



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE DERECHO

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

EL CONTRATO DE DEPÓSITO EN ROMA Y SU REGIMEN ACTUAL

Presentado por:

Luisa Herrero García

Tutor:

Dr. Javier Hernanz Pilar

Valladolid, 30 de Septiembre de 2020

RESUMEN:

El contrato que vamos a estudiar es el contrato de depósito, que en el Derecho Romano se le denominaba “*depositum*” y surge de una forma amistosa, es decir, era una forma de guardar un bien mueble durante un tiempo determinado. Lo normal es que se le confiase a un amigo o familiar, para que la guardara, custodiara y la devolviera de la misma forma que se entregó al terminar el contrato, o bien cuando el depositante lo pidiera, es decir, a primera demanda. De hecho, en los primeros tiempos del Derecho romano, el depósito se establecía por medio de una traslación de propiedad acompañada de un pacto de *fiducia cum amico*. Además, en el depósito, el depositario no podrá usar del bien depositado, ya que éste sigue siendo propiedad del depositante.

Este contrato se fue perfeccionando hasta que en época clásica queda establecido como relación contractual en base a la buena fe, ya que para los romanos era un principio fundamental que la persona a la que se la deja en depósito una cosa mueble, fuera fiel a su palabra y la guardara y custodiara con la misma diligencia que un padre de familia lo haría.

Tanto se fue perfeccionando, que incluso se crearon formas especiales de éste contrato, y esto surge cuando falta algún requisito, pero no se quiere realizar otro contrato que no sea el de depósito, así nacen el depósito irregular, el depósito necesario, el secuestro, y el depósito en lugar público.

ABSTRACT

The contract we are going to study is the deposit contract, which in Roman law was called “*depositum*”, and arises in an amicable way, that is, it was a way of storing a movable asset for a certain time. It was normal for a friend or family member to be entrusted with it, to keep, guard and return it in the same way that it was delivered at the end of the contract, or when the depositor requested it, that is, at first demand. In fact, in the early days of Roman law, the deposit was established by means of a transfer of ownership accompanied by a pact of “*cum amici fiducia*”. In addition, in the deposit the depositary will not be able to use the deposited asset, as it remains the property of the depositor.

This contract was perfected until in classical times it is established as a contractual relationship on the basis of good faith, since for the Romans it was a fundamental principle that the person who is left a movable asset was true to his word and kept and guarded it with the same diligence as a father of a family would.

So much was refined, that even special forms of this contract were created, and this arises when some requirement is missing, but no contract other than the deposit is to be made, so the irregular deposit, the necessary deposit, the kidnapping and the deposit in public place are born.

Palabras clave:

Depósito, *Depositum*, Roma, depositante, depositario, *actio depositi directa*, *actio depositi contraria*

Key words

Deposit, *depositum*, Rome, depositor, depositary, *direct deposit activity*, *deposit of opposing action*.

ÍNDICE

1. Introducción	7
2. Cuestión terminológica.....	7
3. Orígenes y desarrollo histórico.....	9
4. Caracteres del contrato.....	14
4.1. Contrato real.....	14
4.2. Contrato bilateral imperfecto.....	16
4.3. Contrato gratuito.....	17
4.4. Contrato de buena fe	19
5. Requisitos del contrato	21
5.1. Consenso.....	21
5.2. Capacidad.....	22
5.3. Objeto.....	23
5.4. Causa.....	26
6. Régimen jurídico del depósito	27
6.1. Obligaciones del depositario.....	27
6.1.1. <i>Obligación de guarda y deber de restitución</i>	27
6.1.2 <i>Diligencia y responsabilidad del depositario en la guarda</i>	29
6.1.3 <i>Furtum usus</i>	33
6.1.4 <i>Subdepósito</i>	36
6.2. Obligaciones eventuales del depositante.....	37
6.3. Acciones de las partes del contrato.....	41
7. Figuras especiales del depósito	42
7.1. Depósito necesario.....	42
7.1.1. <i>Origen</i>	43
7.1.2. <i>Consecuencias</i>	43
7.1.3. <i>Características</i>	44
7.2. Depósito irregular.....	46
7.2.1. <i>Terminología</i>	46

7.2.2. <i>Conexión estructural: del depósito irregular</i>	
<i>al depósito ordinario</i>	46
7.3. El secuestro.....	48
7.3.1. <i>Exclusión clásica del secuestro convencional</i>	
<i>de la categoría de contratos reales</i>	48
7.3.2. <i>Concepto</i>	48
7.3.3. <i>Diferencias entre depósito y secuestro</i>	51
7.3.4. <i>Funciones de la figura de secuestro</i>	52
8. Depósito en lugar público o depósito judicial	53
9. El depósito en el código civil actual	54
9.1. Caracteres.....	55
9.2. Clases de depósito.....	56
9.3. Naturaleza del depósito.....	56
9.4. Elementos personales.....	57
9.5. Elementos reales.....	59
9.6. Elementos formales.....	59
9.7. Efectos.....	60
9.8. Extinción.....	66
9.9. Depósito irregular.....	66
9.10. Depósito necesario.....	67
9.11. Secuestro.....	67
10. Diferencias y semejanzas entre el depósito romano y el actual	68
11. Conclusiones	71
12. Abreviaturas	75
13. Fuentes	76
14. Bibliografía	79

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo que nos ocupa, vamos a estudiar con profundidad el contrato de depósito, tanto en el Derecho Romano, como en la actualidad.

En primer lugar, veremos las etapas que atraviesa y como se va desarrollando y a la vez perfeccionando hasta llegar a nuestros días.

En segundo lugar, vamos a examinar de donde proviene la terminología que se utiliza para este contrato, es decir, de donde proviene la palabra “depósito” y por qué se le adjudicó ese nombre a la institución.

En tercer lugar, vamos a ver cada elemento que forma el contrato, es decir, primero los caracteres que lo forman, así como los requisitos para que se dé el contrato de depósito. En caso de que falte alguno de estos elementos, puede que estemos ante un contrato diferente, o ante una forma especial de depósito.

En cuarto lugar, veremos las obligaciones que tienen cada una de las partes, es decir, tanto el depositario como el depositante tienen obligaciones, y cada uno de ellos tendrán distintas obligaciones, ya que el depositario tendrá las obligaciones de custodiar, cuidar y restituir la cosa cuando el depositante lo pida, así como reponer lo dañado por mala diligencia en el cuidado de la cosa, mientras que el depositante solo tendrá una obligación eventual, ya que solo tendrá que pagar los gastos o los daños ocasionados al depositario por cuidar de la cosa objeto del depósito.

En quinto lugar, se explicará que en algunos casos cuando falta algún requisito, en vez de ser nulo el contrato o que se convierta en otro tipo de contrato, se han establecido clases especiales de depósito, tenemos, depósito necesario, irregular, secuestro y en lugar público o judicial.

Y, para terminar, se va a analizar cómo está desarrollado el contrato que estamos tratando, en el código civil actual, es decir, como este contrato se utiliza a día de hoy, y sus diferencias con el contrato de depósito que se utilizaba en el mundo romano.

2. CUESTIÓN TERMINOLÓGICA

Para el estudio del depósito es imprescindible un examen de cada uno de los términos empleados para la producción y la formación de la relación.

Hemos de situar estos términos con sus variados significados en el momento a que se refieren, haciendo una mención de su proceso evolutivo, adquiriendo distintos significados dependiendo de los diversos condicionamientos socioeconómicos.

Parece válido que *depositum* es la expresión técnica admitida por el Edicto del Pretor, es decir, que no corresponde a ningún término anterior. Es importante observar en D. 16, 3, 1, donde se utiliza con claridad la palabra *depositum*.

“Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo, quod ponitur praepositio enim de auget depositum, ut ostendat totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet”.

La afirmación del término se encuadra en una concreción clásica del mismo. En el texto quedan delimitados los presupuestos jurídicos más importantes a la hora de la consideración del término y de la institución. Creemos que el término técnico fundamental corresponde a *depositum*.

Se muestran dos opciones muy claras, una englobada en la forma “*diu-positum*”, frente a la etimología “*de-positum*”. Esta última forma viene acompañada con una preposición que intensifica el valor de la entrega, fuera por tanto del ámbito de confianza en que lo enmarcamos. De esta forma la configuración “*diu-positum*” es vulgar e imprecisa y más propia de un desviacionismo.

Frente a las concreciones propias de los clásicos, surgen otra serie de términos que no están englobados en las categorías tecnicistas y clásicas. Son términos vulgares fuera de todo tecnicismo.

De esta forma, frente a *deponere*, hallamos un término usado habitualmente en las fuentes, encuadrado en una equivalencia. Me refiero a *commendare*:

D. 50,16 commendare nihil aliud est quam deponere.

SENT.2, 31, 21.

“si rem, quam tibi comendari, postea subri pui...”

Que se encuentre en textos del Digesto supone un reconocimiento de su configuración en la época clásica.

Otra de las expresiones empleadas en las fuentes es: *servandum dare*, la cual es sinónimo de *deponere* lo vemos en un texto de PAULO (Coll. 10, 7, 2 = Sent. 2, 12)

“*depositu est quasi diupositum; seruandum est quod ad breue tempus custodiendum datur*”.

La expresión *deponere* pertenece a uno de los vocablos más antiguos, y no una expresión de tipo vulgar sino con un contenido jurídico propio.¹

Dentro del esquema de las conexiones entre las distintas acepciones, con el término *deponere*, no existe un reconocimiento técnico configurado en relación con los otros términos, pues la facultad y la fuerza de los términos vulgares es tan fuerte, que incluso trae como consecuencia la disipación del mismo.

En el Derecho Romano vulgar *deponere*, desaparece como vocablo indicador del depósito, y se utiliza para designar entre otras cosas, las entregas en oficinas públicas y sobre todo la entrega en prenda que se designa *pignus depositum*.²

3. ORIGENES Y DESARROLLO HISTORICO

En primer lugar, se va a exponer un breve resumen sobre la evolución histórica que configura el contrato de depósito en el ámbito jurídico:

- En la época arcaica:
En este periodo histórico, la única forma posible de la defensa procesal era la *actio furti*. Se manejaba cuando uno le había dado a otro una cosa para guardar y custodiar, y se había negado a devolverla. Así se va a mantener durante un largo periodo de tiempo.

- En la época republicana:
El pretor, al final de la Republica, concederá una *actio in factum* contra el depositario que no quería restituir la cosa.
Esta acción conservará los caracteres originarios de la acción penal y por tanto se configura como infamante y noxal. Sin embargo, no se daba contra los herederos del depositario.
Además, va a conservar la condena al doble cuando se realiza con ocasión de una calamidad. Después, se le va a añadir una acción *in ius* y de buena fe, y es entonces cuando el depósito se califica de contrato.

¹ La palabra depósito procede del verbo *ponere*, poner, colocar, y la partícula *de*, que refuerza su significación, dando a entender según Ulpiano, la confianza plena con que el deponente entrega la cosa a la probidad del depositario.

² HERRERA BRAVO, R., “El contrato de depósito en el Derecho Romano”, Granada, 1987, p.p. 58

- Época clásica.

Podemos observar en la detallada y pormenorizada exposición jurisprudencial relatada en base a la existencia, ahora sí, de una acción civil, la *actio depositi in ius, ex bona fide*, que se entabla de forma directa y contraria.

Queda de este modo establecido el contrato de depósito como una relación contractual en base a la buena fe. Se puede ver su procedencia, que está tomada del libro XXX de los “Comentarios al Edicto de Ulpiano”.

De depósito no se dan definiciones en el Digesto, ni cuando se alude a él en D. 16, 3, ya sabemos la reticencia que tenían los romanos a las definiciones. Pero sí que es verdad que contiene una extensa explicación sobre qué debemos entender por depósito.

D. 16, 3, 1, 1.

“Depósito es lo que se dio a alguien para guardar; se llama así porque se <<pone>>, ya que la preposición <<de>> intensifica lo <<puesto>> para mostrar que está encomendado a su lealtad todo lo que se refiere a la custodia de la cosa.”

- Época justiniana.

El proceso evolutivo del contrato de depósito llega, en tiempos de Justiniano, al admitir un depósito retribuido. Lo cual deriva en una cierta perplejidad, ya que puede identificarse o confundirse con el arrendamiento de servicios, pues sus diferencias no aparecen ni mucho menos claras³.

Sin embargo, podemos señalar, con toda claridad, alguna nota identificadora en el depósito:

- Individualización de la persona/s a favor de la cual se realiza el contrato.
- Si el negocio se realiza en interés del depositante. Si por el contrario la razón negocial comportase un beneficio recíproco, tal vez habría de considerarse un arrendamiento de servicios.
- La falta de solemnidad o formalidad dada la evidente *bona fides* en que está configurado la figura del depósito, lo determina como un contrato no formal. Si se representase por escrito, no podríamos llegar a incluir un formalismo per sé, sino que ello es a beneficio *ad probationem* (como prueba para mejor proveer), si bien no es indispensable para que tenga validez el contrato.

³ OLIVER SOLA, M.C., “La regulación del contrato de depósito en la *Mosaicarum et Romanarum legum collatio*”. Dentro de la Revista General de Derecho Romano publicado por el portal de derecho iustel, 2009, p. 1.

- Sí, podemos aseverar que se trata de un contrato de buena fe, ya que de él se derivan acciones *ex fide bona*, pues las dos partes se comprometen al cumplimiento de sus recíprocas obligaciones, más allá incluso de lo pactado, es decir, en los amplios márgenes que definen la buena fe, cuyos criterios ordenadores comprenden y cubren una esfera muy grande.

Visto este breve apunte histórico, que nos habla de la evolución de esta institución, el contrato de depósito, ahora vamos a profundizar sobre este apartado.

La finalidad a la que responde el contrato de depósito se remonta a época muy antigua, resultando oscuras y confusas sus primeras manifestaciones.

Una postura doctrinal mayoritaria opina que, en los primeros tiempos del Derecho romano, el depósito se establecía por medio de una traslación de propiedad acompañada de un pacto de *fiducia cum amico*. Al no haberse perfilado aún las ideas de posesión y de *nuda detentio*, las partes no podían alcanzar el fin del depósito si no era recurriendo a una transferencia de propiedad acompañada de un pacto de fiducia. Pacto en virtud del cual el depositario se obligaba a retransmitir al *tradens* la propiedad de la que se había despojado transitoriamente.

Los arcaicos negocios como mutuo, depósito o el comodato se desarrollan sobre el presupuesto de la amistad, a través de un pacto convalidado por el elemento de la *fides* y que tiene por objeto la restitución.

Efectos del pacto de *fiducia* eran la obligación de restituir la propiedad de la cosa a primera demanda y la responsabilidad del *accipiens*, que no respondía solo por dolo, sino que quedaba sometido a una responsabilidad de tipo objetivo. En caso de que se negase a restituir, el *tradens* que por cualquier medio hubiera recuperado la cosa, y la tuviese en su posesión por un año, contaba a su favor con un tipo de usucapión que le permitía conservar la cosa”.⁴

Se cree que en la práctica debía ser bastante frecuente la simple entrega sin transmisión de la propiedad, pues como nos menciona CASTÁN, “son elementos característicos del depósito la entrega de la cosa y la finalidad estricta de custodia”.⁵ En su origen este acuerdo, no conllevaba ninguna obligación civilmente exigible sino únicamente la buena

⁴ MARTÍN SANTISTEBAN, S. “La responsabilidad en el contrato de depósito: su génesis histórica”, Cantabria, p. 134

⁵ CASTÁN TOBEÑAS. J. “Derecho civil Español, Común y Foral”, t. IV Derecho de obligaciones, Madrid, 1977, p. 649.

fe del depositario. Ello limitaba los recursos del depositante que quería recuperar su cosa frente a un depositario incumplidor.

De ahí la necesidad de la evolución del contrato, y la concesión al depositante, en un primer momento, de una acción penal *in duplum* por causa de apropiación indebida.

Es en Roma durante la última época clásica, donde el depósito es conformado como contrato singular, dotado de unas características que le dan identidad propia.

Las claves para entender el *depositum* romano son la *fides* y la *amicitia*.

Aquella se define como: ser de palabra, tener palabra. La fidelidad, de la que los romanos se vanagloriaban, es la sujeción a la palabra dada, el sentirse ligado a la propia declaración.⁶

D. 44, 7, 1, 5;

“*Qui negligenti amico rem custodiedam committiti de se querit debe*”

Creemos que los antiguos conceptos de *amicitia* y *fides*, se utilizan siempre en la configuración del negocio, y es en base a ellos, y no a una abstracta noción como la realidad negocial y la protección procesal se viene modelando.

El sujetarse a la *fides* de un amigo una cosa *servanda* crea una categoría bien caracterizada.

El *amicus* se haya condicionado por el *viculum fidei*, a devolver la cosa, y no tener que realizar una actividad particular para el mantenimiento de la misma. De esta forma el honor que encarna la asunción de la obligación por parte del depositario, conlleva el abstenerse de un comportamiento desleal, opuesto a la *fides*, y por consecuencia al *dolo*.⁷

La fe y la honestidad están en Roma tan cercanas entre sí, que la expresión *bona fides* implica así no solo mantener la palabra, sino tener un comportamiento que responda a la costumbre de la gente honrada, cumplir el propio compromiso en relación con los usos comerciales.

⁶ OZCÁRIZ MARCO, F., “*El contrato de depósito (estudio de la obligación de guarda)*”, Barcelona, 1997, pp. 79-80

⁷ HERRERA BRAVO, o.c., p.271.

Para acabar de entender este fenómeno de la fidelidad romana, se hace necesario comprender también el enorme papel jugado en este asunto por la amistad privada, la *amicitia*, como fuente creadora de una relación duradera de fidelidad.

De la amistad romana derivan una multitud de deberes serios y muy importantes. Este lazo es esencial para comprender el sentido que el depósito ha de tener como contrato distinto de la *locatio-conductio*.⁸

La contractualización del depósito como negocio jurídico recíproco, en que la entrega actúa como fundamento de una *obligatio*, no tiene lugar hasta principios del período clásico y el depósito pasa a ser visto como contrato, es decir, como fuente de obligaciones civiles.

Los romanos tenían tan alta idea de este contrato que le llamaban *sacer contractus*, porque está fiado a la honradez y probidad de las personas. Los antiguos pensaban incluso que quien no restituía un depósito era perseguido por la venganza divina y en su configuración externa era considerado como un hombre peligroso. De ahí que el depositario condenado por *actio depositi* sufría, una degradación en su honor civil (infamia).

Cuando intervenía un precio, el depósito se transformaba en un contrato de arrendamiento de obra, aunque la doctrina mayoritaria entiende que, si no se hubiera recibido en concepto de salario, sino de premio, honorario o indemnización, el acuerdo celebrado entre las partes seguía siendo un depósito.

En la primera época clásica (*actio in factum*), la conducta dolosa de quien no devolvía una cosa mueble de otra persona, que se le había entregado para que se la guardara, se penaba mediante una *actio in factum*, que tenía la característica de ser infamante y noxal y que presentaba dos modalidades como nos indica MARTÍN SANTISTEBAN:

a) “en el depósito ordinario, cuya pena es al *simplum*, y

b) en el depósito hecho con motivo de un tumulto, incendio, derrumbamiento o naufragio, situaciones en las cuales no se podía elegir depositario, cuya pena es al *duplum*; contra el heredero del depositario se daba *in simplum*, salvo que también él hubiese actuado con dolo, caso en el cual era *in duplum*. Esta segunda figura de depósito es la que se denomina como <<necesario>> o <<miserable>>.”⁹

⁸ OZCÁRIZ MARCO, o.c., p. 81.

⁹ MARTÍN SANTISTEBAN, o.c., p. 135.

En la segunda época clásica, (*actio (ex fide bona) depositi*), con anterioridad a la redacción definitiva del Edicto Pretorio por Salvio Juliano en el 130 d.C., el depósito ya se había contractualizado mediante su sanción por una *actio (ex fide bona) civilis* en su función directa contra el depositario que retenía la cosa mueble, y en función de contraria para el depositario, por los gastos y perjuicios que le hubiese podido ocasionar el depósito.¹⁰

4. CARACTERES DEL CONTRATO

En primer lugar, hay que dar el concepto de depósito, y es que es un contrato real, gratuito, bilateral y de buena fe por el cual una persona (depositario) recibe de otra (depositante), una cosa mueble, obligándose a custodiársela y restituirla cuando le sea reclamado, aunque se haya fijado plazo para su devolución.¹¹

4.1. Contrato real

Debe tratarse de cosa mueble no fungible y no consumible.¹²

El depósito es un contrato real así lo manifiesta (D. 44, 7, 1, 5). O también otro texto que lo expresa esta característica es:

I. 3, 14, 3:

“gratuitum enim debet esse commodatum Praeterea et is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur <<et>> actione depositi, qui et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur, sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit, culpa autem nomine, id est desidia atque neglegentia, non tenetur: itaque securus est qui parum diligenter custoditam rem furto amisit, quia, qui neglegenti amico custodiendam tradi, suae facilitati id imputare debet.

Es un contrato que se perfecciona con la entrega de la cosa, de la cual es objeto del contrato. Esta consigna sólo lleva al depositario nada más que a la mera **detentación**; la propiedad y la posesión permanecen junto al depositante, si éste es propietario o poseedor.

¹⁰ BETANCOURT, F., “Derecho romano clásico”, Sevilla, 2007, p.630.

¹¹ HERRERA BRAVO, o.c., p.225

¹² CASINOS MORA, F.J., “Derecho privado romano”, Madrid, 2016, p.511

D. 16,3,17,1:

“*Rei depositae proprietas apud deponentem manet, sicut et possessio*”.

Gayo 4,153:

“*Per eos apud quod deposuerimus ipsi possidere videmur.*”

El depositante tiene derecho a determinadas acciones para proteger la propiedad, y sigue gozando de los recursos de la posesión para la defensa temporal de la cosa, y si no es el propietario de la cosa, continúa el camino de la usucapión a su favor y no se ve suspendido por la custodia de la cosa depositada a otros.¹³

El depositario es un mero instrumento de la posesión del depositante. Esto también conlleva una serie de consecuencias: “el depositante es el que ejerce las acciones para la tutela de la propiedad; continúa con el goce de los remedios procesales, para la defensa provisoria de la cosa; y también si no es propietario y se encuentra en vía de usucapir, la usucapión continúa teniendo los efectos para su ventaja y no queda interrumpida por la puesta de la cosa en depósito a otra persona.”¹⁴

Es posible el depósito ordinario de dinero, pero no ha de tratarse de *pecunia numerata*, “dinero contante”, sino de *pecunia clusa o pecuni obsignata*, es decir, “dinero guardado en saquitos cerrados, e identificable y especificado por esa circunstancia, de tal modo que debía restituirse los mismos sacos con el dinero dentro tal cual habían sido depositados.”¹⁵

También hay que decir que cuando el objeto del depósito era dinero y se facultaba al depositario para usar de él, y devolver la misma cantidad, el contrato se sometía a reglas especiales. El depositario se convertía en este caso en propietario del dinero depositado, y la relación jurídica que se constituía no fue considerada uniformemente en las fuentes:

- a) Por regla general, el negocio se entendía como préstamo mutuo, y entonces correspondía al que otorgaba el dinero, para obtener su devolución, la *actio certae creditae pecuniae*. Pero solo podía reclamar intereses en el caso de haberle sido prometidos especialmente por estipulación.
- b) No cabía desconocer, que, al considerar con tal carácter al contrato, podía concurrir un desacuerdo con la voluntad de las partes, si ésta no iba dirigida a otorgar al tomador la disposición sobre el dinero, sino a colocarlo bajo su custodia, en beneficio de la que lo entregaba.¹⁶

¹³ LONGO, C., “*Corso di diritto romano (Il deposito)*”, Milán, 1946, p. 5

¹⁴ HERRERA BRAVO, o.c., p.p. 229-230

¹⁵ CASINOS MORA, o.c. p. 511.

¹⁶ JÖRS. P – KUNKEL. W. “*Derecho privado romano*”, Barcelona, 1937, p.p. 319-320

4.2. Contrato bilateral imperfecto

En la mayoría de los manuales, el contrato de depósito es un contrato bilateral, excepto D'AMELIO¹⁷, que entiende que es un contrato unilateral ya que, en el contrato de depósito en su esquema normal solo surgen obligaciones para el depositario, y esas obligaciones son la de deber de custodia y la de devolución del objeto depositado.

Esto lo entiende así también porque, al tratarse de un contrato gratuito, éste solo se lleva a cabo por interés del depositante, ya que no tiene que dar, ni hacer nada a cambio de haber depositado el objeto, o a cambio de que el depositario custodie la cosa.

Como ya se ha mencionado anteriormente, el depósito es aquel contrato real por el que una de las partes (depositante) entrega a la otra (depositario) una cosa mueble para que la custodie.¹⁸

Con esto podemos definir al contrato de depósito como un contrato bilateral imperfecto, ya que de él siempre nacen obligaciones a cargo del depositario (la de guardar la cosa y restituirla cuando se lo pida el depositante) y, solo eventualmente, a cargo del depositante (la obligación de resarcir al depositario los gastos necesarios que éste hubiera hecho para la conservación de la cosa).¹⁹

Para concretar más, que el contrato sea bilateral imperfecto, significa que son aquellas relaciones jurídicas de las cuales solo en principio, para una de las partes, nace el derecho, pero puede ocurrir que a la otra parte, la obligada, nazca un derecho a reclamar el resarcimiento de los gastos e impensas que le haya ocasionado la obligación, teniendo en cuenta que esta bilateralidad de la obligación no es una consecuencia necesaria del fin contractual, sino una posible situación accidental de la relación jurídica.

Parte de la doctrina opina que los contratos no solo son bilaterales desde el punto de vista de la terminología, e incluso desde la perspectiva de su bilateralidad económica, sino también en que a cada una de las partes de estos contratos le correspondía una acción independiente.

Otra parte, ve el problema de las relaciones bilaterales imperfectas, desde una perspectiva de la obligación, donde se observa una pretensión principal que se viene a denominar acción de forma directa, la cual constituya el fundamento mismo de la relación. Por el

¹⁷ D'AMELIO, M., "Nuovo Digesto Italiano (NDI)", v. Depósito, XVI, Torino, 1938, p. 746

¹⁸ SERAFINI, F., "Instituciones de derecho romano", Madrid, 1929, p. 151

¹⁹ MIQUEL, J., "Derecho privado romano", Madrid, 1992, p. 307.

contrario, el otro sujeto de la relación, exige una contraprestación para que se le indemnicen los gastos ocasionados en la gestión del negocio.

Que se instaurara la categoría de los sinalagmáticos imperfectos, hace ver la existencia de una obligación principal, junto a una de naturaleza incidental. En el contrato de depósito, la obligación del depositante se forma en una reciprocidad de segundo grado, pues tal contrato, *ex post facto*, crea un vínculo secundario, no es por tanto unilateral y se acerca más a los bilaterales.²⁰

4.3. Contrato gratuito

El derecho romano consideró al depósito como esencialmente gratuito²¹

La gratuidad de este contrato, aparece de una relación contractual real y sobre todo en base a un supuesto de amistad propio de una sociedad claramente agrícola, ahora bien, ello no impedirá que cuando se entró en un proceso de mercantilismo y cosmopolitismo, los contratos que tienen naturaleza gratuita, pierdan la misma.

La oposición entre onerosidad y gratuidad es un clásico planteamiento.

La posición ventajosa del acreedor está contrapesada por la deuda que éste a su vez contrae con el otro contratante, o por una pérdida sufrida ya de antemano en favor de éste. La relación con la bilateralidad y unilateralidad es claramente identificable si se ponen en relación las dos situaciones.

Textos que apoyan la gratuidad del depósito:

Inst. 3, 26, 13.

“... ut generaliter dixerimus; quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati aut depositi contrahitur negotium, his casibus interveniente mercede locatio et conductio.”

D. 16, 3, 1, 8-9

²⁰ HERRERA BRAVO, o.c., p.p.247-248

²¹ Sólo en el Derecho bizantino, por efecto de la tendencia general que hace prevalecer la voluntad de las partes sobre la verdadera naturaleza del negocio, fue admitida la posibilidad *ex voluntate* del depósito retribuido.

“si vestimenta servanda balneatori data perierunt, si quidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri et dolum dumtaxat praestare debere puto: quod si accepit ex conducto.”

“si quis servum custodiendum coniecerit forte in pistrinum, si quidem merces intervenit custodiae, puto esse actionem adversus pistrinarium ex conducto, si vero mercedem accipiebam ego pro hoc servo, quem in pistrinum accipiebat, ex locato me agere posse Quod si aerae eius servi cum custodia pensabantur, quias genus locati et conducti intervenit; sed quia pecunia non datur, parescriptis verbis datur actio; si vero nihil aliud, quam cibaria praestabat, nec operis quidquam convenit, depositi actio est.”

De ahí que concluyamos que este contrato si fuese de índole onerosa, nos hallaríamos ante un contrato completamente distinto y de naturaleza y contenido distinto.

Otro texto del Digesto que se refiere a la gratuidad del contrato de depósito:

D. 4, 9, 3, 1:

“in occasione del receptum nautarum, il testo preclama in via di principio che, se taluno accetta in custodia cose altrui, “si merces intervenerit ex locato et conducto....., sed si gratis res susceptae sunt...depositi agi posse.”

El contrato de depósito es un contrato totalmente gratuito, como el de comodato, pues si ocurriera lo contrario, nos encontraríamos en presencia de un contrato innominado; un interés en los acuerdos contractuales gratuitos, puede llegar a romper la sistemática de la gratuidad de las prestaciones. Como dice SERAFINI, “el contrato de depósito es esencialmente gratuito, si se hubiese pactado una retribución se convierte en locación de trabajo o en un contrato innominado”.²²

Asimismo, el pacto de voluntad en los contratantes en relación a la gratuidad del negocio, es fundamental en relación con el depósito. Si las partes acuerdan que se deba recibir una *merces*, por la que se exige conservar la cosa, o que la recibe en uso. El negocio que surge desde el punto de vista de la naturaleza, no es un depósito, es más bien un arrendamiento.²³

²² SERAFINI, o.c., p. 151.

²³ Una recompensa convenida *ex post* no cambia la naturaleza del contrato (el código civil español admite que pueda ser retribuido admitido por el artículo 1760.

La cuestión es más compleja, cuando la cosa confiada en custodia sea productiva, de tal manera que se exija por parte del depositario los gastos por la conservación del objeto.

Ulpiano analiza el caso de un esclavo consignado a un molinero.

D. 16, 3, 19

*“Si quis servum custodiendum coniecerit forte in pistrinum, si quidem merces intervenit custodiae, puto esse actionem aversur pistrinarium ex conducto: si vero mercedem accipiebam ego pro hoc servo, quem in pistrinum accipiebat, ex locato me agere posse: quod si aperae aius servi cum custodia pensabantur, quasi genus locati et conducti intervenit, sed quia pecunia non datur praescriptis verbis datur actio: si vero nihil aliud quam cibaria praestabat nec operis quicquam convenit, depositi actio est”.*²⁴

En el caso de que el objeto del depósito se tratara de dinero, y además el depositario tenía permiso para usarlo y devolver la misma cantidad, por aplicación de los principios generales, se permitió la percepción de intereses, bien derivaran de estipulación, de aplicación del dinero en provecho del depositario, o de mora, y por esta posibilidad de devengo de intereses, el contrato era especialmente favorable para el depositante.²⁵

4.4. Contrato de buena fe

En Roma hay principios de origen ético que calan intensamente el ordenamiento jurídico, y de esta manera influyen las relaciones jurídicas de los sujetos dentro de la comunidad. Tales principios son: la *humanitas*, *amicitia* o la *fides*.

“será la jurisdicción pretoria la que introduzca criterios de ponderación, integración, atenuación de excesivo rigor, analogía, equidad...frente al *ius strictum* o *legitimum*, en que no cabe una interpretación más allá de lo establecido en la norma o lo expresamente acordado por las partes”²⁶

Para FERNÁNDEZ DE BUJÁN “La consideración de la *bona fides* como principio general de todo el Ordenamiento jurídico no llega a producirse en el Derecho Romano, pero sí tiene lugar, una evolución expansiva en esta dirección, que se extiende más allá de los contratos consensuales, para incidir como elemento informador inherente e integrador de toda la materia contractual”²⁷

²⁴ HERRERA BRAVO, o.c., p. 233-237

²⁵ P. JÖRS – W. KUNKEL, o.c., p. 320

²⁶ SALAZAR REVUELTA. M. “Formación en el derecho romano y en la tradición romanística del principio de la buena fe y su proyección en el derecho comunitario europeo”, 2015 (Dialnet), p. 114.

²⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN. A. “Derecho privado romano” Madrid, 2013, p. 179

La palabra *fides* fue entendida por los romanos como “fidelidad a la palabra dada”, “ser de palabra” es decir, cumplir lo que se promete, y esta palabra deriva de la expresión “*fit quod dicitur*”

Por esto surge la “*bona fides*” en las relaciones entre los particulares, porque era una forma de dar una cierta seguridad al tráfico jurídico, ya que se confiaba en que la otra parte del negocio, si prometía algo, lo iba a cumplir.²⁸

La cláusula *ex fide bona*, no solo plasma el poder del juez en condenar o absolver según los criterios del *bonum et aequum*, pues el juez tenía un amplio margen de maniobra para apreciar, de una manera equitativa, las obligaciones resultantes, sino que viene a fijarse como principio de integración de principios contractuales, a fin de equilibrar las posiciones de los contratantes y de impedir lucros injustificados. Aparece así, la *bona fides*, como base reguladora de los negocios jurídicos no solemnes, enriqueciendo - respecto a lo acordado por las partes- el contenido de los contratos.²⁹

En el Digesto se puede ver la importancia de la buena fe.

D.19,2,21:

“...*bona fides* *exigit, ut quod convenit fiat...*”

Se da sobre todo en negocios del tráfico jurídico del *ius gentium*, negocios que no tengan ninguna formalidad, con lo que lo utilizaban tanto los ciudadanos romanos, como por *peregrini*.³⁰

Su introducción en el *ius civile* vendrá de la mano del pretor, cuando recoge en su Edicto las *conventiones*, que les otorga exigibilidad jurídica reconduciéndolas al ámbito procesal del *oportere, ex fide bona*, con lo que la *fides* se convierte dentro del proceso en *bona fides*.

Cuando surgía un conflicto entre las partes sobre el contenido adecuado de las obligaciones, ya que cada una de éstas podía interpretar la *fides* a su manera, la solución la daba una tercera persona (*arbiter*), quien daba un criterio objetivo según la *bona fides*.

²⁸ D'ORS.A, “*Derecho privado romano*”, Pamplona, 1981, p.p. 58-59

²⁹ SALAZAR REVUELTA, o.c., p. 124

³⁰ Aunque si se trata de un referente típico del *ius Gentium*, la expresión *bona fides* tiene su origen, en la *fides* romana, esto es, es un principio del *ius civile*.

5. REQUISITOS DEL CONTRATO

5.1. Consenso

Se denomina también “voluntad interna”, y es “el deseo consciente de concluir el negocio y alcanzar las finalidades que constituyen sus efectos. Se designa en las fuentes con diferentes locuciones: *voluntas, animus, affectus, consencus*”.³¹

En unión al elemento real constituido por la *datio rei*, es decir, la transmisión de la propiedad de la cosa objeto del negocio dentro de la relación de mutuo; y entrega de la detentación, se encuentra un factor determinado por el elemento subjetivo junto al acuerdo de voluntad de las partes. El mecanismo de la relación entre las partes, se combina con una serie de acuerdos para dar con el derecho de recobrar o para recibir con la obligación de restituir. En definitiva, un acuerdo de voluntad entre las partes no puede faltar; pero si sólo existe tal acuerdo solo hacer surgir un contrato consensual, de forma que, en los contratos verbales, literales, el acuerdo de voluntad es necesario más no suficiente.

Para algunos autores, el elemento real y el subjetivo son necesarios para que surja el contrato real. Pues no se podrá determinar si la cosa es dada en mutuo o en depósito, que nos vendrá expresada por la voluntad.

“El acuerdo de voluntad debe ser directamente entre el que da y el que recibe en depósito. Y es que la voluntad que no se exterioriza carece de eficacia jurídica”.³² La cosa debe ser entregada a la persona que asume el honor de custodiarse y no a una tercera persona. La razón y fundamento de esto debe observarse en el hecho, que solo el que recibe toma la obligación de restituir, y por otro lado el negocio se funda en la *fides*, y ello es una relación personal que nace entre los dos sujetos del contrato.

La apariencia de intermediarios viene a turbar la pureza y eficacia de la confianza entre los sujetos.³³

Para resumir, tenemos que decir que uno de los requisitos indispensables del contrato de depósito es que, entre depositario y depositante, haya acuerdo.

No habría contrato de depósito solo con entregar la cosa a otra persona, sino que tiene que haber acuerdo entre ambos de que se va a entregar la cosa para custodiarse y después restituirla cuando el depositante lo demande.³⁴

³¹ ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A. “Derecho Romano I”. Madrid. 1977, p. 119.

³² ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, o.c. p. 121.

³³ HERRERA BRAVO, o.c., p. 243-245

³⁴ D’AMELIO, o.c., p. 747.

El contrato de depósito claramente es un contrato consensual, pues es de los contratos que tiene la expresión más acabada del contrato fundado en la buena fe.

La consensualidad de este contrato permitía, no solo que los pactos se substantivaran para establecer su contenido, y que se considerara como tácitamente convenido todo aquello que es costumbre en un determinado tipo contractual, sino que la *obligatio* pudiera extinguirse por el mismo consentimiento resolutorio (*contrarius consensus*), y que pudiera pactarse previamente, supeditada a una condición o término, la resolución unilateral (*dissensus*), la cual, en algunos determinados contratos, es posible incluso sin previo pacto.

Por otro lado, la validez del contrato depende, de la coincidencia de voluntades de los contratantes, de suerte que el error de uno de ellos, como vicio de la voluntad, hace inválido el contrato.³⁵

5.2. Capacidad

La naturaleza contractual del contrato de depósito, implica que solo puede tener lugar entre personas capaces de negociar.

Para las personas que estén totalmente incapacitados, o los menores no emancipados, como no pueden obligarse de ninguna manera por contrato, es evidente que no podrán celebrar un contrato de depósito.

Para las personas con incapacidad relativa, menores no emancipados e inhabilitados, podrán realizar el contrato siempre que puedan realizar válidamente los actos que reaparecen en el concepto de administración ordinaria, pero hay que distinguir según la incapacidad relativa sea del depositante o del depositario.

El menor emancipado e incapacitado, ya que el depósito no implica la transferencia de la propiedad de las cosas, y, por lo tanto, no puede considerarse un acto de enajenación o disposición de bienes, y puesto que el contrato se realiza gratuitamente, por lo general en interés exclusivo del *tradens*, debe considerarse capaz de asumir el papel de depositante.

Hay que tener en cuenta que, la administración de los bienes del menor o persona incapacitada, la lleve a cabo un tutor, con lo que puede haber la posibilidad de que éstos reciban válidamente un depósito sin esa asistencia adicional a su voluntad, exigida por la

³⁵ D' ORS, o.c., p.p. 506-507.

ley para la realización de actos que excedan de la administración ordinaria de sus bienes, que el contrato de depósito se trata de la obligación de conservar y restituir bienes ajenos.

Está claro que la representación legal de la persona incapacitada, a fin de solicitar y obtener interés de ésta, por lo general, la ejecución del contrato, estará a cargo del tutor o del administrador.³⁶

Con lo que en resumen podemos concluir que, en referencia a la capacidad de las partes contratantes, para la constitución del contrato de depósito es suficiente con la capacidad general de contratar, no siendo necesario que el depositante sea propietario del bien depositado.³⁷

5.3. Objeto

La extensión de la palabra *deponere*, es lo suficientemente sugestiva, para poder determinar que solo pueden ser objeto de depósito las **cosas muebles**.³⁸

A este respecto, la posición de la doctrina moderna no ofrece ningún tipo de discusión, pero entre los planteamientos de la doctrina antigua, existe la tendencia de admisión de depósito de cosas muebles en base a los siguientes textos: D.18, 6, 1, 2; D. 39, 5, 38; D. 41, 2, 3.

Estos textos se refieren a la custodia que debe prestar el comprador el cual se encuentra: *missus in possessionem rei servandae causae* o también el *heres sus* que renunciando a la herencia no provee la seguridad pertinente.

Por otro lado, nos encontramos que el comodato era discutido, su aplicación a los bienes inmuebles, pero este planteamiento no es aplicable por analogía al depósito.

³⁶ D'AMELIO, o.c., p. 747-748

³⁷ "El sujeto que realiza el negocio jurídico debe tener capacidad de obrar, no la de mera tenencia, sino la de ejercicio de los derechos. El loco y el *infans* no pueden llevar a cabo ningún negocio jurídico. Los demás impúberes y los pródigos tampoco pueden realizar negocios que impliquen disminución en su patrimonio" ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, o.c., p. 119.

³⁸ "Existen tres clases de objetos: uno que está mantenido por un solo espíritu, como el hombre, una viga, una piedra...; otro que consta de cosas en contacto, es decir, de varias cosas unidas entre sí, como un edificio, un armario; el tercero que consta de partes distintas, como muchos cuerpos no unidos, sino subordinados a una sola denominación, por ejemplo, un pueblo, una legión, un rebaño" ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, o.c., p. 362.

Por tanto, entendemos que solo pueden ser objeto del depósito: *res muebles*.

Entre la primera muestra de argumentos a favor destacan:

- a) textos que se apuntan evidentemente a cosas muebles
- b) desde el punto de vista práctico, la limitación de la responsabilidad del depositario, no debe inducir a los romanos a extender el marco del contrato fuera de sus originales y naturales confines.
- c) La *res Mancipi*, vinculadas dentro de una importancia socio-económica.

Por otro lado, dado la importancia del contrato de depósito en cuanto a su progreso, solo es imaginable dentro de los planteamientos de una *res mueble*, dada la importancia de la consigna y de la entrega de la cosa. El depósito se concluye pues por la entrega y consigna de la cosa. En este sentido:

D. 16, 3, 17, 1.

“Rei depositae proprietates apud deponentem manent: sed et possessio”.

Anteriormente se hizo referencia al papel tan importante que juega la *res*, objeto del contrato, tanto desde un punto de vista simbólico como económico.

Vamos a estudiar los presupuestos jurídicos que deben acompañar a la *res*.

Se dan tres líneas de actuación fundamentales:

- a) la cosa objeto del contrato ha de ser mueble
- b) fungible y no fungible
- c) indicada de tal forma que sea fácil una total y absoluta identificación, para mayor individualización e identificación, algunas veces se exigía que las por ejemplo se depositase en bolsa cerrada y sellada.³⁹

La complicación siempre del contrato de depósito se encuentra en la siguiente pregunta: *¿pueden ser objeto del contrato de depósito, las cosas muebles exclusivamente, o por el contrario puede ser extensible a las inmuebles?*

La cosa mueble, en cuanto bien apto de ser transportado, aparece unida y conectada al contrato real. La cosa mueble es un elemento tipificador de los contratos reales y en especial del contrato de depósito, ya que la utilidad de tales contratos se exige por su propia naturaleza un cambio, una transformación en el *status loci* de la cosa. De ahí que no basta con un mero traspaso posesorio.

³⁹ “cuando el objeto de la prestación no era una cosa específicamente determinada, sino señalada por sus rasgos genéricos (obligaciones genéricas), el deudor tenía también, por regla general, el derecho de elegir. Por la entrega de una cosa del género pactado quedaba libre de su obligación, y por lo tanto si no se hubiera determinado nada sobre la calidad de la cosa genérica, quedaba liberado entregando la de menor valor” JÖRS – KUNKEL, o.c. p.p. 241-242.

Por esto pensamos que la ejecución de un contrato de depósito, sobre una cosa inmueble, daría lugar a un subtipo o tipo secundario de contrato de depósito, de los que podríamos denominar atípicos y opuestos al planteamiento *natura contractus*.

Dos notas importantes en la tipicidad de este contrato que son: la actividad de guarda y la entrada de la cosa en el círculo del deudor. Nos hacen ya pensar que las oportunidades de que el depósito pueda realizarse con bienes inmuebles, es nulo. Porque no solamente el depósito constituye una actividad de guarda, sino una guarda cualificada por el cambio de situación de la cosa.

Si el contrato de depósito es calificado dentro de los contratos *re*, que necesitan como condición primordial, la previa entrega de la cosa, este concepto y situación se corresponde mejor con la idea de mueble que de inmueble.

Esta discusión procede fundamentalmente a la imprecisión del texto: D. 16, 3, 1. Ya que en este texto se define lo que es el depósito, pero sin aludir al objeto del mismo. La oscuridad del texto, ha motivado grandes deserciones, y sobre todo un retraimiento a la hora de establecer unas direcciones dentro del tema.

Concebimos que la naturaleza propia del contrato real, donde la exigencia del traspaso posesorio es vital, y por consecuencia nos inclinamos por el carácter mobiliario del contrato de depósito, en lo que se refiere a su objeto.⁴⁰

Las fuentes romanas no conocen un depósito de Res Soli (cosas del suelo, o adheridas a él. Además de la misma tierra o su superficie, los árboles y las construcciones).

En cuanto a la naturaleza del objeto mueble, el depósito ordinario, importando la obligación de restituir la misma cosa recibida, pretende que se individualice. Por lo tanto, es que normalmente nuestro tipo de depósito es sobre cosas que las costumbres del comercio consideran que tienen su propia individualidad e irremplazable.

Además, las cosas que los usos consideran fungibles, pueden ser objeto del depósito ordinario, siempre que la voluntad de las partes las sustraiga de su carácter. Queda claro que las partes, para conseguir este resultado, deben recurrir, por necesidad práctica, a medios de individualización de las monedas fungibles depositadas.⁴¹

La importancia del estudio de la cosa objeto material del depósito reside en que se trata de uno de los elementos que van a establecer los perfiles de esa concreta prestación de la guarda. La condición de la misma va a determinar el quehacer del depositario.

Se ha aceptado por la mayor parte de los ordenamientos jurídicos que la cosa objeto del depósito puede ser solamente un bien mueble.

Solo las cosas corporales son las que logran ser depositadas, ya que son las que pueden perderse y ser sustraídas, únicamente han de ser este tipo de bienes los susceptibles de ser depositados.⁴²

⁴⁰ HERRERA BRAVO, o.c., p.p.232.

⁴¹ LONGO, o.c., p. 7.

⁴² OZCÁRIZ MARCO, o.c., p.p. 91-92

La acción contractual de buena fe también hizo posible considerar como depósito, por quererlo así los contratantes, aquel que consiste en dinero, pero no dinero especificado por el recipiente (bolsa, arca, etc) que lo contiene, sino como depósito de cantidad para que el depositario disponga de ella y restituya luego otra igual (depósito irregular). Este negocio bancario era propiamente un mutuo, de suerte que en él se podían exigir intereses, en virtud de la buena fe contractual, aunque no se hubiesen estipulado.⁴³

5.4. Causa

La razón de contrato de depósito, como transacción jurídica bilateral, es la utilidad económica y social que desempeña el contrato en la voluntad de las partes, es decir, la custodia.⁴⁴

Este elemento es el resultado de la ejecución particular de una actividad por parte del depositario, es una obra que caracteriza y diferencia al depósito de otras formas de contrato que también se muestra mezclado con otros elementos y obligaciones, el de conservar y devolver una cosa.

Para que la custodia se convierta en un caso típico del contrato, es preciso que constituya el propósito sustantivo del contrato, el objetivo inmediato y último de las partes contratantes.

La definición de custodia no se reduce, como algunos autores han argumentado a la mera obligación de devolver la cosa al final; consiste sobre todo en una actividad de supervisión y conservación, cuya consecuencia necesaria adicional es la devolución de la cosa al propietario.⁴⁵

Se puede entender que, esta actividad explicada por el depositario tiene en cierto sentido, el carácter de una actividad interna, es decir, que la actividad del depositario se limita a la realización de la debida diligencia, que está sujeta al control de la otra parte contratante, solo de manera posible y negativa para la determinación de la responsabilidad.

La vigilancia y la conservación están estrechamente vinculadas entre sí. La conservación tiene por objeto esencialmente hacer posible la disponibilidad del depósito en todo momento *ad nutum* del depositante.

⁴³ D'ORS, o.c., p. 513

⁴⁴ "La custodia es tan esencial que diferencia a este contrato de aquellos otros en los cuales la custodia de la cosa es una obligación accesoria, pero no el fin exclusivo o, cuando menos principal de la operación" CASTAN TOBEÑAS, o.c., p. 649.

⁴⁵ El art 1275 Cc dice "que los contratos sin causa no producen efecto alguno".

La disciplina de la causa en el depósito no presenta desviaciones particulares, está sujeta a las normas que rigen este requisito sustantivo de obligaciones y contratos en el sistema; la importancia de su precisión radica sobre todo en poder, como se ha visto, disponer de un criterio fundamental y decisivo para diferenciar el contrato de depósito de otras formas contractuales conexas.⁴⁶

6. RÉGIMEN JURÍDICO DEL DEPÓSITO

6.1. Obligaciones del depositario.

Debe el depositario sujetarse simplemente a custodiar la cosa, no puede usarla. Es un solo poseedor natural de ella y debe devolverla al depositante cuando éste se lo solicite. Se llegó a admitir el acuerdo de restituir la cosa a un tercero, a quien se otorgó una acción ficticia para reclamarla del depositario. Por lo que respecta a la pérdida o deterioro de la cosa depositada, en época clásica solo responde el depositario por dolo. Justiniano dilató la responsabilidad a la *culpa lata*.⁴⁷

Aunque el depositario responde normalmente tan solo por su dolo, la acción de buena fe permite agravar su responsabilidad con el criterio de la culpa; por ejemplo, si:

- a) se convino expresamente (incluso el periculum) o
- b) el depositario se ofreció oficiosamente para guardar algo, o
- c) el depósito se hizo en su interés exclusivo. Tal acción podía darse también *de peculio* contra el padre o dueño del depositario, y era transmisible contra los herederos del mismo.⁴⁸

Como menciona JÖRS, en el tipo normal de depósito “el depositario no adquiriría ni la propiedad ni el derecho a protección posesoria; solo las poseía en calidad de tenencia real”⁴⁹ De aquí nacía la obligación de sola guarda y custodia sin hacer uso de la cosa, como hemos mencionado anteriormente.

El depositario que usa de la cosa depositada comete *furtum usus* y, por tanto, queda legitimado pasivamente a la *actio furti*.

6.1.1. Obligación de guarda y deber de restitución.

El depositario tiene la obligación de custodiar la cosa y restituirla en especie, sin deterioro y con todos los accesorios, cuando lo pida el deponente, aunque no haya transcurrido el plazo que quizá se convino.

⁴⁶ D' AMELIO, o.c., p. 749

⁴⁷ CASINOS MORA, o.c., p. 512

⁴⁸ D' ORS, o.c., p. 513

⁴⁹ JÖRS – KUNKEL, o.c., p. 318

Y teniendo en cuenta que la voluntad del depositante debe estar encaminada a obtener la restitución de la *eadem res*, y esta también debe ser la correspondiente y análoga voluntad del depositario.

Según nos indica HERRERA BRAVO, “la restitución, puede ser expresamente pactada. Pero esta condición no es necesaria, ya que puede venir perfectamente establecido de modo implícito, en base a la dinámica de la propia relación de depósito dirigida a dar y recibir, el objeto propio de la relación.”⁵⁰

Cuando la restitución sea imposible, el depositario solamente responde del dolo y de la culpa grave, a no ser que se hubiere ofrecido espontáneamente como depositario, o que el depósito redunde en su provecho; en cuyos casos responde también de la culpa leve.

Por excepción, es responsable aún del caso fortuito, si ha usado arbitrariamente de la cosa.⁵¹

Pero a parte de esta pequeña introducción vamos a ver en más profundidad la configuración de las obligaciones a cargo del depositario.

En la evolución del contrato de depósito, aparece primeramente como obligación característica, la de restituir la cosa.

La “*actio depositi*” se concede principalmente para obtener el cumplimiento de la obligación de restituir la cosa íntegra más sus incrementos.⁵²

En Derecho Romano el objeto principal del depósito es dar nacimiento a la obligación de restituir el objeto del contrato entre las manos del depositante. La razón de ser de la obligación de encargarse de buena fe de la guarda de la cosa es asegurar la ejecución de la segunda obligación del depositario, que es la de devolver la cosa; siendo esta última el objetivo principal directamente perseguido por el contrato.

Hay que decir que, hasta tiempos de Justiniano, la custodia no hacía referencia a una obligación, sino a un criterio de responsabilidad.⁵³

Etimológicamente “*restitutio*” viene de latin “*re*” (retorno) y “*stato*” (posición, situación), por tanto, vuelta, reposición al lugar o a la situación anterior. Pero la traducción de este término aparece en los textos con hasta cuatro acepciones del término “*restituere*”:

⁵⁰ HERRERA BRAVO., o.c., p. 347

⁵¹ SERAFINI, o. c., p.p. 151-152

⁵² D. 44, 7, 1, 5; INST. 3, 14, 3.

⁵³ METRO, A, “*L’obbligazione di custodire nel Diritto romano*”, Milano, 1966, p. 95: “salvo raras excepciones, las fuentes no mencionan la custodia bajo el significado de actividad, sino que son más abundantes aquellas que con este término hacen referencia a la particular responsabilidad a la que la custodia da nombre”(traducción).

a) “*reddere*” y “*deferre*”, devolver, restituir. Restituir es hacer a un poseedor y también devolver los frutos⁵⁴.

b) “*in pristinum statum reducere*”, restituir o devolver algo a un estado anterior, poner en el estado anterior, pudiendo equivaler en sentido propio a “*reficere*”, “*tollere*”, “*reponere*”, y en sentido figurado a “*instaurare*”, “*restaurare*” y también a veces a “*rescindere*”.

c) “*praestare*”, garantizar, entregar o ejecutar una prestación (D. 5, 3, 16.).

Por tanto, este tercer significado del término implica responsabilidad, la responsabilidad específica que el deudor asume frente al acreedor en el cumplimiento de su obligación.

Vemos que la expresión “*restituere*” en Derecho Romano iba más allá del simple “*reddere*”, entendido éste como un devolver la cosa con sus frutos y acciones.

El “*redditam non esse*” de la fórmula “*in factum*” del depósito tiene sentido estricto de devolver a alguien lo que ya tuvo antes, limitándose la obligación del juez a comprobar si fue devuelta o no la cosa al depositante (Gai. Inst. 4, 47).

Pero el “*restituere*”, en su significado de reintegrar al actor en su derecho sobre la cosa, no es totalmente ajeno al contrato de depósito, ya que aparece en los “*iudicia bonae fidei*”, por medio del “*dare, facere oportere*”. Las acciones de buena fe, fueron concebidas con gran amplitud. El juez podía condenar al depositario incumplidor no solo a que restituyera el valor de la cosa depositada, sino a que respondiera de todas las consecuencias patrimoniales derivadas de la ausencia de la prestación.

Este significado más amplio de “*restituere*” podría defenderse también en caso de admitir el carácter arbitrario de la “*actio depositi in ius*”, donde el “*restituere*” significa, reintegración al actor del derecho sobre la cosa.⁵⁵

En cuanto a la restitución hay que indicar que la voluntad del depositante debe estar encaminada a obtener la restitución de la *eadem res*, y esta también debe ser la correspondiente y análoga voluntad del depositario.

6.1.2. *Diligencia y responsabilidad del depositario en la guarda*

Para JOAN MIQUEL, “una de las obligaciones del depositario es la de custodiar la cosa, sin usarla. A diferencia del comodato, en que el comodatario responde por custodia, el depositario solo responde por dolo. La razón se da por el principio de utilidad: el depósito se establece en beneficio exclusivo del deponente.”⁵⁶

⁵⁴ D. 50, 16, 22; D.50, 16, 35; D. 50, 16, 73; D. 4, 2, 12.; D. 50, 17, 173, 1; D.32, 41, 14; D. 35, 3, 8.

⁵⁵ HERRERA BRAVO, o.c., p. 127.

⁵⁶ MIQUEL, o.c., p.p. 308-309

En palabras de METRO, al margen de la obligación de restituir, el depositario queda obligado a observar determinados comportamientos acordes con la buena fe.

Solo eran sancionables comportamientos activos contrarios a la buena fe, pero no tenía cabida en la responsabilidad exigible al depositario, la omisión de vigilancia sobre la cosa, aunque la misma fuera causa del robo o de cualquier otro daño infligido por terceros.⁵⁷

La obligación de guardar el objeto depositado forma, como se ha visto, la esencia del servicio adeudado por el depositario. Por consiguiente, el depositario debe, como en cualquier otra obligación, ejercer cierto grado de diligencia en el cumplimiento de este servicio.⁵⁸

Según MARTÍN SANTISTEBAN, “El juez podía tomar en consideración cualquier comportamiento del depositario contrario a la buena fe contractual. Ello permitiría sancionar comportamientos (activos) que, aunque no se plasmaran inmediatamente en falta de restitución, sí se traducían en un actuar deshonesto o desleal.”⁵⁹

En la teoría general de las obligaciones, la diligencia que el deudor debe realizar, en virtud de la regla general del artículo 1224 c. c., es la diligencia media, que corresponde en el concepto románico tradicional, al tipo abstracto de un buen padre de familia.

Desde el punto de vista negativo, de la responsabilidad, esta diligencia da lugar a la figura conectada y paralela de la culpa en abstracto.

En la obligación de la custodia, inherente al contrato de depósito, ya no solo se requiere la diligencia media de un buen padre de familia, sino la diligencia que utilizaría el depositario en el cuidado normal de su negocio.

No cabe duda de que la sustancia gratuidad, *de iure condito*, del contrato de depósito y el carácter fiduciario, llevaría razonablemente a relajar, para este contrato en particular, la norma general que rige el ámbito de las obligaciones en la evaluación de la responsabilidad por incumplimiento.

Al poner en práctica esta tendencia siempre benévola hacia el depositario, el intérprete tuvo un impedimento insuperable en la formulación literal del artículo 1843 del Código civil italiano, que, refiriéndose textualmente a la diligencia que el depositario suele utilizar en la custodia de sus propios bienes, descarta que dicha diligencia pueda ser considerada a priori y en todo caso, menos precisa que la diligencia abstracta del buen padre de familia.

⁵⁷ METRO, A., o.c., p. 139. (traducción)

⁵⁸ Cualquier estipulación que exima al depositario de la obligación de mantener el contrato es nula y sin efecto, no tanto porque sea contraria a la buena fe, sino porque es absolutamente antitética a la esencia del contrato.

⁵⁹ MARTÍN SANTISTEBAN, o.c., vol.57, nº1, (DIALNET).

Es normal que, cuando uno está ante una persona muy diligente en el cuidado de sus propios asuntos, el juicio de valoración de la responsabilidad sobre la base de la diligencia en la práctica debe, sin duda, ser más preciso que el criterio común de la diligencia del buen padre de familia.⁶⁰

“Esta solución ha sido adoptada por la jurisprudencia de nuestros Tribunales, que han considerado la diligencia como un tipo particular, no definible a priori, pero evaluable relativamente caso por caso, ya que a veces puede ser más alta, a veces incluso más baja que el promedio del buen padre de familia”.⁶¹

Profundizando hay que decir, que dejando fuera los casos inusuales que liberan de toda responsabilidad, había que admitir que el deudor respondiese por custodia (*custodiam praestare*), cuando su obligación implicaba vigilancia o cuidado de una cosa.

Se trataba de un tipo de responsabilidad objetiva porque no se valoraba la conducta más o menos cuidadosa del obligado a la vigilancia o custodia. Se quedaban con el resultado o finalidad aparte de la gestión del obligado, el cual debería responder de la pérdida o detrimento de los objetos que le habían sido confiados.

En estos tipos de negocios se trataba de evadir precisamente el *furtum* (el supuesto más importante) y el deterioro o pérdida, en general de las cosas.

Sin embargo, el sentido de la responsabilidad por *custodia* progresó de tal modo que penetra en ella la idea de culpabilidad y se habla de *diligentia in custodiendo* posiblemente desde el final de la época clásica.⁶²

El tema de la responsabilidad por *custodia* forma parte todavía una materia polémica, ya que mientras que una parte de la doctrina considera que la *custodia* pierde su sentido objetivo, subjetivándose en el derecho justinianeo, otros opinan, por el contrario, que fue entonces cuando se extendió el sentido objetivo, que en derecho clásico sería subjetivo, salvo algunos casos específicos de custodia objetiva acordada.

⁶⁰ SIMONCHELLI, “contributo alla teoria della custodia nel diritto civile italiano” (*Rib. Ital, per le scienze giuridiche*, XIV), p. 40.

⁶¹D’AMELIO., o.c., p.750 (traducción)

⁶² Para el proceso histórico de que la agravación de la responsabilidad del depositario -quizá limitada al dolo durante toda la época clásica- y examen de los casos especiales (depósito que se oculta un préstamo; depositario que se ofrece desinteresadamente)

Resulta difícil señalar las líneas evolutivas de la noción de *custodia*, pero es posible que pueda afirmarse que se trata más bien de una noción más próxima a la idea de riesgo que a la de responsabilidad.

Se trataría de conservar una cosa o preservarla de daños exteriores y, en todo caso, de evitar su desaparición o pérdida por hurto.

Son riesgos de perecimiento previsibles y previsibles o bien eventos naturales.

Praestare custodiam o *suscipere custodiam* implica asunción de este tipo de riesgos sin pensar quizá en la noción de responsabilidad objetiva. Simplemente cuando la noción de culpabilidad se extendió, cambió el signo de la *custodia*.

Una materia de especial valoración subjetiva de la responsabilidad se exteriorizó en el ámbito de las *actiones bonae fidei*, que son las que rigen en el contrato del que nos ocupamos, en las que el deudor debe prestar todo lo que exige la buena fe (*quidquid dare facere oportet ex fide bona*). La conducta del deudor contraria a la *bona fides* aparece como *dolus malus*, es decir, como engaño o intención dañina y, con lo cual, conducta inadecuada de un hombre honesto.

El *dolus malus* significa, en definitiva, una infidelidad consciente en la conducta, una maquinación dirigida a engañar a la contraparte para que celebre un negocio que le perjudica⁶³. La huida de la *bona fides* implicó una valoración que comprendió una serie de supuestos de conducta infiel (contraria a la *fides*) que comprendían desde una actitud propiamente dolosa hasta una actitud negligente.

Así entre los primeros juristas clásicos se valora junto a *dolus* también la *culpa* en *actiones bonae fidei* correspondientes al *mandatum*, *depositum*, *fiducia* y *tutela*.

Al final de la época clásica, aparecen el *dolus* y la *culpa* como criterios prácticos de valoración de responsabilidad en los contratos consensuales.

La noción de culpa se compone de una serie de grados desde fines de la época clásica hasta Justiniano. Así surge el concepto de *culpa lata* que se asemeja a la negligencia extrema, consistente en no actuar con el cuidado mínimo que cualquier persona pone en su conducta. Se trata, por tanto, de la máxima negligencia que resulta equiparable al *dolus*: *culpa lata dolo aequiparatur*.

Como un grado menor de negligencia surge la *culpa levis* que se utiliza en aquellos casos en que el deudor no ha observado en el cumplimiento de la prestación la diligencia de un

⁶³ CASINOS MORA, o.c. p. 128.

bonus paterfamilias, es decir, de un hombre honesto, un hombre de bien. Este módulo o canon de la conducta del *bonus paterfamilias* que tenía carácter general o abstracto, se valoró en algunos casos con arreglo a la diligencia habitual del demandado en sus propios actos.

Para medir el grado de imputabilidad se miraba si había utilizado o no la misma *diligentia* que habitualmente ponía en sus propias cosas. Las fuentes hablan de *diligentia qualem in suis rebus adhibere solet* (D. 17, 2, 72). Se entiende que es la propia diligencia habitual del deudor la que debe tomarse como medida a la hora de valorar su responsabilidad y no la medida abstracta de tipo medio del *bonus paterfamilias*. De ahí que se denomine a esta medida abstracta *culpa in abstracto* y a la anterior *culpa in concreto*.

Dentro de esta tendencia a instaurar principios o reglas de medida de la responsabilidad, que se acentúa en época postclásica partiendo de puntos de apoyo clásicos, nace el principio de la *utilitas contrahentium*. Este parece radicar en agravar la responsabilidad de la parte que tiene mayor utilidad en la relación jurídica hasta la *culpa* mientras que la parte menos interesada respondería de *dolus*.

A este principio parece responder en el derecho clásico, el *depositum*, que como hemos visto, es realizado normalmente en interés del deponente y de ahí que, al depositario, menos interesado, se le haga responder, solamente por *dolus*.⁶⁴

6.1.3. “*Furtum usus*”

Para SERAFINI “furtum usus es la indebida apropiación o el uso ilícito de la cosa traspasando los límites consentidos por el propietario de la misma”⁶⁵

Y hablando sobre las obligaciones del depositario, la custodia de la cosa es y debe ser el fin exclusivo del depósito.

Esta situación deriva de que, el uso de la cosa por parte del depositario es ilícita, si está hecho sin la aprobación del deponente; y es incompatible con el contrato de depósito si se produce el consentimiento por parte del deponente.⁶⁶

Por tanto, si el depositario usa de la cosa sin el consentimiento del depositante, no solamente infringe el contrato, sino que también es calificado desde el punto de vista penal como reo de furto, según el largo concepto de *furtum*, que comprende el *furtum usus* (*contractatio usus*) (Gayo 3, 196/I.4, 1, 6).

⁶⁴ FUENTESECA P., “*Derecho Privado Romano*”, Madrid, 1978, p.,222.

⁶⁵ SERAFINI, o.c., p.239-240

⁶⁶ PARENTI. L. “Brevi considerazioni su due passi di Pomponio in tema di "furtum usus", N°7, 2014 (DIALNET)

Es decir, el depositario halla esta doble responsabilidad, si se apropia la cosa, por ejemplo, una suma de dinero recibida en depósito sellado (D. 16, 3, 29, pr) y lo consume o enajena en su propia ventaja.

Ahora bien, si el depositario usa de la cosa creyendo de buena fe, que puede hacerlo con el consentimiento del depositante, su responsabilidad penal estará disminuida (Gayo 3, 197); pero hemos de indicar que el negocio deja de ser un depósito, pues excede del fin y objetivo de la custodia (D. 47, 2, 77, pr.). El negocio no se realiza con carácter de depósito, o bien cesa de ser un depósito, si la posibilidad del uso confería por el deponente se constituye *ab initio* o sucesivamente.

Principio motor dentro de las obligaciones del depositario lo constituye por tanto que: *la cosa confiada al depositario no puede hacer uso de ella*. Sin intentar instaurar un concepto dogmático, traeremos a estas líneas la definición de Paulo contenida en D. 47, 2, 1, 3:

“furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere”.

Otro texto del Digesto, 47, 2, 43, 5 nos trasmite la siguiente cita:

“... statim nostram esse disenere rem, quam derelinquimus”.

Gayo 3, 183.

“En el derecho romano no existe una noción unitaria de furtum, sino más bien existen una serie de genera furtorum”

Por ello, hay que observar el papel que juega el depositario, puesto que junto a la idea tradicional de robo, el depositario actúa abusando de la confianza, usando la cosa de forma fraudulenta, y por tanto de forma inversa a lo establecido en el previo pacto que existió y determinó el nacimiento de la relación contractual, ante la utilización de la cosa por parte del depositario, se produce la ruptura de la línea del desarrollo del depósito, pues el uso supondrá el quebrantamiento de la estructura del contrato.

Tenemos que ver por tanto 3 textos importantes:

- 1) Gayo 3, 196

“Itaque si quis re, quae eum deposita sit, utatur, furtum committit.

- 2) Gell. 6, 51, 2

“Itaque A. Scaevola in librorum quos de iure civil compusuit, XVI verba haec posuit: Quod cui servandum datam est, si id usus est, sive quod utendum accepit, ad aliam rem atque accepit usus est, furti si obligavit”.

- 3) D. 47, 2, 77 (Pomponio Libro 38 ad. Q.Mucium)

“Qui re sibi commodata vel apud se deposita usus est aliter atque accepit, si existimavit se non invito dominoid facere, furti non tenetur, sed nec depositi ullo modo tenebitur: commodati an teneatur, in culpa aestimatio erit, id est an non debuerit existimare id dominum permissurum.”

Son graves los problemas que surgen en relación al elemento subjetivo, y en particular al supuesto de que subsista la convicción por parte del depositario, de que el deponente le había permitido la utilización de la cosa.⁶⁷

Uno de los principios más asentados, y que constituye un *elemento típico del depósito*, es el de la prohibición del uso por parte del depositario de la cosa depositada, en el supuesto de que tal uso sea consentido, el negocio que nace no es un depósito, sino un comodato o por el contrario otros negocios, pues si se trata de cosas no fungibles y existe una contraprestación tenemos una locatio; si se trata de cosas fungibles un mutuo, el cual es siempre gratuito.

En relación con la última afirmación nos encontramos con el texto del Digesto, 16, 3, 1, 34.

“Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut, si voluisses, uteris, prius quam utaris, depositi teneberis”.

Se trata de un depósito de dinero, que siendo una figura no clásica, como tendremos ocasión de comprobar al ver el estudio del depósito irregular, hemos de configurarlo como un depósito de dinero considerado como una cosa no fungible.

Bajo esta premisa, tenemos un depósito normal, y el depositario no puede usar el dinero. Pero el depositante, en el momento de la conclusión del contrato añade la condición potestativa de que el depositario, queriendo, puede usar el dinero recibido en depósito.

Pero además lo que interesa, es el elemento subjetivo, para señalar que el acuerdo de voluntad de los sujetos, en las varias direcciones que puede ocupar es esencial para hacer surgir un depósito, así como un elemento decisivo, para que en su lugar pueda surgir otro negocio, en este caso el mutuo.

⁶⁷ HERRERA BRAVO., o.c., p.p. 323- 325

6.1.4. Subdepósito.

Para algunos autores, la *positio rei* es lo que constituye el mero y simple hecho (*factum*) de haber depositado.

Esta *positio rei*, descansa a su vez en la *fides*, entendida como contrapuesta a cualquier tipo de retribución, lo cual se manifestará en 3 opciones, una de ellas es:

Que el depositario puede ser sustituido por un tercero sin necesitar para ello permiso del deponente. Lo que significa posibilidad, pues de un subdepósito.⁶⁸

El subdepósito⁶⁹ es válido entre las partes contrayentes (depositario y subdepositorio). Pero este planteamiento involucra que el depositario en vez de ejercitar personalmente la custodia, la confía a un tercero por propia iniciativa y sin cooperación del primer deponente. La cuestión que se nos plantea, se relaciona de lleno con los límites de la responsabilidad de los distintos sujetos que actúan en las distintas relaciones jurídicas, en particular si el subdepósito es lícito en confrontación al primer deponente.

Los textos no responden de una manera clara a la cuestión. Estos entienden que es lícito el subdepósito, pero sin determinar cuáles son las condiciones. Dada esta situación no queda más remedio que emplear principios generales a la responsabilidad del depositario. Por tanto, en el derecho clásico, el subdepósito era estimado no lesivo para el primer deponente, si éste era ejecutado por el depositario *sin dolo*, mientras que en el derecho justiniano debe operar no solamente sin dolo, sino que tampoco le sea imputable *culpa grave*.

Las consecuencias prácticas que podemos sacar son las siguientes:

- 1) En el caso de que el subdepósito sea realizado sin dolo o culpa grave del depositario, es decir, que sea lícito, éste no responde personalmente frente al deponente de los hechos dolosos o gravemente culposos del subdepositorio, que lo sitúan en la imposibilidad de cumplir el contrato principal. Él está únicamente obligado a ceder al deponente las acciones que podría proponer contra el subdepositorio, pero que naturalmente no tiene interés en proponer.

*“Si is, apud quem rem deposueris, apud alium eam deponat, et ille dolo quid admiserit, ob dolum eius, apud quem postea sit depositum, eatenus eum teneri; apud quem tu deposueris, ut actiones suas tibi praestet.”*⁷⁰

⁶⁸ PANERO GUTIÉRREZ, R. “El tratamiento del depósito en Ulpiano, Libro XXX ad Edictum” p. 1 (Revista General de Derecho Romano. Iustel).

⁶⁹ El Código Civil español no recoge expresamente la prohibición de subdepositar, mientras que otros cuerpos legales en cambio, sí lo hacen.

⁷⁰ AFRICANO en Digesta. 16, 3, 16 libro VII.

En el texto hay un doble depósito: un depósito y un depósito endosado; y el problema, es que; si el que recibió la cosa en depósito y no ha incurrido en dolo, no la deja de devolver por dolo, sino que, por necesidad, la depositó en poder de otra persona, y si ésta última incurrió en dolo puede quedar obligado.

La contestación es que el depositario no es responsable del dolo del subdepositario, sino que únicamente debe de ceder sus acciones.

es probable que la solución corresponda a un comentario de la fórmula *in ius*, en cuyo *quidquid...* podría comprenderse muy bien la cesión de acciones ya que en los juicios de buena fe el juez puede decir al depositario que no puede condenarle por no haber cometido dolo, pero que puede hacerlo si va contra la buena fe al no querer ceder acción contra el subdepositario.

Si nos imaginásemos la cuestión dentro de la disyuntiva de la fórmula *in factum* por ser de derecho estricto, no cabe más que condenar o absolver, y como en el texto se da otra solución estamos en el comentario de la fórmula *in ius*.

- 2) Por otro lado, el subdepósito es ilícito, y el subdepositario vulnera el contrato subordinado; el depositario responde frente al deponente, pero responde del hecho propio (el haber realizado el subdepósito con dolo o culpa grave). No puede liberarse pasando al deponente las acciones que puede instituir contra el subdepositario, debe soportar la *actio depositi* propuesta por el deponente y soportar las consecuencias de su inobservancia, salvo revelarse a la vez contra el subdepositario.⁷¹

6.2. Obligaciones eventuales del depositante

CASTÁN nos da un enfoque muy directo a las obligaciones que tiene el depositante y es que son 2:

- Obligación de reembolsar al depositario los gastos que haya hecho para la conservación de la cosa depositada.
- Indemnización de perjuicios.⁷²

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, lo explica así “el depositante debe resarcir al depositario de los gastos necesarios que haya hecho para la conservación de la cosa y también indemnizarle de todos los perjuicios que se le hayan seguido del depósito”.⁷³

⁷¹ HERRERA BRAVO., o.c., p.p. 322-323

⁷² Y Castán añade otra obligación que en el derecho romano no existiría que es la de “pagar la retribución si la hubiera”, y es que en el depósito romano, el contrato era gratuito. CASTÁN, o.c., p.666.

⁷³ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, o.c. p. 639.

En el Derecho justinianeo el depositario no podrá por ello retenerla mientras no se le abonen dichos gastos. En el Derecho clásico sí parece haberse admitido la retención como modo de forzar al depositante el resarcimiento.

Marcamos en la naturaleza del depósito, que éste se ubicaba en la línea de los designados bilaterales imperfectos, en los que, junto a una obligación principal, no puede faltar una obligación eventual para el otro contratante, aunque desde la perspectiva práctica y de las relaciones recíprocas de las dos obligaciones, no se pueden considerar a tales contratos como bilaterales.

Las obligaciones del depositante, que como va a poder ver, son simplemente accidentales, ya que no derivan de la naturaleza del contrato, pero corresponden a circunstancias extrínsecas, que en algunos supuestos pueden faltar. Con lo que las obligaciones de esta parte del contrato se reducen a lo siguiente:

1. El depositante tiene que reembolsar al depositario los gastos necesarios que hayan surgido en el objeto del contrato, hechos por éste en la cosa, es decir, los gastos que de otro modo lógicamente tendría que haber soportado.

Coll. 10, 2, 5 = D. 16, 3, 23.

“Actione depositi conventus servo constituto cibariorum nomine apud eundem iudicem utiliter experitur”.

“Un ejemplo de los gastos necesarios puede ser: el costo de mantener al esclavo o al animal depositado (Coll. 10, 2, 5; Dig. 16, 3, 23), o por ejemplo los gastos para su tratamiento en caso de enfermedad, o para su readquisición en caso de fuga, etc.”

Ejemplo de los gastos que evidentemente tiene que desembolsar el depositante: gastos de transporte, en el caso de que el depositante decidiese la restitución, o había pactado la restitución, el artículo a un lugar distinto del lugar donde se encuentra (Dig. 16, 3, 12): si el depositario anticipa tales gastos, tendrá derecho al reembolso.⁷⁴

D. 16, 3, 12.

“Si en Asia depositum fuerit, ut Romae reddatur, videtur id actum, ut non impensa eius id fiat, apud quem depositum sit, sed ius, qui deposuit. Depositum eo loco restituí debet, in quo sine dolo malo eius est, apud quim depositum est; ubi vero depositum est, nihil enterest. Eadem dicenda sunt communiter et in ómnibus bonae fidei iudiciis. Sed dicendum est, si velit actor

⁷⁴ D, 16, 3, 5. Pr. “Mediante la acción de depósito contrario, dada a favor del depositario... no se demanda al depositante por haber faltado a la lealtad, sino para indemnizar al depositario”.

suis impensis suoque periculo perferri rem Romam, ut audiendus sit, quoniam et in ad exhibendum actione id servatur”.

No hay duda del reembolso de los gastos necesarios y de cualquier daño causado al depositario a consecuencia del depósito⁷⁵, pero tenemos que ver qué ocurre con los gastos voluntarios, pues el deponente no responde, ahora bien, el inconveniente se ha ideado para gastos útiles. A este respecto el ejemplo más manifiesto, consiste en que el depositario haya instruido el esclavo depositado en algún arte.

Las fuentes no dan una solución con relación a esta cuestión, el silencio es absoluto, el depositario debe de limitarse a la custodia de la cosa, y no puede obligar al deponente a que pague unos gastos que nunca habría hecho.

Muchos escritores opinan que el depositante está obligado a pagar sobre la base del principio de enriquecimiento indebido y en menor medida entre lo gastado y lo mejorado; otros en cambio, están a favor de la opinión negativa de que nadie puede obligar a otros a comprar lo que no quieren.

Nos parece que el concepto de enriquecimiento injusto no opera tanto dentro del contrato, sino, en cierto sentido es aplicable a los gastos voluntarios.

Cualquier gasto, siempre y cuando no sea voluntario, porque está vinculado por un vínculo causal y de oportunidad con la preservación del depósito, puede ser exigido por el depositario.

2. En segundo lugar, “el deponente debe ceder al depositario, si se encuentra condenado por la *actio depositi* y había pagado la *Litis aestimatio*, las eventuales razones que, relativas a la cosa, había gastado o ejercitado contra terceros” (D. 42, 1, 12).

En el derecho clásico, el depositario por los gastos y daños podía valerse de la *retentio* y de la compensación, opuesta en el juicio de depósito, intentado por el deponente.

De forma que el depositario no podía apelar por el resarcimiento de los gastos y el reembolso de los mismos, así como el resarcimiento del daño, a una acción contra el deponente (*actio depositi contraria*), unicamente cuando los remedios reseñados con anterioridad no le podían ayudar; así, por ejemplo, en el supuesto de que la cosa se perdiese sin su dolo, si se quería el reembolso antes del momento de la restitución, si los gastos y daños superaban el valor de la cosa.

Justiniano, por el contrario, concibe la problemática desde otro punto de vista y ha compelido al depositario, el derecho a ejercitar la *retentio* y de oponer la compensación, por lo cual lo reenvía a hacer valer sus razonamientos de crédito en juicio separado.

⁷⁵ SERAFINI, o.c., p. 152

En el Digesto Justiniano, no encontramos más medio de defensa, que la exposición del depositario a través del *Iudicium contrarium* (D. 16, 3, 5).

3. Y, por último, el deponente debe subsanar al depositario los daños causados por la cosa, daños proporcionados por el hecho de estar depositados en manos del accipiente. Partiendo de que el criterio de la *utilitas contrahentium* es el que fija la responsabilidad, es decir, su medida o valoración, y especialmente el que explica la responsabilidad diversa del deponente. La cuestión está en demarcar el tipo de responsabilidad a la luz del texto:

D. 47, 2, 62 (61), 5.⁷⁶

“Quod vero ad mandati actionem attinet, dubitare se ait, num aequè dicendum sit omni modo damnum praestari debere, et quidem hoc amplius quam in superioribus causis servandum, ut, esse, nihilo minus tamen damnum decidere cogatur justissime enim procuratorem allegare non fuisse se id damnum passurum, si apparere cuiquam plus damni per servum evenire, quam quanti quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi caus suscepit, damnosum esse et sicut in superioribus contractibus, venditione lectione pignore, doli eius, qui sciens reticuerit, puniendum esse dictum sit, ita in his culpam eorum, quorum caus acontrahatur, ipsis potius damnosam esse debere, nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit, et similiter eius qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret”.

Tenemos que deducir del anterior texto que el deponente responde sin culpa, es un planteamiento inadmisibles. A tal propósito, la doctrina común dice que el deponente fundamentado en la ventaja del contrato responde no solamente por dolo sino también por culpa (culpa levis).”

Esta última afirmación por otro lado pertenece a la tesis justiniana, y no parece muy concorde a la luz del pensamiento de la jurisprudencia clásica, pues al depositario se le hace responsable de todo el daño imputable por culpa).

Vamos a analizar más detenidamente el texto:

Para empezar, de la primera parte de este fragmento, se entiende que Juliano, en el caso del esclavo, objeto del mandato o del depósito, el cual hubiese hurtado al mandatario o al depositario, era posible creer responsable al mandante o depositante⁷⁷, aunque se desconociese que el esclavo tenía el vicio de robar. Ya que Juliano no limita la responsabilidad a la hipótesis de que la

⁷⁶ D. 47, 2, 61, 5 donde se afirma, en referencia al depósito y al mandato, de forma taxativa: “es justo que no resulte dañosa a nadie una obligación que ha asumido, no por su propia utilidad, sino por la de aquél con el que contrató”.

⁷⁷ Fernández de Buján expone varios textos en los que se ve claramente las obligaciones que puede tener el depositante en un momento determinado: D. 16, 3, 5, pr.; D. 47, 2, 61, 5; Y el artículo 1779 del Código Civil. FERNÁNDEZ DE BUJÁN o.c., p. 639.

ignorancia del deponente fuese debida a defecto de diligencia en el cerciorarse sobre las cualidades morales del esclavo, aunque es mejor advertir que se concede cuando la ignorancia sea inculpable o excusable.⁷⁸

En segundo lugar, con respecto a la segunda parte del fragmento, se cree que el deponente ignorante debe de considerarse en culpa. Añadiendo que una simple presunción la puede realizar un legislador, pero no un jurista que debe decidir según la realidad de las cosas, la cual enseña y muestra que la ignorancia bien puede ser inculpable.⁷⁹

6.3. Acciones de las partes del contrato.

Para empezar, tenemos que indicar que el contrato de depósito en el Derecho Clásico, no estaba defendido como contrato en el Ius Civile. Era el pretor el que otorgaba una *actio in factum*, a favor de quien había confiado a otro la guarda de otra cosa.⁸⁰ Después se concede ya una *actio in ius ex fide bona*.

En el Derecho justiniano hacen del depósito dos acciones: la *actio depositi directa*, a favor del depositante, y la *actio depositi contraria*, a favor del depositario. Ambas de buena fe e infamante la primera, como vamos a ver más detalladamente a continuación.

La fórmula procesal de la *actio (ex fide bona) depositi directa* es la siguiente:

“Puesto que Aulo Agerio depositó a Numerio Negidio una mesa de plata, sobre lo que se litiga, todo lo que resulte por esa causa Numerio Negidio debe dar o hacer a Aulo Agerio según la buena fe, tú, juez, condena a Numerio Negidio a favor de Aulo Agerio, si no resulta ser así, absuélvele “.

La fórmula procesal de la *actio (ex bona fide) depositi contraria* es la siguiente:

“Puesto que Numerio Negidio depositó a Aulo Agerio una mesa de plata, sobre lo que se litida, todo lo que resulte por esa causa Numerio Negidio debe dar o hacer a Aulo Agerio según la buena fe, tú, juez condena a Numerio Negidio a favor de Aulo Agerio, si no resulta ser así, absuélvele.”⁸¹

La doctrina dominante hasta hace muy poco, concebía a las *acciones contraria* en íntima relación y conexión con la naturaleza de buena fe, de la relación contractual.⁸²

⁷⁸ LONGO, o.c., p.53.

⁷⁹HERRERA BRAVO, o.c., p.371.

⁸⁰ La *actio depositi in ius* apareció según algunos autores, en la época del segundo triunvirato. Otros autores se inclinan por una aparición más moderna, por ej. LONGO., o.c., p.4.

⁸¹ BETANCOURT, o.c., p. 631

⁸² En torno al siglo I, el depósito es tipificado como un contrato de Derecho civil, en el marco de los contratos de buena fe, del que derivan las correspondientes *acciones bonae fidei*.

Así partiendo de una concepción *in ius*, el paso de la *actio directa* a la *contraria* sería muy simple, bastando cambiar los nombres de las partes en la *intentio*, los cuales se encuentran en la *demonstratio*.

Pero ahora las opiniones doctrinales se han modificado, y creen que la fórmula contraria es *in factum*. Este planteamiento *in factum* de la fórmula contraria se deduce indirectamente del elenco de *bonae fidei iudicia* contenidos en Gayo 4, 62. Pues el texto en cuestión es bastante exhaustivo, además la fórmula *in ius ex fide bona* contempla únicamente la prestación del depositante, deduciéndose que la fórmula contraria debía ser *in factum*.⁸³

La existencia de una *actio in factum contraria* para el depósito, lo demuestra D. 16, 3, 5, además de que esta *actio contraria* existía en el edicto. Hay un texto de Ulpiano donde se expone lo anteriormente explicado:

D. 16, 3, 5.

“Ei, apud quem depositum esse dicitur, contrarium iudicium depositi datur...”

HERRERA BRAVO explica que “en relación a la época en que fue introducida la *actio contraria*, existen una serie de elementos no suficientes y escasos, que no nos pueden llevar a resultados muy satisfactorios, solamente considera que antes de la fórmula *in ius* existía la fórmula *in factum*, también para el *iudicium contrarium*,” y es normal que pensemos en relación a su introducción, un poco posterior a la *actio directa*, ya que uno de los supuestos en donde se sentía con más necesidad la *actio contraria*, era en éste del depósito.⁸⁴

7. FIGURAS ESPECIALES DEL DEPOSITO

7.1. Depósito necesario

Como nos explica resumidamente FERNÁNDEZ DE BUJÁN, “el depósito necesario o miserable, es aquel que se verifica con ocasión de una calamidad que implica un peligro

⁸³ “Las primeras noticias del depósito se remontan al Código de las XII Tablas, en el que se prevé y sanciona, como un delito, el comportamiento del depositario infiel” FERNANDEZ DE BUJÁN, o.c., p. 639.

⁸⁴ HERRERA BRAVO, o.c., p.p. 367- 368

inminente para las cosas, no pudiendo el depositante, por la urgencia que acarrea esta situación, poder elegir la persona del depositario.”⁸⁵

Presenta este depósito la particularidad de que, si el depositario es condenado por negarse a devolver lo depositado, la condena es *in duplum*.⁸⁶

7.1.1 Origen

La figura del depósito necesario penetra en el mundo jurídico, por una serie de razones sociales, económicas, psicológicas e históricas.

A continuación, esas mismas razones se sistematizan en marcos institucionales, todo ello fruto del proceso que dentro del derecho romano va desde la casuística hacia el marco institucional.

Son dos los componentes que nos pueden dar una pequeña idea, de las etapas que determinan esta figura. El primer factor viene marcado por una situación externa alejada de la relación, pero que pone en marcha los resortes de la necesidad de protección y por consiguiente la guarda y custodia.

Es la aparición de un agente externo que trastorna la seguridad de la relación entre el objeto y el sujeto. Antes ya se vio la función de la amistad, y del intercambio contractual, como primer determinante del depósito, donde la voluntad operaba libremente. En la situación contemplada, la voluntad queda condicionada por un agente externo, o sea una catástrofe, inundación, guerra...

Es el momento donde factores, privados de voluntad, completamente inanimados originan consecuencias jurídicas. La casuística romana que logró relegar a un plano distinto estos problemas, los contempla e incluso les otorga una prioridad absoluta en los mecanismos de protección.

7.1.2. Consecuencias

Por tanto, las primeras consecuencias sobre el origen de la institución, las debemos analizar en orden al reconocimiento de causas bélicas, guerreras o catastróficas, que operan como resortes fundamentales para un preciso y determinante depósito. Es la presencia de ese factor externo, lo que mueve al sujeto depositante a transmitir la *res*, pues ante la movilidad de las situaciones, pueden extraviar su propiedad y por tanto puede verse desprendido de ella.

El sujeto depositante se mueve en un círculo muy pequeño de opciones, su ámbito de desenvolvimiento jurídico es mínimo y sus posibilidades de aceptación o de rechazo del sujeto depositario son mínimas.

⁸⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, o.c., p. 639

⁸⁶ Sin que para ello sea menester que el demandado niegue fraudulentamente que se hiciera el depósito.

Aquí entramos en la segunda especialidad de la figura, pues el sujeto depositario es en ocasiones persona ajena al depositante, la situación no nace por una relación de amistad o por la existencia de un vínculo de fidelidad, como ocurría en el depósito ordinario, sino por la necesidad de protección de la *res* o del objeto del depósito. De ahí que un punto fundamental a la hora de estudiar esta figura, es la ruptura del *principio de fidelidad*. Pues dos componentes básicos en la formación del depósito: *fidelitas* y *amiticia*, se quiebran de forma que la única posibilidad de aseveración y de voluntariedad que se puede dar en esta relación, es la simple *vecinitas*.

Por ello creemos que un segundo factor dominante que condiciona la institución lo constituye el *principio de defensa y de protección de la propiedad*.

7.1.3. Características.

Para resumir, podemos decir que el depósito necesario es aquel que se produce en situaciones de extrema urgencia o necesidad (*tummultus incendii ruinae naufragii causa*), ante una catástrofe o a causa de un siniestro.⁸⁷ El depositante se ve forzado a realizar tal depósito provocado por una imperiosa necesidad y ha de confiar en un extraño para salvar el objeto o cosa depositada, es decir, sin libertad para elegir al depositario.

En esta figura, el pretor agrava la responsabilidad del depositario para obligar a devolver lo recibido, ya que no tiene relación de confianza con el depositante miserable.

El pretor otorgaba una *actio in duplum*, que parecía resucitar la condena *in duplum* de las XII Tablas contra el depositario infiel.

En el derecho justiniano se admite el *duplum* cuando el depositario niegue fraudulentamente haber recibido la cosa en depósito.⁸⁸

En el momento y en la forma, que el objeto, se desprende del campo jurídico del depositante, las características y naturaleza de lo que se guarda o custodia en la relación con el depositario, difiere en gran medida en lo establecido con respecto al sujeto depositario en el supuesto ordinario. Se puede afirmar que la figura del depositario se envuelve en una mayor y absoluta responsabilidad en cuanto a sus actuaciones, pues al hacerse en el depósito en base a unas necesidades de urgencia, el depositario es menos observado que el depositante y por tanto es agravada su responsabilidad.

La locución *depositum necessarium o miserabile*, es extraña a las fuentes y propia y más cercana a los intérpretes. Esta terminología no la hallaremos en ningún texto, de ahí que los textos que teníamos cualifican invariablemente la enumeración de los casos en que

⁸⁷ "El código civil ha ampliado el concepto romano, son depósitos necesarios: el que se hace en cumplimiento de una obligación legal, el que se realiza en ocasión de alguna calamidad, el de los efectos introducidos por los viajeros en fondas y mesones." SERAFINI, o.c., p. 153

⁸⁸ FUENTESECA, o.c., p. 256.

ésta se verifica: *tumultus, incendii, ruinae, naufragi causa*. La enumeración de estos casos es señalada en el Edicto.

O sea, estamos en presencia de un depósito, que es realizado en singulares circunstancias, tales, que exige al deponente la salvación de la cosa confiándola a la custodia de un tercero, sin la posibilidad de una prudente elección de la persona del depositario.⁸⁹

Se contemplan tres supuestos en el Digesto⁹⁰:

- 1) D. 16, 3, 1, 1 (Ulpiano 30 ed.): “Dice el pretor: por lo que haya sido depositado sino es por causa de tumulto, incendio, derrumbamiento o naufragio, daré acción al simple; pero si es por alguna de estas causas arriba mencionadas, daré acción al doble contra el mismo depositario, y contra su heredero, por lo que se denuncia que hizo con dolo malo (...)”.

- 2) D. 16, 3, 1, 2: “El pretor separó con razón estas causas de depósito, que contienen una causa fortuita de depósito que depende de la necesidad y no de la voluntad”.

- 3) D. 16, 3, 1, 3 “Se ha de entender que deposita por tumulto, incendio o las demás causas, el que no tiene otra causa para depositar pues que el peligro inminente de las cosas mencionadas”.⁹¹

De la lectura de estos textos de Ulpiano (D. 16, 3, 1, /2-4), se pone de manifiesto la particular repugnancia que en nuestro caso conlleva la eventual infidelidad del depositario y el interés que en pos del orden público se ha de evitar en las circunstancias enumeradas anteriormente, pues estas circunstancias muy conectadas con la confusión y con el pánico puede generar que individuos se aprovechen del desorden y se comporten deshonestamente llegando al punto de una elección precipitada del depositario, con fatales consecuencias.⁹²

⁸⁹ HERERA BRAVO., o.c., p.383.

⁹⁰ En el Código civil “se considera también necesario cuando se hace por cumplimiento de una obligación legar (artículo 1781.1º.) o por los efectos introducidos por los viajeros en las fondas o mesones (artículo 1783 Código Civil)” FERNÁNDEZ DE BUJÁN, o.c., p. 640.

⁹¹ OLIVER SOLA, o.c. p. 1. (Iustel)

⁹² HERRERA BRAVO., o.c., p. 383.

7.2. Depósito irregular

7.2.1. Terminología.

El término *depósito irregular*, encuentra sus orígenes terminológicos en los juristas del siglo XV, encuentra sus raíces y base en los supuestos de naturaleza comercial y en las actividades bancarias.

En la vida comercial antigua y moderna, nace el supuesto de una relación por la cual se depositan en manos de un banquero, dinero o títulos, para que sean guardados; pero con la potestad conferida al banquero de usar y de devolver el equivalente.

7.2.2. Conexión estructural: del depósito irregular al depósito ordinario.

Las partes no quieren hacer un verdadero préstamo o mutuo, o un puro y riguroso depósito, sino más bien un contrato que tiene características de una y otra cosa, y se llama depósito irregular.⁹³

En los distintos contratos reales, la *datio rei*, surge dentro del esquema jurídico con distintos valores. Esta puede actuar como un verdadero pasaje de la propiedad, o transmitiendo solamente la posesión de la cosa, o por el contrario la detentación como ocurre en el supuesto de depósito ordinario.

En esta figura especial de depósito, la *datio rei*, no produce las mismas consecuencias que en el depósito ordinario. En el depósito irregular, la *datio rei* radica en una verdadera y propia entrega de propiedad de cosas fungibles (aunque conviene poner de relieve que en las fuentes se hable siempre de dinero. Es probable que esto derive de una razón histórica, y sobre todo el hecho, apuntado anteriormente, de que surgiese como un depósito entre banqueros).

En definitiva, el distinto valor que asume la *datio rei*, como la reposición es un esencial para explicar las diferencias que en orden a la naturaleza de la institución se produce.

Podemos proponer una serie de observaciones *ab initio*:

- 1) El nombre irregular atribuido a esta figura de negocio jurídico, está en relación, a que éste se encuentra ubicado, bajo todos los puntos de vista especiales en confrontación al depósito típico.

⁹³ Un ejemplo de depósito irregular es aquel que sucede, por ejemplo, cuando habiendo depositado dinero, ha contado solamente la cantidad, sin entregarlo en paquete cerrado o sellado. En este caso el objeto que se deposita es únicamente la cantidad, no cada una de las monedas.

- 2) Se trata de un depósito, que, al contrario, del ordinario, implica la transmisión de la propiedad del objeto, con la obligación de restitución del *tantundem*⁹⁴, y no de la misma cosa recibida; implicando además la facultad de uso por parte del depositario. Se trata de un depósito no necesariamente gratuito, pues puede ser pactado la prestación de usura.
- 3) Este negocio jurídico, en relación con el mecanismo de responsabilidad, en conexión con el depositario, no viene regulada; esta como en los supuestos del depósito ordinario, aplicándose las reglas generales del deudor.⁹⁵

Se da cuando las parte en uso de su libertad expresan la utilización de la cosa depositada y el depositante autoriza al depositario para hacer uso del objeto depositado (se producía generalmente en el depósito de dinero).

Con presencia en las operaciones bancarias llevadas a cabo en el *receptum argentari* de los negocios lucrativos de guardar y prestar dinero. Se produce en esta figura una alteración y evolución hacia la obligación de custodia.

Sin embargo, no toda obligación de depósito de dinero se puede utilizar, ya que el entregado en una bolsa cerrada y sellada, no se puede usar ya que pudiera ser demandado por *furtum usus*.

Esta clase de depósito llamado irregular, fue aceptado como variante de la jurisprudencia romana, pero en esta modalidad de depósito debe quedar claro por parte del depositante la autorización para hacer uso del dinero depositado.⁹⁶

Resumiendo, hay que decir sobre el depósito irregular, que se trataba de un depósito en el que el objeto depositado era una cantidad de dinero y se autorizaba al depositario para usar de la misma y devolverla.

Los juristas clásicos juzgaron de distinto modo esta forma irregular de depósito (*depositum irregulare* no es la expresión clásica), pues el adjetivo correspondiente a *irregular*, adjunto al depósito, no se encuentra en las fuentes romano-clásicas y su origen logramos hallarlo en la época intermedia.

Ahora bien, es verdad que las fuentes justinianas desconocían dicha terminología, pero también es igualmente viable atribuirle al derecho justiniano, en cuanto las fuentes bizantinas que lo expresan mejor, usan adjetivos cercanos a la palabra depósito, indicando la presencia del *depósito irregular*, instituto que debe ser retenido parcialmente como diverso del depósito.

⁹⁴ "Entre los romanos era frecuente el uso de depósitos junto a los banqueros, quienes se obligaban a restituir, todo o parte de la suma depositada al mismo deponente o a una tercera persona indicada por él. Éste es precisamente el origen histórico de los cheques". SERAFINI, o.c., p. 154.

⁹⁵ HERRERA BRAVO, o.c., p.p. 393-394

⁹⁶ OLIVER SOLA, o.c. p. 1. (Iustel)

De hecho, ESTEFANO usa la terminología “*depositum impurum*”, tal frase es insertada por Estefano en su comentario D. 16, 3, 26, 1 relativo a un depósito de dinero.⁹⁷

Para algunos se trataba de un mutuo y se pediría la devolución mediante la *actio certae creditae pecuniae*; para otros podría ser utilizada la *actio depositi*, idea ésta que debió de imponerse decididamente en el Derecho justiniano.

El permitir la posibilidad de un depósito de dinero como negocio diferente del mutuo, respondía a la exigencia lógica de respeto a la voluntad del que entrega a otro una cantidad con la primordial intención de colocarla bajo su custodia más bien que hacerle un préstamo, aunque le permita disponer de dicha cantidad.⁹⁸

7.3. El secuestro

7.3.1. Exclusión clásica del secuestro convencional de la categoría de contratos reales.

El secuestro es junto al depósito irregular, y a semejanza de éste, uno de los institutos que, en su configuración justiniana, son fruto del declive de la tipicidad negocial.

En el derecho romano clásico, el secuestro convencional, es introducido con un objetivo especialmente procesal, no es creador de una *obligatio* y es protegido por una mera *actio in factum*. Tal acción es diversa y distinta de la *actio depositi* (sea *in factum* o *in ius*) y toma el nombre de *Actio Sequestrataria*.

A la inversa, en el derecho justiniano procede de un caso particular de depósito, dando lugar a la *sequestrataria (depositi) actio*. De ahí que la doctrina contemporánea no esté privada de una serie de ambigüedades, pues de un lado diferencia depósito de secuestro, y de otro acaba por consentir que éste último fuese una figura de depósito.

7.3.2. Concepto

Es el consistente en un depósito hecho por dos o más personas en manos de un tercero (*squester*)⁹⁹ que se obligaba a devolver la cosa recibida cuando se produjese una circunstancia prevista, es decir, de acuerdo con la consecuencia o resolución previamente impuesta como acreedor de la misma. El beneficiario concreto y determinado de tal devolución lo será si se cumplen las condiciones previamente fijadas.

⁹⁷ HERRERA BRAVO, o.c., p. 395

⁹⁸ FUENTESECA, o.c., p. 256.

⁹⁹ D. 50, 116, 110 “se denomina sequestratario a aquél en cuyas manos se ha depositado una cosa sobre la que hay controversia”

El supuesto en cuestión requiere la presencia de dos o más sujetos¹⁰⁰ como se ha dicho anteriormente, entre los cuales concurre una oposición de intereses, o una controversia, respecto a una determinada cosa litigiosa, sustrayéndola a la disponibilidad de cada uno de ellos, encomendándola a un tercero de común elección y fe, el cual se obliga a restituirla a aquel que fuese reconocido vencedor en el *Litis*.¹⁰¹

En cuanto a los sujetos, en el derecho romano clásico el *sequester* es el sujeto al cual dos o más personas, confían la cosa en torno a lo cual están conteniendo o litigando. Si observamos el texto de Modestino:

D. 50, 16, 110.

“Sequester dicitur, apud quem plures eadem rem de qua controversia est deposuerunt: dictus ab eo, quod ocurrenti aut quasi sequenti eos qui contendunt committitur”.

Con este texto entiende el autor por elementos estructurales del secuestro:

- a) Una pluralidad de sujetos, que confían la misma cosa a otra persona
- b) Una cosa que es objeto de controversia entre los primeros.

Otro texto de Florentino D. 16, 3, 17 dice lo siguiente:

“Licet deponere tam plures, quam unus possunt attamen apud sequestrem non nisi plures deponere possunt, nam tum id fit, quum aliqua res in controversiam deducitur; itaque hoc casu in solifum junusquisque videtur deposuisse, quod aliter est, quum rem communem plures deponunt.

Rei depositae proprietates apud deponentem manet, sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est, nam tum demum sequester possidet: id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat”.

Este texto nos enseña las diferencias entre el depósito ordinario y el secuestro: el depósito puede ser realizado por uno o varios sujetos; y el secuestro por una pluralidad de sujetos y esto porque éste último se realiza cuando la *res in controversiam diducitur*. En el secuestro cada uno de los sujetos *in solidum* confía la cosa al secuestrario, entendiéndose por *in solidum*, pues los intereses singulares afectan a la cosa por entero, diversamente del sentido cuando varios sujetos de un contrato de depósito: *rem communem deponunt*.

¹⁰⁰ “Cuando existen varios depositarios o varios herederos del depositario, cada uno de ellos responde de su propia culpa respecto de todo el depósito.” SERAFINI, o.c., p. 152.

¹⁰¹ HERRERA BRAVO., o.c., p. 424

En el depósito no solo la propiedad, sino también la posesión, subsisten en el depositante, mientras que en el secuestro pasa la posesión al secuestratario, ello con el objetivo y fin, de que no transcurra para alguno de los contrayentes el tiempo útil para la usucapión, con relación a la cosa objeto de la controversia.

Esta modalidad la extraemos de D. 16, 3, 6 (“*quod a pluribus in solidum certa condicione custodiendum reddendumque traditur*”) de un texto que está tomado del libro II de “Comentarios al edicto de Paulo”: propiamente se deposita en secuestro lo que se entrega solidariamente por muchos para ser custodiado y devuelto con una disposición particular.

Hay una característica fundamental en este tipo especial de depósito (el secuestro): y es que, así como en el depósito ordinario no se transmitía la posesión, sino que se trataba de una *possessio naturalis* (detentación); en esta modalidad de depósito, el secuestratario (el depositario) está protegido por el Pretor como un poseedor interdictal y puede solicitar su amparo procesal a través de los interdictos de retener o recuperar la posesión.

De hecho, el secuestratario disfrutaba, a diferencia de los demás casos de depósito, de la protección posesoria de la cosa. El derecho a la devolución de ésta se hacía cierto mediante una acción especial, *actio depositi sequestraria*.

Hay que reseñar, que el secuestratario no toma la obligación de reponer la cosa a quien le ha entregado (como ocurre en el depósito) ya que ésta, terminada la *Litis* podrá ser asignada a persona distinta. Y contra el secuestrario el Pretor otorga una *actio in factum* especial a la que se denomina *actio sequestrataria*. Aparece esta denominación en Ulpiano (D. 4, 3, 9, 3).¹⁰²

El caso más frecuente de secuestro era el del objeto sobre el cual pendiera un proceso, y por el tiempo de duración del litigio.¹⁰³

También hemos de señalar que la devolución no se llevará a cabo a petición de los depositantes, sino solo cuando se cumpla la condición impuesta o si se efectúa y realiza la circunstancia prevista en el contrato.

El secuestro convencional se implanta sin esfuerzo en el modo de pensar romano, se percibe además en la estructura del proceso formulario, en su carácter arbitral y en la verosímil naturaleza contractual de la *Litis contestatio*, en el pacto de las partes sobre la *formulae* y sobre el *iudex privatus*, ya que no es raro que los contendientes pueden convenir el afianzamiento o puesta en disposición de la cosa objeto de litigio a un tercero (el secuestratario), el cual se obliga a exhibirla y a remitirla o entregarla.

¹⁰² OLIVER SOLA, o.c. p. 1. (lustel)

¹⁰³ JÖRS- KUNKEL, o.c., p. 320

7.3.3. Diferencias entre depósito y secuestro.

Como especifica FUENTESECA, “el secuestro tenía caracteres propios que permiten suponer un origen autónomo hasta su incorporación a la noción de depósito.”¹⁰⁴

Así el secuestratario tiene la *possessio ad interdicta* en época clásica; solamente está obligado a restituir cuando se ocasione la circunstancia prevista; por último, debe devolver a la persona que se halla en esa circunstancia convenida (el que haya ganado el litigio).

Igualmente indica la singularidad originaria del secuestro el hecho de que las fuentes (D. 4, 3, 9, 3) aludan a una *sequestraria actio* o *sequestraria depositi actio* (D. 16, 3, 12, 2).

La figura del secuestro obedece a necesidades judiciales en su origen —el secuestrar una cosa en litigio— y se fue asemejando a la figura tradicional del depósito.

Vamos a mencionar diferencias claras:

- a) Como hemos dicho anteriormente en el depósito el depositario asume la obligación de restituir a quien le ha entregado la cosa, como que no ocurre en el caso del secuestratario¹⁰⁵.
- b) Aquí tenemos que hablar sobre el elemento convencional en el secuestro (voluntad concorde de los contrayentes o contendientes de confiar preliminarmente la cosa al secuestratario) es desigual del acuerdo de voluntad del depósito, pues en el caso de pluralidad de depositantes, estos conciben que la cosa venga a ellos restituida por el depositario, mientras que en el secuestro se persiguen una serie de objetivos de matiz procesal.
- c) En relación a la *datio rei*, concurre cierta diversidad, la entrega puede ser realizada por uno de los condominios en el supuesto del depósito común, mientras que en el secuestro la cosa es dada al secuestratario por el poseedor o detentador y la otra parte que acepta el secuestro, se comporta más como un mandante, que como un depositante.

Como resumen podemos decir que, en el secuestro, quien da la cosa no la transmite con la intención de que sea a él necesariamente restituida, sino que se devolverá la cosa a la parte que resulte victoriosa. El secuestro resulta una figura jurídica *per se*, diversa del depósito, de la que sólo guardan unas mínimas notas.¹⁰⁶

Ahora vamos a profundizar en las diferencias, pero sobre todo en el cambio que se produce en la época justiniana:

En primer lugar, decir, que el depositario es un simple detentador, mientras que el *sequestratario*, tiene la posesión de la cosa.

¹⁰⁴ FUENTESECA, o.c., p. 256

¹⁰⁵ “Se deberá restituir la cosa a una persona determinada pasado un cierto tiempo, o a quien resulte de una determinada situación (ejemplo, vencedor de un litigio)” FERNÁNDEZ DE BUJÁN, o.c., p.640

¹⁰⁶ HERRERA BRAVO., o.c., p. 426

De forma que la posición jurídica del secuestrario es la de su reconocimiento de la *possessio ad interdicta*, mientras que el depositario tiene la simple detentación *alieno nomine*. Hay que decir que el secuestrario posee siempre de *iure*, en correlación al objeto del negocio que requiere su plena independencia respecto a los diversos depositantes, o por otro lado éstos son despojados de la posesión en favor de aquel.

Otra diferencia es que el secuestrario puede desligarse en algunos casos concretos, si es acreditado por el pretor del deber asumido frente a las partes. Se reconoce al secuestrario *deponere officium*, antes del tiempo establecido por justos motivos *ex auctoritate praetoris*. Esta situación es inaceptable en el depósito. LONGO cree que, la facultad que tiene el pretor y el poder que tiene de liberar a una de las partes sin el consentimiento de la otra, sea extensible a todos los casos de secuestro.¹⁰⁷

7.3.4. Funciones de la figura de secuestro

- a) Un tipo especial de depósito es el que puede crear un deudor para liberarse de su deber frente a un acreedor en mora, o en todo caso, cuando no localiza a la persona a quien realizar el pago: pago por consignación.

La cantidad debida se encomienda generalmente a un templo (*in aede*) u oficina pública (*in publico*), con lo que la deuda deja, en su caso de seguir originando intereses.

Diocleciano, compara esta consignación al pago, con la consecuencia de que la prenda puede ser requerida, y el acreedor puede reclamar *extra ordinem* contra el depositario (CJ. 4, 32, 19, 4: *actio utilis*).¹⁰⁸

- b) Otra función sería la de que admite impedir la ausencia de la cosa en juicio
- c) Devuelve en base a un planteamiento de inutilidad el ejercicio de la *actio ad exhibendum*
- d) El objeto del secuestro, impide de por sí una serie de actos que podrían ejecutarse por las partes en conflicto. Asimismo, se evita el procedimiento interdicial, concerniente a la determinación preventiva en caso de desacuerdo; también se evade el ejercicio y defensa en torno a la *actio reivindicatoria*.
- e) Con la posesión del secuestrario, y no la simple detentación, y el hecho de que los litigantes consignen la cosa al secuestrario, implica que éstos dimiten a la posesión interina.
- f) Contra el tercero que no exhiba la cosa, se ejercitará la *actio sequestraria*. Pues objeto de la acción es asegurar la futura *exhibitio* de la *res*.

¹⁰⁷ LONGO, o.c., p.85

¹⁰⁸ D'ORS, o.c., p. 514

8. DEPÓSITO EN LUGAR PÚBLICO O DEPÓSITO JUDICIAL

En primer lugar, vamos a definir los depósitos en lugar público o depósitos judiciales¹⁰⁹; tanto los depósitos como las consignaciones judiciales son aquellos que se establecen a disposición de los órganos de la Administración de Justicia en el ámbito de los procesos judiciales.

En concreto, son depósitos judiciales:

1. Los que se forman en cumplimiento de garantías, fianzas, cauciones u otros requerimientos procesales determinados por las leyes.
2. Los que se efectúen como consecuencia de la intervención, aprehensión o incautación de moneda metálica, billetes de banco, cheques bancarios o valores realizables, efectuados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, por Vigilancia Aduanera o cualquier otro funcionario público, colocándose a disposición de la autoridad judicial competente.
3. Cualquier ingreso que se ejecute como consecuencia o aseguramiento del embargo de bienes y el de las cantidades que se encontraren durante la práctica de diligencias judiciales.

Son consignaciones judiciales:

1. Aquéllas que se efectúan en ejecución voluntaria o forzosa de títulos que acarreen aparejada una ejecución.
2. Las que se realicen con finalidad liberatoria por el obligado al pago de una cantidad, o en otros supuestos legalmente establecidos.

Las fuentes jurídicas romanas muestran numerosos testimonios en correlación al uso del depósito, pero en especial al depósito de la cosa o de suma debida *in aede sacra* o *in público*, efectuado espontáneamente o bien por una orden o con la intervención del magistrado.

Según doctrina dominante, el depósito de la cosa debida, no habría asumido en el derecho clásico, alguna especial configuración, y no podría considerarse en la estructura, en los requisitos y en los efectos, distinto del depósito ordinario, sobre todo en particular la jurisprudencia no le habría reconocido la eficacia liberatoria.

Solo en el derecho justiniano se le habría dado especial relevancia al hecho del depósito *–in publico loco–* de la cosa debida, caracterizada por la irrevocabilidad, de forma que el efecto liberatorio, estaría condicionado a que el deudor no retirase la cosa o suma depositada.

¹⁰⁹ En el Código Civil en su artículo 1785 expresa “que el Depósito judicial es aquel que tiene lugar cuando se decreta el embargo o aseguramiento de bienes litigiosos”.

En sentido contrario algunos estudiosos, han intentado demostrar cómo, el depósito público o judicial de la cosa debida, voluntario o efectuado por orden de un magistrado, fuese conocido y usado en la época clásica, y han creído poder afirmar que la jurisprudencia hubiese enunciado par tal modalidad de depósito el principio de irrevocabilidad y de la eficacia liberatoria, el cual se habría conservado en el derecho justiniano sin apreciables modificaciones.¹¹⁰

Fuentes cuantiosas, aunque de las que no podemos obtener unas conclusiones uniformes, nos ponen de manifiesto la difusión *ab antiquo* en Roma, de la práctica del depósito *in aede* o genéricamente *in público*. Estos depósitos son ejecutados bajo un doble objeto, para asegurar la conservación de documentos y actas importantes y con el objeto de oferta real liberatoria de la cosa debida.

En Roma los usos de hacer depósitos en los templos, es un planteamiento que no concede discusión, al lado de una serie de fragmentos del Digesto, concurre también un variado elenco de literatura o jurídica, que nos pone de manifiesto estos comportamientos.

Para demostrar la antigüedad de esta manifestación, tenemos un extracto del Bachides de Plauto:

2.3.306 ss.

*“Nos apud theotimum omne aurum depos i nimus. Qui illic sacerdos es Dianae Ephesiae”.*¹¹¹

9. EL DEPOSITO EN EL CODIGO CIVIL ACTUAL

De acuerdo con nuestro Código civil, puede ser definido el depósito como el acto o contrato por el cual “uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla” (art. 1758).

Se conceptúa como, un contrato principal, real, unilateral o bilateral, gratuito u oneroso (en los contratos onerosos ambas partes tienen que realizar contraprestaciones como es el caso del préstamo simple o del depósito si éste es retribuido. Por el contrario, el gratuito como ya se ha visto anteriormente, es una sola de las partes la que recibe un beneficio patrimonial como es el caso del depósito si no se pacta retribución)¹¹², según los casos,

¹¹⁰ “El derecho antiguo llamaba secuestro al depósito que recaía sobre cosas litigiosas, subdividiéndolo en *convencional* y *judicial*, según tuviera origen en el acuerdo de los litigantes o en la determinación del juez. El Código Civil solo admite el judicial, pues el artículo 1763 habla del convencional como una de las especies del depósito propiamente dicho, y el 1785 del depósito judicial claramente” CASTÁN TOBEÑAS, o.c., p.673.

¹¹¹ HERRERA BRAVO., o.c., p. 445

¹¹² RAMÓN DE VERDA. J y CHAPARRO MATAMOROS. P “*Derecho civil II. Obligaciones y contratos*”, Valencia, 2015, (DIALNET), p. 176

por el que una persona entrega a otra una cosa para que la guarde y la custodie, con la obligación de devolverla a la primera cuando la reclame.

La sentencia de 14 de junio de 1960 declara que “la característica esencial del depósito, es la de la entrega de la cosa, con la finalidad, única y exclusiva, de su guarda, conservación y devolución. Características que desaparecen en cuanto de algún modo aparece aquella efectuada con miras a su posible uso o aprovechamiento, o aun en plan de simple preparación para un futuro contrato, en cuyo supuesto no puede entenderse surgido un contrato de depósito, con su peculiar y exclusiva finalidad, con su autonomía propia, de la que derivan los derechos y obligaciones que le son inherentes y que, en tal caso, no cabe apreciar.”

Algunos autores entienden que, la definición de nuestro Código civil, peca por defecto, ya que no destaca suficientemente la primaria finalidad de custodia. Debería definirse como aquel contrato por cuya virtud una persona entrega a otra de su confianza una cosa, con la sola finalidad de custodiarla hasta que aquella se la reclame. Conforme con esta definición las notas características de este contrato serían:

- 1) El depósito es, principalmente, un contrato de confianza
- 2) La esencia propia del depósito, es la custodia de la cosa
- 3) El depósito no supone nunca traspaso de propiedad, ni siquiera traspaso de uso; el depositario no puede alegar derechos de esta índole frente a la cosa.

9.1. Caracteres

- a) Es un contrato real, que solo se perfecciona por la tradición real o fingida de la cosa depositada, como lo reconoce el art. 1758 de nuestro código al decir que “se constituye el depósito *desde que uno recibe la cosa ajena* con la obligación de guardarla y de restituirla.”
- b) “Es naturalmente *gratuito*, aunque por virtud de pacto puede ser retribuido” (art. 1760 CC).

“Se entiende, que dicho pacto no ha de ser expreso, y que incluso cabe presumir el carácter retribuido del depósito cuando el depositario se dedique profesionalmente a la actividad de custodia” (arg.ex art 1711)¹¹³

- c) Es unilateral o bilateral, según sea gratuito o retribuido. El gratuito es unilateral porque las obligaciones que puedan nacer a cargo del depositante,

¹¹³ DÍEZ SOTO. C.M. “Propuesta para una nueva regulación codificada del depósito”, Valencia, 2017, p. 35

más que del contrato mismo, se derivan de hechos extrínsecos, independientes de él, y no constituyen contrapartida de la obligación del depositario. Pero la estipulación de un precio da al contrato, indudablemente, carácter sinalagmático.

9.2. Clases de depósito.

Posteriormente de definir el depósito en el artículo 1.758, indica nuestro Código Civil, que “el depósito puede constituirse judicial o extrajudicialmente” (art. 1759).¹¹⁴

En cuanto al depósito irregular, lo que persigue el depositante es la custodia del dinero, incluso cuando se transmite su propiedad. “La causa objetiva del depósito irregular, reside en garantizar al depositante que se le restituirá el dinero cuando él lo considere oportuno y mientras tanto no tendrá la carga ni los riesgos de la custodia”¹¹⁵

El depósito extrajudicial, al que el Código llama también “depósito propiamente dicho”, tiene carácter contractual y el código lo subclasifica en depósito voluntario y necesario.

El artículo 1763Cc regula el “secuestro convencional” que es aquel por el que dos personas que se creen con derecho a una cosa, la depositan en poder de un tercero, que hará entrega, en su caso, a la que corresponda.¹¹⁶

En cambio, según el artículo 1781, “es necesario el depósito cuando se hace en cumplimiento de una obligación legal o cuando tiene lugar con ocasión de alguna calamidad como incendio, ruina u otras semejantes. “

Por último, el depósito judicial, al que el Código llama secuestro, “tiene lugar cuando se decreta el embargo o el aseguramiento de bienes litigiosos” (art. 1785).

¹¹⁴ “El depósito judicial se constituye tanto, sobre bienes muebles, como sobre bienes inmuebles, cuando sobre ellos existe una controversia”. Se regula por los artículos 1785-1789 Cc y artículo 2119-2127 Ley Enjuiciamiento civil.

“El depósito extrajudicial, sólo puede constituirse sobre muebles y es necesario o voluntario” artículo 1762 Cc

¹¹⁵ ELIZARI URTASUN.L. “*Contrato de depósito y nuevas formas de garantía. Depósitos a favor de tercero y en interés de tercero*”, Navarra, 2017.

¹¹⁶ DIEZ SOTO, o.c., p. 87.

9.3. Naturaleza del depósito

El Código francés dio al depósito, no solo la consideración de contrato, sino la de acto, fundándose, sin duda, de una parte, en que el secuestro o depósito judicial no tiene naturaleza contractual, y de otra, en que el depósito necesario o miserable tampoco muestra de una manera perfecta la fisonomía del contrato, ya que en él la voluntad de una, y aún de las dos partes, no siempre es perfectamente libre y reflexiva.

Nuestro Código vigente sigue al código francés, como lo confirma la redacción del art. 1758, que, si bien no utiliza el término de acto, no usa tampoco el de contrato, y la estructura general del título XI del libro IV, dividido en tres capítulos, que repetidamente tratan del depósito en general, del depósito propiamente dicho que está definido como contrato por el art. 1760 y del secuestro.

Implica una ficción demasiado violenta dar carácter contractual a todas las formas del depósito. El depósito necesario legal (arts. 1781 y 1782) y menos el secuestro, no son, en realidad, un contrato.

Lo que hay es que las variedades legales y judiciales del depósito deben tener su sede en diversos lugares del Código y de las leyes especiales y de procedimiento, y, por tanto, al tratar el código del depósito dentro de los contratos debía haberse limitado a regular el depósito propiamente dicho, cuya naturaleza contractual no ofrece duda ninguna.

Ahora vamos a analizar en más profundidad el depósito ordinario en el código civil actual.¹¹⁷

Se llama depósito voluntario u ordinario al que es producto de la voluntad espontánea de las partes.

Nuestro Código civil permite dos variedades de él: una, aquella en que se hace la entrega por la voluntad del depositante, y otra, aquella en que se efectúa el depósito por dos o más personas que se creen con derecho a la cosa depositada, en un tercero, que ejecutará la entrega a la que corresponda (art. 1763).

9.4. Elementos personales

Para realizar un contrato de depósito es bastante la capacidad general para contratar y no es necesario que el depositante sea el propietario de la cosa depositada.

¹¹⁷ STS de 29 de octubre de 1966 (RAJ 1966, 5123).

Es decir, no se requiere capacidad especial para el contrato de depósito, ni siquiera hace falta ser propietario de la cosa para constituirlo, como lo demuestra el art. 1771, que regula el depósito de cosa ajena.

De hecho, el Código se limita a disponer que, en los casos de cosas hurtadas, si el depositario llega a descubrir que la cosa es hurtada y quien es el auténtico dueño, debe hacer saber a éste el depósito y si el dueño, a pesar de ello, no requiere la cosa en el término de un mes; el depositario queda libre de toda responsabilidad, devolviendo la cosa depositada a aquel de quien la recibió. Esto también lo regula el artículo 1771.¹¹⁸

Vamos a ver los casos de incapacidad tanto por parte del depositante como del depositario.

1) Caso de deponente capaz y depositario incapaz:

Dice el art 1765 que, “si el depósito ha sido hecho por una persona capaz en otra incapaz, solo tendrá el depositante la acción para reivindicar la cosa depositada mientras exista en poder del depositario, o a que éste le abone la cantidad en que se hubiese enriquecido con la cosa o con el precio.”

Creemos que el propósito de este precepto no es limitar la acción reivindicatoria del depositante, ni tampoco confirmar las adquisiciones que los terceros puedan hacer de la cosa al contratar con el depositario incapaz, sino regular las relaciones entre éste y el depositante.

2) Caso de deponente incapaz y depositario capaz:

“Si una persona capaz de contratar acepta el depósito hecho por una persona incapaz, queda sujeta a todas las obligaciones del depositario, y puede ser obligada a la devolución por el tutor, curador o administrador de la persona que hizo el depósito o por esta misma si llega a tener capacidad” (art. 1764).¹¹⁹

Lo cual es un resultado obligatorio de las reglas generales en materia de capacidad contractual, pues el contrato no será nulo sino anulable y en virtud del artículo 1302 las personas capaces (en este caso, el depositario) no pueden demandar la anulación de los contratos por ellas concluidos con un incapaz. De ahí que el Código diga que la persona capaz “queda sujeta a todas las obligaciones del depositario”.

¹¹⁸ DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. “Sistema de Derecho Civil”, Volumen II. Madrid. 1982, p. 483

¹¹⁹ CASTÁN TOBEÑAS, o.c., p. 655

Se deduce de esta regla que, en conformidad con el carácter de contrato real del depósito, el Código, más bien que para la constitución del mismo, requiere la capacidad para pedir la devolución de la cosa entregada. La referencia que este artículo hace al curador es inexplicable, una vez que la curatela ha desaparecido por completo de nuestro Código civil.

Hay que mencionar la incapacidad sobrevenida del depositante, que se ve a continuación de forma más detallada cuando veamos a quien se debe hacer la restitución de la cosa objeto de depósito.¹²⁰

Pero aquí podemos decir que el artículo 1773 insta que en este caso el depositario tiene que restituir el depósito a los que tengan la administración de los bienes y derechos de aquel.

De lo que no se ha hablado es que sucede cuando la incapacidad sobrevenida la experimenta el depositario, y aquí tenemos que decir que el Código no regula esta suposición, en la que parece claro que el contrato no deja de ser válido y en la que parece también que se puede entender que hay justa causa para poner término al mismo.

Si los representantes legales del depositario acaecido incapaz conocen el hecho del depósito, deberán ellos efectuar la obligación de restitución y asumirán además la obligación de diligente conservación, aunque pueda discutirse si esta obligación es la misma que recae sobre el depositario o si es por el contrario una obligación personal de ellos, de naturaleza extracontractual.¹²¹

9.5. Elementos reales

Nuestro código civil actual, se especifica que “solo pueden ser objeto del contrato de depósito propiamente dicho las cosas muebles” (art.1761), y claro se trata de las corporales, ya que los derechos no son susceptibles de custodia, en sentido material y tangible.¹²²

¹²⁰ Respecto a la incapacidad del depositante el artículo 1764 como hemos dicho anteriormente dice que “si una persona capaz acepta el depósito hecho por otra incapaz, queda sujeta a todas las obligaciones del depositario” y el artículo 1302 del Código Civil, se menciona diciendo “que la vinculación del depositario se explica por la regla general de que una persona capaz no puede anular el contrato, invocando la capacidad de la otra parte”

¹²¹ DIEZ-PICAZO y GULLÓN, o.c. p. 484

¹²² Aunque el código civil especifica que solo pueden ser objeto de depósito las cosas muebles, en cambio, sí que se admite que del secuestro puedan ser objeto las fincas.

Solo pueden ser cosas muebles, ya que el Cc presupone que el depositario ha de custodiar la cosa mediante el ejercicio de un control inmediato, directo y excluyente sobre la cosa.¹²³

Otro elemento esencial es que la cosa sea ajena, aunque cabe hablar de un depósito cuando se custodia, de forma más o menos transitoria, una cosa propia cuya posesión corresponde a un tercero.

La limitación del depósito a solo las cosas muebles, se rige según la estructura especial de este contrato, cuyas reglas tienen como propósito asegurar la restitución de las cosas que serían susceptibles de desaparición.

De hecho, en principio, el depósito recae sobre cosas específicas. Sin embargo, se puede realizar también un depósito de cosas genéricas o fungibles, siempre que éstas sean estimadas en su individualidad. El depositario no puede servirse de ellas, devolviendo otro tanto de la misma especie y calidad y tiene que devolver exactamente las mismas cosas que le fueron entregadas (por ejemplo, depósito numerario).¹²⁴

9.6. Elementos formales

No requiere el depósito ninguna formalidad especial, salvo la de la entrega de la cosa, para que quede perfeccionado el contrato.

“La entrega de la cosa por el depositante es necesaria para la constitución de la situación de depósito, no del contrato como tal; en consecuencia, el cumplimiento de la obligación más característica del depositario (la de custodia), solo será exigible a partir del momento en que se produzca la entrega efectiva de la cosa por parte del depositante, y hasta el momento en que tenga lugar la restitución”.¹²⁵

“Los depósitos que acepten los Notarios de los objetos, valores, documentos y cantidades que sus clientes les confíen, bien como prenda de sus contratos, bien para su custodia, han de consignarse en acta”, conforme al art. 217 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944.

9.7. Efectos

En primer lugar, voy a hacer una introducción sobre las obligaciones en general tanto del depositario como del depositante, y después las analizaremos detenidamente:

¹²³ DIEZ SOTO, o.c. p.33

¹²⁴ DIEZ-PICAZO y GULLÓN, o.c., p. 486

¹²⁵ DIEZ SOTO, o.c., p.39

La causa específica del contrato nos muestra que la principal obligación del depositario es la de guardar o la cosa que se le entregó.¹²⁶ La obligación de guarda y de custodia radica en una obligación de hacer que el depositario toma frente al depositante y reside en la conservación de la cosa, en el sostenimiento de la misma, y en la preservación de la misma de los posibles daños.

El depositario goza de libertad a la hora de llevar a cabo la guarda o custodia. La buena fe (art 1258 CC) exigirá que ante circunstancias implícitas y urgentes pueda el depositario alterar la convención.

“La custodia por sí sola no conlleva ningún deber de administrar la cosa depositada, pero el depositario está obligado a percibir los frutos de la cosa y a custodiarlos.” art. 1770CC.

La obligación de custodia entraña un deber de diligencia y una responsabilidad por las pérdidas y menoscabos, que se rigen por el art 1767. Ello hace responsable al depositario del dolo y de la culpa, pero no del caso fortuito o de la fuerza mayor. Resultado de ello el art 1777, según el cual “el depositario que por fuerza mayor hubiese perdido la cosa depositada y recibido otra en su lugar, está obligado a entregar ésta al depositante”. Por su parte, el art 1769, “en el caso que se le entregara al depositario una cosa sellada y cerrada, le hace responsable si se hubiesen forzado los sellos por su culpa. “

El art 1779¹²⁷ pone a deber del depositante la obligación de reembolsar al depositario los gastos que éste haya hecho para el mantenimiento de la cosa depositada (gastos necesarios) y a indemnizarle de todos los perjuicios que le haya causado el depósito.

No se trata de una obligación seguida a la principal del depositario de guarda de la cosa, sino que es una aplicación del principio general que prohíbe el enriquecimiento a expensas de otro patrimonio.

El depositante está obligado a pagar a depositario la retribución acordada por el servicio de custodia realizado en su favor.

Para exigir al depositante al cumplimiento de sus obligaciones, se confiere al depositario el derecho de retención de las cosas depositadas (art 1780), que, conforme con la naturaleza de este derecho, ha de tener en cuenta como una prolongación de la posesión. El depositario goza, además, de preferencia para el cobro del crédito por los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa depositada. Esta preferencia no la tiene por los gastos que haya hecho para custodiar, por la sencilla razón que estos no son gastos de conservación, sino gastos suyos personales.¹²⁸

A) Obligaciones del depositario:

¹²⁶ Hay que hacer mención a que el depositario solo guarda la cosa, no tiene ni la propiedad ni siquiera la posesión. Pedro de Pablo Contreras nos indica que es la posesión “mera tenencia, un hecho jurídico: un hecho de la vida real al que el ordenamiento anuda determinadas consecuencias jurídicas. DE PABLO CONTRERAS, P, “Curso de Derecho Civil” vol. III. DERECHOS REALES, MADRID, 2004, p. 258.

¹²⁷ Artículo 1779 Cc “El depositante está obligado a reembolsar al depositario los gastos que haya hecho para la conservación de la cosa depositada y a indemnizarle de todos los perjuicios que se le hayan seguido del depósito”.

¹²⁸ DIEZ-PICAZO y GULLÓN, o.c., p.488

Se restringen a la conservar la cosa y la de restituirla.

Conservación y custodia. – “El depositario está obligado a guardar la cosa (art. 1766), sin usarla, respondiendo, si lo hace, de los daños y perjuicios (art. 1767)”.

“La obligación de guarda se reduce esencialmente a dos elementos: el mantenimiento de la cosa en un lugar seguro y la conservación de dicha cosa.”¹²⁹

A día de hoy el fin de seguridad perseguido por las partes, no se puede entender limitado a salvaguardar la integridad física de la cosa, sino a conservar el valor de cambio y el destino económico de la misma, por eso a día de hoy se reduce en asegurar el bien en un lugar seguro y su conservación.¹³⁰

Es cierto, que el Código permite el pacto por el que se consienta al depositario usar de la cosa, siempre que sea expreso y no meramente presunto (arts. 1767 y párrafo segundo del art 1768); pero tal estipulación desnaturaliza el contrato ejecutado, pues “cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo o comodato” (párrafo primero del art. 1768).¹³¹

Restitución:

En primer lugar, dentro de este deber fundamental del depositario, tenemos que examinar a quién ha de hacerse la devolución, qué es lo que hay que restituir y en qué forma, lugar y tiempo ha de tener lugar la restitución.

A quien debe ser hecha la restitución: “la regla general es que el depositario está obligado a restituir la cosa al depositante, o a sus causahabientes, o a la persona que hubiese sido designada en el contrato” (art. 1766).

Pero también nos podemos encontrar con algún caso especial:

- Caso de incapacidad del depositante, sobrevenida con posterioridad al depósito; “cuando el depositante pierde, después de hacer el depósito, su capacidad para

¹²⁹ OZCÁRIZ MARCO, o.c., p. 199

¹³⁰ Se pueden explicar estas dos funciones diciendo que, el concepto de custodia no se reduce a la mera obligación de restituir en definitiva la cosa, sino que consiste en una actividad de vigilancia y de conservación, cuya consecuencia ulterior y necesaria es la restitución de la cosa al propietario.

¹³¹ CASTÁN TOBEÑAS, o.c., p. 660

contratar, no puede devolverse el depósito, sino a los que tengan la administración de sus bienes y derechos” (art. 1773).

- Caso de pertenecer a un tercero la cosa depositada; “el depositario no puede exigir que el depositante pruebe ser propietario de la cosa depositada. Sin embargo, si llega a descubrir que la cosa ha sido hurtada y quien es su verdadero dueño, debe hacer saber a éste el depósito. Si el dueño a pesar de esto, no reclama en el término de un mes, quedará libre de toda responsabilidad el depositario, devolviendo la cosa depositada a aquel de quien la recibió” (art. 1771).
- Caso de pluralidad de depositantes; “cuando sean dos o más los depositantes, si no fueran solidarios, y la cosa admitiere división, no podrá pedir cada uno de ellos más que su parte. Cuando haya solidaridad o la cosa no admita división, regirá lo dispuesto en los arts. 1141 y 1142” (art. 1772), o lo que es igual, podrá cualquiera de los depositantes pedir la restitución de la cosa, y el depositario estará obligado a entregarla”.

Cosa que debe ser restituida: tiene el depositario que restituir¹³² la misma cosa específica que fue depositada, con todos sus productos y accesiones; y debe, además, intereses si el depósito es de dinero, en el caso de que esté constituido en mora o haya aplicado cantidades a usos propios (art. 1770)¹³³.

Pero la regla de restitución de la cosa en especie tiene las siguientes excepciones:

1º. “Si el depositario hubiere perdido la cosa depositada por fuerza mayor y recibido otra en su lugar, solo está obligado a entregar esta al depositante” (art 1777).

2º. “Si el heredero del depositario hubiere vendido de buena fe la cosa que ignoraba ser depositada, sólo está obligado a restituir el precio que hubiese recibido o ceder sus acciones contra el comprador en el caso de que el precio no se le haya pagado” (art. 1778).

- *Forma de la devolución:*

En el caso de que hubiera un pacto en el que se exponga la duración que va a tener el contrato, el cumplimiento de ese término permitirá al depositario a proceder a la restitución.

¹³² El Código civil actúa teniendo en cuenta que el depósito es un contrato real, porque regula la obligación de recibir la cosa por parte del depositario y de restituirla.

¹³³ CASTÁN TOBEÑAS, o.c., p. 663

Y aunque se haya pactado un tiempo determinado, el depositario puede liberarse anticipadamente de la obligación de custodia, alegando motivos suficientes.¹³⁴

“Cuando la cosa depositada se entrega cerrada y sellada, debe restituirla el depositario en la misma forma, y responderá de los daños y perjuicios si hubiese sido cortado el sello o cerradura por su culpa. Se presume la culpa en el depositario, salvo la prueba en contrario.”¹³⁵

En cuanto al valor de lo depositado, cuando la fuerza es imputable al depositario, se estará a la declaración del depositante, a no resultar prueba en contrario” (art. 1769).

- *Lugar:*

“Cuando al hacerse el depósito se designó lugar para la devolución, el depositario debe llevar a él la cosa depositada; pero los gastos que ocasione la traslación serán de cargo del depositante. No habiéndose designado lugar para la devolución, deberá ésta hacerse en el que se halle la cosa depositada, aunque no sea el mismo en que se hizo el depósito, con tal que no haya intervenido malicia del parte del depositario” (art. 1774)

- *Tiempo:*

Debe ser restituida la cosa al depositante cuando éste la reclame, aunque en el contrato se haya fijado un plazo o tiempo fijado para la devolución, esto constituye uno de los perfiles que caracterizan al contrato de depósito¹³⁶ (art 1766 y 1775, párrafo primero), porque se entiende que el plazo esta en este contrato convenido en beneficio del depositante, el cual puede, por consiguiente, renunciar al mismo, algún autor afirma que la convención que descarta la facultad de restitución *ad nutum*, no es depósito, sino préstamo.

Esta regla tiene una excepción y es que judicialmente haya sido embargado el depósito en poder del depositario, o se haya notificado a éste la oposición de un tercero a la restitución o traslación de la cosa depositada (art 1775, párrafo segundo), porque en estas circunstancias la obligación de restituir está subordinada a una orden o resolución de los Tribunales.

¹³⁴ DIEZ SOTO, o.c. p. 70.

¹³⁵ Por ejemplo, si yo tengo determinada cantidad de un bien fungible en cierto lugar, y recibo otra cantidad de igual tipo de bien, cumplo guardándola separada de la mía. Otra cosa es que, a la hora de reintegrar lo depositado, porque me conviene, doy al depositante del montón en que guardo lo que es mío.

¹³⁶ Hay autores que la restitución, la califica de circunstancia esencial, de la que no puede prescindirse. Mientras que, para otros autores, aparte del arraigo histórico de la norma en cuestión, no es una circunstancia esencial en el depósito.

Responsabilidad del depositario por incumplimiento de las obligaciones:

En el código civil español se limita a especificar que la responsabilidad del depositario en cuanto a la guarda y la pérdida de la cosa se regirá por lo dispuesto para las obligaciones en general en el título I del libro IV (art 1766, párrafo segundo), y es que la obligación de custodia entraña un deber de diligencia y una responsabilidad por las pérdidas y menoscabo, ello se recoge en el artículo 1767 del Código Civil. Y esto equivale a imponer al depositario la diligencia que se formule en el contrato o, en su defecto, la correspondiente a un buen padre de familia (art 1104).¹³⁷

Obligaciones del depositante:

Son de carácter eventual, y son:

1. Pago de la retribución convenido, en el caso de haberla
2. Abono de impensas. “El depositante está obligado a reembolsar al depositario los gastos que haya hecho para la conservación de la cosa depositada” (art 1779). No cabe duda que son reembolsables los gastos *necesarios*, pero hay duda en cuanto a los útiles. Manresa cree, que estos últimos no son de abono, Covián y Valverde creen que deben seguir la misma suerte que los necesarios, ya que no se puede dudar que el depositario es un poseedor de buena fe para todos los efectos.
3. Indemnización de perjuicios. El depositante debe indemnizar al depositario de todos los perjuicios que se le hayan seguido del depósito (art 1779).¹³⁸

Garantías del depositario:

El derecho de retención constituye un mecanismo de garantía del depositario para el cobro de las cantidades debidas por el depositante, ya que lo más normal es que no alcancen una cantidad que justifique su reclamación judicial.¹³⁹

“El depositario puede retener en prenda la cosa depositada hasta el completo pago de lo que se le deba por razón del depósito” (art 1780).

No debe ser excluida de este concepto la remuneración convenida.

¹³⁷ DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, o.c., p. 488.

¹³⁸ Fórmula extensa que alcanza no solo los daños ocasionados por los vicios de la cosa depositada, sino todos aquellos que surjan con motivo del depósito.

¹³⁹ DIEZ SOTO, o.c. p. 79

9.8. Extinción

Además de los modos normales, vamos a ver otros:

1. Por la reclamación del depositante.
2. Por la renuncia del depositario. Dispone nuestro código civil, que “el depositario que tenga justos motivos para no conservar el depósito podrá, aun antes del término designado, restituirlo al depositante, y si éste lo resiste, podrá obtener del Juez su consignación” (art. 1776).

Como se trata de una de una facultad excepcional, la interpretación de este precepto ha de ser restringida, y los motivos han de ser reales y serios.

Sobre este asunto tenemos una sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de octubre de 1902, que establece que hay que justificar los motivos, y que o son legítimos aquellos que, conocidos por el interesado al aceptar el cargo, no fueron alegados oportunamente, ni aun siquiera la falta de salud, cuando no se adujo en debido tiempo.

9.9. Depósito irregular

Ya que anteriormente se ha visto el concepto y naturaleza del depósito irregular, en este apartado lo que cabe es hacernos la siguiente pregunta; ¿Subsiste el depósito irregular en nuestro Derecho vigente?¹⁴⁰

Y es que, aunque las legislaciones modernas están discordes en orden a la aceptación de este depósito, pues hay posturas tanto doctrinales como jurisprudenciales que se encuentran divididas; algunos autores van en la línea de la inaplicabilidad del precepto al depósito irregular, y otros en contra, pues para ellos la prohibición solo tendría sentido en cuanto a la especie irregular o traslativa.¹⁴¹

Hay que decir finalmente que en nuestro código español (aunque algún artículo del código civil como es el art 1770, alude al depósito de dinero), parece que no cabe el reconocimiento del depósito irregular, desde el momento que el art.1768 establece que “cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo o comodato”.

Como apunte importante hay que decir, que ya García Goyena, comentando el Proyecto de 1851, declaraba que la Comisión había desterrado el depósito irregular.

¹⁴⁰ El código civil español no admite el depósito irregular desde el momento que el artículo 1768 consigna que, cuando el depositario tiene permiso para usar de la cosa depositada, el contrato de depósito se convierte en préstamo o comodato.

¹⁴¹ OZCÁRIZ MARCO, o.c., p. 243

Como sentencias importantes que apoyan la inexistencia del depósito irregular, tenemos la de 28 de noviembre de 1896 y la de 19 de octubre de 1925, y es que ambas manifiestan que cuando el depósito no es específico, degenera en otros contratos, perdiendo su condición de devolverse las cosas en el momento que sean pedidas.

9.10. Depósito necesario

El Código civil actual, ha aumentado el concepto que se daba de depósito necesario en el mundo romano. Vamos a ver a continuación que constituye a día de hoy el depósito necesario:

El que se hace en cumplimiento de una obligación legal (art. 1781, núm. 1º), que se rige por las disposiciones de la ley que lo establezca, y, en su defecto, por las del depósito voluntario (art. 1782, párrafo primero).

El que tiene lugar con ocasión de alguna calamidad, como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otras semejantes (art 1781, núm. 2º), que se rige por las reglas del depósito voluntario.

“Se reputa también depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones” (art. 1783).

9.11. Secuestro

A diferencia del derecho antiguo, el código civil solo acepta como secuestro el judicial, pues el art. 1763 habla del convencional como una de las especies del depósito propiamente dicho, y el 1785 declara que “el depósito judicial o secuestro tiene lugar cuando se decreta el embargo o el aseguramiento de bienes litigiosos”.

Son reglas especiales del secuestro las siguientes:

a) Que, a diferencia del depósito extrajudicial, “puede tener por objeto así los bienes muebles como los inmuebles” (art 1786). Cuando recae sobre inmuebles tiene una naturaleza muy especial, y más que un depósito, con finalidad estricta de custodia, constituye una administración.¹⁴²

b) El secuestro solo puede extinguirse:

- “Cuando termina la controversia que lo motivó
- Cuando lo ordenare el Juez por consentir en ello todos los interesados o por otra causa legítima” (art. 1787).

¹⁴² CASTÁN TOBEÑAS, o.c., p. 674.

“Que el depositario de bienes secuestrados está obligado a cumplir, respecto de ellos, todas las obligaciones de un buen padre de familia” (art. 1788).¹⁴³

“En todo lo demás, se rige el secuestro judicial por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil” (art. 1789).

10. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE EL DEPOSITO ROMANO Y EL ACTUAL.

El Código civil tuvo en Las Partidas una abundante fuente de inspiración para el tratamiento del depósito¹⁴⁴. Otra cosa distinta son las veleidades del legislador decimonónico que, alejándose un tanto de la posibilidad de anclar sus raíces en su pasado histórico, optó por seguir en algunos aspectos, más de cerca, algunas de las pautas legislativas de los códigos entonces en vigor en Europa y buena parte de Iberoamérica, inspirándose fundamentalmente en el Code francés.

Pero es que la sociedad actual es distinta de la de la última época clásica romana. También lo era la del siglo pasado, en que nació el Código civil.

Las claves para entender determinados contratos no son hoy la amistad, ni la confianza como elemento diferenciador de un grupo. Al contrario, la buena fe es principio general que ha de requerirse en toda relación jurídica, no encontrando la mala fe amparo en nuestro Derecho.

El hombre de hoy día contrata el depósito con su vecino y con su amigo, pero también, y, sobre todo, con la sociedad mercantil y con el depositario que se dedica habitualmente a esta clase de operaciones. Estos supuestos resultarían inconcebibles en la mente romana clásica.

Por esto nos resulta difícil seguir la corriente doctrinal que identifica al depósito como contrato perteneciente al grupo de los de confianza.¹⁴⁵

La prueba de que el depósito no está ubicado dentro de tal categoría, reside en que, en el plano de la responsabilidad, en nada se diferencia la del depositario de la de otros contractualmente obligados. Así el depositario que incumple, va a responder en el mismo

¹⁴³ Hay que tener en cuenta, como complemento del Código Civil, y de la ley procesal, el Real decreto de 24 de diciembre de 1906 sobre depósitos judiciales. Ahora es el decreto 2472/1971 de 21 de diciembre de 1971 que deroga el anteriormente mencionado.

¹⁴⁴ La regulación del contrato de depósito es objeto de una extensa redacción que ocupa todo el Título III, desarrollado en diez Leyes, de la quinta Partida. En la misma se contemplan los más diversos aspectos de este instituto que habían venido preocupando a los juristas y los que, en el futuro, les habían de seguir ocupando.

¹⁴⁵ Parte de la doctrina opina que, carece de sentido entender hoy día como elemento esencial del contrato de depósito la existencia de una relación de confianza subjetiva entre las partes, defendiendo que, en realidad, no ha desaparecido el sentido de la relación de confianza, sino que se ha objetivizado el mismo, subsistiendo en esa vertiente que tiene que ver más con las características de la organización de la empresa depositaria que con la personalidad del depositario.

modo que lo hará, por ejemplo, el arrendador que no realiza la prestación obligada, o el prestatario que no devuelve.

Pero si distinta es la sociedad actual, diferente es también el contrato que viene a dar respuesta a la necesidad sentida por el poseedor de una cosa de que otro la guarde. Dos son, en nuestra opinión, los puntos en que el depósito actual se diferencia con respecto del *depositum*.¹⁴⁶

- a) El derecho romano consideró al depósito como *esencialmente gratuito*, y esta concepción ha sido recogida por el código francés. Pero en los tiempos modernos el depósito retribuido es una realidad imposible de desconocer. Y los códigos de tipo germánico, acomodándose a ella, establecen que se debe remuneración al depositario cuando ha sido estipulada expresamente, o cuando por las circunstancias debe considerarse tácitamente convenida.¹⁴⁷

Hay que decir que el artículo 1760 del Código civil supone una ruptura con el principio de gratuidad fundamental del contrato de depósito proclamado incluso, en el Proyecto de García Goyena¹⁴⁸

La doble posibilidad que dicho artículo ofrece, de ser gratuito u oneroso, se corresponde con la doble respuesta que el poseedor de un bien mueble puede encontrar para su necesidad de darlo en depósito: confiarlo al cuidado del amigo, o, por el contrario, a de quien va a cobrar por la prestación de su servicio.

- b) Otro elemento diferenciador reside en que el depositario del código civil ocupa una situación posesoria distinta de la del titular de la *mera possessio naturalis* que era el depositario romano. Así tenemos que el depositario actual goza de una independencia mucho mayor respecto al deponente por ser su posesión *ad interdictum*. Es decir que la otra diferencia la encontramos en la responsabilidad del depositario por el incumplimiento de las obligaciones, y es que en los textos romanos y en nuestra legislación de Partidas, consistía en imponer al depositario, como regla general, únicamente las responsabilidades de dolo y de la culpa lata, pero atribuyéndole, en casos especiales, la de culpa leve, y aun las del caso fortuito. Y la diferencia con nuestro Código civil, es que éste solo impone al depositario la diligencia que se exprese en el contrato o, en su defecto, la correspondiente a un buen padre de familia.

A parte de estas dos diferencias fundamentales, se pueden ver otras en los textos como son:

¹⁴⁶ OZCÁRIZ MARCO., o.c., p.p. 85-86

¹⁴⁷ CASTÁN TOBEÑAS, o.c., p. 655

¹⁴⁸En su art 1660 disponía que “el depósito propiamente dicho es un contrato gratuito por su esencia”. En la doctrina inmediatamente posterior a la aparición del CC., se produce una singular interpretación del artículo 1760. Se encuentra identidad entre el mismo y el artículo 1660 del Proyecto, porque el carácter distintivo del depósito es ser gratuito en su esencia, de forma que, si interviniera precio en dinero, se convertirá en un arriendo de trabajo, y si en otra cosa que no sea dinero, se convertiría en un contrato innominado.

1. En cuanto al término “*Restituere*” como hemos podido ver anteriormente significa, según la doctrina mayoritaria “reintegración al actor del derecho sobre la cosa”.

Pues bien, esta aceptación del término, no puede considerarse vigente en la actual obligación de restituir del depositario. Frente al Derecho Romano, que carece de un régimen unitario de responsabilidad y en el que la determinación del contenido concreto del deber de indemnizar depende del tipo de “*actio*” que proceda, nuestro sistema, basado en la “*obligatio*”, cuenta con el instituto de la responsabilidad para resarcir a la víctima y reponerla en el estado en que se encontraría de no haberse producido el incumplimiento.¹⁴⁹

2. Otra diferencia es que entre los romanistas y los intérpretes de nuestras leyes de Partida se había discurrido si podían ser objeto de depósito las cosas inmuebles, pero en el siglo pasado prevaleció la tesis negativa, consagrada por el código francés.¹⁵⁰
3. Sobre el depósito necesario, en el Derecho Romano y el de Partidas, conceptuó solo como depósito necesario o miserable el que era consecuencia forzosa de alguna desgracia o accidente como inundación, incendio, ruina..., que imposibilitaba al depositante para elegir a la persona del depositario. Pero en el Código civil, ha ampliado considerablemente el concepto tradicional de esta especie de depósito, que hoy resulta no solo desnaturalizado por su desmesurada extensión, sino en rigor inútil, ya que en nada se diferencia sus efectos de los del voluntario.

También como diferencia del depósito necesario de antes y el de ahora, en el derecho antiguo tenía una especialidad consistente en el mayor rigor de la responsabilidad del depositario a quien se obligaba a restituir el *duplo* del valor de la cosa si negaba el depósito, y en el Derecho actual ha desaparecido esta particularidad, y solo difieren el depósito voluntario y el necesario por razón de motivar el último una agravación de la responsabilidad criminal a que hay lugar en los casos de apropiación o no restitución del depósito.

Por lo demás, el depósito en el Código Civil sigue siendo un contrato real (art 1758), que tiene por objeto una cosa mueble (art 1761), que no transmite la propiedad de la misma (arts. 1758, 1766, 1770, 1771), pero sí una posesión *ad interdictum* (arts. 432 y 446), bastando la simple posesión para ser depositante (art 1771). Nace de él la obligación de guardar la cosa (arts. 1758 y 1766) gratuita u onerosamente (art 1760), guarda que se extiende a abstenerse del conocimiento de la identidad de lo que se deposita cerrado y sellado (art 1769). Está obligado el depositario en cumplimiento de la guarda de la cosa, a abstenerse de su uso (art 1767), de compensarla (art 1200), y a restituirla con todos sus productos y accesiones (art 1770), cuando lo pida el depositante, aunque hubiesen señalado un plazo de duración al contrato (art 1775). La restitución podrá hacerse a un

¹⁴⁹ MARTÍN SANTISTEBAN, o.c., p. 140

¹⁵⁰ CASTÁN TOBEÑAS, o.c., p. 659

tercero cuando así se haya convenido (art 1766), o cuando ese tercero sea el dueño de la cosa y el depositante el ladrón de la misma (art 1771).

Está obligado el depositante a resarcir al depositario en los gastos y perjuicios (art. 1779), y cuenta éste con un derecho a retener la cosa depositada, en tanto no se le abonen las cantidades debidas por razón del depósito (art 1780). Goza por fin, el depositario de la preferencia que le reconoce el art 1922-1º, para el cobro de su crédito.

11. CONCLUSIONES

- I. Lo primero que voy a analizar es el origen de la figura de depósito, y es que nació por el uso continuado de deponer un bien mueble a alguien que luego tiene que restituirlo y no puede hacer uso de ese bien objeto del depósito, pero esa persona tiene que ser de mucha confianza lo que llamamos “*amicitia*”, es la base de un supuesto de amistad propio de una sociedad claramente agrícola, que permite que se funden vínculos de solidaridad.

Además, es un negocio de buena fe, y en el momento que se rompe la buena fe en el depósito o la “*fides*” por un comportamiento distinto al que tendría que tener un *paterfamilias*, se castiga religiosamente contra quien lo viola, lo que conllevaba la pérdida de confianza y el honor de la persona se ve lesionado.

Aunque se entregue en custodia el bien al depositario, no hay que olvidar que para que este contrato tenga efecto, tiene que tener el consentimiento de ambas partes. Y que la voluntad de ambas partes vaya dirigida a realizar el contrato con el fin práctico que el depósito.

- II. Según lo que he podido observar en los textos, en un primer momento había dos fórmulas, la fórmula procesal de la *actio depositi directa*, y la fórmula procesal de la *actio depositi contraria*.

Pero ahora se cree que la fórmula de la *actio depositi contraria* es la fórmula *in factum*, y es que ésta última podía ser más práctica, pues en ella se admite no solo la falta de restitución de la cosa depositada, sino que además predice que la condena corresponde al valor de la *res* en el momento de la sentencia.

Sin embargo, en la fórmula *in ius* no se presupone la falta de restitución de la cosa, ni se hace mención al *dolus malus*, simplemente servía para “denunciar” la violación de los deberes derivados de buena fe, con lo que, el volumen de la condena no venía puesto en relación con el valor de la cosa, sino con el interés del actor.

En la fórmula *in ius*, solamente se requiere que el obligado, no cumpla alguno de los deberes que se deben realizar conforme a la buena fe, con lo que debe ser juzgado el comportamiento del obligado. Esto es difícil, ya que no hay unos marcos de pena establecidos, ya que hay que ver que comportamientos persiguen las partes, o que comportamientos ven las partes como correctos o incorrectos, con lo que la relación comercial corresponde a su concreta determinación volitiva.

III. El depósito en el mundo romano, es un contrato totalmente gratuito. El hecho de que pudiera tener alguna recompensa en dinero, o alguna retribución, ya nos encontraríamos con otro contrato que es el de arrendamiento de servicios. Y, además ya las acciones del depósito no servirían, ya le correspondería las acciones propias del contrato de arrendamiento de servicios.

IV. Otra de las peculiaridades, es que este contrato, aunque es un contrato bilateral ya que se trata de un contrato que crea derechos y obligaciones para las dos partes, se ve claramente que es más beneficioso para una de las partes, es decir, para el depositante.

Y esto se explica porque, en primer lugar, es un contrato gratuito en el mundo romano, con lo que el depositario no recibe ninguna retribución por la realización de sus obligaciones como depositario.

Y, por último, porque realmente solo tiene obligaciones principales el depositario, mientras que las obligaciones del depositante son eventuales.

El depositario tiene dos obligaciones clave y son: en primer lugar, custodiar la cosa, que incluye guardarla, cuidarla como lo haría un *paterfamilias*, y en segundo lugar restituirla cuando el depositante lo requiera o cuando haya finalizado el tiempo que se propuso en un primer momento al realizar el contrato.

Por lo que se puede intuir, el concepto de cuidar el bien objeto del depósito “como lo haría un *paterfamilias*”, no es muy determinado, pues una persona muy cuidadosa, que pone mucho cuidado en sus asuntos más cotidianos, pedirá más cuidado a la otra parte del contrato, mientras que otra persona que no sea tan minuciosa, con que se comporte con un cuidado diligente, de buena fe, le bastará.

Pues bien, los romanos tenían como obligación principal la de restituir, la *actio* siempre va dirigida a la restitución, pero no puede haber una restitución correcta si no se ha realizado una custodia con la diligencia necesaria.

Con lo que a mi opinión las dos obligaciones son igual de importantes.

Mientras que el depositante solo tendrá obligaciones eventuales, como reembolsar al depositario los gastos necesarios que hubiera hecho en la cosa depositada y en segundo lugar indemnizarle los daños y perjuicios que hubiera sufrido por el depósito.

- V. En cuanto a las figuras especiales de depósito se crean cuando falta algún elemento caracterizante.

En mi opinión nacen porque la sociedad lo necesita, porque quieren realizar un contrato de depósito y no otro contrato, aunque falte un elemento característico, es decir, en muchas ocasiones se realizaba por ejemplo un depósito de forma urgente por incendio, y ya falta el elemento de la amistad con el depositario, falta el hecho de que el depositante elija a la persona, con lo cual se tiene que crear el depósito necesario, y así ocurre con todas las figuras especiales de depósito, que se hacen necesarias por la evolución de la sociedad, y las necesidades de ésta. Nos referimos a las necesidades sociales, pero también a las económicas. En resumen, a las necesidades de la vida.

- VI. La primera figura especial de depósito que hemos visto, es el depósito necesario, y tiene varias características peculiares por la que se considera figura especial, y es que en primer lugar se realiza por una circunstancia urgente y externa como puede ser un incendio, catástrofe...etc., y en segundo lugar al ser una situación de extrema urgencia, el depositante no puede elegir como ocurre en el depósito ordinario, la persona del depositario, con lo que en el depósito necesario falta la característica de la amistad, tan esencial para los romanos en este contrato.

Con lo que podemos entender que, en este caso, el pretor otorgase una *actio in duplum* contra el depositario infiel, porque al no tener la confianza, amistad, familiaridad que tenían las partes en el depósito ordinario, el pretor intenta “amenazar” al depositario infiel que no devolvía la cosa, agravando la pena con la acción anteriormente mencionada.

- VII. En cuanto a la figura especial que es el depósito irregular, hay que decir que su origen está en la práctica bancaria, se depositaba dinero en el banco para que el banquero lo usase hasta que el depositante pedía la restitución, con lo que el depositario tenía la obligación de devolver la misma cantidad.

La diferencia con el depósito ordinario estaba en que faltaba un elemento esencial que era la inadmisibilidad de usar el bien depositado. El depositario

que usaba el bien era castigado por ser un comportamiento activo en contra de la buena fe.

Considero que el depósito irregular, se aceptó por un interés económico y social, en el que las partes de buena fe, pactan que quieren realizar un depósito, pero con la particularidad que el depositario puede hacer uso de ella, mientras que luego restituya la misma cantidad de la misma especie, cuando es algo consumible y cuando no es consumible restituirá la misma cosa, aunque haya sido usada. Como ejemplo típico es el depósito de dinero en el banco, el banquero lo va a usar, a consumir, pero luego devolverá la misma cantidad, aunque no se traten de las mismas monedas que depositó el depositante.

El derecho justiniano admite al depósito irregular como figura especial de depósito, como tratan los textos del Digesto D. 16, 3, 24 y D. 16, 3, 26, 1.

- VIII. El secuestro es otra de las figuras especiales de depósito, y este tipo de depósito se utiliza cuando se litiga sobre una cosa en particular, con lo que puedo entender, que empezó a aceptarse como una forma de asegurar el bien en otra persona que no fuera ninguna de las partes del litigio, hasta que éste finalizase.

Tiene varias diferencias con el depósito ordinario, en primer lugar, que hay pluralidad de sujetos, en la que todos confían la misma cosa a otra persona que se llama secuestrario, hasta que se resuelva el litigio. En el secuestro pasa la posesión al secuestrario, en vez de al depositario.

Y la segunda diferencia es que en el secuestro el bien es el objeto por el que pende un proceso, esto era lo más habitual por lo que el secuestro duraba el tiempo que duraba el litigio.

La conexión entre el secuestro y el proceso es que los litigantes se han puesto de acuerdo para que la cosa sea confiada al *secuestrario*. Los libros que he podido estudiar, muestran el secuestro siempre como la controversia sobre una cosa, con la obligación de restituirla al vencedor del litigio.

- IX. Otro tipo de depósito es el depósito en lugar público o depósito judicial. Y según los textos, no podemos determinar exactamente si este depósito no tendría ninguna configuración especial en el derecho clásico, mientras que en el derecho justiniano ya sí que se le habría dado algún matiz que le diferenciara del depósito ordinario. Pues hay autores que sí que afirman que la jurisprudencia de la época clásica ya enunciaba este depósito con su configuración.

Lo que sí sabemos es que este depósito se utilizaría sobre todo como un depósito de la cosa debida bien voluntariamente o forzosamente realizado por un magistrado. También creo que en otras ocasiones, este depósito se haría sin

la intervención de un magistrado, sino de una forma espontánea por parte de un deudor para liberarse de la deuda, o sea con efecto liberatorio mientras el deudor no retirase la cosa o suma depositada.

- X. En el código civil actual, el depósito tiene varias diferencias y es que, en mi opinión, el depósito ya no es un depósito como lo era en el derecho romano, ya no tiene el elemento esencial de la amistad, porque a día de hoy sobre todo se hacen depósitos con la sociedad mercantil, y el depositario es una persona que se dedica a ello habitualmente.

Por supuesto sigue el elemento de la buena fe, porque en ningún contrato puede haber mala fe, pero ahora los depósitos suelen ser con empresas dedicadas a ello, o con bancos.

Otra diferencia que más llama la atención, es que, en la actualidad, el depósito puede ser retribuido con lo que vamos a poder diferenciar entre contrato unilateral si no es retribuido, ya que las obligaciones que nazcan del depositario serán eventuales y será bilateral en caso de ser retribuido, ya que en ese momento nacen obligaciones para ambas partes.

Y por último, en el código civil de nuestros días, el depositario sí que tiene la posesión del bien, ya no es como en el derecho romano que tenía la *mera possessio naturalis*, y en cuanto a su responsabilidad, a día de hoy al depositario se le exige la diligencia que se exprese en el contrato o la de un buen padre de familia, en caso de que en el contrato no se estipule nada.

12. ABREVIATURAS

RISG	Rib. Ital, per le scienze giuridiche.
NDI	Nuovo Digesto Italiano
NNDI	Novissimo Digesto Italiano
SDHI	Studia et Documenta Historiae et Iuris
ED	Enciclopedia del Diritto
O.C.	Obra citada
Cc	Código Civil
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
D.	Digesta
I	Instituciones de Justiniano
Gai	Gai Institutiones
C. o CJ.	Codex de Justiniano

P.S.	Pauli Sententiae
STS	Sentencia Tribunal Supremo

13. FUENTES.

1. FUENTES NO JURÍDICAS

- I. GELLIO
6, 51, 2
- II. PLAUTO
BACCHIDES
2, 3, 306

2. FUENTES JURÍDICAS

- CLÁSICAS

I. INSTITUCIONES DE GAYO

- Gai 3, 183
- Gai 3, 196
- Gai 3, 197
- Gai 4, 47
- Gai 4, 62
- Gai 4, 153

- POSTCLÁSICAS

I. PAULI SENTENTIAE

- P.S. 2, 13, 21
- P.S. 2, 12

II. COLLATIO LEGUM MOSAICARUM ET ROMANARUM

- 10, 2, 5
- 10, 7, 2

- JUSTINIANEAS

I. INSTITUTA

- I. 3, 14, 3

I. 3, 26, 13

I. 4, 1, 6

II. DIGESTA

D. 4, 3, 9, 3

D. 4, 9, 3, 1

D. 5, 3, 16

D. 16, 3

D. 16, 3, 1 (2-4)

D. 16, 3, 1, 1

D. 16, 3, 1, 2

D. 16, 3, 1, 3

D. 16, 3, 1, 8

D. 16, 3, 1, 9

D. 16, 3, 1, 34

D. 16, 3, 5

D. 16, 3, 6

D. 16, 3, 12

D. 16, 3, 12, 2

D. 16, 3, 16

D. 16, 3, 17, 1

D. 16, 3, 19

D. 16, 3, 23

D. 16, 3, 24

D. 16, 3, 26, 1

D. 16, 3, 29

D. 17, 2, 72

D. 18, 6, 1, 2

D. 19, 2, 21

D. 39, 5, 38

D. 41, 2, 3

D. 42, 1, 12

D. 44, 7, 1, 5

D. 47, 2, 1, 3

D. 47, 2, 43, 5

D. 47, 2, 62 (61), 5

D. 47, 2, 77

D. 50, 16

D. 50, 16, 110

III. CODEX

C. 4, 34, 1.

C. 4, 34, 2.

C. 4, 34, 8.

C. 4, 34, 10.

- MODERNAS

I. CÓDIGO CIVIL

ART. 432

ART. 1763

ART. 1780

ART. 446

ART. 1764

ART. 1781

ART. 1200

ART. 1766

ART. 1782

ART. 1275

ART. 1767

ART. 1783

ART. 1302

ART. 1768

ARTS. 1785

ART. 1758

ART. 1769

ART. 1786

ART. 1760

ART. 1771

ART. 1787

ART. 1761

ART. 1775

ART. 1789

ART. 1762

ART. 1779

ART. 1922.1º

II. LEY ENJUICIAMIENTO CIVIL

ART. 1035

ART. 1450

- ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

- STS de 29 de octubre de 1966
- STS de 14 de junio de 1960
- STS de 3 de octubre de 1902
- STS de 28 de noviembre de 1896
- STS de 19 de octubre de 1925

14. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN VELASCO, Manuel, ARIAS BONET, Juan Antonio, IGLESIAS-REDONDO, Juan y ROSET ESTEVE, Jaime. *“Gayo Instituciones. Madrid: civitas. 1985.*
- ARIAS RAMOS, J. *“Derecho Romano II”.* Madrid. 1974.
- ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A. *“Derecho Romano I”.* Madrid. 1977.
- ASTUTI, Guido. V *“Depositum, (Diritto Romano)” en ED. Vol. XII. Milán: Giuffrè. 1964.*
- BETANCOURT, Fernando. *“Derecho Romano Clásico”.* Sevilla. 2007.
- BONIFACIO, Franco. V. *“Depósito (Diritto Romano)” en NNDI. Tomo V. Torino. 1957.*
- BORDA, Guillermo A. *“Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales I”.* Buenos Aires. 1992.
- BURILLO, Jesús. *“Las fórmulas de la actio depositi” en Studia et Documenta Historiae et Iuris (SDHI). Romae: Pontificia Universitas Lateranensis, N° 28. 1962.*
- CASINOS MORA, Francisco Javier. *“Derecho Privado Romano”.* Madrid.
- CASTÁN TOBEÑAS, Jose. *“Derecho Civil Español, Común y Foral. Derecho de Obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias. Tomo IV. Madrid. 1985.*
- D’ORS, Álvaro. *“Derecho Privado Romano”.* Pamplona. 1981.
- D’AMELIO, Mariano. *En NDI. v. DEPÓSITO, XVI, Torino. 1938.*
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro. *“Curso de Derecho Civil” vol. III. DERECHOS REALES, MADRID, 2004.*

- DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *“Sistema de Derecho Civil”*, Volumen II. Madrid. 1982.
- DIEZ SOTO, Carlos Manuel. *“Propuesta para una nueva regulación codificada del depósito”*, Valencia, 2017.
- ELIZARI URTASUN, Leyre *“Contrato de depósito y nuevas formas de garantía. Depósitos a favor de tercero y en interés de tercero”*, Navarra, 2017.
- FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandrino y PATRICIO, Javier. *“Fundamentos de Derecho Privado Romano”*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces,, D.L., 1993.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. *“Derecho privado romano”*. Madrid. 2013
- FILOMUSIGUELPI, *“lezioni sulle obbligazion”*, Roma, 1897, p.169.
- FUENTESECA, Pablo. *“Derecho Privado Romano”*. Madrid. 1978.
- HERAS HERNÁNDEZ, Maria del Mar. *“Los sujetos en el contrato de depósito”*. Barcelona. 1997.
- HERNÁNDEZ-TEJERO JORGE, Francisco. *“Las instituciones de Justiniano”*. Granada. Comares. 1998.
- HERRERA BRAVO, Ramón. *“El contrato de depósito en el Derecho Romano”*. Granada. 1987.
- JÖRS, Paul. *“Derecho Privado Romano”*. Barcelona. 1937.
- LA CRUZ BERDEJO, Jose Luis *“Elementos de Derecho Civil III. Derechos Reales. Posesión y propiedad”*. Vol.I. Barcelona. 1990.
- LONGO, Carlo. *“Corso di Diritto Romano. Il depósito”*. Milano: A. Guiffere, 1946.

- LOPEZ de TROVAR, Gregorio. *“Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el Nono. Partidas V-VI-VII. Madrid: Boletín Oficial del Estado. 1974.*

- MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia. *“El depósito y la responsabilidad del depositario”.* *Anuario de derecho civil*, vol.57, nº1, 2004 (DIALNET).

- MASCHI, Carlo Alberto. *“La categoría dei contratti reali: corso di Diritto romano. Milán: A. Guiffèrè. 1973.*

- MIQUEL, Joan. *“Derecho Privado Romano”.* Madrid. 1992.

- OZCÁRIZ MARCO, Florencio. *“El contrato de depósito. Estudio de la obligación de guarda”.* Barcelona. 1997.

- PAOLI, Ugo Enrique V *“Depósito. Diritto Romano” En NDI. Tomo IV. Torino. 1938.*

- POLACCO. Vittorio *“Le obbligazioni nel diritto civile italiano”, Atenas, 1915.*

- RAMÓN DE VERDA. Jose y CHAPARRO MATAMOROS. Pedro *“Derecho civil II. Obligaciones y contratos”, Valencia, 2015.*

- ROTONDI, Giovanni. *“Contributto allá storia del contratto di depósito del Diritto romano. 1922*

- SALAZAR REVUELTA. María *“Formación en el derecho romano y en la tradición romanística del principio de la buena fe y su proyección en el derecho comunitario europeo”, Revista internacional de Derecho Romano, 2015 (Dialnet)*

- SANCHEZ CALERO, Javier y HERRERA CAMPOS, Ramón *“Curso de Derecho Civil. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos”. Vol.2, Valencia, 2014.*

- SCAEVOLA, Q. Mucius. *Código Civil. Tomo XXVII. “De los contratos de préstamo, comodato y depósito” Artículos 1740 a 1789. Madrid.*

- SERAFINI, Felipe. *“Instituciones de Derecho Romano”.* Madrid. 1929.

- SIMONCHELLI, “*contributo alla teoria della custodia nel diritto civile italiano*” (*RISG*), XIV, 1892.