

**RESPONSABILIDAD Y DUPLICIDAD FORMULARIA:
LOS CASOS DEL DEPÓSITO Y EL COMODATO EN
ÉPOCA CLÁSICA**

ALFONSO CASTRO SAÉNZ
Sevilla - España

RESPONSABILIDAD Y DUPLICIDAD FORMULARIA: LOS CASOS DEL DEPÓSITO Y EL COMODATO EN ÉPOCA CLÁSICA.

1. PREÁMBULO.

No es este un trabajo sobre el comodato¹ y el depósito², sino sobre un aspecto de los mismos –el de la responsabilidad–, relevante, en cualquier caso, no sólo porque a través de él se perciban más claramente los ángulos de proximidad y lejanía de ambas figuras, por lo general estudiadas la una detrás de la otra en las obras de conjunto³, sino porque nos sitúa necesariamente ante una de las cuestiones más debatidas e interesantes –más sorprendentes a primera vista también– del derecho procesal romano: el de la duplicidad formularia. De la existencia de dos acciones para el *depositum*, una más antigua *in factum* y otra más moderna *in ius*, no existe duda alguna. Cuestión diferente es el tema de la duplicidad del comodato, que sólo cabe calificar aquí de *presunta*, al menos para buena parte de la época clásica: se ha discutido mucho sobre su existencia⁴ y, entre los que la han defendido, sobre su naturaleza⁵; aún se discute sobre ello⁶. Por todas estas razones comenzaré centrándome en el caso del depósito, discutiendo los aspectos más oscuros de una duplicidad de fórmulas que en sí misma no puede ponerse en duda, abordando qué pudo significar en la substancia de la figura la distinción procesal entre depósito como *factum* y depósito como *ius ex fide bona*. Sólo entonces pasaré a ocuparme del controvertido caso del comodato, comparándolo con el del depósito. Por razones de tiempo en la exposición oral sobre la que se asienta este trabajo, por razones del espacio mismo que juzgo razo-

¹ Vid. especialmente sobre la figura PASTORI, *Il comodato nel diritto romano* (Milano 1954), con un completo tratamiento; recientemente CERAMI, *Il comodato*, (Madrid 1994), 301 ss.

² Sobre la evolución de la figura vid. sobre todo ROTONDI, *Contributo alla storia del contratto di deposito nel diritto romano, Scritti giuridici*, 2 (Milano 1922), 1 ss., reunión de dos artículos previos: *Le due formole classiche dell'actio depositi*, *RISG*, 45 (1908), 3 ss. y *Appunti sulla teoria romana del deposito*, <Filangieri>, 34 (1909), 271 ss.; C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il deposito* (Milano 1946); BERGER, s.v. *Depositum, depositum irregulare*, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (Philadelphia 1953), 432; BONIFACIO, s. v. *Deposito (diritto romano)*, *NNDI*, V (1960), 495 ss.; ASTUTI, s.v. *Deposito (diritto romano e intermedio)*, *EdD*, 12 (1963), 212 ss.; GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana* (Milano 1976); HERRERA BRAVO, *El contrato de depósito en el Derecho romano* (Granada 1987); para su supervivencia y evolución posterior vid. NEGRI, *Deposito nel diritto romano, medievale e moderno*, en *Digesto. Discipl. Privatistiche. Sez. Civile*, 5 (1989), 219 ss.; recientemente PANERO, *El depósito*, en *Estudios Murga*, cit., 251 ss., en un artículo muy completo en el tratamiento de fuentes y bibliografía. Puede consultarse también, si se desea, CASTRO, *Consensualidad, naturaleza y régimen en el depósito romano y su evolución posterior en derecho español* (Sevilla, 2001).

³ En la doctrina española vid. entre otros muchos, a modo de ejemplo, IGLESIAS, *Derecho romano. Historia e instituciones* (1958, Barcelona 1993), 11ª ed. (hay ya 12ª ed., de 1999, pero tristemente sin referencias bibliográficas, que, lejos de actualizarse, se amputan), 363-364 y 364 ss.; FERNÁNDEZ BARREIRO & PARICIO, *Fundamentos de derecho privado romano* (Madrid 1997), 3ª ed. (hay ya 4ª, de 2000), 353 ss. y 358 ss. Están, sin embargo, claramente separados por D'ORS, *Derecho privado romano* (Pamplona, 1989), 7ª ed., 461 ss. y 521 ss. (hay ya 9ª ed., de 1997, con la colaboración de X. D'Ors), merced a su diferenciación entre *creditum* y *contractus*, enunciada emblemáticamente, entre otros estudios, en *idem*, <Creditum> y <contractus>, *AHDE*, 26 (1956), 183 ss. -vid. *ZSS*, 74 (1957), 76 ss-.

⁴ Vid. *infra* n. 44.

⁵ Vid. *infra* nn. 44-45.

⁶ En prensa está en estos momentos el último trabajo sobre el tema de PARICIO, <Actio commodati>, en *Studi Talamasca*, probablemente el autor que más atención ha dedicado a la cuestión, estudio que lamentablemente no ha podido ser utilizado para estas páginas.

nable, me limitaré al análisis de la cuestión en la época clásica, básicamente en el lapso de tiempo que media entre las actividades de Labeón y Gayo, que es cuando la cuestión de la duplicidad adquiere su especial relevancia desde el punto de vista técnico.

2. IRRELEVANCIA DE LAS FIGURAS EN EL DERECHO ANTIGUO: SU AJURICIDAD FISIOLÓGICA Y SU INEXISTENCIA PATOLÓGICA.

Comodato y depósito nacen a la vida jurídica en plena época clásica; bajo las XII Tablas sus realidades fácticas se substancian únicamente por la vía patológica⁷, engullidas bajo la sombra inmensa del *furtum*⁸. O por decirlo de otra forma, sólo adquieren relevancia jurídica bajo el prisma decenviral cuando la cosa dada en custodia o prestada en uso no se devuelve. Ahí radica, precisamente, la diferencia entre la más inmanente *amotio rei* y la flexible *contrectatio*, cuyo tránsito resulta difícil de delinear –sobre todo cronológicamente– pero que probablemente cabe encontrar ya presente en el derecho antiguo.

En aquel derecho magmático de tan escasos perfiles sólo la *successio* y su objeto la *hereditas* parecen hallar un acomodo acabado; en el seno de una sociedad obsesionada por la idea de la permanencia en nada puede sorprender esta circunstancia. Conseguida ya la diferencia entre posesión y propiedad, sólo existe un derecho real relativo, el de servidumbre, y dos formas de obligarse: *datio* y *stipulatio*. El derecho arcaico responde en todas sus escasas figuras a los dos troncos genéticos de creación jurídica: la posesión y la forma. De la primera derivan servidumbre y propiedad, *traditio*, *occupatio* y *usucapio* como modos de adquirirla, la *datio* y el *furtum*, así como la *successio* en sentido estricto y la *pro herede gestio*; de la segunda, la *actio per sacramentum* –y el resto de las acciones de la ley–, el *testamentum*, la *cretio*, la *mancipatio* y la *sponsio*, aparte de la *in iure cessio*⁹.

Rito y acto, posesión y proceso. En ese magmático repertorio de figuras decenvirales depósito y comodato no aparecen individualizados: no existen sino socialmente o por la vía del conflicto, pero el conflicto no los autonomiza.

⁷ Esta circunstancia es común a otras culturas de la Antigüedad, especialmente en el caso del depósito; cfr. fundamentalmente los siguientes textos de la tradición jurídica babilónica: Leyes de Esnunna, 36-37; Código de Hammurabí, 120-123-124-125; hasta cierto punto, también Edicto de Ammisaduqa, 5 y desde luego las Leyes asirias medias, tablilla A 6 y tablilla C 9-10. Existe de todos estos cuerpos normativos una cuidada edición anotada con traducción española a cargo de SANMARTÍN, *Códigos legales de tradición babilónica* (Barcelona 1999), en el ámbito de esa espléndida iniciativa cultural de Trotta. Edicions de la Universitat de Barcelona que son los *Pliegos de Oriente* –serie, en concreto, del Próximo Oriente–, a cargo de Gregorio del Olmo Lete.

⁸ No cabe duda acerca de la no autonomización procesal de la figura del *depositum* en esta época; cfr., en cualquier caso, ROTONDI, *o.c.*, 1 ss.; BONIFACIO, *o.c.*, 496; GANDOLFI, *o.c.*, 46-51. En la línea que aquí defendiendo puede consultarse entre la manualística moderna FERNÁNDEZ BARREIRO & PARICIO, *Fundamentos*, *cit.*, 432.

⁹ Probablemente dibujada –al menos de forma definitiva– por la *interpretatio* pontifical; CHURRUCA, *Introducción histórica al derecho romano* (Bilbao 1994), 7ª ed. revisada en colaboración con Mentxaka, 93, habla al respecto de *interpretatio* jurisprudencial republicana, sin concretar. Que la figura pertenece al campo del derecho civil es evidente; que tal tarea de adaptación primigenia creando la institución fue efectuada por los pontífices y no por juristas laicos casi seguro: sólo así puede entenderse la apreciación –quizás inexacta, al confundir la parte y el todo– contenida en *Frag. Vat.* 50, que la contempla junto a la *mancipatio* presente en las XII Tablas.

Socialmente se dan depósitos y préstamos en uso que carecen de relevancia en las Tablas, y el incumplimiento de la obligación (en principio no jurídica: al menos en pureza, no autónomamente jurídica) de devolver acarrea la comisión de un delito perseguible por la *actio legis per postulationem* (luego ya por la *actio furti* independizada). Su ajuricidad es fisiológica, pero también patológica, o para ser más exactos: la ajuricidad en el plano fisiológico corresponde a su inexistencia patológica, porque en la no devolución de una cosa dada en custodia o prestada en uso no hay un depósito o un comodato vulnerados, sino un hurto. Cuando se entrega en custodia cabe hablar de depósito, sólo que esto no tiene una significación jurídica, pero cuando la cosa no se devuelve lo que hay es un hurto. Frente a la situación fáctica de comodato o depósito en tales entregas cabe hablar, en la no devolución, de una situación jurídica: de *otra* situación.

Tal estado de cosas desaparecerá con la mercantilización que la sociedad romana experimenta a pasos agigantados a partir del siglo III a.C., mercantilización que coincide (¿que es en buena medida?) con la helenización que se abre paso entre las clases privilegiadas romanas y sus imitadores en la burguesía más modesta. La consecuencia jurídica de estos cambios sociales y económicos es el Derecho de gentes. En más de un sentido, Derecho de gentes y mercantilización de la vida jurídica vienen a significar, en planos distintos pero adyacentes, conceptos equivalentes. Pero la evolución continúa, en tránsito hacia realidades más consumadas. Si cabe unir Derecho de gentes y mercantilización de las estructuras económicas tal debe hacerse con el Derecho honorario y la mercantilidad. Un fenómeno que termina por coagular en una amplia, diáfana realidad.

3. LA DUPLICIDAD FORMULARIA.

3.1. Duplicidad formularia extrínseca e intrínseca.

Los tratamientos institucionales –queda dicho ya- suelen aproximarse a depósito y comodato como figuras de una gran cercanía. Desde la objetividad que pueda traslucirse del esquema edictal en época clásica tal aproximación es errónea. Fiducia y depósito; prenda y comodato: he ahí los paralelismos más adecuados. Las dos primeras figuras aparecen en el edicto XIX consagrado a los juicios de buena fe, extra-yéndolos así del terreno no oficial de los arbitrajes privados; las dos segundas en el XVII, que acoge a las figuras crediticias y cuasicrediticias, defendidas desde el viejo parámetro de la adaptada *actio legis per conductionem*. Las diversas figuras contenidas en el título XIX se edifican sobre el modelo que suministra la *actio fideiucie* y, especialmente, sobre la *actio venditi* y la *actio empti*, en las que ya se habla expresamente de buena fe, sin que haya que tenerla por implícitamente reconocida con fórmulas más vagas (más arcaicas); se caracterizan por la bilateralidad y el efectivo poder del consentimiento; el depósito –la *actio depositi in ius*– pertenece a este grupo de acciones *in ius* de buena fe y responde –cómo no hacerlo– a idéntico grupo de caracteres. Las que se ubican en el título XVII, sin embargo, vienen a ser defendidas/creadas por la *condictio*, molde característico de lo que luego se ha venido en llamar acciones *in ius* de derecho estricto, o bien por acciones *in factum* edificadas directamente sobre el patrón que ofrece aquélla; se caracterizan por la unilateralidad que deriva del perfeccionamiento en virtud de la entrega, y el consentimiento resulta necesario (en tanto que es ontológicamente inevitable), pero no suficiente por sí mismo; la *actio pigneraticia* y la *actio commodati* responden a este esquema.

Hasta aquí no hay mayores problemas y no los habría si Gayo no nos hablase de una duplicidad formularia en los casos de depósito y comodato y no fuese ésta confirmada rastreando en las fuentes. Se trata de una duplicidad intrínseca, que deriva del *iter* genético de las figuras y percibe la realidad jurídica de la institución desde dos vertientes que le son, al menos en principio, igualmente propias: el acuerdo y la entrega. Existe, no obstante, una duplicidad formularia extrínseca, *entendiendo por tal, no la posibilidad de defender una situación jurídica con diversos instrumentos -lo que no sería en sí mismo relevante-, sino la consideración de la misma desde dos perspectivas distintas*, y utilizo el término <perspectiva> oponiéndolo al de <vertiente>, anteriormente utilizado (para el caso del depósito), como lo externo se opone a lo interno o el punto de vista del que observa (el magistrado) al objeto observado (la institución), y que se hace particularmente expresivo en el caso de la *fiducia*: de este modo, cuando la fiducia se mira en lo que de substantivo o específico hay en ella y se ejercita la *actio fidei iudicis*, lo que se está defendiendo es el acuerdo (*eso* es en puridad la fiducia) de garantizar y devolver transmitiendo la propiedad de un bien, por lo que la acción se desdobra en ida y vuelta por primera vez en la historia procesal romana; cuando la fiducia se mira, no en virtud de sí misma, sino en función de la entrega –de la dación–, se concibe como *causa –datio ex fiducia–* y se utiliza la *condictio*.

Quedémonos en esta comparación (breve) entre duplicidades –de la que dejo fuera al comodato, por lo que luego se verá¹⁰– con un dato generalmente obviado: si la *actio fidei iudicis* defiende el acuerdo –la *fiducia*– (si la *actio venditi* defiende el acuerdo de compra), ¿qué es lo que defiende la *actio depositi in ius*, dotada en su fórmula con cláusula *ex fide bona* como las anteriores? ¿La entrega? Quizás convenga replantearse, en primer lugar, la naturaleza real del depósito defendido *in ius* –es decir, del depósito como *contractus*– y, en segundo lugar, el significado y último alcance de la duplicidad formularia en el caso en que es meridianamente claro: el caso del depósito. Hablar de depósito *in ius* o de depósito *in factum* equivale a hablar de contrato de depósito o de situación de depósito en el moderno derecho; nuestro Código civil, convenientemente interpretado¹¹, los recoge por separado: el depósito como hecho se substancia en el hecho del depósito (de la entrega)¹²; el depósito como contrato en el acuerdo (he ahí el contrato) de depósito¹³. El primero es de naturaleza real; el segundo, consensual.

3.2. Aproximación a la *actio depositi in factum*.

Convendrá ahondar en la evolución que experimenta, desde el punto de vista procesal, la figura del depósito hasta su completa juridización: hasta su conversión en *ius*. La acción *in factum* para el depósito es de imprecisa ubicación cronológica; como muy tarde surge en un edicto probablemente de los años 100-80 a.C., completado, como muy tarde también, por otro del año 50 a.C.¹⁴ Esto significa, justamente, que aparece entre la época de predominio muciano –en que Quinto Mucio fue pretor

¹⁰ Vid. *infra* & 3.5 y 6.

¹¹ JORDANO BAREA, *La categoría de los contratos reales* (Barcelona, 1958).

¹² Art. 1758 C.c.

¹³ Art. 1760 C.c.

¹⁴ Ésta es la datación de BURILLO, *Las fórmulas de la <actio depositi>*, *SDHI*, 28 (1962), 233 ss., en concreto 248-249, que debe tenerse como fecha límite de creación y que es, en sí misma, sostenible.

además¹⁵- y la de preponderancia serviana –en la que también Servio Sulpicio desempeñó la pretura¹⁶-, aunque hay quien ha querido extender este último límite, en mi opinión no convincentemente, a tiempos de Sabino¹⁷.

La concesión de la *actio in factum* como primera protección jurídica del depósito se debe a la conjunción de dos circunstancias: su inexistencia jurídica en la compilación decenviral y la necesidad de proteger un *factum* –la entrega- en caso de que se produjese la negativa dolosa por parte del –ahora- depositario en orden a la devolución del objeto. Esta acción, que substituye a la *actio furti* que protegía al poseedor depositante, conserva ciertos rasgos penales de ésta¹⁸: la noxalidad, la intransmisibilidad pasiva y el carácter infamante de la condena, pues se parte de la base de la actitud dolosa del depositario. Al centrarse la atención necesariamente sobre la *datio* o, para ser más precisos, sobre la *positio rei*¹⁹, queda obviado como esencial el elemento en substancia consensual de la buena fe.

He ahí el tránsito entre un depósito ajurídico defendido en su patología como hurto por la *actio furti* y un depósito juridizado defendido en virtud de la entrega para custodia por una *actio in factum*. Entre perseguir el *factum* del *furtum* y proteger el *factum* de la *datio* media la diferencia entre la patología y la fisiología de las relaciones humanas, un punto de partida diferente, un reencuadramiento de las estructuras procesales en pos del enriquecimiento de las formas jurídicas: de la normalización.

3.3. Aproximación a la *actio depositi in ius*.

Tres son las causas que terminan provocando la aparición de la cobertura *in ius*:

- ✓ la flexibilización que, desde el propio abanico de posibilidades procesales que suministra el entramado de la acción *in factum*²⁰, acomete Labeón respecto del concepto de *reddere*²¹, básico en la fórmula de la acción²², que está presente en diversos textos jurisprudenciales²³ y es extensible incluso a época tan

¹⁵ En el 95 a.C. era cónsul y probablemente antes pontífice.

¹⁶ Año 65 a.C.; en el 51 a.C. fue cónsul.

¹⁷ TAUBENSCHLAG, *Zur Geschichte des Hinterlegungsvertrages im römischen Recht*, en *Grunhut's Zeitschrift*, 34 (1907); 35 (1908), 701, sostiene que la primera parte del citado edicto que introduce la fórmula *in factum* es no anterior a Quinto Mucio y la segunda no posterior a Sabino, como recuerda el propio BURILLO, *o.c.*, nt. 41.

¹⁸ Hay un resumen de estas cuestiones en FERNÁNDEZ BARREIRO & PARICIO, *Fundamentos*, *cit.*, 358 ss.

¹⁹ Términos que no son, en cualquier caso, intercambiables, debido a los matices del término *de-positio*; vid. CASTRO, *Consensualidad, naturaleza y régimen*, *cit.*, con bibliografía al respecto.

²⁰ Desde luego ASHER, *Die Depositumsklagen des klassischen römischen Rechts*, en *Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess*, 22 (1865), 310, opina que la paulatina ampliación de la acción por el hecho fue aproximándola a las acciones de buena fe que tutelaban los contratos, lo que facilitó con el tiempo la aplicación de una fórmula *in ius* también al *depositum*. Su afirmación de que, creada ésta, la *actio depositi in factum* siguió siendo la más importante no termina de ser rechazable, pero creo que tampoco se asienta sobre bases inapelablemente firmes.

²¹ Equiparando la devolución en malas condiciones a una no devolución; entendiendo incumplido el deber de custodia en caso de testamento leído por el depositario en público antes de tiempo; etc.

²² Para lo cual vid. Gai. 4, 47

²³ Textos de Ulpiano *ad edictum*: D. 16, 3, 1-16; D. D. 16, 3, 38; textos de Labeón (*6 inst.*): D. 16, 3, 34.

tardía como la de Neracio²⁴, sólo un poco mayor que Juliano²⁵, cada vez más próxima, en definitiva, a los principios de la confianza y la buena fe sobre los que se asienta la figura prejurídica de depósito.

√ el ahondamiento en el camino abierto por la juridización, inevitablemente en la carne de una acción de buena fe, del *mandatum*, último de los cuatro contratos primigenios que alcanzó tal consideración, con el que el *depositum* comparte fundamentos y estructura²⁶.

√ las ventajas de todo tipo que proporciona la cobertura *in ius* en la flexible textura de la *bona fides*²⁷.

Cabe preguntarse cuándo se produjo la definitiva innovación. Conviene en cualquier caso ser prudente en estos casos: entre un presente que coagula y aún no es futuro y otro hecho ya futuro permanentemente media la diferencia que separa lo que está siendo de lo que es. Por ello, hay que distinguir en el nacimiento de una acción dos momentos o períodos de datación: el período *itinerante*, en que la acción todavía está cuajando en los edictos translativos de los pretores, y el período de *implantación definitiva*, cuando la acción se repite inexorablemente, por su éxito, en el programa electoral de cualquier candidato a la pretura. Cuestión derivada, que merece una mayor atención, es el intento de fijación cronológica de la acción *in ius* para la figura. En el caso del depósito se ha defendido incluso la posible existencia de la acción *in ius* para la época republicana²⁸; ello supondría un –indudablemente– sugestivo desarrollo de los conceptos jurídicos para los primeros tiempos de la Jurisprudencia laica, que alcanzaría proporciones de auténtico interés si pudiésemos demostrar su conocimiento por Labeón. Quizás no pueda sostenerse tal cosa con la suficiente seguridad: parece defendible la ignorancia por parte del gran jurista de tal mecanismo y por tanto la inexistencia del mismo en el edicto de su época²⁹, aunque no es seguro: se ha defendido la influencia de la Jurisprudencia de comienzos del Principado en su aparición³⁰ pero también su datación para finales de la época clásica³¹. Aparte del propio Labeón, se ha sostenido que ni Cicerón³², ni su amigo Trebacio³³, mayores que él, parecen conocer dicha fórmula *in ius* para el depósito³⁴;

²⁴ Ulp. 30 ed., D. 16, 3, 1, 20-21.

²⁵ Para todo esto vid. BURILLO, *o.c.*, 279-282.

²⁶ Ya HAEDICKE, *Depositum und Mandat nach römischem Recht* (Rostock 1904), 27-28, 118, había defendido, creo que con acierto, la natural imprecisión de la frontera entre depósito y mandato.

²⁷ Para un resumen de ellas vid. *infra* en general & 4.

²⁸ KASER, *Das römische Privatrecht, I. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht* (München, 1971), 2ª ed., 447.

²⁹ Ulp. 31 ed., D. 17, 1, 8 pr.

³⁰ FERNÁNDEZ BARREIRO & PARICIO, *Fundamentos*, cit., 358.

³¹ D'ORS, *Derecho privado romano*, cit., 521.

³² KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., nt. 8, lo sostiene, contrariamente a la opinión de COSTA, *Cicerone giureconsulto* (Roma 1927), I, 181, pues, como recuerda D'ORS, <*Creditum*> y <*contractus*>, cit., nt. 17, los textos sobre los que éste se basa hablan de *officium* y no de *obligatio*.

³³ Ulp. 30 ed., D. 16, 3, 1, 41.

³⁴ Ulp. 30 ed., D. 16, 3, 1, 21.

resulta, sin embargo, hasta cierto punto defendible el conocimiento de la acción *in ius* para el depósito por parte de Sabino, como se ha sostenido³⁵.

Otra visión percibe tal innovación en una época mucho más moderna por Juliano³⁶, rechazándose la posibilidad de su conocimiento por el mismo Neracio³⁷, que precede por poco a Juliano en edad, pues ya se encuentra en el *consilium* de Trajano, porque que lo hubiese hecho se complementaría mal con los esfuerzos que hace para interpretar la acción *in factum*³⁸, permanentemente sometida en su época a estiramientos y flexibilizaciones jurisprudenciales, básicamente respecto del supuesto de hecho a defender. En mi opinión, tales esfuerzos denotan la preocupación intelectual de la Jurisprudencia de su tiempo de ampliar definitivamente la cobertura para el depósito, pero no necesariamente que lo realizará todavía en los límites formularios de la cobertura *in factum*: su atención hacia esta acción puede deberse perfectamente al interés por explicar su utilidad inventada ya la fórmula *in ius*. El superior talento jurídico de Juliano y su afán sistemático, frente a la proyección, como proculeyano todavía en estado puro, que denota Neracio hacia la escritura puramente práctica³⁹, lo llevará a dibujar más firmemente la estructura de la cobertura *in ius*, como culminación de la evolución experimentada desde tiempo de Labeón, en aras a la flexibilización de la primitiva acción pretoria del depósito, pero eso no implica necesariamente que sea él su inventor. Quizás sea por todo ello preferible considerar su introducción edictal como algo producido en época más temprana. Téngase en cuenta un dato más que apoya lo que aquí apunto: si Juliano fue el que incluyó en el edicto la *actio in ius* para el depósito siendo éste como es una figura apoyada en la buena fe y por ello incluida en el título edictal XIX, muy próxima por todo ello al genuino modelo contractual, no es lógico considerar que él mismo concibiese, después de este esfuerzo innovador, una acción *in ius* para una figura que, como el comodato, no se apoyó en la *bona fides* y se encontraba, por tanto, más alejada del patrón del *contractus*, es decir, del *ius*. Es lógico considerar que tal innovación en el caso del comodato fue posible por haber cuajado ya previamente tal duplicidad en el supuesto del depósito, al que se adhiere mucho más naturalmente la buena fe y la fórmula en ella sustentada. Y por los datos de que disponemos parece que Juliano conoció la fórmula *in ius* para el comodato y muy probablemente fue quien la introdujo⁴⁰.

³⁵ TAUBENSCHLAG, *Zur Geschichte*, cit., 149.

³⁶ Ya BURILLO, *o.c.*, 283-284, defiende decididamente la paternidad juliana de la acción *in ius* para este caso.

³⁷ No así ROTONDI, *Scritti*, cit., 42 ss., que defiende la existencia de la acción *in ius* en tiempos de Neracio.

³⁸ BURILLO, *o.c.*, nt. 119.

³⁹ Lo son naturalmente sus *responsa* y sus *membranae*, llamadas así probablemente para distinguirlas de la primera colección, como ya señalara ARANGIO RUIZ, *Historia del derecho romano* (Madrid, 1980, trad. Pelsmaeker), 4ª ed., 343, nt. 2, e incluso sus *regulae*, donde, pese a un mayor afán expositivo, a la postre con lo que se encontraba el lector era con un manual *visceralmente* práctico.

⁴⁰ Vid. *infra* de inmediato & 3.4 y sobre todo 3.5.

3.4. La *actio commodati in factum*.

Es bastante dudoso que el comodato⁴¹, la otra figura emblemática para la doctrina de contrato real⁴², contase con una acción *in ius* de buena fe en época clásica⁴³, al menos antes de la obra de Juliano. Este hecho, en mi opinión, no sólo se infiere de un análisis textual⁴⁴ y lógico⁴⁵, sino de la propia substancia de las *obligationes re contractae*, en que lo fundamental no es el consentimiento sino la entrega, es decir, en que la buena fe como realidad substancial viene a ser irrelevante, subsumida en la materialidad de la *datio*, que es jurídicamente a lo único a lo que se atiende a la hora de determinar el momento en que el vínculo se ha perfeccionado y viene obligado –cumplido el plazo de la *solutio*⁴⁶– el comodatario a devolver en perfecto estado la cosa que se le ha entregado. Consecuencia de esta realidad –diremos que– fisiológica de una figura catalogada como real es que una buena fe ausente del primer plano en la vida del tráfico no aparezca en los primeros siglos clásicos tampoco inserta en la estructura formal del proceso pensada para hacer frente a las patologías del mundo jurídico y económico: no hay buena fe relevante en el desarrollo normal de la figura, no hay acción de buena fe (con las ventajas de flexibilidad tan caras al pretor que de eso se derivan) en la anormalidad que supone siempre todo proceso. El *commodatum*, una vez que el pretor lo emancipe de su realidad oficiosa juridizándolo⁴⁷, se

⁴¹ Vid. sus líneas maestras en PASTORI, *o. c.*, *passim*.

⁴² Categoría en cualquier caso desarrollada plenamente en época postclásica desde Gai. 3, 90.

⁴³ Vid. sobre esto *infra* & 3.4-5 y 6.

⁴⁴ Sobre este aspecto en concreto, cfr. PASTORI, *Sulla duplicità formulare dell "actio commodati"*, *LABEO*, 2 (1956), 89 ss.; PARICIO, *La pretendida fórmula "in ius" del comodato en el Edicto pretorio*, *RIDA*, 29 (1982), 235 ss., donde se hace una síntesis de las diversas visiones que se han venido a sostener sobre el tema: TARDIVO, *Studi sul <commodatum>*, 1. *Duplicità formulare*, 2. *Responsabilità*, *AG*, 204 (1983), 1 ss.; PARICIO, *La primitiva protección*, *cit.*, 587 ss.; *idem*, *Una nota complementaria sobre la pretendida fórmula de buena fe del comodato (Contraposición entre D. 13, 6, 13 pr. y D. 12, 6, 17, 5)*, *Studi Biscardi*, 6 (Milano 1987), 355 ss.; más antiguamente, vid. también LEVY, *Zur Lehre von den sog. Actiones arbitrariae*, *ZSS*, 36 (1915). Un lugar especial ocupa D'ORS, *<Credittum> y <contractus>*, *cit.*, 186 ss., que niega, como después Paricio, la existencia de una fórmula *in ius* para el comodato, aunque al segundo se le han despertado últimamente algunas dudas acerca de esta opinión, como puede apreciarse en *Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana*, en *Estudios Murga*, *cit.*, 49 ss., en concreto 51.

⁴⁵ PARICIO, *La pretendida fórmula...*, *cit.*, 237, nt. 7, advierte, desde este punto de vista, que KASER, *Das römisches Privatrecht*, *cit.*, 534, escribe un tanto sorprendentemente: "doch wurde sie von den Juristen in wesentlichen Beziehungen den "bonae fidei iudicia gleichgehalten"; en cualquier caso, la acción en cuestión no es de buena fe para KASER, "Oportere" und "ius civile", *ZSS*, 83 (1966), 30 ss.

⁴⁶ Vid. sobre el sentido de *solutio* D. 46, 3, 54; también D. 42, 1, 4, 7; D. 50, 16, 47; la *solutio* viene referida *ad omnem liberationem quoquo modo factam*. Cfr. D. 50, 16, 176: *solvere dicitur qui id facit quod facere promisit*, como se ve, de significado más restringido.

⁴⁷ Sigue sosteniéndose por algunos que esta labor del pretor, substanciada en su *iurisdictio*, no constituye fuente de derecho, aunque precisamente lo que se hace es conceder un mecanismo de defensa jurídico a una realidad que, justo hasta ese instante, carecía de ella por ser *ajurídica*. No puedo estar por tanto de acuerdo con tal visión, incluso en sus más refinadas manifestaciones doctrinales; cfr., en cualquier caso, en tal sentido, IGLESIAS, *Las fuentes del derecho romano* (Madrid 1989), 69 ss., ahora en *idem*, *Arte del Derecho. Estudios romanísticos. Nuevas miniaturas. Última lección* (Madrid 1994), 67 ss., especialmente 97 ss., que ocupa el capítulo IV de tal estudio, consagrado a la *iuris dictio*, y donde niega a ésta el carácter de fuente creadora de derecho; el autor, *ibidem*, 71, habla incluso de que es necesario no procesalizar el Derecho. Cfr., en el sentido opuesto, que yo comparto, BETTI, *La creazione del diritto nella iurisdictio del pretore romano*, *Studi Chiovenda* (1927), 67 ss.; GUARINO, *Le origine quiritarie. Raccolta di scritti romanistici* (Napoli 1973), 314 ss.

defiende con una *actio commodati in factum*, no acumulable con la *actio furti* en caso de que el comodatario se exceda en el uso de la cosa⁴⁸, por la que se exige la restitución del bien entregado. Es, precisamente, la entrega como piedra angular de todo el edificio jurídico del contrato lo que me hace dudar, aparte de otras consideraciones menores, de la existencia, siquiera tardía, de una fórmula *in ius* para el comodato, en que se dé acogida a una *bona fides* que en lo jurídico carece de importancia en el desarrollo normal de la figura: una buena fe no sostenida en momento alguno, ¿puede substanciar el hipotético proceso en que las partes de la *obligatio* quieran dirimir una controversia surgida en ese concreto ámbito? Por cierto que no es lógico. Pero veremos enseguida que la reflexión ha de ahondarse porque la conclusión puede variar-se; incluso *ha de variarse*⁴⁹. El comodato puede calificarse, como es frecuente hacerlo⁵⁰, como contrato real, bilateral imperfecto y *de buena fe* sólo muy relativamente —desde luego para la mayor parte de la época clásica— y con sumo cuidado en lo referido al último elemento y aún al primero; puede incluso negársele, con no mucho riesgo, tal calificación⁵¹. Con el depósito la realidad es mucho más complicada precisamente porque está, aparentemente, más clara, lo que hace que el problema jurídico planteado por su indudable consideración de figura de buena fe sea más sutil y, por tanto, más apasionante.

3.5. Notas sobre la *actio commodati in ius*.

Recientemente Cerami⁵² ha replanteado breve pero eficazmente la cuestión de la *actio in ius* para el comodato, aunque más bien cabría hablar, simple y llanamente, dada la brevedad y univocidad de su tratamiento, de planteamiento a secas. Argumenta seca y concisamente, con una rotundidad que apenas se detiene en considerar las múltiples argumentaciones de los opositores, que tal acción *in ius* existió *indiscutiblemente* y que fue de buena fe. Coincide en el cambio de posición con el anunciado por Paricio⁵³ en la misma sede⁵⁴ en que Cerami realiza su rotunda exposición y que halla su acomodo más reciente y pormenorizado en un estudio⁵⁵ actualmente en prensa⁵⁶, que no ha podido ser estudiado por tanto para componer estas páginas: imposible saberlo sin leer esas páginas. Discutiré, por tanto, las fundamentaciones del autor italiano directamente; son cuatro: el testimonio directo, ya citado, de Gai. 4, 47 acerca de su explícita existencia⁵⁷; los textos ulpianos *ad edictum*⁵⁸

⁴⁸ Cfr. no obstante Ulp. 28 *ed.*, D. 13, 6, 4, 8, con la opinión de Juliano, 11 *dig.* allí recogida.

⁴⁹ Vid. *infra* & 3.5.

⁵⁰ Así, en la doctrina española reciente (o actualizada), lo hace IGLESIAS, *Derecho romano*, *cit.*, 363, pero no FERNÁNDEZ BARREIRO & PARICIO, *Fundamentos*, *cit.*, 353 ss., sobre todo 356, que eluden tal calificación.

⁵¹ Vid. sobre esto ROBAYE, *Le prêt d'usage est-il un contrat de bonne foi en droit romain classique?*, *RIDA*, 36 (1989), 351 ss., que niega la calificación de buena fe a una acción *in ius* cuya existencia sí defiende.

⁵² CERAMI, *o. c.*, 310 ss.

⁵³ PARICIO, *Las fuentes*, *cit.*, 51.

⁵⁴ *Estudios Murga*.

⁵⁵ PARICIO, <*Actio commodati*>, *cit.*

⁵⁶ En *Studi Talamanca*.

⁵⁷ CERAMI, *o. c.*, 310 y n. 48 con bibliografía sobre <*veluti*>.

⁵⁸ Libro 28.

contenidos en D. 13, 6, 5, 2-10 que, tras el análisis de la *actio in factum*⁵⁹, parecen referirse inequívocamente a la *intentio* de las *formulae in ius conceptae*⁶⁰; la afirmación de Paulo⁶¹ en D. 44, 7, 34, 1, de las que parece deducirse, al estudiar la extinción que opera la *condictio furtiva* sobre la *actio commodati* en el concurso entre ambas, una doble extinción, una primera *ipso iure* (la de la *actio in ius*), otra, *ope exceptionis* (la de la *actio in factum*)⁶²; finalmente, la admisibilidad, deducida de un texto gayano *ad edictum provinciale*⁶³ (D. 13, 6, 18, 4), de la *compensatio* para el comodato, en principio imposible en la vía *in factum*⁶⁴.

Ninguna de estas razones es tan rotunda como el tono del posicionamiento que se apoya en ellas. La tercera es más que dudosa⁶⁵; la segunda y la cuarta, sólo indicativas, aunque la segunda, si no en la totalidad del largo texto extractado por los comisarios, sí es bastante indicativa –incluso explícita– en algún caso⁶⁶. Resulta inequívoca únicamente la explícita mención a tal duplicidad en el texto de la *instituta*, sospechoso de alteración glosemática sin duda⁶⁷, pero no destruye sin más desde estos planteamientos. Pese a que creo que hay que relativizar estos indicios –creo que no pruebas– no son, en cualquier caso, despreciables en modo alguno, e incluso quizás quepa añadir algún otro que me parece más explícito: en D. 13, 6, 3, 2 se alude expresamente por Ulpiano⁶⁸ a la semejanza entre la acción del comodato y otras acciones de buena fe. Repárese en un dato revelador, no obstante: ninguna de esas referencias se sustenta en un testimonio anterior a la codificación juliana⁶⁹. Para la época anterior a Juliano sigo pensando que no es defendible de forma taxativa la existencia de tal acción *in ius*, que sí parece existir, en cambio, en la obra de este jurista, en la línea de lo que defiende últimamente Cerami⁷⁰, con apoyo en literatura precedente⁷¹, que incluso cree advertirla en la obra de Celso hijo y desde luego me parece por completo rechazable la opción de percibirla en la obra de Labeón, pese a la autoridad de quienes lo sostienen⁷².

⁵⁹ Cfr. D. 13, 6, 1; D. 13, 6, 3; D. 13, 6, 5 pr.-1.

⁶⁰ CERAMI, *o. c.*, 310 y n. 49 con bibliografía a favor.

⁶¹ *De concurr. act.*

⁶² CERAMI, *o. c.*, 310 y n. 50 con bibliografía a favor y en contra.

⁶³ Libro 9.

⁶⁴ CERAMI, *o. c.*, 311 y n. 51 con bibliografía de apoyo.

⁶⁵ Vid. al respecto la lectura de PARICIO, *La pretendida*, *cit.*, 243.

⁶⁶ Así D. 13, 6, 5, 8, con la expresa mención a la *actio contraria*, que sólo cabe predicar de la *actio in ius* y que sólo puede verse diáfananamente desde una cobertura sustentada en la reciprocidad que deriva de la buena fe.

⁶⁷ Vid. la literatura recogida al respecto en uno y otro sentido en MASCHI, *Tutela, fedecommissi, contratti reali (omissioni nel manoscritto veronese delle Istituzioni di Gaio)*, en *Studi Volterra*, 4 (Milano, 1971), 695; ZANNINI, *Spunti critici per una storia del commodatum* (Milano, 1983).

⁶⁸ Siempre 28 *ad edictum*.

⁶⁹ Cfr. sobre citas julianas a la *actio commodati* especialmente D. 13, 6, 3, 5 y D. 13, 6, 5, 8 (dos veces), todas referidas en el tamiz de Ulpiano 28 *ad edictum*.

⁷⁰ CERAMI, *o. c.*, 311.

⁷¹ Vid. *ibíd.*, n. 53.

⁷² KASER, *Quanti ea res est* (München 1935), 71 ss.; VOCI, *La dottrina romana del contratto* (Padova 1946), 76; MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du Préteur* (Paris 1958), 103, n. 231.

4. RÉGIMEN Y CARACTERES DEL DEPÓSITO: LA CUESTIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.

4.1. Notas para una calificación del depósito.

De este modo, la cuestión, a mi modo de ver, resulta controvertida tan sólo ante el distorsionante testimonio gayano, pero sólo hasta cierto punto. Aunque me inclino a pensar que Gayo –que, si bien habla de una duplicidad de fórmulas también para el comodato, en definitiva no la reproduce como hace para el depósito– simplemente se confunde (o confunde: adrede), precipitándose al dar por real lo que no lo es –y es cierto que no es la única vez que hace esto en las *Institutiones*–, lo cierto es que la no existencia de una acción *in ius* para el *commodatum*⁷³ se fundamenta –desde el punto de vista interno de la obra gayana– en la inexistencia de una *actio* de buena fe para la figura, tema en el que Gayo se muestra taxativo y sí adjunta una enumeración acabada. En cuanto a los datos externos, tal y como han sido expuestos, apuntan –creo que aquí sin reservas– a una inexistencia de tal *actio commodati in ius* con anterioridad a Juliano, aunque la diferencia entre comodato y depósito no se fundamenta en este hecho –hasta cierto punto discutible–, sino en todo un cúmulo de notas distintivas, como he intentado explicar⁷⁴ y puede contrastarse más adelante⁷⁵.

Si la *emptio venditio* es genéticamente contractual, la contractualización del depósito es de las *miméticas* de primera generación y lo es por *idoneidad* estructural, por *simbiosis*, no por *ósmosis*, como el mutuo, tan alejado en su intimidad de la compraventa consensual, con la que sólo guarda el parecido de ser ambas fuentes de obligación jurídica voluntaria, y que lo atrae al ámbito contractual por una especie de *fuerza de gravedad jurídica* pero muy tarde. El depósito, figura de buena fe en su tránsito prejurídico, presenta, en cambio, semejanzas *naturales* con la *emptio venditio*; en otras palabras, es *naturalmente contractual*, aunque por razones de su compleja génesis no tuvo un nacimiento directamente jurídico, sino jurídico por juridización de un *factum*. Con todo –y es esto piedra de toque de la figura y su aspecto más polemizable, más obviado también– su *potencialidad* contractual supone, inevitablemente, su componente consensual. *Contractus* y *consensus* son realidades que van de la mano *necesariamente*, al menos desde la referencial óptica labeoniana; tal visión es mantenida por Juliano, que mantiene al comodato en el título XVII y al depósito en el XIX, pero no ya en la tradición gayana, que crea y sistematiza las categorías híbridas de los contratos reales, verbales y literales.

El *depositum* queda, por tanto, configurado en época clásica, al ser introducido procesal/jurisprudencialmente en la categoría del *contractus*, del siguiente modo:

√ contrato bilateral imperfecto.

√ contrato jurídicamente gratuito pero económicamente valioso.

⁷³ Vid. *supra* & 3.5 e *infra* & 5. Se hace difícil imaginar una acción *in ius* que no sea de derecho estricto o de buena fe. En cualquier caso, sobre esto se trata con mayor profundidad en CASTRO, <*Contractum autem ultro citroque obligationem*> un replanteamiento de la <definitio> labeoniana de contrato y su evolución posterior en derecho romano, en *El Derecho de obligaciones en la romanística española: 1940-2000. Actas de las III Jornadas Andaluzas de Derecho Romano, Granada, 2001*, en prensa, y allí remito.

⁷⁴ Vid. especialmente *supra* & 3.1.

⁷⁵ Cfr. *infra* aquí mismo en & 4.1 y 5.1.

- ✓ contrato defendido *in factum* por la entrega (defensa no contractual).
- ✓ contrato defendido *in ius* según la buena fe (defensa contractual).
- ✓ contrato no de entrega, sino de puesta a disposición del objeto.
- ✓ contrato sobre la base *del acuerdo de depósito*.
- ✓ contrato encaminado a la custodia de un bien mueble.
- ✓ contrato propiciador de la detentación de la posesión.
- ✓ contrato, en virtud de su doble defensa, de naturaleza doble: real en cuanto *factum*, consensual en cuanto *ius* (*contractus*).

Pero el ser de todas las cosas, que ocupa un espacio, está sometido también al elemento del tiempo y la figura del depósito, que ha nacido en buena medida contra sí misma para poder *ser* con independencia, se transforma paulatinamente en búsqueda de su esencia. Ello se refleja en dos dinamismos internos que experimenta la institución contra las dos características menos connaturales a su íntima substancia: la gratuidad y la *realidad* de su perfeccionamiento. Ambas se imponen por necesidades externas al esqueleto esencial del *depositum*, por una simple cuestión de viabilidad, de idoneidad de funcionamiento dentro del sutil tejido de creación de derechos en la época pretoria: las figuras nacen cuando se tutelan y su nacimiento jurídico, volcado en el molde procesal, se dibuja según las perentorias directrices del proceso.

Ello se observa desde luego en el desarrollo del derecho romano vulgar. Contra la gratuidad se pronuncian diversos textos recogidos en la compilación *Justiniana*:

D. 13, 6, 5, 2 (Ulp. 28 ed.): *Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus an et culpa an vero et omne periculum. Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus: nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur.*

D. 47, 8, 2, 23 (Ulp. 56 ed.): *Et generaliter dicendum est, ex quibus causis furti mihi actio competit in re clam facta, ex hisdem causis habere me hanc actionem. Dicet aliquis: adquin ob rem depositam furti actionem non habemus. Sed ideo addidi si intersit nostra non esse raptam: nam et furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromissi vel pretium depositionis non quasi mercedem accepi.*

El tema de la consensualidad/realidad es más complejo, pero todo análisis de la cuestión debe partir sin duda de la existencia de una acción de buena fe tuteladora del depósito *in ius* y del papel de la *bona fides* en su desarrollo como figura utilizada en el tráfico.

Cuando Gayo en I. 4, 47 presenta la acción *in factum*, con ella se reclama, como nos dice explícitamente, la devolución no hecha (*redditam non esse*), lo que implica una defensa en virtud de la *datio*, es decir, el carácter real del vínculo: pero esto se refiere únicamente al *depositum* como *factum*. Cuando, sin embargo, ha reproducido la acción *in ius*, prescinde por completo de cualquier término relativo a

una *datio* constitutiva de *obligatio* o a una ulterior *datio* tendente a la *solutio*, como no podía ser menos, ya que lo que se defiende es la buena fe (*dare facere oportet ex fide bona*) subyacente en el acuerdo: el carácter consensual, propio del *contractus* y característico del *factum* prejurídico del depósito, es el que informa el *depositum* como *ius* (como *contractus*) en época clásica.

4.2. Obligaciones y responsabilidad del depositario.

Las ventajas de la concesión de la acción de buena fe son evidentes. Entre ellas, y aparte del mantenimiento de la responsabilidad por dolo introducida por la primitiva acción *in factum*⁷⁶, se extiende la responsabilidad del depositario a todos aquellos supuestos en los que se producen por su parte comportamientos culposos que perjudican la conservación de la cosa, extendiéndole incluso el riesgo (*periculum*) por caso fortuito: así ocurre si el depositario se ofrece espontáneamente para custodiar la cosa y, emblemáticamente, si el *depositum* ha sido realizado también en su interés, como ocurre siempre que se deja al depositario una cantidad de dinero que por voluntad suya puede convertirse en prestada. La cobertura alcanza también la restitución de los frutos o incrementos producidos por la cosa depositada y la acción civil concurre con la penal en caso de *furtum usus*; la acción cubre, además de todos estos supuestos ordinarios de ejercicio *pasivo* de la custodia, con autorización expresa del depositante e incluso mediando simplemente buena fe, el uso de la cosa en un ejercicio *activo* de aquélla, aunque el objeto ha de ser fungible -ya que, si no, se trata de un comodato- o al menos no identificable, pues, en caso contrario, se habla de mutuo, salvo que se puedan reclamar las cosas fungibles depositadas y los correspondientes intereses en cualquier momento, tratándose entonces de un depósito irregular: la acción de buena fe permite, desde luego, la reclamación de los intereses del capital, sin necesidad de convenio al respecto⁷⁷.

Conviene resaltar de nuevo que tales ventajas derivan para el *depositum* no de una imposición procesal previa y apriorística desde el pretor, sino por la propia y más íntima naturaleza de la figura, que en su propio tejido constitutivo arrastra una innata consensualidad, existente desde los primeros tiempos -para ella- ajurídicos, que se vio reforzada por la mercantilización creciente de las estructuras económicas y sociales de la Roma de los siglos III, II y I a.C., en que la actividad del pretor despertaba hacia la creación (y no simplemente la defensa) de los derechos, fenómeno que requería de instrumentos flexibles, es decir, consensuales, los más acordes por su dinamismo intrínseco con el dinamismo exterior que había de presidir las transacciones en el tráfico de un mundo ya plenamente patrimonializado. Es entonces cuando nacen para el derecho todos los contratos consensuales, necesariamente de buena fe, como la compraventa (subsumida hasta entonces en el simple trueque o en la estructura formal de la *stipulatio*); el arrendamiento (diluido en medio de las *dationes*); la sociedad (presentada en sus manifestaciones más inmanentes y reales de derecho de familia y de

⁷⁶ El específico e inflexible "*deposuisse eamque dolo malo (...) redditam non esse*" de la *actio in factum* (Gai. 4, 47) se convierte en el genérico y albergador "*dare facere oportet ex fide bona*" de la *actio in ius* (*ibídem*).

⁷⁷ Vid. un resumen en FERNÁNDEZ BARREIRO & PARICIO, *Fundamentos*, cit., 358-361.

sucesiones⁷⁸); el antiquísimo mandato (mantenido en las sombras de lo ajurídico);...también el depósito. Naturalmente, tal se dio con una especificidad propia, que propició que Justiniano, exacerbando la cuatripartición gayana de las obligaciones contractuales, ubicase la figura dentro de los contratos reales⁷⁹. Todas ellas, en consecuencia, utilísimas para el tráfico, se desgajan y nacen al derecho como figuras autónomas, consensuales y de buena fe, y así son recibidas y calificadas en el derecho justiniano, todas menos el depósito, naturalmente, que se extrae técnicamente de los contratos cuyo nacimiento se ha perfeccionado por el *consensus* sobre el objeto de la obligación libremente manifestado por las partes. Esto significa que la obligación del depositario de custodiar y -cumplido el plazo- devolver la cosa entregada nace en el momento en que se produce la primera entrega, que propicia la ulterior; no otra cosa significa ser un contrato real y el fenómeno viene a responder a la dinámica vital del viejo esquema jurídico-posesorio de transformación de la *traditio* en *datio*, que provoca el nacimiento de la primera y remotísima *obligatio re*, ya en época arcaica⁸⁰.

Pero esta visión de la naturaleza del *depositum* como contrato real es fruto de la recepción justiniana de una empobrecedora línea iniciada probablemente entre los comentaristas postclásicos de Gayo, tendente a la confusión, en su versión más torpe, de los fenómenos crediticio y contractual. No es, en absoluto, la visión clásica, no desde luego la pura y mayoritaria, la de Labeón, Celso y Juliano, sus luminarias.

4.3. Obligaciones y responsabilidad del depositante.

Tal realidad social es *depositum* para el Derecho desde que se le concede una acción a quien da en custodia para que otro custodie y eso, desde el punto de vista clásico, existe desde que se ha producido un acuerdo de depositar y custodiar por parte de dos personas. La concesión de una acción *in ius* de buena fe se dirige, inevitablemente, a la protección de la buena fe y eso remite –y no se puede negar– al instante mismo en que se vierte el *consensus*, y un individuo *confía* en que otro –porque así voluntariamente lo ha manifestado– reciba un objeto en custodia en el momento o plazo convenido y éste, al mismo tiempo, *confía* en que aquél –porque así lo ha manifestado igualmente– pondrá el objeto a disposición suya en el momento o plazo convenido. La entrega en depósito, que es un *factum*, se defiende con la *actio depositi in factum*; el acuerdo de depósito, que se edifica sobre la buena fe, se defiende con una *actio depositi in ius ex fide bona*. ¿Cómo sostener que en una acción de buena fe no se protege la buena fe, sino de nuevo la entrega? En la cobertura de una *obligatio re contracta* no se defiende la buena fe; ni es necesario, ni es posible. En una acción/obligación de buena fe, del mismo modo, se defiende aquello en donde la buena fe reside antes que en nada: el *consensus*⁸¹.

⁷⁸ Muy específicamente vid. GUTIÉRREZ-MASSON, *Del "consortium" a la "societas"*, I. "Consortium erecto non cito" (Madrid 1989). Sobre esta realidad, además de Gai. 3,154 a-b, cfr., entre otros, MASCHI, *Disertiones: ricerche intorno alla divisibilità del consortium nel diritto romano antico* (Milano 1935); ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto ereditario antico* (Palermo 1949), 94 ss.; ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano* (Napoli 1950), 4 ss.; TORRENT, "Consortium erecto non cito", *AHDE*, 34 (1964), 479 ss.;

⁷⁹ I. J. 3, 14.

⁸⁰ CASTRO, *Posesión y proceso, acto y rito en la génesis de los derechos*, *Anuario da Facultade de dereito da Universidade da Coruña*, 3 (1999), 175-176.

⁸¹ Ello explica que también la fiducia se defiende con una (cuasi) acción de buena fe incluida en el título XIX; sobre esto vid. CASTRO, <*Contractum autem ultro citroque obligationem*>, *cit.*

El hecho de la bilateralidad inherente a todo *contractus* se plasma en el propio significado de *de-ponere* o puesta a disposición del objeto dentro de los extremos convenidos. Doblemente defendidos por una cobertura pretoria doble, para el *depositum* como *contractus* –y no como *factum* juridizado– depositario y depositante lo son desde que acuerdan serlo, es decir, desde que existe entre ambos un vínculo basado en la buena fe; otra cosa es que, en caso de controversia, tenga que probarse su existencia, pero ése es otro problema, de índole práctica, y además común a todas las obligaciones consensuales –empezando por la compraventa–, y responde a las necesidades de agilizar el tráfico, pese a los riesgos marginales que puedan derivarse de ello. Para proteger sus legítimos intereses desde tal punto de vista cuentan con la *actio depositi in ius*. Si en el tejido contractual –y naturalmente dentro de los límites de la buena fe– el depositario no puede negarse a recibir la cosa cuando se pone a su disposición para la custodia, lo mismo ocurre en caso del depositante: viene obligado a depositar, pues otra cosa podría suponer un perjuicio para quien convino en ser depositario. El depósito se califica jurídicamente de gratuito, pero económicamente no lo es en modo alguno: la costumbre de *obsequiar* al custodiante ya desde muy antiguo y la propia transformación en el derecho romano vulgar hacia la onerosidad son muestras evidentes de esto. Naturalmente, la valoración del perjuicio se realiza siempre desde el criterio que se protege: la buena fe.

En paralela consonancia a la mercantilización del tráfico, a la inherencia de una onerosidad en la conservación de la cosa, a la progresiva pérdida de la gratuidad como elemento constitutivo del *contractus*, en definitiva, se le concederá al depositario una *actio depositi contraria*⁸² para reclamar unos hipotéticos gastos de conservación de la cosa que en el período más temprano sólo puede exigir por el procedimiento *ope exceptionis* de la compensación, y en última instancia por el *ius retentionis*.

5. RÉGIMEN Y CARACTERES DEL COMODATO: LA CUESTIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.

5.1. Notas para una calificación del comodato.

La entrega es la encarnadura en la que se substancia el acuerdo: su materialización, cuando su volatilidad asusta y no es suficiente para que en él radique, solo, el nacimiento de la obligación. Así, “siendo el Derecho algo que *es* ante los demás *o no es*”⁸³, es la propia entrega, la *datio*, lo que hace nacer la *obligatio*, porque en ella, por ella, el *consensus* se ha materializado. La *datio* es la *carnalización* del consentimiento en la *obligatio re*, como la *forma* lo es en la *stipulatio* (causal, una; abstracta, la otra): de esta manera, “son entrega y promesa, no una entrega cualquiera, sino la que en virtud de un consentimiento mutuo incorpora la obligación de devolución, no una promesa cualquiera, sino la que se vuelca voluntariamente por el *consensus* de ambos en la forma preestablecida de la estipulación, las que conllevan, *implícitas*, más aún, *impresas*, las huellas dactilares en que el consentimiento *se explicita*”⁸⁴. Una vez que el depósito y el comodato se conviertan en figuras contractuales en ellas

⁸² Mod. 2 *diff.*, D. 16, 3, 23.

⁸³ CASTRO, *Posesión y proceso, acto y rito, cit.*, 184.

⁸⁴ *Ibidem*, 185.

“específicamente se terminará defendiendo la buena fe, porque sin ella no hay consentimiento. O lo que es lo mismo: el contrato se perfecciona con la entrega de la cosa, pero ésta, en la tipificación procesal de la figura llevada a cabo por el pretor donde antes no había sino una situación de hecho, funciona, básicamente, como prueba de un consentimiento; de otro modo, el contrato no se concibiría en el edicto como de buena fe. El *consensus* se impone así en y por la *datio*, y la realidad posesoria, que no puede ser arrinconada, como el recurso a la forma, porque, en definitiva, se trata de un dato más natural que jurídico, viene a ser definitivamente juridizada”⁸⁵. El depósito lo hizo antes y el comodato más allá de la codificación edictal o en la misma elaboración de ésta, pero en cualquier caso en la actividad de Juliano, como se deduce de D. 13, 6, 5, 8.

Entendiendo, por tanto, que el comodato no recibió probablemente una cobertura *in ius* hasta la madurez de Juliano puede esbozarse también una calificación de la figura, que en visión jurisprudencial clásica, antes del triunfo postrero de la tradición gayano-justiniana, podría ser la siguiente:

- ✓ crédito pretorio y no decenviral, en cualquier caso constitutivo de una obligación unilateral.
- ✓ crédito jurídicamente gratuito pero económicamente valioso.
- ✓ crédito de carácter real, sustentado en la entrega. crédito no defendido *in ius* (defensa contractual), hasta que probablemente Juliano bilateralizó la relación.
- ✓ crédito defendido *in factum* por la entrega (defensa no contractual), situado en el edicto *de rebus creditis*.
- ✓ crédito encaminado al uso de un bien no consumible.
- ✓ crédito propiciador de la detentación de la posesión.
- ✓ crédito en que se da un consentimiento que no sirve de por sí para perfeccionar la obligación, pero que servirá para la posterior contractualización.
- ✓ contrato (= crédito contractualizado) real implícitamente para Gayo y expresamente en la época postclásica.

5.2. Obligaciones y responsabilidad del comodatario.

Siendo el comodato desde su nacimiento hasta la regulación del Edicto Perpetuo de Adriano una relación cuasicrediticia y unilateral, sustentada en la entrega de la cosa, es el comodatario el deudor de la relación obligatoria, aquél que asume la obligación prioritaria de devolverla transcurrido el plazo convenido y la obligación derivada de custodia, así como el que responde por el incumplimiento, derivado de la no devolución en sentido estricto, de la devolución con retraso o de la devolución de la cosa en mal estado. La *actio commodati in factum*, que tutela en época clásica la figura, se estructura en función del modelo de la *condictio* y tiene como ésta una función recuperatoria⁸⁶. La responsabilidad objetiva, propia de la regulación decenviral y postdecenviral en el marco del viejo *ius civile*, que es la que se halla en el substrato de la *actio legis per conditionem*, pasa a la *condictio*, en la que no se encuentra referencia formularia alguna a la culpa, y de aquí a la fórmula de la *actio*

⁸⁵ *Ibidem*, 186-187.

⁸⁶ FERNÁNDEZ BARREIRO & PARICIO, *Fundamentos*, cit., 354.

in factum puesta a disposición del comodante. Es la Jurisprudencia la que limitará tal responsabilidad exceptuando el caso de fuerza mayor⁸⁷: ello obedece a la aplicación del principio de la buena fe, generalizado en el ordenamiento romano a partir del siglo III a.C. de modo creciente y que preside toda la actividad del pretor, con independencia de que, de tratarse de una figura total o parcialmente sustentada en el derecho antiguo –como el mutuo o el comodato, respectivamente–, no se constituya en elemento configurador de la misma. Se trata, pues, de una aplicación externa, fruto de la realidad globalmente considerada de un ordenamiento fundado en la defensa generalizada del principio de la buena fe, y no de un elemento constitutivo –*ad intra*– de la acción con que se defiende el comodato. Influencia, que no presencia. Pero es un primer paso en pos del último escalón evolutivo de la figura, que cabe encontrar hacia los lindes de la propia codificación adrianea del edicto en el año 130.

5.3. Obligaciones y responsabilidad del comodante.

Prueba indirecta de que, *ad intra* de la figura, sólo existe un deudor y que la obligación no se ha bilateralizado (vale por decir, contractualizado), es que para reclamar al comodante el importe de los gastos *extraordinarios* que haya podido ocasionar la tenencia de la cosa no cuenta el comodatario con una acción propia del comodato, sino con la *actio negotiorum gestorum contraria*; en línea similar, aunque resulta menos significativo –siéndolo– desde el punto de vista de la estructuración interna de la figura, por tratarse de una acción de carácter subsidiario, dispone de la *actio doli* para exigir del comodante los daños que le hayan podido ocasionar los vicios de la cosa que conociese el comodante, vicios, por tanto, en sentido estricto, *no ocultos*, pues para ser calificados de tales han de serlo para las dos partes: en caso contrario, en efecto, lo que se da es un engaño y juega el criterio cualificador del dolo. Por ello, en puridad, el comodante no tiene obligación alguna como tal, sino que responde como *dominus negotii* de la gestión realizada por quien ha de afrontar unos gastos excesivos de una cosa de su posesión; como engañador, en caso de ocultar unos vicios que ocasionaran un daño. Resulta congruente con todo ello que el *ius retentionis* del comodatario sea excepcionalísimo.

Ciertamente, con tales premisas el camino para la evolución del *commodatum* está abierto: su contractualización es inevitable, aunque con los datos de que disponemos cabe rechazarla como producida en la codificación juliana del edicto, en que se vio ubicada en el edicto *de rebus creditis*, donde era tradicional su inclusión. Si no cabe hablar de un supuesto de duplicidad formularia para el comodato en el ámbito de la Jurisprudencia clásica de Labeón al Juliano joven, respetuosos como son frente a las calificaciones edictales como forma de enfrentar las diversas figuras, es inevitable asumir que el Juliano maduro y después –a su manera– Gayo sí parecen conocerla. Es la tendencia que se impondrá más adelante cuando:

- √ se complete la clasificación gayana de los contratos⁸⁸.
- √ se separe definitivamente, hasta fechas muy recientes⁸⁹, los conceptos de contrato y perfección consensual.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Res cott.*, D. 44, 7, 1, pr.; I. J. 3, 13, 2.

⁸⁹ Hoy en día no existe ningún contrato real: vid. JORDANO, *o. c.* y, mucho más recientemente, CASTRO, <*Contractum autem ultro citroque obligationem*>, *cit.*

Naturalmente, la altura científica de esta clasificación es muy relativa, aunque sea mucho más simple y por ello triunfe en una época como la postclásica en que las diferentes ubicaciones edictales comienzan a perder significado con la petrificación del edicto y la posterior derogación del propio procedimiento formulario⁹⁰. Un contrato que no se sustenta en la buena fe, como el mutuo, resulta, como mínimo, una paradoja, y otro de buena fe que se perfecciona por la entrega, como el comodato, un absurdo: sólo cabe salvar tal sistema entendiendo que el triunfo de la buena fe está ya tan fuertemente consolidado que se impone por la fuerza a todas aquellas relaciones jurídicas que lo permiten. Esa evolución tiene un aliado —una concausa— obvia: la procesalidad inherente al derecho romano va perdiendo sentido a medida que la clásicidad se evapora; el primer síntoma real de tal situación es la propia codificación edictal y cabe detectarlo en la culminación misma de lo clásico, en el gobierno del mejor de los príncipes, Adriano, y bajo la actuación del mejor de los juristas, Juliano, aunque sus consecuencias, a nivel general, tardan todavía un poco en hacerse evidentes. No cabe descartar, por otro lado, que algún pretor anterior a la codificación edictal hubiese ubicado —sin éxito, desde luego— una acción *in ius* para el comodato en el edicto. ¿Dónde? Si creemos a Gayo, nunca en el edicto de los juicios de buena fe.

Una última pregunta servirá para concluir estas páginas. ¿Concibe Gayo al comodato como un supuesto de duplicidad formularia porque con posterioridad a la codificación del edicto se concedió una acción *in ius* al comodato, aproximándolo —contra su propia naturaleza genética— al depósito y no al mutuo? Puede ser. La codificación del edicto petrificó al edicto, no a las figuras que lo configuraron: éstas siguieron evolucionando. La atención ahora se concentra en la materialidad de las figuras y no en su procesalidad, pero al ocuparse el hombre de derecho del segundo aspecto la cobrada importancia del primero influye decisivamente: potencia un cambio, un giro en la calificación. En cualquier caso, lo que es evidente es que tal acción no estuvo en el edicto de buena fe, lo que no significa que no fuese de buena fe: quiere decir que no contase con ella en su fórmula. Gayo es concluyente en su listado de acciones de tal naturaleza y, aunque pueda deducirse la existencia de una *actio commodati in ius* para su época y defenderse la naturaleza de *actio commodati ex fide bona* de la misma, lo que no cabe es situarla en el edicto de buena fe. La calificación del comodato como un contrato de buena fe es posterior y responde a una época *desprocesalizada*, donde el procedimiento formulario es un resquicio del pasado. A Gayo los contratos reales apenas le interesan⁹¹ y su análisis de las obligaciones contractuales funciona con base en la antítesis entre contratos formales⁹² y contratos consensuales⁹³. Una antítesis, cabe recordar, que, desequilibrada absolutamente en favor de los segundos, es hoy en día la única que se mantiene en nuestra regulación civil.

⁹⁰ Siglo IV.

⁹¹ Gai. 3, 90-91.

⁹² Gai. 3, 92-134.

⁹³ Gai. 3, 135-162.

6. CONCLUSIONES (¿?) SOBRE TEMA DE DUPLICIDAD. UNA HIPÓTESIS.

Desde luego para época de Ulpiano ambas figuras cuentan con fórmulas de buena fe⁹⁴: en el caso del depósito es posible que la acción *in ius* sea anterior a Juliano, que desde luego le dio su textura definitiva en el edicto codificado; en el comodato la fórmula sólo pudo ser creada por el propio Juliano. Es evidente que la buena fe está más presente en el tejido del depósito, entre otras razones –pero significativamente– porque el depositario recibe la cosa sin interés propio y no así el comodatario. Por eso el depositario responde únicamente por dolo –la antítesis de la buena fe: su reverso negativo–, como Ulpiano recoge en su espléndido libro 28 *ad edictum* en ese texto del Digesto tan enormemente significativo que es D. 13, 6, 5, 2. Allí nos regala la gradación de responsabilidades:

- √ en la compra, el arrendamiento, la dote, la prenda y la sociedad se responde por dolo y por culpa, ya que el interés –la utilidad– es para ambas partes.
- √ en el depósito se responde por la culpa y por el riesgo, ya que no hay utilidad en principio para el depositario⁹⁵.
- √ en el comodato se responde por culpa, como ya determinó Mucio⁹⁶, precisamente porque en general sólo hay utilidad para el comodatario, pero todo dependerá de lo que se convenga⁹⁷ o de si en el caso concreto de que se trate el interés resulta ser del comodante⁹⁸.

La relación de depósito es más claramente bilateral que la del comodato y la compraventa aún más bilateral, porque su bilateralidad es recíproca, perfecta, onerosa y la del depósito justo lo contrario: el interés en la *emptio venditio* es de ambos por igual y sus respectivas prestaciones están a la misma altura, aunque de entrada pueda parecer más fuerte la posición del vendedor, que es quien tiene la cosa (a veces, los papeles se invierten y el vendedor necesita vender con urgencia). Por esa mayor bilateralidad inherente al depósito, en virtud de la cual se sustentan obligaciones y derechos para ambas partes evaluados desde la buena fe, su acción *in ius* cuajó antes: la naturaleza de la relación es intrínsecamente de buena fe y ello no es tan obvio en el caso del comodato. En la contractualización posterior de éste, la realizase o no Juliano, debió pesar el argumento que Paulo esgrime 29 *ad edictum*⁹⁹: siendo un negocio efectuado entre dos se dan a la postre dos acciones, para evidenciar que lo que en principio nació como liberalidad se hizo luego objeto de recíprocas obligaciones. Es precisamente por no haber nacido en el ámbito del favor y la pura liberalidad de la que habla Paulo para el comodato por lo que, en mi opinión, en el mismo ámbito de las obligaciones cuasicrediticias (aquéllas que, creadas por el

⁹⁴ Para el caso del comodato cfr. Ulp. 28 *ed.*, D. 13, 6, 3, 2; para el caso del depósito no cabe duda alguna para una época bastante anterior y basta con cfr., entre otros, Gai. 4, 62.

⁹⁵ La mercantilización creciente del mundo jurídico y económico provocará también el nacimiento de un interés para el depositario, pero ese interés es más económico que jurídico; vid. sobre esto si se desea CASTRO, *Consensualidad, naturaleza y régimen*, cit. y, en general, sobre ese fenómeno y su incidencia en el derecho, también *idem*, <*Emptio venditio*> y <*consensus*>. *Contribución al estudio del origen y estructura de la compraventa romana: contrato-fin y contrato-medio*, en *Studi Talamanca*, cit., en prensa.

⁹⁶ D. 13, 6, 5, 3.

⁹⁷ D. 13, 6, 5, 10.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ D. 13, 6, 17, 3.

pretor, lo hacen mirándose en el molde de la decenviral *datio* que pretoriamente se defiende con la *condictio*), la prenda no recibió cobertura *in ius*: no resultaba posible, desde el prisma jurisprudencial clásico, su bilateralización ni la aplicación en su tejido de la buena fe, procesal o substancialmente.

La bilateralidad implícita¹⁰⁰ que, en virtud de su nacimiento en la liberalidad, se percibía en la relación de comodato es la que obliga a su defensa en razón del criterio de la buena fe: no siendo una relación, en cualquier caso, consensual, se mantuvo su ubicación original en el edicto *de rebus creditis*. La contractualización del depósito, seguramente más antigua y, en cualquier caso, dada las propias características de la figura, mucho más natural y sencilla, fue plena: momento de gestación, *iter* vinculatorio y extinción/responsabilidad. La contractualización del comodato, más tardía, fruto de la onda expansiva de la generalización del molde contractual aplicada por Juliano en la hora de la codificación, no alcanzó a su momento de perfección, muy próximo como estaba al mutuo y la prenda, *obligationes re* indiscutibles, genuinas, incluidas también en el edicto XVII.

La acción *in ius* concedida al depósito con anterioridad arrastró al depósito al título de buena fe, en el que probablemente no estuviese la genuina y solitaria acción *in factum*, concedida para defender el *factum* de la entrega en custodia de una cosa y en la que no jugaba ningún papel la *bona fides*. En el comodato debió ocurrir justo al revés: contractualizada al borde de la codificación juliana –si no en ella misma, por no entrar en otras posibilidades– se quedó donde estaba. Es la diferencia entre una contractualización *integral* y una que no lo era, que no lo fue ni pudo serlo. Por ello Gayo no habla del comodato en su elenco de acciones de buena fe¹⁰¹, que sólo incluye los juicios incluidos en el edicto XIX, pero sí de su duplicidad formularia¹⁰², acreditada por las dos acciones incluidas en el título XVII¹⁰³. El eclecticismo de Gayo es fruto de su época: cabe apreciarlo en la obra gigantesca de Juliano (por ejemplo, en tema de adición¹⁰⁴ y posesión¹⁰⁵) y sólo los diferencia sus objetivos, situaciones y talentos tan diversos. Juliano innova mezclando la buena fe en una figura que no nace explícitamente de ella (tampoco en contra): el talante práctico lo impone. Gayo, heterodoxo por necesidad, marginal, sin nada que perder ni demostrar, enseña, y al enseñar simplifica: mezcla, adapta, fusiona, crea. Y surge, por ejemplo, su *summa divisio*¹⁰⁶.

Para ambos, depósito y comodato fueron defendidos *in ius* desde la buena fe: para ser exactos, el depósito *desde la buena fe* y el comodato *con la buena fe*.

¹⁰⁰ E imperfecta; sólo la onerosidad crea obligaciones bilaterales perfectas: compraventa y arrendamiento.

¹⁰¹ Gai. 4, 62.

¹⁰² Gai. 4, 47.

¹⁰³ No me parece suficiente (ni siquiera convincente) la lectura borrosa del manuscrito de Verona, líneas 5-6 del fol. 68, a la que se agarra CERAMI, *o. c.*, 312.

¹⁰⁴ Ulp. 61 *ed.*, D. 29, 2, 20. Sobre este texto vid. CASTRO, *Observaciones en torno a la aceptación hereditaria en derecho romano: Trebacio, Próculo, Juliano, Gayo, Paulo y Ulpiano ante la <aditio>*, & 5.1, IVRA, en prensa.

¹⁰⁵ Iul. 44 *dig.*, D. 41, 2, 38, 1.

¹⁰⁶ Gai. 3, 88-89.