

CONTRATO DE DEPÓSITO: RESPONSABILIDAD DEL DEPOSITARIO EN LOS TEXTOS ROMANOS Y MEDIEVALES

OLGA MARLASCA MARTÍNEZ (*)

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objeto destacar los aspectos más relevantes que tienen relación con la responsabilidad del depositario en diferentes etapas históricas. Con ello se pretende poner de relieve los criterios de responsabilidad que se establecieron en los textos legales, habida cuenta de que el problema citado de la responsabilidad del depositario es sin duda uno de los más importantes que el contrato ofrece a los estudiosos del mismo.

Es cierto que tanto la doctrina española, como la extranjera se han ocupado del tema de la responsabilidad en el contrato de depósito, sobre todo por lo que respecta a la época romana, y por ello podría resultar redundante volver sobre la misma.

No obstante, por nuestra parte, en la presente exposición, además de poner de manifiesto los criterios de la responsabilidad del depositario en el Derecho romano, se pretende hacer el análisis de los textos correspondientes a etapas históricas posteriores con el fin de ver qué pautas se han seguido en los mismos sobre esta materia. De esta manera, el *iter* que vamos a seguir en la exposición es el siguiente: presentamos en primer lugar una serie de testimonios correspondientes a la época romana, procedentes de los juristas, así como de algunas constituciones imperiales; por otro lado, determinados textos legales de la época visigoda (fundamentalmente el Código de Eurico, así como la *Lex Visigothorum*) se refieren también a una serie de principios que fueron tenidos en cuenta a la hora de exigir responsabilidad a quien se hace cargo de ciertos bienes que le son entregados por el dueño para la correspondiente custodia; asimismo, el tema es objeto de regulación en algunos textos legales que se consideran representativos de la recepción del Derecho común en Castilla (como son el Fuero Real y las

(*) Universidad de Deusto. Bilbao.

Siete Partidas). Finalmente, presentamos un último apartado, a modo de recapitulación, en el que se destacan los criterios más significativos relativos a la responsabilidad del depositario contenidos en los textos pertenecientes a las mencionadas etapas históricas.

2. LA REGULACIÓN EN EL DERECHO ROMANO

2.1. Consideraciones previas

En los primeros tiempos del mundo romano, quizás, el depósito se incardinase exclusivamente en el orden natural de las relaciones humanas, presididas por la confianza y desvinculadas de toda eficacia jurídica ⁽¹⁾. Más concretamente, la costumbre de entregar una cosa a persona de confianza, se remonta en la sociedad romana a época muy antigua. El depósito, como vamos a ver a continuación, es mencionado ya en el texto legal de las XII Tablas.

No obstante lo anterior, “ello no significa que el primitivo derecho quirritario reconociese el depósito como un negocio jurídico capaz de generar obligaciones civiles, o dicho de otra forma que lo considerase como contrato y le concediese una acción contractual” ⁽²⁾. Precisamente en un texto de Paulo en SP 2,12,11 = Coll. 10,7,11, se establece lo siguiente: *Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum*.

El citado texto, en primer lugar, nos muestra de forma evidente que ya en la ley de las XII Tablas (8,19) se concedía una acción penal ⁽³⁾ por causa de apropiación indebida y por el doble. Con ello se demuestra que “la ley decenviral no consideraba el depósito capaz de generar responsabilidad contractual a cargo del depositario, y consideraba delito la infracción de no responder a la confianza en la que se basa la entrega de la cosa cuando ésta no es custodiada y devuelta ⁽⁴⁾”.

Por otro lado, el citado jurista alude asimismo a la *actio* contenida en el edicto del pretor, por la que la condena para el depositario es *in simplum*. A esta

⁽¹⁾ Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema contractual romano*. 3.^a ed. (Madrid, 2007), p. 459

⁽²⁾ LONGO, C., *Corso di Diritto Romano. Il deposito* (Milano, 1946), p. 2. Conviene recordar asimismo que además del depósito, también la fiducia, así como el comodato y el *pignus*, en la fase inicial no tuvieron reconocimiento ni defensa contractual.

⁽³⁾ Considera D'ORS, A., *Derecho privado romano*, (Pamplona, 1986), p. 522 que en el derecho arcaico, la acción contra el depositario infiel pudo ser la misma *actio furti*, pero ésta debió de resultar inaplicable cuando se precisó la *contractatio* como elemento esencial del hurto.

⁽⁴⁾ Sobre el particular, véase, LONGO, C., *Corso di Diritto Romano. Il deposito*, ob. cit., p. 3.

acción edictal se refiere ya de forma más precisa Ulpiano en D. 16,3,1,1 ⁽⁵⁾. En efecto, el edicto contiene una acción pretoria ⁽⁶⁾, con fórmula *in factum concepta* por *rem dolo malo redditam non esse*, contra el depositario que no restituye la cosa; la acción es por el *simplum* si se trata de un depósito ordinario y por el doble cuando el depósito tiene lugar como consecuencia de una catástrofe ⁽⁷⁾.

Sobre el citado edicto considera Longo que “no habría tenido razón de ser si el acuerdo realizado para la custodia de la cosa hubiese estado anteriormente reconocida como obligación por el *ius civile*” ⁽⁸⁾. Posteriormente, en la república tardía o en los comienzos del período clásico ⁽⁹⁾, aparece una fórmula *in ius concepta* ⁽¹⁰⁾ como *bonae fidei iuducium*, con lo que la responsabilidad derivada del depósito es reconocida como verdadera responsabilidad contractual.

En otro orden de cosas, conviene destacar que la custodia es el fin típico y específico del depósito ⁽¹¹⁾ y así lo confirman algunos textos en los términos que vamos a ver a continuación. El texto de Ulpiano en D. 16,3,1,pr., después de presentar la definición del contrato, establece: *quod ad custodiam rei pertinet*. En la misma línea, a propósito de la entrega de un bien a un secuestratario, Paulo

⁽⁵⁾ El texto de Ulpiano en D. 16,3,1,1 establece: *Praetor ait: quod neque tumultus, neque incendii, neque ruinae, neque naufragii causa depositum sit, in simplum, ex earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum [...] iudicium dabo*.

⁽⁶⁾ Esta acción conserva los caracteres originarios de la acción penal: D. 47,2,68(67) pr.: *Infitiando depositum nemo facit furtum (nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum est)*. Según D'ORS, A., *Derecho privado romano*, ob. cit., p. 523, el citado texto, probablemente interpolado, refleja una antigua idea.

⁽⁷⁾ Considera ROTONDI, G., *Scritti Giuridici*, vol. II (Milano, 1922), p. 94, que cuando se crea la *actio in factum* pretoria el elemento penal sigue teniendo prevalencia, por ello dice el citado autor que “*mentre in altri rapporti già ab antiquo riassunti nel sistema dei contratti si svolse, entro limiti e con risultati diversi, la responsabilità per culpa, la responsabilità del depositario rimane sempre nella sua sostanza una responsabilità ex delicto, che trova il suo limite e la sua espressione nel dolo*”. El tema de: “La misura della responsabilità nell'*actio depositi*” del citado autor está asimismo publicado en *Archivio Giuridico*, 83 (1909), pp. 269-313.

⁽⁸⁾ Cf. LONGO, C., *Corso di Diritto Romano. Il deposito*, ob. cit., pp. 3-4

⁽⁹⁾ Por lo que respecta a la época de la creación de la fórmula *in ius*, en el primer siglo del Imperio, entre otros, ROTONDI, G., *Scritti Giuridici*, vol. II, ob. cit., pp. 54-55; LONGO, C., *Corso di Diritto Romano. Il deposito*, ob. cit., p. 4 se refiere concretamente a la segunda mitad del siglo I.

⁽¹⁰⁾ Gayo 4,47 nos presenta las dos fórmulas: *in ius* e *in factum*. Sobre esta doble fórmula, véase, entre otros, ROTONDI, G., “Contributo alla storia del contratto di deposito nel diritto romano”, en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 45 (1908), pp. 3-55 = *Scritti Giuridici*, vol. II, ob. cit., pp. 1-55; BURILLO, “Las fórmulas de la *actio depositi*”, en *SDHI*, 28 (1962), pp. 233 ss.

⁽¹¹⁾ Por ello, el uso de la cosa por parte del depositario es perseguible con la *actio furti*. No sería perseguible si se hubiese establecido un acuerdo en sentido contrario, es decir, para poder usar la cosa depositada, en cuyo caso ya no se trata de un depósito, si no de un comodato o un mutuo, por todos, véase, GANDOLFI, G., *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana* (Milano, 1976), p. 12.

en D. 16,3,6 ⁽¹²⁾, habla igualmente de custodia. Del mismo modo, los textos recogidos en Coll. 10,7,2-4 (= PS 2,12,2-4) se refieren a la entrega de la cosa en depósito para su custodia. Por otro lado, Gayo en D. 44,7,1,5 ⁽¹³⁾ alude a la falta de custodia de la cosa.

Si este es el fin típico y específico del *depositum*, las dudas en la doctrina romanística se centran en torno a si surge una obligación de custodiar, con carácter autónomo y esencial, independiente de la de restituir ⁽¹⁴⁾. Más concretamente, se pregunta la doctrina ⁽¹⁵⁾ si efectivamente surge para el depositario una obligación de custodia, junto a la obligación esencial de restituir. Sobre la base de algunos textos que nos proporcionan las fuentes se producen disparidad de criterios.

Algunos autores han señalado dos obligaciones fundamentales: la de custodiar la cosa y la de restituir ⁽¹⁶⁾. Otros autores hablan de conservación y restitución y ponen el énfasis en que la obligación fundamental es la de restituir ⁽¹⁷⁾. Ade-

⁽¹²⁾ El texto de Paulo, correspondiente al libro 2 *ad Edictum* en D. 16,3,6, establece que: *Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur*.

⁽¹³⁾ En D. 44,7,1,5, se establece lo siguiente: *Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur: qui et ipse de ea re quam acceperit restituenda tenetur. Sed is etiamsi neglegenter rem custoditam amiserit, securus est [...]*

⁽¹⁴⁾ Cf. PANERO, R., "El depósito", en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor J. L. Murga Gener* (Madrid, 1994), p. 269. El citado autor hace las siguientes matizaciones: a) que la sanción del depositario que incumple es afrontada en las fuentes, siempre bajo el prisma del *non reddere*; b) que, consiguientemente, el deber de custodiar permanece, en el lenguaje de ellas, en la sombra, tras la obligación de restituir; c) que la razón de ello obedece a que el jurista no valora, como ya hemos tenido ocasión de ver, las diferentes *species facti*, a él presentadas, bajo la impronta de la obligación, sino de la acción ejercitable, siendo determinante para decantarse el resultado práctico que aquella comporta; d) que, como remarca Gandolfi, quienes defienden que la obligación de custodiar es esencial, típica y exclusiva del depósito no explican el hecho de que en un transporte gratuito, por mar (cf. D. 4,9,3,1), pueda intentarse la *actio depositi*.

⁽¹⁵⁾ Entre otros, véase, BONIFACIO, F., "Ricerche sul deposito irregolare", en *BIDR* 45-50 (1947), p. 128; METRO, A., *L'obbligazione di custodire nel Diritto romano* (Milano, 1966), pp. 128 ss.; GANDOLFI, G., *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, *ob. cit.*, pp. 12 ss.

⁽¹⁶⁾ Véase, CUQ, *Manuel des institutions juridiques des romains* (París, 1928), p. 447; BONFANTE, P., *Istituzioni di diritto romano* (Torino, 1946), p. 479; GUARINO, A., *Diritto privato romano* (Nápoles, 1981), p. 751, donde dice concretamente lo siguiente: "Obbligazioni del depositario erano: anzitutto, custodire la cosa ricevuta in deposito e, secondariamente, restituirla al deponente"; en la misma línea se manifiesta la manualística española, entre otros, GARCÍA GARRIDO, M. J., *Derecho privado romano. Acciones, casos, instituciones* (Madrid, 1988), pp. 587-588; IGLESIAS, J., *Derecho romano. Historia e Instituciones*. (Barcelona, 1988), p. 365; ARIAS RAMOS, J.-ARIAS BONET, J. A., *Derecho romano II. Obligaciones. Familia. Sucesiones*. 17.^a edición (Madrid, 1984), p. 598

⁽¹⁷⁾ ROTONDI, G., en *Scritti Giuridici*, vol. II, *ob. cit.*, p. 70 ss. = "Appunti sulla teoria romana del deposito", in *Filangieri*, 34 (1909), pp 271 ss., dice el autor, entre otras cosas, que las

más, algunos van más lejos y consideran que la obligación de restituir la cosa entregada en depósito es la única obligación que le incumbe al depositario. Concretamente, Bonifacio ⁽¹⁸⁾ niega que haya una obligación de custodia en el depósito. Según el citado autor, “*del deposito non nasce, in diritto romano, alcuna obbligazione di custodire la cosa, ma solo quella di restituirla a richiesta*”. Sigue diciendo el citado autor que “*l’actio depositi non può essere esperita che per ottenere l’adempimento di questa; il depositario non è tenuto ad alcuna attività, e ciò rispecchia nel fatto che la responsabilità sua è limitata al dolo*” ⁽¹⁹⁾.

Otros escritores, entre ellos Metro, consideran excesiva la posición anterior, ya que hay que tener en cuenta que los juristas romanos, “sobre la base del presupuesto de que la custodia constituye la causa del depósito, consideran la buena fe contractual del depositario en función de tal *causa custodiendi*, reconociendo por tanto una violación de la buena fe (perseguable mediante la fórmula *in ius*) en la actividad de quien enajena la cosa recibida en depósito (cf. D. 16,3,1,25), quien viola el secreto del testamento depositado (cf. D. 16,3,1,38), el que en una palabra, realiza actos contrarios a la función del contrato, que es la conservación de una cosa mueble” ⁽²⁰⁾. Por lo tanto, siempre es necesaria una actividad del depositario, en los términos a los que se refiere Gayo, 3,207, [...] *si quid ipse dolo malo fecerit*.

No obstante lo anterior, y a modo de conclusión con base en las fuentes correspondientes, se considera “bastante inoportuno continuar hablando de obligación de custodia, porque a tal concepto la dogmática moderna da una extensión, que desvía completamente la realidad del instituto, la cual viene delineada por las fuentes. Sin embargo, tampoco se debe caer en las posiciones extremas, considerando que la única obligación del depositario es aquella de restituir la cosa, excluyendo cualquier relevancia a la actividad de custodiar, ya que no se debe olvidar que contra el depositario es ejercitable una *actio ex fide bona*, que excluye todos los comportamientos contrarios a la buena fe, sobre todo aquellos actos de carácter no omisivo, que habían violado la *causa custodiae*, que caracteriza al depósito; pero también se debe reconocer que la expresión obligación

obligaciones del depositario se pueden reducir a dos: conservación y restitución de la cosa; GIRARD, P., *Manuel élémentaire de droit romain* (París, 1929), p. 563; MONIER, R., *Manuel de droit romain*, vol. II., 5.ª ed. (París, 1954), p. 125; VILLERS, R., *Rome et le droit privé* (París, 1977), p. 321.

⁽¹⁸⁾ BONIFACIO, F., “Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano”, *ob. cit.*, p. 128. En sentido contrario se manifiestan, entre otros, VIGNERON, R., *Offerre aut deponere. De l’origine de la procédure des offres réelles suivies de consignation*. Preface de Fritz Sturm (Liège, 1979), pp. 64-65.

⁽¹⁹⁾ *Ibidem*

⁽²⁰⁾ Véase, METRO, A., *L’obbligazione di custodire nel Diritto romano*, *ob. cit.*, p. 148.

de custodiar, tiene una extensión mucho más amplia respecto a la custodia requerida en las fuentes al depositario" ⁽²¹⁾. Sigue diciendo además el citado autor, lo siguiente: " Por ello si se quiere continuar hablando de obligación de custodiar del depositario, se debe hacer teniendo en cuenta las observaciones anteriores que dan al concepto los límites precisos" ⁽²²⁾.

En definitiva, se puede decir que al margen de la obligación de restituir, el depositario queda obligado a observar determinados comportamientos acordes con la buena fe, pero no se puede hablar de obligación de custodiar tal y como es concebida por la doctrina moderna ⁽²³⁾. Por nuestra parte, nos vamos a centrar en las siguientes líneas en la responsabilidad del depositario.

2.2. Responsabilidad del depositario: época clásica, postclásica y justiniana ⁽²⁴⁾

Como es conocido, la opinión común de los autores, con base en los textos romanos, es la de que en el derecho clásico el depositario responde únicamente por dolo ⁽²⁵⁾; este criterio se mantuvo casi inmutable en el derecho post-

⁽²¹⁾ *Ibidem*, pp. 149-150; En el mismo sentido, HERRERA BRAVO, R., *El contrato de depósito en el Derecho romano*, (Granada, 1987), p. 333; IDEM, "La custodia como obligación singular del depositario en el contrato de depósito", *Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias*. Tomo III (Madrid, 1988), p. 1432.

⁽²²⁾ METRO, A., *L'obbligazione di custodire nel Diritto romano*, *ob. cit.*, p. 150.

⁽²³⁾ En sentido contrario se pronuncia ROBAYE, R., *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain* (Bruxelles, 1987), pp. 34-35, cuando dice que es verdad que el depositario sólo responde por el dolo. Pero "hay que tener en cuenta que no se entrega una cosa, sólo para que sea devuelta, sino para que sea guardada antes de ser entregada al depositario. Es una cuestión de buen sentido que parecen olvidar los que consideran que el depositario no asume obligación de guarda". Se pregunta además el citado autor lo siguiente: "La limitación de la responsabilidad del depositario al dolo supone que se reduce sus obligaciones a la restitución de la cosa depositada? La lectura de los textos permite pensar lo contrario y la posición de la mayoría de los autores se podría explicar por una confusión entre las nociones de obligación y de responsabilidad que deben tener su autonomía", cf. *ibidem*. También VIGNERON, R., *Offerre aut deponere. De l'origine de la procédure des offres réelles suivies de consignation*, *ob. cit.*, pp. 64-65, establece que no es cierto que el depositario no tenga en derecho clásico ninguna obligación de guarda de la cosa. Por el contrario, no se trata de una custodia en el sentido técnico del término, si bien la responsabilidad está limitada al dolo, no se puede negar que un depósito constituye para el depositario una carga que cumple de forma gratuita, de la que puede desear ser aliviado.

⁽²⁴⁾ Particular atención se ha dedicado en la literatura al régimen de la responsabilidad del depositario, por todos, véase la bibliografía al respecto en PANERO, R., "El depósito", en *Derecho romano de obligaciones*, *ob. cit.*, pp. 278-281

⁽²⁵⁾ Habida cuenta del carácter gratuito del contrato, así como de la naturaleza infamante de la *actio depositi*, la responsabilidad del depositario por la pérdida o deterioro de la cosa se limita en un principio al dolo (cf. Inst. 4,16,2).

clásico y en la época justiniana se extiende a la *culpa lata* ⁽²⁶⁾, debido al principio justiniano *culpa lata dolo aequiparatur*; no obstante, no alteran las ideas generales expuestas el que, excepcionalmente en algunos textos se aluda a la *culpa levis in abstracto* ⁽²⁷⁾ y a la *culpa levis in concreto* ⁽²⁸⁾, en los términos a los que nos vamos a referir más adelante.

Son numerosos los textos contenidos en el *Corpus iuris civilis* (principalmente en el Digesto y también en las Instituciones), así como en obras anteriores a la compilación justiniana que se refieren a la responsabilidad del depositario solamente por dolo ⁽²⁹⁾. El texto de base relativo a la responsabilidad del depositario es el de *Gaius*, 3,207, donde se establece lo siguiente: *Sed si apud quem res deposita est, custodiam non praestat tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit. Qua de causa si res ei subrepta fuerit, quia restituendae eius nomine depositi non tenetur [...]*

La custodia a la que se refiere Gayo en la expresión: *custodiam non praestat*, no es la actividad de guarda como tal, sino la custodia entendida como criterio de responsabilidad, opuesta aquí al dolo. El depositario será responsable sólo en el supuesto de que la pérdida o el daño sea debido a engaño, en caso contrario no es responsable ⁽³⁰⁾. El principio anterior se encuentra asimismo recogido en algunos textos del Digesto.

Citamos en primer lugar un texto de Ulpiano en D. 13,6,5,2, en el que se dice, entre otras cosas: [...] *Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito*. Asimismo, en otro texto del citado jurista, recogido en este caso, en D. 50,17,23, se establece que en algu-

⁽²⁶⁾ En D. 50,16,213,2, se establece que: *lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes intellegunt*.

⁽²⁷⁾ D. 16,3,11

⁽²⁸⁾ D. 16,3,32

⁽²⁹⁾ En la fórmula *in factum* de la *actio depositi*, ésta representa la originaria disciplina pretoria de la relación y la condena es subordinada a la condición: *eamque (rem) dolo malo redditam non esse*.

⁽³⁰⁾ Sobre la forma de entender el dolo, véase KUNKEL, W., *Derecho privado romano*. Trad. esp. por L. Prieto Castro (Madrid, 1965) (reimp. de la 1.ª ed. 1937), pp. 253-254, que se pronuncia de la siguiente manera: "En época antigua, sólo los actos dolosos de manifiesta y consciente deslealtad se estimaron como atentatorios de la buena fe, por lo que se halló en el *dolus malus*, la contrapartida de la *bona fides*. Esta contraposición se mantuvo en esencia, aún después de que las nuevas concepciones de los tiempos dieran a la *bona fides* un contenido más extenso. La consecuencia de esto fue, una importante ampliación del concepto del *dolus*; no sólo comprendía el acto antijurídico consciente, la conducta artificiosa y falaz, sino toda clase de deslealtad, todo obrar impropio de personas honradas". En parecidos términos se manifiesta PANERO, R., "El depósito", en *Derecho romano de obligaciones*, ob. cit., p. 277, al hablar de la responsabilidad del depositario únicamente por dolo, jurisprudencialmente es entendido de un modo elástico, identificable con cualquier tipo de conducta, conscientemente desleal.

nos contratos se responde por dolo y en otros por dolo y culpa. *Dolum tantum: depositum et precarium*.

En este tipo de contratos hay que tener en cuenta que el depositario presta un servicio como amigo. Según las palabras de Ulpiano, todo lo que concierne a la guarda de la cosa es confiado a la buena fe del depositario ⁽³¹⁾. En definitiva, si éste actúa con negligencia el depositante deberá asumir las consecuencias si ha actuado con ligereza a la hora de elegir un amigo también negligente ⁽³²⁾.

Del mismo modo, en otro texto de Ulpiano en Dig. 4,9,3,1, se establece, entre otras cosas, que: *In deposito dolus dumtaxat praestatur*. La misma idea se encuentra en Pomponio, en el texto contenido en Dig. 13,1,16, donde se establece en relación con la responsabilidad en el depósito que: *In depositi non ultra dolum malum teneatur is, cum quo depositi agetur*.

En otra sede del Digesto, concretamente, en el Título 3 del Libro 16 se refiere al régimen jurídico del contrato de depósito. Además, como se puede apreciar, la rúbrica de este título: *Actio depositi vel contra*, pone el acento en el aspecto procesal del contrato. Uno de los textos en los que aparece esta limitación al dolo se afirma en Dig. 16,3,1,47 ⁽³³⁾ donde se dice que al ejercitar la acción de depósito se comprende solamente el dolo [...] Del mismo modo, en las Instituciones de Justiniano, concretamente, en Inst. 3,14,3 queda establecido que: [...] *ex eo solo tenetur si quid dolo commiserit*.

Por otro lado, en un texto antejustiniano como es la *Collatio Legum* (*Titulus 10: De Deposito*), se recogen algunos textos de juristas, así como constituciones pertenecientes a la época clásica que tienen relación con la responsabilidad por dolo del depositario; en primer lugar, un texto de Paulo en Coll. 10,7,6, establece lo siguiente: *Ob res depositas dolus tantum praestari solet*. El mismo criterio de responsabilidad se refleja en un texto de Modestino, recogido en Coll. 10,2,1 ⁽³⁴⁾ en el que se dice, entre otras cosas: [...] *qui uero depositi conuenitur, de dolo, non etiam de culpa, condemnandus est*.

Finalmente, en una constitución del emperador Alexander (a. 234), en Coll. 10,8,1, se refiere al mismo criterio que hemos visto en los testimonios de los juristas clásicos: (*Depositarius*) *qui dolum tantum praestare debuit*.

Una vez que se ha llegado a este punto, podemos preguntarnos por los motivos por los cuales el depositario sólo responde por dolo en la época a la que

⁽³¹⁾ Cf. D. 16,3,1, pr.

⁽³²⁾ Sobre el particular, véase ROBAYE, R., *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle*, ob. cit., p. 36.

⁽³³⁾ En D. 16,3,1,47, se establece: *Quia autem dolus duntaxat in hanc actionem venit [...]*.

⁽³⁴⁾ El mismo jurista en Coll.10,2,4, establece que: *Depositum damnatum infamis est: qui uero commodati damnatur, non fit infamis: alter enim propter dolum, alter propter culpam condemnatur*.

nos estamos refiriendo. En primer lugar, conviene destacar que la gratuidad es un elemento constitutivo de este tipo de negocio jurídico y las fuentes son en su casi totalidad concordes en afirmar la esencialidad de este requisito en el contrato de depósito.

Veamos, en primer lugar, el texto recogido en Inst. 3,26,13 en el que se establece lo siguiente: [...] *Quibus casibus sine mercede suscepto officio, mandati aut depositi contrahitur negotium*. Por otro lado, el que recibe un salario por la guarda de una cosa responde de los riesgos derivados de la misma ⁽³⁵⁾. El depositario puede reclamar el reembolso de los gastos que le ha ocasionado la guarda de la cosa y los perjuicios que le haya ocasionado por los vicios propios de la misma; ahora bien, el pago de una merced transforma el depósito en alquiler ⁽³⁶⁾. La distinción entre estos dos contratos se va a mantener durante la época clásica. Es en la época del Bajo Imperio y en Occidente cuando va a existir una confusión en los términos y en la reglamentación de los citados contratos ⁽³⁷⁾.

Más concretamente, los testimonios de algunos juristas en cuanto a los motivos por los cuales la responsabilidad del depositario queda limitada al dolo, son bien claros: por la ausencia de todo interés en el depositario.

Así Ulpiano, en el citado texto de D. 13,6,5,2, después de decir que el depositario responde solamente en el supuesto de haber actuado con dolo, justifica la solución por el hecho de que el depositario ⁽³⁸⁾ no obtiene ninguna utilidad del depósito. En términos parecidos se manifiesta Gayo en D. 44,7,1,5 ⁽³⁹⁾, cuando establece que el depositario no tiene beneficio, sino que se ha hecho en interés de quien hace la entrega. Del mismo modo, el texto de Modestino recogido en Coll. 10,2,1 nos dice que: [...] *in depositi uero causa sola deponentis utilitas uertitur et ibi dolus tantum praestatur*.

La citada justificación puede parecer actualmente poco convincente, “ya que el hecho de que un contratante preste un servicio gratuito parece constituir ciertamente una buena razón para atribuirle una responsabilidad atenuada, pero no parece constituir una buena razón para exonerarlo de todo deber, aunque mínimo de diligencia, desde el momento en que aquél ha aceptado libremente cumplir la prestación que nadie le obligaba. Pero si como la medida de la res-

⁽³⁵⁾ Cf. D. 19,2,40.

⁽³⁶⁾ La transformación del depósito en arrendamiento no es indiferente para el *accipiens*, ya que se agrava su responsabilidad, cf. el texto de Ulpiano en D. 13,6,5,2.

⁽³⁷⁾ Sobre el particular, véase LEVY, E., *Weströmisches Vulgarrecht das Obligationenrecht* (Weimer, 1956), pp. 148-149.

⁽³⁸⁾ D. 13,6,5,2: [...] *Nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur*.

⁽³⁹⁾ D. 44,7,1,5: [...] *Quia enim non sua gratia accipit, sed eius a quo accipit, in eo solo tenetur, si quid dolo perierit*.

ponsabilidad contractual depende en definitiva de la apreciaciones y modos de ver que varían en los diferentes ambientes sociales y, además, en el mismo ambiente social pueden variar con el cambio de los tiempos y de las ideas, no procede criticar los criterios que han inducido a los clásicos a limitar al dolo la responsabilidad del depositario” (40). Por lo tanto, sigue diciendo el autor: “Hay que contentarse con la justificación adoptada como expresión del modo de ver y de la concepción social de la época; las disposiciones del edicto pretorio son manifiestamente el eco de la concepción citada” (41).

En la época postclásica, la responsabilidad del depositario por dolo se mantiene. En la *Collatio Legum*, de finales del s. IV, el título X del citado texto legal lleva la rúbrica: *De Deposito*, y algunos textos de juristas (42) nos recuerdan la responsabilidad por dolo del depositario que sigue aplicable en esta época; por otro lado, dos constituciones (fechadas las dos a fines del s. III) recogidas en el citado texto legal se refieren a la responsabilidad del depositario en los siguientes términos: en primer lugar, en Coll. 10,3,1, se dice: *Eum qui suscepit depositum dolum, non etiam casum, praestare certi iuris est*. También en Coll. 10,5: *Is, qui depositum suscepit, ultra dolum, si non aliud specialiter conuenit, praestare nihil necesse habet*. En relación con esta exigencia solamente por dolo a la que se refieren las constituciones aludidas, consideran algunos autores que “el hecho de que estas constituciones se encuentren en la *Collatio*, es un indicio de que el estado del derecho probablemente no ha sufrido modificaciones, por lo menos hasta el final del siglo IV, ya que la *Collatio* no puede ser redactada sino es después del 390 d. C.” (43).

En la época de Justiniano, como consecuencia del principio justiniano: *culpa lata dolo aequiparatur* la exigencia de responsabilidad del depositario se extiende a la *culpa lata*. Estima Longo (44) que no puede haber duda de que la extensión es de origen justiniano. La argumentación del citado autor (45) se basa en lo siguiente: Es cierto que los textos que se refieren a la responsabilidad del depositario por culpa grave son clásicos y, además, está demostrado que estos han sido interpolados por los compiladores justinianos.

Precisamente mediante la confrontación de algunos textos se puede observar que han sufrido alteraciones en la época de Justiniano. En primer lugar, en una constitución de A. Severo (año 234 d. C.) y contenida en Coll.10,8, se esta-

(40) Cf. LONGO, C., *Corso di Diritto Romano. Il deposito, ob. cit.*, p. 18.

(41) *Ibidem*.

(42) Cf. los textos de Modestino, en Coll. 10,2,1, así como el de Paulo en Coll. 10,7,6, citados ya anteriormente.

(43) Véase LONGO, C., *Corso di Diritto Romano. Il deposito, ob. cit.*, p. 19.

(44) *Ibidem*.

(45) *Ibidem*.

blece que: *Incursu latronum ornamenta deposita apud interfectum ab eis perierunt: detrimentum ad heredes eius qui depositum accepit, qui dolum tantum praestare debuit, non pertinet*. Como vemos en el texto transcrito se establece la responsabilidad del depositario solamente por dolo. La citada constitución nos ha llegado, además, por otra vía: a través del Código de Justiniano; concretamente, está recogida en C. 4,34,1, y en ella se dice lo siguiente: *Si incursu latronum vel alio fortuito casu ornamenta deposita apud interfectum perierint, detrimentum ad heredem eius, qui depositum accepit, qui dolum solum et latam culpam, si non aliud specialiter convenit, praestare debuit, non pertinet* [...]. Lo que interesa destacar del citado texto es que los compiladores han modificado el término *dolum tantum* por *dolum solum* y, además, han añadido el término *latam culpam*.

Del mismo modo, mediante la confrontación entre otros dos textos: el contenido en Inst. 3,14,3 ⁽⁴⁶⁾ y un texto atribuido a Gayo en las *Res Cottidianae*, contenido en D. 44,7,1,5 ⁽⁴⁷⁾, se observa que en este último se ha añadido la apostilla final: *magnam tamen neglegentiam placuit in doli criminare cadere*.

No obstante lo anterior, los compiladores no alteraron otros textos procedentes de la época clásica en los que se deja de manifiesto el principio de la responsabilidad por dolo: concretamente, para referirse al límite de la responsabilidad del depositario, hablan de *dolus solus*, *dolus tantum*, *non ultra dolum*. Los textos que así se manifiestan, puestos en su sentido originario, excluyen otro tipo de responsabilidad que no sea el verdadero y propio dolo; sin embargo, hay que recordar que en el derecho justiniano rige la máxima general: *culpa lata dolo aequiparatur*, o dicho de otro modo: *magna culpa dolus est* y que “los compiladores se ocuparon de declararla aplicable también en el tema de la responsabilidad del depositario” ⁽⁴⁸⁾.

Finalmente conviene destacar que, en cuanto a la exigencia de responsabilidad por culpa leve, los compiladores no fueron más allá de la *culpa lata*. Ello se demuestra, por una parte, por medio de los textos en los que se refieren al *dolus tantum*; por otro lado, hay textos en los que expresamente establecen que el depositario *diligentiam non praestat* ⁽⁴⁹⁾.

Sin embargo, a pesar de lo dicho anteriormente, es cierto que son recogidos en el Digesto dos textos, citados *supra*, que contemplan respectivamente la

⁽⁴⁶⁾ En Inst. 3,14,3, se establece que: *Is apud quem res aliqua deponitur[...]culpae autem nomine, id est desidiaae atque neglegentiae, non tenetur*.

⁽⁴⁷⁾ El texto contenido en D. 44,7,1,5, dice así: *Is apud quem rem aliquam deponimus[...]in eo solo tenetur si quid dolo perierit[...] magnam tamen neglegentiam placuit in doli crimine cadere*.

⁽⁴⁸⁾ LONGO, C., *Corso di Diritto Romano. Il deposito*, ob. cit., p 21.

⁽⁴⁹⁾ Cf. Inst. 4,1,17 = Gayo 3, 207; véase asimismo, el texto de Ulpiano en Dig.16,3,1,6, en el que se refiere a la posibilidad de pactar responsabilidad por culpa.

responsabilidad por culpa leve y por *culpa in concreto*. En el primer caso se trata de un texto de Ulpiano perteneciente al Libro 41 de los Comentarios a Sabino, recogido en D. 16,3,11, en el que se dice: *Quod servus deposuit, is, apud quem depositum est, servo rectissime reddet ex bona fide; nec enim convenit bonae fidei, abnegare id, quod quis accepit, sed debet reddere ei, a quo accepit, sic tamen, si sine dolo omni reddat, hoc est, ut nec culpa quidem suspicio sit [...]* Respecto al citado texto en el que se utiliza la palabra culpa en el sentido de la *culpa levis* ⁽⁵⁰⁾ considera la doctrina la presencia accidental en el mismo de un glosa ⁽⁵¹⁾.

Asimismo, un texto de Celso en D. 16,3,32, nos dice lo siguiente: [...] *Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret; nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus, diligentiam praestabit.* El texto transcrito se considera una distracción bastante grave de los compiladores, los cuales insertaron en D. 16,3, bajo el título: *Depositi vel contra*, un texto que se refería a la responsabilidad del tutor, pero sin retocarlo oportunamente ⁽⁵²⁾.

2.3. Posibles alteraciones de la responsabilidad del depositario

Si hasta ahora nos habíamos referido a la responsabilidad normal del depositario, vamos a ver a continuación si la misma puede sufrir modificaciones convencionales, o de otro tipo, en determinados casos especiales: en la línea de agravar la responsabilidad o disminuirla. La opinión común ⁽⁵³⁾, con base en los

⁽⁵⁰⁾ Entre otros, LONGO, C., *Corso di Diritto Romano. Il deposito, ob. cit.*, p. 22.

⁽⁵¹⁾ Entre otros, véase ROTONDI, G., *Scritti Giuridici*, vol. II, *ob. cit.*, pp. 99-100, se refiere a la intervención de los compiladores en D. 16,3,11; LONGO, C., *Corso di Diritto romano, ob. cit.*, p. 22; ASTUTI, G., Voz: "Deposito", in *Enciclopedia del Diritto*, 12 (1963) p. 217 ss.; GANDOLFI, G., *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana, ob. cit.*, p. 15; HERRERA BRAVO, R., *El contrato de depósito en el Derecho romano, ob. cit.*, pp. 275 ss.

⁽⁵²⁾ Véanse los autores citados en la nota anterior.

⁽⁵³⁾ Sobre el particular, ROTONDI, G., *Scritti Giuridici*, vol. II, *ob. cit.*, pp. 117 ss. = "La misura della responsabilità nell'actio depositi", in *Archivio Giuridico, ob. cit.*, pp. 269-313. De mismo modo, LONGO, C., *Corso di Diritto romano. Il deposito, ob. cit.*, p. 40 ss. En sentido contrario se manifestaba en su momento ALBERTARIO, en "Variazioni di responsabilità nell'actio depositi derivante da patto", en *BIDR*, 25 (1912), p. 15 ss. Decía en el citado escrito que en el derecho clásico la responsabilidad del depositario era considerada fija e inmutable y que por tanto no era lícito a las partes modificarla por medio de un pacto, ni siquiera para agravarla. Los textos que parecen documentar la admisibilidad en el derecho clásico de semejantes modificaciones son todos interpolados y reflejan un régimen que en realidad es solamente justiniano. En otro trabajo posterior, ALBERTARIO, E., "Variazioni di responsabilità nell'actio depositi derivante da patto", en *Studi di Diritto romano*, 4 (Milano, 1936), p. 247, admite la tesis de Rotondi en la línea siguiente: "El pacto, con el cual se aumentaba la responsabilidad del depositario, podía ser con-

testimonios que nos proporcionan los textos de los juristas mantiene la afirmación de poder alterar la responsabilidad que suponga un agravamiento de la misma. En cuanto a la posible disminución más adelante vamos a ver lo que dicen los textos al respecto.

En primer lugar, se puede acordar una exigencia más rigurosa de responsabilidad al depositario, por *culpa levis*. Como se ha venido diciendo a lo largo de las presentes líneas, aunque el depositario responde normalmente tan sólo en el supuesto de dolo, no por culpa, ni por custodia, la acción de buena fe permite agravar su responsabilidad con el criterio de la culpa en determinados casos. La responsabilidad por culpa en el depósito la vemos en los textos en algunos supuestos. Concretamente el depositario podía, con un especial pacto añadido *in continenti* al contrato, asumir una mayor responsabilidad por la custodia del objeto: por culpa, e incluso en el supuesto de caso fortuito, en los términos que veremos a continuación.

Habida cuenta del principio de libertad contractual se ha podido acordar que responderá el depositario, cf. el texto de Ulpiano en Dig. 16,3,1,6 en el que dice que: *Si se acordó que en el depósito se responda también por culpa, el acuerdo es válido, pues el acuerdo da ley a los contratos*. Se ha podido convenir que responde incluso del *periculum*. En este sentido, determinados textos nos informan sobre ello. El mismo jurista en D. 16,3,1,35⁽⁵⁴⁾, establece que se ha podido convenir que la cosa o el dinero depositado lo sean a riesgo del depositario. Así también, en el texto de Neracio contenido en D. 17,1,39⁽⁵⁵⁾ se dice que si se ha acordado tanto en el depósito como en el mandato que la cosa sea a riesgo de quien asume el depósito o el mandato, ello se considera justo.

Del mismo modo, en otro texto de Ulpiano se habla del pacto por el cual se responde de todo tipo de peligro, cf. D. 2,14,7,15⁽⁵⁶⁾, y del mismo jurista en D. 13,6,5,2⁽⁵⁷⁾, después de hacer mención a la responsabilidad por dolo, se

cluido entre las partes, pero podía tener eficacia solamente con el ejercicio de la *actio in ius*, porque solamente en los *iudicia bonae fidei* se reconoce valor a los *pacta in continenti facta* a favor del actor; no con el ejercicio de la *actio in factum*, de naturaleza más rígida, cuasi penal; en este caso no se podía responder más allá de la medida típica que la fórmula misma establecía". GANDOLFI, G., *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, ob. cit., pp. 15-16.

(54) En D. 16,3,1,35, se establece, entre otras cosas que: *Saepe evenit, ut res deposita vel numi periculo sint eius, apud quem deponuntur, utputa si hoc nominatim convenit [...]*.

(55) En D. 17,1,39, se establece lo siguiente: *Et Aristoni et Celso patri placuit posse rem hac condicione deponi mandatumque suscipi, ut res periculo eius sit qui depositum vel vel mandatum suscepit; quod et mihi verum esse videtur*.

(56) El texto de Ulpiano en D. 2,14,7,15, se manifiesta en los siguientes términos: *Item si quis pactus sit, ut ex causa depositi omne periculum praestet, Pomponius ait pactionem valere nec quasi contra iuris formam factam non esse servandam*.

(57) En D. 13,6,5,2, se establece al final del texto: [...] *aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur*.

dice expresamente que se responderá por culpa e incluso del *periculum* si así se convino.

Por lo que respecta a los citados pactos de agravación de la responsabilidad, consideran algunos autores ⁽⁵⁸⁾ la posibilidad de que queden sancionados por la *actio depositi in ius*, principalmente debido a los textos ⁽⁵⁹⁾ en los que así se deja constancia. Por otro lado, hay que tener en cuenta que quizás los pactos añadidos no tuvieran eficacia en el régimen de la *actio in factum* para agravar la situación del depositario “porque, como es conocido, sólo en los juicios de buena fe se reconoce valor a los *pacta in continenti facta*, incluso a favor del actor” ⁽⁶⁰⁾.

Responde también el depositario por culpa si el depósito se hizo exclusivamente en su interés como se puede ver en el texto contenido en D. 12,1,4,pr. ⁽⁶¹⁾. Del mismo modo, el depositario puede aceptar implícitamente esta agravación de responsabilidad: es el caso en el que uno se ofrece de forma espontánea a guardar la cosa de otro al que se refiere el texto, citado ya anteriormente, contenido en D. 16,3,1,35 ⁽⁶²⁾; en este caso el depositario responderá no sólo de dolo sino también de la culpa y de la custodia.

Se agrava asimismo la responsabilidad del depositario, según se dispone en D.13,6,5,2 ⁽⁶³⁾, si en el momento de constituirse el contrato se pacta una recompensa, en cuyo caso responde también por culpa. En definitiva, la acción de buena fe permite agravar la responsabilidad del depositario con el criterio de la culpa en los supuestos anteriormente mencionados.

Más concretamente, conviene destacar que la introducción en el edicto de la fórmula *in ius* para el depósito, representa una innovación de gran importancia. “Aunque sea verdad que en el depósito contractualizado se sigue fijando la responsabilidad del depositario en el dolo, esto no ocurre de una manera estricta porque en las acciones de buena fe juega siempre el concepto de culpa, de

⁽⁵⁸⁾ ROTONDI, G., *Scritti Giuridici*, vo. II, *ob. cit.*, pp. 117-122; LONGO, C., *Corso di Diritto romano. Il Deposito*, *ob. cit.*, p. 41; BONIFACIO, F., “Deposito. Diritto romano”, en *Novissimo Digesto italiano*. Vol. V (Torino, 1960), p. 496, donde dice expresamente que “conforme al régimen propio de los *bonae fidei iudicia*, es válido un pacto con el cual se aumente la responsabilidad del depositario”; HERRERA BRAVO, R., *El contrato de depósito en el Derecho romano*, *ob. cit.*, p. 185.

⁽⁵⁹⁾ Entre otros, cf. D. 2,14,7,15; D. 13,6,5,2; D. 16,3,1,6.; asimismo, en Coll. 10,5 se refiere a un posible acuerdo para responder más allá del dolo.

⁽⁶⁰⁾ ROTONDI, G., *Scritti Giuridici*, vol. II, *ob. cit.*, p. 118.

⁽⁶¹⁾ Se dice en el citado texto, entre otras cosas: *Quia necessitatem forte proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam, ut, si emissess, crediti nomine obligatus esses, hoc depositum periculo est eius qui suscepit.*

⁽⁶²⁾ D. 16,3,1,35 [...] *sed et si se quis deposito obtulit, idem Iulianus scribit, periculo se depositi illigasse, ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos.*

⁽⁶³⁾ D. 13,6,5,2, citado anteriormente.

negligencia; por consiguiente, si no se exige culpa es porque no hay interés económico en el depositario, pero no porque no se pueda exigir, ya que para ello bastaría pactarlo. Todos los textos en que se habla que se puede exigir una mayor responsabilidad al depositario, están pensando en la fórmula *in ius*. (El pacto por el que se aumenta la responsabilidad queda sancionado por la misma acción)” (64).

Como se ha venido diciendo la responsabilidad puede ser aumentada, sin embargo, en cuanto a la posible disminución de la misma por medio de un acuerdo entre los contratantes, se observa en los textos una aparente contradicción al respecto, que algunos autores resuelven recurriendo a la hipótesis de una interpolación. Por una parte, algunos textos establecen que no es válido el *pactum ne dolus praestetur* (65). La nulidad del pacto de exoneración de la responsabilidad significa que no se tiene en cuenta el acuerdo, el contrato sigue siendo válido (66). “La exoneración del depositario de la responsabilidad por dolo equivaldría a liberarlo de toda responsabilidad y a confiar por tanto la obligación a su mero arbitrio” (67).

No obstante lo anterior, en algunos otros textos contenidos en el Digesto se establece que es válido el pacto con el cual el deponente se compromete a no reclamar como consecuencia del depósito; es decir, realiza con el depositario un *pactum de non petendo*. En primer lugar, un texto perteneciente a Ulpiano, en D. 2,14,7,15, dispone que: *Sed et si quis paciscatur ne depositi agat, secundum Pomponium valet pactum [...]* En el mismo sentido un texto de Paulo, en D. 2,14,27,3, en el que se dice que: *Illud nulla pactione effici potest, ne dolus praestetur. Quamvis si quis paciscatur ne depositi agat, vi ipsa id pactum videatur, ne de dolo agat: quod pactum proderit.*

Considera Rotondi (68) que el admitir la validez del *pactum ne depositi agatur*, o de la correspondiente *liberatio legata* (cf. D. 34,3,8,7), no es nada extraño, como no lo es el admitir la renuncia a cualquier acción contractual. Lo que genera problema es el hecho de que, puesto que la *actio depositi* se dirige sólo contra el dolo de lo convenido, la renuncia a la misma puede parecer como dejar libre campo al dolo, considerado siempre contrario al derecho y

(64) HERRERA BRAVO, R., *El contrato de depósito en el Derecho romano*, ob. cit., p. 185.

(65) Cf., el texto de Ulpiano en Dig. 16,3,1,7, se refiere a la nulidad del pacto en los siguientes términos: *Illud non probabis, dolum non esse praestandum, si convenerit; nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est, et ideo nec sequenda est*. Del mismo modo, cf. D. 50,17,23; por otro lado, en relación con el comodato, se dice en D. 13,6,1,17, pr., lo siguiente: *In commodato haec pactio, ne dolus praestetur, rata non est*.

(66) Sobre el particular, entre otros, LONGO, C., *Corso di Diritto romano*, ob. cit., p. 47; HERRERA, R., *El contrato de depósito en el Derecho romano*, ob. cit., p. 185.

(67) LONGO, C., *Corso di Diritto romano. Il deposito*, ob. cit., p. 47.

(68) ROTONDI, G., *Scritti Giuridici*, vol. II, ob. cit., pp. 121-122.

a la moral. Continúa el autor diciendo que, bien mirado, en el *pactum ne depositi agatur*, como en la *liberatio legata*, se presenta en primera línea el acto de liberalidad de quien renuncia a su propio derecho y frente a esta explícita manifestación, cesan los escrúpulos que surgen cuando se trata de un pacto directamente dirigido a perdonar la responsabilidad por dolo. De esta forma, según Rotondi ⁽⁶⁹⁾ se explica “cómo los jurisconsultos que por respeto a las buenas costumbres, aunque no sin ciertas vacilaciones, terminaron por negar el *pactum ne dolus praestetur*, no muestran dificultad en admitir el *pactum ne depositi agatur*, aunque ellos mismos reconocen que, en el caso específico del depósito, los dos pactos *vi ipsa* se corresponden”.

3. LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO VISIGODO

Después del análisis de los textos correspondientes a la época romana, en el presente apartado nos ocupamos de la regulación de la responsabilidad del depositario a la que se refiere el Código de Eurico ⁽⁷⁰⁾, así como la Ley de los visigodos ⁽⁷¹⁾.

Según Astuti ⁽⁷²⁾ “las pocas fuentes de que disponemos atestiguan una sin-

⁽⁶⁹⁾ *Ibidem*.

⁽⁷⁰⁾ El Código de Eurico nos ha llegado de forma fragmentaria. En parte, a través del Palimpsesto Parisino (Lat. 12161) y, además, a través de ciertas leyes que pasaron como *antiquae* del Código de Leovigildo a la *Lex Visigothorum*. Cabe destacar, asimismo, como fuentes de conocimiento indirecto otros textos legales, como la *Lex Baiuvariorum* y, en menor medida, la *Lex Burgundionum* y la *Lex Salica*. El citado Código de Eurico fue publicado, según ZEUMER, *Historia de la legislación Visigoda*. Trad. del alemán por Carlos Claveria (Barcelona, 1944), p. 67, después del año 469, pero antes del 481, alrededor del año 475. Un estudio de conjunto acerca del Código de Eurico (en adelante, CE) puede verse en D'ORS, A., *El Código de Eurico. Estudios Visigóticos II* (Roma-Madrid, 1960). Establece el citado autor la fecha del CE en el año 476 d.C. y considera que el Código de Eurico es propiamente un edicto y no un *codex* como pudo ser el Código Teodosiano, cf. D'ORS, A., *El Código de Eurico*, *ob. cit.*, p. 3 ss.

⁽⁷¹⁾ La *Lex Visigothorum*, conocida también con los nombres de *Liber Iudicum* o *Liber Iudiciorum*, es un libro destinado a la práctica forense y consiste en una recopilación de las leyes promulgadas por los monarcas visigodos que lleva a cabo Recesvinto en el año 654. Las leyes del *Liber* en la forma recesvintiana que ha llegado hasta nosotros –aunque no todas, pues hay alguna excepción–, van precedidas de una de las siguientes inscripciones: *Antiqua*, *Flavius Recaredus Rex*, *Flavius Sisebutus Rex*, *Flavius Chindasvintus Rex*, *Flavius Gloriosus Reccesvintus Rex*. De forma que, por un lado, recoge leyes cuyos autores aparecen mencionados y, de otro, leyes que estaban recogidas ya en libros. Las leyes que proceden de recopilaciones llevan la rúbrica: *antiqua*; si los redactores las corrigieron, las colocaron bajo la rúbrica de *antiqua emmendata*. Por último hay que decir que las disposiciones de la citada *lex* se citan por la ed. de K. ZEUMER en *Monumenta Germaniae Historica (Leges)*, vol. 1 (Hannover-Leipzig, 1902).

⁽⁷²⁾ ASTUTI, G., voz “Depósito”, *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XII (1964), p. 228.

tomática confusión de conceptos y principios jurídicos, también la práctica románica, donde es evidente el proceso involutivo respecto a la disciplina del depósito en el derecho justiniano”. Por otro lado, el depósito en los textos visigodos carece de fisonomía propia como tipo negocial y se tratan sus aspectos jurídicos en un epígrafe genérico: *De commendatis vel commodatis*, en el que se refieren igualmente al depósito y a los préstamos (mutuo y comodato).

En primer lugar, es necesario destacar que tanto en el citado Código de Eurico, así como en las disposiciones de la *Lex Visigothorum* se utiliza el término vulgar *commendatum* para designar el depósito, generalizado desde la época de Constantino.

Por otro lado, muchas de las disposiciones *antiquae* recogidas en la *Lex Visigothorum*, como es sabido, proceden del Código de Eurico ⁽⁷³⁾. De ahí que, en el tema relativo al depósito (así como a otros tipos de contratos) y a la responsabilidad del depositario, las disposiciones de la LV se pronuncien en términos muy parecidos a como lo hacen las disposiciones sobre la citada materia procedentes del CE. Por ello en la siguiente exposición de los capítulos del CE se va a hacer mención al mismo tiempo a las disposiciones de la ley visigoda ya que presentan un contenido muy similar.

Más concretamente, en el citado Código de Eurico ⁽⁷⁴⁾ la regulación del depósito se encuentra en la rúbrica conservada en el Palimpsesto Parisino: *De commendatis vel commodatis* y comprende desde el capítulo 278 hasta el 285 ⁽⁷⁵⁾. Por otra parte, en la *Lex Visigothorum* el depósito se regula en LV 5,5, bajo la rúbrica: *De commendatis et commodatis* (las ocho primeras disposiciones siguen el orden de los correspondientes capítulos euricianos). Además, Leovigildo añadió a las anteriores otras dos disposiciones que se recogen en el citado título ⁽⁷⁶⁾. Todas ellas llevan la rúbrica de *antiqua*.

Conviene destacar asimismo que las rúbricas de los dos textos legales se refieren al depósito y también a los préstamos (comodato y mutuo) “aproximados ya en el derecho romano vulgar, una vez caídas las diferencias procesales y las categorías jurisprudenciales que en ellas se fundaban: tres negocios de orígenes distintos, que ya los clásicos habían aproximado desde puntos de vista especiales, que la contractualización postclásica vino a acercar más y que se

⁽⁷³⁾ Cf. la nota 71.

⁽⁷⁴⁾ Las disposiciones pertenecientes al CE se citan por la edición de D’ORS, A., *El Código de Eurico*, ob. cit., pp. 20 ss.

⁽⁷⁵⁾ La citada rúbrica coincide literalmente con la contenida en la *Lex Baiuvariorum*, concretamente en LB 15, cuyos cinco primeros capítulos presentan correspondencia con el modelo euriciano.

⁽⁷⁶⁾ La LV 5,5,9: *De usuris frugum*; Además, la LV 5,5,10: *Cui debeant testamenta vel scripture commendate restitui*.

nos presentan como análogos en la última época del derecho vulgar, hasta el extremo de que los criterios de responsabilidad, bajo el canon de la culpa contractual, llegan a ser unificados” (77). De manera que, como vamos a ver en las siguientes líneas, las disposiciones en el Código del rey Eurico (también en la Ley de los Visigodos), se presenten como comunes para los mencionados contratos; en cambio, la diferencia está en el tipo de bienes sobre los que recae la obligación contractual (78).

Más concretamente, lo que interesa subrayar a continuación van a ser los criterios de responsabilidad que se establecieron en los citados textos legales cuando se trata de un depositario que ha recibido animales u otro tipo de bienes para la guarda y posterior devolución de los mismos. Los dos últimos capítulos de la citada rúbrica del CE tienen relación con el préstamo de cosas y de dinero y por ello no interesan para el tema que se está tratando.

En primer lugar, la disposición contenida en CE 278 (79) (= LV 5,5,1: *De animalibus in custodiam placita mercede susceptis*) se refiere al depósito de animales y distingue el depósito retribuido del gratuito, habida cuenta de que la gratuidad no es ya esencial en el *commendatum* (80).

Según el citado texto, si se trata de un depósito retribuido y se pierde el animal (muerte natural) (cf. 1), responde el depositario con la entrega de otro animal igual; por otro lado, si no se pactó retribución y el animal perece debido a culpa positiva o por omisión el depositario (81) debe indemnizar con otro animal igual (2). Si el depósito es gratuito y prueba el depositario mediante su juramento que el animal murió sin su culpa, queda libre de responsabilidad (2). Finaliza el texto euriciano estableciendo que los criterios mencionados se extienden al supuesto de comodato (3).

De nuevo, en CE 280 (= LV 5,5,3, que lleva la siguiente rúbrica: *De rebus prestitis, incendio vel furto exterminatis*) se refiere al depósito de otras cosas mue-

(77) D’ORS, A., *El Código de Eurico. Estudios visigóticos II*, ob. cit., p. 203.

(78) Los cap. 278 y 279 se refieren al depósito y comodato de animales, respectivamente, pero el primero se refiere además al comodato; el 280 al depósito de otras cosas muebles; el cap. 281, al préstamo de dinero, etc.

(79) CE 278: *Qui cavallum aut quodlibet animalium genus ad custodiendum mercede placita commendaverit, si perierit id, aliud eiusdem meriti ille qui commendata suscepit exsolvat; sit amen mercedem fuerit pro custodia consecutus. 2. Quod si etiam qui nulla placita mercede suscepit ea mortua esse probaverit, nec ille mercedem requirat, ne cab illo aliquid requiratur; ea tamen ratione ut praebeat sacramentum qui commendata suscepit quod non per suam culpam nec per negligentiam morte conssumpta sint. 3. Eadem et de commodatis forma servetur.*

(80) Los textos legales mencionados consideran conjuntamente la hipótesis de *commendatio* gratuita y aquella en las que media una retribución; el hecho de percibir una contraprestación agrava la responsabilidad del depositario, al igual que lo que se establecía en el Derecho romano.

(81) Según el texto: *per suam culpam [...] per negligentiam*

bles distintas del dinero (oro, plata ornamentos u otro tipo de cosas); si en el capítulo mencionado anteriormente, tratándose de animales el riesgo era la muerte, en este caso el riesgo que pueden sufrir las cosas depositadas proviene fundamentalmente del incendio ⁽⁸²⁾ o del hurto. De forma que el depositario que no se ha aprovechado de las cosas depositadas, lo que debe probarse mediante juramento, queda libre de responsabilidad devolviendo lo que no llegó a ser consumido por el fuego (1) ⁽⁸³⁾.

En cuanto a la pérdida por robo de la cosa depositada, presenta el texto dos situaciones diferentes: en primer lugar, si un ladrón simulando prestar ayuda para apagar el fuego, entra en la casa y roba algo, el depositario puede reclamar contra él la pena del *quadruplum* (2) ⁽⁸⁴⁾ y debe devolver al depositante lo que consiga recuperar del ladrón (3) ⁽⁸⁵⁾; por otro lado, si se trata de un hurto ordinario, el depositario se dirige contra el causante del hurto con la pena del *duplum*, y ha de devolver al depositante lo que consiga recuperar (4) ⁽⁸⁶⁾; además, según el citado texto, la pérdida ocasionada se reparte a medias, en el supuesto de no dar con el ladrón (5). Finalmente, en el caso de que el depositario no devuelva las cosas que fueron sustraídas y después recuperadas, y posteriormente fueren encontradas en su casa por el depositante, será sancionado como el ladrón (pena del *duplum*) (6).

En la disposición contenida en CE 282 (= LV 5,5,5, bajo la siguiente rúbrica: *De rebus commendatis et casu quocumque in naufragium missis*), se establecen unos criterios de responsabilidad tanto para el depositario como para el comodatario. No se hace mención expresa a los animales, luego hay que

⁽⁸²⁾ Por lo que respecta al incendio de las casas y sus cosas, considera KING, P. D. *Derecho y sociedad en el reino visigodo*. Versión española de M. Rodríguez Alonso (Madrid, 1981), pp. 228-229, que la mayor parte de las casas serían humildes construcciones de madera, o de madera y piedra, como las de la Galia contemporánea, y que, por tanto, corrían un grave riesgo en caso de incendio”.

⁽⁸³⁾ CE 280.- *Si cui aurum, argentum vel ornamenta vel species fuerint commendatae, sive custodiendae traditae sive vendendae, et in domo ipsius cum rebus eius fuerint incendio concrematae/una cum testibus qui commendata suscepit praebeat sacramentum nihil exinde suis profuisse compendi <i>s, et nihil cogat <ur> exsolvere, excepto auro et argento quod ardere non potuit.*

⁽⁸⁴⁾ *Si quis, dum domum flamma consumit, se quasi auxilium praebiturus ingresserit et aliquid forte rapuerit, dominus domus diligenter inquirat, et si eum potuerit invenire, ille qui rapuerit in quadruplum rapta restituat.*

⁽⁸⁵⁾ *Et si de commendatis rebus aput susceptorem aliquid forte repperierit, domino restituere non moretur.*

⁽⁸⁶⁾ *Si vero quae commendata fuerant furto probantur ablata, ei qui commendata suscepit spatium tribuatur donec furem sua investigatione perquirat. Et si eum invenerit, commendatori res proprias tantummodo reformare procuret; compositio vero furti ad eum qui habuit commendata pertineat.*

entender que se trata de otro tipo de cosas que pueden quedar destruidas o sufrir daños por una serie de razones ajenas a la voluntad del depositario ⁽⁸⁷⁾. En primer lugar, si en alguna de estas circunstancias, el depositario (también el comodatario, según el texto) salvó sus propias cosas y no las ajenas, ha de pagar el valor de las que recibió (1) ⁽⁸⁸⁾.

A continuación, el criterio que tiene en cuenta el citado texto euriciano, así como la correspondiente disposición de la ley visigoda, para repartir el riesgo es la proporción entre las pérdidas de las dos partes (depositante y depositario). Si resulta que había salvado parte de sus cosas, y se han perdido las cosas entregadas en depósito, debe indemnizar en proporción a las salvadas (2) ⁽⁸⁹⁾; en cambio, si salvó lo ajeno y perdió lo propio, debe ser él indemnizado en proporción a lo salvado (3) ⁽⁹⁰⁾.

Es evidente que los criterios de responsabilidad que acabamos de mencionar, suponen una pérdida total de la diferencia clásica entre un depositario que responde sólo por el dolo y un comodatario que responde de custodia. En los textos legales del derecho visigodo, el criterio de responsabilidad se funda en la culpa en los dos tipos de contratos a los que se refieren los textos indicados. Además, la legitimación activa para la *actio furti* que se concedía al comodatario precisamente por la responsabilidad por custodia, se extiende ahora al depositario. “El riesgo queda así sin una atribución clara, y CE se decide por repartirlo entre el dueño y el depositario-comodatario” ⁽⁹¹⁾. El mismo criterio se observa en los textos correspondientes a la ley de los visigodos, como se ha venido diciendo.

A continuación, se recogen en los textos visigodos a los que estamos aludiendo dos disposiciones que tienen relación con el depósito y el préstamo que se hacen a un siervo sin el consentimiento del dueño. En primer lugar, el depósito que se hace a un siervo sin la autorización del amo, se dispone en CE 283 ⁽⁹²⁾ (= LV 5,5,6, con la siguiente rúbrica: *De rebus servo nesciente domino con-*

⁽⁸⁷⁾ Distingue el texto euricano, así como la ley de los visigodos, distintos supuestos, como: *incendium, ruina, hostilitatis?, naufragium* y otros *casus*.

⁽⁸⁸⁾ [...] *sua omnia liberaverit et aliena perdiderit, quod accepit sine aliqua excusatione exsolvere cogatur*.

⁽⁸⁹⁾ *Si vero partem aliquam de rebus propriis liberasse cognoscitur, illi cuius res secum habuerat, iuxta modum perditae rei vel liberatae, restituat quam iudex ratione deducta estimaverit portionem*.

⁽⁹⁰⁾ *Sin autem sua omnia perdidit, cum liberaret alienam, similis de liberatis et de perditis rebus ratio deducatur, ut partem arbitrio iudicantis qui liberavit accipiat*.

⁽⁹¹⁾ D'ORS, A., *El Código de Eurico*, ob. cit., p. 207.

⁽⁹²⁾ En el texto contenido en CE 283, se establece lo siguiente: *Quod nesciente domino servus fuerit commendatum, si id perierit, dominus servi nullum damnum incurrat. Suae enim inpotet culpa qui servo alieno res suas commendaverit domino nesciente*.

mendatis) que si lo depositado se pierde, el amo no responde; la norma citada se extiende al préstamo ⁽⁹³⁾.

Por otro lado, los criterios de responsabilidad que se establecen en CE 284 (=LV 5,5,7: *Si servus mentiatur dominum petere commodanda*), se refieren al préstamo pero se extienden asimismo al depósito: si hay autorización del amo, éste responde (1); en cambio, si no hay autorización, y el esclavo se da a la fuga o pierde la cantidad prestada, el dueño no responde si mediante juramento prueba su desconocimiento (2). Finaliza el texto diciendo que: *Haec eadem de commendatis praecipimus* (3). En relación con la aplicación recíproca de las citadas normas, según D'Ors ⁽⁹⁴⁾ “se puede pensar que estas leyes fueron extendidas recíprocamente en un momento posterior a su confección, pero, de hecho, suponen ya un régimen uniforme para el depósito y para el comodato”.

4. RESPONSABILIDAD DEL DEPOSITARIO EN ALGUNOS TEXTOS LEGALES REPRESENTATIVOS DE LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO

4.1. Fuero Real ⁽⁹⁵⁾

Conviene destacar, en primer lugar, que en el Fuero alfonsino a diferencia de lo que hemos visto en los textos visigodos, se regulan en capítulos distintos el depósito y los préstamos. Concretamente, en el Libro 3, Título 15, que lleva la rúbrica: *De las cosas encomendadas* ⁽⁹⁶⁾, se refiere al depósito; por otra parte, el Libro 3, Título 16, que lleva el epígrafe: *De las cosas emprastadas*, tiene relación con los préstamos.

En las siguientes líneas, nos vamos a centrar en el citado título relativo al contrato de depósito y la responsabilidad que deriva del mismo en el supuesto de no devolución de la cosa encomendada. En este tema, al igual que en otros, se percibe la influencia en el citado texto del *Liber Iudiciorum* ⁽⁹⁷⁾ y, por otro

⁽⁹³⁾ Según el texto euriciano: *Similis et de commodatis forma servetur*.

⁽⁹⁴⁾ D'ORS, A., *El Código de Eurico*, ob. cit., p. 208

⁽⁹⁵⁾ Está muy influido por el *Liber Iudiciorum* ya que fue utilizado por los redactores del Fuero Real como modelo para muchos de sus preceptos. También hay claras influencias de las Decretales del Papa Gregorio IX, véase, por todos, TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de historia del derecho español* (Madrid, 1981), p. 164. Sobre el citado texto legal, puede verse asimismo, entre otros, PÉREZ MARTÍN, A., “El Fuero Real y Murcia”, en *AHDE*, 54 (1984), pp. 55-96.

⁽⁹⁶⁾ Se citan las disposiciones por la edición de MARTÍNEZ ALCUBILLA, A., *Códigos Antiguos de España* (Madrid, 1885).

⁽⁹⁷⁾ Se trata de la Ley de los visigodos, conocida también como *Liber Iudiciorum* o *Liber Iudicum*, como ya se dijo anteriormente.

lado, establece el Fuero distinto tipo de responsabilidad según sea depósito gratuito o retribuido.

En la primera disposición contenida en FR 3,15,1 ⁽⁹⁸⁾, se hacen una serie de distinguos: si la cosa que tiene en su poder el depositario se quema juntamente con otras cosas suyas, si no fuese culpable de la quema, no responde. Está exonerado asimismo de responsabilidad, si la cosa es hurtada de noche juntamente con otras cosas que pertenecen al depositario y puede demostrar que se ejerció violencia sobre las cosas (*como pared foradada, ó puerta quebrantada, ó otra cosa semejable*).

Si el hurto de la cosa encomendada se produce de día con cosas suyas y no jura que así ha sido, responde; por el contrario, no responde el depositario si jura que las cosas encomendadas fueron quemadas o hurtadas junto con otras cosas de su propiedad. Finalmente, se establece en el texto que: *è si dixiere que lo perdió por aguaducho, ó por otra ocasión derecha, é lo jurare asi como sobredicho es, no haya pena*.

Un criterio diferente de responsabilidad se va a establecer en el supuesto en el que se establezca el pago de un precio por la guarda de la cosa. A ello se refiere la disposición contenida en FR 3,15,3 ⁽⁹⁹⁾ que lleva la siguiente rúbrica: *Como el que rescibiere precio por guardar alguna cosa aunque se le pierda, la debe dar*. Menciona el texto determinados animales (*cavallo, ó buey, ó otra cosa* ⁽¹⁰⁰⁾); si se pierden, el depositario, aunque no haya tenido culpa, ha de pagar con otro animal igual que el que pereció.

⁽⁹⁸⁾ El contenido completo de FR 3,15,1 es el siguiente: *Quien caballo, ó otra cosa tuviere en encomienda de otri para guardarla en su casa, si la casa ardiere, é se ardiere aquello que tiene en guarda, con otras sus cosas, si él no fuere culpante en la quema, y en aquel día que la quema fue fecha, dixere que aquesta cosa que tenia en encomienda que se quemó, ó si la quema fue de noche, é lo dixere otro día, no sea tenuto de pecharla á su dueño. Y esto mesmo mandamos, que si gela furtaren de noche con otras sus cosas, é si rastro alguno pareciere, como pared foradada, ó puerta quebrantada, ó otra cosa semejable, -e luego que supiere que el furto es fecho, dixere que le furtaron aquellas cosas que tenia en encomienda, é los nombrare, eso mismo sea, é si de día fue fecho el furto, maguer quo no parezca el rastro: ca los que de día furtan, no suelen foradar pared, ni quebrantar puerta, si no fuere en lugar que yermo; pero si el dixere que perdió lo suyo, é lo ageno así como sobredicho es, é no quisiere jurar que se quemó con tras cosas suyas en aquella casa, ó que gelo furtaron con otras cosas, pechelo al dueño de que lo tuviere en encomienda: é si jurare que se quemó con otras cosas en aquella casa, ó que gela furtaron con otras cosas suyas, no lo peche al dueño de que lo tuviere: è si dixiere que lo perdió por aguaducho, ó por otra ocasión derecha, é lo jurare asi como sobredicho es, no haya pena*.

⁽⁹⁹⁾ El contenido completo del texto contenido en FR 3,15,3 es el siguiente: *Quien cavallo, ó buey, ó otra cosa rescibiere en guarda por precio que resciba dende, ó que haya de haber, si se perdiere, peche otro tal como aquel era que se perdió, maguer que no se perdiese por su culpa, ni por su perez, si no se murió su muerte natural*.

⁽¹⁰⁰⁾ Probablemente se está refiriendo a otro tipo de animal.

Por otro lado, los criterios de reparto del riesgo por las cosas perdidas entre depositante y depositario, que hemos visto en el Código de Eurico, los encontramos, de nuevo, en la regulación del Fuero Real, concretamente, en FR 3,15,4, si se produce alguna circunstancia: *de quema, o robo, pérdida de Nave o de otras desventuras semejables*. Comienza el texto diciendo que si se salvaron los bienes del depositario y se perdió lo que tenía encomendado, ha de responder de la pérdida frente a su dueño; por el contrario: *si salvó alguna de las sus cosas, é no salvó ninguna de las que tenia en encomienda, asmen quanto se perdió, é quanto se libró, é partase la perdida según este asmamiento*; el mismo criterio de reparto de pérdidas se deberá tener en cuenta si se salvaron las cosas que el dueño le había entregado en depósito, según el texto: *y esto sea si salvó las cosas que tenia en encomienda, é por parte dellas, é perdió todo lo suyo, ó parte dello, que el daño se parta como dicho es*.

En FR 3,15,8 ⁽¹⁰¹⁾, se refiere al caso en el que la cosa dada en encomienda, con ocasión del incendio de la casa donde se encuentra, sea objeto de un robo o hurto; el causante de los citados delitos de apropiación de bienes ha de responder de los mismos; por otro lado, el depositario ha de entregar lo que tenía en encomienda a su dueño. Por el contrario, si el depositario hace ver que la cosas del depositante perecieron con el fuego o fueron robadas o hurtadas en el siniestro y después son encontradas o se descubre que fueron vendidas o enajenadas a un tercero, ha de pagar, según el texto, *las novenas* al depositante.

3.2. Las Siete Partidas ⁽¹⁰²⁾

La influencia de los textos romanos ⁽¹⁰³⁾ sobre el tema que estamos tratando se refleja en el texto legal de las Siete Partidas, en los términos que vamos a ver en las siguientes líneas.

⁽¹⁰¹⁾ FR 3,15,8

⁽¹⁰²⁾ Bajo el nombre de las Siete Partidas se conoce la obra legislativa más importante de la historia jurídica española, véase, PÉREZ MARTÍN, A., “La obra legislativa alfonsina y puesto que en ella ocupan las Siete Partidas”, *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, 3 (Madrid, 1992), pp. 30 ss. Conviene asimismo destacar que las Siete Partidas constituyen un cuerpo jurídico de mayor alcance que el texto legal anterior (el Fuero Real) por su planteamiento más doctrinal y su entidad más bien enciclopédica y puede considerarse el libro jurídico más representativo de la recepción del derecho común en Castilla, cf. CLAVERO, B., *Temas de Historia del derecho: Derecho de los reinos* (Sevilla, 1990), p. 98.

⁽¹⁰³⁾ Es evidente la influencia del Derecho romano, sobre todo, en el campo del derecho privado y del penal en el citado texto legal de las Partidas, véase, entre otros, GARCÍA Y GARCÍA, A., “El Derecho común en Castilla durante el siglo XIII”, en *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, 5-6 (Murcia, 1993-1994), p. 55.

Los aspectos relacionados con el depósito ⁽¹⁰⁴⁾ se regulan en la Partida 5, Título 3, bajo la rúbrica: *De los condesijos, a que dizen en latin depositum*. En la primera disposición del citado Título, concretamente en la P. 5,3,1 se mencionan tres modalidades de depósito que se regularon ya en el Derecho romano: voluntario, necesario ⁽¹⁰⁵⁾ y el secuestro. Por otro lado, en la Ley 2 del mismo Título se refiere al tipo de cosas que pueden ser dadas en depósito: *Mas propiamente, usan a dar mas en condesijo, las cosas muebles que las otras*. Más adelante, nos dirá que puede tratarse de bienes fungibles o no fungibles. Establece la ley que se trata de depósito cuando no hay retribución por la guarda de la cosa depositada.

La responsabilidad del depositario se menciona en la P. 5,3,3 que tiene la siguiente rúbrica: *Quien puede dar las cosas en condesijo e a quien*. En contra de lo que pudiera pensarse por la rúbrica que se acaba de citar, el contenido propio de la ley no atañe tanto a la capacidad que se requiere a los contratantes, como a la responsabilidad del depositario por la pérdida o deterioro de la cosa. Concretamente, se le responsabiliza al depositario de la pérdida, así como de los posibles deterioros o daños que sufra la cosa, bien haya actuado con dolo, así como con culpa.

La primera consideración que se ofrece es, posiblemente, la de determinar de modo objetivo y abstracto el contenido de la guarda. La citada Ley intenta precisarlo en muy pocas palabras y se manifiesta de la siguiente forma: [...] *Pero aquel que recibió la cosa, tenuto es de gela guardar bien o lealmente, de guisa que non se pierda, nin se empeore, por su culpa, nin por su engaño*.

Más adelante, la Ley a la que nos estamos refiriendo hace los siguientes distinguos: se le puede pedir responsabilidad por culpa al depositario: *quando la non guardasse en aquella manera, que toda la mayor partida de los omes que suelen guardar sus cosas*. En cambio, si la cosa se pierde por culpa leve de quien tiene la cosa en depósito no es responsable, salvo en algunos supuestos establecidos expresamente ⁽¹⁰⁶⁾. Finaliza la mencionada disposición diciendo lo

⁽¹⁰⁴⁾ Tomando como punto de referencia las Partidas 5 y 6 considera GARCÍA GARRIDO, M. J., en "Tradición legal y tradición jurisprudencial en las codificaciones españolas de inspiración romanista", *Studi Saresi, VIII Cultura Ibérica e Diritto Romano, Anno Accademico 1980-81*, pp. 187-194, que éstas representan un retorno al Derecho romano justiniano; aunque su autor o autores están influidos por los glosadores y comentaristas, sin embargo, siguen muy de cerca los textos jurisprudenciales romanos y las constituciones imperiales.

⁽¹⁰⁵⁾ En el Derecho romano, la *actio depositi in factum* sólo persigue una pena del *duplum*, cuando el depósito se ha hecho con ocasión de una catástrofe, sin tiempo para elegir otro depositario mejor. El Edicto consideraba que se producía una catástrofe concretamente en el supuesto de *tumultus, incendium, ruina y naufragium*.

⁽¹⁰⁶⁾ No responde el depositario: *fueras ende en tres casos. El primero es, si quando aquel que recibió la cosa se obliga a pecharla maguer se pierda por tal culpa leue. El segundo*

siguiente: *E por leue culpa dezimos que se pierde la cosa, quando aquel que la tiene, non pone toda aquella acucia, e femencia que otro ome acucioso o sabidor debia poner.* Se está refiriendo la ley con estas últimas palabras a la *culpa levis in abstracto*, que es la que se establece en relación con la manera de proceder del hombre diligente en general.

De nuevo, en la disposición siguiente, P. 5,3,4 parece referirse a los daños o pérdida de un animal u otro tipo de cosas entregados en depósito. No responde el depositario: *quando se muriesse la cosa encomendada de su muerte natural, o la matasse, otro, sin su culpa de aquel que la tuuiesse en guarda, o si gela robassen, o gela furtassen*, salvo en algunos supuestos que menciona a continuación la Ley, entre otros: si el depositario se obligó expresamente a responder en el supuesto de *periculum*; si la entrega de la cosa en depósito se hace en interés de quien la recibe y no de quien hace la entrega.

5. RECAPITULACIÓN

Después del análisis de los textos pertenecientes a las diferentes etapas históricas que en las presentes líneas se han tratado, a modo de recapitulación podemos destacar lo siguiente en relación con el tipo de responsabilidad que le incumbe al depositario:

1. En la época romana se ha dejado constancia por medio de los textos que el depositario respondía en la época clásica y postclásica sólo por dolo. En la época justinianeana la responsabilidad se extiende a la culpa lata.

2. Por lo que respecta a los textos legales de la época visigoda, se aprecia en los mismos un proceso involutivo con relación a la disciplina del depósito en el Derecho romano; además, como se ha visto en los textos el depósito carece de fisonomía propia como tipo negocial y se tratan sus aspectos jurídicos en un epígrafe genérico: *De commendatis vel commodatis* en el que se trata no sólo del depósito, sino también del comodato y del mutuo.

Estos criterios de responsabilidad suponen una pérdida total de la diferencia clásica entre un depositario que responde sólo por el dolo y un comodatarario que responde de custodia. En los textos legales del derecho visigodo, el criterio de responsabilidad se funda en la culpa en los dos tipos de contratos, esto es, en el depósito y en el comodato. Además, la legitimación activa para el ejercicio de la *actio furti* que se concedía al comodatario precisamente por la res-

caso es este: *quando aquel que recibe el condesijo, el mesmo, non gelo rogando el otro pide, e ruega que gelo encomienden. El tercero caso es este: quando recibe precio por guardar la cosa que le dan en condesijo*, cf. P. 5,3,3

ponsabilidad por custodia, se extiende ahora al depositario. De esta forma el riesgo queda así sin una atribución clara, y los textos legales visigodos (CE y la ley de los visigodos) se deciden por repartirlo entre el dueño y el depositario-comodatario.

3. En cuanto a los textos representativos de la recepción del Derecho romano, se ha de decir lo siguiente:

En primer lugar en el Fuero Real, los criterios de reparto del riesgo entre depositante y depositario por las cosas perdidas, que hemos visto en el Código de Eurico, los encontramos, de nuevo, en la regulación del citado Fuero, concretamente, en FR 3,15,4.

Finalmente, lo que respecta al texto de las Siete Partidas, como también se refleja en las disposiciones correspondientes, el depositario responde de los posibles deterioros o daños que sufra la cosa, tanto por dolo, como por culpa.

Por lo que se refiere a la responsabilidad por culpa, el texto legal hace los siguientes distinguos: se le puede pedir responsabilidad al depositario: *quando la non guardasse en aquella manera, que toda la mayor partida de los omes que suelen guardar sus cosas*. En cambio, si la cosa se pierde por culpa leve de quien tiene la cosa en depósito el depositario no es responsable, salvo en algunos supuestos que menciona la propia disposición legal.