, no sólo en cuanto a buena fe, sino también en otras áreas. Tanto el derecho francés, italiano, español y alemán, entre otros han colaborado al desarrollo que tienen las codificaciones latinoamericanas, aunque aplicadas de acuerdo a la realidad que existe en cada país de América Latina. Por lo que puede observarse directa o indirectamente en los artículos de las codificaciones señalados.

texto (art. 1546 del código chileno), lo relacionado con el postulado de buena fe⁵⁶.

Los comentaristas franceses sostienen que el art. 1135 del código francés no es sino una consecuencia del último inciso del art. 1134, sobre la ejecución de buena fe⁵⁷. Más técnica y precisa fue la estructura normativa dada por BELLO. Dicho autor fue explícito en sostener que, por el hecho de tenerse que ejecutar los contratos de buena fe, obligan a todo lo que emane de la naturaleza de la obligación, o que por *ley o la costumbre* le pertenecen. Además, es bueno resaltar que el código chileno no hace ninguna referencia a la equidad⁵⁸.

El Código Civil argentino de 1869, en su artículo 1198, se limita a establecer que «*los contratos obligan no solo a lo que este formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellos*». Tal artículo fue modificado en 1968, buscando darle una fuerza expansiva al principio de la buena fe, en el que se establecía: «*los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y prevención*».

De acuerdo con CAMPAGNUCCI, de lo anteriormente expresado en esta última modificación se pueden apreciar 3 momentos o tiempos diferentes para juzgar la buena fe: el de la celebración, el de la interpretación, y el de la ejecución, para lo cual se adiciona la circunstancia en que se negocia, es decir el medio ambiente donde se produce la virtualidad contractual⁵⁹, por lo que, según el autor la regla debe ser llevada al periodo contractual, es decir al respeto de la palabra empeñada y el no defraudar la confianza suscitada en una manifestación de voluntad o conducta durante las tratativas del contrato. Además, que la conducta de ejecución y cumplimiento del contrato debe ajustarse a las circunstancias que lo rodean.

Respecto al caso de la República Dominicana, es bueno aclarar que nuestro Código Civil es prácticamente una traducción al español

56. A. GUZMÁN BRITO, *La Buena fe en el Código Civil de Chile*, cit., 11y ss.

57. R. CARDILLI, *Bona Fides, tra Storia e Sistema*, cit., 72.

58. A. GUZMÁN BRITO, *La Buena fe en el Código Civil de Chile*, cit., 16.

59. RUBEN H. CAMPAGNUCCI DE CASSO, cit., p. 173.

del Código francés napoleónico de 1804⁶⁰. El principio de la buena fe, al igual que el código civil napoleónico, se encuentra establecido dentro de la sección que tiene que ver con el efecto de las obligaciones, en las disposiciones generales.

En dicha codificación se encuentra estipulado de la siguiente manera: artículo 1134.- «*Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley para aquéllos que las han hecho. Sólo pueden ser revocadas por su mutuo consentimiento o por las causas que autorice la ley. Deben ser ejecutadas de buena fe*»; luego encontramos el artículo 1135.- «*Las convenciones obligan, no sólo a lo que se expresa en ellas, sino también a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley dan a la obligación según su naturaleza*». También dicho principio se encuentra establecido en cuanto pago en general art. 1240 y siguientes, cuasicontratos art. 1380 entre otros.

VI. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE COMO FUNDAMENTO DE LOS DEBERES SECUNDARIOS DE CONDUCTA EN EL SISTEMA MONETARIO Y FINANCIERO CONTEMPORÁNEO

La confianza es la base fundamental del sistema financiero. Es por ello que la relación entre una entidad bancaria y su cliente da lugar al surgimiento de lazos de confianza de la que emergen deberes a cargo de la entidad, dentro de los cuales podemos mencionar: el deber de informar, asesorar lealmente al cliente, guardar secreto, proteger los datos a ella suministrados, entre otros. Esa confianza a la que nos referimos tiene su base en el principio de la buena fe y acarrea para el cliente también obligaciones⁶¹.

60. La ley en sentido formal, constituye la fuente del Derecho dominicano sobre la que el Derecho francés ejerció mayor influencia hasta el 1884. Pero que desde entonces, salvo el código de procedimiento criminal, derogado a su vez por el código de procedimiento penal, se encuentran vigentes las traducciones y adaptaciones al español de los demás cuerpos legales napoleónicos; ósea del código civil, el código penal, el código de comercio y del código de procedimiento civil, aunque ya sean presentado proyectos de modificaciones de los códigos anteriormente mencionados, los cuales aun se encuentran en discusión para su promulgación. V. CASTELLANOS, La Influencia del Derecho Frances sobre el Derecho Dominicano, en Roma e America, Diritto Romano Comune, Rivista di Diritto dell' Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina, 25/2008, 19.

61. En este sentido, PRATS dice que la legislación dominicana en su Ley Monetaria y financiera acoge dicho precepto, aún no siendo de manera expresa, estableciendo así el secreto bancario y los deberes de las entidades de intermediación financiera con relación a la protección de los derechos de los usuarios financieros. Dicha ley establece todo un sistema de protección al usuario que, como parte del sentido general del régimen de gobierno corporativo,

El derecho bancario o de los mercados financieros es una rama del Derecho en constante formación, en la que, los principios generales del Derecho ocupan un lugar central en su sistema de fuentes, en el que se destaca el principio de la buena fe. En el mercado financiero esta cumple las tres funciones que la doctrina destaca de los principios generales del Derecho: fundamenta la ordenación financiera, orienta la labor de interpretación de la ley y suple las lagunas de la misma.

En este sentido, si bien ciertas normas imponen diferentes tipos de obligaciones o deberes en las relaciones jurídico-privadas, principalmente cuando el ordenamiento estima que el cliente está necesitado de un nivel de protección más elevado, entendemos que esos deberes, a falta de norma expresa, podrán derivarse de las normas generales contenidas en los códigos civil y de comercio, que consagran el principio de la buena fe como norma objetiva que debe presidir la ejecución de los contratos⁶².

En fin, las buenas prácticas bancarias a las que en muchos instrumentos de regulación bancaria hacen referencia, en muchas ocasiones, no son más que manifestaciones del principio de la buena fe, en el cumplimiento de los contratos bancarios⁶³.

En este sentido, el principio de la buena fe encuentra una de sus principales manifestaciones en el reconocimiento, en determinados casos, de un deber de información, a cargo de ambas partes. En efecto, si bien es cierto que en la mayoría de las investigaciones se habla sobre las informaciones prestadas por las entidades bancarias, los clientes están igualmente sujetos a importantes obligaciones de información⁶⁴.

asegura que las entidades en sus relaciones con el cliente se atengan a mejores prácticas y a los códigos de conducta aprobados por sus órganos internos. E. J. PRATS y O. VICTORIA CONTRERAS, *Derecho de la Regulación Monetaria y Financiera*, Santo Domingo, 2008, 28.

62. Como es el caso de la consagración de dicho principio en las diferentes codificaciones, tanto Europeas como Latinoamericanas.
63. Es que de acuerdo con FERRANDO, la buena fe en el ámbito de la contratación, como elemento clave en el control de las condiciones generales de la contratación, además de servir para determinar el cumplimiento de las exigencias formales de inclusión de las mismas, se muestra como uno de los requisitos –junto con el justo equilibrio de las contraprestaciones– que deben reunir dichas condiciones para no ser calificadas como abusivas. M. FERRANDO VILLALBA, *La Información de las Entidades de Crédito*, Valencia, 2000, 128.
64. Por lo que, la información prestada por el cliente sirve para que la entidad pueda apreciar su nivel de conocimientos sobre el funcionamiento del sector, y de esta manera, delimitar la extensión de sus obligaciones de asesoramiento e información.

Ahora bien, el deber de informar no se aplica de manera absoluta. Puede verse limitado por un sinnúmero de aspectos, ya que la información que se maneja en las entidades bancarias, en su mayoría, son informaciones de carácter personal, que deben ser protegidas para que exista un buen funcionamiento y manejo de los datos de los individuos⁶⁵.

Estas limitaciones que se plantean al deber de información, por parte de las entidades bancarias se encuentran complementadas con otros deberes que tienen que ser cumplidos por estas, los cuales la doctrina ha llamado deberes secundarios de finalidad negativa⁶⁶, ante el derecho que tiene el usuario a que se respete su intimidad⁶⁷, implicando la seguridad de los datos como el resultado de un deber del banco, dada la naturaleza de la información con que trabaja, lo cual viene relacionado con la confidencialidad de la información y su protección.

65. Cabe señalar, que en la mayoría de legislaciones que regulan las actividades financieras, la transparencia constituye uno de los ejes fundamentales para el buen desenvolvimiento de las mismas. Si bien es cierto que el objetivo de la transparencia, en sentido general, es asegurar las condiciones para que en el mercado financiero exista un adecuado sistema de información, que compense las asimetrías y permita determinar los precios de un modo más eficiente. Para el profesor INZITARI existen otros aspectos que al igual que la información son necesarios para asegurar la tutela real de los consumidores de productos financieros. Y dicha posición al parecer también es acogida por la doctrina alemana. Según INZITARI «*parte della dottrina ha correttamente osservato che tale significato non risulta pienamente soddisfacente, soprattutto in considerazione dell'esperienza tedesca, di livello più avanzato della nostra, dalla quale "emerge, infatti, che non è sufficiente fornire al cliente un'informazione veridica e completa sulle condizioni del rapporto, ma è altresì necessario che il contratto nel suo complesso sia formulato in modo chiaro, tale che il suo significato e gli effetti che possono derivare dalle singole clausole, siano comprensibili per il cliente medio"*». In altri termini non pare sufficiente garantire l'informazione della clientela attraverso la pubblicità delle condizioni di credito, bensì, per assicurare una reale tutela dei consumatori, è necessario preoccuparsi anche della "comprensibilità" per l'uomo medio del messaggio contenuto negli avvisi esposti al pubblico». BRUNO INZITARI, *La Forma e le Patologie dei Contratti Bancari*, disponible en: www.csm.it/quaderni/quad_94/qua_94_21.pdf. Consultado el 22 de octubre del 2010. Para ver ampliamente remitimos al estudio de R. LENER, *La Tutela del Consumatore di Servizi Bancari*, en Roma e America, Diritto Romano Comune, Rivista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina, 11/2001, 19.
66. Señala la doctrina, que los deberes secundarios de conducta se pueden clasificar en atención a su finalidad en dos grandes categorías: deberes secundarios de finalidad negativa, como los deberes de protección, cuyo objetivo es impedir que se produzcan lesiones o menoscabos en los intereses personales o patrimoniales de los contratantes; y deberes secundarios de finalidad positiva, que están destinados a complementar a los deberes de prestación con el fin de que su cumplimiento se realice adecuadamente, ejemplo de los cuales serían los deberes de información, colaboración, consejo o fidelidad, entre los más relevantes. El planteamiento señalado por el profesor LORENZETTI tiene su fundamento en la clasificación, que ya es clásica, de EMILIO BETTI. R. LORENZETTI, *Esquema de una Teoría Sistemática del contrato. En contratación contemporánea*, tomo I, 2002, 22.
67. Con las limitaciones que se plantean al ejercicio del derecho a la información bancaria lo que se busca es proteger la intimidad de la persona y la protección de sus datos, ya que según

Como consecuencia de la protección de los datos de las personas y la confidencialidad (Deber de secreto), es que el derecho a la información bancaria se encuentra limitado. Esta limitación a la vez está vinculada con la obligación que deben observar las entidades de intermediación financiera con respecto a sus clientes y cuando estas no cumplen con su deber pueden comprometer su responsabilidad y ser objeto de sanciones.

En el caso República Dominicana, las obligaciones que tienen las entidades de intermediación financiera de proteger los datos que reposan en sus archivos, tiene su base en lo que establece la Ley Monetaria y Financiera, la cual estipula: «*El personal de la administración monetaria y financiera, que en virtud de sus funciones tenga acceso a información de carácter confidencial y privilegiada, tendrá la obligación de observar total discreción*»⁶⁸.

Es por ello que los miembros de la administración monetaria, al igual que las personas que trabajan en las entidades bancarias, deben proteger los datos que de manera lícita se encuentran en ellas, ya que, es un deber de ellos mantener el buen desenvolvimiento y funcionamiento de los servicios que ofrecen⁶⁹.

VII. CONCLUSION

Como hemos señalado en el transcurso de este escrito, el principio general de la buena fe se ha convertido en la piedra angular del Derecho Privado Moderno, desde su aparición en el Derecho Romano, con cimientos en la *fides*, donde era utilizado en múltiples

lo que establece SEPULVEDA «*el derecho a la intimidad es consubstancial del individuo en cuanto le pertenece por el simple hecho de estar provisto de personalidad*». Es decir, que la protección a la intimidad del usuario, que debe brindar la entidad le viene dada por el hecho de tener personalidad. J. GONZÁLEZ SEPULVEDA, *El Derecho a la Intimidad Privada*, Chile, 1972, 79.

68. Ley No. 183-02, MONETARIA Y FINANCIERA, Santo Domingo, República Dominicana, 2002, art. 8.
69. En República Dominicana, además de la ley monetaria y financiera, la ley que regula las sociedades de información crediticia y de protección al titular de la información establece que, dichas entidades además del deber de secreto o reserva, deberán adoptar las medidas necesarias para la protección de sus datos. Por lo tanto, es una obligación que dicha ley le impone a las entidades bancarias o crediticias para que estas asuman la actividad que realizan con responsabilidad, ya que estas forman parte importante de la actividad económica de una nación, por estas y otras razones es que deben mantener un equilibrio en sus actividades y dependiendo de cómo sean sus actuaciones se ganan la admiración del público que depositan en ellos su confianza.

variantes de la vida social, económica, política y religiosa de la sociedad de esa época, hasta llegar a nuestros días, convirtiéndose especialmente en todo un principio rector del derecho contractual.

Es así, como vemos en el caso del ejercicio de la banca romana y de las operaciones que se desenvuelven en esa área, que la buena fe desempeña un importante papel en la formación, ejecución y posterior interpretación de las obligaciones asumidas por las partes en el contrato.

La solución propuesta en el Derecho Romano, respecto a las situaciones que podían surgir en este tipo de actividades, quedaba condicional a la aplicación del principio de la buena fe, sobre todo en el caso de la *fides*, entendida como buena fe en las relaciones entre el banquero y el cliente, como consecuencia de los vínculos de confianza que se creaban.

Por un lado, notamos cómo esa buena fe ejerce un rol verdaderamente importante en operaciones de tipo bancario, tal es el caso del depósito, en el que en fragmentos como *D.16.3.24.*, resaltan una de las funciones que ejerce dicho principio, que es integrar obligaciones al contenido del contrato, situación evidenciada por Quinto Mucio Escévola y resaltada por el jurista Cicerone en *Cic. off. 3. 17. 70.*

Pero esta fuerza integradora también se manifiesta en obligaciones adicionales, o, como la doctrina moderna las ha llamado, deberes secundarios que, más allá de ser obligaciones o deberes secundarios, constituyen aspectos inherentes al contrato, ya que estos se podrán verificar desde la formación del contrato y durante toda la negociación, por lo que es un factor importante para definir la contratación y la protección de las partes en su formación y ejecución, tal y como fue palpable en los pasajes analizados en este estudio (*D.14.3.11.5* y *D.2.13.10.2.*).

Por otra parte, en el derecho moderno, las obligaciones de información tienen su reflejo en aspectos como el control de las condiciones generales de la contratación, donde se plasman en la obligación de entregar la documentación contractual, que debe redactarse de forma clara, sencilla y ser susceptible de comprensión directa. La ausencia de información configuraría un abuso de la entidad con respecto al contratante, cuando, siendo necesaria, conforme a la naturaleza del contrato y las circunstancias que concurren

en el consumidor, no sea proporcionada por el profesional, en contravención del principio general de la buena fe.

Ahora bien, los deberes secundarios de conducta desempeñan una trascendental labor en la contratación moderna. Con ellos se asegura el cabal cumplimiento de la finalidad común perseguida por las partes y se contribuye a hacer más efectivo el anhelado equilibrio que debería procurarse que existiera entre los contratantes. Estos deberes se refieren, no solamente en cuanto transmitir información, sino también al secreto y protección de los datos, con los que se busca proteger dicha información, la cual podría ser objeto de mal uso.

Ya que hoy en día debido al incremento de las tecnologías y de personas que desean acceder a la información y al tratamiento electrónico de los datos, las entidades bancarias, aunque cuentan con los mecanismos establecidos por la ley para asegurar los antecedentes que allí se encuentren, deben afianzar los derechos y garantías de los consumidores, para que no se lleguen a manipular de manera perjudicial en contra de sus clientes, que confían en la buena administración y manejo de estas instituciones. Estos, a su vez, amparados desde mi punto de vista en el principio general de la buena fe.

Finalmente, resulta oportuno observar que en el caso de la República Dominicana, notamos que en su código civil, si bien establece el principio de la buena fe, la misma sigue la corriente del código civil francés, instituyendo dicho principio en que los contratos deben ser ejecutados de buena fe como una norma imperativa. Esto, de acuerdo al análisis histórico dogmático que hemos realizado, dejaría fuera del alcance, a la hora de su posterior interpretación, aquellas posibles obligaciones a la que las partes estarían sujetas a cumplir, puesto que, dicho código sólo indica el principio de la buena fe a la hora de la ejecución del mismo.

Por supuesto, este planteamiento puede ser objeto de interpretaciones jurídicas subjetivas y generar diferentes opiniones. Desde una óptica crítica, sería bueno destacar que para una relectura de la modificación aprobada por la Cámara de Diputados sobre el proyecto de ley con las innovaciones a dicho código, se pudieran introducir otras variaciones al establecimiento del principio tratado, tal y como se ha hecho en países de tradición Romano-germánica:

Chile, Colombia, Argentina, Italia, Alemania, entre otros, no sólo en su ejecución, sino también desde la formación e interpretación del contrato. De esta manera, se pudiera ampliar el ámbito de aplicación del mismo, y, por consiguiente, estaríamos a la vanguardia en cuanto al tema de las obligaciones y/o contratos con muchos de los países de América latina y Europa. Así, en caso de carencia de disposiciones que reglamenten una situación en específico, la misma vendría a suplir las lagunas del sistema. Esto por igual sería necesario tomarlo en cuenta en la regulación bancaria, ya que, si bien es cierto que se encuentran establecidos los deberes y/o obligaciones impuestos a las entidades bancarias, los mismos derivan del principio de la buena fe.