

La responsabilidad en el contrato de depósito: su génesis histórica

SONIA MARTÍN SANTISTEBAN
Universidad de Cantabria

SUMARIO: I. *El depósito en Derecho Romano:* 1. *Orígenes y desarrollo histórico del contrato.* 2. *Caracteres del contrato.* 3. *Configuración de las obligaciones a cargo del depositario.* 4. *La responsabilidad del depositario y su encuadre en el marco de la responsabilidad contractual en Derecho Romano.*—II. *El largo período comprendido entre la caída del imperio romano y la codificación. Evolución del régimen jurídico de la responsabilidad del depositario:* 1. *Influencia germánica.* 2. *Derecho Medieval (desde el comienzo de la Reconquista hasta la Recepción del Derecho Romano).* 3. *Derecho de la Edad Moderna.*—III. *La regulación del depósito en los primeros códigos europeos y en los antecedentes al Código Civil español:* 1. *Código napoleónico:* 1.1 *Pervivencia de los elementos típicos del contrato.* 1.2 *Cambio en la configuración de las obligaciones a cargo del depositario.* 1.3 *La responsabilidad del depositario por incumplimiento contractual. Criterio de la diligencia «quam suis»:* 1.3.1 *La responsabilidad del hotelero por la introducción de efectos en su establecimiento.*—2. *Código italiano de 1865.*—3. *Antecedentes al Código Civil español:* 3.1 *Proyecto de 1851:* 3.1.1 *Caracteres del contrato.* 3.1.2 *La responsabilidad del depositario por incumplimiento contractual. La diligencia del buen padre de familia.* 3.1.3 *La responsabilidad del hotelero por la introducción de efectos en su establecimiento.*

I. EL DEPÓSITO EN DERECHO ROMANO

1. ORÍGENES Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL CONTRATO

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 entiende que en los primeros tiempos del Derecho Romano el depósito se constituía 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 transitoriamente¹.

Sin embargo, hay quienes consideran poco probable la hipótesis de que la fiducia, como negocio obligatorio tutelado por una acción de buena fe, existiese ya en la época quiritaria². Así, según Herrera Bravo, los arcaicos negocios como el mutuo, el depósito y el comodato se desarrollan sobre el presupuesto de la amistad, a través de un pacto convalidado por el elemento sacral de la «fides» y que tiene por objeto la restitución. La «datio» o entrega de la cosa es dada en base a la confianza y a la fe en el otro, de ahí que la negativa a la restitución constituya una violación de la «fides» sancionada religiosamente³.

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 únicamente por dolo, sino que quedaba sometido a una responsabilidad de tipo objetivo. En caso de que éste se negase a restituir, el «tradens» que por cualquier medio hubiese recuperado la cosa, sin necesidad de justo título ni de buena fe, y la tuviese en su posesión por espacio de un año, contaba a su favor con la «usureceptio ex fiducia», un tipo de usucapión que le permitía conservar la cosa.

No obstante la «fiducia» también presentaba inconvenientes. Al producirse la transmisión de la propiedad, si el «accipiens» había transmitido la cosa a un tercero, al antiguo propietario sólo le quedaba la «usureceptio». La «actio fiduciae directa» era una

¹ JACMIN, P.: *Du dépôt en Droit romain*, París, 1880, pp. 1 y 2; AMILHAU, A.: *Du dépôt en Droit romain*, Tesis, Toulouse, 1885, pp. 19 ss.; MOTET, P.: *Du dépôt (Droit romain)*, t. 26, París, 1889, pp. 9 y 10; GESTIN, R. L. M.: *Du dépôt...*, pp. 9 ss.; D'ORS, A.: «Una observación sobre la naturaleza del depósito no gratuito en Derecho Romano», en *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, julio-diciembre 1941, núm. 6-7, pp. 129 ss.; SCHULZ, F.: *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960, pp. 496 y 497; GUZMÁN BRITO, A.: *Derecho Privado Romano*, t. II, Chile, 1996, p. 114.

² NEGRI, G.: voz «Depósito nel diritto romano, medievale e moderno», in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione civile, Torino, 1989, 4.^a ed., p. 228; ZANNINI, P.: «Responsabilità per furto e tutela del deposito e del comodato in età repubblicana», *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano, 7-9 aprile 1987, vol. II, Milano, 1990, p. 180.

³ HERRERA BRAVO, R.: *El contrato...*, pp. 38, 74, 75 y 453.

acción personal que sólo podía ejercitarse contra el depositario y que en caso de insolvencia por su parte se tornaba en ineficaz.

Para evitar dichos inconvenientes, incluso los partidarios del origen fiduciario de la «*actio depositi*» entienden que, en la práctica, debía ser bastante frecuente la simple entrega sin transmisión de la propiedad con el compromiso por parte del «*accipiens*» de restituir a primera demanda⁴. En su origen este acuerdo entre las partes, al igual que sucedió con el pacto de «*fiducia*», no conllevaba ninguna obligación civilmente exigible, sino únicamente la buena fe del «*accipiens*». Ello limitaba los recursos del depositante que quería recuperar su cosa frente a un «*accipiens*» incumplidor, a la acción reivindicatoria y a la «*condictio furtiva*», en caso de hurto, condicionadas ambas por la necesidad de ser propietario.

De ahí la necesidad de una evolución de la figura, y la concesión al depositante, en un primer momento, de una acción penal «*in duplum*» por causa de apropiación indebida. Tal acción, concedida por la Ley de las XII Tablas⁵, condenaba al depositario que negase de mala fe haber recibido la cosa a abonar el doble de su valor. En un segundo momento se dota de autonomía al depósito como negocio jurídico mediante la «*actio depositi in factum*», que tenía por objeto sancionar el dolo del depositario, presunto, cuando el depositario no restituía la cosa que estaba en su poder. Ésta vino a sustituir la acción de hurto, conservando por ello algunos rasgos penales como su carácter «*in duplum*» en caso de depósito necesario⁶.

Pero la contractualización del depósito como negocio jurídico recíproco, en que la entrega actúa como fundamento de una «obligatio» y no ya como presupuesto del dolo por la no restitución (propio de la «*actio in factum*»), no tiene lugar hasta principios del período clásico, cuando aparece la «*actio depositi in ius*» y el depósito pasa a ser visto como contrato, es decir, como fuente de «*oportere*», de obligaciones civiles. Si bien algunos discuten su naturaleza como contrato real al no producirse la transmisión de la propiedad de la cosa depositada, la simple entrega de la misma al depositario en concepto de detentador⁷ era generadora de acciones

⁴ GESTIN, R. L. M.: *Du dépôt...*, p. 20.

⁵ Paul. Sent. 2.12.11 y Coll. 10.7.11 (*Fontes Iuris Romani Antejustiniani*, vol. II).

⁶ ROTONDI, G.: «Contributi...», pp. 1 ss., señala que la anualidad, la limitada transmisibilidad pasiva a los herederos y la noxalidad, características propias de la «*actio in factum*» para el depósito, ponen de manifiesto el carácter penal de la misma.

⁷ D. 16.3.17.1 (*Digesta Iustiniani*, ed. Mommsen-Krüeger).

En este sentido, MOTET, P.: *Du dépôt (Droit romain)*, t. 26, París, 1889, p. 17, y SCHULZ, F.: *Derecho...*, p. 495, según los cuales el depositario no debía poseedor, sino que adquiría la simple detentación material de la cosa, puesto que ni siquiera podía usar los interdictos posesorios para defender la posesión de la cosa.

civiles en favor de ambas partes y, por tanto, fuente de un auténtico contrato.

Se siguen encontrando huellas de la acción «in factum» en tiempos de Cicerón⁸, pero ésta desaparece definitivamente a finales de la época clásica, al producirse la absorción del derecho pretorio por el «ius civile» asimilándose ambos ordenamientos.

2. CARACTERES DEL CONTRATO

Los romanos tenían tan alta idea de este contrato que le llamaban «sacer contractus», porque más que ningún otro «está fiado á 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, según el Edicto pretorio, una degradación en su honor civil (infamia).

La consideración solemne de la amistad, presupuesto de la relevancia y fuerza jurídica del depósito, era incompatible en el Derecho Romano clásico con la percepción de una remuneración. Cuando mediaba un precio, el depósito se convertía en un contrato de arrendamiento de obra («locatio conductio operis»), aunque la doctrina mayoritaria entiende que si el dinero no se hubiera recibido en concepto de salario, sino de premio, honorario o indemnización, el acuerdo celebrado entre las partes seguía siendo un depósito⁹.

En tiempos de Justiniano se asiste a una alteración de dos de los rasgos esenciales del depósito: el tratarse de un contrato celebrado en interés exclusivo del depositante, ya que se admite como depósito y no ya como mutuo el llamado depósito irregular, y el de la gratuidad. Se hace prevalecer en este punto la voluntad de las par-

⁸ CICERÓN: «De officiis», pp. 3, 17, 70.

⁹ PAGES DE BEAUFORT: *Du dépôt en Droit romain*, Tesis, Toulouse, 1877, pp. 21 y 22: «hay que distinguir entre aquel caso en que, al fijar un salario, se ha querido obtener el equivalente de los cuidados prestados, y aquel otro en que el depositario ha querido asegurarse de antemano el pago de una indemnización por los gastos que ha de realizar con motivo de la guarda, habiéndose, sin embargo, obligado a esta guarda más por complacencia que por beneficio. Esta distinción es factible teniendo el cuenta el valor del salario estipulado y la profesión de la persona encargada del cuidado de la cosa». En el mismo sentido: GANDOLFI, G.: *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano, 1976, pp. 107 ss.; LONGO, C.: *Corso...*, p. 11; AMILHAU, A.: *Du dépôt...*, p. 36. HERRERA BRAVO, R.: *El contrato...*, p. 243: afirma que «será ejercitable la *actio conducti* donde sea pactada una *merces*; la *actio depositi in ius* cuando intervenga una compensación a título de premio, y tanto más cuando venga contractualmente pactada la agravación de la responsabilidad, y por último la *actio depositi in factum* en caso de depósito ordinario gratuito con responsabilidad del *accipiente* dentro de los límites del dolo».

tes en la calificación del negocio, de forma que aunque se hubiese pactado la existencia de una remuneración, se entiende que ello no tiene por qué afectar a la naturaleza del contrato si no es esa la voluntad de las partes¹⁰.

El Gayo de las Instituciones menciona únicamente el «*mutuum*» como contrato real, pero en las *Res cottidianae o aurae* (de época posclásica) añade a esta categoría el comodato, el depósito y la prenda. Astuti afirma que «a la inclusión del *depositum* entre las figuras típicas en que *re contrahitur obligatio* se opuso probablemente en los primeros tiempos además de la originaria naturaleza penal y no contractual de la defensa jurídica pretoria, la propia noción técnica de la *datio rei*, que en un primer momento estaba restringida para las hipótesis de transferencia de la propiedad (*mutuum, solutio indebiti*). Noción que se extendió a las hipótesis de simple entrega de una *res*, fuente de la obligación de restituir (*depositum, commodatum, pignus*), paralelamente al reconocimiento de la fisonomía negocial típica del depósito como contrato nominado»¹¹.

En la medida en que el contrato generaba obligaciones para el depositario y sólo eventualmente para el depositante, podía hablarse de bilateralidad imperfecta. No así de sinalagma, que sólo habrá cuando se admita el carácter retribuido del depósito y las prestaciones de guarda y de retribución estén recíprocamente conectadas.

3. 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 «*actiō*

¹⁰ D. 13, 6, 5, 2 y D. 47, 8, 2, 23. Díez Soto, C. M.: *El depósito profesional*, Barcelona, 1995, p. 23, entiende que esto «ha de ponerse en conexión con el decaimiento, a partir del Bajo Imperio, de la locación, que tiende a degenerar en relaciones de sujeción personal al poder doméstico de quien encargaba la realización de determinados trabajos».

Según ÁLVARO D'ORS: «Una observación...», pp. 129 ss., el depósito retribuido debió de existir como tal antes de que se constituyeran las categorías de depósito y arrendamiento, y debía de tener su carácter y sus efectos propios y distintos de los de estas otras figuras jurídicas. Una elaboración doctrinal habría conseguido su inserción en la nueva categoría de las locaciones, haciendo resaltar su carácter sinalagmático. Los bizantinos cambiaron de orientación: para ellos la existencia de una «merces» no alteraba, si las partes querían que no se alterase, la naturaleza del depósito. «De este modo se llegó a la disolución definitiva de la custodia retribuida, asimilándose ésta, siempre que las partes lo quisieran, a un depósito (en el que la responsabilidad, como era forzoso, había de ser apreciada distintamente), y, en los restantes casos, a un arrendamiento, aunque también con caracteres específicos».

¹¹ ASTUTI, G.: voz «deposito (storia)», *Enciclopedia del Diritto*, t. XII, p. 213.

depositi» se concede principalmente para obtener el cumplimiento de la obligación de restituir la cosa íntegra más sus incrementos¹². Por lo menos hasta tiempos de Justiniano la custodia no hacía referencia a una obligación, sino a un criterio de responsabilidad¹³.

Etimológicamente «restitutio» viene del latín «re» (retorno) y «stato» (posición, situación), por tanto vuelta, reposición al lugar o a la situación anterior. Pero la traducción aparentemente sencilla de este término no es tal sino que pueden distinguirse en los textos hasta cuatro acepciones del término «restituere»¹⁴: a) «reddere» y «deferre», devolver, restituir. Restituir es hacer a uno poseedor y también devolver los frutos¹⁵; 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», «tolle-re», «reponere», y en sentido figurado a «instaurare», «restaurare» y también a veces a «rescindere». Tiene cabida aquí la «restitutio in integrum», medida procesal por medio de la cual el pretor declaraba nulo un acto jurídico y ordenaba poner a las partes en su situación primitiva u originaria, como si el acto no hubiese existido¹⁶;

¹² D. 44, 7, 1, 5; Inst. 3, 14, 3 (*FIRA*, vol. II). En este sentido, afirma MOTET, P.: *Du dépôt...*, p.38, que, 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. PANERO, R.: *Derecho Romano...*, p. 269, nota 93, partiendo de la duda acerca de la existencia o no en Derecho Romano clásico de una obligación de custodiar, con carácter autónomo y esencial, independiente de la de restituir, recuerda: «a) que la sanción del depositario que incumple es afrontada, en las fuentes, siempre bajo el prisma del *non reddere*; b) que, consiguientemente, el deber de custodiar permanece en el lenguaje de ellas en la sombra, tras la obligación de restituir; c) que la razón de ello obedece a que el jurista no valora las diferentes *species facti*, a él presentadas, bajo la impronta de la obligación, sino de la acción ejercitable, siendo determinante para decantarse el resultado práctico que aquella comporta; d) que, como remarca GANDOLFI, quienes defienden que la obligación de custodiar es esencial, típica y exclusiva del Depósito no explican el hecho de que en un transporte gratuito por mar (D. 4. 9. 3. 1) pueda intentarse la *actio depositi*».

¹³ 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». Para BADOSA COLL, F.: «Del depósito», *Comentario del Código Civil*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, 2.ª ed., p. 1655, la guarda sólo se convirtió en obligación independiente con la Codificación, mientras que la restitución fue la obligación sobre la que se fundó la eficacia típica del depósito.

¹⁴ HEUMANN, H., y SECKEL, E.: *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*. 11 Auflage. Reimpr. Graz, 1971, pp. 515 y 516; PANERO, R.: *Deponere y reddere en la actio depositi in factum*, Barcelona, 1989, pp. 81-83.

¹⁵ D. 50.16.22; D. 50.16.35; D. 50.16.73; D. 50.16.246.1; D. 4.2.12; D. 50.17.173.1; D. 3.3.46.4; D. 44.7.1.3; D. 50.16.75; D. 6.1.17.1; D. 6.1.35.1; D. 7.9.1.7; D. 36.1.2; D. 32.41.14; D. 35.3.8.

¹⁶ D. 4.2.9.7; D. 49.14.29.1; D. 34.9.8; D. 2.9.2.1; D. 16.1.9.14; D. 4.1.7.1; D. 4.6.40.1; D. 28.3.6.12; D. 48.23.4; D. 48.18.27; D. 3.1.1.10; D. 35.1.104; D. 37.4.1.9.

c) «praestare», garantizar, entregar o ejecutar una prestación¹⁷. Por tanto esta tercera acepción del término implica responsabilidad, la responsabilidad específica que el deudor asume frente al acreedor en el cumplimiento de su obligación; d) «rationes rei reddere», dar cuentas de una administración patrimonial¹⁸.

Prescindiendo de la cuarta acepción, irrelevante por lo que respecta a la obligación de restituir del depositario, 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 el 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 depositante¹⁹. Pero el «restituere», en su significado de reintegrar al actor en su derecho sobre la cosa, no es tampoco totalmente ajeno al contrato de depósito, ya que aparece en cierto modo en los «iudicia bonae fidei» por medio del «dare facere oportere»²⁰. Las acciones de buena fe, entre las cuales está la «actio depositi», fueron concebidas con una gran amplitud, siendo fundamental el papel que en ellas desempeñaba el órgano judicial. El juez podía condenar al depositario incumplidor no sólo a que restituyera el valor de la cosa depositada («aestimatio rei»), sino a que respondiera de todas las consecuencias patrimoniales derivadas de la ausencia de la prestación. Se comprende la más completa estimación del «id quod interest».

Este significado más amplio de «restituere» podría defenderse también en caso de admitir el carácter arbitrario de la «actio depositi in ius»²¹, donde el «restituere» significa, según la doctri-

¹⁷ D. 5.3.16.

¹⁸ D. 22.1.1.3; D. 26.7.15; D. 46.6.10; D. 4.4.32; D. 26.7.28.1; D. 33.1.21.5; D. 48.10.1.9.

¹⁹ Gai.Inst. 4.47 (LENEL, O.: *Das Edictum Perpetuum*, 3.ª ed., reimpr. Aalen, 1985, p. 289).

Ahora bien, para que se considerara cumplido el «reddere», habían de darse tres requisitos: a) «eam rem» (restitución de la misma cosa recibida); b) «res integra» (no parece ser la misma cosa aquella que al restituirse está deteriorada); c) «ne nuda res» (el «reddere» no se considera cumplido por la mera entrega de la nuda res, recibida en custodia, sino que debe comportar los frutos que eventualmente genere, así como las acciones y cualesquiera otros incrementos que en ella se produzcan a lo largo de su permanencia en poder del depositario): PANERO, R.: *Deponere...*, pp. 75-97, y *Derecho Romano...*, pp. 51-299.

²⁰ Gai.Inst. 4, 47 (LENEL, O.: *Das Edictum...*, p. 288).

²¹ Para obviar los inconvenientes del procedimiento formulario, surgieron las acciones arbitrarias que permitían al juez, mediante la inclusión de la cláusula «nisi restituetur» o «neque restituetur» en la fórmula, dirigir una «pronuntiatio» al deudor. Por medio de la misma se le advertía de que iba a ser condenado y del importe de la pena, y se le autorizaba a que restituyera o exhibiera la cosa. En caso de que el demandado acatase la orden del juez, quedaba absuelto, de lo contrario era condenado. Pero la estimación del valor de la

na mayoritaria, «reintegración al actor del derecho sobre la cosa»²².

Esta acepción del término no puede considerarse vigente en la actual obligación de restituir del depositario²³. 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.

Podríamos no obstante plantearnos si, en el caso de cosas depositadas en manos de profesionales, cuya esfera de control abarca todos aquellos eventos típicos de la actividad por ellos desempeñada²⁴, no cabría esperar por parte del depositario profesional el cumplimiento de una obligación de restituir, cercana a la tercera acepción mencionada, es decir, la de «praestare» o garantizar el cumplimiento de una prestación.

Contenido irreductible de la obligación de restituir (ya sea en la «actio in factum» o en la «actio in ius») era en todo caso el de restituir la cosa «cum omni causa», es decir con sus accesorios, frutos y productos²⁵.

La doctrina romanista coincide a la hora de atribuir a la restitución el papel de obligación característica del contrato de depósito

cosa ya no la hacía el juez, sino el propio demandante, mediante un «iusiurandum in litem» (declaración de valor reforzada mediante un juramento). Las letras «NR» que aparecen en la fórmula «in ius» de la «actio depositi», en el manuscrito veronés (versión de las Instituciones de Gayo), después de la «condemnatio» y antes de las palabras «si non paret absolutio», han sido interpretadas por algunos autores como indicadoras de la cláusula restitutoria de las acciones con cláusula arbitraria (LENEL, O.: *Das Edictum...*, p. 288, nota 12; METRO, A.: *L'obbligazione...*, p. 135, nota 122; GUZMÁN BRITO, A.: *Derecho...*, p. 116. En sentido contrario, KASER, M., y HACKL, K.: *Das Römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, 2.^a ed., p. 340, nota 46).

²² HERRERA BRAVO, R.: *El contrato...*, p. 127; PANERO, R.: *Deponere...*, pp. 84 y 85; SCHULZ, F.: *Derecho...*, pp. 36 y 37: «los juristas clásicos la interpretaban (*refiriéndose a la cláusula "nisi restituetur"*) muy liberalmente, pues el juez era autorizado no solamente a ordenar la restitución de la *res*, sino también a imponer el abono de frutos y daños. La palabra *restituere* es tomada en la acepción de "*in integrum restituere*". En el mismo sentido, GUZMÁN BRITO, A.: *Derecho privado romano*, t. I, Chile, 1996, pp. 184 y 185, refiriéndose al "restituere" de la cláusula arbitraria, afirma que: "Por *restituere* se entiende hacer todo lo conducente a que el actor resulte colocado en un estado de satisfacción igual a aquel que, de haber existido ya en el momento de la *litis contestatio*, hubiera hecho innecesario consumir esta última. Una forma particular de restituir es "devolver" (*reddere*), que por cierto sólo tiene lugar cuando el actor reclama una cosa; pero su devolución no siempre agota la restitución, pues a veces aquélla puede comprender algo más, como la indemnización de los deterioros de la cosa y de los frutos producidos».

²³ MARTÍN SANTISTEBAN, S.: *El contrato de depósito: Estudio de la responsabilidad del depositario*, Pamplona, 2002 (en prensa).

²⁴ MARTÍN SANTISTEBAN, S.: *El contrato...*

²⁵ D. 16.3.1.24; D. 22.1.38.10.

en Derecho Romano ²⁶. El ejercicio de la «*actio depositi in factum*» exigía como presupuesto, junto al dolo, el «*non reddere*» y, por mucha amplitud que queramos darle, este presupuesto debía consistir necesariamente en una no restitución íntegra de la cosa depositada con sus frutos, accesiones e incrementos. No cabía, al amparo de la fórmula «*in factum*», sancionar comportamientos del depositario que no se tradujeran en un «*non reddere*». Con la aparición de la «*actio in ius*» se dota de mayor amplitud al presupuesto de la «*actio depositi*». El juez podía tomar en consideración cualquier comportamiento del depositario contrario a la buena fe contractual, y como tal, doloso. Ello permitía sancionar comportamientos (activos) que, aunque no se plasmaran inmediatamente en una falta de restitución, sí se traducían en un actuar deshonesto o desleal. Así, por ejemplo, al amparo de la «*actio depositi*», cabía sancionar al depositario que hubiese leído el testamento recibido en depósito ²⁷, al que hubiese perdido la cosa sin dolo después de haberla enajenado y vuelto a recuperar (se califica como dolosa la enajenación en sí en cuanto supone un comportamiento desleal ²⁸, al margen de que la posterior actuación del depositario que condujo a la pérdida no fuera dolosa) ²⁹.

Desde este punto de vista coincidimos con Metro en que, al margen de la obligación de restituir, el depositario queda obligado a observar determinados comportamientos acordes con la buena fe, pero no podemos hablar de obligación de custodiar tal y como es concebida por la doctrina moderna. Sólo 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 ³⁰. Como veremos en el epígrafe siguiente, la responsabilidad por hurto o por daños causados por terceros, en los casos en que podía ser exigible al depositario (por mediar una remuneración, haberse ofrecido el depositario o haberse celebrado el contrato en su interés, o haberlo acordado así

²⁶ Ver notas 12 y 13.

²⁷ D. 16, 3, 1, 38.

²⁸ El depositario sólo puede tener la cosa en guarda, pero no usarla, disfrutarla ni disponerla: Gai. Inst. 3, 196.

²⁹ D. 16, 3, 1, 25.

³⁰ METRO, A.: *L'obbligazione...*, pp. 139 ss. En el mismo sentido, HERRERA BRAVO, R.: *El contrato...*, pp. 332 y 333: «podemos en efecto excluir que en Derecho Romano sea configurable una obligación de custodiar del depositario, con la misma extensión que le atribuyen los modernos, pues no es suficiente para dar lugar a un planteamiento de responsabilidad la simple omisión de la custodia —que eventualmente ha facilitado el hurto o el daño de la cosa— como presupuesto de protección de la *res deposita* frente a terceros, que debería de ser contenido fundamental de la obligación de custodia».

las partes), era denominada «responsabilidad por custodia», pero poco o nada tenía que ver con la obligación de custodiar.

Pero seguimos coincidiendo con el pensamiento de Metro en que las consideraciones anteriores no nos permiten excluir cualquier relevancia a la actividad de custodiar. «Si queremos entender la causa como “el interés que explica y al menos en parte justifica la declaración contractual y negocial”, o como la “función económico-social del negocio” o como “el fin uniforme, general y constante presente en todo contrato de un determinado tipo”, la imposición al depositario de la sola obligación de restituir no habría sido suficiente para la realización del interés, de la función, de la finalidad de custodia, y para diferenciar por lo tanto nuestro contrato de todos los demás contratos que comportan una obligación de restituir.»

Queda patente la necesaria coordinación de ambas obligaciones o deberes desde el punto de vista de la configuración causal del contrato. Del mismo modo que en el derecho vigente, intercambiado el protagonismo desempeñado por cada obligación en el contrato, no puede minimizarse el papel del deber de restituir que coadyuva a la funcionalidad del tipo negocial elegido por las partes para la consecución de la finalidad práctica pretendida³¹, no puede defenderse en Derecho Romano que la única obligación a cargo del depositario era la restitución del bien. Califiquemos o no dicha actividad como una obligación –con las reservas señaladas por Metro–, el depositante recurría a su amigo de confianza para que sus bienes, mediando una adecuada custodia, le pudieran ser restituidos cuando lo deseara. Esperaba una futura restitución, pero había recurrido al depositario porque confiaba en que sus pertenencias fueran custodiadas conforme a la «bona fides». Sólo desde esta «coordinación causal» se explica el que se evalúe la buena fe contractual del depositario en función de la «causa custodiendi».

4. LA RESPONSABILIDAD DEL DEPOSITARIO Y SU ENCUADRE EN EL MARCO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN DERECHO ROMANO

Parece existir acuerdo entre la doctrina romanista sobre la imposibilidad de reconstruir una concepción unitaria según la cual los romanos hubieran tenido fijados los criterios y límites de la responsabilidad contractual. En un primer momento sólo se atiende

³¹ MARTÍN SANTISTEBAN, S.: *El contrato...*

a la existencia o no de un hecho por parte del deudor (quedaban excluidas las conductas omisivas y los supuestos de fuerza mayor) al que quepa atribuir la destrucción o deterioro de la cosa, careciendo de relevancia cuál había sido la intención del sujeto³².

Paulatinamente, por influencia de la práctica, la jurisprudencia fue introduciendo limitaciones. Así fueron quedando excluidos, no sólo las conductas omisivas y los supuestos de fuerza mayor, sino también, para los negocios celebrados «inter vivos», los casos en que el deudor no tuviese conocimiento de la obligación. Se va a ir concediendo progresivamente relevancia a la intención del deudor, hasta llegar a una sustitución del hecho por la culpa imputable al deudor. No obstante, no parece que se pueda hablar de la culpa, tal y como es entendida modernamente, hasta tiempos de Justiniano³³.

La jurisprudencia determinaba en cada tipo de contrato el nivel de responsabilidad que era exigible al deudor, recurriendo para ello, en algunos casos, al principio de utilidad o —como lo denominan otros— criterio del reparto de cargas y ventajas del contrato³⁴.

Podemos hablar, en época clásica, de una responsabilidad por dolo y de una responsabilidad por custodia. La responsabilidad por custodia constituía un grado de responsabilidad objetiva, no se valoraba la culpabilidad del individuo en el resultado dañoso, ni si se había cumplido o no la obligación de custodiar. El deudor obligado a custodiar responde directamente en caso de no cumplir con

³² CANNATA, C.A.: *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, Milano, 1967-1968, pp. 24-25, afirma que el problema de la responsabilidad contractual se identificaba siempre para los juristas romanos con el del incumplimiento de las obligaciones contractuales. No operaban con la noción de criterio de responsabilidad. A aquellos criterios de responsabilidad que nosotros estamos acostumbrados a reconocer como tal (en particular el dolo y la culpa), en la concepción romana correspondían otros tantos problemas de incumplimiento de obligaciones (accesorias, no autónomamente accionables) de «praestare». Una tendencia a considerar el dolo y la culpa como criterios de responsabilidad surge en el lenguaje postclásico.

³³ En distinto sentido se pronuncia MARTON, G.: «Un essai de reconstruction du développement probable du système classique romain de responsabilité civile», *RIDA*, 1949, vol. III, Bruxelles, p. 185. Entiende que ya en época clásica se formó una escisión de la culpa: en culpa lata, contraria a la «fides», y que en el ámbito de los «iudicia bonae fidei» fue asimilada en sus efectos al dolo; y culpa leve, poco reprochable. Mientras que la primera tenía como medida aquella conducta que ningún hombre honesto se permitiría; la segunda tenía como referente la conducta del buen y diligente padre de familia. «Resulta difícil creer —afirma— que el modelo del buen padre de familia, creación de la filosofía griega anterior a Aristóteles, y generalmente conocido también en Roma hacia finales de la República, no habría sido utilizado por los jurisconsultos clásicos, imbuidos de tal filosofía, y sólo hubiera penetrado 450 años más tarde y mediante un rodeo a través de Egipto, en el pensamiento jurídico romano» (p. 191).

³⁴ Para el contratante que no tenía interés en el contrato, la responsabilidad quedaba reducida al mínimo (responsabilidad por dolo), para el contratante que fuera el único interesado en el contrato, la responsabilidad es la más gravosa posible (por culpa y por custodia), mientras la culpa representa el criterio general para las relaciones en las que ambas partes están interesadas.

la obligación de restituir, responde del resultado de la custodia³⁵. Este tipo de responsabilidad aparece ligado al incumplimiento de una obligación, pero no al de la obligación de custodiar sino al de la obligación de restituir. La custodia como responsabilidad pierde toda conexión con la custodia vigilancia³⁶.

Así por ejemplo, en el contrato de depósito, a la «obligación»³⁷ de custodiar o al menos a la posibilidad de que sea exigida responsabilidad por no haber cumplido la «causa custodiendi» propia del depósito, no acompaña una responsabilidad por custodia³⁸. Pasajes del Digesto muestran que la custodia no guarda una relación directa y exclusiva con la actividad de vigilancia, sino que parecen haberse valorado además otras circunstancias (la intervención de un profesional, la mediación de precio...) ³⁹ a la hora de fijar qué supuestos acarrearán este arbitrario reparto de los riesgos. Nos encontramos ante lo que Kunkel denominó «responsabilidad por caso fortuito atenuada» y en la que se vislumbra el elemento que los modernos civilistas denominaron responsabilidad por el resultado.

Algunos autores intentan explicar la conexión semántica existente entre la responsabilidad por custodia y la actividad de vigilancia que le da nombre, teniendo en cuenta que responder por custodia significa soportar el riesgo de que se produzcan determinados eventos, y bien mirado, se trata de eventos que una atenta actividad de vigilancia habría logrado evitar⁴⁰. Estos riesgos de los

³⁵ HEUMAN-SECKEL, KÜBLER, SCHULZ, CANNATA, ARANGIO-RUIZ, LUZZATO, PARIS, y la doctrina mayoritaria en general, creen que la custodia es clásica en sentido técnico y justiniana su reducción bajo el concepto de la diligencia. Pero tampoco faltan autores que, como MITTEIS, LUSIGNANI, DE MEDIO, FERRINI, consideran esta custodia en sentido técnico como una invención de Justiniano e interpolados a tal fin los textos clásicos. Una tercera postura es la de aquellos autores que introducen matizaciones a estas dos teorías, adoptando posiciones intermedias: VAZNY, SARGENTI, MARTON, VISKY, BETTI, MAYER-MALY (citados en su mayoría por: HERRERA BRAVO, R.: «Planteamientos generales sobre responsabilidad por custodia en el Derecho Romano, en la tradición romanista y en la Codificación», *RDP*, julio-agosto 1993, pp. 669-670).

³⁶ CANNATA, C.A.: *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, Milano, 1966, pp. 122 ss.; RASCÓN C.: *Pignus y custodia en el Derecho Romano clásico*, Oviedo, 1976, pp. 86-87 y 89; METRO, A.: *L'obbligazione...*, p. 103.

³⁷ Utilizamos el concepto teniendo en cuenta las observaciones realizadas en el epígrafe anterior.

³⁸ Gai.Inst.3.207 (*FIRA*, vol. II). HERRERA BRAVO, R.: *El contrato...*, p. 312: «el contrato de depósito es el único negocio, al menos en la generalidad de los casos, que no comporta una responsabilidad por custodia, pero al mismo tiempo es el contrato donde aparece con más intensidad el presupuesto de vigilancia».

³⁹ D.16,3,1,35; D.13,6,10,1. Parece que a la hora de exigir responsabilidad por custodia prima la condición de profesional del depositario frente a la intervención de una remuneración: D.4,9,6.

⁴⁰ ARANGIO RUIZ, V.: *Responsabilità...*, p. 163: sin tomar en cuenta las circunstancias del caso singular, se imponen al obligado los riesgos de aquellas pérdidas que son normalmente evitables por quien sabe custodiar (en el sentido común de la palabra) la cosa

que debía responder el sometido a responsabilidad por custodia eran, sin lugar a dudas, el hurto de la cosa estando ésta en su poder, y probablemente a finales del período clásico los daños a la cosa cometidos por un tercero (a pesar de que Salvio Giuliano y Ulpiano hablan de la existencia de una corriente jurisprudencial contraria⁴¹). Sólo quedan excluidos los supuestos de fuerza mayor⁴² «cui humana infirmitas resistere non potest»⁴³.

Por lo que respecta a los supuestos contractuales que llevan aparejada esta responsabilidad por custodia, debía tratarse ante todo de contratos en los cuales existiera a cargo del deudor una obligación de restituir, al margen de que junto a la misma concurrese también una obligación de hacer. En las fuentes parecen encontrarse indicios para adosar una posible responsabilidad objetiva por custodia a) al comodatario, a menos que el contrato fuese en interés del comodante⁴⁴, b) al usufructuario⁴⁵, c) al «inspector sui causa»⁴⁶, d) al «fullo» y «sarcinator» (batanero y sastre)⁴⁷, e) al «nauta», «caupo» y «stabularius» (patrón de buque, hotel y dueño de establos)⁴⁸, f) al «horrearius» (aquel que a cambio de una merced recibe en establecimientos propios mercancías de otro)⁴⁹,

confiada. METRO, A.: *L'obbligazione...*, p. 119, aunque se pronuncia en el mismo sentido, vuelve no obstante en cierta medida sobre sus pasos al constatar que, en la elaboración del concepto de responsabilidad por custodia se operó una discriminación arbitraria entre los distintos eventos a que se ve sometida la cosa, poniendo algunos a cargo del deudor y excluyendo otros. Por consiguiente, el nexo semántico entre custodia-vigilancia y custodia-responsabilidad, de por sí muy sutil, deviene todavía más indirecto hasta dividirse totalmente, resolviéndose toda la cuestión en un reparto de los riesgos inherentes a la cosa entre las partes, sin ninguna relación con la actividad de custodia.

⁴¹ Citados por RASCÓN, C.: *Pignus...*, p. 95, y LUZZATO, G., voz «custodia (diritto romano)», en *Nuovo Digesto Italiano*, t. IV, 1938, p. 94.

⁴² PARIS, J.: *La responsabilité de la custodia en Droit Romain*, París, 1926, pp. 14-17, afirma que en el Edicto del Pretor, la responsabilidad impuesta a los patrones de buques, hoteles y dueños de establos (y que a su entender no era una responsabilidad absoluta de carácter excepcional), era más grave aún que la responsabilidad por custodia de la época clásica: los «nautae caupones stabularii» quedaban obligados a la restitución de los objetos recibidos, aunque éstos hubieren perecido por fuerza mayor. La responsabilidad nacida del «receptum» era ilimitada. La acción tiene por objeto el valor de las cosas recibidas o una tasación fijada por el pretor.

⁴³ ARANGIO RUIZ, V.: *Responsabilità...*, p. 162. A lo desencadenante de las fuerzas de la naturaleza se equiparaban las hipótesis en las cuales la cosa objeto de la obligación sucumbía a una irresistible violencia humana.

⁴⁴ Gai.Inst.3,206 (FIRA, vol. II).

⁴⁵ D.7,9,2.

⁴⁶ D.13,6,10,1.

⁴⁷ Gai.Inst.3,205 (FIRA, vol. II).

⁴⁸ D.4,9,1,8.

⁴⁹ D.19,2,40. Es un supuesto de la categoría de aquellos contratos en que una de las partes recibe una merced por la custodia de una cosa y podría considerarse antecedente remoto del Depósito en Almacenes Generales. LUZZATO, G., voz «Custodia»..., p. 94, y METRO, A.: *L'obbligazione...*, pp. 166 ss., hacen extensiva esta responsabilidad a todos los casos de «locatio conductio operis» y «locatio conductio rei». PARIS, J.: *La responsabilité...*, pp. 102 ss. y 311 ss., entiende que, aunque la responsabilidad del «horrearius» quedaba en principio limitada al robo y a los daños causados por terceros (responsabilidad por

y g) al depositario, «si se quis deposito obtulit» (si se hubiese ofrecido a recibir la cosa en depósito)⁵⁰.

Ya en la *Compilación justiniana* nos encontramos con un sistema articulado en diversos grados, de los que el primero es el dolo como intencionalidad. El segundo lo constituye la culpa, que puede revestir la forma de «lata», «levis» o «levissima» en razón del grado de diligencia que el deudor venga obligado a observar en las distintas relaciones jurídicas. Y en fin, un discutido tercer grado constituido por la custodia, que Visky interpreta como grado de responsabilidad que, saliendo de los límites de la culpa *levissima*, en Justiniano se extiende hasta la frontera de la fuerza mayor y en la *Compilación* se denomina de muy diversas maneras (*vis maior, casus mayor...*)⁵¹.

Rascón afirma que «posiblemente surge la culpa desgajada del campo de los delitos privados, cuando por la multiplicación de la casuística, los estrechos cauces marcados por la contraposición *dolus-casus* se hacen insuficientes para albergar situaciones en las que mediando una conducta negligente, activa o pasiva, en una de las partes, se imposibilita el cumplimiento de la prestación tal cual se debía realizar»⁵². Pero detrás de este cambio en la importancia desempeñada por el concepto de culpa, que de poseer escasa aplicación y desarrollo en época clásica, pasa a asumir en época post-clásica una posición de primer orden, se encuentra una nueva valoración de la voluntad humana. «Al jurista clásico le importa la clareza de la situación jurídica objetiva, en la cual la voluntad individual se manifiesta sin reservas, mientras que es propio de los bizantinos el buscar las más profundas intenciones, considerando la voluntad como alguna cosa extraña al hecho o acto en el cual se expresa, una cosa que lo supera y que va por tanto en sí misma premiada o sancionada, llevada a efecto jurídico o rechazada como contraria a derecho. (...) mientras para los clásicos los negocios vienen interpretados según el criterio objetivo de la valoración que toda palabra o gesto encuentra en el ambiente social, el Derecho justiniano se encuentra totalmente dominado por la tendencia a analizar escrupulosamente la manifestación, y a tomar en conside-

custodia), las partes podían agravar o disminuir la misma por medio de pacto. Afirma que los compiladores hacen nacer, del acuerdo por el cual el «*horrearius*» asume expresamente la guarda, una responsabilidad particular que se extiende a los casos de fuerza mayor y sobrepasa así los límites de la responsabilidad clásica de la custodia.

⁵⁰ D.16,3,1,35. Mayores dudas existen en torno a otros supuestos, como el del transportista, el vendedor hasta el momento de la entrega de la cosa y el acreedor pignoraticio.

⁵¹ VISKY, K.: «La responsabilidad...», p. 438.

⁵² RASCÓN, C.: *Pignus...*, p. 84.

ración también circunstancias extrañas, para asir a toda costa el querer interno, el "animus" del individuo⁵³»

La doctrina mayoritaria⁵⁴ entiende que se asiste, en Derecho justiniano, a una sustitución del sistema de responsabilidad objetiva por un sistema de responsabilidad subjetiva. Ya no se habla de responsabilidad por custodia sino de «exactissima diligentia». El «furtum», supuesto característico de la responsabilidad por custodia, es considerado como «evitable» empleando una exacta diligencia⁵⁵.

Ello supone una nueva forma de entender el «custodiam praestare» en las relaciones caracterizadas por la detentación de una cosa ajena en vista a su restitución. Ya no podía utilizarse, como fundamento para atribuir los riesgos, el incumplimiento de la obligación de restituir sin más. Se recurre por ello a la actividad de vigilancia, interpretando «custodiam praestare» como la obligación de responder por culpa en caso de falta de custodia. Es decir que, progresivamente, se va dando paso, si no ya a una obligación de custodiar, sí a un deber cuyo incumplimiento justifica la atribución de los riesgos derivados de una falta de restitución⁵⁶.

Esta relevancia que se va concediendo a la intencionalidad no se manifiesta solamente en materia de responsabilidad sino también en el papel desempeñado por la voluntad de las partes en la configuración del negocio jurídico. Y así, en el caso del depósito, los bizantinos hacen prevalecer la voluntad de las partes frente a la intervención o no de un precio. De tal modo que, el que el depositario recibiese un salario por la custodia, no transformaba el depósito en arrendamiento sino que, si esa era la voluntad de las partes, seguíamos encontrándonos ante un depósito remunerado⁵⁷.

⁵³ ARANGIO RUIZ, V.: *Responsabilità...*, p. 249. Según HERRERA BRAVO, R.: «Planteamientos generales...», p. 671, «esta evolución se explicaría por la preferencia de los bizantinos hacia la subjetividad, mucho más próxima a la equidad».

⁵⁴ En sentido contrario MARTON, G.: «Un essai...», p. 191.

⁵⁵ ARANGIO RUIZ, V.: *Responsabilità...*, p. 79: «el hecho de que se haya tenido que recurrir a una especie de presunción de negligencia para todas las hipótesis que no son de fuerza mayor, demuestra que el concepto de responsabilidad objetiva repugnaba a la mentalidad bizantina». PARIS, J.: *La responsabilité...*, p. 19, afirma que la evolución de la responsabilidad por custodia hacia la noción de responsabilidad por culpa ha sido paralela a la extensión de las acciones de buena fe, las cuales únicamente sancionan contratos en que la responsabilidad por custodia ha devenido responsabilidad por culpa, y no permiten alcanzar una responsabilidad por caso fortuito.

⁵⁶ ARANGIO RUIZ, V.: *Responsabilità...*, pp. 90 ss., sostiene que, de la custodia objetiva se pasa a la «diligentia in custodiendo», de claro carácter subjetivo. En idénticos términos se pronuncia HERRERA BRAVO, R.: «Planteamientos generales...», p. 671: «En esta época *custodia* y *diligentia* son términos que están mezclados estrechamente en las fuentes, de forma que la custodia se transforma en *diligentia in custodiendo*».

⁵⁷ Díez SOTO, C.M.: *El depósito...*, pp. 46-47, afirma que «la obligación de guardar o conservar pasa a un primer plano, en cambio, dentro del esquema de la *locatio conductio*

En tiempos de Justiniano el depositario respondía por dolo y culpa lata⁵⁸ –fundada sobre una omisión de diligencia particularmente grave por parte del deudor⁵⁹– como norma general. La doctrina romanista justifica esta limitación a la responsabilidad por dolo en el carácter gratuito del depósito, en la conocida «regula iuris de la utilitas contrahentium» y en el hecho de que, siendo el depósito una relación basada en la amistad, compete al depositante la elección de un depositario adecuado. Rotondi entiende que ello obedece igualmente a la antigua naturaleza de esta figura, que ha permanecido durante largo tiempo fuera del campo contractual y dotada de una tutela de carácter penal. Mientras en otras relaciones, ya desde antiguo y dentro de ciertos límites, se desarrollaba la responsabilidad por culpa, la responsabilidad del depositario seguía siendo una responsabilidad «ex delicto», que encuentra su límite y su expresión en el dolo⁶⁰.

Pero en Derecho romano el dolo como criterio de valoración del comportamiento del depositario no requería necesariamente la existencia de una intención maliciosa o propósito deliberado de dañar, sino que era suficiente con que el depositario hubiera sido consciente de la deslealtad de su proceder, con que su comportamiento hubiera sido infiel⁶¹. La existencia de un comportamiento

operis, donde ocupa uno de los polos del sinalagma. El proceso de paulatina integración de los contratos de guarda mediante retribución dentro del tipo contractual “depósito” determina una modificación esencial de éste, en la medida en que la actividad de custodia pasa a convertirse en la “esencia jurídico-obligatoria” del contrato, incluso en su variedad gratuita, mientras que la obligación de restitución deja de integrar la fase de ejecución para desplazarse hacia la fase de liquidación de la relación». La premisa de la que parte el autor nos parece algo dudosa ya que, al amparo de la «locatio-conductio operis», cabía exigir responsabilidad por custodia al demandante y, como hemos venido diciendo, la responsabilidad por custodia nada tenía que ver con la custodia vigilancia. Afirma METRO, A.: *L'obbligazione...*, pp. 168-169, que, si la omisión de custodia no comporta un daño para la cosa, no será perseguible; si en cambio se traduce en un daño a la cosa «locata», queda absorbida directamente en la responsabilidad objetiva. El conductor responde, no por haber omitido la custodia, sino por la simple verificación del evento que ha hecho imposible la restitución de la cosa.

⁵⁸ MARTÓN, G.: «Un essai...», p. 185: sitúa en época clásica la equiparación de la culpa «lata» al dolo en los «iudicia bonae fidei».

⁵⁹ D.16,3,32; D.44,7,1,5.

⁶⁰ ROTONDI, G.: «Contributi...», pp. 1 ss.; HERRERA BRAVO, R.: *El depósito...*, p. 268: «la limitación de la responsabilidad al dolo encuentra su única explicación en el origen de la relación (...) de una *actio in factum*, se pasa a una fórmula civil de buena fe, por la cual queda encuadrado en el esquema de los contratos reales, pero la medida de la responsabilidad queda fijada definitivamente bajo el régimen de las *actiones in factum*, y ésta aparece inmutable».

⁶¹ LONGO, C.: *Corso...*, pp. 17 y 26; PANERO, R.: *Derecho romano...*, p. 277, ya respecto del Derecho clásico, afirmaba que «constituye opinión generalizada en la doctrina que el depositario responde, en derecho clásico, únicamente por dolo, si bien, jurisprudencialmente, entendido de un modo elástico, identificable con cualquier tipo de conducta, conscientemente desleal»; GANDOLFI, G.: *Il deposito...*, pp. 14 ss., habla de comportamiento «culposamente desleal». En el mismo sentido ASTUTI, G.: voz «depósito...», p. 216, y HERRERA BRAVO, R.: *El contrato...*, pp. 263 ss.

doloso se va a valorar, no solamente a efectos de determinar la responsabilidad por incumplimiento del «reddere», sino también en lo que atañe a aquellos aspectos que indirectamente puedan incidir en la no restitución de la cosa depositada, entendida dicha restitución en su acepción amplia de retorno al «status quo ex ante»⁶².

Las fuentes revelan la posibilidad de que la responsabilidad del depositario se viera agravada en ciertos casos: a) cuando las partes así lo previeron expresamente, pudiendo acordarse que el depositario responda por culpa o incluso por caso fortuito⁶³; b) cuando el depositario se ofreció para recibir el depósito⁶⁴. Pages de Beaufort incluye aquí a aquellas personas que, por razón de su profesión, están llamadas a recibir depósitos: mesoneros, hoteleros⁶⁵; c) si el depósito se constituyó en interés exclusivo del depositario⁶⁶; d) cuando se hubiese estipulado un salario⁶⁷; e) en caso de incurrir el depositario en mora⁶⁸ o usar la cosa sin permiso del depositante⁶⁹.

Estas circunstancias conducen a una agravación de la responsabilidad del depositario que va desde la culpa hasta la responsabilidad por riesgo⁷⁰.

Celso entendía que actuaba fraudulentamente, y por tanto con culpa «lata» o dolo, aquel depositario que no empleaba en la vigilancia de lo depositado el mismo cuidado que en sus propias cosas (D.16,3,32). Lo cierto es que éste es el único pasaje del Digesto que hace mención a la culpa «in concreto» respecto del depósito⁷¹. Lusignani y la doctrina mayoritaria entienden que esta figura especial de culpa es obra de los compiladores y que en las fuentes antejustinianas falta toda mención a este modo de valorar la responsabilidad. Para Rotondi, en cambio, es más pro-

⁶² La tenencia o no tenencia de la cosa depositada por parte del depositario también era decisiva a la hora de precisar la existencia de dolo: D.16,3,1,21; D.16,3,1,22.

⁶³ D.16,3,1,6; D.13,6,5,2; D.45,2,9,1; D.2,14,7,15; D.13,6,5,2; D.17,1,39.

⁶⁴ PAGES DE BEAUFORT: *Du dépôt...*, p. 35, entiende que la responsabilidad por riesgo no puede pactarse cuando el depósito se hizo en interés exclusivo del depositante, pues ello sería ir en contra de la equidad.

⁶⁵ D.16,3,1,35.

⁶⁶ PAGES DE BEAUFORT, obr. ant. cit., p. 31.

⁶⁷ D.12,1,4,pr.

⁶⁸ D.13,6,5,2.

⁶⁹ D.16,3,12,3.

⁷⁰ D.13,1,16.

⁷¹ Consecuencia de la equiparación entre dolo y culpa «lata» en el Derecho justiniano es el que el error sobre la persona a quien se restituye ya no exonera de responsabilidad al depositario en todo caso. A diferencia del Derecho clásico en que la existencia de error excluía la posibilidad de una actuación dolosa, en época justiniana únicamente el error excusable, en el sentido de que el depositario no haya errado por grave negligencia, exonera de responsabilidad al depositario.

⁷¹ Antecedente de la actual responsabilidad «in concreto» recogida en el artículo 1927 del Código civil francés.

bable que tal pensamiento se le haya ocurrido a un jurisconsulto clásico como Celso, de quien es conocida la originalidad de opiniones. «El concepto de dolo –afirma Lusignani– no es para los romanos una creación doctrinal de la ciencia, sino que es vivido y sentido en la vida común (...) y la conducta de quien, en las cosas a él confiadas no usa aquella diligencia que emplea habitualmente en sus propias cosas, fácilmente implica, o al menos deja presumir, una intención dolosa (...). Aquí la culpa se convierte en dolo porque se la considera bajo un punto de vista que pone de manifiesto una iniquidad subjetiva. El criterio de la “*diligentia quam rebus suis*” serviría a Celso como criterio distintivo y al mismo tiempo como “*trait d’union*” entre culpa y dolo⁷².»

II. EL LARGO PERIODO COMPRENDIDO ENTRE LA CAÍDA DEL IMPERIO ROMANO Y LA CODIFICACIÓN. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD DEL DEPOSITARIO

1. INFLUENCIA GERMÁNICA

A lo largo del siglo IV tiene lugar la penetración de los pueblos germánicos en la Península. Llamados algunos por las autoridades Imperiales para proporcionar ayuda militar a Roma, otros sin embargo entraron en la Península por la fuerza. Uno de estos pueblos que terminará por imponerse en la Península, fueron los visigodos, que a cambio de su obligación de proporcionar auxilio militar al Imperio, adquieren el derecho a establecerse, primero en las Galias y posteriormente en Hispania. Desde ese momento se produce en la Península la cohabitación de dos civilizaciones, dos tradiciones: la hispanorromana y la visigoda.

Incluso tras la caída del Imperio Romano en el año 476, siguió vigente el Derecho romano postclásico, pero a éste vino a unirse el fruto de la actividad legislativa de los reyes visigodos⁷³. Esta

⁷² LUSIGNANI, L.: *La responsabilitat per custodia...* –citado por Rotondi–; ROTONDI, G.: «Contributi...», pp. 1 ss. JACMIN, P.: *Du dépôt...*, pp. 23-25, también entiende que el criterio de la culpa «in concreto» fue adoptado en época clásica.

El principio mencionado casi «per incidens» en el «Corpus Iuris», se ve fortalecido en el Derecho canónico (Decretal 2 X 3,16 de Gregorio IX) y será recibido posteriormente por el Derecho común, perpetuando la teoría de la responsabilidad por culpa «in concreto», desde la Glosa hasta la doctrina romanística moderna.

⁷³ Es discutido por la doctrina el problema del ámbito de aplicación del Derecho legal visigodo. Algunos autores defienden la tesis tradicional del principio de personalidad del Derecho, de forma que hasta la promulgación del *Liber Iudiciorum*, visigodos por una

actividad edictal no hace sino continuar el fenómeno de la vulgarización del Derecho romano, adaptándolo a circunstancias concretas y carente de todo aspecto doctrinal. Se asiste a un proceso de reducción y simplificación de la práctica contractual, sobre la que disponemos de muy poca información. Astuti afirma que la documentación concerniente a algunas relaciones contractuales, aunque muy practicadas, era destruida tras la extinción de la relación⁷⁴.

La regulación del contrato de depósito se ve igualmente resentida: «Las pocas fuentes de que disponemos atestiguan una sintomática confusión de conceptos y principios jurídicos, también en la práctica románica, donde es evidente el proceso involutivo respecto a la disciplina del depósito en el derecho justiniano (...)». El depósito carece de fisonomía propia como tipo negocial, y es considerado bajo el genérico concepto de «res praestita», donde tenían cabida igualmente y de forma indiscriminada, la prenda, el arrendamiento, el depósito, el comodato y el mutuo⁷⁵.

Así, en el *Liber Iudiciorum*⁷⁶, «las normas sobre depósito y otros contratos reales aparecen contenidas promiscuamente bajo la rúbrica “de commendatis et commodatis”, sin distinción entre préstamo de consumo y préstamo de uso, entre entrega en uso y entrega en custodia, contrato gratuito u oneroso, entrega a título de propiedad, posesión o detención (una distinción romana esta última, extraña al derecho germánico). El mismo término (de origen romano) de “commendatio” alude a especies negociales que los romanos consideraban diferentes, como la entrega en custodia de cosas muebles, la entrega en custodia de animales a cambio de un correspectivo, o el depósito con facultad de uso y pacto de una compensación».

La falta de distinción romana entre propiedad, posesión y mera detentación hacía que no se distinguieran tampoco claramente los diversos derechos y obligaciones del deudor. Leicht afirma que, justamente debido a que no cabía la posesión sin detención física de la cosa, en el territorio longobardo cambiaron las condiciones del comendatario respecto del depositario o comodatario del

parte y galorromanos e hispanorromanos por otra, se rigieron por ordenamientos jurídicos diferentes (PÉREZ PRENDES). En cambio, otro sector de la doctrina, encabezado por GARCÍA-GAYO y que ha terminado por imponerse, entiende que rigió el principio de territorialidad del Derecho, y que desde un principio galos e hispanorromanos se rigieron por las leyes visigodas.

⁷⁴ ASTUTI, G., voz «depósito...», p. 227.

⁷⁵ ASTUTI, G., obr. ant. cit., p. 228; HERRERA BRAVO, R.: «Planteamientos generales...», p. 672.

⁷⁶ *Lex Visigothorum*.

mundo romano. El depositario romano era un mero detentador, en cambio Aripando habla de la posesión del comendatario⁷⁷.

Con el nombre de «*commendatio*» se designaba a) una *commendatio gratuita*: el depósito de cosas muebles para su custodia; b) una *commendatio a cambio de prestación de una merced*: la entrega de animales en custodia; y c) una *commendatio en que, al contrario del caso precedente, era el comendatario quien entregaba al commendante una compensación por poder disponer de las cosas confiadas*: depósito irregular.

La diferente configuración de la «*commendatio*» respecto al depósito en Derecho romano se refleja en el régimen de la responsabilidad del comendatario. La *Lex Visigothorum V,5,1* (*Lex Baiuw XVI*) considera conjuntamente las hipótesis de *commendatio gratuita* y aquellas en que media remuneración, aunque al igual que en Derecho romano, el hecho de percibir una contraprestación al servicio de custodia agrava la responsabilidad del depositario.

El régimen de responsabilidad en el depósito gratuito por custodia es más riguroso que en el Derecho romano, el depositario responde hasta el límite de la culpa leve⁷⁸. Sin embargo, en caso de perecimiento de la cosa por fuerza mayor, la responsabilidad es aquella que posteriormente los modernos califican de «culpa in concreto», es decir que el custodio responde en caso de que, en dichas circunstancias, hubiese salvado las cosas propias⁷⁹. Si percibe una merced, el comendatario soporta además el riesgo del perecimiento fortuito de la cosa⁸⁰.

En el caso de hurto de la cosa depositada en manos del depositario, e independientemente de la existencia de una retribución, se concede a este último un plazo para descubrir al ladrón. De conseguirlo, ha de restituir la cosa recuperada al depositante, recibiendo para sí la «*compositio*» del ladrón. De lo contrario debía resarcir la mitad del daño⁸¹.

También es regulada rigurosamente la responsabilidad en el supuesto de depósito-mutuo pecuniario y usurario. En caso de haberse perdido la cantidad depositada por culpa o fraude del custodio, debía abonarse la cantidad depositada más los intereses

⁷⁷ LEICHT, P.S.: *Ricerche sul diritto privato nei documenti preirneriani*, parte 1.ª, Roma, 1914, p. 92.

⁷⁸ *Lex Visigothorum V,1* (*Lex Baiuw XV,1*).

⁷⁹ *Lex Visigothorum V,5,3-5* (*Lex Baiuw XV,2-3*).

⁸⁰ *Lex Visigothorum V,5,1* (*Lex Baiuw XIV,1*).

⁸¹ *Lex Visigothorum V,5,3*. El Derecho longobardo atribuía una responsabilidad aún más gravosa que el resto de las leyes bárbaras. Decía el Edicto que el depositario respondía en caso de «*furtum*» y «*scachum*», debiendo restituir, en caso de no recuperar la cosa del ladrón, el valor íntegro de la cosa confiada (ed. De Liutprando, cap. 131).

acordados. De lo contrario quedaba no obstante obligado el depositario a devolver la cantidad entregada (sin los intereses)⁸².

2. DERECHO MEDIEVAL (DESDE EL COMIENZO DE LA RECONQUISTA HASTA LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO)

La invasión musulmana y el derrumbamiento del Estado hispanogodo en el año 711 supone el inicio de una nueva etapa en la Historia del Derecho español. Quiebra la unidad propia del Estado visigodo, dividiéndose la Península en dos grandes zonas: la Islámica, ocupada por las fuerzas invasoras, y la Cristiana, donde se refugiaron los núcleos de resistencia contra el poder musulmán, y que al estar formada por territorios autónomos e independientes entre sí, da lugar a la formación de distintos derechos.

Como no podía ser de otro modo, esta diversidad política y cultural tiene su reflejo más inmediato en el mundo jurídico. Junto al Derecho musulmán y judío, que más bien por vía consuetudinaria que legal ejercen cierta influencia en los pueblos cristianos de la Reconquista, la falta de unidad creadora y por tanto de un Derecho nacional da lugar a una pluralidad de ordenamientos jurídicos, no sólo a nivel territorial sino también estamental.

Pero por encima de esta diversidad y dispersión normativa aparece una constante en el Derecho de la Baja Edad Media: la pervivencia del *Liber Iudiciorum*, que con distinta intensidad y profundas modificaciones sigue rigiendo como Derecho general en toda la Península, tanto en la zona conquistada por los musulmanes (a través de los mozárabes) como en los territorios independientes.

La necesidad de proceder a una cierta unificación jurídica, la emergente sociedad europea de los siglos XI y XII, cuyas necesidades económicas y culturales ya no podían ser satisfechas por el viejo derecho preexistente, y la admiración que suscitó el redescubrimiento del Derecho romano difundido por las escuelas italianas (especialmente la de Bolonia), da paso al periodo de la Recepción. La Recepción del Derecho común «supone la creación e implantación de un Derecho nuevo que, en buena parte, va sustituyendo al Derecho existente y ofrece la peculiaridad de ser común a todos los países. Tiene como elementos formativos, fundamentalmente, el producto de una reelaboración del Derecho romano justiniano,

⁸² Lex Visigothorum V,5,4. ASTUTI, G., voz «depósito...», p. 229, afirma que «el régimen de la responsabilidad sigue más bien los criterios relativos a la obligación de custodiar en el comodato que los propios del depósito».

obra de las Escuelas italianas, el Derecho adoptado por la Iglesia de Roma, así como el feudal de Lombardía y algunas normas tradicionales»⁸³.

Por lo que respecta al depósito ello supone igualmente un retorno a las fuentes justinianeas, que los glosadores adaptaban a las necesidades y circunstancias de la época. Así, respetando el rigor de tales textos, contraponen el depósito, «qui gratia dantis solummodo fit» (en interés exclusivo del depositante), al comodato, señalando una distinta responsabilidad por la custodia: el depositario, a diferencia del comodatario, responde de la culpa o culpa leve solamente si así se acordó o el depositario se ofreció⁸⁴. Y es que, al igual que en Derecho justiniano, «el acuerdo entre las partes puede incidir sobre la naturaleza del contrato y modificar los límites de la responsabilidad, estableciéndose, incluso, en el supuesto del “caso fortuito”. Se pone pues un especial énfasis por parte de los glosadores en el principio de la autonomía privada»⁸⁵.

Se parte en principio de la regla según la cual el depositario responde por dolo, excluyendo el que pueda quedar sometido a la diligencia del buen padre de familia. Pero se prevé que responderá por culpa lata o dolo si ha perdido la cosa recibida en custodia salvando las suyas propias. Es decir que se introduce de nuevo aquí el criterio de la responsabilidad «in concreto» («diligentia quam suis rebus»)⁸⁶.

Eran cinco, según los glosadores, las hipótesis en que el depositario debía responder por caso fortuito⁸⁷, siendo especialmente controvertido el caso de si el depositario moroso debía responder de la pérdida fortuita de la cosa. La mayoría entendía que recaía sobre él tal riesgo, sin que fuera posible exonerarse demostrando que la cosa habría perecido igualmente en manos del depositante y que éste no la habría vendido aunque hubiese sido puntualmente restituida. Pero parece que a pesar de la autoridad de Bartolo, representante de la tesis mayoritaria, habría podido prevalecer

⁸³ FERNÁNDEZ ESPINAR, R.: *Las fuentes del Derecho histórico español*, Madrid, 1985, p. 305.

⁸⁴ Rogerii *Summa Codicis*, IV, 38; *Vacarii Liber pauperum*, IV, 36; una glosa del *Liber pauperum* a D.16,3,1,6.

⁸⁵ HERRERA BRAVO, R.: «Planteamientos generales...», p. 675.

⁸⁶ En una glosa de ACCURSIO (Glosa «Nam etsi quis» a D.16,3,32) se plantea la pregunta de qué ocurre si el depositario emplea en sus propias cosas una diligencia inferior, no ya a la del buen padre de familia, sino al mínimo presumible según la naturaleza humana. Se entiende que también en este caso hay culpa grave y por tanto responsabilidad. El mismo principio aparece enunciado en una Decretal del Papa Gregorio IX (c.2,X,3,16). También el Derecho canónico, al igual que el Derecho romano, preveía la posibilidad de que la responsabilidad del depositario se extendiera, en ciertos casos, a la culpa levis y hasta a la culpa levísima: a) si el depositario se ofreció; b) si se recibió algo por la custodia; c) en caso de pacto, culpa o mora, imputándose incluso los casos fortuitos.

⁸⁷ Glosa «saepe evenit» a D.16,3,1,35.

durante largo tiempo la solución de Martino Gosia, que distinguía si tras la constitución en mora, la cosa habría o no perecido en manos del depositante⁸⁸.

Si bien los juristas del Derecho común retornan a las fuentes justinianeas, no lo hacen con toda la fidelidad que cabría esperar, interpretando los textos en función de las realidades y circunstancias de la época (sobre todo los comentaristas o escritores del «mos italicus»), y probablemente fueron éstas las que les llevaron a agravar la responsabilidad del depositario que no restituía lo que le había sido confiado⁸⁹.

Junto al depósito pecuniario en manos de los bancos u otras instituciones con análogas funciones, se desarrolla también en el medievo el depósito de otros bienes fungibles y de mercancías en general, en poder de grandes almacenes establecidos generalmente en los grandes puertos de comercio internacional⁹⁰.

Si bien se inició en Italia, el fenómeno de la Recepción se extendió en diversos momentos y con distinta intensidad a la totalidad de Europa. En España, a lo largo de los siglos XIII, XIV y XV, coexisten los Derechos tradicionales de origen consuetudinario, el Derecho Real emanado de la actividad legislativa del Rey y de las Cortes, y el Derecho Común creado por los juristas estudiosos del viejo Derecho romano. El *Liber Iudiciorum* traducido al castellano bajo el nombre de *Fuero Juzgo*, sigue vigente como fuero municipal en diversos territorios de la Península. En su libro V, título V,

⁸⁸ NEGRI, G.: «Deposito nel diritto...», p. 236.

⁸⁹ ASTUTI, G., voz «depósito...», p. 231: «las tentativas de conciliación (dolo/culpa lata/culpa in concreto) dan lugar, entre notables divergencias, a una extensión de la responsabilidad del depositario, que resulta manifiesta en el pensamiento de los mayores maestros de la escuela boloñesa»; NEGRI, G.: «Deposito nel diritto...», p. 236: «los criterios de responsabilidad por falta de restitución de la cosa custodiada son en el Derecho común más amplios y severos».

⁹⁰ ASTUTI, G., voz «depósito...», p. 233: «en estos almacenes los comerciantes podían depositar cosas fungibles o cosas determinadas, y a menudo, incluso las fungibles eran individualizadas, por medio de signos o marcas. En cualquier caso el depósito conservaba siempre, a diferencia del depósito irregular bancario, su finalidad fundamental de custodia, y los gerentes de estas instituciones carecían de toda facultad de uso sobre las mercancías depositadas. También para el depósito de mercancías (al igual que para el depósito bancario) se desarrolló el uso de una documentación probatoria: los gestores registraban los depósitos efectuados en sus almacenes así como sus posteriores restituciones, dejando a los depositantes notas del depósito que podían ser utilizadas como títulos representativos de las mercancías, transferibles según varias modalidades, e idóneos para llevar a cabo operaciones de compraventa o de crédito sobre las mercancías, sin que estas tuvieran que salir del almacén». NEGRI, G.: «Deposito nel diritto...», p. 239: «los Almacenes Generales encontraron posteriormente desarrollo orgánico con el gran comercio inglés y holandés, favoreciendo la circulación de productos que llegaban de colonias y mercados libres de todas partes del mundo a estos países, y se extendían sobre el continente europeo, modificándose así su finalidad originaria: el contrato de depósito pasa a ser solamente el momento inicial de una relación más compleja, ya sea bajo el perfil económico, ya bajo el jurídico».

leyes I a X, bajo el título de *De las cosas encomendadas hy enprestadas*, se regula el contrato de depósito, gratuito u oneroso, que sigue obedeciendo en cuanto a la responsabilidad del depositario a criterios más rigurosos que los del Derecho Romano: responsabilidad por culpa en caso de depósito gratuito⁹¹, responsabilidad por caso fortuito en caso de depósito oneroso⁹², indemnización de la mitad del daño en caso de no conseguir recuperar la cosa de manos de quien la hurtó⁹³, y criterio de la «culpa in concreto» en caso de pérdida de la cosa por fuerza mayor salvando lo propio^{94, 95}.

Junto al *Liber Iudiciorum* y a los fueros municipales (derecho tradicional castellano) vigentes en los diversos territorios peninsulares, y como fruto de la política legislativa de Alfonso X el Sabio, estuvieron vigentes en España durante la Baja Edad Media el *Fuero Real* y el *Código de las Siete Partidas*⁹⁶.

Con el *Fuero Real* Alfonso X trata de poner fin al localismo jurídico existente, dotando de unas mismas leyes a diversas poblaciones. Este Código recoge la tradición jurídica española: derecho castellano, a través de las leyes del Fuero de Soria, derecho visigodo, a través de los principios del *Liber Iudiciorum*, y puntos de vista del Derecho romano y canónico de la Recepción.

Este sincretismo jurídico se manifiesta en el Libro 3.º, Título 15, leyes 1 a 11, *De las cosas encomendadas*, dedicado a la regulación del contrato de depósito.

Se parte de la responsabilidad por culpa⁹⁷, pero se introduce de nuevo el criterio de la culpa «in concreto», atribuido por algunos a Celso, por otros a los compiladores⁹⁸, en caso de que se perdiese lo depositado salvando lo propio⁹⁹. Se hace responsable al depositario del caso fortuito si hubiere incurrido previamente en mora¹⁰⁰ o se hubiese pactado precio por la encomienda (guarda)¹⁰¹. Es decir

⁹¹ Ley I (*Fuero Juzgo ó Libro de los jueces*, por la Real Academia Española. Madrid, 1980, pp. 90 ss.). Hay que destacar la importancia que se concede al juramento como prueba de que los daños no son imputables al depositario.

⁹² Ley I.

⁹³ Ley III.

⁹⁴ Ley V.

⁹⁵ Permanece igualmente inalterada la regulación del depósito de dinero en que se hubieran pactado intereses: ley IV.

⁹⁶ Nos detenemos sólo en estos dos textos, a pesar de la fecundidad de la obra legislativa del monarca, por ser los únicos que nos proporcionan información sobre el depósito.

⁹⁷ Ley 1.ª (*Leyes de Alfonso X*, t. II, Fuero Real, Ávila, 1988. Fundación Sánchez Albornoz. Edición y análisis crítico por MARTÍNEZ DÍEZ, G., pp. 365 ss.).

Al igual que en el caso del Fuero Juzgo (Ley I), cabe señalar la importancia del juramento: ley 1.ª

⁹⁸ D. 16,3,32.

⁹⁹ Leyes 2.ª y 4.ª (*Leyes de Alfonso X*, t. II...).

¹⁰⁰ Ley 10.ª

¹⁰¹ Ley 3.ª

que, una vez más, se prevé en el *Fuero Real* la posibilidad de un depósito oneroso agravando la responsabilidad del depositario.

Se hace mención por primera vez, al regular el depósito irregular, al depósito cerrado o sellado, previéndose en caso de uso del mismo, una sanción del doble ¹⁰².

Pero es con el *Código de las VII Partidas*, obra claramente inspirada en los textos romanos y en la doctrina de los glosadores italianos, que se produjo la penetración del Derecho común en León y Castilla. Las leyes I a X, Partida V, Título III, agrupadas bajo el nombre de *De los condesijos a que dicen en latin depositum*, contiene la regulación jurídica del depósito. La palabra romanceada «condesar» significaba dar en prenda o custodiar. De ahí que la Ley 1.^a parte de que hay «condesijo» «cuando un ome da á otro sus cosas en guarda, fiándose en él».

Se admite el depósito de bienes inmuebles, si bien se afirma que «más propiamente, usan a dar en condessijo las cosas muebles que las otras» ¹⁰³. Se reconoce igualmente la posibilidad de recibir en depósito bienes fungibles, señalando que en tal caso la propiedad de lo depositado pasa al depositario ¹⁰⁴.

Después de afirmar categóricamente que el depósito (condessijo) sólo puede ser gratuito, pues la existencia de precio daría lugar a una figura jurídica distinta ¹⁰⁵, la Ley III del mismo Título y Partida, al regular la responsabilidad del depositario, parece afirmar lo contrario. Del Pozo Carrascosa entiende que las leyes II y III citadas son compatibles, no sólo porque la poca cuantía de la remuneración no va a afectar a la tipicidad del contrato, sino también porque, ateniéndonos a la literalidad de la ley III, cabe entender la remuneración, no como una contrapartida de la custodia sino como una contrapartida de una mayor diligencia.

Se parte de la responsabilidad por dolo y por culpa, pero ésta ya no es entendida como la falta de diligencia que se emplea en el cuidado de las cosas propias, sino como el no observar la diligencia del hombre medio, aquella que ponen la mayoría de los hombres en el cuidado de sus cosas. Es decir que frente al criterio de la culpa «in concreto», se introduce el de la culpa «in abstracto», el de la diligencia del buen padre de familia. Tal responsabilidad

¹⁰² Ley 5.^a

¹⁰³ Ley II (*Las Siete Partidas del Rey don Alfonso el Sabio*, por la Real Academia de la Historia, t. III, Madrid, 1972, pp. 164 ss.).

¹⁰⁴ Ley II (*Las Siete Partidas...*). GARCÍA GOYENA, F.: *Febrero o Librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva del Código civil, criminal y administrativo con arreglo en todo a la legislación hoy vigente*, t. II, Madrid, 1852, p. 259, entiende que esto constituye, prescindiendo de que se haga o no uso, un verdadero préstamo.

¹⁰⁵ Ley II.

podía incluso agravarse hasta la culpa leve, entendida como la falta de diligencia propia de un hombre sabedor y astuto, en determinadas ocasiones: cuando así se hubiese previsto por las partes, cuando el depositario se hubiese ofrecido a recibir la cosa y en caso de tratarse de depósito retribuido¹⁰⁶. Como regla general el depositario no respondía de los casos de fuerza mayor, de no ser que así se hubiere estipulado, que el depositario hubiere incurrido en mora a la hora de restituir la cosa, que la cosa depositada se hubiese perdido o deteriorado por culpa del depositario, o que el depósito se hubiere celebrado principalmente en utilidad del depositario¹⁰⁷.

Es clara la influencia romanística en los criterios de determinación de la responsabilidad del depositario. Siguen siendo las mismas las circunstancias que dan lugar a una agravación de responsabilidad: la voluntad de las partes, el carácter oneroso del contrato, el haberse ofrecido el depositario, el tratarse de un depósito celebrado en utilidad del depositario, o la mora del depositario. Pero se aprecia un mayor rigor ya que no sólo se responde por dolo, sino también por culpa, y la culpa no se entiende como culpa lata o falta de «diligentia quam suis», sino como ausencia de la diligencia observada por el hombre medio¹⁰⁸.

La cosa depositada debía restituirse con sus frutos¹⁰⁹, rentas y mejoras¹¹⁰. Y en cuanto a la valoración de los daños se está al juramento del depositante, pero el juez atenderá igualmente a la persona del depositante¹¹¹.

El Título VIII de la Partida V regula, entre los «loqueros y arrendamientos», el antecedente del actual depósito de bienes fungibles en almacén (Ley XXV) y de la introducción de efectos en establecimiento hotelero (Leyes XXVI y XXVII).

La Ley XXV somete el propietario del almacén que se obligó a la guarda de las mercancías en él depositadas, a un tipo de responsabi-

¹⁰⁶ Ley III.

¹⁰⁷ Ley IV.

¹⁰⁸ GARCÍA GOYENA, F.: *Febrero...*, p. 260, entiende que no es responsable el depositario cuando en caso de ruina, incendio, u otro caso fortuito, pudiendo salvar las cosas depositadas, prefirió las suyas. La aplicación al depositario de la responsabilidad del comodatario, sostenida por algunos autores a partir de la ley 32, título 3, libro 16 del Digesto, es difícilmente conciliable —entiende GARCÍA GOYENA—, con la regulación que de la responsabilidad del depositario hacen las Partidas.

En el mismo sentido SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho civil*, t. IV, Madrid, 1899, 2.ª ed, p. 884: «no hay que olvidar que el depósito es un contrato, generalmente celebrado en utilidad exclusiva del depositante, y que es contra razón exigir más diligencia en la defensa de las cosas ajenas que en la de las propias, ó pedir preferencia para salvar aquéllas á costa de que perezcan éstas».

¹⁰⁹ Los percibidos y los debidos percibir desde que se le reclamó (Ley VIII).

¹¹⁰ Ley V.

¹¹¹ Ley VIII.

lidad que recuerda la «responsabilidad por custodia» del Derecho Romano: responde de cualquier tipo de pérdida, salvo que la misma se debiese a caso fortuito sin mediar culpa suya, a incendio, a fuerza de ladrones o enemigos o a cualquier otro suceso semejante¹¹².

La Ley XXVI se refiere a la introducción de efectos en hostales, tabernas y navíos, y responsabiliza a sus propietarios de los daños causados en tales efectos por su dolo, culpa o hurto cometido por quienes allí se hospedaban, cuando dichos efectos fueron llevados al hostal, taberna o navío con conocimiento del hostelero o de sus empleados. La misma Ley prevé excepciones a esta responsabilidad: la exoneración unilateral por parte del hostelero en el momento de introducir los efectos, el ofrecimiento a depositar los efectos en caja o arca cerrada quedando la llave en manos del cliente, la pérdida por caso fortuito, incendio, crecida de ríos, derribo de la casa o peligro de la nave o fuerza de los enemigos, no concurriendo culpa del señor¹¹³.

3. DERECHO DE LA EDAD MODERNA

Si bien la unión de las coronas de Castilla y Aragón supuso el inicio de un nuevo periodo, el de la Edad Moderna, este cambio político no vino acompañado de grandes transformaciones en el plano jurídico. La Edad Moderna es una etapa recopiladora. Se intenta poner orden en el confusionismo jurídico existente mediante la elaboración de obras que contienen todo el Derecho real vigente, pero se conservan igualmente las grandes redacciones de la Edad Media, como son el Fuero Real y las Partidas. Si bien surgen algunas posturas en defensa de la enseñanza y aplicación del Derecho nacional (Pedro Núñez de Avendaño, Pedro Simón Abril)¹¹⁴, hasta entrado el siglo XVIII siguió habiendo un claro predominio del Derecho romano. Los juristas no aplicaban el Derecho de las Partidas sino el Derecho Romano estudiado.

El absolutismo y el afán racionalista del siglo XVIII ponen fin a esta situación. Se promueve el estudio del Derecho castellano en las universidades, desplazando paulatinamente el viejo Derecho Romano. Éste ya no sirve a las aspiraciones de los reyes absolutistas, sólo se concibe el Derecho como fruto de la voluntad del soberano. La técnica de las recopilaciones es sometida a crítica y sin

¹¹² Ley XXV, Título VIII.

¹¹³ Ley XXVI, Título VIII.

¹¹⁴ Otra reacción a favor del Derecho nacional se produce con las Leyes de Toro y las Ordenanzas Reales de Castilla.

romper radicalmente con la tradición jurídica anterior, se intenta crear un Derecho racional y uniforme, a imagen del pensamiento ilustrado que impera en la Europa del siglo XVIII.

Comienza a extenderse por el Continente la técnica codificadora, aunque no de forma simultánea en todos los países. Mientras en Francia se promulgaba el Código napoleónico, en España, un año después (1805), todavía se promulgaba la *Novísima Recopilación*¹¹⁵.

Esta obra, tardía y anacrónica, significa el fin de las Recopilaciones castellanas y el inicio de una nueva etapa en la Historia del Derecho Español, acompañada de una nueva técnica legislativa: la codificadora.

III. LA REGULACIÓN DEL DEPÓSITO EN LOS PRIMEROS CÓDIGOS EUROPEOS Y EN LOS ANTECEDENTES AL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

1. CÓDIGO NAPOLEÓNICO

Uno de los primeros Códigos europeos sobre el que necesariamente debemos detenernos, habida cuenta su enorme influencia sobre los Códigos posteriores y en particular sobre la codificación española, es el Código civil francés de 1804. El éxito del Código napoleónico se debe sin duda a las circunstancias sociales del momento: la revolución francesa y la consiguiente consagración del dogma democrático de la libertad e igualdad como base entera del orden político, y de la Ley como expresión de la voluntad general garantizadora de la libertad de todos para autodisponer de sí

¹¹⁵ Este texto se refiere únicamente en dos ocasiones al depósito convencional. La Ley XXI, Título I, Libro X, *De los contratos y obligaciones, testamentos y herencias*, prohíbe, fuera de los casos permitidos por la ley, exigir intereses del dinero depositado, prestado o dado a mercaderes para cambiar, tratar o contratar, so pena para el que lo diere «de perdimiento del dinero que así diere, aplicado por tercias partes, Cámara, Juez y denunciador», y para el que lo recibiere de incurrir «en pena de otro tanto aplicado de la misma manera» (MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.: *Códigos antiguos de España*, vol. II, Madrid, 1885, p. 1712 y pp. 1725 y 1726). Es decir que se prevé el depósito pecuniario pero se sanciona el pacto de intereses con la pérdida de lo depositado por el depositante y la pérdida de otro tanto por parte del depositario. Y la Ley I, Título IX, del mismo Libro se refiere al supuesto en que se hubieran entregado en confianza, por encomienda o por cualquier otra razón, cantidades de oro y plata (en moneda o en pasta) que hubiesen aumentado de valor a lo largo de la encomienda. Queda obligado quien las tuviese en su poder, a restituir las mismas cantidades recibidas, en las mismas monedas, del mismo valor, peso y ley, y en los mismos metales y pastas que les fueron entregados. Por lo tanto, el depósito de oro y plata es tratado como depósito de cosa específica, quedando los aumentos o descensos que su valor experimente a cargo del depositante.

mismos. Pero también obedece a que sus redactores pudieran contar con una sólida tradición doctrinal. Las obras de Pothier y Domat¹¹⁶ proporcionaron a los autores del Code el sistematismo y racionalismo que haría triunfar este cuerpo normativo¹¹⁷.

El Código civil francés, promulgado el 24 de marzo de 1804, se ocupa del depósito en el título XI, libro III, artículos 1917 a 1951. Prescindiendo de las cuestiones concernientes los límites de la responsabilidad del depositario, la disciplina jurídica del contrato es fuertemente deudora del Derecho Romano. La crítica y el abandono generales de los juristas del «mos italicus», preconizada por los políticos y filósofos ilustrados, estuvo acompañada por lo que concierne a la codificación del Derecho civil de una vuelta a las fuentes originales del Derecho privado romano. Con razón afirma Negri que «las obras que mayor influencia han tenido sobre el Código napoleónico y los en él inspirados (comprendido el Código civil italiano de 1865), son las *Pandectae Iustinianae in novum ordinem digestae* y el *Traité du contrat de dépôt* de Pothier»¹¹⁸.

1.1 Pervivencia de los elementos típicos del contrato

Pothier definía el depósito como «un contrato en virtud del cual uno de los contratantes confía la guarda de una cosa al otro, que se encarga de ella gratuitamente y se obliga a restituirla cuando le sea reclamada». El texto francés, separándose de tal definición, no habla ya de contrato sino de acto, incluyendo igualmente el sequestro.

La admisibilidad del depósito de bienes inmuebles, objeto de controversia secular, es reconocida por la doctrina más prestigiosa hasta fines del siglo XVIII¹¹⁹. Pero el artículo 1918 del Código francés termina recogiendo la que, por obra de la pandectística, acaba siendo la tesis dominante y según la cual el depósito sólo puede tener por objeto cosas muebles. Se admite el depósito de cosas fungibles, pero siempre que se individualicen de tal forma

¹¹⁶ DOMAT, M.: «Du dépôt et du séquestre», *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, Paris, 1777; POTHIER, R. J.: «Tratado del contrato de depósito», *Tratado de los contratos de beneficencia*, Barcelona, 1845.

¹¹⁷ DALLOZ, M.D., voz «Dépôt», *Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence*, t. 15, 1850, p. 445: «Los principios de Derecho romano, de derecho canónico y de nuestra antigua jurisprudencia sobre el depósito, han pasado a nuestro Derecho moderno. Domat, en sus Leyes civiles, les ha consagrado el título 7, libro 1, y Pothier les dedica un tratado particular, seguido punto por punto por los redactores del Código, con un cuidado tal que no podríamos encontrar un comentario mejor al título del depósito, de no ser en lo que concierne el depósito hotelero y el sequestro, materias importantes a las que Pothier no dedica la suficiente importancia».

¹¹⁸ NEGRI, G.: «Deposito nel...», p. 241.

¹¹⁹ DOMAT, M.: «Du dépôt...», p. 126.

que puedan ser objeto de restitución las mismas cosas que fueron entregadas ¹²⁰.

Sigue siendo incontestable la calificación del depósito como contrato real ¹²¹. La doctrina admite la validez de la promesa de recibir un depósito y la posibilidad del depositante de obligar al depositario a recibir el mismo, pero entiende que tal acuerdo se regirá por los principios generales y no por las normas del contrato de depósito ¹²².

El depósito es calificado como contrato bilateral imperfecto, subrayando el carácter eventual de las obligaciones del depositante hacia el depositario. A no ser que el depositario percibiese un salario, en cuyo caso los que admiten tal posibilidad afirman que el contrato se convierte en sinalagmático.

Pothier enumeraba el depósito entre los contratos de «bienfaisance», si bien admitía la posibilidad de que el depositario recibiese regalos del depositante siempre que no obedecieran a una exigencia suya. Ésta parece ser la postura adoptada por el Código francés, que en principio lo define como contrato «esencialmente gratuito» (art. 1917) aunque incurra posteriormente en alguna contradicción a la hora de regular la responsabilidad del depositario (art. 1928). La doctrina inmediatamente posterior al texto francés mantiene tal definición pero la interpreta con cierta flexibilidad, no faltando por parte de algún intérprete un más amplio reconocimiento a la admisibilidad de un precio ¹²³.

Por lo que respecta al permiso de usar la cosa depositada, la doctrina francesa entiende que la concesión al depositario de tal

¹²⁰ TROPLONG: «Du dépôt...», p. 17.

¹²¹ En contra de la opinión mayoritaria: DUVERGIER, J.B.: «Comentarios y continuación a Touiller», *Droit civil français*, t. 21, t. 6, Paris, 1843, pp. 494 ss.

¹²² TROPLONG: «Du dépôt...», p. 5; PONT, P.: «Des petits contrats», t. 1, *Explication du Code civil*, t. 8., Paris, 1867, p. 176; LAURENT, F.: *Principes de Droit civil*, t. 27, Paris, 1878, 3.^a ed., p. 88; BAUDRY-LACANTINERIE, G. y WAHL, A.: *Traité théorique et pratique de Droit civil. De la société, du Prêt et du Dépôt*, Paris, 1907, 3.^a ed., p. 559.

¹²³ DUVERGIER, J.B.: *Droit civil...*, p. 533, y TROPLONG, «Du dépôt...», p. 13, distinguen el salario de los regalos espontáneos, que no alteran según ellos la naturaleza del contrato. PONT, P., «Des petits contrats...», p. 170, y BAUDRY-LACANTINERIE, G. y WAHL, A.: *Traité...*, pp. 626 y 627, entienden que es esencial para que haya depósito que una intención de liberalidad mueva al depositario, pero que no es necesario que actúe bajo la influencia de un móvil exclusivamente desinteresado. Si el salario fijado es el equivalente exacto del servicio prestado, estaremos ante un arrendamiento aunque las partes hayan dado al contrato otro nombre, pero si la remuneración no se corresponde con el cuidado que debe ser adoptado por el depositario, el contrato seguirá siendo un depósito. DALLOZ, M.D., voz «Dépôt...», pp. 449 y 451, entiende que hay que diferenciar si el precio proporciona beneficios al depositario (y pone el ejemplo de personas dedicadas profesionalmente a tal actividad), en cuyo caso habrá arrendamiento de obra, o si se trata de una indemnización por los gastos derivados de la conservación de la cosa, en cuyo caso seguirá habiendo depósito. Remite en último término la decisión a los tribunales, que deberán examinar cada caso concreto.

facultad, de forma accidental y no habitual y conservando el depositante su derecho a reclamarla en cualquier momento, no desnaturaliza el depósito (al igual que el tener que prestar algún servicio accesorio en interés del propietario)¹²⁴. Y a diferencia de la solución alcanzada posteriormente por nuestro Código civil, el texto francés admite que el permiso de uso haya sido concedido de forma expresa o presunta (art. 1930)¹²⁵.

En caso de tratarse de cosas consumibles, hay quien reconoce autonomía propia a esta figura jurídica¹²⁶. Otros niegan la existencia del depósito si se concedió la facultad de uso en el momento de la celebración del contrato, pero si se concedió con posterioridad, distinguen ambos momentos: antes de hacer uso de tal facultad, habría un depósito regular, con posterioridad, un depósito irregular¹²⁷ o un mutuo¹²⁸.

La doctrina se mantiene fiel a la tradición romanista y a la opinión de Pothier al considerar que el depositario es un simple detentador que carece de la posesión y propiedad de lo depositado¹²⁹, de no ser que fuese propietario pero que el depositante gozase de algún derecho de retención sobre ella (en concepto de usufructuario o acreedor prendario)¹³⁰. Sigue sin requerirse la condición de propietario para poder depositar la cosa. El artículo 1922 del Código francés se interpreta en el sentido de que el propietario no queda vinculado por el contrato celebrado entre el depositante y el depositario¹³¹.

¹²⁴ DUVERGIER, J.B.: *Droit civil...*, p. 511; TROPLONG: «Du dépôt...», pp. 21 y 24; DALLOZ, M. D.: voz «Dépôt...», pp. 449 y 450; PONT, P.: «Des petits contrats...», p. 173; LAURENT, F., *Principes...*, p. 91; BAUDRY-LACANTINERIE, G. y WAHL, A.: *Traité...*, pp. 587 y 588.

¹²⁵ LAURENT, F.: *Principes...*, p. 122, admite la posibilidad de un consentimiento tácito (aquél que resulta de hechos que no admiten otra interpretación posible), pero sostiene el desacierto de POTHIER y del Código en la admisión del consentimiento presunto.

¹²⁶ PONT, P.: «Des petits contrats...», pp. 175, 198 y 199, y AUBRY y RAU, *Droit civil français*, t. 6. «Contrats civils divers. Quasi-contrats. Responsabilité civile», París, 1975, p. 197, entienden que habrá que atender a la voluntad de las partes para saber cuándo estamos ante un depósito y cuándo ante un préstamo. Por lo general, si el interés es mínimo y la restitución debe tener lugar poco tiempo después de un aviso, habrá depósito, si el interés es normal, habrá préstamo.

¹²⁷ LAURENT, F.: *Principes...*, p. 91.

¹²⁸ DUVERGIER, J.B.: *Droit civil...*, p. 509; GUILLOUARD, L.: *Traité du prêt, du dépôt et du séquestre*, París, 1893, 2.ª ed., pp. 301 y 302, y DURANTON, A.: *Cours de droit français*, t. X, Bruxelles, 1834, 3.ª ed., p. 14.

¹²⁹ TROPLONG: «Du dépôt...», p. 2.

¹³⁰ PONT, P.: «Des petits contrats...», p. 168; POTHIER, R. J.: «Tratado...», p. 155, entendía que esa condición de detentador es la que impedía la adquisición de la cosa por prescripción de la «actio depositi», pero que si el depositario dejara de ser mero detentador, nada le impediría oponer la adquisición por prescripción de la acción contractual.

¹³¹ PONT, P.: «Des petits contrats...», p. 180; LAURENT, F.: *Principes...*, p. 99.

1.2 Cambio en la configuración de las obligaciones a cargo del depositario

Obligaciones del depositario son las de guardar la cosa y restituirla. La *diligentia in custodiendo* se transforma en «obligation de veiller à la conservation de la chose avec la diligence d'un bon père de famille». La custodia aparece en la legislación moderna, no ya como un criterio de responsabilidad o una mera carga de conservación, sino como contenido de una auténtica obligación cuyo cumplimiento es exigible por el depositante. El depósito, no sólo no puede centrarse ya en la obligación de restituir, sino que en la guarda reside –según la doctrina– la finalidad del contrato que permite distinguirlo de figuras afines¹³².

No obstante, el Código sigue dedicando la mayor parte de su contenido a regular con detalle la obligación de restituir a cargo del depositario, regulación que sigue inspirándose en la tradición romanística en que era la única obligación exigible por el depositante.

1.3 La responsabilidad del depositario por incumplimiento contractual. Criterio de la diligencia *quam suis*

Así como la obligación de custodiar o conservar, instrumento necesario al cumplimiento de cualquier obligación de dar, ha de contar como primera fuente informadora de su contenido con el criterio de la diligencia propia de un buen padre de familia (art. 1137), el artículo 1927 del Código civil francés establece que el depositario debe usar la misma diligencia que la empleada para custodiar las cosas de su propiedad¹³³. Con ello se consagra la tesis defendida por Portalis (en contra de la opinión de algún comisario que proponía imponer la diligencia del buen padre de familia¹³⁴) y se introduce, en el ámbito del contrato de depósito, un nuevo criterio de imputación de responsabilidad que rompe con la responsabilidad por dolo o culpa lata que había predominado históricamente.

¹³² POTHIER, R. J.: «Tratado...», p. 129; GUILLOUARD, L.: *Traités...*, p. 283; PONT, P.: «Des petits contrats»..., pp. 172-173; DALLOZ, M. D., voz «Dépôt»..., p. 449.

¹³³ GUILLOUARD, L.: *Traités...*, p. 333, señala que la excepción que introduce el artículo 1927 en cuanto al grado de vigilancia a observar por el detentador de la cosa, es única en Derecho francés.

¹³⁴ M. DEFERMON. Ésta parece que fue también la postura mantenida por FAVARD en su Discurso pronunciado ante el Corps Législatif, FENET, P. A.: *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, t. XIV, Osnabrück, 1968, p. 512.

En los supuestos previstos expresamente por el artículo 1928 del *Code* (ofrecimiento del depositario¹³⁵, depósito remunerado, depósito hecho en interés exclusivo del depositario¹³⁶ y acuerdo expreso de las partes), la doctrina mayoritaria entiende que se restablece, a modo de responsabilidad agravada, la aplicación del principio de la culpa leve en abstracto, que es la del derecho común¹³⁷. Salvo que las partes hubieran acordado una responsabilidad más grave, como la de la culpa levísima, que al ser desconocida en materia contractual habrá de ser objeto de una cláusula formal sobre la que no quepa duda alguna.

El criterio de la culpa *in concreto* es de carácter subjetivo, ya que la diligencia que suele emplear el depositario en sus propias cosas puede ser inferior a la propia de un buen padre de familia, o superior. Y en este punto esencial existe discrepancia doctrinal. Mientras algunos autores entienden que el depositario que no vigila la cosa depositada con el mismo cuidado que emplea en las suyas, comete una falta grave de la que debe responder aunque tal descuido en sí mismo considerado sólo fuese constitutivo de una falta leve¹³⁸, según otros ello nos llevaría al absurdo de sancionar más rigurosamente al depositario que presta un servicio gratuito que a quien guarda una cosa ajena en su propio interés, como puede ser el prestatario¹³⁹.

¹³⁵ TROPLONG, «Du dépôt...», p. 65; PONT, P.: «Des petits contrats...», pp. 193-194 y GUILLOUARD, L.: *Traité...*, p. 340, incluían ya en esta excepción el caso de las personas llamadas, por razón de su ocupación, a recibir depósitos (notarios, hoteleros y posaderos). Pero TROPLONG, pp. 63 y 64, exige que el depositante no hubiera tenido intención de efectuar el depósito y el depositario le haya prácticamente convencido. O que estando decidido a constituirlo en manos de otra persona, el depositario le persuada de encargárselo a él, pp. 63 y 64.

¹³⁶ BAUDRY-LACANTINERIE, G. y WAHL, A.: *Traité...*, p. 581, PONT, P.: «Des petits contrats...», p. 195 y GUILLOUARD, L.: *Traité...*, p. 343 añade también el caso en que el contrato se hubiera celebrado en interés de ambas partes.

¹³⁷ TROPLONG, «Du dépôt...», p. 69; DALLOZ, M. D., voz «Dépôt...», p. 458; GUILLOUARD, L.: *Traité...*, p. 339. Se separan en este punto la mayoría de los autores de la opinión sostenida por POTHIER, R. J.: *Traité des obligations*, vol. I, Paris, 1825, p. 171, quien hacía responsable al depositario, en cuyo favor se hizo el depósito, incluso de la culpa muy leve. También parece existir acuerdo doctrinal en cuanto a que no queda descartada esta agravación de responsabilidad por el hecho de que el interés del depositante se mezcle con el del depositario: TROPLONG, «Du dépôt...», p. 68.

¹³⁸ TROPLONG, «Du dépôt...», p. 54; PONT, P.: «Des petits contrats...», pp. 191 y 192; LAURENT, F., *Principes...*, p. 113; HUC, T.: *Commentaire...*, pp. 303 y 304; GALDI, M.: *Trattati...*, p. 127.

¹³⁹ BAUDRY-LACANTINERIE, G., y WAHL, A.: *Traité...*, p. 580, GUILLOUARD, L.: *Traité...*, p. 336 y FERRINI, C.: *Manuale...*, p. 579, para quienes la regla de la *culpa levis in concreto* sólo juega en favor del depositario y no en contra suya, aunque él observara en el cuidado de sus cosas una diligencia superior a la del buen padre de familia. Ya POTHIER, R. J.: «Tratado...», pp. 137 y 138, no mantenía una postura clara al respecto. Comienza afirmando que el depositario responderá de la culpa leve que no suele cometer en la conservación de sus propias cosas, aunque ello implique una diligencia superior a la del buen

Podría valorarse como postura intermedia la de quienes se remiten al criterio jurisprudencial, dejando a los jueces un cierto margen a la hora de apreciar los hechos, valorar los sucesos, percibir las sutilezas, tener en cuenta las intenciones, pronunciándose en cada caso de acuerdo con las circunstancias concurrentes y las personas intervinientes¹⁴⁰.

Consecuencia de este criterio de responsabilidad es –según la doctrina mayoritaria– la de que el depositario que hubiese optado por salvar sus propias cosas dejando perecer las del depositante, cuando las confiadas tuvieran un valor superior a las suyas y fueran igual de fáciles de salvar, debe responder de dicha pérdida. De haber optado por las depositadas, siempre tendrá el derecho a ser indemnizado por el valor de las propias que hubiera debido sacrificar¹⁴¹.

El depositario no responde de los casos fortuitos¹⁴², a no ser que a) se encontrase en mora y la cosa no hubiese periclitado igualmente en manos del depositante (art. 1929)¹⁴³; b) así se hubiera acordado por las partes en el momento de la celebración del contrato¹⁴⁴; c) hubiese incurrido previamente en culpa¹⁴⁵; d) hubiera usado la cosa sin permiso y no pudiera demostrar que ésta habría periclitado igualmente si no la habría utilizado¹⁴⁶.

padre de familia, pero a continuación matiza tal opinión y añade que, cuando la falta del depositario considerada en abstracto sea una falta leve y ordinaria, se presumirá fácilmente que las comete del mismo tipo en el cuidado de sus cosas y que por lo tanto no ha hecho prueba de falta de fidelidad en la guarda del depósito.

¹⁴⁰ DUVERGIER, J. B.: *Droit civil...*, pp. 529 y 535, afirma que, pese a que se atendía a la diligencia empleada por el depositario en el cuidado de sus propias cosas, tal regla no se aplicaba siempre al pie de la letra. En ocasiones la levedad de la falta lo exoneraba de toda responsabilidad, a pesar de que el depositario no soliese cometer faltas de ese tipo. Otras veces una falta muy grave acarrea su responsabilidad, aunque cometiese también faltas de ese tipo en la gestión de sus propios asuntos. El autor se muestra partidario de aplicar el artículo 1927 «con la templanza de la antigua jurisprudencia». En el mismo sentido, DALLOZ, M. D., voz «Dépôt»..., p. 457.

¹⁴¹ POTHIER, R. J.: «Tratado...», p. 138; DURANTON, A.: *Cours...*, p. 12; DUVERGIER, J. B.: *Droit civil...*; TROPLONG, «Du dépôt...», p. 56; DALLOZ, M. D., voz «Dépôt»..., p. 457; PONT, P.: «Des petits contrats...», p. 192; BAUDRY-LACANTINERIE, G., y WAHL, A.: *Traité...*, p. 583; JACMIN, P.: *Du dépôt...*, p. 26. En contra: GUILLOUARD, L.: *Traité...*, p. 348 y HUC, T.: *Commentaire...*, p. 308, según quienes no puede obligarse al depositario, que presta un servicio gratuito, a preferir la cosa ajena antes de la propia.

¹⁴² Los eventos constitutivos de caso fortuito, por lo general, no eran definibles a priori, sino en función de las circunstancias concurrentes: BAUDRY-LACANTINERIE, G. y WAHL, A.: *Traité...*, pp. 585 y 586.

¹⁴³ En cuyo caso POTHIER, R. J.: *Traité des obligations...*, vol. I, p. 171, entendía que el depositario debía restituir, no sólo los frutos percibidos sino también los debidos de percibir.

¹⁴⁴ GUILLOUARD, L., *Traité...*, pp. 344 y 345; TROPLONG, «Du dépôt...», pp. 71-72.

¹⁴⁵ GUILLOUARD, L., obr. ant. cit., pp. 344 y 345; DUVERGIER, J. B.: *Droit civil...*, p. 536.

¹⁴⁶ PONT, P.: «Des petits contrats...», p. 199, entiende, a diferencia de POTHIER, que si el depositario que uso la cosa sin autorización la hubiese perdido y vuelto a recuperar, queda purgado su incumplimiento, luego si la volviese a perder por caso fortuito, no ponderará del mismo.

1.3.1 LA RESPONSABILIDAD DEL HOTELERO POR LA INTRODUCCIÓN DE EFECTOS EN SU ESTABLECIMIENTO

Los comentaristas al *Code* ya coincidían en que sólo desde el punto de vista de la prueba podía asimilarse el llamado depósito hotelero con el depósito necesario¹⁴⁷. Una importante diferencia entre depósito necesario y depósito voluntario en Derecho francés ha radicado (hasta la derogación del artículo 1923 por la Ley n.º 80-525 de 12 de julio de 1980) en la admisión de todo tipo de prueba, incluso la testimonial, y cualquiera que sea el importe de lo depositado, siempre que se probara el carácter necesario del depósito (art. 1950)¹⁴⁸. Esta libertad probatoria se admitía también en el caso de introducción de efectos en establecimiento hotelero, frente a la necesidad de prueba escrita que el artículo 1923 imponía cuando lo depositado tuviera un valor superior a cincuenta francos.

Al tratarse de un depósito remunerado, la excepción de la *culpa levis in concreto* queda derogada y restablecida la regla de la *culpa levis in abstracto*. Pero la agravación de tal responsabilidad va aún más allá, el hotelero no sólo ha de responder de la conducta de su personal, lo cual no es sino aplicación de las normas generales, sino también del robo o daños cometidos por personas extrañas al hotel (art. 1953).

Duvergier habla de presunción de culpa o negligencia, que sólo puede quedar rechazada mediante la prueba de un caso de fuerza mayor, fundamentalmente el robo a mano armada¹⁴⁹. El robo y el incendio no eran exonerantes por sí mismos sino que el depositario debía demostrar, en cada caso concreto, que eran constitutivos de fuerza mayor¹⁵⁰.

También quedaba exento el hotelero en caso de demostrar que hubo negligencia culposa por parte del cliente. La culpa del depo-

¹⁴⁷ Se defiende mayoritariamente que el contrato que se forma entre el hotelero y el cliente es doble: hay un arrendamiento de servicios como contrato principal y, accesoriamente, un contrato de depósito: PONT, P.: «Des petits contrats...», p. 232; TROPLONG, «Du dépôt...», p. 163; LAURENT, F., *Principes...*, p. 152

¹⁴⁸ La Ordonnance de 1667, tit. XX, artículo 3, a fin de suavizar tal responsabilidad y proteger a los hoteleros de las posibles confabulaciones entre sus clientes y terceros, reconocía a los jueces el poder discrecional de admitir o no la prueba teniendo en cuenta «la cualidad de las personas y las circunstancias de hecho». Según TOULLIER, DUVERGIER, J. B.: *Droit civil...*, p. 573, el poder discrecional del juez iría aún más allá, y también a la hora de evaluar y determinar el importe de los objetos depositados, el juez podría moderar tal suma (art. 1369). Incluso podría rechazar la demanda del cliente cuando la misma se refiriera a objetos preciosos cuya presencia en el hotel no fue señalada al hotelero.

¹⁴⁹ DUVERGIER, J. B.: *Droit civil...*, p. 572.

¹⁵⁰ PONT, P.: «Des petits contrats...», p. 242, afirma que el caso fortuito y la fuerza mayor, casi siempre asimilados cuando se trata de la extinción de una obligación de cosa cierta, se encuentran aquí implícitamente distinguidos a diferencia de lo que ocurre en el depósito ordinario o depósito necesario.

sitante unida a la del depositario daba lugar por lo general a una atenuación de la responsabilidad del depositario¹⁵¹.

Rompiendo con la doctrina de Pothier, la responsabilidad del hotelero ya no queda limitada a los efectos que le son entregados en mano por el cliente. Quedan comprendidos igualmente aquellos objetos, preciosos o no, cuya presencia no hubiese sido señalada al hotelero, y que hubiesen sido depositados en la habitación o en cualquier otro sitio del hotel donde se acostumbre a dejar tales bienes¹⁵². Aunque se suele considerar que, en ausencia de culpa por parte del hotelero o de sus empleados, su responsabilidad queda limitada al valor de los objetos preciosos que el viajero, teniendo en cuenta su condición y las circunstancias concurrentes, podía llevar razonablemente consigo. Si el cliente llevara consigo objetos de valor superior al que pueda esperar el hotelero, debía entregárselos o al menos señalarle su presencia¹⁵³.

Los comentaristas al Código francés ya se plantearon la admisibilidad o no, en materia de depósito hotelero, de pactos modificativos de responsabilidad. Aunque se entendía que no podían nunca suponer una exoneración por culpa grave o dolo y que era necesario contar con el consentimiento de ambas partes, se admitía tal posibilidad cuando hubiera habido consentimiento expreso y el

¹⁵¹ TROP LONG, «Du dépôt...», p. 180; AUBRY y RAU, *Droit civil...*, p. 223; DALLOZ, M.D. voz «Dépôt»..., p. 488 y LAURENT, F.: *Principes...*, p. 165, entienden que la culpa del cliente sólo exonera al hotelero cuando es indudable que, sin ella, el robo no habría tenido lugar, lo cual será siempre muy difícil de probar. Lo normal será que la responsabilidad del hotelero subsista, aunque disminuida. El juez lo tendrá en cuenta en la valoración de los daños y perjuicios. En contra: DUVERGIER, J. B.: *Droit civil...*, p. 575, para quien la culpa del cliente exoneraría completamente de responsabilidad al hotelero, de no ser que el robo hubiese sido cometido por uno de los empleados del hotel.

¹⁵² BAUDRY-LACANTINERIE, G., y WAHL, A.: *Traité...*, pp. 641 y 642, entiende que tal responsabilidad se extiende también a los objetos que el viajero va introduciendo durante su estancia en el hotel y a los que hizo llegar al hotel antes de presentarse él personalmente en el mismo, siempre que haya habido consentimiento de ambas partes.

¹⁵³ TROP LONG, «Du dépôt...», pp. 165-166 y 174; PONT, P.: «Des petits contrats...», pp. 236-238; GUILLOUARD, L.: *Traité...*, p. 439; DALLOZ, M. D., voz «Dépôt»..., p. 491. BAUDRY-LACANTINERIE, G., y WAHL, A.: *Traité...*, p. 655 y LAURENT, F.: *Principes...*, pp. 182-183, entienden que hay que distinguir entre responsabilidad del hotelero y prueba de lo depositado. El juez debe, atendiendo a las circunstancias del caso concreto (condición de los viajeros, costumbres del hotel), decidir si queda probado que el cliente trajo consigo al hotel bienes preciosos o de considerable valor. Pero una vez admitidos tales extremos, no puede moderar la responsabilidad del hotelero sino que deberá aplicarla con todo su rigor.

Los artículos 1952 a 1954 del texto francés han sido objeto de diversas reformas. Podemos mencionar la llevada a cabo por la ley de 18 de abril de 1889, que limita a 1.000 francos la responsabilidad del hotelero respecto del dinero y títulos al portador no depositados en sus manos. En caso de que el viajero demuestre que ha habido culpa por parte del hotelero, de sus empleados o de uno de sus clientes, el depositario responde no obstante ilimitadamente del valor de lo depositado. Y la de la Ley de 24 de diciembre de 1973, que modifica los artículos 1952 a 1954 para adecuarlos a la Convención europea de 17 de diciembre de 1962. Con ella se eleva el importe de la responsabilidad respecto de los objetos no depositados en manos del hotelero y se añade como causas eximentes, además de la fuerza mayor, la pérdida procedente de la naturaleza o de un vicio de la cosa (aunque de hecho esta causa ya se venía aplicando).

cliente tuviera la posibilidad de recurrir a otro establecimiento¹⁵⁴. También cabía una delimitación del contenido de la obligación de custodiar del depositario por medio de advertencias hechas y debidamente publicadas por el hotelero, siempre que las mismas no desvirtuaran el contenido de su obligación¹⁵⁵.

2. CÓDIGO ITALIANO DE 1865

El Código civil italiano de 1865 sigue con fidelidad los principios del texto francés. Se mantiene la definición del depósito como acto (art. 1835), incluyendo el *sequestro*. El depósito propiamente dicho reviste las notas de contrato esencialmente gratuito y de contrato real (art. 1837), replanteándose las mismas discusiones sobre tales características que con ocasión del Código francés. Se reconoce el permiso de uso, expreso o presunto, de la cosa (art. 1846) y la figura del depósito irregular de dinero (art. 1848), a la cual Tempesta equipara el depósito de cosas típicamente fungibles en general¹⁵⁶.

Frente al tipo abstracto del «buen padre de familia» previsto con carácter general en el cumplimiento de toda obligación de custodiar (art. 1244), se somete de nuevo el depositario al criterio de la culpa *in concreto*. Criterio agravado: a) cuando el depositario se ha ofrecido a recibir el depósito, b) cuando se ha previsto una remuneración por la custodia, c) cuando el depósito se realiza en interés exclusivo del depositario, d) en caso de haberse pactado que el depositario respondería por cualquier tipo de culpa (art. 1844). Existe mayor discrepancia entre la doctrina italiana sobre cuál ha de ser el significado exacto de tal agravación. Mientras la doctrina mayoritaria lo interpreta como un retorno al criterio general de la responsabilidad (responsabilidad «in abstracto»)¹⁵⁷, otros autores entienden que el mayor rigor no alude a un tipo fijo de culpa, sino que deja a la apreciación del juez la medida de la diligencia exigible al depositario¹⁵⁸. Según quienes el criterio de la culpa «in concreto» es una atenuación del de la culpa «in abstracto», no puede nunca exigirse al depositario –aun tratándose de una persona de una excepcional y escrupulosa diligencia– una diligen-

¹⁵⁴ PONT, P.: «Des petits contrats...», p. 245; DALLOZ, M. D., voz «Dépôt»..., p. 489.

¹⁵⁵ PONT, P., obr. ant. cit., pp. 245-246.

¹⁵⁶ TEMPESTÀ, E.: «Deposito (Diritto civile)», *Nuovo Digesto italiano*, t. IV, Torino, 1938, p. 753.

¹⁵⁷ MATTEI, *Il Codice civile italiano*, vol. VI, Venezia, 1874, p. 63; GIANTURCO, E.: *Contratti speciali*, Napoli, 1904, p. 275.

¹⁵⁸ GALDI, M.: *Trattati...*, p. 131; TEMPESTÀ, E.: «Deposito...», pp. 750 y 751; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di Diritto civile italiano*, vol. V, parte II, Firenze, 1921, 5.ª ed., p. 445.

cia superior a la de un buen padre de familia¹⁵⁹. Sin embargo, quienes consideran independientes los dos tipos de culpa, entienden que quien emplee habitualmente cuidados extremadamente diligentes, debe emplearlos también con la cosa depositada¹⁶⁰.

Los eventos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito (que Tempestà define negativamente, como no culpa¹⁶¹) que impidan al depositario la custodia o restitución de la cosa, le liberan de cualquier responsabilidad (arts. 1226 y 1845) siempre que tales eventos no se hayan visto precedidos de culpa o mora (art. 1845)¹⁶² del depositario en la restitución, o que las partes no hubieran acordado una responsabilidad del depositario por caso fortuito¹⁶³. El depositario sólo está obligado a restituir la cosa en el estado en que se encuentra en el momento de la restitución. Los deterioros no debidos a su culpa deben ser soportados por el depositante (art. 1849).

El Código civil italiano de 1865 vuelve a equiparar la introducción de efectos en establecimiento hotelero al depósito necesario, a efectos probatorios (art. 1866), y reproduce el régimen jurídico agravado previsto por el Código francés respecto de los daños causados en dichos efectos (art. 1867). Se recoge como causas exoneradoras, junto al robo a mano armada u otro supuesto de fuerza mayor, la culpa grave del propietario¹⁶⁴, que la doctrina francesa venía aplicando ya cuando la misma fuere causa determinante del daño (art. 1868)¹⁶⁵.

3. ANTECEDENTES AL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Cumpliendo el mandato de la Constitución de 1812 y lidiando con las resistencias nacionalistas, surge el primer Proyecto de

¹⁵⁹ SIMONCELLI, V.: «Contributo alla teoria della custodia», *Riv. It. per le Scienze Giur.*, t. XIV, fasc. I, Roma, 1892, pp. 40 ss.

¹⁶⁰ MATTEI, *Il Codice civile...*, p. 59; GALDI, M.: *Trattati...*, p. 127; GIORGI, J.: *Teoría de las obligaciones en el Derecho Moderno*, traducida por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, vol. II, Madrid, 1977, p. 69; PACIFICI-MAZZONI: «Del deposito...», p. 445; TEMPESTÀ, E.: «Deposito...», p. 750.

¹⁶¹ TEMPESTÀ, E., obr. ant. cit., p. 752, «donde no juega el criterio de la culpa, en cualquiera de sus grados, subentra el campo amplísimo del caso fortuito».

¹⁶² MATTEI: «*Il Codice civile...*», p. 64; TEMPESTÀ, E., obr. ant. cit., p. 751 y DE FILIPPIS, *Diritto civile italiano comparato. Contratti in specie*, Napoli, 1877, p. 173, entiende que para que el depositario moroso respondiera de los daños originados por caso fortuito, era además preciso que la cosa no hubiera perecido en manos del depositante si le hubiese sido devuelta en plazo.

¹⁶³ Habría que añadir, en opinión de GALDI, M.: *Trattati...*, p. 139, MATTEI, *Il Codice civile...*, p. 66 y TEMPESTÀ, E., obr. ant. cit., p. 752, entre otros, el caso en que el depositario hubiera usado la cosa sin permiso y no pudiera demostrar que ésta habría perecido igualmente en caso de no ser utilizada.

¹⁶⁴ Una vez más el Código hace referencia, erróneamente, al propietario, cuando el depositante no tiene por qué revestir tal condición. (Ver en el mismo sentido el art. 1842).

¹⁶⁵ Por medio de la Ley de 7 de abril de 1921, número 610, se limita dicha responsabilidad a mil liras por cada persona alojada.

Código civil español en 1821. En su formación se han destacado las influencias del Código austriaco, del prusiano y, sobre todo del Código de Napoleón y sus comentaristas. Pero junto a ellas aparece también recogida la tradición jurídica española, el viejo Derecho contenido en las Partidas y en la Novísima Recopilación. De este Proyecto sólo llegaron a redactarse el Título Preliminar y los Libros I y II, correspondientes a los derechos y las obligaciones de los españoles en general y los derechos y las obligaciones según la diferente condición doméstica de las personas, con lo cual no se contiene ninguna referencia a los contratos en particular.

Entre 1821 y 1851 se sucedieron distintas tentativas de codificación civil. El 16 de noviembre de 1836 se presenta a las Cortes un Proyecto de Código civil iniciado por M. M. Cambronero en 1833 y finalizado por E. Tapia, T. Vizmanos y J. Ayuso. El texto se ocupaba, en el Libro III, Título VII, del contrato de depósito. Se define en el artículo 1367 como «contrato según el cual una persona entrega a otra cierta cosa para que la custodie, con la obligación de devolverla en especie en cualquier tiempo que se la pidiere el depositante». Se admite el depósito de inmuebles (art. 1371), el depósito cerrado (art. 1371) y el depósito irregular (art. 1372). Se sigue manteniendo el carácter real del contrato (art. 1374) pero, aunque se define como gratuito por naturaleza, se prevé la posibilidad de pactar una remuneración (art. 1373).

En materia de responsabilidad el artículo 1378 hace responsable al depositario del dolo y de la culpa grave, de no ser que se hubiese pactado una responsabilidad mayor (art. 1379). También se prevén como circunstancias agravatorias, la existencia de remuneración (art. 1380), en cuyo caso el depositario debe responder de su actuación culposa (*culpa in abstracto*: art. 1380) y el haberse constituido el depósito en interés exclusivo del depositario o haberse ofrecido el depositario a recibir el depósito, en cuyo caso la agravación llega hasta la culpa leve (art. 1381). El depositario no responde del caso fortuito, salvo que hubiese actuado morosamente en la restitución de lo depositado (art. 1382). Por tanto, en materia de responsabilidad, se acusa la influencia de las Partidas frente a la del Código napoleónico.

En 1843 se publica un nuevo Proyecto de Código civil del que llegaron a redactarse los libros I, II y parte del III, pero hubieron de transcurrir varios años hasta que la Comisión General de Codificación elaborase y publicase en 1851, el primer Proyecto serio de Código civil.

3.1 Proyecto de 1851

3.1.1 CARACTERES DEL CONTRATO

Siguiendo al *Code*, el artículo 1658 del *Proyecto de 1851* (Título XIV, Libro III) define el depósito como «acto por el que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla en la misma especie»¹⁶⁶.

La influencia francesa se aprecia a lo largo de toda la regulación del contrato, como por ejemplo en su calificación como contrato esencialmente gratuito, frente al Proyecto de 1836 o a la que será la redacción definitiva del Código. García Goyena, a quien suele asociarse la autoría del Proyecto debido a su gran aportación al mismo¹⁶⁷, interpreta esta nota en el sentido de que la intervención de un precio haría degenerar el contrato en arriendo, préstamo u otro contrato innominado¹⁶⁸. Pero no faltan autores que siguen basándose en el derecho histórico (fundamentalmente en *Las Partidas*) y discrepan, como es el caso de Sánchez Román, para quien el depósito puede ser retribuido sin dejar de tener por ello la consideración de tal. Cosa distinta es que mientras esa retribución o precio no resulte expresamente estipulado, el contrato se presumirá gratuito¹⁶⁹.

El objeto del contrato queda limitado a los bienes muebles (art. 1661) –siguiendo así la tradición jurídica castellana (con el paréntesis del Proyecto de 1836) y el Código napoleónico– y a las cosas fungibles o no, pero individualizadas. García Goyena entiende que con el artículo 1671 del Proyecto de 1851 queda definitivamente desterrado el depósito irregular del Derecho español¹⁷⁰, dando lugar la existencia de permiso de uso –que además ha de ser expreso– a la transformación del contrato en préstamo, si se trata de cosas fungibles, o comodato si no lo son¹⁷¹. Una vez más dis-

¹⁶⁶ SANCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios...*, p. 870, no es partidario de la expresión «acto». A su entender el depósito es siempre un contrato, aunque se trate de un depósito judicial.

¹⁶⁷ El Proyecto de Código civil de 1851 fue una obra redactada por un conjunto de juristas, pero destaca especialmente Florencio GARCÍA GOYENA, impulsor y miembro más activo de la Sección. Entre otras, a él debe atribuirse la ponencia sobre el Título del depósito.

¹⁶⁸ GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza, 1974, p. 868.

¹⁶⁹ SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios...*, pp. 871 y 872.

¹⁷⁰ GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias...*, p. 871. En el mismo sentido NAVARRO AMANDI, M.: *Código civil de España*, 1880, p. 362.

¹⁷¹ GARCÍA GOYENA, F., obr. ant. cit., p. 871.

Se aparta aquí el Proyecto isabelino del Código francés, que no solamente admite el permiso presunto, sino que no prevé expresamente la conversión del depósito en préstamo o comodato en caso de permiso de uso de la cosa (art. 1930). La doctrina francesa era no obstante dispar, y mientras algunos autores reconocían autonomía al depósito irregular,

crepa Sánchez Román, entre otros, a cuyo entender el depósito irregular goza de autonomía jurídica frente al mutuo¹⁷².

La influencia de las corrientes iusnaturalistas en el Código francés, que centran el poder constitutivo del vínculo en el mero consentimiento, exigiendo sólo en algunos casos para la perfección del contrato la entrega de la cosa, se deja también¹⁷³ sentir en el Título XIV: comienza la Sección II del Capítulo II afirmando que el depósito voluntario se forma por el consentimiento recíproco del depositante y depositario¹⁷⁴. Separándose de la tradición castellana, el Proyecto introduce en la regulación del contrato de depósito normas probatorias (arts. 1664, 1665 y 1666) que, tal y como afirma García Goyena, no son sino una reiteración de lo previsto en el Título V, Libro III, con carácter general, pudiendo en rigor suprimirse, pero estas mismas consideraciones obraban en el Código francés y sin embargo en su artículo 1923 se repite lo dispuesto en el 1341.

Fiel a la tradición romanista¹⁷⁵ recogida por los textos castellanos y el Código francés, García Goyena afirma que en el depósito dominio y posesión de la cosa no pasan al depositario¹⁷⁶.

3.1.2 LA RESPONSABILIDAD DEL DEPOSITARIO POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. LA DILIGENCIA DEL BUEN PADRE DE FAMILIA

Sorprendentemente, allí donde la institución del depósito ha sido siempre más permeable a los cambios y evoluciones, no se produce la influencia de la codificación francesa. Mientras el artículo 1927 del Código francés había introducido el criterio de la culpa *in concreto*¹⁷⁷, como excepción al régimen general, el artículo 1669 del Proyecto isabelino sigue sometiendo el depositario a las reglas generales (Título V, Libro III)¹⁷⁸, es decir a la obligación de conservar la cosa depositada con la diligencia propia de un buen padre de fami-

otros atendían al momento en que se hubiera concedido el permiso para atribuir al contrato la calificación de préstamo o depósito (ver notas 126, 127 y 128).

¹⁷² SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios...*, p. 876.

¹⁷³ Ver artículo 978 del Proyecto.

¹⁷⁴ El artículo 1763 del Código civil actual suprime en cambio la referencia al consentimiento y habla de «entrega por voluntad del depositante».

¹⁷⁵ D.16,3,17,1.

¹⁷⁶ GARCÍA GOYENA, F.: *Febrero...*, p. 259, y *Concordancias...*, p. 870.

¹⁷⁷ El mismo principio de la culpa *in concreto* fue asumido, además de por los códigos directamente derivados del napoleónico, por el Código civil albertino de 1837 (art. 1961), por el Código civil italiano de 1865 (art. 1843) y más tarde por el Código civil germánico (art. 690 BGB).

¹⁷⁸ Afirma GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias...*, p. 870, al respecto que: «ó las reglas generales habian de ser inútiles, ó habia de bastar una simple referencia á ellas, como se hace en la nueva redacción que tiene nuestro artículo».

lia¹⁷⁹, y a la de restituirla al depositante siempre que se la pidiere. Tampoco recoge el Proyecto el contenido del artículo 1928 del texto francés, abandonando igualmente la que ha venido siendo la tradición castellana. El contrato de depósito queda definitivamente sometido a las reglas generales en materia de responsabilidad contractual: responsabilidad por dolo, negligencia (que consiste en no respetar la diligencia pactada o, en su defecto, la que es propia de un buen padre de familia), contravención a lo pactado o morosidad en el cumplimiento de las obligaciones (art. 1011)¹⁸⁰.

El depositario no responde de los casos fortuitos salvo que se hubiera pactado expresamente lo contrario (art. 1014), que se hallase constituido en mora y la cosa no se hubiere perdido igualmente en poder del depositante (art. 1006 y 1160)¹⁸¹ o que se hubiere comprometido sucesivamente a entregar lo depositado a dos o más personas diversas (art. 1006)¹⁸². Se presume que la pérdida de la cosa en

¹⁷⁹ GARCÍA GOYENA, F., obr. ant. cit., p. 538: «...el que se obliga á la conservación de una cosa debe poner en ello todos los cuidados de un buen padre de familias, sea que la convencion tenga por objeto la utilidad de una sola de las partes ó la de todas. Yo añado lo que tengo ya dicho en otra obra: “Pedir mas al deudor seria la más injusta y exorbitante exigencia: creer que se cumple con menos, equivale á renunciar abiertamente á la justicia y á la delicadeza”. La fuerza de esta reflexion es igual en todas las obligaciones: y por lo mismo no se ha dado entrada á la escepcion ó reserva del Código francés (...). La regla es general para todos los contratos y sin una sola escepcion: así no volverá á hablarse mas en ninguno de ellos sobre la obligacion y cuidados del deudor en conservar la cosa. La espresión “como un buen padre de familias” es feliz, y encierra en abstracto un concepto fácil y sencillo: si se dijera que el deudor debe cuidar de la cosa agena, como de las propias suyas, habria de descenderse en cada caso á la averiguacion imposible de la diligencia personal del deudor en sus cosas; de todos modos, se echa de ver claramente que en esta materia entra por mucho el prudente y justificado arbitrio del juez».

¹⁸⁰ NAVARRO AMANDI, M.: *Código...*, p. 364 y SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios...*, p. 884, a pesar de tener obras posteriores al Proyecto de 1851, vuelven a hacer referencia exclusivamente al Derecho histórico, limitando la responsabilidad del depositario al dolo y a la culpa lata: «el depositario debe guardar la cosa con la diligencia que es propia de los hombres menos cuidadosos y de manera que no se empeore por su culpa ni por su engaño». Solo en determinados casos: 1.º) cuando en ello hubiere convenido el depositario al hacerse el depósito, 2.º) cuando el depositario mismo hubiere solicitado que se constituya el depósito en su poder; 3.º) cuando recibiere alguna remuneración por razón del depósito), bastaría con exigir al depositario la diligencia de un «hombre medianamente diligente».

¹⁸¹ GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias...*, pp. 616 y 617, remonta el origen de este párrafo al Digesto: D.16,3,14,1; D.6,1,15,3 y D.10,4,12,4. Pero añade que en Derecho Romano, para trasladar el riesgo de la cosa, era necesario que el poseedor supiese de cierto que la cosa no era suya y a pesar de ello litigase maliciosamente. MOLINER NAVARRO, R. M.: «La pérdida de la cosa debida», *Centenario del Código civil*, t. II, Madrid, 1990, p. 1445, entiende que «quizás sea más justa la solución ofrecida por el Proyecto de 1851 en este punto (respecto del art. 1182 del Código civil actual que sólo prevé que se extinguirá la obligación cuando la cosa se perdiera sin culpa del deudor “y antes de haberse éste constituido en mora”) porque puede haber supuestos en los que los efectos atribuidos a la mora —la extinción de la obligación por caso fortuito— sean absolutamente desproporcionados con la causa, es decir, con el simple retraso en el cumplimiento previsto por el artículo 1100 del Cc.»

¹⁸² Aquí el Proyecto añade una excepción más a la extinción de la obligación por fuerza mayor (en concepto de sanción a la mala fe del deudor), no prevista por el texto francés (art. 1138).

poder del deudor se debió a culpa suya, recayendo por tanto sobre el depositario la prueba de lo contrario (art. 1161)¹⁸³.

El Proyecto también se aparta del Código francés a la hora de fijar el contenido de la indemnización por daños y perjuicios. Si bien al igual que el texto francés incluye el valor de la pérdida experimentada y el de la ganancia o utilidad dejada de percibir por el acreedor (art. 1015), prevé que, en caso de no haber dolo por parte del deudor, se comprenderán en el resarcimiento de los daños y perjuicios «los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del contrato»¹⁸⁴. Y en caso de dolo, «los que hubieren sido conocidamente ocasionados por él» (art. 1016)¹⁸⁵.

Por tanto, frente a los textos castellanos¹⁸⁶ y a la postura adoptada por el Código napoleónico, el Proyecto de 1851 parece optar por agravar la responsabilidad del depositario, no sólo sometién-dole a una diligencia mayor (la del buen padre de familia con carácter general y no como excepción), sino también indirectamente, ampliando el contenido de la responsabilidad del deudor con carácter general¹⁸⁷.

El Proyecto, al igual que su antecesor¹⁸⁸, recoge la figura del depósito cerrado, pero dotándolo de una regulación mucho más minuciosa

¹⁸³ Aunque el precepto se refiere literalmente a la pérdida, GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias...*, p. 617, entiende que «lo mismo, según las leyes ha de observarse, por igualdad de razón en el caso de menoscabo, que viene á ser una pérdida parcial de la cosa». NAVARRO AMANDI, M.: *Curso...*, p. 365 añade, entre los supuestos en que el depositario debe responder del caso fortuito: el que éste se hubiera producido por culpa del depositario (ya que mantiene que el depositario, en principio, sólo responde del dolo y de la culpa lata), y cuando el depósito se constituyera principalmente en utilidad del depositario.

¹⁸⁴ En cambio el artículo 1150 del Código francés establece que el deudor sólo responde de los daños y perjuicios previstos o podidos prever en el momento de la celebración del contrato. GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias...*, p. 543, entiende que «las palabras del artículo Francés para el caso de no haber dolo no dan una idea clara: ¿qué es lo que se previó ó pudo preverse? Cada contrayente dirá que él previó los daños de diferente manera».

El Código civil actual (art. 1107) adopta la misma redacción que la del texto francés.

¹⁸⁵ El artículo 1151 francés dice del caso de dolo que los daños sólo deben comprender lo que es una consecuencia inmediata y directa de la inexecución de la convención. GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias...*, p. 544, comenta que «en este segundo párrafo nos apartamos también del artículo 1151 Francés, y damos mayor extensión que él á la responsabilidad: la citada ley del Código no ponía tasa ó coto á ella en los delitos. Bastará, pues, que el daño haya sido conocidamente ocasionado por el dolo, y que sin este no habria tenido lugar, aunque no sea su consecuencia directa, inmediata é inevitable: vé los artículos 1399 y 1408, párrafo 2. Pero, aun después de todo lo expuesto, será preciso convenir en que el prudente arbitrio del juez es casi tan lato en estimar las causas ú ocasión del daño como en fijar su tanto; y para lo primero es necesario tacto mas fino y mayor sagacidad que para lo segundo».

¹⁸⁶ Partida V, tít. III, ley VIII.

¹⁸⁷ NAVARRO AMANDI, M.: *Curso...*, p. 366 y SANCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios...*, p. 887, se mantienen fieles al criterio de las Partidas y excluyen de la obligación de indemnizar las utilidades ó ganancias que el depositante hubiera podido obtener.

En este mismo sentido también GARCÍA GOYENA, F.: *Febrero...*, p. 262.

¹⁸⁸ Art. 1385 del Proyecto de 1836.

en materia de responsabilidad que la de su homólogo el artículo 1931 del Código francés. Mientras que el precepto francés se limita a enunciar la obligación de secreto que rodea al depósito cerrado (obligación que la doctrina mayoritaria hace extensiva a toda clase de depósito), el artículo 1672 del Proyecto regula las consecuencias derivadas de la violación de tal secreto, materializadas en la no restitución de la cosa en el mismo estado en que se recibió. Se parte de la presunción de culpa en el depositario, lo que García Goyena considera una aplicación de lo previsto en el artículo 1161, coherentemente con su postura de aplicar tal precepto tanto en los casos de pérdida como en los de deterioro de la cosa. La única particularidad que aporta tal precepto respecto de las reglas generales radica en atender a la declaración del depositante, en cuanto al valor de lo depositado, en caso de no haber conseguido demostrar el depositario que no actuó culposamente.

El papel de la restitución como obligación preponderante sobre la que se fundó tradicionalmente la eficacia típica del depósito, desaparece con la codificación. La guarda pasa a configurarse como obligación independiente a la que se encuentra sometido el depositario, pero, al igual que constatamos al estudiar el texto francés, la normativa dedicada a la obligación de restituir sigue siendo aquí también la principal.

3.1.3 LA RESPONSABILIDAD DEL HOTELERO POR LA INTRODUCCIÓN DE EFECTOS EN SU ESTABLECIMIENTO

Al igual que el Código francés, el Proyecto de 1851 dedica una sección específica, dentro del capítulo dedicado al contrato de depósito, al depósito necesario. El artículo 1689, que reproduce en su primera parte el artículo 1952 del texto francés¹⁸⁹, reputa depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas o mesones. Del mismo modo que la mayoría de la doctrina francesa, García Goyena considera que esta asimilación queda limitada exclusivamente a la prueba¹⁹⁰, pero tampoco faltan autores que, como Sánchez Román, entienden que se trata de casos de verdadero depósito¹⁹¹.

¹⁸⁹ El precepto termina exigiendo que se haya dado conocimiento al fondista o mesonero, o a sus dependientes, de los efectos introducidos en su casa. El Código francés no señala nada al respecto y la doctrina francesa lo interpreta en el sentido de que el cliente ya no necesita depositar sus efectos en manos del hotelero, éste es responsable aunque no hubiese sido informado sobre las cosas que el cliente introduce en el hotel. Ver notas 152 y 153.

¹⁹⁰ GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias...*, p. 879.

¹⁹¹ SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios...*, p. 889. NAVARRO AMANDI, M.: *Curso...*, p. 369, sigue las Partidas y lo considera arriendo, regulando la responsabilidad del fondista o posadero al hablar del arrendamiento

A pesar de que el Proyecto de 1851 optó por seguir nuestra tradición histórica y acoger el principio de la *culpa in abstracto*¹⁹², coincide con la responsabilidad a la que el texto francés somete el hotelero por los daños causados en los efectos de los clientes: regreso al modelo del buen padre de familia como una de las excepciones al criterio de la *culpa in concreto* (art. 1928 del *Code*) y responsabilidad por los daños causados por los criados o dependientes, así como por los provocados por extraños que van y vienen a la fonda o mesón. Sólo se admite como causa de exoneración los sucesos debidos a fuerza mayor (art. 1690).

En cuanto al hurto o robo, el Proyecto de 1851 se remite al artículo 17.2 del Código Penal de 1848, que hace responsables subsidiarios de la restitución de los efectos robados o hurtados dentro de sus casas a los posaderos, siempre que se hubiere dado previo conocimiento al posadero o a sus empleados del depósito. El precepto sólo exceptúa los casos de robo con violencia o intimidación en las personas, no cometidos por los empleados del posadero¹⁹³. En este aspecto el texto isabelino parece apartarse de nuevo de la tradición romanista¹⁹⁴ para adoptar el carácter más riguroso de las leyes modernas¹⁹⁵.

El seguimiento del régimen jurídico de la responsabilidad del depositario, desde sus orígenes hasta los antecedentes inmediatos al Código civil, es de gran ayuda para quien desee profundizar en la actual regulación de esta cuestión. El entendimiento de preceptos como el 1760, 1766, 1774, 1775 ó 1778 de nuestro Código civil sólo es posible tras remontarse a los orígenes del contrato y descubrir la importancia que la *Fides* desempeñaba en la sociedad romana en general y en el contrato de depósito en particular. La nota de la gratuidad, consustancial a la idea de amistad sobre la que descansaba el contrato de depósito en Derecho Romano, determinaba un tipo de responsabilidad específica, muy diferente a la que los propios romanos preveían cuando dicha relación iba acompañada

¹⁹² Recordemos que el *Code* somete el depositario, como regla general, al principio de la *culpa in concreto*, y que sólo como excepción dispone un retorno al criterio general de la *culpa in abstracto* (art. 1928).

¹⁹³ PACHECO, J. F.: *El Código penal concordado y comentado*, t. I, Madrid, 1867, pp. 289 y 290, consideraba la aplicación de tal grado de responsabilidad inviable: «Mas el viajero que recibe las llaves de su habitación, y encierra en ésta sus efectos, es imposible que pueda hacer responsable por este artículo al jefe de la posada, de las cosas que diga faltarle. Será menester que pruebe delitos verdaderos; y entonces, por ellos, por esos delitos, será por los que recaigan las responsabilidades criminales y civiles».

¹⁹⁴ El Digesto (D.47,5,6) y Las Partidas (V,VIII,XXVI) no hacían responsable al hotelero de los robos cometidos por los extraños o viajeros no hospedados en el hotel.

¹⁹⁵ El artículo 1954 del Código civil francés exoneraba al posadero de los robos cometidos a mano armada o mediante otro tipo de fuerza mayor.

de una remuneración o era prestada por un profesional. Esta constante en la evolución del régimen jurídico de la responsabilidad del depositario no puede perderse de vista a la hora de interpretar la normativa actual.

La necesaria coordinación, ya en los orígenes de la relación contractual, de las obligaciones o deberes a cargo del depositario desde el punto de vista de la configuración causal del contrato, no ha hecho sino afianzarse en la sociedad actual. ¿Qué duda cabe de que quien recurre a un depositario, generalmente profesional, espera que le guarden o custodien sus bienes diligentemente pero sobre todo que se los devuelvan en las mismas condiciones en que los entregó? Todas estas cuestiones son objeto de riguroso análisis en nuestro trabajo *El depositario y la responsabilidad del depositario*¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Dicho trabajo verá la luz próximamente (editorial Aranzadi). MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El depósito y la responsabilidad del depositario*, Navarra, 2002.