



# VNIVERSITAT E VALÈNCIA

Estudios de Doctorado efectuados en el marco del Programa 3.123 del Real Decreto 99/2011, programa para el acceso a la titulación de Doctor o Doctora en Derecho, Ciencia Política y Criminología.

## **LAS IMPENSAS EN EL CONTRATO DE DEPÓSITO**

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

Ana-María Llácer Bosbach

Dirigida por la Profesora Doctora D<sup>a</sup> María Asunción Mollá Nebot.

Valencia, 2018



## AGRADECIMIENTOS

Este trabajo es tributario de la ayuda, apoyo y asistencia de una larga lista de personas. No me va a ser posible mencionarlas a todas y ruego disculpas a quien pudiere haber omitido involuntariamente. Por motivos diferentes, quiero hacer constar mi más sincero agradecimiento a las siguientes personas e Instituciones:

-A mi marido, Manuel, y a mi familia, compañeros y amigos, por su apoyo y comprensión.

-A mi directora de tesis, Doña María Asunción Sonia Mollá Nebot, por su paciencia, disponibilidad y por la agudeza de sus comentarios y observaciones, que me han permitido reflexionar sobre algunos de los aspectos del presente trabajo, para los que me ha sido de mucha ayuda la aportación de su punto de vista, lo que ha redundado indudablemente en una mayor profundidad de la investigación.

-A los profesores Doctores de la Universidad de Valencia Don Francisco de Paula Blasco Gascó, y Don Carlos Salinas Adelantado, al profesor Doctor de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria Don José Luís Zamora Manzano, al profesor Doctor de la Universidad Católica de Valparaíso, Chile, Don Gonzalo Severin Fuster, y al Doctor Don Antonio Evaristo Gudín Rodríguez de Magariños, Letrado de la Administración de Justicia, por su disponibilidad en la atención de algunas de mis dudas, especialmente, en materia de Derecho actual y de Derecho Comparado.

-*In memoriam*, al Prof. Dr. D. Rafael Ballarín Hernández quien, al proponerme que me dedicara a la investigación jurídica siendo yo estudiante, con haber yo aplazado esta decisión, me confrontó con esta idea, sin lo cual esta tesis nunca hubiera llegado a ser.

-A la Universitat de València y a su personal de Secretaría y Administración, así como al personal de las Bibliotecas Gregorio Mayans, la Biblioteca de Humanidades Joan Reglà y de los Servicios Centrales, por su amable asistencia y orientación para la obtención de la bibliografía necesaria para la elaboración de esta tesis doctoral.

-y a tantas otras personas que, con su colaboración desinteresada, han hecho posible este trabajo de investigación.



## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AAMN, Anales de la Academia Matritense del Notariado.  
ABGB, Código Civil Austriaco.  
AHDE, Anuario de Historia del Derecho Español.  
BIDR, *Bullettino dell Instituto di Diritto Romano* Vittorio Scialoja, Roma, desde 1940, Milano.  
BGB, Código Civil Alemán.  
BMCR, Borrador del Marco Común de Referencia Europeo (*DCFR*)  
BOE, Boletín Oficial del Estado.  
C., *Codex Iustinianus*.  
CC, Código Civil.  
CCE, Código Civil Español.  
CCJC, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Madrid.  
CCCat., Código de Derecho Civil de Cataluña.  
CCIt., Código Civil Italiano de 1942.  
CCom., Código de Comercio Español.  
CE, Constitución Española de 1978.  
CGAE, Consejo General de la Abogacía Española.  
CENDOJ, Base de datos de Sentencias del Ministerio de Justicia Español.  
CNUDMI/UNCITRAL, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho.  
Côte, Código Napoleónico de 1804.  
Collatio, *Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum*.  
CSCA, Consejo Superior de Colegios de Abogados.  
C. Th., Código Theodosiano.  
D., *Digesta*, (Parte del *Corpus Iuris Civilis*).  
DCFR, *Draft Common Frame of Reference*, Borrador del Marco Común de Referencia Europeo. (BMCR)  
ET, Estatuto de los Trabajadores.  
E. P. , *Edicto Perpetuo*.  
ed., *Edicto*.  
ep., *Epítome*.  
FIRA, *Fontes Iuris Romani Antegiustiniani*, Riccobono, Baviera, Ferrini, Furlani, Arangio-Ruiz, 2ª Ed., Florentia, 1941; II, *Auctores*, (Baviera), *Liber Syro-Romanus* (Ferrini-Furlani), 2ª Ed., Florentia, 1940.  
FN, *Fuero Navarro* de 1987.  
*Gai*, *Instituciones de Gayo*.  
HGB, Código de Comercio Alemán.  
Inst., *Iustiniani Institutiones*, (*Corpus Iuris Civilis*)  
IURA, *Rivista Internazionale do Diritto Romano e antico* (Napoli)  
JZ, *Juristenzeitung*, Mohr Siebeck, Tübingen.

Labeo, *Rassegna di Diritto Romano*, (Napoli).  
LC, *Ley Concursal de 2003*.  
LCCH, *Ley Cambiaria y del Cheque*.  
LEC, *Ley de Enjuiciamiento Civil de 2001*.  
LH, *Ley Hipotecaria*.  
LHMPSD, *Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento de Posesión, de 1954*.  
LJV, *Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015*.  
LN, *Ley del Notariado*.  
LNA, *Ley de Navegación Aérea*.  
LNM, *Ley de Navegación marítima de 2014*.  
LOTT, *Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres*.  
Nov., *Novellae*.  
OM, *Orden Ministerial*.  
PECL, *Principles of European Contract Law*.  
P., *papiro*.  
PS, *Pauli Sententiae, FIRA II*, p. 259 y ss.  
RCDI, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid*.  
RD, *Real Decreto*.  
RH, *Reglamento Hipotecario*.  
RIDROM, *Revista Internacional de Derecho Romano*.  
RDL, *Real Decreto Ley*.  
RDP, *Revista de Derecho Privado, Madrid*.  
RIDA, *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité (Bruxelles)*.  
SDHI, *Studia et Documenta Historiae et Iuris (Roma)*.  
RN, *Reglamento Notarial*.  
SSZ ó SZ, *Savigny Stiftung Zeitschrift, Romanistische Abteilung, (Weimar)*.  
SAP, *Sentencia de la Audiencia Provincial*.  
SJPI, *Sentencia del Juzgado de Primera Instancia*.  
STC, *Sentencia del Tribunal Constitucional*.  
STJUE, *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*.  
STS, *Sentencia del Tribunal Supremo*.  
STSJ, *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Autonómico*.  
TOL, *Base de datos de Tirant Lo Blanch*.  
UE, *Unión Europea*.  
v., *versos*.



# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN, p. 13.

CAPÍTULO I. - APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE "IMPENSAS", p. 19.

I.- Planteamiento, p. 19.

II.- Concepto de "impensas"

A.- Concepto de impensas y expresiones afines, p. 20.

B.- Delimitación de las impensas.

1 - . Ámbito, p. 22.

2.- Efectos jurídicos de la realización de impensas. p. 24.

C.- Recepción del término de impensas en la época moderna. p. 35.

III.- Las impensas en el marco contractual, p. 40.

A.- Teorías en torno al concepto de contrato. p. 40.

B.- Especialidades de los contratos reales, p. 52.

IV.- Conclusiones provisionales del capítulo I, p. 57.

Capítulo II: EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE CONTRATO DE DEPÓSITO DESDE LAS FUENTES ROMANAS, p. 61.

I.- Planteamiento, p. 61.

II.-Fuentes romanas del contrato de depósito. p. 62.

III. El contrato de depósito en Derecho Romano.

A.- Ámbito objetivo del contrato de depósito en Derecho Romano, p. 64.

1.- Son objeto cosas muebles, p. 64.

2.- Pueden serlo las cosas fungibles identificadas, p. 64.

3.- Se admite la "*traditio brevi manu*", p. 65.

B.- Contenido del contrato de depósito, p. 73.

1.- Consideraciones acerca de la gratuidad del contrato, p. 73.

2.- Derechos del depositante, p.76.

a. A la restitución de la cosa depositada a requerimiento del depositante, p. 76.

b. A la custodia de la cosa entregada, p. 77.

c. A la exhibición de la cosa entregada, p. 78.

3.- Derechos del depositario, p.82.



- a. A la indemnidad, p. 82.
  - b. A decidir la ubicación de las cosas depositadas, p. 83.
  - c. A delegar su gestión, p. 84.
  - d. A obtener provisión de fondos, p. 86.
  - e. Al desistimiento, p. 86.
- C.- Delimitación del contrato de depósito respecto de otros tipos contractuales, p. 86.
- 1. Distinción con la fiducia, p. 86.
  - 2. Distinción con el contrato de préstamo, p. 87.
  - 3. Distinción con el comodato, p. 91.
  - 4. Distinción con el contrato de mandato, p. 92.
  - 4 bis., Nota sobre la gestión de negocios ajenos, p. 98.
  - 5. Distinción con el contrato de arrendamiento.
    - a. Generalidades, p. 99.
    - b. Las situaciones del transportista, posadero o fondista, p. 101.
    - c. Actividad de banca, p. 103.
    - d. Actividad del almacenista, p. 104.
    - e. Ejercicio de profesiones liberales, p. 106.

IV.-Recepción, p. 108.

V.- Derecho histórico español, p. 109.

VI- Derecho español vigente, p. 109.

VII.- Concepto del contrato de depósito en el BMCR y en la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, p. 114.

VIII.-Conclusiones provisionales del capítulo II, p. 118.

### CAPÍTULO III. - MEDIOS DE DEFENSA PROCESAL DEL DEPOSITARIO.

I.- Planteamiento, p. 123.

II.- Etapa arcaica, la Ley de las XII Tablas y Autotutela, p. 124.

III.- Etapa clásica, p. 132.

A.- El procedimiento formulario, p. 134.

B.- Acciones, p. 134.

1.- Acciones "*in factum*" y acciones de buena fe o "*in ius*", p. 134.

2.- Colisión de acciones. p. 139.

a) Colisión con la "*condictio*", p. 140.

b) Colisión con la acción de la Ley Aquilia, p. 142.

c) Colisión con la "*actio furti*", p. 144.

- C.- Casos especiales, p. 149.
  - a) El "*bonorum emptor*", p. 149.
  - b) Reforma de Marco Aurelio, p. 149.
  - c) El "*argentarii*", p. 150.

- IV. Etapa postclásica, p. 152.
  - A. Excepciones, p. 152.
  - B. La acción contraria, p. 158.

V. Conclusiones provisionales del capítulo III, p. 160.

VI.- Epílogo, p. 162.

#### CAPÍTULO IV. - CONTENIDO DE LA RECLAMACIÓN DEL DEPOSITARIO, p. 234.

I. Objetivo de este capítulo, p. 167.

II. Fundamentos y presupuestos de la reclamación de impensas o gastos.

A.- Derecho Romano, p. 168.

B.- Algunas notas de Derecho comparado al apartado II, p. 178.

III. Determinación de los gastos, p. 179.

A.- En Derecho Romano, p. 179.

B.- Algunas notas de Derecho comparado al apartado III, p. 202.

IV. Forma de establecimiento de los gastos, p. 203.

A.- Derecho Romano, p. 203.

B.- Algunas notas de Derecho comparado al apartado IV, p. 212.

V. Prueba de los gastos, p. 214.

A.- Derecho Romano, p. 214.

B.- Algunas notas de Derecho comparado al apartado V, p. 222.

VI. Oponibilidad de los gastos, p. 225.

A.- Derecho Romano, p. 225.

B.- Algunas notas de Derecho comparado al apartado VI, p. 228.

VII. Conclusiones provisionales del capítulo IV, p. 231.

#### CAPÍTULO V.- GARANTÍAS Y PRIVILEGIOS, p. 234.

I. Planteamiento, p. 234.

II. Depósito de cosas ciertas y determinadas y sus consecuencias en el derecho positivo actual, p. 234.

III. La posibilidad de consignación y sus bases históricas, p. 239.

IV. Contrato de depósito de bienes fungibles y destinados al tráfico comercial en derecho romano y su perspectiva actual en el derecho español.

A.- Diferencias con las cosas ciertas y determinadas, p. 247.

B.- La facultad de retención, p. 251.

1.- Derecho Romano, p. 251.

2.- Derecho histórico español, p. 264.

3.- Derecho español actual, p. 265.

C. Privilegio refaccionario y la prelación de créditos, p. 268.

1.- Derecho Romano, p. 268.

2.- Derecho comparado, p. 279.

V. Depósito de dinero en derecho romano y en derecho actual, p. 286.

1.- Derecho Romano, p. 286.

2.- Derecho comparado, p. 289.

CONCLUSIONES FINALES, p. 294.

INDICE BIBLIOGRÁFICO, p. 299.

ÍNDICE DE FUENTES ROMANAS, p. 313.



## INTRODUCCIÓN.

Es constante en la tradición jurídica europea y romanística el derecho de reintegro de las inversiones y gastos efectuados por el depositario para la conservación y la custodia de las cosas ajenas que recibe para guardarlas y restituirlas. Este derecho se reconoció al depositario por las fuentes romanas y fue perfilado por la jurisprudencia que se nos ha legado. En el presente trabajo, nos proponemos aproximarnos al concepto de "impensas" o inversiones y gastos, y a su desempeño funcional, su contenido, su articulación dinámica procesal y extraprocesal en el contrato de depósito, y los privilegios y garantías de los que se le dotó. Prescindimos en nuestro estudio de la institución del "secuestro", posible antecedente más antiguo del depósito del que se tiene constancia, por nuestro propósito de centrarnos en el ámbito del depósito voluntario y contractual. Como explicamos en el capítulo IIº, no se habla de contrato de depósito antes de que se hubieran articulado las reclamaciones que nacen del mismo con una acción de buena fe, que delimitamos, en los capítulos III y IV, de las acciones de derecho estricto. Completamos los respectivos epígrafes con notas comparativas relativas al derecho actual, con especial incidencia en el Derecho Español, que permiten comprobar la intensidad de la recepción de los medios y soluciones gestados por el Derecho Clásico, que, aún actualmente, en el Siglo XXI de nuestra era, siguen siendo referentes válidos, en su esencia, para el legislador. Hemos dividido nuestro estudio en cinco capítulos. Los dos primeros, se centran en precisar, respectivamente, el concepto de "impensas" y el concepto de "contrato de depósito", desde un punto de vista evolutivo y comparado. Tratamos de precisar el concepto de "impensas" y sus especialidades en el marco contractual, que cobra importancia para la delimitación de la legitimidad de actuación del depositario que efectúa inversiones susceptibles de reintegro, y para la previsibilidad de la realización de inversiones y gastos ordinarios y, dentro de éste, en las relaciones contractuales de tracto continuado, lo que incide en las posibilidades y efectos de una eventual disolución y liquidación de la relación.

El concepto de contrato de depósito evidencia una evolución paralela a la de la gestación y desarrollo del Imperio Romano, y transita desde el ámbito familiar de sus orígenes a la dotación de medios adaptados a formas propias del ejercicio del comercio. La recopilación justiniana del Digesto contempla una serie de casos de lo que hoy entendemos por "depósito" -recepción de cosas, según la doctrina mayoritaria, referentes a cosas muebles, ajenas con la obligación de guardarlas y de restituirlas- que no son susceptibles de reconducirse a una única institución. El título del Digesto "de la acción de depósito y de la contraria", D. 16, 3, se compone, más bien, de un conjunto de supuestos heterogéneos, donde hay fragmentos que se aplican a la actividad de banca -D. 16,3,7,2 y D. 16,3,8-, en general, a la actividad inversora,

D. 16,3,24, D. 16,3, 26, 2 y D. 16,3,28- ; situaciones de depósito necesario, – D. 16,3,1, 1-4-, situaciones de secuestro (depósito judicial) o consignación -D. 16,3,5,2; D. 16, 3, 12, 2 y, posiblemente, D. 16, 3, 1, 36 y 37-, o casos de transporte de bienes – D. 16, 3, 12, pr.-1, entre otros- aparte de la custodia de los efectos entregados en establecimientos de posada y balneario, D. 16, 3, 1, 8 y 9. Estos últimos dos pasajes diferencian entre depósito y "*locatio-conductio*", en función de que se haya previsto una retribución o merced por la tenencia y mantenimiento de la cosa o del esclavo, respectivamente<sup>1</sup>. A ello se suman los casos de transporte marítimo y posada, que aparecen mayormente en los edictos "*de receptis*" y de las acciones adyecticias, con algún fragmento en el título dedicado al arrendamiento. Las cuestiones del almacenista u "*horrearius*", que se encuentran claramente ubicadas en sede de arrendamiento, D. 19, 2, aparte de algunas previsiones de naturaleza pública, y la actividad de banca, que se halla dispersa, con referencias en el título 3 del libro 16, pero también en materia sucesoria, dotal, y cuestiones probatorias, mandato, y gestión y tutela, sin ánimo exhaustivo, y situaciones enmarcadas por los compiladores justinianos en el Título 19, 5, de la acción de palabras prescritas<sup>2</sup>. La amalgama de supuestos de "depósito" que ha llegado a nuestros días, es, sin duda, el resultado de una larga evolución. La doctrina romanística mayoritaria, no obstante, se acoge al criterio clásico que circunscribe el concepto de "depósito" a la entrega de cosas ciertas y determinadas para su custodia<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Vid. capítulo II, Contenido del contrato de depósito, consideraciones acerca de su gratuidad.

<sup>2</sup> Vid. LLÁCER BOSBACH, A.M, *Antecedentes Romanos del Depósito Mercantil*, estudio expuesto en el XXIII Congreso Iberoamericano y XX Congreso Internacional de Derecho Romano, Oporto, 2018, pendiente de publicación en actas.

<sup>3</sup> Vid. TALAMANCA, M., *Elementi di diritto privato romano*, Milano, 2001, p. 272 y ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, F., *Sistema contractual romano*, Madrid, 2003, p. 107 y ss., FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Derecho privado romano*, 10ª Ed., Madrid, 2017, p. 546 y ss. "El depósito se configura como un contrato real, en virtud del cual el depositante entrega una cosa mueble al depositario, con la finalidad de que la guarde y custodie, hasta que se le requiera para su devolución. Así, en D. 16, 3, 1, pr., "Depósito es lo que se entregó a otra persona para su guarda, se llama así porque "se pone" la cosa propia en mano ajena, y la preposición "de" intensifica lo puesto, para mostrar que se encomienda a la lealtad de otra persona todo lo que se refiere a la custodia de la cosa." y D. 44, 7, 1, 5, "el depositario debe restituir la misma cosa que recibió", y, en el artículo 1758 del Código Civil, "Se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla." El autor nos recalca que son objeto del contrato de depósito las cosas muebles no fungibles, o bien las cosas muebles fungibles pero identificables, así, si se depositan veinte sacos de trigo, es ese mismo trigo contenido en los sacos entregados el que debe ser restituido. Así se observa en la definición de Ulpiano del depósito: *Depositum est quod custodiendum alicui datum est*", depósito es lo que se dio a alguien para que lo custodiase." En cambio, JÖRS, P.-KUNKEL, W., *Derecho Privado Romano*, trad. de Prieto Castro a la 2ª Ed., Barcelona, 1965, p. 318, § 137, acogen un criterio más amplio, cuando señalan que "El tipo normal de depósito era el de las cosas determinadas", con lo que se admite que la modalidad de cosas fungibles que pierden su individualidad pueda constituir un depósito. Ello supone la admisión de la figura del "depósito irregular", de cuya admisibilidad existen claras evidencias en el Derecho postclásico, si bien ADAMS, B, en su trabajo *Haben die Römer <<Depositum irregulare>> und Darlehen unterschieden?*, *SDHI*, 28, 1962, p. 360- 371, sitúa el origen del depósito irregular en la época clásica, en el medio castrense, para el pago de los haberes devengados por los mercenarios y aduce argumentos en apoyo de su postura. D'ORS PÉREZ-PEIX, A. *Derecho Privado Romano*, 10ª Ed., Pamplona, 2004, 2ª Reimpr., 2008, p. 558 y ss., § 467- 498, según el cual "en la última etapa clásica, el depósito es un contrato; una "*actio depositi*" con la fórmula "*in ius concepta*" y "*ex fide*

La recepción no muestra un criterio uniforme en cuanto a la delimitación del contrato a las cosas muebles y hay casos en los que las codificaciones contemplan la extensión del contrato de depósito a los bienes inmuebles, idea que rige, por ejemplo, en la codificación civil portuguesa y que tiene un precedente en el Código de las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio. Esta concepción hoy día se encuentra abandonada en nuestro Derecho patrio<sup>4</sup>.

En el presente trabajo se parte de un concepto de depósito acorde a la idea extensa justiniana y correspondiente al manejado por las Codificaciones mayoritarias, de lo que hoy día se considera como contrato de depósito, si bien restringido a los bienes muebles. Nos detendremos en las razones que se han aducido para esta delimitación, en su apartado oportuno. Abarca las cosas ciertas y determinadas, las cosas fungibles y consumibles, y el dinero. Serán objeto de examen las especialidades que la naturaleza de la cosa depositada provoca en el tratamiento jurídico de su depósito y se formulan algunas consideraciones acerca de las distinciones que condujeron a la jurisprudencia romana a perfilar el contrato de depósito y sus diferencias con otros tipos contractuales, y acerca de la conveniencia de otorgar a los tipos especiales *bona* aparece al lado de la acción de la *fiducia*". Hasta entonces, no había tenido más fórmula que una *"in factum"*, enderezada a reprimir el dolo del depositario que ha accedido a guardar gratuitamente un objeto mueble (...). Esta acción pretoria debió haber desplazado una antigua acción de hurto contra el depositario infiel: conserva algunos rasgos penales. (...) la acción de buena fe permite agravar su responsabilidad con el criterio de la culpa. (...). La construcción contractual de la institución, permitió también que se integrara en ella el depósito de cosas fungibles -llamado "depósito irregular (...) y también hizo posible considerar como depósito, por quererlo así los contratantes, aquel que consiste en dinero, pero no el dinero especificado por el recipiente (arca, bolsa) que lo contienen, sino como depósito de cantidad, para que el depositario disponga de ella y devuelva luego otra igual (*depósito irregular*) ...". VALIÑO DEL RÍO, E., en su manual *"Instituciones de Derecho privado romano"*, Valencia, 1976, p. 393 y s., sí parece admitir sin reservas la figura del depósito irregular, y se limita a definir el depósito como "entrega de una cosa mueble a un depositario, que se obliga a guardarla, gratuitamente, y a restituirla cuando lo requiera aquél. Es un negocio gratuito y, si interviene alguna remuneración para guardar la cosa, el contrato se transforma en arrendamiento (...)" La relación, para este autor, solo se convirtió en contrato en una postrera etapa clásica, cuando Juliano creó al efecto una acción civil de buena fe. La idea del depósito irregular se coordina mejor con los planteamientos helenísticos de la voz "depósito", tratada por HUMBERT, en SAGLIO-DAREMBERG, *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines d' après les textes et les monuments*, Paris, 1879-1919, , Consulta en la versión electrónica de la Université de Toulouse II- "Le Mirail", Jean-Jaures, s. v. "*depositum*", [http://bibliotheques.univ-tlse2.fr/accueil-bibliotheques/ressources-numeriques/ressources-numeriques-de-a-a-z/d-f/dictionnaire-des-antiquites-grecques-et-romaines-de-daremborg-et-saglio-337987.kjsp RH=chercher\\_SCD](http://bibliotheques.univ-tlse2.fr/accueil-bibliotheques/ressources-numeriques/ressources-numeriques-de-a-a-z/d-f/dictionnaire-des-antiquites-grecques-et-romaines-de-daremborg-et-saglio-337987.kjsp RH=chercher_SCD), p. 103, consulta el 16-08-2017, que fijan el deber del depositario a la devolución de la cosa misma o su equivalente y no tanto en el deber de conservación, como tendremos ocasión de examinar.

<sup>4</sup> El Código Civil Portugués prevé en su artículo 1855 que el depósito puede recaer sobre bienes muebles e inmuebles; también lo hacía el Código Veleziano Argentino de 1869 (hoy sustituido por el Código Civil y Comercial de la Nación, L. 1795/2014, cuyo artículo 1356 tampoco contiene la restricción a los bienes muebles). La Partida Vª, Título III, no establece tampoco la exigencia de que el depósito haya de recaer sobre bienes muebles. Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Derecho Privado Romano*, p. 546 y s., quien nos recuerda que, en materia inmobiliaria, el método empleado de encomienda de bienes en la época clásica fue el recurso a la *fiducia cum amico*, en que el fiduciario queda comprometido a devolver la cosa entregada cuando se requiriese por el fiduciante, así, en *Gai* II, 60, se recoge que "la transmisión de la cosa en garantía puede realizarse por un amigo para que la cosa esté segura en su poder."

denominaciones diferentes.

Dedicamos el capítulo III al desarrollo procesal de la reclamación del depositario, desde una perspectiva evolutiva, en la que pueden diferenciarse en el Derecho Romano fundamentalmente tres etapas: la etapa preclásica, en que los derechos "contrarios" a la reclamación principal del depositante a la restitución de la cosa carecían de un cauce propio en el rígido sistema procesal de las "*legis actiones*" hasta que fueron introducidas por vía jurisprudencial a través de la "*exceptio doli*", -si bien el depositario se servía de la retención de las cosas depositadas, de amparo interdictal, para forzar el reconocimiento de su derecho de crédito generado-, una segunda etapa en el Derecho Clásico en que el procedimiento formulario introduce las posibilidades de denegación pretoria de acción al depositante o sus causahabientes, en tanto no se reintegran los gastos, daños y derechos ocasionados, o, en su caso, la excepción en la fase "*in ius*", que da lugar, bien a la condena restitutoria condicional al pago por quien reclama la cosa depositada, o la posibilidad de descuento en el caso de que la obligación haya de resolverse en una indemnización dineraria. La última fase, en el Derecho Justiniano, introduce la prohibición de retener cosas susceptibles de ser reivindicadas y un mayor desarrollo de la acción independiente de reclamación del depositario, conocida como "acción contraria."

En el capítulo IV nos centramos en el contenido del derecho del depositario, distinto en el caso de las acciones de derecho estricto y las acciones de buena fe, y en los casos de ausencia de contrato o estipulación o de producción de enriquecimiento, y añadimos algunas consideraciones relativas a la oponibilidad de los derechos resarcitorios del depositario frente a cualquiera que reclame la entrega de los objetos depositados.

El presente trabajo quedaría incompleto si no se aborasen las garantías específicas del crédito del depositario y si no se indaga acerca de la posición del crédito del depositario en el contexto crediticio global, que acometemos en el capítulo V. En el mismo, pasamos a examinar las garantías propias y específicas del crédito del depositario, y la posición de su crédito en el caso de concurrencia de otros acreedores que pretendan tener derecho a cobrar con cargo al patrimonio del deudor en el Derecho Romano, completándolo, como se viene efectuando a lo largo del desarrollo del presente trabajo en sus diversos capítulos, con algunas referencias comparativas del Derecho actual, en especial, del Derecho Español. La posición del crédito del depositario en un contexto crediticio global, constituye un aspecto externo del crédito que contemplamos. No nos proponemos efectuar una enumeración de las garantías externas que pueden concertarse para asegurar el cobro de cualquier tipo de crédito, como la hipoteca, la prenda, las fianzas o cauciones, sino en la posición que ocupa el crédito del depositario, que se considera de tipo refaccionario, en el caso de su realización activa, por ejecución, o pasiva, cuando se fuerza el pago del propio depositante o de la persona legitimada para recuperar las cosas depositadas, y en el orden de prelación que corresponde al crédito del depositario en un procedimiento colectivo de realización patrimonial. Las garantías específicas del crédito del depositario podemos considerarlas como mecanismos de autodefensa vincular de la relación contractual, en atención al quebrantamiento de las condiciones contempladas al contraer el contrato. Como examinamos en el capítulo II, puede sostenerse que la jurisprudencia romana configuró un tratamiento distinto para los medios de defensa



del depositario en función de la autonomía del depositario en la gestión y organización de su actividad, y su consiguiente responsabilidad frente al depositante. En este último capítulo, creemos que el método más adecuado de acercamiento a las previsiones, en ocasiones difícilmente conciliables entre sí, que encontramos acerca del contrato de depósito, es el de su distinción en función de la naturaleza de la cosa depositada, por lo que dividimos su estudio en los casos del depósito de cosa cierta y determinada, del depósito de mercaderías, destinadas al tráfico comercial -lo que se denominaba "*pecunia*" en sentido amplio y podría corresponderse con la categoría hoy abandonada de las "*res nec mancipi*"-, y del depósito de dinero.

Preliminarmente al comienzo de nuestro estudio, conviene recordar que todo trabajo jurídico y, en especial, el de las fuentes romanas, precisa ser respetuoso con la propia forma de creación jurídica: su metodología. La técnica jurídica empleada por los jurisconsultos romanos ha sido objeto de numerosos estudios, y de conclusiones acerca de la misma, entre las que cabe destacar su sistema inspirado en las reglas de la retórica. Demuestra su idoneidad para la ciencia jurídica, frente al sistema axiomático griego, distinción en la que KASER<sup>5</sup> sigue las explicaciones de VIEHWEG<sup>6</sup> y ESSER<sup>7</sup>, si bien con matizaciones, y reconduce los dos sistemas de ordenación jurídica, respectivamente, a Aristóteles y a Cicerón, a saber, la axiomática y la tópica. El pensamiento axiomático deriva todas las normas y conceptos por medio de la deducción lógica de un sistema a partir de axiomas y definiciones que no requieren ni admiten ulterior fundamentación. Los axiomas colocados en la cima del ordenamiento y los conceptos básicos han de estar configurados de forma que no se excluyan o contradigan recíprocamente y que constituyan, entre sí y con relación al ordenamiento jurídico, un todo armónico, y presentar la característica de que cualquier otra regla pueda derivarse a partir de los mismos. Solo puede hablarse de "sistema" en el sentido aristotélico si se satisfacen estas premisas. Pero tal razonamiento no se puede materializar más que en un plano de lógica puramente formal, como las matemáticas, no en un ámbito de lógica "material" y, por consiguiente, tampoco en el Derecho. Estos ámbitos no son susceptibles de una

---

<sup>5</sup> Vid. KASER, M., *Zur Methode der Römischen Rechtsfindung (Nachrichten der Akademie der Wissenschaften, Göttingen, 1962-69)* en *Ausgewählte Schriften*, Università di Camerino, T. I, 1976, p. 51. TIerno PRADO, E., publica, el 20/12/2012 en su blog, acerca del pensamiento jurídico romano que: "...Ellos eran pragmáticos y como pueblo práctico veían que el Derecho debía dar soluciones y no problemas, debía llegar a dar soluciones justas y no a perpetuar situaciones injustas. Por lo tanto, el Derecho no es para los romanos una ciencia infusa, una ciencia etérea o unos valores elevados, para los romanos el Derecho es justicia. Y la justicia baja a la realidad, la justicia se mueve entre los hombres, entre sus problemas e imperfección, no entre las ideas o los dioses. ...". MOLLÁ NEBOT, M.A., en *Principios del derecho romano y principios del método romano, algunas particularidades de su enseñanza*, en *Homenaje al profesor Vidal Guitarte*, Vol. II, 1999, p. 645 explica que "...el derecho romano es, ante todo, la aplicación de un método, surge del mismo una infinita fuente de aprendizaje, pues no se trata de una serie de principios legalmente enunciados, ni de un cúmulo de definiciones sistematizadas, sino de la manera en que ha de ser guiado el razonamiento jurídico, por lo que, siendo variados los elementos que éste puede conjugar según sea el caso, queda abierto a las distintas soluciones jurídicas que sean "razonables"...".

<sup>6</sup> Vid. VIEHWEG, T., *Topik und Jurisprudenz*, München, 1953.

<sup>7</sup> Vid. ESSER, J., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956.

sistematización integral, debido al hecho de que en la ciencia jurídica intervienen numerosos elementos fácticos y extralógicos, sujetos a valoración y ponderación. En Derecho, esto puede predicarse ya de las definiciones y reglas, que no son inamovibles desde su inicio, sino que presentan una “lógica arbitraria”, y se fijan y crean por los poderes normativos según intereses jurídico-políticos, que pueden incidir tanto en la formulación inicial de la norma jurídica como en su desarrollo posterior...”.

Es clásica la cita del pasaje de Javoleno 11 *epist.*, D.50,17,202, a cuyo tenor:

*“Omnia definitio in iure civili periculosa est, parum est enim ut non subverti possit.”*

En Derecho Civil, toda definición es peligrosa, pues es difícil que no tenga que ser alterada<sup>8</sup>. Somos conscientes de que nuestras conclusiones no estarán exentas de aspectos discutibles o de resultados inadecuados en algún caso concreto. Creemos, no obstante, que el tratamiento diferenciado de los derechos del depositario que se propone, en función de que las cosas depositadas sean susceptibles de reivindicación, mercaderías identificadas solo por su peso, número o medida, o cantidades pecuniarias, resulta útil para vertebrar el tratamiento del reintegro de impensas en las modalidades de depósito voluntario, y satisfacer los respectivos intereses de los intervinientes como regla general. El estudio de aspectos derivados que perviven en el Derecho comparado actual dota al conjunto de la necesaria perspectiva para una mejor comprensión de la materia. La metodología que guía este trabajo parte de la relación histórico-crítica encaminada y centrada en la aplicación final en el derecho positivo, esto es, lo que venimos considerando derecho comparado.

---

<sup>8</sup> Tomanos la versión en latín de los fragmentos del Digesto de GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, Barcelona, 1897, reimpr. Valladolid, 2002, y de la página electrónica <http://droitromain.upmf-grenoble.fr/>. Para las traducciones al castellano de los fragmentos del Digesto nos servimos de la versión en castellano de D'ORS PÉREZ-PEIX, HERNÁNDEZ-TEJERO, F., FUENTESECA DÍAZ, P., GARCÍA-GARRIDO, M. y BURILLO LOSHUERTOS, J., *El Digesto de Justiniano*, Pamplona, 1975. Cfr. MARTINI, R., *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966, p.3. Recoge este autor algunas definiciones formuladas por los juristas romanos, tales como la de la "*obligatio*" y que éstas tienen un valor normativo (cfr. p. 62) "... Nel linguaggio delle fonti giuridiche, come è noto, definire e definizione non si adoperano solo in relazione a quella che si intende per definizione nell' senso corrente della parola, ma, prescindendo da altri significati, anche per alludere- diciamo così- a qualsiasi formulazione di carattere più o meno generali...", si bien deben entenderse limitadas al texto y contexto en el cual se formulan (cfr. p.86 y ss.), y al sentido común de las palabras. En resumen, la regla de derecho (*regula iuris*) es un resultado que se obtiene solo después del contraste con las clasificaciones que puedan establecerse a partir del concepto que se trata de perfilar, con ayuda otros criterios como la analogía, la etimología, el concepto contrario, y las subclases.



## CAPÍTULO 1.- APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE “IMPENSAS”.

### I.- PLANTEAMIENTO.

En el presente capítulo, según hemos expuesto en la introducción de este trabajo, nos proponemos aclarar el concepto jurídico de “impensas”, perfilar sus especialidades en el ámbito contractual, al que nos aproximamos por medio de las enumeraciones romanas que, desde diversos puntos de vista, permiten apreciar las fuentes, y en especial, en el desempeño de las impensas en los llamados “contratos reales”, que se perfeccionan por la entrega de la cosa objeto de los mismos, y centrarnos en las características especiales que el contrato y la modalidad “real” imprime al marco de realización de actuaciones de conservación de las cosas confiadas. En aras de una mejor sistemática y de la búsqueda de claridad expositiva, y a fin de evitar reiteraciones, en este capítulo, acompañamos a nuestro análisis solamente un reducido elenco de fuentes ilustrativas de los conceptos que se explican. Dejamos el desarrollo sistemático y estructurado de las fuentes que fundamentan el estudio de las impensas en el contrato de depósito para los capítulos ulteriores.

### II.- CONCEPTO DE IMPENSAS.

#### A.- Concepto de “impensas y expresiones afines.

Las impensas o gastos han sido objeto de interés en ámbitos concretos como el posesorio y las efectuadas por el marido en los bienes dotales, sobre la que existe una especial abundancia de doctrina<sup>9</sup>. Nos proponemos profundizar en el ámbito negocial y contractual, menos explorado, en el que puede reconocerse constantemente la modulación que la voluntad expresa o presunta del “*dominus negotii*” y la finalidad en cada caso perseguida por el contrato, han conferido a las reglas jurídicas establecidas fundamentalmente “*ad hoc*” por la jurisprudencia romana para la solución de los conflictos relativos a compensaciones por gastos en situaciones de “*ius civile*” y “*ius gentium*”.

---

<sup>9</sup> Podemos citar los estudios de SCHULZ, F. “*Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*”, en SSSZ, 34, 1913, p. 57 y ss.; RICCOBONO, S. “*Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*”, BIDR, 47, 1940, y “*Distinzione delle impensae e la regola fructus intelliguntur deductis impensis*”, en Arch. Giur, 58, 1897; los estudios de LEVY, J., “*Les impenses dotales en droit romain classique*”, Thèse pour le doctorat en droit, Paris, 1937, y “*D.6,1,27,5, le droit de rétention et le ius tollendi*”, en “*Synthese Arangio-Ruiz*” I, Napoli, 1964; BÜRGE, A. “*Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht*”, Zurich, 1979; (en adelante, se designará como “*Retentio*”...), o el trabajo de GONZÁLEZ-PALENZUELA, M.T., *Las impensas en el Derecho Romano Clásico*, Universidad de Extremadura, 1998.

El término “*im-pensae*” y las formas derivadas de la misma raíz, como “*impendium*” o “*impendere*” entroncan en expresiones del acervo indoeuropeo más arcaico. Concretamente, parece poderse remontar a la raíz indoeuropea “*spendo*”, que se origina en el ámbito religioso<sup>10</sup>, relativo a las obligaciones contraídas por votos efectuados a las divinidades, en que, junto a los juramentos solemnes (“*spondo*”) se recurría a ofrendas consistentes en actos de disposición patrimonial (“*spendo*”). Ello permite trazar un paralelismo entre los modos de crear vinculaciones de palabra, que corresponderían al juramento solemne conocido por “*sponsio*”, y los modos de generar vinculaciones de obra, por el acto de disposición patrimonial efectuado respecto de una cosa ajena o en favor de otro, en que habría que buscar las impensas o gastos<sup>11</sup>. En tal sentido, las impensas se han relacionado con el concepto de “daño”, “partición” o “distribución” y “manutención<sup>12</sup>”, lo cual revela sorprendentes

<sup>10</sup> Vid. BENVENISTE, E., *Vocabulario de las instituciones indoeuropeas, I. Economía, parentesco, sociedad; II. Poder, derecho religión*, Versión castellana de Mauro Armiño, Revisión y notas adicionales de Jaime Siles, Madrid, 1983, p. 383, en que nos explica: “...Vemos como “*eúkhesthai*” (indica lo que uno promete consagrar a un dios por un favor que se le pide) se une a “*spendein*”. El rito y el mito están estrechamente asociados. El acto de habla tiene la misma significación que el acto de ofrenda: los dos juntos acompañan a la prestación del juramento que une a dos pueblos, dos ejércitos. La “*spondé*”, rito de seguridad, garantiza a los contratantes contra una desgracia posible, contra una violación de la palabra dada: “*eukhé*” es la misma acción enunciada en palabras. ...”.

<sup>11</sup> No encontramos las expresiones “*impensas*” ni la de “*contractus*”, en la obra enciclopédica de DAREMBERG-SAGLIO, “*Le Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*”, Versión electrónica de la Universidad de Toulouse, *Jean Jaures*, actualizada a 23 de junio de 2016, pero sí podemos encontrar, a propósito de la entrada “*pactum*”, p. 265, las explicaciones de BEAUCHET, L., “...Ce mot signifie, en droit romain, dans un sens large, l'accord qui intervient entre deux parties à l'effet d'établir entre elles un rapport de droit. Il est alors pris comme un synonyme de <conventio>. Mais, en général, elles n'atteignent pas leur but. Le droit romain en fet, impregné, surtout à l'origine, d'un formalisme rigoureux, estimant que le consentement qui n'est ni revêtu d'une forme solennelle, ni accompagné de quelque acte matériel, ne présente pas un caractère suffisant de certitude, refuse, en principe, tout effet obligatoire au simple pacte, le pacte un ou “*pactum nudum*”...”. Vid. JÖRS, P.-KUNKEL, W., *Derecho Privado Romano*, Traducción de L. Prieto Castro a la 2ª ed., Barcelona, 1965, p. 313 y ss., en que los autores recogen como modos de vinculación más antiguos del Derecho romano las obligaciones verbales (*o stipulatio*) y, junto a éstas, el negocio “*per aes et libram*”, modo de generación de los llamados “contratos reales”, negocio formal consistente en el peso del dinero que se efectuaba ante cinco testigos, llamado “*nexum*” en sentido estricto. Muy antiguo también fue el préstamo no-formal, al que se llamó “*mutuum*”, que desaparecido el “*nexum*”, quedó como único tipo de contrato de préstamo en Roma, juntamente con la estipulación, forma verbal solemne de reconocimiento de deuda. ASTUTI, G., en *Deposito (storia)*, *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, p. 228, (en adelante, se designará como “*Deposito (storia)*”), señala que este principio también se conservó entre los pueblos germánicos: “...I Germani conscono senza dubio “ab antiquo” junto alla categoría del contrato formale, quella del contrato reale: peraltro, nell'origine della “res praestita” il rifiuto di restituire la cosa altrui, in qui si condanna l'inadempimento del debitore nelle varie contratti reali, fu considerato dapprincipio alla stregua di un delitto...”

<sup>12</sup> Vid. BENVENISTE, E., “*Vocabulario*” ..., op. cit., en el capítulo relativo al “sacrificio”, p. 374, efectúa la siguiente reflexión: “...El latín “*daps*” y el griego “*dapáne*” se vinculan por ese rasgo común de un gran gasto con ocasión de una fiesta religiosa, de sacrificio. La noción “gasto” no es una noción simple (...) se aprecia una relación manifiesta entre “*dapáne*” y “*damnum*”, que es, ante todo, el “gasto”, como se deduce claramente de Plauto (Miles, 699): un personaje se queja (...) de los “gastos” que su mujer supone, “*haec atque eius modo damna*”, esos gastos que son, propiamente, una ida de dinero, un “*damnum*”.(...) el origen del sentido de “*damnum*” como daño,

conexiones con las relaciones jurídicas en que tienen presencia los gastos o impensas, bien en su consistencia, puesto que se habla de “impensas” cuando una persona dispone de su patrimonio en favor del mantenimiento de una cosa (o persona) y en cuanto a su vertiente resarcitoria, tendente a restablecer un equilibrio patrimonial entre el sujeto o titular favorecido y quien ha efectuado el gasto que no le competía. En el Código Theodosiano y la época justiniana se adopta la forma “expensas”, no clásica. Se emplean también otros términos menos frecuentes y más específicos, como “*erogare*” o “*iactura*”, con significado semejante<sup>13</sup>. En materia de construcción y conservación, aparece también la expresión “*reficere*” y sus derivados, en ocasiones, en combinación con la expresión “impensas”. Es también constante el empleo del término “*sumptus*”, con significado generalmente equivalente al de “*impensae*”.

## B- Delimitación de las impensas.

### 1.- Ámbito.

Para formarse una idea acerca del significado, la extensión y la función de la expresión “impensas” en las fuentes latinas, es preciso examinar sus supuestos, ya que se carece de una definición propiamente dicha, lo que tampoco es el caso en los ordenamientos intermedios y actuales, que han acogido ampliamente las ideas y soluciones legadas por la tradición romanística. Incidiremos en las especialidades que otorga el marco contractual sobre los llamados “gastos”, y en algunas características comunes de las impensas que surgen en el marco de los llamados “contratos reales”, entre los que se ha clasificado al contrato de depósito.

En primer lugar, por su denominación, encontramos algunas figuras en materia crediticia, reconducibles a la raíz “*pes/pens*”, si bien será más correcto catalogarlas como inversión, acaso por reminiscencia de una etapa primitiva indiferenciada, donde

---

es, propiamente, el dinero dispuesto sin contrapartida...”. CHANTRAINE, P., en su “*Dictionnaire étymologique de la langue grecque. Histoire des mots*”, París, 1999, p. 252, también recoge esta acepción de “*δαπάνη*”, al explicar que “...le thème “*δαπ-*” avec labiale semble se retrouver en latin dans “*daps, damnus*”, en tokhar, prétérit “*tâp-*”, manger (Fraenkel IF 50, 1932, 7) Le sanskrite “*dapayati*” “partager”, dont le “p” entre dans un system gramatical sanskrit, pourrait être apparenté ; sans la labiale on pourrait évoquer le grec “*δατέομαι*”, cf. Pokorny, 176....”. Cfr. ERNOUT, A.-MEILLET, A, en *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Paris, 1959, (al que, en adelante, nos referiremos como *Histoire...*), p. 163 y s., exponen, acerca de la raíz “*pendo/pensum*” que corresponden a la misma dos verbos, uno, intransitivo, referido a “pender, estar suspendido” y otro transitivo, del que resulta “pesar” y, por extensión, contar dinero y pagar. Explican que también se utiliza en el sentido figurado de “sopesar” o “evaluar”, y es origen de compuestos como el de “compensar”, “dispensar” o “dépenser” (expresión francesa para “gastar”).

<sup>13</sup> Vid. GONZÁLEZ-PALENZUELA, M.T., *Las impensas ...*, op. cit, p. 14 y s. Vid. INSTITUTO DI GLOTTOLOGIA, *Dizionario etimologico italiano*, Firenze, 1975, vol. II, entrada “*erogare*”, cuyo significado se refiere a “*distribuire*”, “*spendere*” y propiamente a “*chiedere*”, que, nel latino parlato indicava “*pagare*”, “*dispensare*”, e nel latino giuridico, “*chiedere al popolo di effettuare una spesa pubblica*”.

toda inversión en algo o por alguien que debe ser restituida merecía la consideración de “impensa”. Cabe concebir un paralelismo entre la “*pignoris capio*”, para el resarcimiento cuando una cosa determinada se “beneficiaba” de la actuación, y la “*manus iniectio*”, cuando la garantía de la inversión efectuada se destinaba a la persona misma, que después fue reconducida a todo su patrimonio. Este planteamiento nos conduciría a las ideas de BISCARDI, relativas a la “*obligatio rei*”<sup>14</sup>, y, quizás, pudiera verse en esta representación la “lógica” originariamente subyacente a los privilegios sobre determinados bienes muebles y sobre determinados bienes inmuebles y a los privilegios relativos a determinados créditos personales, respectivamente, para el reconocimiento de preferencia para el cobro de obligaciones. Podemos encontrar la figura de la “*actio depensi*”, recogida en el capítulo II de la Ley Aquilia y que se extiende posteriormente a la acción que asiste al “*adpromissor*” para obtener el reintegro del importe del deudor por quien pagó como garante<sup>15</sup>. También encontramos la raíz “*pes/pens*” en la institución de la “*expensilatio*”, apunte de deuda cedida que hacía un *pater-familias* en una libreta contable, aceptado, y revestido de ejecutividad<sup>16</sup>, que parece que contó con un capítulo para su realización en el Edicto “*de Rebus Creditis*”<sup>17</sup>. Sin embargo, no se mantiene esta expresión en la llamada “*actio mandati*” que surge posteriormente, y, según algunos autores, absorbe en la época clásica la figura de la “*adpromissio*”<sup>18</sup>, -pero que no se denomina “*actio depensi*”-, si bien no apreciamos entre ambas diferencias justificativas para no mantener la denominación, por lo que entendemos que es accidental el empleo de la expresión “*depensi*” en la “*adpromissio*” y el caso del capítulo II de la Ley Aquilia y no en la “*fideiussio*”. Quizás, la diferencia pudiera estar en la progresiva concienciación de la implantación del principio de responsabilidad patrimonial del sujeto favorecido, que no fue automático en sus inicios, y la correlativa pérdida de sentido de referirse a “*impensae in personam*”, o también en el ámbito de empleo de la “*fideiussio*” en las acciones adyecticias y en ser quien aprueba la gestión interesado

---

<sup>14</sup> Vid. BISCARDI, A., *Il tecnicismo della nozione di “res obligata”*, en *Estudios de derecho romano en Homenaje a Alvaro d’Ors*, Pamplona, 1987, Tomo I, p. 341 y s., donde dice que “... rispetto al “debitum” da garantire, la funzione della persona (“obligatus”) o della cosa offerta in garanzia (“res obligata”) è assolutamente identica. Affinche il “debitum” si confonda e s’identifici con la “obligatio personae”, accorrerà che il vincolo materiale di assoggetamento di una persona ad un’altra per garanzia di ciò che è dovuto venga abolito una volta per sempre i che accade con la “Lex Poetelia Papiria” del 326 a.C. abrogatrice del “nexum” ... fuo solo in conseguenza di ciò che emerse la nuova obligatio intesa come “vinculum iuris” puro e semplice...”.

<sup>15</sup> Vid. MOLLÁ NEBOT, M. A. S., *Extinción formal de las obligaciones verbales. La “accepatilatio”*, Madrid. 1993, p. 201 y ss. La autora observa que el capítulo II de la Ley Aquilia en esencia trata de la “*accepatilatio*” por el “*adstipulator*”: El perjuicio contemplado es la pérdida del derecho de crédito.

<sup>16</sup> Por ejemplo, es en este sentido en que se emplea la expresión “*expensumve tituli tulerit*”, en la llamada “*Tabula Baetica*”, que se data en el S.I o inicios del S. II d. C., hallada en las inmediaciones de Sanlúcar de Barrameda en 1868, que pasó a exponerse en el Museo Arqueológico Nacional de Madrid.

<sup>17</sup> Vid. FUENTESECA DÍAZ, P. *Los sistemas expositivos de las obligaciones contractuales en la jurisprudencia romana y en la idea de “contractus”*, AHDE, 1953, p. 565, también recogido en *Estudios de Derecho Romano*, Madrid, 2009.

<sup>18</sup> Vid. GIMÉNEZ-CANDELA, M.T., *Mandatum und Bürgenregress*, en *Mandat und Verwandtes*, Heidelberg, 1993, p. 169-179.

en tanto "*dominus*" del peculio<sup>19</sup>, Con la generalización del principio de responsabilidad patrimonial universal respecto de las personas, que conlleva la indiferenciación de cualquier crédito o préstamo otorgado a un determinado sujeto, cualquiera que sea el destino que éste le dé, la expresión "gastos" o "impensas" perdería en gran medida su sentido en relación a los créditos personales. Respecto de las personas, la expresión solo ha conservado cierto uso en inversiones "personalísimas" para la subsistencia, la de su memoria, o para su cualificación, tales como los gastos por alimentos, formación, funeral y entierro<sup>20</sup>. Por lo demás, la expresión ha quedado circunscrita a inversiones accesorias a la realización de un negocio o actuación principal, por lo que tiene su sentido respecto de cosas o negocios individualizados en los que puede apreciarse el resultado de la actuación o la inversión desplegada. Así, cabe observar que los gastos se enumeran por separado del propio crédito o préstamo en las acciones de resarcimiento enunciadas anteriormente, entre otros, en el pasaje del D. 13,7,8,5, que contempla no solo,

*"ob sortem non solutam venire potent",*

es decir, "la cantidad debida", sino también

*"... ob cetera quoque, veluti usuras, et quae in id impensae sunt",*

o sea, "... los demás conceptos de que tiene derecho a reintegrarse el acreedor pignoraticio con cargo a la garantía, como son los intereses o las impensas de la cosa pignorada."

Esta separación se mantiene en las acciones de reembolso actuales, así, nuestro CCE, para el caso del ejercicio del derecho de retracto, art. 1518, o para reintegro del fiador, el art. 1838, o en el caso de la acción de regreso de los arts. 58 y 59 de la L. 19/1985, Cambiaria y del Cheque. En el presente trabajo partimos, no obstante, de un concepto omnicompreensivo de las impensas como gastos e inversiones, por ser la forma en que se presentan mayormente en las fuentes romanas y en la práctica, como se ampliará oportunamente en el capítulo IV de nuestro estudio.

## 2. - Efectos jurídicos de la realización de gastos o impensas.

---

<sup>19</sup> En las acciones adyecticias en Derecho Romano, es destacable la especialidad de contar el "*dominus*" con la alternativa de ratificar la gestión y asumirla íntegramente, o de responder, en su caso, únicamente hasta el límite de la utilidad que se pudiera demostrar que le ha proporcionado una actuación, aparte de "abandonar" al responsable en favor del reclamante.

<sup>20</sup> Cfr. la exención de colación que el artículo 1041 del CCE prevé para los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, equipo ordinario y los regalos de costumbre y el hecho de constituirse los gastos de entierro y funeral del finado y de las personas de su familia y los de última enfermedad de las mismas personas. no ya como privilegio sobre bienes determinados sino como privilegio general sobre la totalidad del patrimonio del deudor, previsto para gastos de dicha naturaleza en el art. 1924 1.b) y c) CCE, así como el capítulo de alimentos entre parientes, arts. 142, y la prohibición de compensación de los alimentos corrientes debidos por título gratuito del art. 1200 CCE.



Los gastos, inversiones o mejoras realizados por un sujeto en sus propios bienes son susceptibles de generar efectos jurídicos como puede serlo la accesión y la adquisición de la cosa nueva que éste ha producido o construido sobre su propiedad o con cargo a sus recursos propios, y también los efectos específicos de un deber resarcitorio cuando se ha desplegado una actividad por otro sujeto en relación con dichos bienes y derechos. La idea que sustenta el concepto de los gastos o impensas implica como presupuesto un sistema de organización económica y social basado en el reconocimiento de la propiedad y patrimonio privados, sin el cual no habría lugar a reconocer una accesión ni a establecer la obligación de resarcimiento cuando el acto de disposición patrimonial o la actividad que repercute en un determinado bien o en favor de un determinado sujeto son realizados por persona distinta de aquélla que, en derecho, está obligada a soportarlo. La atribución de bienes y derechos a un determinado sujeto lleva aparejada tanto el derecho exclusivo a su disfrute o al de los aprovechamientos de que sea titular como la imputación del deber de responder por los gastos y actividades tendentes al mantenimiento, la explotación y los eventuales daños que por razón del bien o derecho se ocasionen a otro sujeto. Esta faceta es la que se conoce como “obligación” u “*obligatio*”, que no se ha alcanzado a definir más que de un modo formal, por remisión al ordenamiento jurídico que, en cada caso, fundamenta la adquisición de bienes y derechos y las responsabilidades que de ella nacen<sup>21</sup>. La sociedad romana percibió este sistema como de “derecho de gentes” (o natural), así resulta del pasaje de Hermogeniano, 1 *iur. Epit.*, recogido en D.1, 1, 5, a cuyo tenor:

*“Ex hoc iure gentium introducta bella, disdetae gentes, regne condita, dominus distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emptiones, venditiones, locationes, conductiones, obligationes institutae, exceptis quibusdam, quae a iure civile introductae sunt. “*

“... Por derecho de gentes se introdujeron las guerras, se separaron los pueblos, se fundaron los reinos, *se distinguieron las propiedades, se pusieron lindes a los campos, se elevaron edificios, se instituyeron el comercio, las compraventas, los arrendamientos y las obligaciones*, con excepción de algunas introducidas por el Derecho Civil. ...”.

Y el fragmento de Paulo, *libro tertio ad Sabinum*, D. 50, 17, 10:

<sup>21</sup> Los juristas romanos postclásicos definieron la obligación en las *Inst.*, 3,13, como “... *Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iurae...*”. O sea, es el “vínculo jurídico por el cual un sujeto queda relacionado con otro para la realización de una determinada prestación según las normas de nuestro derecho civil”. OMIENS, R.B., en *The origins of European thought. About the body, the mind, the soul, the world, time and fate*, Oxford, 1988, p. 438, explica la etimología de “bond”, u obligación. Recoge las palabras de Plauto: “... I have disentangled (or loosed) my “*res*” (“*meam rem*”), “*lucrum*” and will throw light on some of the most fundamental terms in Roman Law. The man under obligation was described for “bound” (“*nexus*”). (...) n. 750: It occurs to me that the opposite of “*lucrum*” (e.g., Plauto capt. 327), may be related to the greek “head-band”, sanscrit, “*dâman*”, bond, and, perhaps, latin “redimio”, and, in origin, meant “binding”, and according to the thought traced, restriction, ill-fortune. Who inflicts it, gives “*damnum*” to the other and undoes it by loosing it...”.

*"Secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda."*

Es conforme a la naturaleza que las ventajas de una cosa correspondan al mismo que sufre los inconvenientes<sup>22</sup>.

El restablecimiento del equilibrio quebrantado entre el patrimonio del dueño o titular de la cosa o derecho y quien ha efectuado atenciones para su reparación, conservación o producción por medio del deber de reembolso, constituye una manifestación de la idea de justicia, que expresa Ulpiano, en su conocida definición, recogida en el pasaje D. 1,1,10 pr., y en las Inst. 1,1, pr., según el cual:

*"Iustitia est constans et perpetua voluntate ius suum quique tribuendum. Iuris praeceptae sunt haec, honeste vivere, alterum non laedere, suum quique tribuere"*<sup>23</sup>.

“Es justicia la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo suyo. Los preceptos de la ley son éstos: vivir honestamente, no hacer daño a otro y dar a cada uno lo

---

<sup>22</sup> Este principio entronca, al parecer, en la filosofía helenística. Así lo recoge BARTA, *Graeca non leguntur? Zu den Ursprüngen des Europäischen Rechts im antiken Griechenland*, T. I, Wiesbaden, 2010, p. 38 y ss., en un relato atribuido a Hypereides contra Athenogenes, datado en el S. IV a. C. Se establece la responsabilidad del vendedor cuyo esclavo gestor vende el negocio de perfumería que regentaba a un comprador inexperto con todo su activo, esclavos, existencias, clientela y su pasivo, pero oculta maliciosamente el monto real de las deudas del establecimiento. A raíz de las reclamaciones de los acreedores, el comprador reclamó la nulidad de la venta y la restitución de su dinero. El fundamento de la condena a Athenógenes es que, por ser el dueño, y obtener, por consiguiente, los beneficios, también debía responder por la venta maliciosa. Hyperiedes basa este principio en una Ley de Solón, del S. IV a. C.

<sup>23</sup> Vid. KNÜTEL, R., *Zum Pflichtenkonflikt des Verwahrers*, Mèlangés Sturm I, Liège, Lausanne, 1999, p.252 y s., En el artículo que se cita, que trata fundamentalmente sobre la sentencia de Triphoniano recogida en el fragmento del D.16,3,31, relativa a la cuestión de la devolución de la cosa depositada cuando queda de manifiesto un conflicto de titularidad, formula la distinción entre la “justicia distributiva” y la “justicia conmutativa”, que es la referida para apreciar el enriquecimiento injustificado. Nos dice “...Das Gebot des “suum quique tribuere” können wir ueber Cicero und die Stoa bis auf Aristoteles und sogar noch weiter zurückverfolgen cfr: Cic. *De fin.* 5,65 y *De inven.* 2, 160-. In der Nikomachischen Ethik unterscheidet Aristoteles zwischen der allgemeinen Gerechtigkeit, die auf Einhaltung der Gesetze und die Beachtung der Gleichheit gerichtet ist, und der besonderen. Die besondere Gerechtigkeit gliedert sich in die beiden Unterarten der verteilenden Gerechtigkeit (“iustitia distributiva”) und der regelnden Gerechtigkeit (“iustitia corrective sive conmutativa”). Beide Unterarten sind Ausformungen des Gebots, jedem das Seine zu gewähren. Im Bereich der “verteiligen Gerechtigkeit” geht es um die Herstellung der Gleichheit bei der Verteilung der Güter, und zwar nach dem Maßstab der Würdigkeit des einzelnen Menschen. (...) Wichtiger ist für unseren Zusammenhang die “regelnde Gerechtigkeit”. In ihrem Bereich geht es um die Bewahrung der Gleichheit, zwar in dem Sinne, das bei einem (im weitesten Sinne verstandenen) Austausch von Gütern entweder das freiwillig bestimmte Austauschverhältnis eingehalten oder das unfreiwillig (etwa durch Diebstahl oder Körperverletzung) entstandene Austauschverhältnis durch Rückgewähr oder Schadenersatz zum Ausgleich gebracht wird. Auf diese Weise behält jeder das seine und es wird die arithmetische Gleichheit verwirklicht. ...”

suyo". BÜRGE diferencia los siguientes supuestos que dan lugar a reembolso: a) La prestación por el poseedor no-propietario en ausencia de acuerdo cuando ha producido un aumento de valor en la cosa poseída o ha evitado su deterioro, cuando el bien debe atribuirse al favorecido; b) La cosa ha provocado daños en el patrimonio del poseedor no responsable imputables al responsable; c) La cosa se encuentra en poder del poseedor por razón de prestación y contraprestación, pero resulta que falla la causa ya sea por nulidad originaria o de forma sobrevenida<sup>24</sup>. Resume este autor que, en el primer caso, hay un enriquecimiento y pérdida correlativos que deben remediarse; en el segundo caso, el empobrecimiento de una parte se contrapone al mantenimiento inalterado de la otra parte, y, en el tercer caso, solo se produce un enriquecimiento o empobrecimiento si se da lugar a la retroacción de actuaciones<sup>25</sup>. El deber de retribuir los servicios prestados sin ánimo de liberalidad por cuenta o en interés de otro participa igualmente del mismo principio<sup>26</sup>. De un modo aproximativo e intuitivo, podría aceptarse que esta distinción está en la esencia de la máxima recogida por Gai III, 88, según la cual la principal división de las obligaciones abarca dos clases, pues dice que. "*Obligaciones aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio...*", "toda obligación o nace de delito o nace de contrato". Como consideraremos más extensamente en otros apartados de este trabajo, en la "*Aurea*" que se le atribuye, recogida en el libro "*Res cottidianae*", D. 44,7,1 pr., se amplía la relación de contratos y delitos con "*ex variis causarum figuris*", ["distintos tipos de causa"], que son las que la doctrina escolástica denominó respectivamente "quasi-contratos", figuras asimiladas a los primeros, en tanto actos no ilícitos, y "quasi-delitos", figuras asimiladas a los actos ilícitos provistos únicamente de una sanción civil.

<sup>24</sup> Vid. BÜRGE, A. "*Retentio*" ..., op. cit., p. 7.

<sup>25</sup> Vid. JÖRS, P- KUNKEL, W, *Derecho Privado Romano*, p. 354 (§ 155, *Acciones de enriquecimiento injusto*). Los autores explican que "el preciso correctivo paralelo para evitar la injusticia del enriquecimiento eran las "*condictiones*" en Derecho Romano, en las cuales se basan las acciones modernas de enriquecimiento. (...) El punto de partida de las acciones de enriquecimiento, se ha de ver en su afinidad con el préstamo simple o de mutuo. ...", y en la p. 237, (§ 101, *Obligación y acción procesal*) nota 8, exponen que: "La denominación "*condictio*", que también se usaba para la "*actio certae creditae pecunia*" es de origen procesal; *condicere* significa notificación en término judicial, que sucede a la *legis actio per conditionem*. (...) Tomamos el término "*condictio*" en el sentido tradicional de "*iudicium strictum*", cuya fórmula no indicaba la causa de la obligación. (...) Indicaba un "*certum*" distinto de una "*certa pecunia...*" FUENTESECA DÍAZ, P., en *La necesidad de retomar el estudio del Edicto Pretorio*, AHDE, 1969, p. 457, recoge la fórmula de la "*condictio*", cuya introducción se atribuye a la *Lex Aebutia*, de entre los años 150-120 a. C., que eleva las "*condictiones*" a "*iudicia legitima*", y que reemplaza el formalismo de las *legis actiones* del S.IV a. C., "*Aio te mihi dare oportere. Si paret dare oportere, condemna, si non paret absolvito.*" En las Instituciones de Gai, IV, 33, se manifiesta que "En cambio, no hay ninguna fórmula con ficción de acción de la ley por "*condicción*", pues ya pidamos una cantidad de dinero, ya una cosa cierta que nos sea debida, pretendemos que nos deben ser dados sin añadir ninguna ficción de "*condicción*"; así pues, *se entiende que estas fórmulas por las cuales pretendemos una cantidad de dinero o una cosa tienen valor por sí mismas*. A esta clase pertenecen las acciones de comodato, fiducia, gestión de negocios y otras muchas."

<sup>26</sup> Cfr. Gai, III, 149, que concluye diciendo que "...*saepe enim opera alicuius pro pecunia valet.*" "... frecuentemente, el trabajo de una persona equivale al dinero.", y el pasaje del Edicto "*de Feriis*", *Ulp. 2 Ed. Aed. Curul*, D. 21,1, 42, que fija la cuantía de una indemnización por lesiones o muerte en salarios.

Hoy día sigue siendo posible apreciar esta distinción plasmada en las Instituciones de Gayo en las diversas codificaciones civiles continentales, por ejemplo, el CCE enumera como fuentes de las obligaciones, en su art. 1089, la ley, los contratos y cuasi-contratos y los actos u omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia. Es en el ámbito de los contratos y figuras asimiladas y obligaciones nacidas de la ley en que se habla de “impensas”, “gastos” o expresiones equivalentes, y en los que, por consiguiente, vamos a centrar nuestro estudio. En relación a los actos ilícitos, se emplea propiamente el término “daños”<sup>27</sup>, si bien el término “indemnización” si es genérico y abarca tanto la reparación nacida de acto lícito como de acto ilícito.

En materia de daño, CASTRESANA HERRERO<sup>28</sup> diferencia entre “*damnum facere*” y “*damnum dare*”, y constata que la expresión “*damnum dare*” o “*damnum iniuria datum*” se asume como denominación técnica del delito, mientras la expresión “*damnum facere*”, nos explica esta autora que es una expresión pleonástica que aparece en el “*Edictum de feris*”, D. 21,1,42<sup>29</sup>, en el “*Edictum de deiecta vel effusa*”, D. 9,3,1 pr.<sup>30</sup>, casos de responsabilidad del propietario por daños causados por cosas caídas de sus propiedades, y en la fórmula de la “*actio communi dividundo*” según

---

<sup>27</sup> Aunque también se emplea en el derecho de seguros, que comprende casos involuntarios y de responsabilidad fortuita y objetiva.

<sup>28</sup> Vid. CASTRESANA HERRERO, A., en su obra *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, Salamanca, 2001, p. 18 y ss. Cfr. WESTBROOK, R., *The coherence of the Lex Aquilia*, RIDA, 42, 1995, p. 468, en que explica: "... In our view, it is no accident that the (...) dichotomy (expressed by terms of "contumelia" and "culpa") is found in the developed actions of "iniuria" and "damnum iniuria datum"; it represents the original scope of apparently overlapping provisions of the Twelve Tables and the "Lex Aquilia", with "talio" and fixed payments on the one hand, and indemnification on the other. ...". En este mismo artículo, el autor reflexiona sobre el orden de los capítulos de la Ley Aquilia, y baraja la posibilidad de una anexión posterior del capítulo III, pero también, en la página 450, que puede apreciarse el seguimiento de una secuencia temporal del momento del establecimiento del daño, en caso de muerte, anterior, en caso de restitución de créditos, simultánea a su producción, y en caso de lesiones, posterior a su producción.

<sup>29</sup> Ulp. 2 ed. Aed. Curul, D.21,1,42. “*Qua vulgo iter fiet, ita habuisse velit, ut quiquam nocere damnumve dare possit. Si adversus re factum erit, et homo liber ex re perierit, solidi ducenti, so nocitum homini libero esse dicetur, quanti bonum aequum iudice videbitur; condemnatur, eferarum rerum quanti damnum datum factumve sit, duplum.*” Por donde se pasa corrientemente, de modo que pudiera perjudicar o causar daño a alguien”. Si se hubiese infringido esto y por ello hubiere perecido un hombre libre, se condenará a doscientos sueldos; y si se dijese que se había causado daño a un hombre libre, sea condenado a cuanto al juez pareciese bueno y justo; por los demás daños, el duplo del daño causado o hecho.

<sup>30</sup> Ulp. 23 ed., D.9,3,1, pr.: “*Praetor ait de his, qui deiecerint vel effuderint, nuda in eum locum, quo vulgo inter fiet vel in quo consistetur, deiectum vel effusum quid erit in eum quo habitaverint, in duplum iudicium dabo. Si eo ictu homo liber perisse dicetur, quinquaginta aureorum iudicium dabo,; si vivet notamque ei esse dicetur, quantum de eam rem aequum iudici videbitur, eum cum quo agetur; condemnari tanti iudicium dabo. Si servus insciente dominum fecisse dicetur, in iudicio adiiciam: aut noxam dedere.*” Respecto a los que hubieran arrojado o vertido algo, dice el pretor: “Daré acción por el doble del daño que se haya causado o hecho, contra el que habitase el inmueble desde el que se hubiere arrojado o vertido algo en lugar de tránsito o estacionamiento ordinario (...) Si se denunciara que un esclavo lo hizo ignorándolo su dueño, añadiré en la acción: o que lo dé por el daño.

Ulpiano, en D. 10, 3,3, pr.<sup>31</sup>, así como en el capítulo 20 de la *Lex Rubria*, caso de “*cautio damni infecti*” y sus fórmulas de realización procesal<sup>32</sup>, y que debe entenderse como “pérdida que sufre el propietario de un bien por una intervención ajena”, “dañar un bien”, “lesionar” en general. “...Mientras “*damnum dare*” inicialmente descansaba en la idea de hacer que otro gaste o causarle una pérdida, el “*damnum facere*” sugiere el hecho mismo de hacer el gasto...”. Para un tiempo anterior a la Ley Aquilia, sugiere que podría identificarse el daño todavía no tecnificado como “*noxa*”, pena, es decir, pérdida de dinero. Por su parte, el derecho inglés y anglosajón en general diferencia entre el “*tort law*”, o derecho de daños, y el “*law of restitution*”, referido a la compensación patrimonial y remedio de un enriquecimiento injustificado<sup>33</sup>.

Dentro de las impensas, pueden diferenciarse algunos sectores que podríamos calificar como “regulación especial”, así la prevista para el peculio y las llamadas “*actiones de in rem verso*” respecto del “*pater familias*”<sup>34</sup>, y la regulación de los gastos efectuados en el “derecho de la construcción”, “*ad reficiendum impensae*”, que se dotaron de una serie de privilegios introducidos por un SC de Marco Aurelio (S. II d. C.), reconducibles a la regulación de las impensas, como se deriva de las

<sup>31</sup> Cfr. *Ulp. 30 Sab.*, D.10,3,3, pr.: “*In communi dividendo iudicio nihil pervenit, ultra divisiones rerum ipsarum, quae communes sint, si quid in is damnum datum factumve est, sine quid eo nomine aut abest alicui sociorum, aut ad eum pervenit ex re commune*”. “En el juicio de división de cosa común, entra tan solo la división de las cosas mismas que sean comunes y el daño que en ellas se pudo causar o hacer, o la pérdida que se ocasionó a otro socio, o lo que se obtuvo de la cosa común”.

<sup>32</sup> *Lex Rubria.20*; “*qua de re quisque, et a quo, in gallia cisalpina\* damni\* infecti\* ex formula restipulari\* satisve accipere volet, et ab eo qui\* ibi\* iure dicundo\* praerit postulaverit, idque non calumniae\* causa\* se facere iuraverit: tum is, quo de ea re in ius aditum erit, eum, qui\* in ius eductus erit, de ea re ex formula repromittere et, si\* satis dari\* debebit, satis dare iubeto decernito. Qui\* eorum ita non repromiserit\* aut non satis dederit, si\* quid interim damni datum factumve ex ea re aut ob eam rem eove nomine erit, quam ob rem, uti\* damni\* infecti\* repromissio satisve datio fieri\*, postulatum erit: tum magistratus prove magistratu iivir iiiivir praefectusve, quoquomque de ea re in ius aditum erit, de ea re ita ius dicito\* iudicia dato iudicareque iubeto cogito, proinde atque si\* de ea re, quom ita postulatum esset, damni\* infecti\* ex formula recte repromissum satisve datum esset. De ea re quod ita iudicium datum iudicareve iussum iudicatumve erit, ius ratumque esto, dum in ea verba, si\* damni\* infecti\* repromissum non erit, iudicium det itaque iudicare iubeat (...) quae proxume scripta sunt accipietur, includantur concipiantur, quae includi\* concipi\* sine dolo malo oporteret debetive, ne quid ei qui\* de ea re aget petetve captione\* ob eam rem aut eo nomine esse possit; neve\* ea nomina, quae in earum qua formula quae supra scripta sunt, aut mutinam in eo iudicio includi\* concipi\* curet, nisi\* ii\*, quos inter id iudicium accipietur lisve\* contestabitur, iis\* nominibus fuerint, quae in earum qua formula supra scripta sunt, et nisi\* si\* mutinae ea res agetur; neve\* quis magistratus prove magistratu, neve\* quis pro quo imperio potestateve erit, intercedito neve\* quid aliud facito, quo minus de ea re ita iudicium detur iudiceturque.*”

<sup>33</sup> Vid. BIRKS, P., *An Introduction to the law of restitution*, Oxford, 1985.

<sup>34</sup> Son estudios de referencia los efectuados por VALIÑO DEL RIO, E., sobre *Las acciones adiecticiae qualitatis y sus relaciones básicas en derecho romano*, *AHDE*, 37, 1967, p. 339 y ss., y *Las relaciones básicas de las acciones adiecticias*, *AHDE*, 38, 1968, p. 377 y ss. Sobre la relación precursora de la legislación tendente a corregir el enriquecimiento injusto, vid. RICART MARTÍ, E., *La actio de in rem verso: iter histórico y fuente de inspiración de la figura del enriquecimiento injustificado en los sistemas de “Civil Law”*, en la *Revista General de Derecho Romano*, 24, 2015.

propias fuentes conservadas<sup>35</sup>. El SC de Marco Aurelio mencionado se atribuye a una situación de necesidad del momento de emitir su decreto, generada por un desbordamiento del río Tíber que afectó a los graneros de Roma, apostados a la vera del río, cuya reparación urgía por motivos de abastecimiento<sup>36</sup>. El derecho de "prenda" sobre la cosa construida, y aún de apropiación por el condueño en el caso de que no se le restituyera por los demás condueños los gastos de reparación efectuados en un plazo establecido, no parece una invención original de Marco Aurelio, ya existía en otros ámbitos, como en la construcción naval y el comercio marítimo sobre el buque y sus aparejos (D. 14,2), o en el ámbito de la prestación de servicios donde

---

<sup>35</sup> Cfr. los pasajes que se enumeran a continuación, relativos a diversos aspectos atinentes a las impensas en la construcción, en la edificación, un canal, en una nave, un fundo y el caso del daño temido; *Ulp. 31 ed.*, D. 17,2,52,10 "*Idem respondit: socius, qui cessantis, cessantiumve portionis insulae restituerit, quamvis aut sortem usuris intra quattuor menses, postquam opus refectum erit...*". "El mismo Papiniano respondió: el socio que hubiese refaccionado una casa supliendo a uno o varios copropietarios, aunque puede recuperar el capital con ciertos intereses dentro de los cuatro meses después que se restauró la obra, haciendo uso de su privilegio <de refaccionario> o bien, sino, quedarse con la cosa como propia, puede, no obstante, demandar por la acción de socio, para conseguir la indemnización de su interés, pues supongamos prefiere conseguir lo suyo más que la propiedad de la casa. El senadoconsulto del emperador Marco Aurelio de consagrada memoria, limita determinados intereses a los cuatro meses, porque después de los cuatro meses, concede la propiedad al refaccionario.", *Ulp. 31 ed.*, D.17,2,52,12, "*Item si in communem rivum reficiendum impensa facta sit, pro socio esse actionem ad recipiendum sumptum. Cassium scripsit.*" [“Asímismo, si se hubieren hecho gastos para reparar un canal común, escribió Casio que se la acción del socio para recuperar lo gastado.”; *Ulp. 28 ed.*, D.14,1,1,9, "*Undae quaerit Ofelius, si ad reficiendam navem mutuatus nummos in suos usos converterit, an in exercitorem datur actio? Et ait, si hac lege mutavit voluntatem, teneri exercitorum impostaturum sibi, cur talem presuposuerit, quodvi ab initium consilium cepit fraudenti creditoris, et hoc specialiter non expenserit, quod ad navis causam accepit, contra esse, quam distinctionem Pedius probat.*". "Por esto pregunta Ofilio si, cuando el patrón aplica a su propio uso el dinero que recibió en préstamo para reparar la nave se dará la acción contra el naviero. Y dice que, si el patrón lo recibió con la obligación de invertirlo en la nave, y luego cambió de intención, debe quedar obligado el naviero y deberá culparse a sí mismo por haber encargado a a tal individuo; pero, si desde el principio tomó la decisión de defraudar al acreedor y no hubiese expresado especialmente que lo recibió para destinarlo a la nave, la solución es la contraria, distinción ésta que aprueba Pedio”.

*Ulp. L.1, 32 ed.*, D.19,1,13,22 "*Praetera ex vendito ageto consequetur etiam sumptus, qui facti sunt in re distracta, ut puta si quid in aedificia distracta erogatum est: scribit enim Labeo et Trebatius esse ex vendito hoc nominem actionem. Idem et si in aegri servi curationem impensum est ante traditionem aut si quid in disciplinas quas verisimile erat etiam emptorem velle impendi: Hoc amplius Labeo ait et si quid in funus mortui servi impensum est, ex vendito consequi oportere, si modo sine culpa venditoris mortem obierit.*" "Además de esto, se conseguirá, por la acción de venta, los gastos que se hicieron en la cosa vendida, por ejemplo, si algo se gastó en los edificios vendidos, pues escriben Labeón y Trebacio que hay acción de venta por este concepto; y lo mismo también si se gastó algo en la curación del esclavo enfermo, antes de entregarlo, o bien en un aprendizaje que verosímilmente el comprador también querría. Dice, además, Labeón, que, si algo se hubiese gastado en los funerales del esclavo muerto, debe ser conseguido por la acción de venta con tal de que hubiese fallecido sin culpa del vendedor”.

*Paul 2 Sent.*, D.19,2,55,1, "*In conducto fundo, si conductor sua opera alicuid necessario vel utiliter auxent, vel aedificaverit, vel instituerit, quum id non convenisset, ad recipienda ea quae impendit, ex conduto cum domine fundi experiri potest.*" "Si en el fundo arrendado el arrendatario hubiese añadido, construido o instalado algo necesario o útil sin haberse convenido, puede ejercitar contra el dueño del fundo la acción de conducción para recuperar aquello que gastó.”

se puede ver el caso acuñado en el medio castrense en las Gai IV, 27 y ss., según el cual, el soldado que no recibía sus haberes, tenía una serie de privilegios sobre el botín de guerra: podía tomar en prenda un objeto del que tenía que pagarle, llamado “*metal militar*”; un objeto del que tenía que pagarle para comprar el caballo, llamado “*metal ecuestre*”, y una prenda para garantizar el pago del forraje del caballo, conocida por “*metal de forraje*”<sup>37</sup>.

ARIAS RAMOS sostiene que el principio del enriquecimiento injusto en Derecho Romano tiene tres orígenes distintos: la buena fe, la “*condictio*” y la *locupletatio*<sup>38</sup>. Mientras la *condictio* se aplica a reclamaciones de cantidad o cosa cierta, y, como tal, *Paul 7 Sab.*, D. 25,1,12 “*Omino et in aedificandis aedibus et in reponendis propagandis que vineis et in validudine mancipiorum modicas impensas non debet arbiter curare aliquem negotiorum gestorum potius, quam de dote iudicium videbitur*”. “Si se trata de construir edificios, reponer o ampliar viñedos o de la curación de esclavos, no debe el árbitro tener en cuenta los gastos pequeños; si no, parecería una acción de gestión de negocios más que un juicio sobre la restitución de la dote”. y *Ulp. 81 ed.*, D.39,2,28: “*In hac stipulationi venit quanti ea res erit. Et ideo Cassius scribit eum qui damni infecti stipulatus est, si propter metum ruinae ea aedificiae quorum nomine sibi cavet fulsit impensas eius res ex stipulatu consequi posse. Idemquae iuris esse quum propter vitium communis parietis, qui cavet sibi damni infecti onerum eorum elevandorum gratia quae in parietum*”. “El objeto de esta estipulación es lo que valga la cosa y por ello escribe Casio que el estipulante por daño temido que ha apuntalado por temor al derrumbamiento aquellos edificios por los que hizo dar caución, puede conseguir mediante la acción de lo estipulado las impensas hechas, y que lo mismo vale cuando el estipulante por daño temido a causa del defecto de una pared medianera apuntaló su propia casa con el fin de aliviar la carga que pesaba sobre la medianera. Lo mismo ocurre con el detrimento <que sufre un propietario> porque se le van los inquilinos justamente atemorizados. (...)”

<sup>36</sup> Vid. VARELA MATEOS, E., *La reconstrucción de los edificios privados en la Roma clásica y un discutido senadoconsulto de Marco Aurelio*, en *Estudios en Homenaje al profesor Francisco Hernández-Tejero*, II, p. 539-549; MOLLÁ-LLANOS, *Prohibición de demolición de edificaciones. Aspectos legales y procesales*, RIDA 42, 1995, p. 235-288; MOLLÁ, M.A., en *Disposiciones sobre urbanismo y sistemas de multa* / coord. por Gabriel M. Gerez Kraemer y Antonio Fernández de Buján (dir.), 2013, p. 247-260 y MOLLÁ-LLANOS, *Regulación urbanística de edificaciones privadas: Aspectos Legales*, en *Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico*, 63, 2015, p. 59-99. Autores como ASENJO RODRÍGUEZ, E., *El privilegio de crédito refaccionario en el concurso. Un estudio de derecho comparado*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Emilio Beltrán*, Valencia, 2015, p. 1726, ven un antecedente de los créditos refaccionarios en la Ley de las XII Tablas, a propósito de la prohibición de demolición de edificios contenida en la Tabla VI, ley 8ª, prohibición que se mantiene aunque las vigas -lo que se extiende a los materiales de construcción, cfr. *Gai, 26 ed. Prov.*, D, 50,16,62, se hubieran obtenido o incorporado furtivamente, en que se establece un delito privado de sanción por el duplo en caso de condena en la ley 9ª – *de tigno iuncto*- que le sigue. De hecho, la carestía de vivienda, calamidades como la inundación de los graneros de Roma en época de Marco Aurelio y la voluntad de pulcritud de las ciudades romanas o romanizadas propiciaron la pervivencia de esta prohibición de demolición, constatada en numerosos fueros municipales, como el caso del Bronce de Osuna LXXV, entre otros,- vid. D’ORS PÉREZ-PEIX, A. *Epigrafía jurídica de la Hispania Romana*, Madrid, 1953, p. 199 -que impulsó el refuerzo con incentivos a los constructores y financiadores de las construcciones-, que sí se consideran indiscutidamente antecedentes de los créditos refaccionarios sino directamente su nacimiento, y de un doble privilegio de garantía real y prelación de cobro, que ha sido objeto de evolución, pero, en cierto modo, sigue siendo reconocible como antecedente de derecho actual.

<sup>37</sup> Se ha sostenido que era aplicable a la realización de esta medida especial el procedimiento de la “*legis actio per pignoris capionem*”. Vid. KASER, M.- HACKL, K., *Das Zivilprozessrecht*,

es de restitución "objetiva" -situaciones reales, daños-, la *locupletatio* se aplica a situaciones "asimétricas", en que lo que hay que restituir no es necesariamente lo que ha perdido la otra parte<sup>39</sup>. El enriquecimiento o "*locupletatio*" viene recogido por los fragmentos de Pomponio, 9 var. *Lect.*, D. 50, 17, 206:

*"Natura <iure naturae> aequum est neminem cum alterius detrimento <et iniuria> fieri locupletiolem";*

“Es justo por derecho natural que nadie se enriquezca con perjuicio o lesión de otro”.

Y *Pomp.* 21 *Sab.*, D.12,6,14:

*"Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiolem".*

Finalmente, comparamos un caso de liquidación del estado posesorio, que se caracteriza por no haber existido ningún tipo de contacto previo entre los afectados, y

---

München, 1996, 1ª ed., p. 146 y ss., que nos explican acerca de esta institución que es dudoso que pudiera llamarse “acción de la ley”, puesto que el derecho de tomar en prenda los objetos sobre los que recaía se podía ejercitar por vía de autotutela, en ausencia del pretor, e incluso de la contraparte, hasta en días feriados, y era admitida únicamente para determinados supuestos, conforme a las costumbres o “*mores*”, entre los que citan el presente caso, la aplicabilidad para tomar bienes del obligado en garantía del precio de un animal destinado al sacrificio y el arrendamiento de su transporte, recogida en la Ley de las XII Tablas, y, en virtud de una "*lex censoria*", la afección de los elementos puestos en aparcería por los Publicanos, -los "*vectigalia populi romani*"-, frente a la acción general “personal” de la "*manus iniectio*". Añaden que nada se sabe sobre su origen, su fórmula ni sobre el destino posterior de las cosas tomadas en prenda, que lo probable es que, pasado un plazo, pasaran a propiedad del acreedor. La idea expresada se investiga también en otros trabajos de KASER. Así en sus trabajos *Die "vindicatio pignoris" zwischen "ius civile" und "ius praetorium"*, y *Nochmals zu "in bonis habere"*, recogidos en la obra recopilatoria *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode, ausgewählte, zum Teil grundlegend erneuerte Abhandlungen*, Wien, Köln, Graz, 1986, p. 324 y s., 335-345 y 350. El Código Theodosiano, en su título 5.7.2., (brev. 5.5.2), recoge por su parte provisiones específicas relativas a las “expensas” satisfechas para rescate de prisioneros de guerra.

<sup>38</sup> Vid. ARIAS RAMOS, J., *En torno a la génesis del enriquecimiento sin causa*, en *Anales de la Academia matritense del Notariado*, Madrid, 1950, T.II, p. 27.

<sup>39</sup> Vid. ALVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., *El enriquecimiento sin causa*, Granada, 1989, quien, en la página 45 y s. llama también la atención sobre el cambio de percepción producido en la idea clásica de la justicia distributiva, que pasa a apartarse de la idea de enriquecimiento matemático, para tener en cuenta otros valores, como lo es la iniciativa y el riesgo: "Pero si el derecho del antiguo régimen se regía por la justicia del precio, en el nuevo derecho el contrato se define por su esencialidad (consentimiento, objeto y causa). La nueva teoría de la causa, como esencializadora del contrato, sustituye la antigua exigencia del precio justo (límite moral y jurídica al enriquecimiento) por la mera equivalencia formal de prestaciones. La teoría del justiprecio era una clave estructural para la organización de una sociedad corporativa. En una sociedad corporativa solo se permite el lucro que se deriva de la incorporación de un valor a los bienes por medio del trabajo; frente a ello, una sociedad liberal capitalista se funda en la iniciativa particular (autonomía de la voluntad) y el libre precio." (...) La libertad de cobrar intereses y la equivalencia formal de las prestaciones (una riqueza no ligada a la propiedad de la tierra) socava las bases jurídicas y políticas de un derecho dirigido a proteger la función jurisdiccional de la propiedad y a la organización gremial de la producción."



en que el Derecho Romano otorga un trato diferente según que la actuación cuyo reintegro se reclama se haya acometido de buena fe, en que el reintegro se concede respecto de los gastos útiles y necesarios, y existe un derecho de retirar las cosas que puedan haberse colocado, siempre que pueda hacerse sin detrimento de las mismas y el caso de que haya habido mala fe. *Paul 21 ed.*, D. 6,1, 27, 5:

*"In rem petitam si possessor ante litem contestatam sumptus fecit, per doli mali exceptionem ratio eorum haberi debet, si perseveret actor petere rem suam non redditis sumptibus. Idem est etiam, si noxali iudicio servum defendit et damnatus praestitit pecuniam, aut in area quae fuit petitoris per errorem insulam aedificavit: nisi tamen paratus sit petitor pati tollere eum aedificium. Quod et in area uxori donata per iudicem, qui de dote cognoscit, faciendum dixerunt. Sed si puerum meum, cum possideres, erudisses, non idem observandum proculus existimat, quia neque carere servo meo debeam nec potest remedium idem adhiberi, quod in area diximus"<sup>40</sup>*

Recoge la consideración de la reclamación del poseedor vencido como excepción de dolo en el procedimiento, y el "*ius tollendi*" respecto de cosas que pueden ser retiradas. Vemos, también, que ninguno de estos remedios cabe cuando se trata de la entrega de un esclavo. PRADO RODRÍGUEZ<sup>41</sup> expone, que el enriquecimiento sin causa, en Derecho Romano, se desarrolló por la ampliación pretoria de la "*condictio*", que pasa a compatibilizarse con aspectos adicionales a la propia entrega, como el plazo o la condición, la "*actio in factum*", la "*actio negotiorum gestorum*" y la "*actio de in rem verso*", en diversos campos materiales. Cabría añadir la dinámica propia de las acciones de buena fe en general. Nos sigue explicando este autor que es controvertida la existencia de una acción general de enriquecimiento en la época romana clásica, pero se sientan las bases por las que surge en el Derecho Justiniano. La problemática generada en torno a la concesión de una acción de regreso "*prohibente domino*", excluyente de toda posibilidad contractual, condujo al desarrollo de la acción útil para repetir, en los términos del provecho obtenido, contra el dueño del negocio. DÍAZ BAUTISTA<sup>42</sup> aclara que la concepción de equivalencia

<sup>40</sup> El fragmento *Paul 21 ed.*, D. 6,1, 27, 5, nos dice que si antes de la litiscontestación el poseedor hizo gastos en la cosa pedida, deben tenerse en cuenta en virtud de la excepción de dolo, si el actor persevera en pedir su cosa sin el reintegro de gastos. Otro tanto ocurre, si el que defendió al esclavo en juicio noxal y habiendo sido condenado pagó la cantidad, o, si por error, edificó una casa en solar que fue del demandante, a no ser que éste estuviera dispuesto a consentir la demolición del edificio. Lo que también entendieron que debía hacerse por el juez que conoce el juicio de restitución de la dote, respecto del solar donado a la mujer. Pero si posees a un niño esclavo mío y lo educas, entiende Próculo que no ha de observarse lo mismo, porque ni yo debo ser privado de mi esclavo, ni puede aplicarse el mismo remedio que dijimos para el solar.

<sup>41</sup> Vid. PRADO RODRÍGUEZ, J.C., en *Fundamentos romanistas de la acción de repetición por enriquecimiento injustificado prevista en el art. 1158.3 del Código Civil Español*, *Revista Digital Facultad de Derecho*, (Universidad Carlos III de Madrid), 5, 2012, (Ejemplar dedicado a: Premios García Goyena XI Edición), págs. 13-15.

<sup>42</sup> Vid. DÍAZ BAUTISTA, A. *Estudios sobre la Banca bizantina: negocios bancarios en la legislación de Justiniano, Capítulo II, La subrogación de los banqueros en Nov. 136,3*, Murcia, 1987, p. 60 y ss. Ello tiene la importante consecuencia de que el dinero prestado no pasa a la propiedad del prestatario, sino que sigue siendo propiedad del prestamista hasta que haya sido devuelto en su totalidad, y, en tanto no restituido, genera una subrogación real a favor del

de las prestaciones de las partes que se deriva del principio indemnizatorio representado por la máxima "*neminem laedere*", generadora de una excepción de dolo general, que vicia objetivamente el negocio y afecta a todos los sujetos activos y pasivos del mismo, (que, según señalamos, puede contraponerse al desarrollo romano de la *locupletatio*, y, en la práctica, al dolo del caso concreto, motivado por la intención o incapacidad de al menos una de las partes intervinientes, o excepción de dolo especial, reconducible al vicio del consentimiento<sup>43</sup>) recoge la tradición oriental y griega que solo otorga la virtualidad de generar obligaciones a las entregas de cantidades y no considera transmitida una cosa en tanto no se ha entregado el total contravalor de la cosa al transmitente, que, mientras tanto, sigue ostentando el dominio sobre la cosa entregada. En este sentido puede entenderse el pasaje del Digesto al respecto: Ulp. 1 *ed. aedil curul.*, D.21, 1, 31, 8:

*"Idem Marcellus ait non posse alterum ex dominis consequi actione ex empto, ut sibi pro parte venditor tradat, si pro portione pretium dabit: et hoc in emptoribus servari oportere ait, nam venditor pignoris loco quod vendidit retinet, quod emptor satisfaciat."*

Señala que PRINGSHEIM fue pionero en el estudio de esta característica del derecho griego con su estudio sobre la compra con dinero ajeno<sup>44</sup>, y considera que se recibieron numerosos casos por el derecho romano, como el del Senadoconsulto de Marco Aurelio para impulso de la construcción al que ya nos hemos referido. KRÄNZLEIN<sup>45</sup> explica que la investigación de este extremo fue continuada por su profesor Erwin SEIDL, quien formuló el que dicho autor denominó como "principio de la compensación necesaria<sup>46</sup>", según el cual, en el derecho oriental, una cosa

---

prestamista de los efectos adquiridos con dichos importes o las cosas obtenidas en cambio de los mismos. El mismo autor, en "*La venta <real>*", IX Congreso Internacional, XII Iberoamericano de Derecho Romano, en *El Derecho comercial, de Roma al Derecho Moderno*, p. 23, y ss., explica que este mismo fundamento de origen oriental subyace al art. 1124 CCE y también a las reservas de dominio a favor del vendedor en la venta a plazos de los bienes muebles. Resulta interesante añadir que el derecho griego y oriental no conocen propiamente una doctrina de la culpa, cosa que desarrolló el derecho romano, sino que únicamente aplica una doctrina de los riesgos de quien figuraba como responsable al tiempo de perderse o deteriorarse la cosa.

<sup>43</sup> Vid. VIÑAS MEY, J. *El derecho de retención*, *Revista de Derecho Privado*, 1922, p.107, 108 "... La exceptio doli specialis era personal, pero no lo era la exceptio doli generalis, cuya vestidura general ostenta el derecho de retención. Es inherente a la cosa y oponible a quien solicita *contra naturam aequitatem* la condena del demandado sin satisfacer por su parte el crédito correspondiente ...". Serían representativos del primer caso los supuestos contemplados en los arts. 1154 y 1208 del CCE y aún los supuestos de rescisión del art. 1291 CCE, frente a los vicios contermplados en el art. 1300 CCE.

<sup>44</sup> Vid. PRINGSHEIM, F., *Der Kauf mit fremden Geld, Studien ueber die Bedeutung der Preiszahlung für den Eigentumserwerb nach griechischen und römischen Recht*, Leipzig, 1916.

<sup>45</sup> Vid. KRÄNZLEIN, A., *Rechtsvorstellungen im altgriechischen und Graeco-Agyptischen Rechtskreis*, Böhlau, Köln, Wien, Weimar, 2010, p. 63-65.

<sup>46</sup> Vid. SEIDL, E. *Altägyptisches Recht*, en *Handbuch der Orientalistik, I. Abteilung, der nahe und mittlere Osten, Orientalisches Recht, addenda 3*, Leiden, 1976, p. 17-19. Se refiere al principio de la compensación necesaria ("*Prinzip der notwendigen Entgeltlichkeit*") y también al "principio de simetría", que señala que rige en la transmisión de propiedad, representación, en los préstamos y en la contratación, en que señala que intervenía un tasador para fijar el valor del bien transmitido.

pertenecía a su dueño mientras éste no hubiera obtenido la totalidad del contravalor de la misma. Ello tornaba en irrelevante la entrega de la cosa, que no era traslativa en tanto no hubiera mediado la plena compensación, y también la de la persona que efectuaba una adquisición con los importes percibidos en préstamo, pues se entendía que representaba al prestamista.

### C.-Recepcion del término en la época moderna.

Las expresiones han pasado a los códigos modernos: En Derecho Francés, se habla de “*dépenses*” que connotan la destinación de la inversión a un bien determinado (“*preexistant*”) y el dar derecho al reembolso, y el término genérico “*frais*”, que carece de esta característica de “trazabilidad”, y se utiliza también para designar gastos del propietario en sus cosas, no restituibles. Se recoge en los artículos 815-8 y 815-13 del Código civil, respecto de gastos de un condueño en la cosa común juntamente con la expresión “*dépenses nécessaires*”,<sup>47</sup> y también en los artículos 939 y 940 del *Code* civil. La expresión “*refectionnaire*”, por su parte, se usa prácticamente solo en el ámbito de la obra pública y los presupuestos. El Diccionario DALLOZ de *Termes Juridiques*<sup>48</sup> recoge las expresiones “*frais d’atelier*” y “*frais professionnelles*”, soportados en el desempeño profesional autónomo los primeros, con trascendencia tributaria y que generan derechos de reembolso, y de trabajo dependiente los segundos, deducibles en las cotizaciones sociales; y el empleo de la expresión “*dépens*”, que nos sitúa en el marco del enriquecimiento injustificado, concretamente, la entrada se refiere a las costas judiciales, “... *la part des frais engendrés par le procès que la gagnant peut se faire rembourser par le perdant, à moins que le Tribunal en décide autrement...*”, y recoge también las expresiones específicas de “*dépenses en capital*”, gasto público que reagrupa créditos destinados a la inversión,

---

Concretamente, argumenta que “... *Für das älteste ägyptische Privatrecht lässt sich das Ideal der Symmetrie als Grundlage der Ägyptischen Gerechtigkeitsidee gut annehmen. ...*”. En cuanto a la transmisión de propiedad, dice: “... *Ein Rechtserwerb soll nur gültig sein, wenn ein richtiger Gegenwert dafür in das Eigentum des Veräußeres gelangt ist. ...*” Respecto de la representación: “... *Wenn das Recht nicht auf die Willensbildung für einen anderen Wert legt, sondern nur darauf von wem die Mittel stammen, kann viel mit Vertretern gemacht werden. ...*” Respecto del préstamo: “... *Da der Darlehensnehmer zunächst kein Entgelt gibt, kann er nicht Eigentümer werden. (...) Die Stellung des Darlehensgebers ist so stark gegenüber der Sache wie wenn sie ausdrücklich verpfändet worden wäre. ...*” Respecto de la contratación, dice “... *Wenn jemand eine Leistung macht, damit der Gegner in der Zukunft eine Gegenleistung irgend welcher Art erbringe, kann es sein dass der Leistende nur das Recht hat seine eigene Leistung zurückzufordern, wenn die Gegenleistung ausfällt. ...*” En Cfr. WESTBROOK, R., *The coherence ...*, op. cit. p. 461-462 concluye de modo semejante. “...*In the case of the "Lex Aquilia" (the greek influence) meat that a very special rule of the assessment of compensation was elevated to the status of a basic statement on the law of wrongful damage. ...*”

<sup>47</sup> La Sentencia del TS, Sala 1ª de lo civil de la Corte Suprema Francesa, de 24 de septiembre de 2014, *pourvoi* 13-18.197, se ocupa de la interesante cuestión de la valoración de unas inversiones efectuadas por un condueño al tiempo de la división de la comunidad, donde se concede un margen de apreciación judicial entre el importe invertido y los aumentos efectivamente apreciables en el inmueble como consecuencia de la inversión al tiempo de la división. Emplea, para referirse a los créditos resultantes a favor del inversor, las expresiones “*créances d’entretien*” y “*créances des travaux*”.

<sup>48</sup> Vid. Diccionario DALLOZ de *Termes Juridiques*, 10ª Ed. París, 1995, p. 272, 199 y 200, respectivamente.

también conocidos por “*dépenses d’investissement*” o “*d’équipement*”; y las “*dépenses de transfert*”, categoría especial de subvenciones públicas no reembolsables, sin contrapartida directa por los beneficiarios. En Derecho Inglés, se emplean las expresiones “*expenses*”, “*expenditure*” o “*investment*”, también “*charges*”, “*costs*” o la expresión “*overheads*”, más bien referente a “cobertura”<sup>49</sup>, aparte de expresiones especiales, por ejemplo, para el préstamo a la gruesa, denominado “*bottomry bond*” o “*bottomry loan*”.

En nuestro Código Civil, se emplean y las expresiones “*ex*” o “*impensas*”, o la expresión “*gastos*”. Las expensas o gastos en derecho civil común español aparecen recogidas en numerosas instituciones, siendo las más destacadas el deber de contribuir en proporción a su cuota del condueño -arts. 395 CCE- la “liquidación del estado posesorio”, en los artículos 453 y ss. del CCE, diversos supuestos indemnizatorios en acciones de reembolso y contratos (vid. arts. 1580, en el arrendamiento de cosa, 1600 y concordantes en el arrendamiento de obra o servicio, art. 1689 en el contrato de sociedad, art. 1729 en el contrato de mandato, art. 1743 en el comodato, y el art. 1779 en el contrato de depósito, y del comprador frente al que se ejercita el derecho de retracto art. 1518, reembolso del fiador, art. 1838, así como su contemplación en la regulación de los créditos privilegiados, los arts. 1922 y ss.). Nuestro CCE no dispone de una norma “de cierre” que recoja una regulación general de restitución de cualquier situación que pudiera reconducirse a un enriquecimiento injustificado, como sí lo hace el BGB en sus § 812 y ss. o el CC Italiano de 1942, y solo contiene algunos preceptos de resarcimiento reconducibles a los “quasi-contratos”, así los arts. 1888 y ss. se refieren a la gestión de negocios ajenos sin mandato y los arts. 1895 y ss., que se refieren al cobro de lo indebido, al modo semejante al *Code Napoléonico* de 1804<sup>50</sup>. Resulta destacable que el legislador francés haya acometido una reforma de las fuentes de las obligaciones por medio de una Ordenanza de 10 de febrero de 2016, por la que el art. 1100 del CC francés pasa a establecer como fuentes de las obligaciones los actos jurídicos, los hechos jurídicos y la sola voluntad de la Ley. Y clasifica la gestión de negocios sin mandato, el pago de lo indebido, y el enriquecimiento injustificado entre los hechos jurídicos, frente a la tradicional atribución de la doctrina francesa de la ley como fuente generadora de los mismos.

Recientemente, ha habido diversos anteproyectos y proyectos de reforma en Derecho Español, impulsados por la idea convergente comunitaria, que, por ahora, no han prosperado, tanto en cuanto a la categoría de “los contratos de servicios”<sup>51</sup> como en cuanto a la concurrencia y prelación de créditos en ejecuciones singulares, en que se formuló un proyecto en 2006, por el mandato de mayor coordinación con la reforma concursal introducida por la Ley 22/2003, que prevé esta armonización en la D. Final 33<sup>a</sup>, y que, por su parte, aún no ha encontrado su propio acomodo legislativo, como queda de manifiesto por sus constantes reformas y conflictividad jurisprudencial. Ello se señala sin perjuicio de la influencia en nuestro derecho de las propuestas de *softlaw* impulsadas en el ámbito Europeo como los “PECL”, *Principles of European Contract Law*, el *DCFR -Draft common frame of reference-* o los principios UNIDROIT, de los que nos ocuparemos en su momento oportuno de este trabajo.

Lo que sí puede apreciarse en el Derecho Español es la participación en la tendencia del establecimiento de numerosa legislación especial que contempla un régimen específico de

<sup>49</sup> Vid. COLLINS, *Spanish Dictionary*, 8<sup>a</sup> Ed., London, reimpr. 2006, p. 485.

<sup>50</sup> Existe, en cambio, un importante precedente de formulación del principio general de interdicción del enriquecimiento injustificado en Derecho histórico español, en el Código de las siete Partidas de Alfonso X el Sabio, -que se data entre los años 1256 y 1265 d.C.-, Libro XXXIV, Regla XVII de la Partida 7<sup>a</sup>, que sentencia: “*E aun deixeron que ninguno non debe enriquecer torticeramente en danno de otro*”.

<sup>51</sup> Vid. la propuesta de la Comisión de Codificación Civil de 2016, enlace <[mjusticia.gob.es/es/satellite/portal](http://mjusticia.gob.es/es/satellite/portal)>.

“gastos” en según qué relación o contrato, y que lleva aparejados medios de defensa o prelación específicos, ajustados a la situación. Por ejemplo, podemos citar los privilegios de que vienen investidos los créditos salariales (Estatuto de los Trabajadores, T. Refundido 2/2015, de 23 de octubre, arts. 32 y 33), el caso especial de los gastos de comunidad de los edificios en régimen de propiedad horizontal y los elementos comunes de las urbanizaciones, LPH de 21 de julio de 1960, varias veces modificada, que se establecen en su artículo 9, o el caso de la distribución de los gastos de mantenimiento entre el propietario y el arrendatario en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994<sup>52</sup>. En materia mercantil, merece destacarse la regulación específica de la materia de transporte, contractual, y, por consiguiente, fundamentalmente supletoria “inter partes”, en tanto modificable con ciertos límites por los interesados, contenida en la legislación especial de transporte L. 14/14, de navegación marítima, L. 4/2014, de transportes terrestres y L. 48/60, de navegación aérea, en cuanto a flete o portes, respectivamente, y gastos y responsabilidad por los mismos y las retribuciones y diversas previsiones específicas relativas a derechos de reembolso del trabajador. Aparte, existe una importante legislación especial de garantías inmobiliarias por la construcción de edificaciones prevista en la Ley de Ordenación de la Edificación, 38/99 de 5 de noviembre, y en los arts. 59 y ss. de la Ley Hipotecaria, podemos ver exponentes de crédito surgido por trabajos de rehabilitación y mejora en derecho público, podemos citar el Texto Refundido estatal 7/2015, de 30 de octubre<sup>53</sup>, de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, que aúna los Reales Decretos Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Suelo y la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, entre otras previsiones con implicaciones refaccionarias, que han encontrado desarrollo especial en la legislación de derecho público, en el artículo 2 b) de la Ley General Tributaria, que enumera, entre las clases de tributos, las contribuciones especiales, definidas como “los tributos cuyo hecho imponible consiste en la obtención por el obligado tributario de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos”; y, muy especialmente, las regulaciones públicas, sobre todo, autonómicas, que han configurado como crédito refaccionario las ayudas públicas concedidas para construcción y rehabilitación de edificaciones, a fin de acogerse a los beneficios de prelación previstos en la legislación hipotecaria. Una de las primeras leyes autonómicas en recoger dicha garantía fue la Ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía<sup>54</sup> que, como anuncia su Exposición de Motivos, prevé que “La garantía respecto al uso de las subvenciones y ayudas concedidas introduce expresamente la posibilidad de considerarlas como créditos refaccionarios, anotables en el Registro de la Propiedad, cancelándose dicha carga únicamente cuando se haya verificado el cumplimiento de los condicionantes impuestos para el otorgamiento de la subvención.” Actualmente, se encuentra sustituida por la L. 14/2007, de 26 de noviembre<sup>55</sup>, que se remite al régimen general de subvenciones en su art. 91. El término de “gastos” coincide con la expresión portuguesa<sup>56</sup>, lo que hace referencia al resultado de disminución patrimonial de quien asume dichas prestaciones, mientras en Alemania se varía la tónica general y recurre a las expresiones “*Auf*”-y “*Verwendung*”<sup>57</sup>, que resultan fundamentalmente descriptivas del

<sup>52</sup> Vid. los artículos 20-24, comentados, entre otros autores, por DOMÍNGUEZ PLATAS, J, y BLASCO GASCÓ, F. de P., en la obra “*Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*”, Coord. R. Valpuesta Fernández, Valencia, 1994.

<sup>53</sup> Cfr. BOE de 31 de octubre de 2015.

<sup>54</sup> Cfr. BOE de 26 de julio de 1991.

<sup>55</sup> Cfr. BOE de 13 de febrero de 2008.

<sup>56</sup> Vid. *Enciclopedia temática docta. Diccionario multilingüe S. XXI*, Barcelona, 2003, p. 452.

<sup>57</sup> Vid. KÖBLER, G., *Juristisches Wörterbuch für Studium und Ausbildung*, 4ª Ed., München, 1986,

acto de efectuar determinadas inversiones, atenciones o gastos en negocio o actuación determinada, o en cosa cierta, en el segundo caso. Recoge los términos “*Aufwendungen*”, cuya referencia fundamental son los §§ 256 y 257 del BGB, que se define como la inversión voluntaria de recursos propios en interés de otro, concepto contrapuesto al daño, y cuya producción debe apreciarse conforme al sentido y finalidad de la regulación del negocio o relación jurídica de que se trate. Se habla de “*Verwendung*”, en la modalidad especial en que el que la inversión voluntaria se efectúa en cosas determinadas, recogida en el § 994 BGB, aplicable a actuaciones de reparación, mantenimiento y o construcción, en relaciones contractuales y extracontractuales, en que, caso de falta de ratificación del dueño de las cosas, solo hay un derecho a obtener la restitución de aquello en que se ha enriquecido. Otros términos relacionados son “*Aufwendungsentschädigung*”, o indemnización, que, cuando se produce con cargo a fondos públicos queda exenta del Impuesto sobre la Renta, por regla general, y “*Aufwendungserstattung*” o “*-Ersatz*”, que se refiere a la restitución de la inversión efectuada por la persona en cuyo interés se ha actuado, en que el §256 BGB prevé el derecho al pago de intereses por parte del favorecido desde que el gasto se hizo. La doctrina alemana se ha ocupado más ampliamente de estudiar las especialidades de las impensas en el medio contractual.<sup>58</sup> Contiene igualmente previsiones específicas para determinados colectivos, por ejemplo, pueden citarse las previsiones especiales relativas a las garantías del derecho de la construcción<sup>59</sup>. En el Derecho italiano, encontramos una regulación general del enriquecimiento injustificado. PROVERA<sup>60</sup> mantiene que hay un trato diferenciado respecto de las impensas en el ámbito contractual y en el ámbito real y extracontractual en el derecho romano clásico, frente al justiniano, donde se confunden y BARBA aprecia un trato diferenciado en cuanto al derecho civil italiano actual, lo que reconduce a reminiscencias históricas<sup>61</sup>. En Derecho Italiano, también pueden citarse las regulaciones específicas de supuestos determinados en su sede propia o en normas especiales. La tendencia de regulación especial ya viene reconocida en la legislación previa al Código de 1942. Pueden citarse, a modo de ejemplo, las entradas del *Nuovo Digesto Italiano*<sup>62</sup>, de ZAPULLI, sobre el “*credito agrario*”; FENOGLIO, sobre el “*credito edilizio*”, de financiación de la construcción; SCHEGGI, sobre el “*credito alberghiero*”; PALLICIA, sobre el “*credito fondiario*”, y en la misma obra, el comentario de SCIALOJA, sobre el “*maritime lien*”.

En los ordenamientos iberoamericanos, podemos encontrar por ejemplo la regulación especial que efectúa el Derecho Mexicano, en que está generalizado el “crédito de habilitación” o “avío” y el “crédito refaccionario”, que recaen sobre los elementos adquiridos o financiados con los mismos y se instrumentan mediante títulos dotados de especial ejecutividad<sup>63</sup>. En virtud de lo visto, podemos concluir que el tratamiento jurídico de las impensas se incardina en el marco general de evitación del enriquecimiento

---

p.26 y 366, respectivamente. BENVENISTE, E, ob. cit, p. 85 explica que las raíces indoeuropeas “wes” -de que probablemente derive “*Wendung*”, susceptible de traducirse por “dirigirse a” o “destinar a” y “*k<sup>w</sup>ri*”, han producido en las lenguas derivadas los verbos para “comprar”, y así coexisten en griego, en que la primera expresión se refiere a la transacción y la segunda, al pago.

<sup>58</sup> Vid. MÜLLER, K., *Der Anspruch auf Aufwendungsersatz im Rahmen von Schuldverhältnissen*, en *Juristenzeitung*, 1968, p. 769-776.

<sup>59</sup> Vid. EIRANOVA ENCINAS, E. *El privilegio del crédito refaccionario inmobiliario*, en *Diario La Ley*, tomo III, 2002, p. 1821 y ss.

<sup>60</sup> Vid. PROVERA, G., *Spese (diritto romano)*, en *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1990, XXXIX: p. 320-325.

<sup>61</sup> Vid. BARBA, A. *Spese (diritto civile)*, en *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1990, XXXIX, p. 325-331.

<sup>62</sup> Vid. *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, T. XVII, 1939.

injustificado de un sujeto a costa de otro. Dentro de este campo, nos situamos en el ámbito de las actuaciones no sancionadas como ilícito, ya surjan de actuación accidental o de situación voluntaria, -de cuyas características nos ocuparemos en el epígrafe próximo, al perfilar las características de las impensas realizadas en el marco de una relación contractual-.

-Podemos apreciar dos tendencias de signo complementario en el desarrollo de esta rama del derecho: una inclusiva de cualquier situación que pueda considerarse como productora de enriquecimiento sin causa, que trata de individualizar los elementos esenciales de los supuestos e impone una cierto movimiento simplificador y de cierre, que se puede apreciar en las normas que regulan el enriquecimiento injustificado, así en Códigos como el BGB alemán, el CC Italiano del 1942 o el reciente CC y comercial Argentino de 2014, y también presente en la jurisprudencia anglosajona<sup>64</sup>, y el fenómeno generalizado de recurrir a normas especiales para el tratamiento de los gastos en determinadas situaciones típicas, necesitadas de especial tutela o susceptibles de conflictos frecuentes, muy reglamentadas, y con la concesión de privilegios frente a terceros para la realización de los créditos que

---

<sup>63</sup> El “*crédito aviario*” es aquel crédito documentado mediante contrato, en que el acreditado queda obligado a invertir el importe del crédito en la adquisición de materias primas y materiales, y en el pago de los jornales, salarios y gastos directos de explotación indispensables para los fines de la empresa. Estarán garantizados por las mismas materias primas y materiales adquiridos y con los frutos, productos o artefactos que se obtengan con el crédito, aunque éstos sean futuros o pendientes. Con este tipo de crédito se apoya el ciclo productivo de las personas dedicadas a la industria, ganadería o agricultura. El “*crédito refaccionario*”, por su parte, es aquel crédito documentado mediante contrato, en que el acreditado se obliga a invertir el importe del crédito precisamente en la adquisición de aperos, instrumentos, útiles de labranza, abonos, ganado o animales de cría, en la realización de plantaciones o cultivos cíclicos o permanentes, en la apertura de tierras para el cultivo, en la compra o instalación de maquinarias y en la construcción o realización de obras materiales necesarias para el fomento de la empresa del acreditado. También podrá pactarse que parte del importe del crédito se destine a cubrir las responsabilidades fiscales que pesen sobre la empresa del acreditado o sobre los bienes que éste use con motivo de la misma, al tiempo de celebrarse el contrato y que parte de ese importe se aplique al pago de adeudos en que se hubiere incurrido por gastos de explotación o compra de bienes muebles e inmuebles o de la ejecución de las obras que antes se mencionan, siempre que hayan tenido lugar dentro del año anterior a la fecha del contrato. Quedan garantizados con los objetos para los que se destinó el crédito (maquinaria y otros).

Resultan especialmente interesantes las Sentencias de la Sala Primera de la Corte Suprema de la Nación de México, de 15 de noviembre de 1973 y otra de 30 de abril de 2009, relativas a pagarés emanados de un crédito refaccionario, que precisan sus condiciones de ejecutividad.

<sup>64</sup> Vid. WOJCIECH, D., *The principle of unjust enrichment. Roman Law tradition and modern debate about the European Private Law*, *Revista General de Derecho Romano*, 11, 2008, p.13, “... In my opinion, a look at the historic and comparative discussion allows to see a clear parallel between the French, German and English legal experience. The principle of restitution of unjust enrichment expressed by Roman jurists finds its continuation in the view of the French Court of Cassation, which introduced an obligation to reverse unjust enrichment due to “natural equity”, the views of the German legislature and then the argumentation of the German Supreme Court, which included the obligation to “equity law” and a recent recognition in the English law of cases of unjust enrichment as an individual area of the law of obligation which has rapidly developed in the last forty years. As we have seen, such an approach is accompanied by attempts at a precise formulation of the premises for an obligation. An evolutionary tendency can be discerned among them, based on a dogmatic generalization of the Roman sine causa premise and a clearer placement of an obligation from this source in the legal system by acknowledging its subsidiary character in relation to obligations arising from contracts and delicts...”

surgen de las mismas, como el caso de los créditos salariales, los gastos comunes derivados del régimen de propiedad horizontal o el ámbito de la construcción en Derecho Español.

### III.- LAS IMPENSAS EN EL MARCO CONTRACTUAL.

#### A.- Teorías en torno al concepto de "contrato".

El ámbito contractual en Derecho Romano, al que se adhieren, con matices, figuras asimiladas "*quasi ex contractu*", que pasaron a la tradición posterior con la expresión de "cuasicontratos", es difuso y fruto de una lenta evolución, pareja a los cambios procesales. Su origen se sitúa propiamente en la época clásica, cuyo comienzo se fija alrededor del S. II a C., y experimenta una evolución en que pervive en la época justiniana y en la tradición posterior, no sin cambios importantes, entre los que debe destacarse el de devenir en una institución de derecho sustantivo y haber sido progresivamente sistematizada doctrinalmente. Puede distinguirse fundamentalmente el concepto labeoniano y el concepto sabiniano de contrato. Labeón confiere a los contratos valor conceptual. La doctrina destaca su aportación de otorgar fuerza recíprocamente fundamentadora a las pretensiones de cada parte, que quedan como causa y condición implícita del cumplimiento de la otra parte. El pasaje más citado de este autor al respecto, es el recogido en Ulpiano, 11 *ad. ed.*, D. 50, 16, 19.:

*"Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam "agantur", quaedam "gerantur", quaedam "contrahantur": et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci "synallagma" vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam."*

Labeón, nos dice el fragmento, que distingue entre hacer <actos>, <gestos> y <contratos>, y lo define así: <acto> es un término general, hágase con palabras o de hecho, como la estipulación y el pago de dinero; <contrato> es la obligación recíproca, que los Griegos llaman <synallagma>, como la compraventa, la "locución-conducción", <o arrendamiento>, la sociedad; gestum <o gestión> quiere decir que se hace sin declaración de palabras. La fórmula procesal que caracteriza los contratos es la "*demonstratio*" e "*intentio incerta in ius*" prevista en el Edicto Perpetuo<sup>65</sup>, a la que pueden corresponder las expresiones "*agere praescriptis verbis*" y "*actio civilis incerti*". SANSON RODRÍGUEZ recalca el carácter normativo del contrato en

<sup>65</sup> Vid. FERNÁNDEZ BARREIRO, A. *Las fuentes de las obligaciones en relación con el sistema de acciones en derecho clásico, Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Murga Gener*, Madrid, 1994, p. 41 "...El término "*contractus*" parece haber sido utilizado por primera vez por Servio Sulpicio Rufo en su monografía "*De dolibus*", (*Aul. Gel. Noct. Att.* 4.4.1-2) en referencia a una relación jurídica bilateral. Sabino y Casio valoran la "*conventio*" como elemento esencial del contrato y propugnan la solución técnico-procesal de la "*actio in factum*" alternativa al régimen civil de la "*condictio*" recuperatoria (permuta y contrato estimatorio).



cuanto fuente del derecho: la importancia del mismo no se centra tanto en su modo de producción como en su contenido, que supone la autorreglamentación de intereses de los contratantes, lo que actualmente se conoce como “autonomía privada”<sup>66</sup>, (y cuya validez se reconoce en el marco de los límites de la ley, la moral y el orden público<sup>67</sup>). CASTRESANA HERRERO señala que en este fragmento Labeón aborda los conceptos de “*agere*”, “*contrahere*” y “*gerere*”, que se encuentran en la esencia de los contratos<sup>68</sup>. “*Agere*” alude a la acción, pero también a la palabra misma, pues puede derivar de la raíz “*ago*”-hacer- pero también de la raíz “*aio*”<sup>69</sup>, -“pronunciar”-. Respecto de “*contrahere*” se ha señalado la idea de “contraposición”, que puede reconducirse a los intereses encontrados de cada parte, y su paralelismo a la raíz

<sup>66</sup> Vid. SANSÓN RODRÍGUEZ, M.V., *La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales en el Derecho Romano Clásico. Especial referencia al problema de la bilateralidad en los contratos consensuales*, en *Anales de la facultad de Derecho de La Laguna*, 18 de noviembre de 2001, p. 37. Cfr. *Ulp. 32 ed. D. 16,3,1,6, in fine*, que dice: “... *contractus enim legem ex conventionem accipiunt.*”, o sea, ...el acuerdo da ley a los contratos. Vid. HATTENHAUER, H., *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts*, München, 2000 p. 75, nos dice que el filósofo Immanuel KANT, a la pregunta de “¿qué es lo externo que yo adquiero a través del contrato?” respondió que el objeto del contrato no era una cosa exterior sino un acto de la parte contractual, o sea, una parte de su libertad”. (Metafísica de las Costumbres §. 20)

<sup>67</sup> Así lo expresa el artículo 6 del título preliminar del CCE para cualquier acto, sea o no contractual, y también el art. 1255 CCE, a cuyo tenor “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la ley, la moral y el orden público.”, si bien, por contraposición a las facultades del juez o árbitro romano, nuestros jueces y Tribunales tienen reconocido muy escaso margen para la apreciación de la buena o mala fe, la moralidad de las actuaciones y la modulación de las situaciones conforme a ella. Conforme al artículo 3.2 del Título Preliminar del CCE, “*La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, pero las resoluciones de los Tribunales solo pueden basarse de manera exclusiva en ellas cuando la Ley expresamente lo autorice.*” Se aprecia un cambio tendente a un mayor protagonismo de este factor a través de la progresiva incorporación del Ordenamiento Jurídico de la Unión Europea a nuestro Derecho, y de las Resoluciones del Tribunal Europeo de Justicia. Tal y como se ha puesto de manifiesto en materia de defensa del consumo y en la interdicción de cláusulas abusivas de los contratos de adhesión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea apela constantemente a las facultades de apreciación equitativa judicial y parece partir de una concepción de juez autorizado a resolver con arreglo a la equidad en el ámbito de la competencia comunitaria. Por ejemplo, pueden citarse los siguientes fundamentos jurídicos de la STJUE de 30 de abril de 2014, Asunto C-26/13: “nº74.- Incumbe al Tribunal determinar si un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso podría no solo conocer la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de venta y el de compra de una divisa extranjera, aplicada en general al mercado de valores mobiliarios, sino también evaluar las consecuencias económicas potencialmente importantes para él de la aplicación del tipo y, por consecuencia, (...) el coste total de su préstamo.”. Tampoco parece incompatible con los postulados del Derecho Romano que la Sentencia ordene prescindir de integrar el contrato, por apreciación de mala fe, en el considerando nº 79 “Una facultad de modificar la cláusula abusiva iría contra el efecto disuasorio de la prohibición, al saber el profesional que siempre podría acogerse la integración a su favor (con el equilibrio).” *Gai*, IV, 61, pasaje que nos llega incompleto, contiene una explicación sobre el modo de proceder el Juez en los juicios de buena fe: “*continentur ut habita ratione eius, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare*”, o sea, se contiene de forma que, teniendo en cuenta lo que el demandante debe prestar a su vez en virtud de la misma causa, condene al demandado en la diferencia.

<sup>68</sup> Vid. CASTRESANA HERRERO, A. *Actos de palabra y de derecho*, Salamanca, 2007, p. 134.

<sup>69</sup> Vid. MARTENS, S.A.E. *Actio, action, Anspruch und Recht-Zum Verhältnis des Rechts zu seiner Durchsetzung*, en *Juristenzeitung*, 71, 21, 2016, p.1023. “...Ulrich Manthe hat ueberzeugend

túrquica “*ehtrad*”, relativa a adverbios que indican la ubicación o lugar<sup>70</sup>, y, a propósito de “*gerere*”, significa “llevar”, “portar”, si bien frecuentemente conlleva una idea accesoria de actividad propia (autoorganizada) y voluntaria del sujeto. Por extensión, se aplica a “ejecutar”, “cumplir” o “hacer”<sup>71</sup>. HUVELIN<sup>72</sup> sustenta la opinión de que las obligaciones contractuales derivan de las obligaciones delictivas, siendo sus primeras manifestaciones las de la composición dineraria para la evitación del castigo corporal al infractor, a lo que se pasó con la evolución del comercio y la eliminación de las formas de organización colectiva de la propiedad. En Roma, nos explica, se fija la sustitución de la responsabilidad personal por la patrimonial con la *Lex Poetelia Papiria*, datada a fines del S.IV a. C. En Grecia, esta evolución se reconduce a una ley del gobernante de Atenas Solón (S.VII-VI a. C.), quien prohíbe que un ciudadano se dé a sí mismo en garantía, e impone la garantía patrimonial. BALLARÍN HERNÁNDEZ<sup>73</sup> señala que en los contratos (...) no se genera un crédito dirigido a obtener la devolución de la misma cosa, sino a obtener la entrega de otra cosa distinta y señalada como equivalente a la primeramente entregada. HONSELL<sup>74</sup>, señala el carácter objetivo de la valoración del daño en la Ley Aquilia reflejado, entre otros, en el pasaje de Paulo 2 Plauto, D.9,2,33: “Si mataste a mi esclavo, opino que no se ha de estimar el valor de afección, como si alguien hubiese matado a tu hijo natural que tú querías comprar a gran precio, sino solo por lo que valiese para todos. Dice también Sexto Pedio que los precios de las cosas son evaluados, no por la afección o la utilidad de personas concretas, sino de un modo general. (...) Porque en la Ley Aquilia conseguimos el daño, y decimos que se perdió o lo que pudimos conseguir o lo que fuimos obligados a gastar. (1) Por los daños incluidos en la Ley Aquilia, se da una acción por el hecho.” y expone que, en el caso de la compraventa, predomina también el criterio objetivo, pero existe un cierto margen respecto de estipulaciones accesorias. Aduce, a tal efecto, el fragmento atribuido a Papiniano 27 *quaest.*, D.18,7,6, pr.:

*"Si venditor ab emptore caverit, ne serva manumitteretur neve prostituatur, et aliquo facto contra quam fuerat exceptum evincatur aut libera iudicetur, et ex stipulatu poena petatur, doli exceptionem quidam obstaturam putant, Sabinus non obstaturam. Sed ratio faciet, ut iure non teneat stipulatio, si ne manumitteretur exceptum est: nam incredibile est de actu manumittentis ac non potius de effectu beneficii cogitatum. Ceterum si ne prostituatur exceptum est, nulla ratio occurrit, cur poena peti et exigi non debeat, cum et ancillam*

dargelegt, dass der Begriff der “*actio*” bei den “*legis actiones*” sich von “*agere, aio*”, das heisst, von “sprechen” herleitet, und nicht, wie verbreitet, und später auch von den Römern selbst angenommen, von “*agere, ago*”, das heisst “Tun, treiben.” Expone que así lo constata Manthe en *Ruelle, Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*, 69, 2002, p.203 y 206 y ss.

<sup>70</sup> ERNOUT, A.-MEILLET, A, *Dictionnaire...*, ob. cit., p. 140.

<sup>71</sup> ERNOUT, A.-MEILLET, A, *Dictionnaire...*, ob. cit., p. 273.

<sup>72</sup> HUVELIN, P., entrada “*obligatio*” en DAREMBERG-SAGLIO, “*Enciclopedia...*”, ob. cit., p. 133 y ss. En los pueblos germánicos, el rescate se conoció por “*Wergeld*”.

<sup>73</sup> Vid. BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., *El cobro de lo indebido. Perfiles institucionales y eficacia traslativa*. Madrid, 1985, p.136.

<sup>74</sup> Vid. HONSELL, H., “*Quod interest*” im “*bonae-fidei iudicium*”. *Studien zum römischen Schadenersatzrecht*, München, 1969, p. 156 y s.

*contumelia adfecerit et venditoris affectionem, forte simul et verecundiam laeserit: etenim alias remota quoque stipulatione placuit ex vendito esse actionem, si quid emptor contra quam lege venditionis cautum est fecisset aut non fecisset."*

"Si el vendedor hubiese recibido del comprador una caución <con estipulación penal> de que la esclava no sería manumitida o prostituida, y, después de haberse infringido esta excepción la esclava fuera objeto de evicción o el juez la declarara libre y se exigiera la pena según lo estipulado, algunos juzgan que habrá de obstar la excepción de dolo." En cambio, en la acción de mandato sí puede apreciarse que parte del interés del comitente o del mandante para la evaluación de la actuación. Cfr. el fragmento de las *Gai*, III,161:

*"Cum autem his, qui recte mandaverim, egressus fuerit mandatum, ego quidem eatenus cum eo habeo mandati actionem, quatenus mea interest implere eum mandatum, si modo implere potuerit; at ille mecum agere non potest, (...)."*

"Cuando mi mandatario traspasa los límites del mandato, tengo contra él la acción de mandato, en razón de mi interés en que se hubiera cumplido el mandato, si esto fuera posible; él, en cambio, no tiene acción contra mí (...)."

HERRERA BRAVO expone que "...la terminología de <*contrahere*> es muy decisiva para admitir el significado correspondiente a estipular un contrato, no por ello irrelevante<sup>75</sup>. "*Contrahere*", vocablo de uso común, de por sí específico, puede significar "traer junto", como un determinante de traslado. Señala que resulta interesante advertir que se habla de "*contrahere obligationem*" para las obligaciones que surgen "*ex contractu*", y de "*obligatio nascitur*" o "*committitur*"<sup>76</sup>, para las obligaciones nacidas de otras fuentes. Explica que: a) en la Ley de las XII Tablas, no se contemplan los contratos, ésta se ocupa fundamentalmente del dominio y la patria potestad. b) En los tres *libri civili* de Sabino y los 18 de Q. Mucius, se contiene un tratamiento general de los contratos a propósito de la "*stipulatio*", bajo la rúbrica "*de verborum obligationum*." c) El Edicto Pretorio trata la materia en diversas rúbricas, especialmente, los títulos XVII a XIX y d) Gayo diferencia fundamentalmente entre acciones nacidas de contrato en sus Instituciones, halladas en un palimpsesto de la Biblioteca capitular de Verona, e) En las Instituciones de Justiniano, se incluyen contratos reconocidos por el derecho pretorio, lo que pone de manifiesto su objetivo de unificación de todos los ordenamientos preexistentes. FUENTESECA DÍAZ explica que el origen de los contratos en tanto acuerdo de voluntades, se sitúa al fin de la época clásica, por influencia del *ius gentium*<sup>77</sup>, y encuentra su expresión en el pasaje *Ulp. 4 ed.*, D.2,14,1,3, en que se refiere una definición de Pedio, según la cual:

*"Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentium, qui inter se agunt; nam sicuti*

<sup>75</sup> Vid. HERRERA BRAVO, R. "*Obligatio re*" ..., op. cit., p. 574, 575 y 596.

<sup>76</sup> Cfr. *Gai* III,182, y III,220.

<sup>77</sup> Vid. FUENTESECA DIAZ, P., *Los sistemas expositivos de las obligaciones contractuales en la jurisprudencia romana y en la idea de "contractus"*, *AHDE*, 23, 1953, p. 576.

*convenire dicuntur, qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est, in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut elegantem dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat; nam et stipulation, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.*”

“Convención” es una palabra general que se refiere a todo aquello que consienten los que tratan entre sí un negocio o causa de un contrato o transacción, pues así como se dice que convienen los que llegan y se reúnen en un mismo sitio, procedentes de distintos lugares, así también se dice de los que, movidos por diversas intenciones, consienten en algo; es decir, confluyen en una opinión. De tal modo, “convención” es una denominación general que, según dice elegantemente Pedio, no hay ningún contrato, ninguna obligación que no encierre en sí una convención, tanto que se haga por entrega de una cosa como por palabras, pues también la estipulación, que se hace en palabras, es nula si no encierra un consentimiento. (4) pero muchas convenciones reciben otro nombre, como, por el ejemplo, el de compra, de arrendamiento, de prenda o de estipulación.”

El autor apunta la influencia sabiniana en cuanto a la equiparación de la estipulación, más una reminiscencia en la época justiniana. Puede apreciarse en D. 45, 1, que, bajo la rúbrica “*De verborum obligationibus*”, desarrolla una teoría general de los contratos. El autor explica<sup>78</sup> que la ampliación de la figura contractual desde los cuatro contratos considerados de “*ius civile*”, catalogados como “consensuales”, la compraventa, “*locatio-conductio*”, mandato y *societas* y el mutuo, que se recoge como “contrato real”<sup>79</sup>, hacia las figuras “especiales” del comodato, el depósito, la prenda y la fiducia- en tanto el depositario, comodatario, fiduciario y acreedor, están obligados a devolver (o este último, a realizar) una cosa cierta, lo que protegía la “*condictio*” si bien se admitía su fórmula “*in factum*” por medio de la “*exceptio doli*” si el que reclama la restitución de su cosa no había atendido las obligaciones que le incumbían, encuentra su camino a través de la ampliación del concepto de “*creditum*”, que se pone de manifiesto en Gayo I *ad ed. Prov.*, D. 50,16,11:

*“Creditorum” appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderint, sed omnes quibus ex qualibet causa debetur”.*

“... con la palabra <acreedores> no solo se designan los que prestaron una cantidad, sino a todos aquéllos a los que se debe algo por cualquier causa.<sup>80</sup>”

<sup>78</sup> Vid. FUENTESECA DÍAZ, P., *los sistemas expositivos...*, op. cit, p. 567 ss.

<sup>79</sup> *Gai* III, 90 y 135.

<sup>80</sup> Cfr. *Ulp.* 6 *ed.*, D. 50, 16, 10: “*Creditorum accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacumque actione vel persecutione, vel iure civili sine ulla exceptionis perpetuae remotione vel honorario vel extraordinario, sive pure sive in diem vel sub condicione. Quod si natura debeatur, non sunt loco creditorum. Sed si non sit mutua pecunia, sed contractus, creditores accipiuntur.*”

“Consta que deben entenderse por acreedores los que pueden exigir una deuda por medio de una acción o persecución, sea por derecho civil sin la exclusión por medio de una excepción perpetua, sea por derecho honorario o extraordinario, sea con término o condición, sea sin ellos; mas, si la obligación es natural, no se habla de “acreedores”; se llaman acreedores no solo los que lo son por

HERRERA BRAVO formula la observación de que hay una probable influencia de la “*Ética a Nicómano*” de Aristóteles, pasaje 1131<sup>81</sup>, en el giro del concepto que traduce del siguiente modo: “*Los actos que implican obligación son voluntarios o involuntarios. Voluntarios son tales como la compraventa, préstamo de dinero, fianza, préstamo de cosa, depósito, arrendamiento. Los actos involuntarios se realizan secretamente, como el hurto (...) o por la fuerza, como el asesinato o el robo*”. HAUSMANINGER recoge el siguiente fragmento ilustrativo: *Pomp. L.31 ad Q.M., D.19,2,52*<sup>82</sup>:

“*Si decem tibi locem fundum, tu autem existimes quinque te conducere, nihil contractum agitur: sed et si ego minoris me locave sensero, tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio, quam quanti ego putavi.*”

El fragmento recoge un supuesto en el que se dice que si te arrendara un fundo en diez mil sestercios y tú creyeras que has tomado el arriendo en cinco mil, el contrato es nulo; pero si yo entendiese que lo arrendaba en menos y tú que lo tomabas en más, ciertamente el arriendo no será más que lo que yo pensé. D’ORS PÉREZ-PEIX señala que hay que centrarse en las formas aparentes de los contratos, las finalidades económicas y su exigibilidad procesal, que la acción que inicialmente sirvió para reclamar una cosa fue la “*condictio*”, acción personal de carácter abstracto que no especifica ninguna causa en su origen, y solo permite pedir algo que se debe dar, sea una cosa cierta o una cantidad cierta de dinero, conocida entonces como “*actio certae creditae pecuniae*”. Continúa explicando que la fuente de la obligación era la *stipulatio* o alguna forma de constitución solemne. El Edicto pretorio (S.II a.C.) introduce una ampliación de las acciones personales, que comenzó por la concesión de la *actio fiduciae*, que permitía introducir en la fórmula excepciones de tiempo o lugar o condicionantes de la devolución debida, y también un beneficio excedente de los meros objetos entregados. Al no figurar en el elenco de acciones civiles, se articuló por medio de una *actio in factum*. Derivan de la misma los “contratos reales”, por la modalidad de la *fiducia cum creditore* la prenda y, después, hipoteca, y por medio de la *fiducia cum amico* las entregas no traslativas de la propiedad del depósito y comodato, y también el contrato estimatorio y la permuta, y también los

---

préstamo, sino por contrato.”

<sup>81</sup> Vid. HERRERA BRAVO, R. “*Obligatio re*” y *contrato real en el sistema contractual romano*, en *Homenaje a Juan Berchmanns Vallet de Goytisolo*, Vol. III, 1988, p. 590, nota 62. Cfr., también, la sentencia recogida por Gayo en su comentario a la Ley de las XII Tablas, Tabla VIII *in fine*, según el cual “27.–*His (sodalibus) potestatem facit lex (sc. XII tab.), pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant; sed haec lex videtur ex lege Solonis translata esse.*” (*Gai.*, 4 *ad XII tab.*, D., 47, 22, 4).” “...quienes se ponen de acuerdo buscando una ganancia o un negocio, dispusieren entre sí algo, sea firme a no ser que lo prohibieran las leyes públicas, precepto que se tomó de una Ley de Solón”. La idea de “*contrahere*”, que nace del ámbito de los “*iudicia bonae fidei*”, era ajena al “*creditum*” y la generalización postclásica del “*contractus*” (que ya fue iniciada por Gayo) relega definitivamente la noción clásica de “*creditum*”, en cuanto exponente de una categoría especial de las obligaciones, produciéndose la extensión que asume todas las categorías negociales.

<sup>82</sup> Vid. HAUSMANINGER, H., *Casebook zum römischen Vertragsrecht*, 2ª ed., Wien, 1980, p. 175.

contratos innominados<sup>83</sup>. Los contratos consensuales de derecho civil, mandato, sociedad, *locatio-conductio* (o arrendamiento) y compraventa tienen su origen en la estipulación, y la congruencia entre pregunta y respuesta, que pone de manifiesto el acuerdo de voluntades<sup>84</sup>. Hay diversas enumeraciones de los contratos en las fuentes romanas, como la recogida en el D. *Iul.* 1 Dig. = D. 3,2,1, cuando recoge entre los casos que se sancionan con infamia a "...el que hubiera sido condenado en juicio de sociedad, tutela, mandato o depósito en nombre propio, pero no por la acción contraria..."; Según el título D. 44, 7, 1, 1, (Gayo, *res cott.*, *Inst.* III,14, pr.), las obligaciones de contrato se contraen por la recepción de una cosa, por unas palabras o por el consentimiento<sup>85</sup>. Este autor distingue entre instituciones contractuales y asimiladas a los contratos que surgen por entrega de cosa, préstamo de mutuo, comodato, depósito y prenda, los contratos consensuales, compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato, y, como asimilados a este último, la gestión de negocios ajenos con o sin mandato, y la tutela, y los por él llamados contratos verbales, contraídos por ciertas palabras, en interés propio o en interés ajeno cuando se trata del fiador<sup>86</sup>. Paulo 6 Sab, D.17,2,38 pr.:

<sup>83</sup> Vid. D'ORS PÉREZ-PEIX, A., *La formación histórica de los tipos contractuales romanos*, en *AAMN*, 5, 1950, p. 247-269.

<sup>84</sup> Cfr. D'ORS PÉREZ-PEIX, *ibid.*, p. 263. Entre los autores que consideran que los pactos son antecedentes del contrato, Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos*, *Revista General de Derecho Romano*, 15, 2010, p. 9, en que nos dice que "... hasta que se produce el reconocimiento y protección en el edicto pretorio de los pactos convenidos, éstos se enmarcaban solo en el ámbito de la "fides", conforme a la cual se exigía el cumplimiento de los acuerdos y la lealtad a la palabra dada. La sanción pretoria de los pactos supuso la aplicación a los mismos de los criterios de "bona fides" y la "aequitas" propias del "ius praetorium". La historia del "pactum" es, por tanto, anterior a la del contrato. Su génesis y desarrollo se habría producido en el marco del comercio ..".

<sup>85</sup> La Ley Única del T. XVI del Ordenamiento de Alcalá, da cuenta de la aformalidad de los contratos: "Paresciendo que se quiso un ome obligar a otro por promisión o por alguno contracto o en alguna otra manera, sea tenido de aquéllos a quienes se obligó e non pueda ser puesta excepción que non fue fecha estipulación, que quiere decir, prometer con ciertas solemnidades del Derecho, o que fue fecha la obligación del contrato entre absentes; o que se obligó uno de dar o de facer alguna cosa a otro; mas que sea valedera la obligación o el contrato en cualquier manera que paresca que uno se quiso obligar a otro é otro faser contracto con él." Citado en IBARRA, J., *El Ordenamiento de las Leyes que Don Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares en el año mil trescientos quarenta y ocho*, Madrid, 1774.

<sup>86</sup> Vid. D'ORS PÉREZ-PEIX, A., *La formación histórica de los tipos contractuales romanos*, *op. cit.*, p. 247-269. Nos explica el autor que se contrae una obligación por la recepción de una cosa en la dación en mutuo. La dación en mutuo consiste en las cosas que se identifican por el peso, número o medida, como el vino, el aceite, el trigo, el dinero, cosas éstas que damos como accipiente y para recibir luego otras del mismo género y calidad. 3. El comodatario también queda obligado por recibir una cosa, pero él está obligado a restituir aquella misma cosa que ha recibido (...) 5. También el depositario queda obligado por la recepción de una cosa; el cual también debe restituir la misma cosa que recibió, (...) 6. También queda obligado el acreedor pignoraticio por la recepción de una cosa; el cual también tiene que restituir la misma cosa que ha recibido. 7. La obligación se contrae por unas palabras mediante una pregunta y una respuesta. 8. Puede uno obligarse en nombre propio o ajeno. El que se obliga en nombre ajeno se llama fiador (...). El pasaje *Gai* III. 135 señala, como contratos consensuales la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato." Reencontramos esta afirmación en el libro D. 44, 7, 2, (= *Gai* III Inst. 135-137), en que continúa exponiendo que: "Se hacen las obligaciones por el consentimiento en las compraventas, los arrendamientos, las sociedades y los mandatos. Decimos que las obligaciones se contraen por estos

*“Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex ea societate. Quod Sabinus in omnibus bonae fidei iudiciis existimavit, sive generalia sunt (veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae) sive specialia (veluti mandati, commodati, depositi).”*

considera “acciones de buena fe generales” la acción de socio, de gestión de negocios o de tutela y especiales las de mandato, comodato y depósito. Se ha equiparado igualmente la figura del protutor y el procurador en juicio, por sus muchas similitudes, si bien siempre se encuentra tratada en diferentes sedes y epígrafes por su componente público, que conduce a que se hable de “cargo u oficio” y al hecho de ser el cargo de tutor o protutor en defensa de quienes no tienen reconocida capacidad o plena capacidad jurídica de ejercicio obligatorio<sup>87</sup>.

modos mediante el consentimiento porque no se requiere la forma verbal ni literal, sino que basta que consientan los que hacen estos negocios. Asimismo, en estos contratos, cada parte se obliga respecto a la otra por lo que debe cada una a la otra según lo que sea bueno y justo (...).” En el título D. 44, 5, se añade a la gestión por mandato el análisis de la gestión de negocios de un ausente sin mandato, en que este mismo autor, en *Res cott. 3*, explica que “se obligan también entre ellos y que surgen por ello las acciones que llamamos de gestión de negocios, por las que pueden exigirse igualmente el uno del otro lo que cada uno de ellos debe indemnizar al otro según la buena fe, pero estas acciones no nacen de un contrato ni de un maleficio, pues ni el que hace la gestión se considera que ha contratado antes con el ausente, ni tampoco es maleficio alguno al asumir sin mandato la administración de los negocios de otro ni mucho menos se puede admitir que ha contratado sin saberlo ni ha cometido delito aquél cuyos negocios son gestionados sin saberlo, sino que, por razones prácticas, se ha admitido que se obligan recíprocamente y esto es así porque muy frecuentemente sale la gente de viaje con la intención de volver enseguida y por ello no dan mandato a nadie para que cuide de sus negocios, pero luego, por causas imprevistas, prolongan su ausencia contra su voluntad, y era injusto que se perdieran negocios suyos que se perderían ciertamente si el que se ofreció a gestionar sus negocios no fuera a tener acción por lo que gastó a su propia costa en utilidad del ausente o éste cuyos negocios fueran gestionados no tuviera derecho a reclamar contra el que se había metido en sus negocios.” (Inst. 3,27,2) *“Tutores quoque, qui tutelae iudicio tenentur, non proprie ex contractu obligati intelleguntur (nullum enim negotiam inter tutorem et pupillum contrahitur): sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. et hoc autem casu mutuae sunt actiones: non tantum enim pupillus cum tutore habet tutelae actionem, sed et ex contrario tutor cum pupillo habet contrariam tutelae, si vel impenderit aliquid in rem pupilli vel pro eo fuerit obligatus aut rem suam creditori eius obligaverit.”* “Tampoco los que quedan obligados por la acción de tutela se entiende que están obligados propiamente por contrato, pues no se contrae negocio alguno entre el tutor y su pupilo, pero como tampoco se obligan por un maleficio, se consideran obligados como si lo fuera por contrato; y, en tal caso, hay acciones recíprocas, pues no solo tiene acción el pupilo contra el tutor, sino, viceversa, el tutor contra el pupilo, por lo que hubiera gastado en el patrimonio del pupilo, o si se hubiera obligado a causa de él, o hubiera hipotecado algo suyo en garantía del acreedor del pupilo...”

<sup>87</sup> Vid. Gayo. *Comentario 1º*, 168, a cuyo tenor “...Los agnados, los patronos y los manumisores de hombres libres... no pueden ceder la tutela de los pupilos, porque ésta no se considera onerosa, ya que se termina al entrar en la pubertad ...”. En el Digesto, encontramos diversas *sedes materiae*, para los tipos enumerados, sin perjuicio de encontrarse frecuentemente epígrafes en otras sedes, relacionadas con otro tipo contractual o distintivas de las modalidades: Libro 12, título 2: Sobre el juramento sea voluntario o necesario o judicial, que puede conducir a una transacción; L. 13, título 6: La acción de comodato y la contraria y título 7, sobre la acción pignoratícia y la contraria; Libro 14 y 15, sobre diversas instituciones relativas a personas dependientes, y sobre la ley rhodia de la echazón; L. 16, 3 sobre la acción de depósito y la contraria, L. 17, 1, sobre la acción de mandato y la contraria y 2. Sobre la acción de socio; determinadas cláusulas relativas a la compraventa del L.

BLANCH NOGUÉS considera que la definición de Gayo, acogida por la codificación moderna, no se corresponde con el concepto clásico de "contrato" sino con el de "pacto", y que la doctrina medieval llegó a distinguir siete clases de pactos: Hablaron de seis modos de "pactos vestidos", esto es, protegidos por acción: por la cosa (*re*), por las palabras ("*uerbis*"), por el consentimiento ("*consensu*"), por escritos ("*litteris*"), añadidos ("*adiecta*"), por intervención de un hecho o cosa ("*rei interuentu*")<sup>88</sup>. Así lo hizo, por ejemplo, el genial glosador boloñés AZÓN. Lo que no se suele decir, sigue exponiendo el autor, es que añadieron un séptimo modo: "por principio de cosa" ("*rei principio*"). Este pacto, así denominado, no era otro que la policitación romana, o sea, la promesa unilateral. Entre los pactos "vestidos", consideraron el caso de los "*recepta*" (del Título XI del Edicto Perpetuo según la reconstrucción de LENEL), relativo al "*receptum arbitrum*", y los "*receptae nautae, cauponae, y stabularius*", tratados en la codificación moderna como formas especiales de depósito.

Los juicios de buena fe suponen un tratamiento procesal que es propio de las relaciones contractuales, por lo que también actúan como criterio orientativo. Gayo, en su Tratado, IV, 82, enumera como juicios de buena fe, origen de los contratos, el de compraventa, el de arrendamiento, el de gestión de negocios, el de mandato, el de depósito, el de fiducia, el de sociedad, el de tutela y el de reclamación de la dote<sup>89</sup>.

18 y el libro 19, que en sus 5 títulos, se ocupa de las acciones de compra y venta, locución y conducción, estimatoria, permuta de cosas y las acciones de palabras prescritas y por el hecho; L. 20, sobre las prendas e hipotecas; L. 22, 2, sobre el préstamo marítimo; L. 26, 1, sobre las tutelas.

<sup>88</sup> Vid. BLANCH NOUGUÉS, J.M., *Algunas reflexiones en torno a concepto romano y moderno de contrato*, *Revista general de Derecho Romano*, 28, julio de 2017, p. 34 y ss., y D. 50.17.27, *Pomponius libro 16 ad Sabinum: "Nec ex praetorio nec ex sollemni iure privatorum conventionem quicquam immutandum est, quamvis obligationum causae pactione possint immutari et ipso iure et per pacti conventi exceptionem: quia actionum modus vel lege vel per praetorem introductus privatorum pactionibus non infirmatur, nisi tunc, cum inchoatur actio, inter eos convenit."* "El convenio de los particulares no puede alterar en nada el derecho pretorio ni el civil, aunque las obligaciones sí pueden modificarse por el pacto, sea de propio derecho, sea mediante la excepción de pacto convenido, porque la forma de las acciones introducidas por la ley o por el pretor no puede invalidarse por los pactos privados, a nos que lo acuerden al iniciarse la acción."

<sup>89</sup> Se ha formulado la observación de la omisión del comodato en la relación. Esta institución sí se enumera en el pasaje *Paul 3 ed.*, D.2,14,6,7, y *Ulp. 4 ed.*, D. 2, 14, 7. "*Legitima conventio est quae lege aliqua confirmatur. Et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quotiens lege vel senatus consulto adiuvatur.*" "las convenciones de derecho de gentes que engendran acciones: que no se llaman simplemente convenciones, sino que pasan a tener el nombre de un contrato, como la compraventa, el arrendamiento, la sociedad, el comodato, el depósito y los demás contratos semejantes..." y 2. "... Cuando el negocio no pasa de tener nombre de contrato pero existe, sin embargo, una causa, respondió elegantemente Aristón a Celso que hay una obligación; por ejemplo, si te di una cosa para que me dieras otra, o bien, te la di para que hagas algo; esto es en Griego un *synallagma*, y nace de aquí una obligación civil ...". La equiparación de la acción de dote o "*uxoria*" fue el resultado de una evolución peculiar de esta institución consistente en la entrega de bienes o dinero destinada al sustento de la mujer. A partir del S.II a.C., se concede acción para su restitución por cese del matrimonio, aún en defecto de caución o estipulación que le obligue a restituir, si bien, con los descuentos que deban reconocerse al marido obligado por gastos hechos u otros conceptos apreciados por el juez según su prudente arbitrio, en forma semejante a los juicios de buena fe con que se ampararon los contratos recíprocos. Cfr. CICERÓN, *Topica* 17, 66, a cuyo tenor "... *in omnis igitur eis iudiciis, in quibus ex fide bona est additum, ubi bene etiam ut inter*



Los títulos del Edicto Perpetuo, según la reconstrucción de LENEL<sup>90</sup> permiten encontrar la clasificación legada por Gayo en diversos títulos, concretamente, los más importantes, son el título XVII, “*De Rebus Creditis*”, con los títulos 95-100: “*Si certum petetur*”; “*De eo quod certo loco dari oportet*”; “*De pecunia constituta*”; “*Commodati (vel contra)*”, “*De pignoratitia actione (vel contra)*” y “*De compensationibus*”. El título XVIII “*Quid cum magistro navis*”, “*in aliena potestate erit*”, “*negotiorum gestio erit*”, con los títulos 101 – 105, que recogen los efectos externos con relación al “*dominus*” y “*pater familias*” de las actuaciones realizadas por los hijos de familia, esclavos y personas dependientes y el título XVIII, “*De bonae fidei iudiciis*”, con los títulos 106-112, contempla el depósito (*vel contra*), la fiducia, el mandato (*vel contra*), la acción pro socio, la acción de compra-venta (*emptio-venditi*), arrendamiento (*locatio-conductio*) y la figura procesal de la *aestimatio*, ésta última con dudas. Cabe añadir que los cargos tutelares y la procura, se recogen respectivamente en los títulos VI-VIII “*De postulando*”, “*de vadimoniis*” y “*de cognitoris et procuratoribus et defensoribus*”, respectivamente, y algunas modalidades en los Códigos modernos como depósito, centradas en la obligación de custodia, la encontramos en el Título XI “*de receptis*”, siendo indiscutible que en el resultado de dicha reconstrucción no puede hallarse una coherencia interna más que aproximativa al ser el resultado de una larga evolución histórica y recoger títulos que han evolucionado a lo largo de los 13 siglos transcurridos desde la Ley de las XII Tablas (S. V a C) hasta la época de Justiniano (S. VI d. C) y discutiendo varios autores la ubicación de algunas instituciones de características difusas<sup>91</sup>.

Finalmente, cabe explorar el campo contractual y asimilado desde el punto de vista de las “acciones contrarias” y su admisibilidad. SCHWARZ<sup>92</sup> estudia los supuestos en que se emplea la expresión “*actio contraria*”. Los supuestos que este autor halla en cuestión de reintegro de impensas se sitúan en el marco de los llamados “contratos reales” en sentido amplio: fiducia, comodato, depósito y prenda; en materia contractual y asimilada, mandato, gestión de negocios y tutela, recoge supuestos de resarcimiento por el principio del enriquecimiento, con los límites de la “*utilitas*” y la responsabilidad por la gestión realizada; en otras relaciones contractuales como la compra-venta, los casos que halla se refieren a vicios físicos o jurídicos de la cosa, así, casos de *aes pro aurum* (vicio de la cosa), *furtum*, otros tipos de vicio jurídico,

*bonos bene agier oportet, in primisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est quod eius aequius melius, parati eis esse debent. Illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid socium socio, quid eum qui negotia aliena curasset et cuium ea negotia fuisset, quid eum qui mandasset, eumve qui mandatum esset, alterum alteri praestare oportet, quid virum uxori, quid uxorem viro tradiderunt. Licebit igitur diligenter argentorum cognitio locis non modo oratoribus et philosophis, sed iuris etiam peritiis copiose de consultationibus suis disputare.... “*

<sup>90</sup> Vid. LENEL, O., *Das Ediktum Perpetuum, Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Reimpr. Aalen, 1974.

<sup>91</sup> FUENTESECA DÍAZ, P., *Los sistemas...*, op. cit. p. 541, constata que los tres comentarios más extensos al Edicto que se conservan, los de Ulpiano (L. 26-32), Paulo (L. 28-34) y el de Gayo al Edicto Provincial, (L. 9 y 10), son bastante fieles al esquema de los títulos XVII-XIX del Edicto Perpetuo según la reconstrucción de LENEL; que, en cambio, resulta original el esquema de Sabino, quien no recoge los contratos reales y solo la compraventa y la *societas* en los tipos contractuales consensuales, aparte de las estipulaciones después de detenerse en la dote, y otras instituciones del derecho sucesorio y familiar, lo que puede verse reflejado en el orden del Digesto.

<sup>92</sup> Vid. SCHWARZ, F., *Die Konträrklagen*, en *SSZ*, 19, 1954, p.112-220.

entrega de cosa ajena en garantía, y daños ocasionados por cosa defectuosa. Los pasajes jurisprudenciales que recoge dejan al descubierto sus contornos igualmente difusos y solapados con otras acciones o excepciones admisibles, como, en el procedimiento formulario, la excepción de dolo, en algunos casos, la “*actio furti*” o la “*condictio*”, y también se utiliza como acción alternativa a la compensación que puede resultar de un juicio de buena fe<sup>93</sup>. Lo esencial de la “*actio contraria*”, en opinión de este autor, es el hecho de ser la acción que compete a la parte que ocupa la posición que podemos considerar como deudora, para el resarcimiento de las prestaciones que hayan surgido a su favor, cualquiera que sea la forma procesal en que se manifieste, por oposición formulada en un litigio del principal, apreciación compensatoria en un juicio de buena fe, o por acción independiente. Aducimos algunos fragmentos del contrato de mandato, por ser la figura que acogió, en el plano contractual, las actuaciones en interés de otro, en las que puede apreciarse la amplia consideración de las inversiones reintegrables acometidas en los juicios de buena fe: se contempla el reintegro de los gastos hechos, pero también de intereses satisfechos y de intereses u otras ganancias que hubieran podido obtenerse, y, en su caso, de remuneración:

-Ulp. 31 ed., D. 17,1,12,9:

*“Si mihi mandaveris ut rem tibi aliquam emam, egoque emero meu pretio, habebo mandati actionem de pretio recipiendo...”*

“Si me hubieras mandado que te comprase una cosa y yo la hubiese comprado con mi dinero, tendré la acción contraria de mandato; y también si no quisieras recibir la cosa comprada. Igualmente, si hubieses mandado alguna otra cosa e hiciese algún gasto en ello. No solamente deberé conseguir lo que haya gastado, sino también los intereses. (...) Todo esto lo determinará el juez según la equidad.”

- Gayo L. 9 ad ed. Prov., D.17,1,27,4:

*“Impendia mandate exsequendi gratia facta si bona fide facta sunt, restitui omnimodo debent, nec ad rem pertinent, quod is qui mandasset potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere.”*

---

<sup>93</sup> Resulta especialmente ilustrativo el pasaje Ulp. 14 comentario *ad edictum*, recogido en el D. 4,9,3.: “... (1) Dice el pretor: “Daré acción contra los que no restituyan.” Concede este edicto una acción por el hecho. Pero ha de verse si acaso no es necesaria, porque, por esta misma causa, se puede reclamar con la acción civil; cuando hubiese mediado precio, por la de locación o la de conducción; si se hubiese dado en arrendamiento la nave entera, el arrendatario puede demandar por la acción de conducción también por las cosas que faltan, y, si el naviero arrendó el transporte de las cosas, será demandado por la acción de locación; si las cosas se hubiesen recibido gratuitamente, dice Pomponio que se pudo ejercitar la acción de depósito”. Nos remitimos al comentario más extenso contenido en el Cap. III, en el apartado “Colisión de acciones.”

“Los gastos realizados con ocasión del mandato, si han sido realizados con buena fe, deben ser abonados en todo caso, y no importa que el mandante, gestionando él mismo el negocio, hubiese podido gastar menos.”

- *Ulp. 31 ed.*, D.17,1,6 pr.:

*"Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio."*

“Si medió honorario a modo de remuneración, habrá acción de mandato.”

Dentro de los esquemas contractuales, el contrato de sociedad presenta una estructura peculiar, en tanto supone no una contraposición de intereses de las partes intervinientes, sino una figura cooperativa de los intervinientes para la obtención de un resultado conjunto. HERRERA BRAVO<sup>94</sup> constata que la expresión más frecuentemente empleada para el contrato de sociedad no es “*contrahere*” sino “*coire societatem*”, poniendo de manifiesto la “suerte común” de los socios. La expresión aparece en el edicto de Adriano<sup>95</sup>, y que, en relación con la disolución, se utiliza “*solvere*”, en lugar de “*distrahere*”. “*Contrahere*” y “*distrahere*” tienen una connotación de voluntariedad que no tienen “*coire*” y “*solvere*”. Se ha destacado como diferencia del contrato de sociedad respecto de los otros contratos considerados consensuales del “*ius civile*”, compraventa, arrendamiento y mandato, el hecho de confluir en el contrato de sociedad intereses convergentes frente a la contraposición de los de las partes contratantes en los otros tipos contractuales enumerados. Creemos que puede defenderse que en el contrato de sociedad subyace la copropiedad de los socios participantes de los bienes que cada uno haya aportado a ella, y que el Derecho Romano clásico no ha transmutado la condición de propietarios- en este caso, copropietarios- de los socios respecto de los bienes o derechos afectados a la sociedad por sus integrantes, y que es ésta la “*ratio iuris*” en virtud de la cual la acción de socio solo procede para los acuerdos tomados. Ejemplificativamente, transcribimos los fragmentos *Ulp. 31 ed.*, D. 17,2,52,12.:

*"Item si in communem rivum reficiendum impensa facta sit, pro socio esse actionem ad recipiendum sumptum Cassius scripsit."*

“Asímismo, si se hubieren hecho gastos para reparar un canal común, escribió Casio que se la acción del socio para recuperar lo gastado.”

Y Paul. 32 ed., D.17,2,67,1:

*"Si unus ex sociis, qui non totorum bonorum socii erant, communem pecuniam faeneraverit usurasque perceperit, ita demum usuras partiri debet, si societatis nomine faeneraverit: nam si suo nomine, quoniam sortis periculum ad eum pertinuerit, usuras ipsum retinere oportet."*

<sup>94</sup>Vid. HERRERA BRAVO, R., “*Obligatio re*” ..., ob. cit. p 575-577.

<sup>95</sup>Refiere a BIONDI, B.: *St. Arangio- Ruiz*, II, pág. 77, Scritti I, pág. 185.

“Si alguno de los socios tuvo necesidad de gastar en un negocio común algo de lo suyo, lo recuperará por el juicio de sociedad y los intereses también.”

Por lo demás, se está a las soluciones “reales” de disolución, liquidación y responsabilidad respecto de los bienes integrantes<sup>96</sup>. De hecho, los orígenes del contrato de sociedad se sitúan en las vías de gestión y reparto surgidas como consecuencia de la comunidad hereditaria surgida forzosamente, y la “*actio familiae erciscundae*”.

Vistos los diversos planteamientos, consideramos acertada la postura de FUENTESECA DÍAZ, de que los contratos tuvieron sustantividad propia en su origen, basado en el principio de bilateralidad apuntado por Labeón, y que se integraron en la vida jurídica romana a través del intercambio comercial con los pueblos fenicios, las colonias griegas y otras influencias orientales, pero que fueron absorbidos en una evolución posterior dentro del sistema de pactos desarrollado a partir de las modulaciones de las estipulaciones, al compartir el fundamento de su origen voluntario por las partes intervinientes. Esta evolución es la que hace posible la acción de palabras prescritas, -D. 19, 5- y los llamados "contratos innominados", que prescinden de las causas típicas que informan los contratos clásicos para permitir a las partes su autoorganización. El sistema de las estipulaciones, con la contemplación de vicios del consentimiento, objetivos, formales y funcionales, permite la construcción de una teoría general sistematizada de los contratos y negocios jurídicos que culmina en los Códigos modernos<sup>97</sup>.

## **B.- Especialidades en los contratos reales.**

<sup>96</sup> El CCE, en sus artículos 392 y siguientes, relativos a la “comunidad de bienes” Título III del Libro II del mismo, prevé, art. 395, que “Todo copropietario tendrá derecho para obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común. Solo podrá eximirse de esta obligación el que renuncie a la parte que le pertenece en el dominio.” Y el art. 400, que, sin perjuicio de admitir el pacto en contrario por tiempo determinado, prevé que: “Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo *la división de la cosa común.*” El subrayado pone de manifiesto que la solución “real” de liquidación es la de dividir la cosa común; ello, de forma diferente a la forma de satisfacerse que la ley prevé para un acreedor, que es, en defecto de numerario, la realización del patrimonio del deudor para ser satisfecho en dinero. Por ejemplo, el art. 1872 del CCE, prevé, para el acreedor pignoraticio, que “El acreedor a quien oportunamente no hubiere sido satisfecho su crédito, podrá proceder, por ante Notario, a la enajenación de la prenda...”, y el artículo 1859 CCE prohíbe el pacto comisorio, disponiendo que “El acreedor no puede apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas.” (si bien esto último se viene admitiendo con la aquiescencia del deudor al tiempo de la enajenación y devolviendo al mismo el exceso de tasación de valor de la cosa con relación al crédito impagado.)

<sup>97</sup> Cfr. FUENTESECA DÍAZ, P., *Los sistemas expositivos de las obligaciones contractuales en la jurisprudencia romana y la idea de contractus*, en *Estudios de Derecho Romano*, Madrid, 2009, p. 1255 y ss., expresa el parecer de que hay dos órdenes de ideas que se han desarrollado independientemente en materia contractual, cuya fusión completó el cuadro de figuras contractuales e hizo nacer la idea misma de contrato. Estos dos campos de ideas son el "*creditum*" que recoge un conjunto de acciones "*stricti iuris*" y el grupo de los "*iudicia bona fidei*". La fusión de ambos nos dice que es completa en la época justinianea.

D'ORS PÉREZ-PEIX, efectúa algunas consideraciones sobre la extensión de las reglas de los contratos a los llamados “contratos reales”, que, inicialmente, según explica, debían ser modalidades de crédito, en tanto bienes recibidos sujetos a restitución. Así, mantiene: “... En las *Pauli Sententiae* 2,5, hay una referencia a la “*compensatio*” después del “*pignus*”, lo que llevaría la “*compensatio*” al final del título de crédito, además, un fragmento del libro 28 de Ulpiano “*ad edictum*” (D. 16,2,7) se refiere a la “*compensatio*”, siendo así que Ulpiano había dejado tratada la “*actio de pecunia constituta*” en el libro 27 (...)”<sup>98</sup>. Por su parte, LENEL coloca la “*actio depositi*” en cabeza del título dedicado a las acciones contractuales de buena fe, antes de la “*actio fiduciae*”. Para esta colocación vuelve a presentar un apoyo el orden de las “*Pauli Sententiae*” 2,12, que contienen una referencia a la fiducia después del depósito. Pero que la reelaboración ha alterado aquí el primitivo orden edictal parece indicarse ya en la rúbrica del 2,4 que reza así: de comodato et de depósito “*pignore fiduciave*”. Esta rúbrica demuestra cómo, para el postclásico, el comodato atraía hacia sí al depósito y la prenda a la fiducia, desdibujaba así la distinción entre el título de crédito y el de las acciones contractuales “de buena fe”. Todavía, como Gayo trata en su L. 9 *ad edictum provinciale* del depósito y aparece en el 10 u fragmento (D.50,17,16) que puede referirse a la fiducia, se pensó en la precedencia de la acción de depósito. Pero la verdad es que ese fragmento puede referirse a muchos otros supuestos (...). Por tanto, podemos decir que la acción de depósito se hallaba próxima a la fiducia, pero no que la precediera. Si tenemos en cuenta que la acción “*in ius*” para el depósito es, como pensamos, de una fecha no muy anterior a Salvio Juliano y que por ello fue atraída al título XIX la “*actio in factum*” del depósito, parece obligado pensar que esa atracción se hizo tomando como base la fiducia, que presentaba, en su forma de “*fiducia cum amico*”, gran afinidad con el depósito. Ahora, si el depósito fue atraído al título XIX por la fiducia, resulta más lógico pensar que se colocara a continuación y no antes de la propia fiducia. Quedaría todavía un hecho oscuro en que Gayo trate del depósito (y suponemos que de la fiducia antes) en el libro 9 del Edicto Provincial y no en el libro 10, que es el que se refiere a las acciones de buena fe. Según FUENTESECA DÍAZ<sup>99</sup>, Gayo habría iniciado la extensión del concepto de *creditum*, traspasando ya la acción contractual del depósito del edicto XVII. (...) Me inclinaría a pensar que se debe a razones de extensión y no a conexiones de fondo...”. También se ocupa de la materia HERRERA BRAVO<sup>100</sup>, quien resume las características propias de los contratos reales señaladas por MASCHI<sup>101</sup>. Este último autor destaca la aformalidad del “contrato real”, en lo que no se diferencia del contrato consensual, bastando la suficiencia del medio empleado para que se entienda contraída la obligación, el requisito de la consigna de la cosa. La “*datio rei*” consiste en la transferencia de la propiedad de las cosas fungibles en el mutuo y en la transferencia de la detentación

<sup>98</sup> Vid. D'ORS PÉREZ-PEIX, A., *Variae Romanae*, AHDE, 26, 1956, p. 183-208, (p.1154 y ss.)

<sup>99</sup> Vid. FUENTESECA DÍAZ, P., *Los sistemas expositivos de las obligaciones contractuales*, AHDE 1953, p. 545 y 572.

<sup>100</sup> Vid. HERRERA BRAVO, R., “*Obligatio re*”..., op. cit. p. 597-600.

<sup>101</sup> Vid. MASCHI, C.A., *La categoria dei contratti reali*, Milano, 1973, p. 353 y ss.

de cosas no fungibles en el depósito y el comodato o la prenda. En el contrato real, esta transferencia afecta a la existencia misma del contrato, mientras en otros contratos como la locación, el elemento de la *datio* afecta a la ejecución. La gratuidad es otra de sus notas características. La jurisprudencia romana clásica considera que el devengo de intereses en el contrato de mutuo requiere del complemento de una estipulación<sup>102</sup> - y que el acuerdo de retribución del depósito o comodato tornan a éste, según veremos, en arrendamiento.

El contrato real se considera fuente de obligación y se basa en el acuerdo de voluntades, que despliega una función delimitadora del contenido de la relación contractual, de carácter típico, sin perjuicio de admitir pactos accesorios moderadores de las circunstancias de tiempo, condición y efectos.

Podemos añadir la observación de que es connatural a los casos en que se producen entregas con obligación de restituir o transmitir a otro, - sean situaciones reales, como el usufructo o el fideicomiso o las entregas al marido de bienes dotales, o bien situaciones de “contrato real”-, que las relaciones que se constituyen sean de tracto prolongado, lo que tiene repercusión en la materia de las impensas. La clasificación de las impensas relevante en este punto, es la que distingue entre los gastos ordinarios y previsibles y los gastos extraordinarios o imprevisibles. Esta clasificación se encuentra, al igual que la clasificación más conocida de las impensas de ser “necesarias, útiles o suntuarias”, en el título 1 del Libro 25 del Digesto, relativo a las “impensas hechas en las cosas dotales”. En este punto del trabajo, basta con transcribir algunas de las definiciones contenidas en dicho título: *Ulp. 36 Sab. D.25,1,1,1* “Se llaman (impensas) necesarias las que se hacen por necesidad y que, si no hubiera necesidad, no se tendrían por tales. (2) Hay que saber respecto de las impensas necesarias que sólo se pueden deducir de la dote las que se hacen en la misma dote ...”. Aclara el fragmento 14 pr. del mismo título (*Ulp. 5 reg.*), que “son impensas necesarias aquéllas que, si no se hacen, disminuyen la dote, como hacer setos, dar salida a los arroyos, reparar y rehacer los edificios viejos, o reponer árboles nuevos en vez de los caídos.” El fragmento de *Ulp. 36 Sab., D.25,1,5,3*, nos dice que “son impensas útiles las que el marido hizo con utilidad para mejorar los bienes de la mujer, es decir, la dote.”, y, acerca de las impensas suntuarias o voluptuarias, el fragmento *D.25,1,7* nos dice que “son voluptuarias las impensas que hizo el marido por gusto y sirven de adorno ...”. Respecto de las impensas ordinarias y extraordinarias, el fragmento atribuido a *Ulp. 36 Sab. D.25,1,3,1*, a cuyo tenor: “Decimos que, en principio, hay mucha diferencia entre que el gasto sea para utilidad permanente de la finca o no limitado al momento presente, y que sea para el fruto del año presente: en este último caso, debe compensarse con los frutos, pero si el gasto no fue solo para el momento presente, debe reputarse como impensa necesaria.”

---

<sup>102</sup> Esta observación creemos que debe entenderse con la salvedad hecha del “*fenus nauticum*” y figuras especiales que se consideran de Derecho de Gentes, que, si bien se documentaban con instrumentos como la “*syngrapha*” y “*quirografa*”, lo era a los meros efectos probatorios y no constitutivos, siendo posible en tiempos de Justiniano oponer la “*querellae*” o la “*exceptio non numeratae pecuniae*” en los dos años siguientes. Vid. SALAZAR REVUELTA, M., *La forma litteris como instrumentum crediticio en del Derecho Justiniano, local. Droit.ulg/ac.be/.../rida/file/1998/REVUELTA.pdf*.

Aparte de preverse la compensación de los frutos que la cosa, en su caso, produzca por quien ostenta el disfrute de la misma -tal es el caso del comodatario, según hemos visto, y puede configurarse de esta forma la prenda, las estimaciones de gastos necesarios para el desempeño de un encargo conducen a la solicitud de provisión de fondos y estimaciones de los que se generan en condiciones normales, y a la estipulación de garantías para aceptar el encargo correspondiente. Dados estos casos, el derecho de resarcimiento resulta más excepcional<sup>103</sup> y, frecuentemente, de una liquidación final de rendición de cuentas<sup>104</sup>. La duración prolongada genera también situaciones que legitiman el desistimiento unilateral con determinados límites. El impago de los gastos que se generan en una relación contractual por la parte a la que incumbe su atención, puede constituir un desencadenante para el desistimiento de la otra parte contratante.

---

<sup>103</sup> En la actualidad, incluso el siniestro extraordinario se tiende a prever por medio del mercado de seguros. Vid. BADILLO ARIAS, J. A., *Ley de Contrato de Seguros. Jurisprudencia comentada*. Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 373-399 y p. 887. En nuestro derecho, la Ley 50 de 8 de octubre de 1980, de contratos de seguros, es de destacar para nuestro tema que contiene una regulación de los impagos de la prima que provoca su ineficacia, si es la primera prima y su suspensión, si son sucesivas, en los arts. 14 y 15 de la Ley y normas propias de subrogación de la indemnización en los arts. 40-42 de la misma, que salvaguardan el principio de no-enriquecimiento del asegurado y los legítimos intereses de los acreedores.

<sup>104</sup> Cfr. los ya comentados fragmentos de *compensación de frutos y asunción de gastos ordinarios* por el comodatario; Gayo 9, *ed. Prov.* D. 13,6,18,2; Ulp. 31, *ed.*, D. 17,1,10, 9, de puesta en cuenta de gastos y *liquidación* en el arrendamiento y la deducción de gastos por la percepción de frutos-; las *Gai* III, 151, fragmento relativo al desistimiento unilateral comentado en el contrato de sociedad, o D.17.1.27, 2 (*Gai*, 10 *ed. prov.*) en el caso del desistimiento del mandato; como ejemplos de la *puesta en garantía de los bienes sobre los que se invierte*, Ulp. 32 *ed.*, D. 17,2,52,10, en la refacción inmobiliaria, o Ulp. 27 *ed.*, D. 13,5,11, en la prenda y D. 47,2,15,2, y D.47,2,60 (59), en caso de derecho de retención, la *preferencia en el cobro*, en el depósito D.16,3,7, y D.16,3,8; la compensación de mejoras consentidas *Scaev.* L. I, VII Dig. D.19,2,61 pr., *la retirada de mejoras susceptibles de ello*, Ulp. 32 *ed.*, D. 19,2,19,4, y la prestación de caución para llevar a cabo la actuación que aparece en diversos apartados relativos a los procuradores y defensores: Ulp. 1 *disp.* D.3,3,28: "*Si procurator meus iudicatum solvi satis acceperit, mihi ex stipulatu actio utilis est, sicuti iudicati actio mihi indulgetur. Sed et si egit procurator meus ex ea stipulatione me invito, nihilo minus tamen mihi ex stipulatu actio tribuetur. Quae res facit ut procurator meus ex stipulatu agendo exceptione debeat repelli: sicuti cum agit iudicati non in rem suam datus nec ad eam rem procurator factus. Per contrarium autem si procurator meus iudicatus solvi satisdederit, in me ex stipulatu actio non datur. Sed et si defensor meus satisdederit, in me ex stipulatu actio non datur, quia nec iudicati mecum agi potest.*" "Si mi procurador hubiese recibido caución de que el demandado pagará la condena, tengo yo una acción útil a causa de la estipulación..." ó Ulp. 9 *ed.*, D.3,3,33,3: "*Ait praetor: "Cuius nomine quis actionem dari sibi postulabit, is eum viri boni arbitrato defendat: et ei quo nomine aget id ratum habere eum ad quem ea res pertinet, boni viri arbitrato satisdet"*". "El que pida en nombre de otro que se le dé una acción, defiéndale según el arbitrio de un hombre recto y de a aquél contra quien litigase una *caución*...". Puede considerarse como *provisión para gestiones* la concesión del peculio por el pater familias. *Pomp.* 7 *Sab.*, lo define como "aquello que el propio dueño hubiese separado, distinguiendo su propia administración de la del esclavo", si bien también es peculio el del hijo de familia o el del liberto o incluso se denomina así el dado a una hija. Se habla expresamente de anticipo de gastos en las sentencias atribuida a Labeón *post. L.V a Iav. ep.*, D.19.2.60,4: y *Paul.* 5 *Plaut.* D.17,1,45, pr., recogidas en el apartado dedicado al contrato de mandato, al que nos remitimos.

Otro de los requisitos que se ha atribuido a la categoría de los "contratos reales" es la de la restitución de la cosa dada. D'ORS PÉREZ-PEIX<sup>105</sup> puntualiza la diferencia entre el "creditum" y el "contractus" desde su faceta etimológica, poniendo de manifiesto que el "creditum" contiene la raíz "reddere" -restituir- y debiera, por ello, abarcar las obligaciones del que recibe alguna cosa determinada -lo que también implica el término, posible contracción de "certum dare"- que debe ser devuelta, bien la misma cosa, o su equivalente, si fuere fungible, frente a la idea de intercambio que sustenta el contrato. La doctrina civilística actual<sup>106</sup> expone que en su origen solo se contempla la existencia de una "datio" o entrega traslativa del dominio, lo que es coherente con el mutuo, entrega de cosas fungibles en que el "accipiens" adquiere su propiedad y queda obligado a restituir otro tanto, y que la "datio" puramente traslativa de la detentación (comodato y "pignus") o posesión (prenda), es el resultado de una evolución posterior, cuyo planteamiento inicial se atribuye a Gayo. "...Predicado un efecto común -"re obligari"- a partir de supuestos distintos representados por comportamientos de entrega, de los cuales unos eran traslativos del dominio ("datio" en sentido estricto) y otros no, la simplificación Gayana se completó arrasando las profundas diferencias que separaban aquellas hipótesis.... (...). El efecto obligatorio, presupuesto sustancial de la acción, sería fruto de la convención. Pero, con relación a los llamados contratos reales, (...) estructuralmente se precisa la presencia de una entrega que no se acierta a explicar como efecto obligatorio del contrato sino, al contrario, como fundamento del mismo. No se trata de una entrega "solvendi causa", sino "contrahendi vel obligandi causa". La contractualización de esta especie se mantiene sobre la base de interpretar la entrega como expresión del consentimiento. (...). Otra categoría, la de los contratos innominados, se perfila con superior energía evolutiva: (...) no se genera un crédito dirigido a obtener la devolución de la misma cosa sino a obtener la entrega de una cosa distinta que se considera como equivalente a la primera. El "mox recepturi quid" queda sustituido por un "quid pro quo" que puede ligar jurídicamente a las partes<sup>107</sup>. Seguramente (este esquema) permitió distinguir entre las dos fases fundamentales del ciclo vital de un contrato: la perfección y la consumación. La

<sup>105</sup> Vid. D'ORS PEREZ-PEIX, A., *Observaciones sobre el edictum de rebus creditis*, SDHI, 19, 1953, p. 134. Para una síntesis de la teoría orsiana acerca de la "mutui datio", vid. GARCÍA HERVÁS, D., *Teoría del "creditum"*, Cuadernos informativos, 9-10, Barcelona, 1989. Destacamos la admisión de la posibilidad de la reclamación conjunta del principal recibido y el interés estipulado por medio de una sola acción.

<sup>106</sup> Vid. BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., "El cobro" ..., op. cit., p. 135 y ss.

<sup>107</sup> Se tratan como acciones innominadas, con la mecánica descrita, en Derecho Romano el contrato estimatorio, entrega de bienes para los que el "accipiens" tiene la posibilidad de restituir al cabo de un tiempo estipulado, o de abonar un precio fijo por los mismos, siendo la diferencia de valor que obtenga para el mismo, o la permuta, así lo refleja el fragmento atribuido a Paulo 32 ed., D. 19, 4,1,4, a cuyo tenor: "Igitur ex altera parte traditione facta si alter rem nolit tradere, non in hoc agemus ut res tradita nobis reddatur, sed in id quod interest nostra illam rem accepisse, de qua convenit: sed ut res contra nobis reddatur, conditioni locus est quasi re non secuta." "Así pues, una vez hecha la entrega por una de las partes, si el otro no quiere entregar la cosa, no reclamaremos que se nos devuelva la cosa entregada, sino nuestro interés en la propiedad de aquella otra cosa respecto a la cual se convino; pero para que se nos devuelva lo que dimos, tiene lugar la condición como por causa no correspondida".



mayoría de los preceptos sobre los contratos consensuales en los códigos modernos están destinados a regular la situación jurídica que se manifiesta en ese lapso de tiempo que media entre la perfección y la consumación del contrato. ...”. El profesor continúa explicando que por su estructura y génesis a partir de la entrega queda patente el origen crediticio de los “contratos reales”, y que las “*dationes*” que se hacen “*obligandi vel contrahendi causa*”, expresan un consentimiento recayente sobre el objeto de la “*datio*” y esa causa tipificada a partir de un esquema de bilateralidad genética sería materia contractual por más que estuviera ausente la correlación “*ultra citroque obligari*” en que el derecho clásico cifró la esencia del concepto de “*contractus*”. “...Las otras *dationes* que no admitan ser explicadas en clave contractual-real o serán “*donandi causa* o *solvendi causa*”. ...”. La doctrina conviene en calificar las figuras del comodato o el depósito, el préstamo de mutuo o la prenda como “contratos bilaterales imperfectos”, basándose en el hecho de que las obligaciones a cargo del que entrega la cosa solo surgen de forma eventual, si sucede el hecho que puede dar lugar a su nacimiento, generador de gastos o de daños de los que deba responder. Creemos que, en el caso de las *dationes no traslativas*, lo verdaderamente “especial” es que una de las partes reclama como propietaria o titular de un derecho real y la otra parte reclama como acreedora, pues puede hablarse en todo caso de bilateralidad desde el momento de la perfección del contrato, puesto que quien entrega la cosa responde por las eventualidades desencadenantes de derechos en favor del “*accipiens*”, según el título de entrega, o sea, queda obligado desde ese mismo momento. Dejamos el desarrollo de la acción contraria, objeto fundamental en nuestro estudio, para capítulos ulteriores de este trabajo. Lo que sí que ha de reconocerse, es que de esta realidad se deriva el hecho de no ser posible la “bilateralidad funcional” al tiempo de la constitución del contrato, es decir, al no quedar perfeccionado sino por la entrega del disponente, no cabe fundar el cumplimiento o no de la otra parte en el cumplimiento de las obligaciones de la primera<sup>108</sup>. Pero sí puede reconocerse una funcionalidad sinalagmática en el momento de la resolución, para fundamentar la negativa del detentador o poseedor a restituir la cosa por razón de la desatención de las obligaciones surgidas a cargo del “*dominus negotii*”, una de cuyas manifestaciones es la facultad de retener, según veremos.

#### IV. CONCLUSIONES PROVISIONALES DEL CAPÍTULO I.

---

<sup>108</sup> Vid. ASTUTI, G., *Deposito (storia)* ..., op.cit., p. 219, en que explica, a propósito del contrato de depósito, que “Una responsabilità del deponente poteva sorgere solo sucesivamente, per il sopraggiungere di circostanze occasionali: le sue obbligazioni, estranee alla natura típica dell negozio, debbono quindi considerarse come accidentali e non alterano la struttura di contratto unilaterale. In considerazione di questi ipotetici obbligazioni che possono mancare, gli interpreti calificarono il deposito come contratto bilaterale imperfetto: questa formula, di qui è superfluo notare l'improprietà solo il profilo dommatico, mirava tuttavia solo a sottolineare la possibilità di obbligazioni accidentali e secondarie ... non già ad affermare una nuova concezione dell rapporto, tale da determinare la inclusióne nella categoría delle contratti sinallagmatici, dal momento quelle obbligazioni bilaterali dell deponente non discendono in modo diretto dalla costituzione dell rapporto...”.

Como características propias de las impensas en el ámbito contractual, ha de destacarse que el derecho a su reembolso se supedita a las notas de voluntariedad<sup>109</sup> y autonomía de gestión y consiguiente responsabilidad de quien las efectúa, para exonerar del deber de reembolso o limitarlo en caso de que la atención no haya sido la adecuada o de que se persiguieran fines ilegítimos como el de imposibilitar la restitución de los importes dispuestos que no se revelen como necesarios, por su elevada cuantía, lo que se sanciona con la denegación del deber de indemnizar.

La nota de la necesidad y utilidad del gasto como criterio para el reembolso en el medio contractual se basa en la evaluación de la idoneidad virtual de la actuación desplegada para atender el interés ajeno gestionado. En el caso de los contratos típicos, su finalidad económico-social<sup>110</sup> constituye un importante criterio orientador para evaluar la adecuación del comportamiento de cada parte a lo convenido, sin perjuicio de los pactos especiales que pudieren haber alcanzado las partes. Se habla de la actuación “de buena fe”. La evaluación de idoneidad de la actuación, solo entra en juego de forma subsidiaria a la voluntad del dueño o su representante autorizado o legítimo, que, por su ratificación, puede validar cualquier tipo de inversión o iniciativa realizada en interés del dueño con plenos efectos; y en que el derecho de reembolso de quien actuó es pecuniario, sin que se cree una comunidad sobre los bienes sobre los que haya recaído la actuación ni que se contemple su *reparto como solución fuera de lo que las partes pudieren acordar. Este último acuerdo, como se considerará en la parte correspondiente del presente trabajo*, evolucionó en el sentido de evitar el abuso que puede suponer la apropiación del bien por deudas, con la prohibición del pacto comisorio, y la previsión de medidas con la intención de salvaguardar el remanente de valor del bien sobre el importe debido, que debe restituirse al deudor, sea por vía convencional de devolver el exceso de tasación, o por la vía de realización judicial del bien para repartir su precio. Frente a la apreciación del enriquecimiento basado en la titularidad, que está al traslado patrimonial producido, en forma de incremento o de pérdida, respectivamente -in quod pervenit-, el principio que rige en los contratos es el de la interdicción del enriquecimiento injustificado a costa de otro, conocido como locupletatio. Finalmente, ha de resaltarse que, a diferencia de la modalidad del enriquecimiento basada en la

---

<sup>109</sup> Vid. MÜLLER, K. *Der Anspruch auf Aufwendungsersatz im Rahmen von Schuldverhältnissen*, JZ, 1968, p. 769, ob. cit., quien destaca el parecer de la doctrina y jurisprudencia alemana de identificar la realización de gastos reembolsables como actuación esencialmente voluntaria, por contraposición al derecho de daños, señalando que “... Man begreift als Aufwendung jede freiwillige Aufopferung eines Rechtsgutes für einen besonderen Zweck ...”. Así lo expresan, según añade por nota, BLOMEYER, *Allgemeines Schuldrecht*, 1964, p. 62; ESSER, *Schuldrecht*, 1968, p. 126; FINKENTSCHER, *Das Schuldrecht*, 1965, p. 445, o LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, T.I, 1968, p. 196, o las Resoluciones Judiciales RGZ 75, 212 y RGZ 95,53.

<sup>110</sup> La finalidad económico-social se articula como “causa de los contratos” en los Códigos continentales modernos. En el derecho inglés, se maneja un concepto funcional denominado, desde BLACKBURN, “*consideration*”. Vid. GUZMAN BRITO, A. *La doctrina de la consideration en Blackstone y sus relaciones con la “causa” en el ius commune*, en la *Revista de Estudios histórico-jurídicos*, n° 25, Valparaíso, 2003, p. 375-406. BLANCH NOGUÉS, J.M., *Algunas reflexiones en torno al concepto romano y moderno del contrato*, ob. cit., p. 27, explica que la “*consideration*” se refiere siempre a un hecho futuro que se espera de la otra parte contratante, y que este hecho actúa como contraprestación, de modo ajustado al esquema “*quid pro quo*”.

titularidad, en la vía negocial se contemplan no solo los gastos ocasionados en una cosa determinada, sino también los necesarios para la obtención de un determinado propósito o resultado con relación a bienes determinados, como pueden serlo los correspondientes al transporte (lo hemos visto a propósito del contrato de depósito, cfr. *Pomp.* L I, 16 *ad Sab.*, D.16,3,12) o los de viaje necesarios para la gestión acordada (como hemos visto a propósito del contrato de mandato, cfr. *Ulp.* 31 *ed.*, D.17,1,10,9<sup>111</sup>).

---

<sup>111</sup> Vid. DOMÍNGUEZ PLATAS, J., *Enciclopedia jurídica básica*, Vol. II, Madrid, 1995, p. 3240, entrada “Gastos”, en que el autor restringe el término “impensas”, desde el Derecho Romano, a solo los gastos extraordinarios, destinados a conservar, reparar o aumentar el valor de la cosa y hasta embellecerla, y excluye de tal denominación los gastos ordinarios de producción y cultivo. Creemos poder afirmar, tras los fragmentos examinados y expuestos, que el uso de la expresión “impensas” era indistinto para cualquier tipo de gasto, y que su tratamiento jurídico, en cuanto a un eventual derecho a la restitución, estaba condicionado a la relación jurídica en cuyo marco se hubiera desplegado la actividad generadora del gasto. Puede establecerse el mismo paralelismo en la distinción alemana ya expuesta de las “Aufwendungen”, cualquier gasto con relación a una cosa, y la “Verwendung”, inversión que, en cierto modo, se incorpora al objeto que se ha beneficiado de la misma.



## **CAPÍTULO II: EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE CONTRATO DE DEPÓSITO DESDE LAS FUENTES ROMANAS.**

### **I. PLANTEAMIENTO.**

La jurisprudencia romana no se ha ocupado de definir el contrato de depósito, fiel a su metodología práctica orientada solo a la solución de conflictos puntuales, que ya hemos apuntado. Sí nos ha legado numerosos fragmentos y sentencias que han servido a la tradición posterior para singularizar el contrato de depósito frente a otros tipos contractuales, cuyo resultado se plasmó en las codificaciones modernas que han llegado hasta nuestros días. En el presente capítulo nos proponemos efectuar una aproximación al concepto de contrato de depósito y a la evolución experimentada por el mismo desde las fuentes romanas y, según veremos, de sus influencias de origen greco-oriental, hasta la actualidad, señalando a su vez los aspectos más relacionados con el tratamiento de las impensas o gastos en el mismo, que son el objeto de nuestro estudio.

Las necesidades que satisface la función de depósito o guarda de bienes ajenos que deben ser restituidos se ha sentido en cualquier cultura y sistema desde la antigüedad, si bien la doctrina romanística entiende que no se puede hablar de contrato hasta la concesión jurisdiccional de la acción de buena fe de depósito. Esta articulación no se produce en el Derecho Romano hasta la época clásica, aproximadamente desde el S. II a. C., a la par que el nacimiento de los contratos en general. Tenemos previsto dedicar un capítulo propio a la defensa procesal del depositario y su evolución. En este capítulo nos limitaremos a aclarar que no todos los casos de depósito son contratos y que, aún después de la conceptualización como acción de buena fe de los depósitos concertados, han persistido simultáneamente otras situaciones de depósito con sus medios procesales propios, como las acciones *"in factum"*. No se consideran contrato las situaciones de depósito que se generan cuando la entrega de la cosa que debe custodiarse se produce con motivo de algún incendio, ruina, naufragio u otra calamidad pública, catalogadas como "depósito necesario". Tradicionalmente, se ha considerado como situación de depósito necesario también la de los efectos introducidos por los viajeros en medios de transporte o en casa del hospedero, mesonero o fondista, si bien se trata de una situación íntimamente vinculada a la relación contractual de hospedaje o transporte que la genera y asimilada a la misma en muchos aspectos de su reglamentación, por lo que se aludirá a la misma.

Las propuestas de "softlaw"<sup>112</sup>, entre ellas, los "PECL" -"*Principles of European*

---

<sup>112</sup> Vid., a tal efecto, el elenco que efectúa DE ANGEL YAGÜEZ, R., *Derecho de obligaciones en*

*Contractual Law*"- y el "Borrador del Marco Común de Referencia, abreviadamente, BMCR, -"Draft Common Frame of Reference", o "DCFR" en sus siglas en inglés- auspiciadas desde las Instituciones Europeas para la armonización del derecho privado de los Estados miembros están impulsando una actualización del derecho de contratos un tanto anquilosada en las codificaciones modernas, con el fin de favorecer el mercado interior. Este objetivo se persigue como complemento a la introducción de los parámetros de unificación de estándares en materia de su competencia como la defensa de los consumidores y usuarios. El BMCR se ocupa específicamente de una propuesta de regulación del contrato de depósito, y lo configura como una modalidad de la institución del "contrato de servicios", más próxima al arrendamiento en su regulación, frente a la tradición de múltiples códigos de países miembros de la Unión Europea, entre ellos el español, en los que el contrato de depósito es objeto de una regulación autónoma y singular. Hemos intentado indagar en los presupuestos que hacen posible la conversión del contrato autónomo de depósito en una modalidad del nuevo "contrato de servicios" desde una metodología de integración, o "*Dogmengeschichte*".

## II. FUENTES ROMANAS DEL CONTRATO DE DEPÓSITO.

Enumeramos, como fuentes prejustinianas que recogen el depósito, la primicia Ley romana de las XII Tablas (S. Vº a. C.), en que no se contempla el depósito como contrato, sino como un delito privado por quebrantamiento de custodia, en el caso de que el depositario no restituyera las cosas depositadas, en la tabla VIII, Ley 19, para sancionar con un deber de indemnizar por el duplo, discutiéndose si esta sanción era solo aplicable al caso del depósito necesario, producido por alguna calamidad<sup>113</sup>, y, en cualquier caso, de forma prácticamente objetiva, sin considerar la concurrencia de dolo o culpa en el mismo, conceptos que se perfilan en la evolución procesal posterior por la Ley *Aquilia*, que se data en el año 286 a. C., y en los procedimientos *Europa*. Algunos rasgos de la evolución en las dos últimas décadas, Hospitalet de Llobregat, 2013, pp. 19-44, en que, además de una recopilación bibliográfica, recoge los proyectos europeos producidos hasta la fecha en materia de unificación de contratos, así, el *Contract code*, de Mc. Gregor; los Proyectos *Catalá*, *Terré*, y otros posteriores franceses, la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del derecho de obligaciones y contratos* española de 2009, y, en cuanto a proyectos supranacionales, los *principios de derecho contractual europeo (PECL)*; *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad civil (PETL)*, el *Código de Pavía o Proyecto Gandolfi*, el *Borrador del Marco Común de Referencia (DCFR)* y el documento titulado *Normativa Común de Compraventa Europea*. Todo ello debe entenderse sin perjuicio de proyectos de ámbito superior al Europeo y de vocación universal como, sin ánimo exhaustivo, la *Convención de Viena* de 11 de abril de 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías, el *Convenio de Capetown* relativo a garantías sobre bienes muebles, o las *normas UNIDROIT*. Respecto del Proyecto de Pavía, Vid. VALIÑO ARCOS, A., *Observaciones preliminares sobre el Proyecto Gandolfi. Hacia la consecución de un Code Européen des Contrats*, en *Derecho Patrimonial Europeo*, Coord. Guillermo Palao Moreno, Lorenzo Prats Albentosa y María José Reyes López, Cizur Menor, 2003, p. 383-402.

<sup>113</sup> Vid. EVANS-JONES, R., *The action of the XII Tables "ex causa depositi"*, en *Labeo* III, 1988, p. 188 ss.

formularios. Podemos añadir a este primer hallazgo múltiples pasajes de las Instituciones de Gayo, algunas previsiones del libro "*De agricultura*" de Catón, el título X de la *Collatio*, y diversos hallazgos en tablas de cera, tales como la tabla pompeyana 28<sup>114</sup> y las tablas 7, 15, 16 y 44 de Pozzuoli (Pompeya) y documentos epográficos de las llamadas "parakathekas" griegas y orientales<sup>115</sup>. También se han encontrado referencias a la figura del depósito en fuentes retóricas de Cicerón y algunas comedias de Plauto<sup>116</sup>. No obstante, el grueso de los textos de que disponemos se encuentran en las fuentes justinianas del Digesto, las Constituciones y las Novelas. En el Digesto, cabe destacar el título 3 del Libro XVI, rubricado "De la acción de depósito y la contraria", si bien también ha de tenerse en cuenta el título 2 del Libro III, "sobre los tachados por infamia", el título 9 del Libro IV, "Que los navieros, mesoneros y estableros restituyan lo que asumieron bajo su custodia", fragmentos del libro XVII, "de la acción de mandato y la contraria", del Libro XIX, título 2, "de la locación-conducción", del título 6 del Libro XIII, "del comodato", títulos 5 y 6 del libro XVIII, "de la rescisión de la venta y cuándo es lícito desistir de la compra" y "de los riesgos y ventajas de la cosa vendida", y, por diferenciación con estos tipos contractuales, el título II del Libro XLVII, relativo a la acción de hurto, y los relativos a definiciones y derecho antiguo, títulos 16 y 17 del Libro L, aparte de algunos fragmentos de otros títulos donde se mencionan supuestos de depósito de forma más dispersa.

Ulpiano recoge los elementos caracterizadores de la figura del depósito en Derecho Romano al hilo del fragmento del libro 30 *ed.*, D.16, 3, 1, pr., a cuyo tenor:

---

<sup>114</sup> Vid. MACQUERON, J.: *Un commerçant en difficulté au temps de Caligula, Études A. Jauffert*, Aix-en-Provence, p. 507 y s., y *Deux contrats d'entrepôt du Ière siècle p. J.C. (Tab. Pomp. 7 et 44)*, *Études P. Kayser*, Aix-en-Provence, 1979, p. 199-212; MARRONE, M., *Tab. Pomp. 28: Un interesante documento in tema di sequestro*, *Studii Sanfillippo III*, Milano, 1983, p. 413 y ss; BOVE, L., *Documenti di operazioni finanziarie dall'archivio dei Sulpici, Tabulae Pompeianae di Murecine*, Nápoles Liguori Editore, 1984. SERRAO, F., *Minima de Diogneto et Hesico, gli affari di due schiavi a Pozzuoli negli anni 30 D.C., Sodalitas, Scritti in onore di Antonio Guarino*, 7, Napoli, Iovene, 1995, p. 3605 y ss.

<sup>115</sup> Vid. WALTER, T., *Die Funktionen der "actio depositi"*, (*Freib. Rechtsg. Abhandlungen, NF 65*), Berlin, 2012, p. 396-402.

<sup>116</sup> Cfr. EVANS-JONES, *The actio of the XII Tables ex causa depositi*, *Labeo* 34, 1988, p. 204 y ss., quien recoge testimonios de las prácticas bancarias hallados en las novelas de Plauto "*depositum*" parece tener un significado técnico propio en "Bacch." v. 306 "*Nos apud Theotimum omne aurum deposimus*" (Vid. VIDAL, *Le dépôt in aede*, *RHD*, 1965, 545 y ss.), en que señala como práctica frecuente el depósito de dinero en un sacerdote del templo). También está el caso del banquero, y son subsumibles en el caso de ofrecimiento para ser depositario, "*Curculio*", que ilustra el depósito de dinero entre Therapontigonus y el banquero Lyco, que intenta recuperar: *Curc.* 536: "*Num nisi tu mihi prope dare eam triginta minus quos ego apud te deposuivi, vitam prospera ponere.*" Y el caso del uso del dinero: Quintus Mucius, "*De Iure Civili*": "*Aulus Gellius 6.15.12, "Itaque Q. Scaevola librorum quos de iure civili composuit verba haec posuit: quod qui servandum datum est, si id usus est, sive quod utendi accepit ad aliam rem atque accepit usus est, furti se obligavit."* o "*custodelam concredere*": "*Aulularius*". vv 67, "*sed mi avos huius obsecrans concredidit thesaurum auri clam omnis*" o "*Maenachmi*" v.688-9: "*Nimis stulte dudum fecit, quom marsupium Messenioni cum argento concredidi.*"

*“Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo, quod proponitur, praepositio enim de auget depositum, ut ostendat totum fidei eius commisum, quod ad custodiendam pertinet.”*

Este fragmento define el depósito como "lo que se dio a alguien para guardar"; se llama así porque se “pone”, ya que la preposición “de” intensifica lo <”puesto”> para mostrar que está encomendado a su lealtad todo lo que se refiere a la custodia de la cosa”. El contenido del negocio jurídico que contemplamos sugiere la representación mental de “dejar”, “descargar”, “renunciar”, “poner a salvo”, “colocar”, “abandonar” y refleja el aspecto físico y abstracto de la acción, a partir de la partícula “de” indicativa de origen y el verbo “ponere”, que la expresión “custodia”, tiene una acepción vulgar, referente a la conservación de la cosa, que denota cierta potestad sobre la cosa, y que suele ir aparejada de un cierto tipo de responsabilidad y diligencia, que reflejan expresiones como: “cura rei quam debitor creditore praestare debet”, y la expresión “idem valet quam diligentia in custodiendum”, expresiones que se reflejan en el pasaje *Ulp. 30 ed., D.16,3,1,35: "et si se quis deposito obtulit, idem Iulianus scribit periculo se depositi illigasse, ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos"*. “si alguno se ofreció para el depósito ...se obligó al riesgo del depósito, pero no solamente por dolo, sino también por culpa y por custodia, aunque no por los casos fortuitos”. Y el fragmento de *Gai III, 207, “Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non praestat tantumque in eo ob obnoxius est ...”* “El depositario, en cambio, no responde de la custodia, sino únicamente si hace algo en la cosa con dolo malo...<sup>117</sup>”.

### **III.- EL CONTRATO DE DEPÓSITO EN DERECHO ROMANO.**

#### **A.- Ámbito objetivo del contrato de depósito en derecho romano.**

Destacamos, en este apartado, algunas características diferenciadoras de este tipo contractual en el Derecho Romano:

1.-Tiene por objeto las cosas muebles, lo que se ha argumentado por no considerar posible el deber de custodia respecto de bienes inmuebles, ni la colocación de las cosas en lugar adecuado ni su transporte, que, según se contempla, por ejemplo, en el pasaje *D. 16,3,12 y 1. "... el depósito debe ser restituido en aquel lugar en que se halla*

<sup>117</sup> Vid. PANERO GUTIÉRREZ, R., "Deponere" y "reddere" en la "actio depositi in factum", Barcelona, 1989 y . *El depósito*, en *Homenaje al Profesor Murga Gener*, Madrid, 1994, p. 257 y ss. El autor considera que esta definición es más precisa que la contenida en la "Collatio", fr. 10.7.2 "Depositum est quasi diu positum. Servandum est quod ad breve tempus custodiendum datur." y METRO, M.A., *L'obbligazione di custodire nell diritto romano*, Milano, 1966, p. 84, nt. 195, concluye que la custodia supone la atribución de ciertas funciones de vigilancia en defensa de determinados intereses. Así, se emplea la expresión "custodia" cuando el pretor concede esta facultad cautelarmente por el daño temido por no haberse prestado fianza (*D. 41, 2, 3, 23*) o cuando se conceden determinadas facultades al acreedor (*D. 36,4,5, pr. , D. 41,5,2, pr. ó D. 10,4,5,1*). Seguimos en esto a CORNIOLEY, P., *Due aspetti poco noti della custodia, Letture, Labeo*, 15, 1969, p. 205-207.



sin dolo malo del depositario, y no interesa el lugar donde se depósito. Lo mismo hay que decir generalmente en todos los juicios de buena fe. ...) y el pasaje D. 50, 16, 22, al delimitar la idea romana de "restitución" refuerza el hecho de estar presuponiendo una cosa mueble al prever la "presentación" de la misma<sup>118</sup>.

2.-Las cosas objeto del contrato de depósito han de ser susceptibles de identificación, por el deber de restituir la misma cosa recibida, pero no obsta para que sea objeto del contrato de depósito una cosa fungible por su naturaleza si se trata como infungible en el negocio, por las prevenciones para identificar los bienes depositados. Como veremos en el capítulo V, a propósito del depósito en el templo o ante el pretor el pasaje de Ulpiano, 30 *ed.*, D. 16,3,1, 36, ilustra un caso de depósito de dinero en bolsa cerrada, por consiguiente, de cosa que por su identificación deja de ser fungible. El fragmento *Ulp.* 30 *ed.*, D.16, 3, 1, 40, recoge los requisitos para depositar cosas fungibles, dice:

*"Si quis argentum vel aurum depositum petat, utrum speciem an et pondus complecti debeat? Et magis est, ut utrumque complectatur, scyphum forte vel lancem vel pateram dicendo et materiam et pondus addendo. Sed et si purpura sit infecta vel lana, pondus similiter adiciendum salvo eo, ut, si de quantitate ponderis incertum est, iuranti succurratur."*

Nos aclara este fragmento que es preciso indicar el peso, número y medida de las cosas depositadas y también la especie y calidad, para poderlas reclamar en su día. La acción, en este caso, habría que considerar que no puede ser una acción reivindicatoria, por faltar los elementos para la perfecta identificación de la cosa depositada, sino que cabría pensar en la "*condictio*" para reclamar su equivalente.

3.- Se admite la "*traditio brevi manu*". Se recurre a la ficción de que el propietario queda como depositario de sus propias cosas cuando son dadas en garantía de algún préstamo u obligación. El fragmento de Florentino 8 *Inst.*, D.13,7,35, pr., y 1 atestigua esta técnica, si bien se habla del uso de las cosas en calidad de precarista o de arrendatario, se ha recurrido también a la ficción de que el dueño pignorante queda como depositario de sus propios bienes<sup>119</sup>:

<sup>118</sup> Vid. DOMINGO DE MORATÓ, D.R., *El derecho civil español con las correspondencias del romano, tomadas de los Códigos de Justiniano, y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones del Digesto Romano Hispano de D. Juan Sala*, Valladolid, 1877, Reed. Pamplona 2002, § 1723.explica que, si se depositase una cosa raíz, habría aún un verdadero contrato productivo de derechos y obligaciones; pero solo impropriamente podría llamársele depósito y, en buenos principios, se le habría de calificar de mandato, siendo gratuito o de locación de servicios, si se hubiese estipulado paga o salario, debiendo entonces fijarse sus efectos por las reglas de dichos contratos, basándose en la L. 2ª, tít. 3 Part. Vª. Algunos Códigos sí consideran depósito el contrato que tiene por objeto la custodia de bienes inmuebles, como el Código Civil Portugués en su artículo 1855, o el Código Veleziano de la República Argentina de 1869 en su artículo 2182, hoy sustituido por el Código Civil y Comercial de la Nación, L. 1795/2014. También admitían el depósito de cosas inmuebles algunos textos históricos españoles, como las Partidas de Alfonso X El Sabio. La mayoría de los Códigos europeos, como el francés, el italiano o el español y también el DCFR circunscriben el ámbito del contrato de depósito a los bienes muebles, según veremos.

<sup>119</sup> Cfr. las explicaciones del preámbulo de la Ley española de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin

*"Cum et sortis nomine et usurarum aliquid debetur ab eo, qui sub pignoribus pecuniam debet, quidquid ex venditione pignorum recipiatur, primum usuris, quas iam tunc deberi constat, deinde si quid superest sorti accepto ferendum est: nec audiendus est debitor, si, cum parum idoneum se esse sciat, eligit, quo nomine exonerari pignus suum malit.1. Pignus manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem: potest tamen et precario et pro conducto debitor re sua uti"*.

“La prenda, dejando a salvo la propiedad del deudor, transfiere al acreedor solo la posesión; no obstante, puede el deudor usar de lo que es suyo como precarista o como arrendatario.” Este avance permitió que las cosas dadas en prenda no hubieran de entregarse al acreedor, y evitar que el deudor quedara privado de sus instrumentos de trabajo, y que, con ello se redujera su capacidad productiva y posibilidades de atender el crédito contraído, y es la forma propia de la afición de los instrumentos de labranza del "colono" para con el fisco, por medio de una hipoteca tácita, como explicamos en otras sedes de este trabajo. Constituye un antecedente de la prenda sin desplazamiento de posesión<sup>120</sup>.

desplazamiento de 16 de diciembre de 1954 al respecto, conforme a la cual: "En la regulación de la prenda se han tenido en cuenta los juicios adversos a la ficción del depósito en cosa propia, que han sido objeto de especial estudio, y se ha considerado que esta figura no es propiamente un depósito, sino una especial situación del deudor, análoga en algunos puntos a la del tercero depositario, pero siempre distinta con arreglo a la naturaleza de las cosas. Sin embargo, se ha mantenido la ficción del depósito, por ser tradicional en nuestro Derecho y por ser el medio quizá más expresivo de determinar dos aspectos de excepcional importancia en la prenda sin desplazamiento: la singular relevancia que en ella tiene la persona del deudor y la más enérgica responsabilidad de éste por actos que dificulten o impidan el ejercicio de los derechos del acreedor. Se sujeta al deudor a todas las obligaciones y responsabilidades civiles y penales inherentes a la cualidad de depositario."

<sup>120</sup> Tal vez sea ésta la figura jurídica que está considerando SAN ISIDORO DE SEVILLA (S. IV d. C.), *Orígenes*, 5,25,19, al referirse a la "prenda temporal" cuando define el depósito: "*Depositum est pignus commendatum ad tempus, quasi diu positum*". El preámbulo de la actual ley española de Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento, Ley de 16 de diciembre de 1954, dice en el epígrafe "necesidad de la reforma", que "... la doctrina científica puso de relieve los graves inconvenientes de la privación al deudor de la posesión de la prenda sobre todo en cosas muebles de gran valor destinadas a fines agrícolas o industriales; el desplazamiento de la posesión es perjudicial para el deudor, al privarle de bienes adecuados; para la economía nacional al paralizar elementos de trabajo y de producción y, con ellos, fuentes de riqueza; y aun para el propio acreedor al disminuir la capacidad económica del deudor y la posibilidad de hacer frente de un modo normal a sus obligaciones. La experiencia demostró que la prenda iba quedando reducida a cosas meramente suntuarias, por ser ineficaz respecto de cosas necesarias para el trabajo del hombre; y cuando la necesidad obligaba a pignorar estas últimas, los funestos resultados prácticos de la garantía hacían patente la necesidad de otra figura jurídica que salvara sus inconvenientes. ..." Y configura la configuración técnica aceptada para la hipoteca mobiliaria y para la prenda sin desplazamiento de posesión, en los bienes que se sujetan a la garantía, en la extensión dada a ésta en algunos casos, en la regulación formal y registral de la nueva figura jurídica —que lleva a la creación de un Registro público para estos gravámenes (añadimos que respecto de bienes cuyas características lo permiten, en otro caso, se recurre a la reserva de dominio y la prenda sin desplazamiento de posesión) —, en el desenvolvimiento del derecho real durante su existencia antes de llegar el momento de su ejecución, en su repercusión obligada respecto de terceras personas, en su desarrollo procesal, y, en fin, en la determinación de los derechos de preferencia y persecución típicos de todo derecho real y de tal dificultad en esta forma de garantía que han sido el obstáculo, hasta ahora insuperado, para la perfecta eficacia de los intentos legislativos sobre la materia."

## B.- Contenido del contrato de depósito.

### B. 1.- Consideraciones acerca de la gratuidad del contrato de depósito.

Comenzamos el apartado relativo al contenido del contrato con la exposición de nuestras reflexiones acerca de la gratuidad con que se lo caracteriza:

Los fragmentos del Digesto Ulp. 30 ed., D. 16, 3, 8 y 9, diferencian entre el contrato de depósito y el arrendamiento en función de que la actividad sea o no retribuida<sup>121</sup>. Los elementos diferenciales de la calificación de la entrega de bienes y derechos para su conservación y restitución como "contrato de depósito" o como "*locatio-conductio*" en las fuentes romanas, permiten apreciar que el factor de onerosidad de la "*conductio*" frente al factor de gratuidad predicado del contrato de depósito, es más consecuencia que causa determinante de esta distinción. Creemos que el elemento de la onerosidad es solo uno de los factores que diferencian ambos tipos contractuales, y que lo que se está considerando son realidades que obedecen a condicionamientos y presupuestos diversos. A la vista de las fuentes, consideramos defendible que el depósito propiamente dicho venga referido al que se produce en el ámbito doméstico o de forma desinteresada y que se habla de "*locatio-conductio*", o "acción de palabras prescritas" o de otro tipo contractual, cuando la custodia de efectos obedece a una situación externa a la familia u organizada del sujeto que desempeña dicha actividad. Nos remitimos a nuestro trabajo precedente "*Antecedentes romanos del depósito*

---

<sup>121</sup> Cfr. Ulp. 30 ed., D. 16, 3, 1, 8: "*Si vestimenta servanda balneatori data perierunt, si quidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri et dolum dumtaxat praestare debere puto: quod si accepit, ex conducto*". "Si se perdieron los vestidos dados al encargado de unos baños para que los guardase, si no recibió merced alguna por guardar los vestidos, se obliga por la acción de depósito, y creo que solo debe responder del dolo; pero sí, si recibió merced, por la acción de conducción." El fragmento de Ulp. 30 ed., D. 16, 3, 1, 9 prevé que: "*Si quis servum custodiendum coniecerit forte in pistrinum, si quidem merces intervenit custodiae, puto esse actionem adversus pistrinarium ex conducto: si vero mercedem accipiebam ego pro hoc servo, quem in pistrinum accipiebat, ex locato me agere posse: quod si operae eius servi cum custodia pensabantur, quasi genus locati et conducti intervenit, sed quia pecunia non datur, praescriptis verbis datur actio: si vero nihil aliud quam cibaria praestabat nec de operis quicquam convenit, depositi actio est*." "Si alguno para guardar a un esclavo lo hubiese metido acaso en una tahona, y medió precio por la custodia, creo que tiene lugar la acción de conducción contra el tahonero; pero si yo recibía merced por este esclavo que él admitía en la tahona, puedo demandar con la acción de locación; porque si el trabajo de este esclavo se compensaba con la custodia, media una especie de arrendamiento, pero como no se entrega dinero se da la acción de palabras prescritas; si no se proporcionaban nada más que los alimentos y nada se convino sobre el trabajo, hay acción de depósito." Los fragmentos de las Instituciones de Gayo, III, 142 y 143, la Constitución 4, 35, 17 de Diocleciano y Máximo y el fragmento de Papiniano D. 17,1, 53, 6 apuntan como diferencia la de la certeza de la fijación previa de la contraprestación, sin lo cual no cabe hablar de arrendamiento, pero sí, al parecer, de depósito, si estamos al fragmento de Papiniano 10 *quaest.* D, 25, 1, 52 pr., a cuyo tenor: "No es posible contraer un arrendamiento sin precio cierto pero sí un depósito sin estimación", lo que reconduce a la forma de constitución.

*mercantil*<sup>122</sup>", del cual, no obstante, recogemos los principales argumentos. Reconducimos esta situación nuevamente al fundamento de la propiedad privada en torno a la que se edifica el Derecho Romano, y al hecho de que el "*paterfamilias*" percibe los frutos del trabajo suyo y el de sus personas dependientes, sean "*sui*" o esclavos<sup>123</sup>, en concepto de dueño. Es por ello que fijar la onerosidad de sus percepciones intrafamiliares, sería admitir relaciones jurídicas consigo mismo, lo que no prevé la jurisprudencia romana. Es éste el sentido que atribuimos a los fragmentos de *Iul. 13 dig.*, D.16,3,15:

*"Qui rem suam deponi apud se patitur vel utendam rogat, nec depositi nec commodati actione tenetur: sicuti qui rem suam conducit aut precario rogat, nec precario tenetur nec ex locato."*

"El que consiente que se le deposite su propia cosa o la pide para usarla, no se obliga ni por la acción de depósito ni por la de comodato, lo mismo que el que toma en arriendo una cosa suya o la pide en precario ni se obliga por el precario ni por la acción de locación." E igualmente, el fragmento del comentario al edicto 30 de Ulpiano, D. 50, 17, 45, pr., conforme al cual:

*"Neque pignus neque depositum neque precarium neque emptio neque locatio rei suae consistere potest."*

Este último fragmento entronca en los mismos comentarios al edicto que constituyen la mayor parte de los de Ulpiano en el edicto relativo a la acción de depósito, el Edicto 30, y nos dice que ni la prenda, ni el depósito, ni el precario, ni la compra ni el arrendamiento pueden versar sobre un objeto propio.

En principio, las relaciones puramente intrafamiliares, quedan relegadas al ejercicio de la potestad doméstica, sin que se hubieran articulado acciones judiciales para remediar las responsabilidades que pudieran surgir entre la persona dependiente,

<sup>122</sup> Vid. LLACER BOSBACH, A.M., "*Antecedentes Romanos del Depósito Mercantil*", estudio expuesto en el *XXIII Congreso Iberoamericano y XX Congreso Internacional de Derecho Romano*, Oporto, 2018, pendiente de publicación en actas.

<sup>123</sup> Vid. FIORI, R. *La definizione della locatio-conductio. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, p. 49. Este autor constata que el tratamiento de la "*merces*", en los formularios catonianos a Quinto Mucio se asimila a los frutos, por lo que corresponden al "*dominus*" o persona que tenga derecho a los frutos, lo que conduce a justificar el establecimiento de una "*merces*" o precio para el caso de que la prestación se desempeñe en interés ajeno al de dicho "*dominus*", como rendimiento derivado del derecho de propiedad o derecho real, como el usufructo, o, en su caso, por medio de una deuda fundadora de la cesión de disfrute. Aduce las sentencias de *Gai* 6 ad. Leg. XII Tablas, por ejemplo, los fragmentos D. 22, 1, 19, pr.: "... Por lo demás cree Galio Elio que, si se reclaman vestidos o una vasija, debe computarse en el usufructo lo que hubiera podido cobrarse como un alquiler si se hubieran dado en arriendo"; *Ulp.* 15 ed., D. 5,3, 29: "Claro que las rentas cobradas de los colonos tienen la consideración de frutos. Los servicios de los esclavos también serán de la misma condición que las pensiones, e igualmente, lo que se obtenga de los transportes con embarcaciones y caballerías". El devengo de intereses cuando el que no es dueño está autorizado a servirse de los capitales entregados o se sirve de los mismos -caso que se matiza entre otros muchos en los fragmentos D. 16, 3, 24, y D. 16, 3, 26, 1- también se fundamenta en la idea de asimilación a los frutos. En sentido técnico, el fragmento de *Iavoleno*, D. 50, 16, 121, excluye que se trate de frutos al no generarlos la cosa misma.

esclavo, hijo de familia no emancipado o liberto obligado con su señor. El esclavo no tiene reconocida capacidad para ejercitar acciones, así resulta del fragmento de Ulp. 7 *disp.* D. 44, 7, 14. Sin embargo, el hijo de familia, sí puede ejercitar la acción de depósito, al menos, <<*in factum*>>. Así resulta de Ulp. 17 *ed.*, D. 16, 3, 19<sup>124</sup>:

*"Iulianus et Marcellus putant filium familias depositi recte agere posse."*

Tales relaciones domésticas pueden surgir además primordialmente por la constitución de un peculio por el "*pater-familias*" a favor de un hijo o hija o de un esclavo, puesto que genera un patrimonio diferenciado con imputación activa y pasiva de haberes. La acción de peculio, tratada en los Libros 14 y 15 del Digesto, conocidas como "acciones adyecticias" da lugar a compensaciones y excepciones durante su vigencia, pero, a su extinción<sup>125</sup>, por emancipación del hijo de familia y aún por el caso del esclavo manumitido, algunos fragmentos jurisprudenciales permiten sostener que se hacen exigibles las acciones latentes. Podemos citar a tal efecto el fragmento de Paulo 60 *ed.* D. 16, 3, 21:

*"Si apud filium familias res deposita sit et emancipatus rem teneat, pater nec intra annum de peculio debet conveniri, sed ipse filius."*

---

<sup>124</sup> Cfr. Paul. 9 *ad Sab.*, D. 44, 7, 9 y Ulp. 1 *disp.*, D. 44, 7, 13. 5. Vid. BURILLO LOSHUERTOS, *Las fórmulas de la "actio depositi"*, SDHI, 28, 1962, p. 289 y s. En las p. 283 y 284 expresa el parecer de que los comentarios de Ulpiano al Edicto 30, que constituyen gran parte de la jurisprudencia que recoge el título 16, 3 del Digesto, contemplan la acción "*in factum*" formulada en *Gai*, IV, 47, mientras los comentarios "*ad Sabinum*", aún cuando este último jurisconsulto no fuera consciente de ello, considera que contemplan la fórmula "*in ius*", que se nos ha legado en el mismo fragmento de las Instituciones de Gayo, y que se corresponde con la fórmula propiamente contractual.

<sup>125</sup> El estudio de las acciones adyecticias excede de los objetivos y posibilidades del presente trabajo. Solo diremos que El título XVIII, rubricado "*Quod cum magistro navis, institore eove, qui in aliena potestate erit, negotium gestum erit*", aproximadamente contemporáneo al anterior, plasma un desarrollo singular del Derecho de familia romano, y recoge acciones específicas, - las "acciones adyecticias"-que presentan la especialidad de permitir que juntamente con el gestor, fuera demandado por la actuación del primero el "*dominus negotii*", cualidad que correspondía al "*pater familias*", en reclamación de aquéllo en que se hubiera enriquecido, salvo el caso en que quedara demostrado que el esclavo, "*filius*" o "*sui*" había actuado con su autorización o "*iussum*", en que la responsabilidad del "*pater familias*" era plena, como si se hubiese contratado directamente con él. Podemos ver reflejada esta explicación en el Ulp. 29 *ed.*, D. 15, 3, 1 pr., y Ulp. 29 *ed.*, D. 15, 4, 1, pr. Los fragmentos enunciados permiten diferenciar los diversos efectos que producían en la esfera jurídica del "*dominus negotii*" las actuaciones negociales concertadas en Roma por las personas dependientes del mismo, en función de su grado de aquiescencia y conocimiento de la actuación realizada, según hemos señalado. La "*actio de in rem verso*" y la "*actio quod iussu*" constituyen un reflejo gráfico de la organización patriarcal de los primeros tiempos. Puede describirse como una "organización económica vertical", acaso, salvando las distancias, como una embrionaria estructura empresarial, por contraste con los "contratos de buena fe", regidos por los procedimientos del mismo nombre, que se agrupan en el Título XIX del Edicto Perpetuo, según su reconstrucción, reguladores de relaciones económicas entre sujetos de pleno derecho. Podríamos describir la organización económica subyacente a estos últimos por contraposición a las relaciones adyecticias del Título XVIII, como "organización económica horizontal".

*1. Plus Trebatius existimat, etiamsi apud servum depositum sit et manumissus rem teneat, in ipsum dandam actionem, non in dominum, licet ex ceteris causis in manumissum actio non datur".*

Destacamos que es el hijo de familia emancipado y no el "*pater-familias*" el responsable de los bienes retenidos después de la emancipación, lo que Trebacio hace extensivo al esclavo manumitido. Respecto del "*paterfamilias*" entraría en consideración la acción anual de peculio, que sigue a la extinción de la situación de sumisión<sup>126</sup>.

La onerosidad resulta conectada además con la responsabilidad por culpa y por custodia, así se aprecia en el caso de la estipulación de una "*merces*", se puede apreciar en - Alf. 5 dig., D. 19, 2, 31:

*"... sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori et ideo supervacuum esse iudicium oneris aversi. Sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam dumtaxat debere (nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi) neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius condicionem faceret quam ceterorum".*

"... El arrendatario responde solamente de la culpa (pues en el negocio que se contrae por causa recíproca de los dos contratantes, se responde de culpa) ... ". la sentencia Gai 5 ed. prov., D. 19, 2, 40<sup>127</sup>:

*"Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat".*

Como vemos, la existencia de un pacto de retribución por el servicio de custodia de cosas ajenas genera la presunción de la asunción de los riesgos de pérdida o deterioro de la cosa<sup>128</sup>.

Nos centramos en primer lugar en los derechos que del contrato nacen en favor del depositante y después en los derechos que asisten al depositario.

## B. 2 -Derechos del depositante:

Enumeramos el derecho a la restitución, el derecho a la exhibición y el derecho a la custodia de la cosa depositada. Nos centramos en primer lugar en el deber de restitución y exhibición y solo después en la obligación de custodia por seguir un

<sup>126</sup> Vid. el título D. 15, 2, "Sobre la acción anual de peculio".

<sup>127</sup> Sin embargo, se explica a propósito del naviero (D. 4, 9, 3), entre otros fragmentos, que también responden por los riesgos de custodia aunque no se les retribuya por ello, sino por sus servicios. Cfr. los comentarios de SOLAZZI, *La responsabilità del comodatario nelle Istituzioni di Gaio, Scritti di diritto romano*, T. V. Napoli, 1947-1956, p. 364, quien critica esta contradicción de Gayo con el fragmento D. 19, 2, 40, y los de las Instituciones de Gayo, III, 204- 207. El autor supone interpoladas las Instituciones.

<sup>128</sup> Vid. VOICI, P., *Diligentia, custodia, culpa, I dati fondamentali*, SDHI, 96, 1990, p. 29-144.

orden cronológico en la génesis de la figura del depósito. Según hemos expuesto, las fuentes de origen helenístico, en su perspectiva real patrimonial, contemplan la devolución como obligación de dar atendiendo solo al resultado, y se refleja mayormente en las sentencias romanas relativas a los casos de custodia de navieros, hospederos y estableros y transporte, que hemos señalado como derivadas en su origen de las relaciones del edicto IX, "*de receptis*", según veremos cuando nos ocupemos de esta figura. En los derechos precedentes, lo que el depositario tuviera que hacer para obtener el resultado exigido, que es la actividad de custodia, queda englobado en la exigencia de restituir de forma íntegra y no es contemplado por el Derecho, que atiende solo al resultado e impone una responsabilidad objetiva a quien no puede cumplimentar la devolución o no puede efectuarlo de forma íntegra. Se debe a la evolución romana el cambio de visión hacia una perspectiva de una actividad a desplegar por el depositario, u obligación de hacer, y el abandono de la perspectiva de ser la de depósito una obligación de resultado para centrarse en la actividad de custodia. Esta última perspectiva conlleva una modulación de la responsabilidad atendiendo a la imputabilidad del depositario y grados de exigencia, como la responsabilidad solo por dolo que veremos que corresponde en el depósito contractual gratuito, a definir los supuestos asimilados a ésta y los supuestos en que se amplía la responsabilidad a la culpa, y aún al caso fortuito, y a la exclusión tajante en caso de fuerza mayor.

a.- El epígrafe del D. 50, 16, 22, 4, atribuido al Edicto Provincial de Gayo, señala a propósito del deber de restituir que:

*"Gaius libro quarto ad edictum provinciale. "Plus est in restitutione, quam in exhibitione: nam "exhibere" est praesentiam corporis praebere, "restituere" est etiam possessorem facere fructusque reddere: pleraque praeterea restitutionis verbo continentur".*

"<Restituir>, nos dice el fragmento, que es más amplio que <exhibir>, pues <exhibir> es presentar una cosa y restituir es también hacer poseedor y dar los frutos, aparte de otras muchas cosas más que comprende la palabra <restituir>." De sus notas podemos derivar que el Derecho Romano contempla la restitución como una exigencia de mantener la integridad de la cosa depositada<sup>129</sup>, pues la restitución de la

---

<sup>129</sup> Respecto de la integridad de la cosa, el pasaje de Paulo 7 *ed.*, D.50,16,14, nos dice que: "Labeón y Sabino opinan que devolver un vestido rasgado o estropeado se entiende que "falta", lo mismo que unas copas quebradas o una tabla con la pintura raspada, pues su valor no está en la materia sino en el arte. Asimismo, si un propietario hubiera comprado sin saberlo una cosa que le "faltaba" por hurto, se puede decir que le "falta", aunque luego supiera que era suya, pues se entiende que le "falta" si le falta el precio que dio por ella. (1) Parece haber perdido una cosa el que carece de acción para perseguirla contra alguien." Paul 10 Plaut. D. 50, 16, 81, aclara que "Cuando diga el pretor <que se restituya la obra hecha>, debe restituirse también <la indemnización por> el daño causado, pues el término <restitución> comprende toda la utilidad del demandante." Ulp. 30 *ed.* D.16,3,1,41, prevé que "... el que deposita una cesta, parece que deposita cada una de las cosas que contiene, y que, por lo tanto, debe demandar también por las cosas ..." Si bien ha de delimitarse qué se considera depositado, así el pasaje de Ulp. D. 16,3,1,5 matiza que "*Quae depositis rebus accedunt, non sunt deposita, ut puta si homo vestitus deponatur, vestis enim non est deposita: nec si*

cosa ha de producirse con todos sus productos y accesiones<sup>130</sup>, y que el uso de la cosa contra la prohibición del propietario se considera una modalidad de hurto, y genera el traspaso de los riesgos al depositario, al margen de la responsabilidad por hurto en que haya podido incurrir<sup>131</sup>. La cosa depositada debe restituirse cuando lo solicite el depositante, lo que confirma que el depósito se efectúa en su exclusivo interés<sup>132</sup>, así resulta, entre otros, del pasaje de Pomponio 22 *Sab.*, D. 16, 3, 12, 1, primer párrafo:

*"Depositum eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo eius est, apud quem depositum est: ubi vero depositum est, nihil interest. Eadem dicenda sunt communiter et in omnibus bonae fidei iudiciis."*

"El depósito debe ser restituido en aquel lugar en que se halla sin dolo malo del depositario, y no interesa el lugar donde se depositó. Lo mismo hay que decir generalmente en todos los juicios de buena fe ..."

b.- La llamada "*actio ad exhibendum*" -acción exhibitoria- se articula como medida previa a una reclamación de restitución. Así se recoge en el fragmento *Lab. 6 post Iav. ep.*, D.16, 3, 33:

*"Servus tuus pecuniam cum Attio in sequestre deposuit apud Maevium ea condicione, ut ea tibi redderetur, si tuam esse probasses, si minus, ut Attio redderetur. Posse dixi cum eo, apud quem deposita esset, incerti agere, id est ad exhibendum, et exhibitam vindicare, quia servus in deponendo tuum ius deterius facere non potuisset."*

Este fragmento prevé la acción exhibitoria en el contrato de depósito respecto de las cosas que pueden ser reivindicadas. Nos dice: "Dije que puede demandarse al depositario con la acción de cosa incierta, esto es, la exhibitoria, y, una vez exhibida, puede reivindicarla, porque el esclavo, al depositar, no puede empeorar tu derecho."

---

*equus cum capistro, nam solus equus depositus est.*", o sea, "...no se considerarán depositados los accesorios de las cosas depositadas; por ejemplo. si se depositara un esclavo vestido, el traje no se considera depositado, ni tampoco <si se depositara> un caballo con cabestro, pues solo se entiende depositado el caballo".

<sup>130</sup> En la propia "*sedes materiae*" del contrato de depósito, podemos citar el pasaje de Ulp. 30 ed. D. 16,3,1,24, a cuyo tenor: "*Et ideo et fructus in hanc actionem venire et omnem causam et partum, dicendum est, ne nuda res veniat.*" "... hay que decir que en esta acción (la de depósito) se comprenden los frutos, y todos los accesorios y el parto, para que no se devuelva estrictamente la cosa depositada." D. 16, 3, 1, 41, en cuanto al depósito de una cesta. Ulp. 14 ed., D. 50,16,23: "<Rei> *appellatione et causae et iura continentur.*" "La palabra <res> comprende la cosa misma y sus derechos".

<sup>131</sup> Cfr. Ulp. 30 ed. D. 16,3,1,25: "*Si rem depositam vendidisti eamque postea redemisti in causam depositi, etiamsi sine dolo malo postea perierit, teneri te depositi, quia semel dolo fecisti, cum venderes.*" "Si vendiste la cosa depositada y después la redimiste para devolver el depósito, quedas obligado por la acción de depósito, aunque hubiere perecido después sin dolo malo ...".

<sup>132</sup> Cfr. Ulp. 30 ed., D. 16,3,1,45: "*Si deposuero apud te, ut post mortem tuam reddas, ... possum enim mutare voluntatem et ante mortem tuam depositum repetere.*" "... puedo mudar de voluntad y reclamar el depósito antes de tu muerte."



Veremos más extensamente las cuestiones procesales que conciernen a la acción exhibitoria en el capítulo III, al que nos remitimos, y relativo a las implicaciones procesales de la reclamación del depositario. Veremos que la exhibición no siempre parece ser un presupuesto para que prospere la pretensión del depositario, pues el depositario no pierde su derecho al reintegro si la cosa se pierde sobrevenidamente por causa que no le es imputable.

c.-La responsabilidad del depositario, al conceptuarse el depósito propiamente dicho como negocio gratuito y constituirse el contrato de depósito en interés exclusivo del depositante, a quien debe restituirse a su requerimiento, aunque fuera anticipadamente, (D. 16,3,1,45) solo se establece por dolo y no se genera interés durante la vigencia del contrato. La jurisprudencia romana equiparó la culpa grave. Así lo recoge el fragmento de Gayo, 2 *res cott.*, D. 44,7,1,5:

*"Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur: qui et ipse de ea re quam acceperit restituenda tenetur. Sed is etiamsi neglegenter rem custoditam amiserit, securus est: quia enim non sua gratia accipit, sed eius a quo accipit, in eo solo tenetur, si quid dolo perierit: neglegentiae vero nomine ideo non tenetur, quia qui neglegenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet. Magnam tamen neglegentiam placuit in doli crimine cadere."*

"También el depositario nos queda obligado por <la recepción de> una cosa; el cual también debe restituir la misma cosa que ha recibido. Pero éste no responde aunque haya perdido la cosa depositada por su negligencia; como no la recibió por su interés, sino por el interés del depositante, solo responde si la cosa pereciera por su dolo, y no responde por su negligencia, porque del depositante es la falta si entregó la cosa para que la guardara un amigo negligente; sin embargo, se ha admitido que la negligencia más grave entra ya en el crimen del dolo.<sup>133</sup>"

Encontramos una disertación sobre la ampliación a la culpa grave en el pasaje atribuido a Celso, D.16,3,32, en que se sugiere un criterio original de medida de la responsabilidad del depositario tomando por tal la que el depositario aplica a sus

<sup>133</sup> Cfr. el fragmento de *Ulp. 29 Sab.* D. 50,17,23: "*Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum: depositum et precarium. Dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. Societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur; quod initio convenit (legem enim contractus dedit), excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolum praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur. Animalium vero casus mortisque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur."* "Algunos contratos tan solo exigen la responsabilidad por dolo malo, y otros, por dolo y culpa, por tan solo dolo, el depósito y el precario; por dolo y culpa, el mandato, el comodato, la venta, la prenda, el arriendo, asimismo, la dación de dote, la tutela, la gestión de negocios, en los cuales se exige también la diligencia; la sociedad y la copropiedad exigen la responsabilidad por dolo o culpa. Pero esto es así siempre que no se haya convenido una responsabilidad mayor o menor...lo que cree Celso que no vale convenir que no se responda por dolo ... de los accidentes y la muerte de animales, si suceden sin culpa, así como de las fugas de los esclavos que no suelen estar atados, robos, tumultos, incendios, inundaciones y asaltos de bandidos, no responde nadie."

propios asuntos:

*"Si rem a servo depositam Titio, quem dominum eius putasti cum non esset, restituisses, depositi actione te non teneri celsus ait, quia nullus dolus intercessit: cum Titio autem, cui res restituta est, dominus servi aget: sed si exhibuerit, vindicabitur; si vero, cum sciret esse alienum, consumpserit, condemnabitur, quia dolo fecit quo minus possideret."*

"Lo que decía Nerva de que el dolo es una culpa más lata, no gustaba a Próculo, pero me parece certísimo. Pues si alguno no es tan diligente como requiere la naturaleza de los hombres, no está exento de fraude, salvo que cuide del depósito como hace con sus propias cosas, porque, para ser de buena fe, no pondrá el tal menos diligencia que en sus propias cosas." Se aprecia la modificación de la responsabilidad en el derecho romano clásico a la culpa respecto de los contratos en los que interviene un interés mixto, tales como los daños que por su actuación puede generar un condueño, o consocio, o el mandatario o comodatario que usa de la cosa simultáneamente en su propio interés y en el del "*dominus negotii*"<sup>134</sup>. Otras previsiones interpretativas permiten apreciar que se entiende por dolo el caso de no devolver la cosa, de devolverla deteriorada o de haber usado de la misma sin permiso. Así Ulp. 30 *ed.*, D. 16, 3, 1, 47 dice que "... se comete dolo por el mismo hecho de no devolver lo que se recibió"; "... si la cosa se devolvió deteriorada, ... puede decirse que no fue devuelta por dolo malo". En el fragmento D. 16, 3, 1, 15, el mismo autor concede acción contra un pupilo "... también por el enriquecimiento, aunque no hubiera dolo". El

<sup>134</sup> Vid. VOCI, *Diligentia, custodia, culpa, I dati fondamentali*, SDHI, 96, 1990, p. 29-144. Así, resulta, entre otros, de los siguientes pasajes: *Gai 9 ed. prov.*, D. 13, 6, 18: "*Haec ita, si dumtaxat accipientis gratia commodata sit res, at si utriusque, veluti si communem amicum ad cenam invitaverimus tuque eius rei curam suscepisses et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas: ...*" ... Si (el comodato) fue en interés de ambos, por ejemplo, si hubiéramos invitado a cenar a un amigo común y tú habías tomado el cuidado de la plata que yo te había comodado, deberás responder tan solo del dolo, según opinión que encuentro en los libros de algunos jurisconsultos .... Si (el comodato) fue en interés de ambos, por ejemplo, si hubiéramos invitado a cenar a un amigo común y tú habías tomado el cuidado de la plata que yo te había comodado, deberás responder tan solo del dolo, según opinión que encuentro en los libros de algunos jurisconsultos ..."; Alf. 5 *dig.*, D. 19, 2, 31: "... *sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori et ideo supervacuum esse iudicium oneris aversi. Sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam dumtaxat debere (nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam debere) neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius condicionem faceret quam ceterorum.*" "... El arrendatario responde solamente de la culpa (pues en el negocio que se contrae por causa recíproca de los dos contratantes, se responde de culpa) ..."; Afric. 5 *quaest.*, D. 30, 108, 12: "*Cum quid tibi legatum fideiue tuae commissum sit, ut mihi restituas, si quidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum dumtaxat in exigendo eo legato, alioquin etiam culpam te mihi praestare debere existimavit: sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut, si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur.*" Conforme al fragmento expuesto, si se dejó un legado a tu cargo y se te rogó en fideicomiso que me lo entregues, si nada más recibes por el testamento, estimo que, al exigir yo el legado solamente respondes de dolo, pero, en otro caso, respondes por culpa, como se observa en los contratos de buena fe, que, cuando la ventaja es de ambos contratantes, se responde por culpa y, cuando es por uno solo, solamente por dolo.

enriquecimiento es uno de los supuestos tenidos en cuenta para establecer una responsabilidad agravada, propia de las relaciones onerosas y, concretamente, del contrato de arrendamiento. Los supuestos de incremento de la responsabilidad que podemos encontrar en D. 16, 3, son los siguientes:

- Ofrecimiento para desempeñar la custodia de efectos: Ulp., D. 16, 3, 1, 35<sup>135</sup>. Entendemos este supuesto como dedicación profesional o empresarial del depositario, tomada en cuenta al tiempo de la elección del depositario para contratarlo y que fundamenta el establecimiento de una responsabilidad agravada en base a que el que se ofrece es o debe ser perito para el desempeño del arte de que se trate. Sería el caso propio del almacenista, que, de hecho, se trata en el título 19, 2 del Digesto, relativo a la acción arrendaticia<sup>136</sup>, o el caso del banquero.
- Estipulación o pacto: Ulp. D. 16, 3, 1, (6) y (35),
- Obtención de lucro o permiso de uso: Paul. D. 16, 3, 26, 1<sup>137</sup>, entre otros.
- La existencia de una "merces": Ulp., D. 16, 3, 1, (8) y (9), ya mencionados.

Estos supuestos son los que derivan hacia acciones de buena fe, perfectamente bilaterales<sup>138</sup>, y, generalmente, se articularon con un tratamiento similar al del

<sup>135</sup> Ulp. 30 ed., Cfr. D. 16, 3, 1, 35: "*Saepe evenit, ut res deposita vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur: ut puta si hoc nominatim convenit. Sed et si se quis deposito obtulit, idem Iulianus scribit periculo se depositi illigasse, ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos.*" "Ocurre frecuentemente que las cosas o las monedas depositadas lo sean a riesgo de aquél en el cual se depositan, por ejemplo, si esto se convino expresamente. Pero si alguno se ofreció para el depósito, escribe Juliano que se obligó al riesgo del depósito, pero de tal modo que no solamente responde por dolo, sino también por culpa y por custodia, aunque no por los casos fortuitos."

<sup>136</sup> Vid. *Thesaurus Linguae Latinae*, Leipzig, 1900, Volumen IX. 2, p. 499-511. Parece acoger esta distinción el Fuero Navarro (obra, en gran medida, del ilustre romanista Álvaro D'ORS), Ley 547, según la cual: "A falta de acuerdo sobre su onerosidad, el depósito se presume gratuito; sin embargo, cuando el depositario se dedique habitualmente a esta clase de operaciones, se presumirá oneroso." El planteamiento de la habitualidad parece acorde con con el caso de "mercantilidad" del art. 3 del Código de Comercio Español, que crea una presunción de mercantilidad en el caso del *anuncio de la actividad*, que genera la presunción de ser comerciante quien lo desempeña, y el caso recogido en el art. 95 del Código Comercial Portugués, del almacén de ejercicio "público", en el que se incluyen "... los que establecen los comerciantes no matriculados, en tanto tales establecimientos se conserven abiertos al público ... o hayan sido anunciados por medio de avisos en prensa o tengan los respectivos letreros habituales". Vid. la interpretación coincidente de ROBAYE, R. *Incidence de la gratuité sur les obligations et la responsabilité du depositaire en droit romain. Revue Interdisciplinaire d' Études Juridiques*, 15, 1985, p. 89 y ss.

<sup>137</sup> Cfr. el fragmento de Paulo, 4 resp., D. 16, 3, 26, 1: "Lucio Ticio hizo un documento en estos términos (en Griego): "Recibí y tengo en mi poder en razón del depósito los supra escritos diez mil denarios de plata tuyos y consiento y prometo que haré cuanto arriba se dijo, y convine darte como intereses mensuales ...".

<sup>138</sup> El "Code" Napoleónico recogió estos criterios en su artículo 1928, donde agrupa los supuestos de exigencia de una responsabilidad más rigurosa que la que el depositario acostumbra a emplear en sus propios asuntos, que es la medida de responsabilidad que se establece como regla general para el contrato de depósito en el art. 1927, siguiendo el original criterio de Celso recogido en el fragmento D. 16, 3, 32. Los casos agravados vemos que coinciden con los deducibles de la jurisprudencia romana: 1º si el depositario se ha ofrecido a recibir el depósito; 2º si se ha estipulado un salario por la actividad de guarda de la cosa depositada; 3º, si el depósito se ha efectuado en exclusivo interés del depositario -lo que sugiere un precario o un comodato- y 4º, si se ha convenido expresamente que el depositario responderá de toda clase de faltas. PONT. P., en su *Explication du Code Napoléon, contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*, París, 1867, T. 8, p.

arrendamiento<sup>139</sup>.

### B. 3.-Derechos del depositario.

En cuanto a los derechos del depositario, el más importante es el de su indemnidad respecto de la actividad desplegada. Por consiguiente, tiene derecho a ser resarcido de daños y gastos. El estudio de este derecho es el objetivo principal de este trabajo, por lo que en esta sede nos limitamos a apuntar brevemente sus fundamentos, sin perjuicio de su ampliación posterior.

a. El derecho a quedar indemne por su gestión. PRINGSHEIM<sup>140</sup> aprecia una progresiva extensión de la responsabilidad del dueño de las cosas por los daños que provoquen éstas, desde las previsiones de la Ley de las XII Tablas, correspondientes a los inflingidos por un cuadrúpedo alquilado para el transporte de objetos de sacrificio hasta el templo y los privilegios militares respecto del botín de guerra, que nos son 193 y ss., explica que: "Le princip écrit dans l' article 1927, duquel ... il résulte que le dépositaire n'est responsable que de son dol et de sa faute lourde, reçoit quatre exceptions par suite de circonstances accidentelles étrangères en elles-mêmes au contrat du depot ...". Se refiere, en sus epígrafes posteriores, a la responsabilidad por el ofrecimiento, pero también acoge en sus reflexiones el criterio que vamos a proponer en el presente trabajo, cuando alude como fundamento de la responsabilidad agravada por el ofrecimiento el de la defensa de la confianza pública, como en el caso de los notarios y profesionales cualificados y los hosteleros y alberguistas, y al hecho de corresponder la exigencia de la diligencia propia de un buen padre de familia - hoy se hablaría de "persona razonable"- a quien obtiene provecho de la cosa y que el caso de responsabilidad por cualquier falta, incluso culpa levísima, requiere pacto expreso. Es también significativa la constatación de que el "*Handelsgesetzbuch*", Código de Comercio Alemán, se refiera para la actividad mercantil de depósito al "*Lagergeschäft*" -negocio de almacenaje- , § 467 y ss. "*HGB*", frente a la denominación del depósito en el Código Civil Alemán, "*Bürgerliches Gesetzbuch*", en que se habla de "*Verwahrung*" o "*Hinterlegung*", literalmente "conservación" o "depósito", lo que determina diferencias de tratamiento en cuanto a las garantías, responsabilidades y mecánica del contrato. La recepción en Rusia, como lo evidencia el nuevo Código Civil Ruso, Libro II, de 1995, parece haber conservado únicamente el contrato de arrendamiento, sin una figura contractual independiente para el depósito, si bien diferencia entre un arrendamiento de cosa y una modalidad "con el aporte de equipos y servicio técnico", en sus artículos 632 y ss.

<sup>139</sup> Vid. DAZA MARTÍNEZ, J., *El problema de los límites de la responsabilidad en el Derecho Romano Clásico*, en *La Responsabilidad Civil, de Roma al Derecho Moderno, IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Burgos, 2001, p. 249, en que el autor concluye que en el derecho romano clásico se fue desarrollando la noción de una responsabilidad subjetiva, si bien el concepto de "*culpa*" o "*diligentia*" se desarrolló sobre todo en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, siendo la responsabilidad objetiva el criterio más general en el ámbito de responsabilidad contractual. Cfr. SARGENTI, M., *Problemi della responsabilità contrattuale in diritto romano*, *SDHI*, 20, 1954, p. 127-164, y con apartamiento de los intentos de autores como VISKY, K., *La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République*, *RIDA*, 3, 1949, p. 437-441, y MARTON, G., *Un essai de reconstruction du développement probable du système classique romain de responsabilité civile*, *RIDA* 3, 1949, p. 177-191, de demostrar lo contrario.

<sup>140</sup> Vid. PRINGSHEIM, F., *The origin of the Lex Aquilia*, *Gesammelte Abhandlungen*, Tomo II; Heidelberg, 1961, p. 414 y ss.

conocidos por el texto Veronés de Gayo (III, 27), hacia "todas las cosas", -"*omnes rerum*"-, tras haberse extendido en un primer momento a "todos los cuadrúpedos", "todos los animales" y después también a los daños ocasionados por los esclavos, y, por el capítulo III de la Ley Aquilia a las lesiones frente al caso de muerte contemplado en el capítulo I. El Digesto, Libro 9,2,27,5, atribuido a Ulpiano, se refiere a "*ceterarum rerum preaeter hominem et pecudes occisos*". La ley Gai III, 217, dice:

*"Capite tertio de omni cetero damno cavetur..."*

"Las disposiciones del tercer capítulo (de la Ley Aquilia) se refieren a toda otra clase de daños en las cosas..."

El derecho de indemnidad del depositario en cuanto a daños y gastos que se le sigan del depósito, se refleja, entre otros pasajes, en los epígrafes *Ulp. 30 ed. D.16,3,5, pr.; Pomp. 22 Sab., D. 16,3,12,2, y Mod. 2 diff., D. 16,3,23:*

*"Ei, apud quem depositum esse dicitur, contrarium iudicium depositi datur, in quo iudicio merito in litem non iuratur: non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate eius qui depositum suscepit."*

"El depositario tiene la acción de depósito contraria, en la cual se demanda (...) para indemnizar al depositario".

*"Sed dicendum est, si velit actor suis impensis suoque periculo perferri rem Romam, ut audiendus sit, quoniam et in ad exhibendum actione id servatur."*

"... Se ha de decir que, si quisiera el demandante que por su cuenta y riesgo se lleve la cosa a Roma, debe ser oído porque también se observa esto en la exhibitoria".

*"Actione depositi conventus servo constituto cibariorum nomine apud eundem iudicem utiliter experitur."*

"El demandado con la acción de depósito, una vez que se compromete a devolver el esclavo, puede demandar útilmente ante el mismo juez por los alimentos <que suministró al esclavo>"

Enumeramos, sucintamente, otras facultades del depositario reonocidas en las fuentes romanas, fundamentalmente, de carácter organizativo:

b. Facultad de ubicar las cosas encomendadas. Podemos constatar que queda al arbitrio del depositario de escoger la ubicación de la cosa depositada - ya nos hemos referido al pasaje del D. 16, 3, 12, 1. :

*"Depositum eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo eius est, apud quem depositum est: ubi vero depositum est, nihil interest. Eadem dicenda sunt communiter et in omnibus bonae fidei iudiciis."*

"El depósito debe ser restituido en aquel lugar en que se halla sin dolo malo del depositario, y no interesa el lugar donde se depósito ...".

y *Paulus libro 21 ed.*, D. 6.1.10:

*"Si res mobilis petita sit, ubi restitui debeat, scilicet si praesens non sit? Et non malum est, si bonae fidei possessor sit is cum quo agitur, aut ibi restitui ubi res sit: aut ubi agitur: sed sumptibus petitoris, qui extra cibaria in iter vel navigationem faciendi sunt."*

Los fragmentos transcritos ponen de manifiesto que, aún en el caso de haber trasladado las cosas el depositario, si no se aprecia malicia en ello, los gastos de la devolución en lugar distinto del de ubicación de las cosas depositadas serán soportados por el depositante o su derechohabiente.

c. Posibilidad de delegación en los contratos. Esta posibilidad es constante, tanto activa como pasivamente, por la sustituidad en la detención que pueden tener los esclavos, siervos y personas dependientes, si bien bajo la responsabilidad del delegante, por "*culpa in vigilando*" y "*culpa in eligendo*": en el contrato de depósito, se encuentra constantemente reconocida la posibilidad en los textos: D. 16, 3, 1, 14: "*si apud te volentem me deponere iusseris apud libertum tuum deponere, "... si queriendo depositarte algo me hubieras autorizado a depositarlo en un liberto tuyo..."; "Sed si mandasti mihi, ut periculo tuo apud eum deponam, cur non sit mandati actio, non vide ..."* si me mandaste que depositara en el liberto a tu riesgo..."; D. 16,3,16: "*...Si servus meus deposuerit, nihilo minus depositi habeo actionem.*" Si aquel a quien hubieses depositado la depositara en otro ..." D. 16,3,21: "*... in pupillum, apud quem sine tutoris auctoritate depositum est, "...Si la depositara en el hijo de familia..."; D. 16,3,1,32: "Si rem a servo depositam Titio, quem dominum eius putasti cum non esset, restituisses, ..."*, si hubieses restituido a Ticio la cosa depositada en un esclavo...".

Los efectos de la delegación en el depósito propiamente dicho, se circunscriben a la responsabilidad por dolo, como puede verse del fragmento de Africano, (*3 quaest.*), D. 16, 3, 16, que sentencia que:

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

Nos dice el texto transcrito que si aquél en quien se hubiese depositado una cosa la depositase en otro, y éste hubiera hecho algo con dolo, por el dolo del segundo depositario, el primero sólo vendrá obligado a ceder sus acciones<sup>141</sup>. Para el caso de

<sup>141</sup> Ha de tenerse en cuenta que "ceder las acciones", es, obviamente, un efecto más benigno que el de responder por el todo: cfr. D. 50, 17, 203 y 204. La acción de hurto parece que conserva su independencia frente a la acción contractual, así resulta de numerosos fragmentos, tales como Paul. 2 sent., D. 16, 3, 29, pr., Paulo 22 ed., D. 19, 2, 45, 1. Si bien, el propio Paulo (*de poen.*) matiza en el fragmento D. 47,2,90 (89), que <<no nace la acción de hurto cuando un liberto o un cliente hurta algo a su patrono, o un mercenario, al que le da trabajo>>. Resulta interesante constatar que, frente

dolo del depositario, éste responde por la acción de depósito y por la acción delictual que, en su caso, corresponda.

La medida de responsabilidad se circunscribe al dolo también en el caso de sea un "*alieni iuris*", esclavo, hijo de familia o aún liberto endeudado con su señor, casos en que el "*dominus*" tiene la facultad de ceder las acciones a un tercero perjudicado, salvo que se demuestre haber actuado él mismo con dolo, en que responderá por el todo. La reconstrucción del Edicto Perpetuo confeccionada por LENEL, precisamente recoge de modo ejemplificativo una fórmula adyecticia, con transposición de persona en la "*intentio*", basada en un contrato de depósito, con el siguiente tenor<sup>142</sup>:

*"Quod A Ao apud Stichum qui in N No potestate est, mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Stichum si liber esset ex iure Quiritium, A Ao dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N No A Ao dumtaxat de peculio et si quid dolo malo N No factum est, quominus peculio esset, vel si quid in rem N No inde versum est, c. s. n. p. a."*

Destacamos en esta reconstrucción la orden dirigida al juez o árbitro para enjuiciar "como si Estico fuera libre según el derecho civil", la transposición en la "*intentio*" o suplico a la persona del dueño del esclavo, N N<sup>o</sup>, a efectos de condena o absolución, y las matizaciones de condenar por el peculio o a aquéllo en que el "*dominus*" se hubiera enriquecido, según los casos (si no hay dolo), o, si hubiera concurrido dolo, al todo, "conforme a las exigencias de la buena fe". El fragmento de Ulpiano (2 *disp.*), D. 15, 1, 36, recoge una fórmula de dolo del "*pater-familias*":

*"In bonae fidei contractibus quaestionis est, an de peculio an in solidum pater vel dominus tenerentur: (...) Namque si servo res pignori data sit, non solum de peculio et in rem verso competit actio, verum hanc quoque habet adiectionem "et si quid dolo malo domini captus fraudatusque actor est". Videtur autem dolo facere dominus, qui, cum haberet restituendi facultatem, non vult restituere."*

El fragmento concede no solo la acción de peculio, sino también la acción por el todo cuando ha habido engaño o fraude del "*dominus*", en una cuestión de dote; aclara que si la cosa hubiese sido dada en prenda al esclavo, la acción no solo es de peculio y de provecho obtenido, sino que también se añade a ella esto: "... y si en algo fue engañado y defraudado el demandante por el dolo malo del dueño ...". Y se entiende que obra con dolo el dueño que, teniendo posibilidad de restituir, no quiere hacerlo<sup>143</sup>.

---

a la previsión de cesión de acciones, Paulo, (22 *ed.*), para el caso de hurto por un esclavo del arrendatario, se refiera a la posibilidad de la "acción noxal".

<sup>142</sup> Vid. LENEL, *Das Ediktum Perpetuum, ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig, Tauchnitz Verlag, 1893, Tít. XVIII, § 104, p. 225. Vid. VALIÑO DEL RÍO, E., *Las acciones adyecticiae qualitatis y sus relaciones básicas en Derecho Romano*, AHDE, 37, 1967, p. 339 y ss. y *Las relaciones básicas de las acciones adyecticias*, AHDE, 38, 1968, p. 377 y ss. Comprueba este autor que la relación subyacente en el tratamiento de las acciones adyecticias queda oculta, y que la técnica para introducirlas en el proceso es la incorporación en la redacción de la fórmula dirigida al juez o árbitro. Cfr. *Gai*, IV, 119, para la redacción de excepciones. Vid. CERAMI, P.- PETRUCCI, A., *Lezioni di diritto commerciale romano*, Torino, 2002, p. 41 y ss.

<sup>143</sup> Cfr. Ulp. 30 *ed.*, D. 16, 3, 1, 14, que distingue entre los efectos sobre el "*dominus*" cuando se depositan bienes en un liberto suyo en función de que no haya autorización, o haya mandato o incluso fianza.

Si el depósito se debe a una actividad de banca o de un depósito en establecimiento o negocio abierto al público, lo probable es que concurriera alguno de los medios que atribuyen al titular de la actividad también la responsabilidad por culpa y por custodia, propia, según vamos a ver, del ejercicio especializado habitual y organizado de la actividad ofrecida, que hoy día identificaríamos con la actividad empresarial o profesional. Ello nos enlaza con los casos considerados "*conductio*", paradigma de las prestaciones de bienes y servicios en el mercado, tutelados en Derecho Romano clásico claramente con acciones de buena fe.

Algunas sentencias matizan como factor agravante de la responsabilidad del "*conductor*" que se sirve de subordinados para el desempeño de su actividad, el hecho de que se le supone la potestad de elegir a los mercenarios que contrata, a diferencia del que usa de sus propios esclavos o personas dependientes, contra el que se dice que ha de haber mayor indulgencia, por cuanto no pudo elegir. Así se dice en *Ulp.* 18 *ed.*, D. 4, 9, 7, 4:

*"Hac autem actione suo nomine exercitor tenetur, culpae scilicet suae qui tales adhibuit: et ideo et si decesserint, non relevabitur. Servorum autem suorum nomine noxali dumtaxat tenetur: nam cum alienos adhibet, explorare eum oportet, cuius fidei, cuius innocentiae sint: in suis venia dignus est, si qualesquales ad instruendam navem adhibuerit."*

Nos dice el texto que, a causa de sus propios esclavos, (el dueño) se obliga únicamente por la acción noxal; porque cuando emplea personal extraño debe asegurarse de cuáles sean su lealtad y honradez, en tanto con los suyos es digno de indulgencia si hubiese empleado a cualquiera para equipar la nave.

d. Constitución de provisión de fondos. Se producía la provisión de fondos, lo que se equipara en derecho helenístico y figuras como la procura, al otorgamiento de garantía suficiente. Puede apreciarse este caso en el fragmento de Paulo, D. 16,3,26,1:

*"Accepti et habeo ex causa depositi supra scripta decem milia denarium et faciam omnia et consentio et promisi ita ut supra scriptum est, "*

"... Recibí y tengo en mi poder y prometo y consiento que haré cuanto arriba se dijo..."; D. 16,3,28 " ... procuraré cuanto antes que no te quede sin invertir ...";

e. Facultad de desistir de la relación. El depositario tiene derecho a desistir de la relación y devolver la cosa<sup>144</sup>. La facultad del deudor de liberarse del vínculo obligatorio con el abandono del objeto debido, aparece en cuanto al secuestratario y "*a sensu contrario*" en cuanto al depositario, en el fragmento de Ulpiano, D. 16, 3, 5, 2, dándose, en principio, expirado el plazo establecido entre las partes o la causa que motivó el depósito, si no se presenta el depositante o su causahabiente después de las formalidades que corresponda, o cuando no se haya fijado plazo ni causa, en

<sup>144</sup> Ampliamos esta facultad del depositario y sus términos en el Cap. V.



cualquier tiempo, siempre que se pueda efectuar sin deterioro del objeto depositado. Encontramos también un texto que recoge la doctrina de los *Veteres* y que es tratado en la obra de Ulpiano a Sabino- como nos explica CANO HURTADO<sup>145</sup>. El pasaje D. 18.6.1.4. recoge un caso de depósito de vino en tinajas y las posibilidades de vertirlo, sin pérdida del derecho a reclamar el precio, pasados los plazos convenidos, y, aún, de proceder a su venta, lo que veremos más extensamente en el capítulo V de este trabajo, por ser un medio de defensa del depositario frente al depositante que no hace frente a sus obligaciones. Las normas de arrendamiento del fragmento de Paulo, *de off. praef. vig.*, D. 19, 2, 56, se ocupan del caso de un almacenista cuando el depositante no se presenta a recoger sus mercancías, pasados dos años, y prevé la intervención de un funcionario autorizado para la apertura del compartimento donde se depositan los efectos.

### C.- Delimitación del contrato de depósito con otros tipos contractuales.

La formación contractual tiene como antecedente el uso de estipulaciones paralelas, que cumplieron la finalidad de bilateralidad antes de que se creara la relación sinalagmática amparada por acciones de buena fe. Estas acciones eran capaces de aunar la resolución de las múltiples relaciones surgidas del contrato por medio de un solo juicio a través del mecanismo de la compensación.

Resulta fundamental para la comprensión de la evolución de los tipos contractuales detenerse en la deriva económica y social de Roma<sup>146</sup>, que transita desde la organización alrededor de la “*domus*” o casa, regentada por el “*pater familias*”, con los “*sui*”, la clientela y los esclavos, hacia una economía de intercambio, situación forzada, también, por la expansión del Imperio y la necesidad de abastecimiento y sostenimiento y la inevitable interacción con los pueblos conquistados o asociados a Roma, a lo que se suman los cambios provocados por la evolución de las fórmulas procesales, a las que dedicaremos un capítulo aparte más extenso, como ya hemos señalado. En cierto modo, la evolución producida puede verse reflejada en la reconstrucción del Edicto Perpetuo efectuada por LENEL a partir de las fuentes legadas<sup>147</sup>. Destacamos dentro de esta reconstrucción: El título XVII, “*De rebus creditis*”, que corresponde a las relaciones restitutorias, y que tiene un antecedente en otros títulos como el título XI “*de receptis*”, que en sus apartados 49 y 50 se ocupa, precisamente, de formas especiales que pueden revestir la forma de depósito, los “*recepti*” que corresponde restituir a los “*nautae, caupones y stabularii*” y de los “*argentariae mensae exercitores quod pro quo alio solvi receperint ut solvant*”, cuya realización procesal, como veremos, presenta características especiales<sup>148</sup>. La

<sup>145</sup> Vid. CANO HURTADO, M.D., *La elaboración de la teoría de la "mora creditoris" y su principal efecto: la facultad de abandono de la cosa debida reconocida al deudor con fines liberatorios*, Tesis doctoral, Alicante, 1998, p. 16 y ss.

<sup>146</sup> Vid. FUENTESECA DEGENEFFEE, M., *El delito civil en Roma y en el Derecho Civil Español*, Tesis doctoral, Universidad de Alicante, 1995, p. 40 y ss.

<sup>147</sup> Vid. LENEL, O., *Das Ediktum Perpetuum, ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3ª edición, Leipzig, 1927,.

<sup>148</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *El papel de la buena fe en los pactos*,

concepción sustentada en el Título XI presenta paralelismos con el planteamiento de la tradición jurídica greco-oriental del derecho patrimonial. Tal y como lo han constatado diversos estudiosos del derecho griego y oriental precedente al Derecho Romano, en especial del derecho egipcio ptoloméico<sup>149</sup>, en estos derechos se contemplaban las obligaciones crediticias bajo el prisma del importe efectivamente entregado -o sea, desde un punto de vista puramente "real"-, y se atendía y se ligaban los efectos jurídicos traslativos únicamente a los movimientos de valor patrimonial que se produjeran. La perspectiva helenística se desenvolvía en la simple constatación de que hubiera o no mediado una compensación por la entrega de la cosa para que se entendiera producido un cambio de titularidad y admitía asimismo el arbitrajes y contratos, *Revista General de Derecho Romano*, 15, 2010, p. 26, en que el autor se ocupa del caso de "receptum" del Juez o árbitro, situado en el mismo título del Edicto Perpetuo, y comenta que "... Formalizado el compromiso, la aceptación del árbitro dirigida a conocer y decidir la controversia, se sanciona por el pretor desde finales del S. II a. C. mediante un edicto "de receptis", de modo que, si bien el pretor no puede obligarle a dictar sentencia, sí puede forzarle indirectamente a ello a través de la multa o embargo ...". Resulta interesante apuntar el paralelismo de la conversión del derecho del litigante que somete a juicio o arbitraje la cuestión litigiosa en un incierto que se establecerá en la sentencia, y el caso de los "recepta" de bienes fungibles no identificados, por los que el que los recibe queda obligado a la restitución de otro tanto, y el que los da tiene, en esencia, un derecho de crédito frente al primeramente mencionado, pudiendo ser éste el significado de la expresión "receptum". Cfr. MOLLÁ NEBOT, M. A. S., *Iudex Unus, Responsabilidad judicial e "iniuria iudicis"*, Madrid, 2010, p. 97 y ss., que explora el aspecto del "receptum" judicial, en que, en sus reflexiones acerca de la expresión "litem suam facere" del juez o árbitro por la aceptación del cargo, recoge la expresión que emplea Rúbrica 91 de la *Lex Irnitana*, "uti lis iudici arbitrove damni sit". Estas coincidencias me conducen a formular la conjetura, que quedaría pendiente de ulterior investigación, de que el título XI del Edicto Perpetuo, en su conjunto, puede constituir un antecedente de la responsabilidad por culpa, que se canaliza, si es de origen ilícito por la Ley Aquilia y si es de origen lícito, por los contratos de buena fe arrendaticios, y de ser una medida de responsabilidad propia de los créditos, por contraposición a las cosas que pueden ser reivindicadas. CORBINO, A., en *Danno, lessioni patrimoniale e Lex Aquilia nell'esperienza romana*, en *Σίλια, Scritti per Genaro Franciosi*, a cura do Federico Maria d' Ippolito, Napoli, 2007, p. 607, incide en la presencia de la raíz "damno" en la expresión "condemnatio".

<sup>149</sup> Cfr. SEIDL, E., *Altägyptisches Recht*, en *Handbuch der Orientalistik*, 1ª parte, *Der Nahe und der Mittlere Osten, Ergänzungsband 3, Orientalisches Recht*, Leiden-Köln, 1964, p. 1-48, formula, respecto del derecho patrimonial Ptolomeo, el "principio de la compensación necesaria" ("*Prinzip des notwendigen Entgelts*"), según el cual las transacciones y relaciones en el antiguo Egipto obedecen a una correlación simétrica, presidida por una idea de justicia conmutativa. Según sus postulados: a) La adquisición solo se perfecciona cuando ha mediado una contraprestación equivalente al valor del bien entregado, que era tasado por especialista, lo cual, añade que puede reencontrarse en el derecho griego, y en los antiguos derechos germánicos y los orígenes del Derecho Romano. b) Puesto que la constitución de un préstamo no viene acompañada de una contraprestación, el prestatario no puede adquirir la titularidad del dinero y el prestamista sigue ostentando la titularidad de la cosa, posición que se materializa como una afección en prenda de la cosa entregada y con la subrogación real de lo obtenido en cambio. c) Se admite ampliamente la representación en la posesión y en la detentación ya que partiendo del planteamiento básico expuesto, resulta irrelevante la persona agente, ha de atenderse a quien pusiera los medios. d) Sugiere como hipótesis que esta planteamiento dio lugar a la idea del sinalagma. En un primer momento, funcionaría en la forma de los contratos innominados, por medio del ofrecimiento de una prestación o cosa con el propósito de recibir otra en cambio, y, si ello no resultaba aceptado, se conservaba el derecho a la restitución de lo entregado en cambio. Este último sistema presenta paralelismo con la forma de actuar los comerciantes cartagineses con los proveedores indígenas. Se explica en términos similares KRÄNZLEIN, A., *Schriften, Rechtsvorstellungen im altgriechischen*

efecto de subrogación real de lo adquirido con importes ajenos. Si faltaba la compensación completa del valor que representa la cosa, el depositante seguía siendo dueño de ella y podía reclamar su reintegro o el del remanente no satisfecho, teoría que se aplicaba igualmente a las entregas de dinero y bienes fungibles, a diferencia de las fuentes romanas, que consideran que en el caso de la inidentificabilidad de las cosas transmitidas el receptor deviene propietario, si bien obligado a restituir otro tanto<sup>150</sup>. Las ideas helenísticas se ha constatado que penetran en el derecho romano en un primer momento con la Ley de las XII Tablas, si bien éstas se centran en actuaciones de tipo delictivo y establecen sanciones tasadas para las mismas<sup>151</sup>. La "*datio*", resultado de la "*traditio*" con causa, pasó a protegerse en Derecho Romano por el derecho honorario o pretorio, a través de la "*condictio*", introducida por la "*Lex Aebutia*", del S. I a. C., que sustituye a las acciones de la ley, y es posteriormente complementada por las Leyes Silia y Calpurnia, antecedente, para muchos autores, del procedimiento formulario<sup>152</sup>, previendo sanciones por

*und graeco-aygyptischen Rechtskreis*, Böhlau, Köln, Wien, Weimar, 2010, p. 63-65. PRINGSHEIM, F., *L'origine des contrats consensuels*, en *Gesammelte Abhandlungen*, Tomo II, Heidelberg, 1961, p. 186 y s., recoge las descripciones de Herodoto según las cuales cuando las naves comerciales cartaginesas se acercaban a las costas, los indígenas exponían su mercancía, y aguardaban a que los comerciantes depositaran oro junto a cada una. Después se retiraban, y si el dueño de la mercancía retiraba el oro, hacían suya la mercancía, si dejaba ambas cosas, los comerciantes podían mejorar la oferta o desistir. Añade que no se producía fraude por ninguna de las dos partes. Los indígenas sabían que si tomaban el oro y la mercancía, nunca más volverían a vender nada; los comerciantes, que se tomaban la mercancía sin depositar su valor, nunca más serían atendidos por los indígenas, pero la transacción no se deriva de una norma jurídica, ni está revestida de fuerza de ley, supone una mera operación de intercambio material.

<sup>150</sup> Vid. DIAZ BAUTISTA, A., *La venta real*, en *El Derecho Comercial, de Roma al Derecho Moderno, IX Congreso Internacional y XII Iberoamericano de Derecho Romano*, Vol. I, Las Palmas de Gran Canaria, 2007, p. 20, "... El Derecho Griego tan solo hacía al comprador dueño de la cosa cuando pagaba o se garantizaba suficientemente el precio, aunque la cosa no hubiera sido entregada. Solo el pago del precio o su aseguramiento perfeccionaban la venta. ..."; p. 22, "Es preciso recordar dos perfiles singulares del Derecho Helénico (...) el primero, que el dinero prestado seguía siendo propiedad del prestamista, a diferencia de lo que sucedía en el mutuo romano, (el segundo, que la garantía griega *ἑγγύη*, obligaba al garante independientemente de la exigibilidad de la deuda al deudor principal, también de modo muy diferente a como ocurría en la "*sponsio*", la "*fideipromissio*" y la "*fideiussio*" romana.)".

<sup>151</sup> Vid. BARTA, H. *Graeca non leguntur? Zu den Ursprüngen des europäischen Rechts im antiken Griechenland*, Tomo I, Wiesbaden, 2010, (en adelante, "*Graeca non leguntur*" ...), p. 82, distingue tres fases de penetración de las ideas y técnicas helenísticas en el derecho romano: i la Ley de las XII Tablas en el S. V a. C. , y la de la Ley Aquilia en el S. III a. C., y la institución del pretor, encargado de la concesión y creación de acciones para la administración de justicia.

<sup>152</sup> Vid. FUENTESECA DEGENEFFEE, M., *El significado de la Lex Aebutia en el ordenamiento procesal romano*, RIVA, LIV, 2007, p. 257 y ss. Refiere una alusión en la "*Tabula Heraclensis*" datada en el año 45 a. C., relativa a la "*actio certae creditae pecunia*" y ve una prueba de la generalización de la "*condictio*" -acción de reclamación de cosa cierta- en el fragmento hallado en las instituciones de Gayo IV, 106, que, al ocuparse de los juicios "*imperio continenti iudicio actum fuerit*", que "dependen del poder del magistrado", o sea, pretorios, pone de manifiesto su amplitud, que supera los casos de responsabilidad personal, pues también recoge los casos "*sive in rem, sive in personam, sive ea formula, quae in factum concepta est, sive ea quae in ius habet intentionem ...*" "lo mismo si es acción real que personal, lo mismo si la fórmula se enuncia en referencia a un hecho que si se enuncia en referencia a un derecho ...". Cfr. PUGLIESE, G., *Il processo civile romano*, Milano, 1963, p. 22 y s., al ocuparse de los orígenes del proceso formulario romano.

pluspetición, si bien admitía modulaciones generadas por pactos relativos a condiciones -"conditio"- tiempo "*tempore*" y lugar "*loco*". La incorporación en esta sede de la partición patrimonial de condueños o coherederos según la reconstrucción del Edicto perpetuo efectuada por LENEL, puede entenderse bajo la perspectiva de formar parte de la delimitación del haber - o "*res*"-, como emparentado con la pluspetición. b) El título XVIII, rubricado "*Quod cum magistro navis, institore eove, qui in aliena potestate erit, negotium gestum erit*", aproximadamente contemporáneo al anterior, plasma un desarrollo singular del Derecho de familia romano, y recoge acciones específicas, - las "acciones adyecticias"- a las que ya nos hemos referido. los primeros tiempos. Los "contratos de buena fe", regidos por los procedimientos del mismo nombre, que se agrupan en el Título XIX del Edicto Perpetuo, según su reconstrucción, reguladores de relaciones económicas entre sujetos de pleno derecho. Puede apreciarse en el Título XXXVIII del Digesto que los contratos de arrendamiento y de sociedad experimentaron un impulso decisivo por ser las formas en que se articulaba el pago de las obligaciones que contraían los libertos con su antiguo señor a cambio de su liberación de la esclavitud<sup>153</sup>, juntamente con la institución "*mortis causa*" a título "oneroso", por consiguiente, susceptible de reclamación aún "contra testamento"- y a la propagación de los beneficios (y obligaciones) aparejados a la condición de ciudadanía, que culminan con el Edicto de Caracalla, en el año 212 d. C., que concede la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio. También se señala la importancia del impulso que el pretor peregrino, que atendía en Roma los litigios de extranjeros, muchos de ellos, comerciantes del ámbito helenístico, dio al desarrollo de los contratos y del "*ius gentium*"<sup>154</sup>. Al respecto, HUMBERT<sup>155</sup> explica que la influencia griega sobre el derecho romano se produce en un contexto cultural amplio de acogida de los planteamientos de la filosofía, la retórica y el discurso y método tópico con el que se fundamentan las resoluciones. Constata que sería Aristóteles quien encuadra el depósito en la categoría de los contratos, entre el comodato y el arrendamiento, Sócrates quien define como elemento diferenciador del contrato de depósito la función de la restitución de la cosa depositada, a requerimiento del depositante y Platón quien destaca su fundamento en la "*fides*". Se atribuye origen helenístico a la institución del depósito bancario, a través de la figura del "*trapezista*", comisionista que asume el pago en lugar distinto, en principio, por haber sido proveído de fondos, y la entrega de cantidades a los administradores de los templos, que los administran y quedan obligados a restituirlos

---

<sup>153</sup> La presencia de este Edicto del Digesto refleja una evolución y adaptación de los contratos a la creciente emancipación de esclavos.

<sup>154</sup> Vid. GALGANO, F., *Quinta lezione, I primi impatti con l'altro nel mondo romano: le XII Tavole e l'esperienza del pretore peregrino*, en *Diritto greco-romano bizantino, Dodici lezioni*, Città del Vaticano, Roma, 2011, p. 55-57. BARTA, H. "*Graeca non leguntur? ...*", *ob. cit.*, p. 82 y ss., señala que el desarrollo del "*ius gentium*" se intensifica tras la "*Constitutio Antoniana*" del año 212 d. C., y se consolida en el período de Constantino y Diocleciano, y que en las provincias orientales se desarrolló un derecho híbrido, con elementos romanos, griegos y singularidades locales. El autor sustenta la hipótesis de que el procedimiento formulario y su precursora, la "*Lex Aebutia*", se aplicaron en un primer momento por el pretor peregrino y solo más tarde fue adoptado también para los litigios entre ciudadanos romanos, desplazando a las acciones de la ley, excesivamente rígidas e insuficientes para los requerimientos del Imperio.

<sup>155</sup> Vid. HUMBERT, G., en SAGLIO-DAREMBERG, "*Dictionnaire ...*", *op. cit.*, s.v. "*depositum*".

a requerimiento del depositante, lo que en dicha tradición helenística se conceptúa no como préstamo sino como depósito irregular, así como la figura del secuestro judicial o extrajudicial<sup>156</sup>. En cambio, la sanción de ignominia, que recaía sobre el depositario infiel que no restituía las cosas recibidas para su custodia, señala el autor recogiendo textos de Éfeso, que es *más romana que griega*.<sup>157</sup> En cambio, PRINGSHEIM atribuye al ingenio romano la transformación de las transacciones en contratos consensuales y obligatorios<sup>158</sup>. Sugiere que el origen de los mismos se encuentra en las estipulaciones cruzadas de dos sujetos y en la apreciación de que para que ambos interesados se dirigieran al pretor para formalizar sus compromisos por medio de la estipulación, previamente tenían que haber alcanzado un acuerdo en este sentido, lo que condujo a otorgar el valor vinculante directamente a este acuerdo. A diferencia de las transacciones griegas y helenísticas antes descritas, la aportación romana consiste en fundar las relaciones futuras directamente en la *fides*. Ya no hay dos entregas, sino dos promesas de hechos futuros entrelazadas, de las cuales ninguna se había llevado a cabo todavía. Este paso viene acompañado del desarrollo de jurisprudencia para remediar los vicios del consentimiento que en la transacción puede haber sufrido una de las partes y su trascendencia sobre la validez o la eficacia de lo acordado. La diferencia de enfoque greco-helenístico y romano queda especialmente patente si se piensa en el contrato de compraventa. Mientras la venta a crédito helenística y la de los pueblos antiguos se fundaba en la ficción de haber recibido el pago que perfeccionaba la transmisión y la anotación de un préstamo equivalente al precio pendiente, -con lo que la compraventa seguía siendo una relación real- la venta romana prescindió directamente de la ficción y condujo, con ello, la compraventa a la esfera de las relaciones obligacionales.

En nuestro derecho, el contrato de depósito aparece entre los “contratos reales nominados”. El derecho histórico español diferencia cuatro contratos reales nominados", que son : 1º el mutuo, 2º el comodato, 3º el depósito, y 4º el peño o prenda<sup>159</sup>.

*“Contractus dicuntur re iniri, vel reales esse, non quasi actionem in rem producant, sed quia non capiunt substantiam hi contractus, nisi vel traditio interveniat vel datio.” (pr. et seqq. Instit, quid mod. Re. Cont. Ob.)”*

Nos ocupamos sucintamente de los fragmentos subsistentes que diferencian el contrato de depósito de la fiducia, el préstamo, el comodato, el contrato de mandato y el contrato de arrendamiento.

<sup>156</sup> Vid. PRINGSHEIM, F., *The Greek Law of Sale*, Weimar, 1950, p. 55. "The δίκη παραθήκης originates from the real act of depositing; what has been given has to be returned. With this "real" element, the old one of tort is still combined in classical Greek and Ptolemaic law."

<sup>157</sup> Vid. HUMBERT, G., Ídem., Con relación a las glosas de Michel de Éfeso, opina que se ajustan más al derecho romano que al derecho griego al sancionar con la infamia al que es condenado por la acción de depósito directa.

<sup>158</sup> Vid. PRINGSHEIM, F., *L'origine des contrats consensuels ...*, ob. cit., p. 185 y ss.

<sup>159</sup> Vid. DOMINGO DE MORATÓ, D.R., *El derecho civil español con las correspondencias del romano, tomadas de los Códigos de Justiniano, y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones del Digesto Romano Hispano de D. Juan Sala*, Valladolid, 1877, Reed. Pamplona 2002, en adelante, se designará como “*Correspondencias ...*”, § 1888.

## 1.-Distinción con la fiducia.

La doctrina considera que el origen de los contratos "reales" no traslaticios está en la fiducia, institución surgida para la cumplimentación de diversos fines con las cosas transmitidas, y fundamentada en la "fides", que implicaba la transmisión de la propiedad de una cosa identificada o cierta por un negocio solemne, y en que la finalidad que el receptor de la cosa debía atender quedaba confiada a su buena fe, a falta de mecanismos jurídicos para forzarle al cumplimiento de lo prometido.

D'ORS PÉREZ-PEIX<sup>160</sup> explica que " ... (la fiducia) se constituía por una "*datio rei*", precisamente por "*mancipatio*" o, por "*in iure cessio*", que bien podía tener finalidad de garantía ("*fiducia cum creditore*"), bien servía simplemente para encomendar algo, al cuidado de un amigo ("*fiducia cum amico*") o incluso para encomendar a un amigo la distribución de un patrimonio al momento de la muerte, según las disposiciones declaradas en una "*nuncupatio*", es decir, lo que se llama el testamento "*per aes et libram*". En tales casos, bien hubiese habido una "*stipulatio*" accesoria, bien faltase ésta, se podía dar una "*condictio*" para que el enajenante reclamase por la no devolución de lo transmitido, por ejemplo, al quedar pagada la deuda, en el primer caso, o al querer recuperar la cosa confiada al amigo, en los otros. Porque también en esa negativa había un enriquecimiento injusto que se equiparaba al hurto. Pero la posibilidad de ejercitar tal "*condictio*" dependía de que hubiese habido una verdadera "*datio*", esto es, que el fiduciario se hubiese hecho dueño. ...." El autor es de la opinión de que no hubo una acción de la ley especial para reclamar la cosa fiduciada, y que la primera acción que hubo para ese fin, aparte la "*condictio*", fue una acción pretoria "*in factum*", porque en su fórmula no se invoca una obligación amparada por el Derecho civil. No obstante, conviene en que una supuesta acción de la fiducia "*in ius*", basada en la buena fe, de haberla habido, habría representado un gran adelanto respecto a la "*condictio*", porque así como por ésta sólo se podía reclamar una dación de la cosa fiduciada, la acción de buena fe amparaba una reclamación más amplia sobre toda la actuación del fiduciario. Las modalidades serían la "*fiducia cum creditore contracta*", dación en garantía antecedente de la prenda y la "*fiducia cum amico contracta*", antecedente del comodato y del depósito. También aquí, nuevas acciones "*in factum*", a las que se agregan posteriormente otras acciones civiles de buena fe "*in ius*", hacen surgir nuevos negocios que no suponen propiamente una *datio*. sino una simple entrega de detentación.

La fiducia constituyó la esencia a partir de la cual se desarrollaron los demás

<sup>160</sup> Vid. D'ORS PÉREZ-PEIX.A, *La formación histórica de los tipos contractuales romanos*, AAMN, 1950, p. 255 y ss.

contratos en Roma, en su fórmula procesal inicial, todavía no se evidencia una referencia expresa a la *bona fides*, si bien existe una referencia a la *fraudatio*, en su fórmula, que revela la preocupación por su uso fraudulento. En cambio, en la fiducia germánica el poder era limitado, estaba condicionado a un uso determinado y si se violaba esa limitación, la actuación resultaba ineficaz y la cosa podía ser reivindicada por el fiduciante o sus herederos<sup>161</sup>.

Por último, HERRERA BRAVO coincide en atribuir el origen del contrato a la figura de la fiducia. Aprecia la desaparición de la mención a la "*actio fiduciae*", así como la antigua acción penal de la "*Lex Laetoriae*", por no tener acomodo como delito privado, en *Iul ed.*, D.3,2,1, a cuyo tenor "... Es tachado de infamia (...) el que en su propio nombre hubiere sido condenado o hubiere pactado sobre hurto, robo, injuria, dolo y fraude; el que hubiere sido condenado en juicio de sociedad, tutela, mandato, o depósito en nombre propio, no por la acción contraria..." Señala, que UBBELOHDE entiende que el depósito estaría sancionado con la *actio fiduciae* por confusión de ambas instituciones, y que el desarrollo de la fórmula "*in ius*" contribuyó la existencia de la "*actio fiduciae*", que, en su origen, era el medio civil de protección de una relación de depósito<sup>162</sup>.

## 2.- Distinción con el contrato de préstamo:

Como es sabido, si en el mutuo la entrega de la cosa tiene por objeto transferir la propiedad y en el comodato el uso, en el depósito solo se confiere la simple custodia, y esto es lo que principalmente distingue entre sí estos contratos. El "simple"

---

<sup>161</sup> Vid. ARRUBLA PAUCAR, J.A., *Los negocios fiduciarios y la fiducia en garantía*, Tesis doctoral, Salamanca, 2003, p. 24 y s. y p. 37. Cfr. BETANCOURT SERNA, F., *Derecho Romano Clásico*, 3ª ed., Sevilla, 2007, p. 629, quien recoge la siguiente fórmula: "*Si paret Aulum Agerio Numerio fundum de quo agitur ob pecuniam debitam fiduciae causa mancipio dedisse eamque pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse aut per Numerium Negidium stetisse quo minus solveretur eumque fundum redditum non esse negotiumve ita actum nom esse, ut inter bonos bene agere oportet et sine fraudatione, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolvito*". La traducción que acompaña, dice: "Si resulta que Numerio Negidio le ha restituido a Aulo Agerio el fundo Capenate, sobre el que se litiga, por causa de una deuda de dinero prestada por Numerio Negidio a Aulo Agerio o no fue por Numerio Negidio por quien dejó de pagarse la deuda o no hubo fraude en el acto, tú, juez, condena a Numerio Negidio a favor de Aulo Agerio a cuanto valía el asunto, si no resulta ser así, absúélvele."

<sup>162</sup> Vid. HERRERA BRAVO, Ramón, *El contrato de depósito en el Derecho Romano*, Granada, 1987, p. 138 y s. y p. 168. En similares términos se expresa GONZALEZ, M. R. *Génesis y evolución de la prenda y la hipoteca en Derecho Romano*, *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/.../1827>, Vol. 14, nº 40, p. 147: "La "*mancipatio*" y la "*in iure cessio*" se utilizaron lo mismo para la plena retribución patrimonial, gratuita u onerosa, que las demás funciones económicas y sociales de garantía, custodia o gestión que se basaban en la "*fides*". Puede verse el desarrollo de la institución de la prenda, modalidad de dación en garantía, que pasa desde una cláusula convencional en sus inicios a considerarse implícita determinadas relaciones, y a la prohibición del pacto comisorio, en diversos trabajos, como por ejemplo el de BUENO DELGADO, J. A., *Pignus Gordianum*, Madrid, 2004 y ZAMORA MANZANO, J.L., *Algunas reflexiones sobre la "lex commisoria" y su prohibición ulterior en el "pignus"*, *RIDA*, LIV, 2007, p. 519-550.

préstamo o contrato de mutuo lo es fundamentalmente de dinero o pecunia, en cualquier caso, la característica que se tiene en cuenta es su fungibilidad, o identificación de las cosas por su peso, número o medida, y no por su individualidad. El prestatario adquiere la propiedad de las cosas recibidas y debe devolver otro tanto de la misma especie o calidad. El elemento diferenciador frente al depósito propio es el del deber del depositario de restituir la misma cosa recibida y la prohibición de usar de ella<sup>163</sup>.

GARCIA GOYENA compara la ley 29, párrafo 1, título 3, libro 16 del Digesto<sup>164</sup>:

*“Si sacculum, vel argentu signatura deposuero, et is, penesquem depositum fuit, me invito, contrectaverit, et depositi et furtimili actio competat”,*

con el artículo que en el CCE actual es el art. 1769, cuando impone responsabilidad “si ha sido forzado el sello ... por la culpa (del depositario)”. Esta responsabilidad por culpa nos dice que es consecuencia de lo dispuesto en el artículo 1101. Cuando se da esta situación ha de estarse a la declaración del deponente, según está dispuesto en el artículo 1253, argumenta que de otro modo sería las más de las veces imposible la prueba en el caso de este artículo lo expuesto al fin del art. 1689. Si esto acaeció sin culpa, no se estará a la declaración del deponente, porque ni es depósito necesario ó miserable, en consonancia con los artículos 1224, y 1687 (del proyecto de 1885), ni se está en el caso del 1255 CCE. Se presume siempre. Nos señala que el 966 Austriaco dice igualmente que, si el depositario ha forzado el sello ó cerradura, se admitirá el juramento del deponente para probar el valor de lo depositado.

Las fuentes ponen de manifiesto que el riesgo pasa al prestatario. Reproducimos los

<sup>163</sup> Vid. *Gai Inst. III, 90,* “*mutui autem datio proprie in his fere rebus contingit, quae res pondere, numero, mensura constant, qualis est pecunia numerata, vinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandomque nobis non eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur, unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit.*”. “...La dación en mutuo se hace propiamente con las cosas que se pesan, cuentan o miden, como es el dinero, el vino, el aceite, el trigo, el cobre la plata o el oro; cosas éstas que entregamos contándolas, midiéndolas o pesándolas, con el fin de que se hagan de la propiedad de quienes las reciben, y éstos nos las devuelvan después, no las mismas cosas, sino otras de igual naturaleza. De donde viene que se llame también mutuo, porque lo que de esta manera te doy, lo mío se hace tuyo.”. BENVENISTE, *Vocabulario...*, ob. cit., p. 121, da un significado muy distinto de la expresión “mutuo”: “... El adjetivo “*mutuus*” define la relación que caracteriza el “emprunt”. (...) Evocaremos, además, “*munus*” y, por ahí, llegaremos a una gran familia de lenguas indoeuropeas que, con sufijos diversos, marca la noción de “reciprocidad”. (...) *Mutuus* califica lo que hay que reemplazar por un equivalente. (...) La raíz indoeuropea “*mei*”, que denota el intercambio, y que ha dado en indoiranio “*mitra*”, nombre de un dios y “contrato”. (...) El sentido es “recíproco, que forma una pareja, que constituye un intercambio.” Cfr. HERRERA BRAVO, R., “*Usurae*”, *problemática jurídica de los intereses en Derecho Romano*, Las Gabias, 1997, p. 23, dice “La palabra “*mutuum*” deriva de “*mutare*”, que se traduce como “cambio”, es decir, dar unas monedas para recibir otras de igual valor. Así VARRÓN, *Linguae Latinae*, 5, 179, afirma: “*Si datum quid reddatur mutuum.*” (...) Otra expresión es “*praestare*”...”

<sup>164</sup> Vid. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, T. IV, Madrid, 1852, p. 91.



siguientes fragmentos relativos al "depósito de dinero", que se ocupan del riesgo y del devengo de interés. En tanto el depositario tiene interés propio en el asunto o derecho a servirse de las cosas, puede pasarle el riesgo y pueden generarse intereses:

- Paulo libro 2 *setentiarum*, Coll. 10,7,9:

*"Si pecuniam deposuero eamque <uti> tibi permisero, mutua magis videtur quam deposita ac per hoc periculo tuo erit."*

" Si te he entregado dinero y te he autorizado a utilizarlo, estamos más bien ante un préstamo que ante un contrato de depósito, y, por consiguiente, el riesgo corre de tu cuenta".

- Ulp. 30 *ed.*, D.16,3,1,35:

*"Saepe evenit, ut res deposita vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur: ut puta si hoc nominatim convenit..."*

"Ocurre frecuentemente que la cosa o las monedas depositadas lo sean a riesgo de aquél en el cual se depositan, por ejemplo, si se convino expresamente. ...".

La jurisprudencia justiniana admite el depósito irregular, siendo patente la influencia helenística<sup>165</sup>. La concepción helena destaca como elemento esencial del depósito el deber de restitución de lo recibido a requerimiento del depositante, si no se había fijado plazo y aún, si se había fijado, sin perjuicio de las indemnizaciones que proceda al depositario. No parece un elemento esencial en dicha concepción el de devolver la misma cosa recibida, pudiendo ser un equivalente, del mismo género, especie o calidad. Se confirma dicha admisión por los textos de la masa papiniana D.16.3, a través de probables interpolaciones. Encontramos la fórmula para compatibilizar el interés del depositante con la facultad de utilización concedida al depositario acogida en el § 700 del BGB<sup>166</sup>, cuando prevé que regirán en el depósito irregular las reglas préstamo, pero no para devolución y plazos, en que se está a las normas del depósito. Lo cual es actualmente el mecanismo de funcionamiento de la banca para sus depósitos e inversiones y los mercados de valores, que compatibilizan

<sup>165</sup> Vid, HUMBERT, en DAREMBERG-SAGLIO, *Dictionnaire...*, entrada, "*depositum*", en que dice: "1. Gréer. Le mot napxxre'roeOrixx ' avait en Grèce, comme a chez nous le mot dépôt, une double signification. Il pouvait, en effet, désigner, soit le contrat de dépôt, ce contrat par lequel une partie s'oblige à garder gratuitement une chose qui lui est confiée par l'autre partie et à la restituer à première réquisition, soit la chose même qui faisait l'objet du contrat."

<sup>166</sup> §. 700 BGB. "*Unregelmässiger Verwahrungsvertrag*" (1) "Werden vertretbare Sachen in der Weise hinterlegt dass das Eigentum auf den Verwahrer hintergeht und dieser verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art und Güte und Menge zurückzugewahren, so finden bei Geld die Vorschriften ueber den Verwahrungsvertrag, bei anderen Sachen die Vorschriften ueber den Sachdarlehensvertrag entsprechende Anwendung. Gestattet der Hinterleger dem Verwahrer hinterlegte vertretbare Sachen zu verbauchen, son finden bei Geld die Vorschriften ueber den Darlehensvertrag, bei anderen Sachen die Vorschriften ueber den Sachdarlehensvertrag von dem Zeitpunkt an Anwendung, in welchem der Verwahrer sich die Sache aneignet. In beiden Fällen bestimmen sich jedoch Zeit und Ort der Rückgabe im Zweifel nach den Vorschriften über den *Verwahrungsvertrag*. (2) *Bei der Hinterlegung von Wertpapieren ist eine Vereinbarung der im Absatz 1 bezeichneter Art nur dann gültig wenn sie ausdrücklich getroffen wird.*"

el derecho del depositante a retirar sus caudales en cualquier tiempo, si no se ha fijado plazo y aún, en determinados depósitos a plazo fijo, antes de su conclusión, con pérdida de intereses. Para salvaguarda del funcionamiento del sistema están sometidos a requisitos de liquidez y control de los bancos emisores y centrales. Puede verse un antecedente en el siguiente fragmento de *Pomponius libro quinto ad Sabinum*, D. 50.17.14:

*“In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur.”*

"En todas las obligaciones en las que no se fija un plazo, la deuda existe desde el primer momento".

Diversos pasajes confirman la transferencia del riesgo y la imposición de pago de intereses al depositario, al igual que al prestatario, si incurría en mora en la restitución, sin necesidad de pacto<sup>167</sup>.

---

<sup>167</sup> Cfr. D.16,3,12,3: "... sic depositum quoque eo die, quo depositi actum sit, periculo eius apud quem depositum fuerit est, si iudicii accipiendi tempore potuit id reddere reus nec reddidit...", "... así también lo depositado desde el día en que se demanda con la acción de depósito, está a riesgo del depositario, si el demandado podía devolverlo en el momento de la litiscontestación y no lo devolvió..."; Ulp. 30 ed. Pap. 9 quaest., D.16,3, 24 (...) "...In qua quaestione si depositi actio non teneat, cum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est. Et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. Si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur. ..." "... porque si se convino que se diese en pago otro tanto, el asunto excede de los límites evidentes del depósito. En cuyo caso, si no hubiera acción de depósito, al convenirse que se diera otro tanto -no lo mismo- no puede decirse fácilmente que se computan los intereses. Y está establecido, por lo que se refiere a los juicios de buena fe, por lo que se refiere a los intereses, que el ministerio del árbitro puede tener el mismo efecto <de obligar al pago de intereses> que la estipulación; pero va contra la buena fe y la naturaleza del depósito el pedir intereses, antes de incurrir en mora, de aquél que hizo el favor de recibir la cantidad. Pero si convino inicialmente sobre el pago de intereses, se observará lo dispuesto en el contrato."; Pap. 3 resp. D.16,3,25,1, "*Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoque iudicio depositi condemnandus est.*" "El depositario que gastó en sus propias cosas el dinero depositado sin ser sellado, para que devolviese otro tanto, después de la mora ha de ser condenado también en la acción de depósito a pagar los intereses." Fuera del título "De la acción de depósito y de la contraria, encontramos también fragmentos que enuncian la misma regla, como Ulp. 26 ed., D 12,1,9,9: "*Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere. Ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit et poterit ei condici.*" "Te entregué en depósito diez mil sestercios y luego te permití que usaras de ellos. Nerva y Próculo dicen que se puede demandar por condición como si te fueran prestados, incluso antes de tomarlos; y es verdad, como parece también a Marcelo, pues empezó a poseer con la intención. Por consiguiente pasa el riesgo a aquél que pidió en préstamo y se puede demandar por la condición." Ulp. 2 ed., D.12.1.10: "*Quod si ab initio, cum deponerem, uti tibi si voles permisero, creditam non esse antequam mota sit, quoniam debitu iri non est certum.*" "Porque, si al hacer el depósito desde un principio te hubiese yo permitido, si querías usar de la cantidad, no quedaría prestada antes de disponer de ella, pues no era cierto que fuera a deberse".

### 3.- Distinción con el comodato:

Se encuentra en el hecho de que en el comodato, la cosa se entrega al comodatario en interés de este último, por lo que la duración queda supeditada al fin previsto por las partes o por el uso, a diferencia del depósito y también de la entrega en precario, casos en que el disponente puede recuperar la cosa en cualquier tiempo, en el hecho de poder ser objeto del mismo tanto cosas muebles como cosas inmuebles, y en que el comodatario, precisamente, tiene derecho a servirse o usar de la cosa según su naturaleza y los usos o en los términos autorizados por el comodante. Tienen en común que debe restituirse la misma cosa recibida.

Este último hecho provoca que el comodatario deba poner la diligencia que pone la persona más diligente en sus propias cosas en la conservación de la cosa recibida, de modo que tan solo deje de responder por los riesgos inevitables (*Gai 9 ed.*, D.13,6,18 pr.) El fragmento de la *Collatio*, 10,2,7 nos dice acerca de la acción de comodato que:

*"Actio commodati semper in simplum competit, depositi vero nonnumquam in duplum, scilicet si ruinae vel naufragii vel incendii aut tumultus causa res deponatur."*

"La acción de comodato siempre se da por el tanto, el depósito, en cambio, a veces se concede por el duplo, así procede cuando se produce por ruina, naufragio, incendio, o tumulto."

No obstante, el uso en forma no autorizada supone hurto y la responsabilidad objetiva por la condición, de igual forma que el uso de la cosa depositada no permitido. (*Pomp. 38 ad. Q. Mucio*, D.13.1.16 y *Ulp. 28, ed.*, D.13,6,8)."

Y se prevén casos en que el comodatario actúe en interés del disponente, en que solo responderá por el dolo. (*Iul. 1 dig*, D.13,6,19);

- que tenga derecho a percibir los frutos de la cosa, y que deba soportar los gastos ordinarios y aún los gastos moderados que se produzcan, así lo prevé el pasaje atribuido a Gayo en el edicto provincial, D.13,6,18,2:

*"Possunt iustae causae intervenire, ex quibus cum eo qui commodasset agi deberet: veluti de impensis in valetudinem servi factis quaeve post fugam requirendi reducendique eius causa factae essent: nam cibarium impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum accepisset. Sed et id, quod de impensis valetudinis aut fugae diximus, ad maiores impensas pertinere debet: modica enim impendia verius est, ut sicuti cibarium ad eundem pertineant."*

"Pueden existir justas causas por las que debe demandarse al comodante; por ejemplo, por las impensas hechas en la curación del esclavo o las que se hubiesen hecho con motivo de su fuga, para buscarlo y detenerlo, porque, en cambio, las impensas de manutención pertenecen como es natural al comodatario; pero incluso lo dicho acerca de las impensas de curación y fuga debe referirse a las impensas

mayores, pues las menores es más exacto que pertenezcan al comodatario, al igual que las impensas de manutención".

#### 4.-Distinción con el contrato de mandato:

Lo más próximo a una definición del contrato de mandato en las fuentes romanas que nos ha llegado, es el pasaje *Gai*, III, 155, según el cual:

*"Mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus sive aliena; itaque sive ut mea negotia geras sive ut alterius mandaverim, contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi velte mini bona fide praestare oportet."*

"Hay contrato de mandato cuando mandamos algo, bien en interés propio, bien en interés ajeno. (...) Quedamos obligados, uno y otro recíprocamente, en lo que cada uno deba hacer al otro según la buena fe."

El art. 1709 del CCE lo define diciendo que: "Por el contrato de mandato se obliga una de las partes a prestar algún servicio o a hacer alguna cosa o por cuenta o encargo de otra.", lo cual recoge la esencia característica de su contenido, de constituir un encargo para gestionar un asunto ajeno. El Digesto recoge una parte importante de la jurisprudencia romana sobre "la acción de mandato y la contraria" en el Libro XVII, título I. Encontramos en sus previsiones más coincidencias que diferencias con el contrato de depósito, por lo que comenzamos por señalar las similitudes con el mismo: El paralelismo entre ambos tipos contractuales se centra en la gestión por cuenta, en nombre y en interés de otro que comparten. Este elemento es definitorio y criterio orientativo para las consecuencias jurídicas de los contratos en cuestión<sup>168</sup>.

En las fuentes romanas podemos constatar que, al igual que hemos visto que se prevé para el depósito,

---

<sup>168</sup> Así, nuestro CCE de 1889 recupera el derecho del depositario de retener en prenda las cosas objeto del depósito, prohibido en época medieval y parece difícilmente discutible el derecho del depositario de pedir una provisión de fondos por su actuación en nuestro derecho civil actual, derecho expresamente reconocido al mandatario en el artículo 1728 CC: "El mandante debe anticipar al mandatario, si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato..."; se reconoce en derecho común español la facultad de sustitución del mandatario bajo su responsabilidad con relación a la persona elegida, algo que excluye el DCFR respecto del contrato de depósito frente a las reglas generales de los contratos de servicios, por razones que no se acaban de entender. Algún autor aprecia en esta prohibición, salvo pacto en contrario, una apreciación de un factor "*intuitu personae*" en el contrato de depósito, si bien no parece más específico que el de los demás contratos de servicios. Cfr. IV.C-5:102 (2), VALPUESTA GAZTAMINZA, E., en *Libro IV C., Servicios, Unificación del Derecho Patrimonial Europeo*, Barcelona, 2011, p. 278. Otro punto que parece extrapolable al contrato de depósito respecto de la regulación de nuestro Código civil del contrato de mandato es la facultad de renuncia, con las prevenciones necesarias para no perjudicar los intereses del depositante, prevista para el mandatario en el artículo 1732. 2º CCE. Puede interpretarse de esta forma la previsión del artículo 1776 CCE en tanto permite al depositario que tenga justos motivos para no conservar el depósito, aún antes del término designado, restituir la cosa al depositante y, si éste lo resiste, obtener del juez su consignación.

- El mandatario que ha actuado correctamente, tiene derecho a ser resarcido de los gastos y a ser indemnizado de cualesquiera daños que se le hayan seguido de su actuación, conforme a los principios de las acciones de buena fe, en el fragmento D. 17,1,27, 4:

*"Impendia mandati exsequendi gratia facta si bona fide facta sunt, restitui omnimodo debent, nec ad rem pertinet, quod is qui mandasset potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere.*

Y Pap. L. 3 *Responsum*: D. 17,1,56, 4.

*"Sumptus bona fide necessario factos, etsi negotio finem adhibere procurator non potuit, iudicio mandati restitui necesse est."*

- Es posible al mandatario delegar su gestión, bajo su responsabilidad, como también lo prevén en el arrendamiento. En este último caso, podemos citar el fragmento *Ulp. 32 ed.*, D. 19,2,9,5:

*"Celsus etiam imperitiam culpa adnumerandam libro octavo digestorum scripsit. si quis vitulos pascendos vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit."*

"Celso 8, dig. escribió que la impericia ha de ser tomada como culpa (...) y aquéllo en que erró por impericia es culpa, porque, dice, él tomó en arriendo como quien conoce la cosa".

y *Ulp. 32 ed.*, D. 19,2,11, pr.:

*"Mihi ita placet, ut culpam etiam eorum quos induxit praestet suo nomine, etsi nihil convenit, si tamen culpam in inducendis admittit, quod tales habuerit vel suos vel hospites: et ita Pomponius libro sexagesimo tertio ad edictum probat."*

"... Me parece que también respecto de aquellos que introdujere en la casa, deberá responder personalmente, aunque nada se haya convenido, si hubo culpa al admitir tales <esclavos> suyos o huéspedes y así lo aprueba Pomponio 63 ed."

Respecto del contrato de mandato, se encuentra reconocida la posibilidad en los textos *Ulp. 30 ed.*, D. 16,3,1,11:

*"Si te rogavero, ut rem meam perferas ad titium, ut is eam servet, qua actione tecum experiri possum, apud Pomponium quaeritur. Et putat tecum mandati, cum eo vero, qui eas res receperit, depositi: si vero tuo nomine receperit, tu quidem mihi mandati teneris, ille tibi depositi, quam actionem mihi praestabis mandati iudicio conventus."*

"si las hubiera recibido en tu nombre, ciertamente me quedas obligado por la acción de mandato".

- Delegación: *Paul*, 32 ed., D. 17,1,1,pr.:

*"Ideo per nuntium quoque vel per epistulam mandatum suscipi potest."*

- *Ulpianus libro 47 ad Sabinum*, D. 17,1, 21:

*"Cum mandatu alieno pro te fideiusserim, non possum adversus te habere actionem mandati, quemadmodum qui alienum mandatum intuitus spopondit. Sed si non utique unius, sed utriusque mandatum intuitus id fecerim, habebō mandati actionem etiam adversus te, quemadmodum, si duo mihi mandassent ut tibi crederem, utrumque haberem obligatum."*

y *D. Paul* 22 ed., 17,1,3:

*"Mea et aliena, veluti si tibi mandem, ut mea et Titii negotia gereres vel ut mihi et titio fundum emerēs vel ut pro me et Titio fideiubeas."*

- Respecto de la obtención de una provisión de fondos o garantía del mandatario o gestor, podemos citar los siguientes pasajes de *Scaev. 1 resp.*, D. 16,3,28 *"...id est ut usuras eorum accipias, curae habebō"* "procuraré cuanto antes que no te quede sin invertir ..."; el caso de la tutela: *Ulp. 35 ed.*, D. 26,7,7, 7-8:

*"Ne per multos tutela spargatur, si non erit a testatore electus tutor aut gerere nolet, tum is gerat, cui maior pars tutorum tutelam decreverit: praetor igitur iubebit eos convocari aut, si non coibunt aut coacti non decernent, causa cognita ipse statuet, quis tutelam geret. 8. Plane si non consentiant tutores praetori, sed velint omnes gerere, quia fidem non habeant electo nec patiuntur succedanei esse alieni periculi, dicendum est praetorem permittere eis omnibus gerere."*

"... Cuando conviene que se depositen cantidades para la compra de predios ..."; "lo mismo suelen hacer los pretores con los tutores que niegan tener en su poder alguna cosa con que alimentar a los pupilos, a fin de que se paguen intereses altísimos ..."

y el caso del procurador: *Ulp. 1 disp.*, D. 3, 3, 28:

*"Si procurator meus iudicatum solvi satis acceperit"*, "Si mi procurador hubiese recibido caución de que el demandado pagaría la condena ..."; *Paul. 1 sent.*, D. 3,3,30 (cesión de acciones en caso de insolvencia del mandante) *"Actoris procurator non in rem suam datus propter impensas quas in litem fecit potest desiderare, ut sibi ex iudicatione satisfiat, si dominus litis solvendo non sit."* "El procurador del demandante que no es nombrado en su propio interés, puede pedir con la acción ejecutiva que se le abonen los gastos que hizo en el pleito si el titular resultara insolvente ..."; y *Ulp. 9 ed.*, D. 3, 3, 25 in fine, 26: *"Item si retentione aliqua procurator uti velit, non facile ab eo lis erit transferenda, y Paul. libro octavo ed., 3.3.26: Nisi dominus ei solvere paratus sit."* "También si el procurador quisiera usar de alguna retención, difícilmente podrá ser desplazado del litigio ... a menos que el titular esté pronto a pagarle ..."; Veremos este punto más extensamente en el capítulo IV.

Finalmente, también se reconoce al mandatario el derecho a desistir de su encargo,

como puede apreciarse en el fragmento atribuido a Ulpiano, D. 17, 1, 8, 8 :

*"Quid tamen, si paupertas eis non permisit? Excusata est eorum inopia. Sed et si testato convenerunt debitorem, ut si ipse putaret appellaret, puto rationem eis constare".*

" ... ¿qué ha de decirse si no se lo permitió (apelar) su pobreza? Su indigencia queda excusada, y también si reconvinieron al deudor ante testigos para que, si lo creyese oportuno, apelase él, creo que parecen justificados."

El contrato puede apartarse del criterio definitorio de los efectos expuestos cuando en parte se satisfacen intereses del mandatario o depositario, tal es el caso en que este último se aprovecha de las cosas recibidas, teniendo autorización para ello expresa o tácita -faltando la misma, en derecho romano se consideraba cometido el delito privado de hurto-; en nuestro derecho actual, desaparecida la categoría de los "delitos privados", cambian las consecuencias de riesgos y responsabilidad del perceptor y entran en juego los criterios del préstamo o comodato en todo caso; según las circunstancias, puede haberse incurrido en un delito propiamente dicho. La jurisprudencia romana también debatió sobre el alcance de la aplicabilidad de las consecuencias del delito privado al tenedor o al heredero que desconocía que la cosa había sido "hurtada"<sup>169</sup>.

Vistas las similitudes entre ambos tipos contractuales, nos centramos en sus diferencias. Éstas son que:

- El contrato de mandato se configura como contrato consensual y no real como el contrato de depósito en Derecho Romano Así resulta de la sentencia *Ulp. 32 ed. D.17,1,1, pr.:*

*"Obligatio mandati consensu contrahentium consistit."*

El fragmento *Gai rerum cott.*, D. 17,1,2,6, lo diferencia del mero consejo, que puede o no seguirse:

*"Tua autem gratia intervenit mandatum, veluti si mandem tibi, ut pecunias tuas potius in emptiones praediorum colloques quam faeneres, vel ex diverso ut faeneres potius quam in emptiones praediorum colloques: cuius generis mandatum magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei cui datur, quia liberum est cuique apud se explorare, an expediat sibi consilium." -*

<sup>169</sup> Cfr. *Ulp. 29 ed.*, = D.14,4,9,2; D. 50, 17, 44: "*Totiens in heredem damus de eo quod ad eum pervenit, quotiens ex dolo defuncti convenitur, non quotiens ex suo.*" "Damos acción contra el heredero solo por lo que llegó a su poder siempre que sea demandado por el dolo del difunto y no cuando es demandado por su propio dolo."; y *Ulp. 10 ed.*, D.3,6,5 pr., "*In heredem autem competit in id quod ad eum pervenit. Nam est constitutum turpia lucra heredibus quoque extorqueri, licet crimina extinguantur: ut puta ob falsum vel iudici ob gratiosam sententiam datum et heredi extorquetur et si quid aliud scelere quaesitum*", entre otros.

- Puede diferirse a un término o convenirse bajo condición, por el empleo de los términos "ruego", "quiero", "mando" o cualquier otra expresión equivalente.
- *Gai 2 rer cott.*, D.17,1,2, pr., aclara que el contrato de mandato puede contraerse solo por utilidad del mandante, por utilidad ajena, ajena y propia del mandante a la vez, o bien de mandante, mandatario y ajena; pero si se constituye en interés exclusivo del mandatario, el mandato es superfluo y no nace de él ninguna obligación. El mandato, en derecho romano, no tiene una clara distinción acerca de si supone únicamente la gestión de negocios jurídicos ajenos, con repercusión sobre el patrimonio de la persona en cuyo nombre se actúa, que es la diferencia de los contratos de servicios para con el contrato de mandato, de regulación especial, en el *DCFR*<sup>170</sup> sino que abarca casos en que el mandatario queda personalmente obligado por su actuación.

El mandato no tiene necesariamente que versar sobre una cosa, suele ser una actuación con efectos jurídicos<sup>171</sup>, coincide en ser en principio gratuito, cuando el mandato es mercantil en nuestro derecho se ha hablado de comisión, y tratando del paralelismo del depósito con el mandato algunos autores han considerado que el contrato de depósito podía configurarse perfectamente como una clase especial de mandato, con el objeto de custodia de cosas. GARCÍA GOYENA, nos dice que "...de

<sup>170</sup> Vid. TORRUBIA CHALMETA, B., *Libro IV D., Contratos de mandato, en Unificación del derecho patrimonial europeo, Marco común de referencia y derecho español*, Coord. Valpuesta Gaztamina, E., Barcelona, 2011, p. 293, señala que el DCFR considera como nota característica del contrato de mandato el hecho de la actuación por cuenta ajena. Se considera dentro de la categoría de "contratos de mandato también toda labor de intermediación: Part D. Mandate contracts Chapter 1: General provisions

IV.D.-1:101: Scope (1) "...This Part of Book IV applies to contracts and other juridical acts under which a person, the agent, is authorised and instructed (mandated) by another person, the principal: (a) to conclude a contract between the principal and a third party or otherwise directly affect the legal position of the principal in relation to a third party; (b) to conclude a contract with a third party, or do another juridical act in relation to a third party, on behalf of the party to the contract or other juridical act; or (c) to take steps which are meant to lead to, or facilitate, the conclusion of a contract between the principal and a third party or the doing of another juridical act which would affect the legal position of the principal in relation to a third party. ..." con repercusión en la esfera jurídica del representado.

<sup>171</sup> Vid. WITTMAN, R., *Die Prozessformeln der "actio mandati". Ein Beitrag zur Geschichte des prätorischen Edikts*, en *Mandatum und Verwandtes*, Dir. D. Nörr y S. Nishimura, Berlin, Heidelberg, 1993, p. 39 y ss., estudia el objeto del contrato de mandato y comprueba que los fragmentos se refieren mayormente a actuaciones jurídicas concretas, aunque nada impide que puedan ser de esta denominación y acción actuaciones jurídicas más generales. Remarca que la expresión "procurator" no es jurídico sino descriptivo y "social", y que puede ser llamado así también un gestor de negocios ajenos, así se habla del "procurator" en *Afric. D. 17,1,34*, pr. Comprueba que los casos contemplados se refieren mayormente a la compraventa o venta de parcelas, reclamación de una deuda, pago o afianzamiento. En las p. 46-50 aborda la correlación con la acción de mandato contraria, y recoge la disputa entre los Sabinianos, que rechazan la procedencia de la acción contraria en caso de sobrepasar los límites del mandato y la escuela proculiana, que admitía la restricción de la acción a los límites del mandato en este caso, y rechaza que exista una conexión entre la "actio depensi" del capítulo II de la Ley Aquilia y la "actio mandati contraria". El fiador, señalan que disponía de una fórmula "in factum concepta", algo que LENEL nos señala que basa en los pasajes *Paul 32 ed.*, D.17,1,26,2 y *Pomp. 3 Plaut.*, D. 17,1,47, pr. y la expresión "pecunia abesse".



todos modos., bien mirada esta (diferencia) , no es de grande interes , porque el mandato es tambien gratuito como el depósito , y nosotros exigirnos en ambos casos la misma diligencia y responsabilidad, descartando las sutilezas del Derecho Romano...” "habiendo tan grande analogía entre los dos contratos y siendo ambos de beneficencia, no puede negarse en uno lo que se concede en otro. escuso decir que gozará también de la compensación, habiendo términos hábiles<sup>172</sup>".

Transcribimos a continuación algunos casos en que se diserta sobre si será aplicable la acción de depósito o la acción de mandato. Se tiene en cuenta el contenido del contrato, si lo es solo de custodia de una cosa o si hay un encargo de quien da la cosa que exceda de esta sola función:

*Ulp. 32 ed., D.16,3,1, 11: "Si te rogavero, ut rem meam perferas ad titium, ut is eam servet, qua actione tecum experiri possum, apud Pomponium quaeritur. Et putat tecum mandati, cum eo vero, qui eas res receperit, depositi: si vero tuo nomine receperit, tu quidem mihi mandati teneris, ille tibi depositi, quam actionem mihi praestabis mandati iudicio conventus".*

“Si yo te hubiese rogado que lleves una cosa mía a Ticio, para que él la guarde, se pregunta Pomponio con qué acción puedo demandarte; y cree que contra ti con la acción de mandato; contra el que hubiere recibido las cosas, con la de depósito; pero si las hubiese recibido en tu nombre, tú ciertamente me quedas obligado por la acción de mandato; él contigo por la de depósito, la cual me cederás al ser demandado por la acción de mandato”.

*“(12) Quod si rem tibi dedi, ut, si titius rem non recepisset, tu custodires, nec eam recepit, videndum est, utrum depositi tantum an et mandati actio sit. et Pomponius dubitat: puto tamen mandati esse actionem, quia plenius fuit mandatum habens et custodiae legem.”*

“Pero, si te entregué una cosa para que, si Ticio no quisiera aceptarla, la guardaras tú, y él no la aceptó, hay que ver si hay únicamente acción de depósito o también acción de mandato, y Pomponio duda, aunque yo creo que hay la de mandato porque resultaba más amplio el mandato con su cláusula de custodiar la cosa.”

*“(13) Idem Pomponius quaerit, si tibi mandavero, ut rem ab aliquo meo nomine receptam custodias, idque feceris, mandati an depositi tenearis. Et magis probat mandati esse actionem, quia hic est primus contractus”.*

“El mismo Pomponio se pregunta si quedas obligado por mandato o por depósito cuando yo te hubiese mandado que guardes una cosa que recibes de otra persona en mi nombre y así lo hubieres hecho; y cree más probable que hay acción de mandato, porque éste es el primer contrato.”

*“(14)(...)si apud te volentem me deponere iusseris apud libertum tuum*

<sup>172</sup> Vid. GARCIA GOYENA, F., *Comentario al art. 1661 y 1620, respectivamente, del Proyecto de 1851, Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Madrid, 1852, p. 85 y 49.

*deponere, an possim tecum depositi experiri.*”

“Si me mandaste que depositara en el <liberto> a tu riesgo, no veo porqué no haya acción de mandato...”.

- *Ulp. 31 ed.*, D.17,1,8, pr.:

*“Si procuratorem dederō nec instrumenta mihi causae reddat, qua actione mihi teneatur? Et Labeo putat mandati eum teneri nec esse probabilem sententiam existimantium ex hac causa agi posse depositi: uniuscuiusque enim contractus initium spectandum et causam.”*

“Si yo hubiese nombrado un procurador y éste no me devolviera los documentos del litigio ¿por qué acción podré demandarle? Labeón opina que por la de mandato y que no es probable la opinión de los que creen que se puede demandar por esta causa con la acción de depósito, pues ha de mirarse en cada contrato el momento inicial y su causa.”

Mientras el depositario es mero detentador de la cosa recibida, el mandatario tiene autonomía de gestión dentro del marco de su encargo, para mejorar las condiciones:

- *Paul. 5 Plaut.*, D.17,1,45,5,5:

*“Melior autem causa mandantis fieri potest, si, cum tibi mandassem, ut Stichum decem emerēs, tu eum minoris emeris vel tantidem, ut aliud quicquam servo accederet: utroque enim casu aut non ultra pretium aut intra pretium fecisti.”*

“Además, entra en la razón de la acción de mandato el hecho de que durante el mismo puede mejorarse < a veces > la causa del mandante, pero nunca empeorarse...”

4 bis.- Nota sobre la gestión de negocios ajenos.

Si bien la expresión en la actualidad tiende a reducirse a los casos de gestión para aquéllos que se efectúan por intervención espontánea no concertada con el dueño ni con las personas responsables de la gestión, expresión que también se utiliza en las fuentes romanas<sup>173</sup>, en Derecho Romano abarcaba todo tipo de encomienda de gestión singularizada o no de asuntos ajenos- siendo el caso que la expresión “mandato” es utilizada para la relación interna entre las partes. No existe una diferenciación clara entre el contrato de mandato y la gestión de negocios ajenos, si bien los casos contemplados presentan una tendencia a proyectarse sobre figuras de administración amplias y su proyección a la esfera externa de actuación, como poder, frente a los casos agrupados bajo el epígrafe de la acción de mandato y la contraria, -D. 17,1- que contemplan mayormente encargos concretos<sup>174</sup>. Es

<sup>173</sup> Cfr. *Gai 2 res cott.*, D. 44, 7, 1, pr. y D. 44, 7, 5, pr.-1.

<sup>174</sup> Vid. SELB, W., *Das Mandat in Texten des Syrisch-Römischen Rechtsbuches*, en *Mandat und Verwandtes*, Heidelberg, 1993, p. 93-100, estudia la funcionalidad del mandato como "poder general", llamado "nomos"-con omisión de los conflictos internos de la relación- que se le confiere

variable la posición del “procurator”. Se puede apreciar identidad de razón con los cargos u oficios públicos encargados de administración de caudales, la figura del tutor o curador, el administrador patrimonial, cual podía serlo el “bonorum emptor” en caso de liquidación patrimonial, y lo que hoy podríamos considerar “apoderados”, siendo el caso de ausencia de poder y de ratificación de la gestión solo un supuesto de la figura. Se sitúa su origen en el Derecho Público, para cargos encargados de la administración del patrimonio colectivo, y en el Derecho de familia, por la protección de los menores de 25 años, mujeres y locos, y para la gestión de los asuntos del pater familias por los hijos de familia, parentela y por esclavos, que da pie al desarrollo de las relaciones y acciones adyecticias contempladas en el T. XVIII del Edicto Perpetuo. En el Digesto podemos citar, por ejemplo, la figura del “procurador del César o contador”, que tiene encomendado administrar diligentemente el patrimonio del César (D.1,19); Libro 3, título 3, “Sobre los procuradores y defensores”, 5, “Sobre la gestión de negocios”; Libros 14 y 15, relativos a las acciones adyecticias; Libros 26 y 27, sobre la tutela y curatela y los Libros 30-36 con diversas previsiones sobre los legados y fideicomisos; el Libro 44, 7 del Digesto, tal y como ya se ha expuesto, equiparándose su tratamiento según los casos, a las tutelares, o al mandato, esto último, en el caso de que las actuaciones hayan sido ratificadas por el dominus. En las Instituciones de Justiniano, el libro primero, título 13 y ss., se ocupa de las tutelas. Los rasgos definitorios en relación al contrato de depósito son similares a los del propio contrato de mandato, a las que ya nos hemos referido.

## 5.- Distinción con el contrato de arrendamiento.

### a.-Generalidades:

El contrato de arrendamiento es uno de los contratos consensuales típicos en Derecho Romano. Resulta interesantes las explicaciones de PRINGSHEIM, de que en el derecho griego, en cambio, el nacimiento de la obligación de desempeñar algún servicio y el desistimiento de la misma venían moduladas por medio de arras<sup>175</sup>. Las arras generaban el vínculo, y el que las recibía quedaba sujeto a desempeñar el encargo o a devolverlas duplicadas. Si se realizaba el servicio previsto, se entendían recibidas a cuenta del precio y la prestación de servicios era considerada naturalmente onerosa. También podían pactarse las arras con la cláusula “αηαπόριθον”, o sea, “no-retornable”, o irrevocable, que tenía un efecto confirmatorio<sup>176</sup>.

---

en el Libro sirio-romano (que se viene situando en el S. IV d. C. y algunos autores atribuyen a San Ambrosio) que considera que son copias manuscritas de una sola compilación, más o menos fieles al original, y no varias obras distintas. Advierte que recogen especialmente la concesión de un “apoderamiento” general para la administración de todo el patrimonio, dentro del ámbito familiar, del “pater” al hijo de familia, al tutor, o de la esposa respecto de sus bienes parafernales a su consorte, Cfr, Paulo, D. 23,3,9; Diocleciano en el C. Gregoriano, 3,6,5 (Vid. Fira II), o Theodosio y Valentiniano en C.5,14,8, el otorgamiento de la representación al procurador para litigar en juicio y la figura especial del “mandato crediticio”, que los pasajes de *Iul.*, D. 17,1,32 y de Diocleciano y Maximiliano, C. 4,35,10 equiparan a una fianza, y en que se amplía el concepto de “daño” estricto a reintegrar que representa la cantidad pagada con los “intereses que el fiador hubiera dejado de obtener” por atender la deuda si no se le reintegra en plazo, al modo de los intereses de demora del rescripto C. 4, 35, 18, algo que no contemplaba la acción de mandato clásica.

<sup>175</sup> Vid. PRINGSHEIM, F., *The Greek Law of Sale, ob. cit.*, p. 374 y s. y p. 390.

<sup>176</sup> Vid. PRINGSHEIM, F., *ut supra*, El autor recoge un caso de la ciudad de Olbia, SIG 495, 130 y

Resulta difícil encontrar un elemento aglutinador de las tres modalidades en que la doctrina escolástica y la codificación moderna han clasificado los contratos de arrendamiento: el arrendamiento de cosas, el de obras y el de servicios<sup>177</sup>. Si bien es posible salvar las diferencias entre el contrato de arrendamiento de obras, centrado en la obtención de un resultado y el contrato de arrendamiento de servicios, centrado en el desempeño de una actividad por cuenta o encargo de otro, y de hecho, la propuesta comunitaria "Draft common frame of reference" -DCFR - lo hace, por el establecimiento de un régimen unitario de riesgos y objetivos a ambas modalidades contractuales, que pasan a centrarse en la consecución de un resultado pero delimitando la exoneración de responsabilidad del prestador de servicios por causas no imputables al mismo, - lo que también unifican las mencionadas normas de referencia respecto del régimen del contrato de depósito- resulta difícil encontrar un factor satisfactorio de concordancia con el arrendamiento de cosas, en que una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto<sup>178</sup>, y en que, a diferencia de los arrendamientos de obra o de servicios, el interesado es quien recibe la cosa.

Ha habido algunos intentos de buscar una explicación de la designación unitaria de estos tipos contractuales. VIGNERON<sup>179</sup> nos explica al respecto que el único fragmento de la Ley de las XII Tablas que hace alusión al arrendamiento, contempla un caso de alquiler de animales de tiro<sup>180</sup>, que PINNA PARPAGLIA<sup>181</sup> destaca, en un estudio dedicado al arrendamiento rústico, que la actividad del colono exige a éste prestar atención a la selección de sus colaboradores, o el trabajo de sus esclavos, para conseguir una explotación satisfactoria, y que concluye que en todos los casos de locación se atiende la función económica y social de la especialización y diversificación del trabajo, para optimizar la producción, en interés de ambas partes intervinientes. Continúa explicando que, ARANGIO-RUIZ en 1921 afirma la unidad del concepto de arrendamiento con base en el término "*apotelegma*" frente al de "*ergon*", empleado por Labeón, de lo que este autor deduce que el contrato de arrendamiento comprende "toda la actividad material dirigida a la ejecución de una

---

ss. (278-213 a. C.) = IPE, 1º, 32, B, 34, en el que un tal Protogenes se había obligado ante la asamblea ciudadana a anticipar todo el importe para la construcción de un muro y que puso 500 monedas de oro y convocó públicamente la adjudicación, quienes recibieron los anticipos y, a su vez, concedieron anticipos a los trabajadores que contrataban. Señala la ventaja de producirse una moderación de precios gracias al pago anticipado de los salarios y de asegurarse el cumplimiento. Relata otros casos en los papiros P. Cair. Zen. 59182 (255 a. C.) y PSI 323 (265-264 a. C.), entre otros, o el caso P. Fay 91 (a. D. 99) (= Sel. Pap. 17), de una contratación de una empleada para recoger la cosecha de olivas, en que si desiste, queda obligada a devolver por duplicado el anticipo recibido, y que esta prestación quedaba asegurada además por una cláusula ejecutiva en el contrato para el caso de incumplimiento. El autor advierte que el empleado, por su parte, no quedaba vinculado si no se le satisfacía el primer plazo.

<sup>177</sup> Cfr. Art. 1542 CCE.

<sup>178</sup> Cfr. Art. 1543 CCE.

<sup>179</sup> Vid. VIGNERON, R., *La locatio-conductio secondo i romani*, *Labeo* 34, 1988, p. 361-372.

<sup>180</sup> Cfr. Gai 4.28, "...pro eo iumento quod quis ideo locasset..."(T. 12, I)

<sup>181</sup> Vid. PINNA PARPAGLIA, M., *Vitia ex ipsa re, aspetti della locazione in diritto romano*, *Università di Genova, Fondazione Nobile Agostino Poggi*, Vol. XV, Milano, 1983, p. 207 y ss.

determinada obra<sup>182</sup> y que, por su parte, WUBBE encuentra el elemento común a todos los tipos contractuales de arrendamiento en el deber de restituir la cosa recibida o entregada. Se encuentra cierto acercamiento a una idea unitaria del arrendamiento de cosa y al de obra si se tiene en cuenta que en la Roma antigua se "arrendaba" al esclavo para desempeñar servicios. VIGNERON considera débil la argumentación, pero estimulante la sugerencia de estar ante técnicas de explotación de recursos cualquiera que sea su forma jurídica. SEVERIN FUSTER recoge, como idea clave del concepto de la "*locatio-conductio*" romana el hecho de que el "*locator*" es la persona que solicita un servicio y el "*conductor*" el que lo presta bajo su ámbito de organización y dirección y sostiene que no se corresponde con las categorías griegas ni de otros derechos históricos<sup>183</sup>. D'ORS PÉREZ-PEIX ofrece una explicación procesal. Sostiene que en materia contractual, ha de estarse a las acciones posibles y a las formas de prueba, que lo normal era documentar las entregas y que la actio "*locatio-conductio*" es un cajón de sastre, una acción comprensiva de múltiples supuestos cuyo elemento común es el de encajar en la fórmula procesal. Constituye una acción de derecho civil, con origen en la estipulación y la concordancia entre pregunta y respuesta<sup>184</sup>.

No es nuestro objetivo el de hallar una definición uniforme del contrato de arrendamiento, sino el de delimitarlo del contrato de depósito. Nos remitimos a lo expuesto "*ut supra*" con relación a la nota de onerosidad y a los factores de responsabilidad y dirección por parte del "*conductor*" frente a la pasividad del depositario propiamente dicho.

Completamos este apartado con sucintos comentarios acerca de algunos supuestos especiales. Diferenciamos:

b.- Las situaciones de transportista, posadero y fondista:

SALAZAR REVUELTA explica que no es extraño el recurso honorario al "*receptum*" en los sectores de actividad del transportista, mesonero y fondista dada la elevada incidencia de pérdidas o sustracciones y la dificultad de la prueba de la sospecha de haber propiciado el "*conductor*" tales siniestros<sup>185</sup>. El instrumento jurídico del

---

<sup>182</sup> Vid. VIGNERON, R., *La conception originaire de la "locatio-conductio" romaine*, en *Mélanges Felix Wubbe*, Fribourg, Suisse, 1993, p. 511 y ss. Recoge las opiniones expresadas por WUBBE, F. B. J., *Opus selon la définition de Labeon*, (D. 50, 16; 1, 5), *Tidjschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 50, 1982, p. 246, BISCARDI, A., *Quod Graeci "apotelegma" vocant*, *Labeo*, 35, 1989, p. 163 y ss., conforme a la cual el sentido de "obra" no es el objeto material resultante de la actividad desplegada, sino el esfuerzo invertido para su realización u "*opus factum*".

<sup>183</sup> Vid. SEVERIN FUSTER, G.F., *Los contratos de servicio, su construcción como categoría contractual y el derecho del cliente al cumplimiento específico*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 2014, Introducción, p. XII.

<sup>184</sup> Vid. D'ORS, A. *La formación histórica de los tipos contractuales*, *AAMN*, 1950, nº 5, p. 249, 252 y 263.

<sup>185</sup> Vid. SALAZAR REVUELTA, M., *Hacia la responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma. Estudio sobre el receptum nautarum, caupous et stabularius -entre la utilitas contrahentium y el desarrollo comercial*, Madrid, 2007, p. 96 y ss.

receptum nautarum, cauponum, stabulariorum funcionaba de forma ajena a la causa negocial, y contempla una responsabilidad de tipo objetivo por la que "*nautae, caupones, stabularii custodiae nomine tenentur*." Está atestiguada la mala fama o reputación del oficio de nauta, caupones o stabularii quizás por una mezcla entre los especiales peligros que conllevaba la navegación, el fin lucrativo y la procedencia de clase baja de las tripulaciones y personas de servicio. Por el no retorno, se "presume" la mala fe por la comisión de posibles fraudes, lo que explica la imposición de una responsabilidad excepcional. Recoge las citas de "*Hor. Sat.*" 1,5,3, "*inde forum appi, diffectum nautas et cauponibus atque malignis*" y 1,1,29, "*perfidus hic caupo miles nauticae*". Recordamos, también, que estos contratos son incorporados al Derecho Romano desde la influencia greco-oriental, ya que el comercio era ejercido de forma importante por los pueblos sometidos o asociados al Imperio, por lo que resulta patente la visión de una responsabilidad objetiva y la exigencia de una obligación de resultado. La "*actio de recepto*", nos señala que presentaba un régimen específico diferente de las acciones penales "*in factum*" y de la acción civil de "*locatio*" o depósito, que se admitía en el caso de ser la entrega gratuita (*Ulp. 14 ed., D. 4,9,3,1*):

*"Ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. Sed an sit necessaria, videndum, quia agi civili actione ex hac causa poterit: si quidem merces intervenerit, ex locato vel conducto: sed si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest: si vero res perferendas nauta conduxit, ex locato convenietur: sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse."*

"... Concede este edicto una acción por el hecho. Pero ha de verse si acaso es necesaria, porque por esta misma causa se puede reclamar con la acción civil; cuando hubiese mediado precio, por la de locación o la de conducción: si se hubiese dado en arrendamiento la nave entera, el arrendatario puede demandar por la acción de conducción también por las cosas que faltan, y si el naviero arrendó el transporte de las cosas, será demandado por la acción de locación; si las cosas se hubiesen recibido gratuitamente, por el depósito...". Nos señala la autora que la recepción gratuita en concepto de depósito no obviaba la reclamación de gastos y daños<sup>186</sup>. BELLO RODRÍGUEZ<sup>187</sup> examina la situación que se produce en el caso del transporte de mercancías genéricas o fungibles, al hilo del texto del jurista Alfeno recogido en su libro quinto del Digesto epitomado por Paulo y cuya reconstrucción por MOMMSEN es seguida por Lenel. Esta situación viene calificada con el término "*in creditum iri*": que refiere al depósito llamado irregular y a la también llamada "*locatio conductio irregularis*". Alfeno aplica al caso la regla de que no hay transmisión, con la expresión *Ulp. libro II(4) ed., D.19.2.39, "Non solet locatio dominium mutare"*. "No suele el arrendamiento cambiar la propiedad". En opinión del autor, el texto excluye que se trate de un depósito. Considera que Alfeno tomó el depósito como modelo o ejemplo de la evolución o desarrollo del contrato. Como dice RODRÍGUEZ ARIAS,

<sup>186</sup> Vid. SALAZAR REVUELTA, M. *Hacia la responsabilidad objetiva ...*, op. cit., p. 90.

<sup>187</sup> Vid. BELLO RODRIGUEZ, S.. *La responsabilidad del naviero en el transporte de mercancías según D. 19.2.31*, (Universidad de Las Palmas), *Revue Internationale des droits de l'Antiquité* XLIX (2002), p. 45 y ss.

“ ... la tenencia y la custodia son fines en el depósito; en el transporte, son medio para el fin, que no es de permanencia sino ambulatorio y, por ser así, no puede disponerse de la cosa en cualquier tiempo, como sucede en el depósito, sino cuando se ha realizado la traslación ... <sup>188</sup>”. La navegación fue fomentada con incentivos fiscales, así en la época del emperador Claudio, por su necesidad estratégica para el abastecimiento. Ello conduce a su sujeción a medidas de responsabilidad agravada, para proteger el "interés público" de su ejercicio<sup>189</sup>.

### c.-Actividad de banca:

FASOLINO opina que no es tan improbable la gestión conjunta de la actividad de custodia de mercancías y la de la actividad de banca<sup>190</sup>. En refuerzo de este argumento, señala que ha de tenerse en cuenta que los almacenes también acostumbraban a tener compartimentos apropiados para la custodia de objetos de especial valor - hoy pensaríamos en "cajas de seguridad"-, la intervención de los banqueros en las subastas<sup>191</sup>, el hecho de que para la custodia de mercaderías "fungibles" hace falta la apertura de una cuenta "en especie" y que la frecuente carestía monetaria ha conducido al trueque entre comerciantes, y los frecuentes aseguramientos mediante prenda. Sin perjuicio de las especialidades procesales<sup>192</sup>, que veremos en su sede oportuna, y de ser habitual el devengo de intereses en la actividad, cuando el banquero tiene permiso para servirse o usar de las cantidades depositadas, destacamos el control especial de la actividad: Sería el emperador Adriano (S. II d. C.), quien otorgue a la figura del "*praefectus urbi*" el poder para actuar en las causas pecuniarias donde fuera parte un banquero<sup>193</sup>, como se deduce de *Paul off. praef. urbi*, D. 1, 12, 2:

*"Adiri etiam ad argentariis vel adversus eos ex epistula divi Hadriani et in pecuniariis causis potest."*

<sup>188</sup> Vid. RODRÍGUEZ ARIAS, en *Código civil de Quintus Mucius Scaevola*, Tomo XXIX, 2º, ed., Madrid, 1951, p. 200.

<sup>189</sup> Cfr. *Ulp. 28 ed.*, D. 14, 1, 1, 20: "*Licet autem detur [datur] actio in eum, cuius in potestate est qui navem exercet, tamen ita demum datur, si voluntate eius exercent. Ideo autem ex voluntate in solidum tenentur qui habent in potestate exercitorem, quia ad summam rem publicam navium exercitio perinet. At institorum non idem usus est: ea propter in tributum dumtaxat vocantur, qui contraxerunt cum eo, qui in merce peculiari sciente domino negotiatur. Sed si sciente dumtaxat, non etiam volente cum magistro contractum sit, utrum quasi in volentem damus actionem in solidum an vero exemplo tributoriae dabimus? In re igitur dubia melius est verbis edicti servire et neque scientiam solam et nudam patris dominive in navibus onerare neque in peculiaribus mercibus voluntatem extendere ad solidi obligationem. Et ita videtur et Pomponius significare, si sit in aliena potestate, si quidem voluntate gerat, in solidum eum obligari, si minus, in peculium"*.

<sup>190</sup> Vid. FASOLINO, F., Francesco *Sulle tecniche negoziale bancaria: Il receptum argentarii*, *Labeo*, 46, 2000, p. 168-181.

<sup>191</sup> Vid. TALAMANCA, M., *Contributto allo studio delle vendite all asta nel mondo clásico*, *MAL*, serie 8, 6, 1954.

<sup>192</sup> La doctrina ha señalado que el orden público económico exigía para una vida económica adecuada la máxima protección del interés de los acreedores a lo que obedece la regla "*quotiens*".

<sup>193</sup> Vid. SALAZAR REVUELTA, M., *El deber de información, transparencia y responsabilidad ante los depósitos de los clientes por parte de la banca, precedentes romanos*, *RIDROM*, 1, octubre de 2013, p. 88 y ss.

La referencia de *Livio* 23 y 25, 7, atribuye funciones semejantes a los gobernadores de provincias. La autora también pone de manifiesto que en *Gai ed. prov.*, D. 2,13,10,1 se habla de la *publica causa* de la función de la banca; en *Paul. 3 ed.*, D. 2,13,9,2 y *Ulp. 63 ed.*, D. 42,5,24,2 encontramos una referencia a su "*fides publica*" ("*ad fidem eorum decurritur*") o en *Pap. 9 quaest.*, D. 16,3,8, se alude a la necesidad de demandar a menudo los servicios prestados por este sector empresarial ("*propter necessarium usum argentariorum*"). Son, por tanto, elementos de utilidad pública y de confianza de los terceros contratantes, que deben recurrir por necesidad a los servicios de la banca –considerada la "parte fuerte" de la relación contractual- los que explican en Roma la creación de un cuerpo específico de normas relativas a la actividad de los banqueros, su organización y la jurisdicción sobre ellos<sup>194</sup>.

#### d.-Actividad del almacenista:

En los almacenes, los comerciantes podían depositar cosas fungibles o cosas determinadas, y, a menudo, incluso las cosas fungibles eran individualizadas por medio de signos o marcas<sup>195</sup>. 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 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 mercaderías, sin que éstas tuvieran que salir del almacén<sup>196</sup>. Sin embargo, hay que advertir con

<sup>194</sup> Vid. SALAZAR REVUELTA, M., *El deber de información, transparencia y responsabilidad ...*, op. cit., p. 90 y ss.

<sup>195</sup> Vid. ASTUTI, G. voz *deposito*, *Enciclopedia del diritto*, XII, *delitto-diritto*, Milano, 1964, p. 233; El Código Theodosiano, por su parte, contiene disposiciones especiales tendentes a evitar que los depósitos en almacenes eludieran el pago de tributos por la "importación". Cfr. CTh.11.14.0. "*De conditis in publicis horreis*". Las autoras DOMÍNGUEZ LÓPEZ, E. y MALAVÉ OSUNA, B., en su trabajo *La responsabilidad del "horrearius" por las mercancías depositadas en los almacenes*, en *La Responsabilidad Civil, de Roma al Derecho Moderno, IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Burgos, 2001, p. 305, indagan sobre el significado de la expresión "*horreus*" y señalan que deriva o bien de las especies depositadas en el mismo, principalmente, "*hordeum*" o "cebada", y, pro extensión otros frutos o especies, como el vino, el aceite o incluso los instrumentos agrícolas, habiéndose hablado en determinados casos también del más específico "*granarium*", o bien de las singulares características del local, por la raíz "*horrei*", en tanto lugar oscuro y siniestro, desagradable por su oscuridad, dureza y rigor, y que la traducción más fiel actual es la de "almacén".

<sup>196</sup> Vid. ALZON, C., *Problèmes relatifs à la location des entrepôts en droit romain*, Paris, 1965; NICOLET, C., *La Lex Gabinia-Calpurnia de insula Delo et la loi "annonaire" de Clodius (58 av. JC)*, *Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 124, 1, 1980, p. 260-287. Este autor, partiendo de diversos textos de Cicerón, en especial, "*De domo*" y del documento epigráfico que recoge la Lex Gabinia-Calpurnia de la Isla de Delos, del año 58 a. C., publicado por vez primera por E. Cuq en BCH, en 1922, formula la hipótesis de que se imponía a las ciudades el pago de un tributo, denominado también "*sumptus*" o indemnización, para atender de



NEGRI- así lo señala MARTÍN SANTIESTEBAN-, que "... 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 por el continente europeo, modificándose así su finalidad originaria: el contrato de depósito pasa a ser solo el momento inicial de una relación más compleja, ya sea desde el perfil económico, ya sea desde el perfil jurídico ...<sup>197</sup>". Desde la época republicana hasta el S. III d. C., consiguieron además un instrumento fundamental para el abastecimiento del imperio, a través del sistema de la "*annona*", reforzada por Augusto. Se propició la creación de grandes almacenes de titularidad pública para tal fin y el control "aduanero". Los almacenes de abastecimiento se cuentan también entre las instalaciones a las que, en la época del emperador Claudio, que gobierna entre los años 41 y 54 de nuestra era, obtienen algunas exenciones fiscales temporales como incentivo y medio que sirvió para la consolidación del Imperio. Encontramos la mención de su exención de las cargas municipales más graves, en Tarentino *1 milit.*, D. 50, 6, 7, "... los que prueben llevar los libros de los almacenes y depósitos ..." y "... los guardianes de armas ...", y en el fragmento de Ulpiano, *2 opin.*, D. 50, 4, 3, 12, vemos que "... la administración de la compra de trigo...", se configura como carga municipal, objeto, por consiguiente, de contribuciones municipales para su sostenimiento.

Queda próximo al arrendamiento de cosa el que se hace de todo el almacén o de todo el buque, como resulta del fragmento de Labeón *5 post.*, D. 19, 2, 60 (61), 6 y 9<sup>198</sup>:

*"Rerum custodiam quam horrearius conductoribus praestare debet, locatorem totorum horreorum horreario prestare non debet puto..."*.

"... Creo que de la custodia de las cosas de que debe responder el almacenista frente a los arrendatarios no debe responder el que dio en arriendo la totalidad del almacén al almacenista, salvo que en el contrato se haya convenido de otro modo. ...".

En el otro extremo, está el acuerdo de responsabilidad. Lo recoge *Neracio*, D., 17, 1, 39: También Aristón y Celso padre admiten que puede hacerse un depósito o aceptarse un mandato bajo la condición de que la cosa esté a riesgo del depositario o del mandatario, lo que también a mí me parece cierto."

---

forma concesional los "*horrea*" o almacenes donde se depositaba el trigo de exacción y distribución pública, así como para el transporte del mismo. La ley mencionada encuentra, según nos dice el autor mencionado, paralelismo con las Leyes Sempronia, la Ley Apulea del año 100, la Ley Octavia del año 90, la Ley Aemilia del año 78 y la Ley Terentia de Cassia del año 73.

<sup>197</sup> Vid. MARTÍN SANTIESTEBAN, S., *La responsabilidad en el contrato de depósito: su génesis histórica*, *Anuario de Derecho Civil*, 57, 1, 2004, p. 133-178; Cfr. NEGRI, G. *Deposito nel diritto romano, medievale e moderno*, *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, Torino, 1989, 4ª ed, p. 239.

<sup>198</sup> Cfr. la regla semejante prevista respecto de una nave en *Ulp. 14 ed.*, Dig. 4,9,3,1: "... Si se hubiera dado en arrendamiento la nave entera, el arrendatario puede reclamar por la acción de conducción también por las cosas que faltan, y si el naviero arrendó el transporte de las cosas, será demandado por la acción de locación..."

e.- Ejercicio de profesiones liberales:

Finalmente, se incorpora también en el grupo de los servicios el ejercicio de las profesiones liberales. En la literatura romanística, se produjo una amplia discusión acerca de la naturaleza de los honorarios por contraposición a la retribución del contrato de locación-conducción, naturalmente retribuido, originada por la expresión "*nam et furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromissi vel pretium depositionis non quasi mercedem accepi.*" "si interviene alguna retribución que no sea como salario", del pasaje ya reproducido *Ulp. 56 ed.*, D. 47,8,2,23, referente al depósito. Con relación al mandato, también gratuito en derecho romano, es patente la contradicción entre *Paul. D. 17,1,1, 4*:

*"Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit."*

"El mandato es nulo si no es gratuito, pues tiene su origen en los buenos oficios de la amistad y esto es incompatible con el salario; así, si interviene una cantidad, el negocio se parece más a un arrendamiento."

con *Ulp. 17,1,6, pr.*:

*"Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio"*

"Si medió honorario a modo de remuneración, habrá acción de mandato ...".

En opinión de D'ORS PÉREZ-PEIX no hay razón para recurrir a la distinción entre "*merces*" y "*honorarium*"<sup>199</sup>, admitido, a propósito de los pasajes reproducidos *Ulp. 30 ed.*, D.16,3,1, 8 y 9, que al intervenir una "*merces*" el depósito se convierte en arrendamiento. La discusión se ha centrado sobre todo en la diferenciación entre mandato y arrendamiento. FIORI<sup>200</sup>, sustenta igualmente que el pasaje testimonia el criterio tardoclásico de admitir la figura del contrato de depósito oneroso, y que ello conduce, necesariamente, a reconocer la posibilidad de conversión de un contrato de depósito en contrato de arrendamiento, en el caso de existir "*merces*", y que tal es el fundamento de la sentencia recogida en el ya comentado fragmento D. 13,6,5,2. BERNAD<sup>201</sup> sustenta el argumento de que en el derecho romano se refería al salario

<sup>199</sup> Vid. D'ORS PÉREZ-PEIX, A., *Una observación sobre la naturaleza del depósito no-gratuito en Derecho Romano*, *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, 6-7, 1941, p. 130.

<sup>200</sup> Vid. FIORI, R., *La definizione della <locatio-conductio>*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, p. 275 y ss. El autor refiere a los pasajes *Ulp. 31 ed.*, D. 19,5,19,1, en que se recomienda la acción de palabras prescritas, salvo que haya mediado retribución, en cuyo caso corresponde la acción de locación. que considera prueba de la admisión de la conversión del negocio, y *Ulp. 32 ed.*, D. 10,3,23, que expresa claramente que no hay arrendamiento sin merced.

<sup>201</sup> Vid. BERNAT SEGARRA, L., *La gratuidad del mandato en nuestro ordenamiento y sus antecedentes*, en *Pensamientos jurídicos y palabras dedicadas a Rafael Ballarín*, coord. por María Luisa Atienza Navarro, Raquel Evangelio Llorca, María Dolores Mas Badía, María Pilar Montés Rodríguez, Valencia, 2009, págs. 123-134.

y al arrendamiento cuando se trataba de profesiones manuales, esclavos y libertos, pero que el mandato en el que se comprendía el ejercicio de la profesiones liberales, no admitía la onerosidad, y, por ello, se hablaba de "*honorarium*", cantidad no exigible sino que se entregaba por causa de liberalidad. ZIMMERMANN explica cómo la jurisprudencia elegante holandesa del S.XVII pasa a considerar la prestación de servicios en el ejercicio de profesiones liberales como la de abogado como naturalmente retribuida, salvo exclusión expresa<sup>202</sup>. El elemento que se salvaba era la falta de predeterminación del precio requerida para el arrendamiento. Mientras la Constitución 4, 35, 17 (Diocl. et Max.) y el fragmento papiniano D. 17,1, 56, 3, exigen para el ejercicio de la acción arrendaticia el cumplimiento de dicho requisito, con la expresión:

"... *salarium incertae pollicitationes peti non potest ...*",

"no se puede reclamar rectamente la remuneración prometida sin determinación, ni por vía extraordinaria, ni mediante la acción de mandato, a fin de que se determine la remuneración."

Entre otros, GROENEWEGEN expresa que en tal momento:

"... *promissionis salarium petitur et taxatur pro ratione personae et rei , cui est navata opera...*"

quedando con ello a la justa apreciación de las circunstancias y a los usos la fijación de la retribución debida<sup>203</sup>. ALEMÁN MONTERREAL sustenta igualmente esta idea y explica que la distinción se aplicaba a ciertas profesiones que en la época de los Severos tenía gran consideración<sup>204</sup>, y que la "*cognitio extra-ordinem*" les permitía reclamar sus honorarios sin que se considerara que hubiera ejercicio de la acción de locación, sino que se seguía empleando la expresión "mandato", si bien de forma sustantiva, ya que el sistema de acciones clásico había quedado obsoleto. La autora explica que esta circunstancia se puede derivar de algunos textos de los Basílicos (2,2,187) y (60,17,7), que parecen establecer una distinción entre los mercenarios y los "*loco servorum*", excepto los escolios 27 y 28, que incluyen en sus consideraciones a los trabajadores libres que se habían obligado a prestar sus servicios en tareas y actividades de tipo servil. El fragmento atribuido a *Ulp. 69 ed*, D. 43, 16, 1, 18-20, equipara en el trato a los esclavos, y "a los que tenemos como si fueran esclavos, y al hijo de familia o a un jornalero, respecto de la responsabilidad del "*dominus*" en cuyo nombre actúan. La autora advierte que la distinción, en el ámbito de la construcción, se aplica al geómetra, pero no al constructor, donde se recurría a la "*locatio-conductio*". Por ejemplo, se habla del arriendo de una obra por *Alf. dig. 3, D. 19, 2, 30, 3: "Qui aedem faciendam locaverat", ...*" "El que había dado

<sup>202</sup> Vid. ZIMMERMANN, R., *Der Auftrag im römisch-holländischen Recht*, en *Mélanges Felix Wubbe, offerts par ses collègues et ses amis à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire*, Fribourg (Suïsse), 1993, p. 589 y ss.

<sup>203</sup> Vid. GROENEWEGEN, S., *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus, a censura*, *Cod. Lib. IV, Leiden, 1694*. *Cod. Lib. IV, tit. XXXV, l. 17*.

<sup>204</sup> Vid. ALEMÁN MONTERREAL, A., *El arrendamiento de servicios en el derecho romano*, Almería, 1996, p. 62 y ss.

en arriendo la construcción de una casa...", y Iav. 11 *epist.*, D.19,2,51,1,,: "*Locavi opus faciendum ita, ...*", "He dado en arriendo la construcción de una casa ...", y en C. 4, 65, 2:

*"Imperator Antoninus. Adversus eos, a quibus extruenda aedificia conduxisti, ex conducto actione consistens eo iudicio quod est bonae fidei debitum cum usuris solitis consequeris. \* ANT. A. EPIDIO EPICTETO. \* <A 213 PP. K. IUL. ROMAE ANTONINO A. IIII ET BALBINO CONSS.> "*

#### IV.- RECEPCIÓN

HEINECIO (S. XVI- XVII), definió el contrato de depósito del siguiente modo:

*"Depositum est contractus re imitas, quo quis alteri rem mobilem ita gratis apud se custodiendam deponi patitur, ut quando cumque deponerla placuerit, eadem species restituatur."*

O sea, lo define como contrato de tipo real por el que se entrega a otro una cosa mueble para que la custodie gratuitamente y devuelva la misma cosa recibida cuando el depositante la reclame. Esta definición, en opinión de GARCÍA GOYENA, da una idea perfecta del depósito, según se entiende comúnmente, y encierra consecuencias tan lógicas como naturales<sup>205</sup>. Hallamos un fiel trasunto del concepto de contrato de depósito acuñado por la jurisprudencia romana clásica en la definición que le da el "Côte Francés" de 1804<sup>206</sup>, en su artículo 1915:

*"Le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui à la charge de la garder et de la restituer en nature."*

Y, en cuanto a la esencia del depósito propiamente dicho, -sección primera de dicho título 11 del libro III del "Code", de los diferentes modos de adquirir la propiedad", relativa al "contrato de depósito"- , nos dice que es un contrato esencialmente gratuito (art. 1917) -si bien luego contiene previsiones de agravación de la responsabilidad, para el caso de que el contrato fuera oneroso-, que no puede tener por objeto más que las cosas muebles (art. 1918), y que no se perfecciona más que por la tradición real o comienda de la cosa depositada, aunque ésta pueda verificarse por el acuerdo cuando ya se hallaba en poder del depositario (art. 1919). O sea, se admite la "*traditio brevi manu*" como ya lo hicieran las fuentes romanas, según hemos expuesto en su momento. Pese a la configuración del contrato de depósito como contrato "real", concepto del que ya nos hemos ocupado en el capítulo precedente, el art. 1921, en cuanto al depósito voluntario, nos dice que: "Le dépôt volontaire se forme par le consentement reciproque de la personne qui fait le dépôt et de celle qui le reçoit.", poniendo de manifiesto su formación voluntaria o convencional. De

<sup>205</sup> Vid, GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Tomo IV, Madrid, 1852, Tomo IV, p. 83.

<sup>206</sup> Manejamos la versión original ubicada en la Biblioteca Nacional de Francia, en formato electrónico, web <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1061517/f467.item.r=d%C3%A9p%C3%B4t> .

modo similar, el artículo 1766 del CC Italiano de 1942 dice que "*Il deposito é il contratto col quale una parte riceve dall'altra una cosa mobile con l'obbligo di custodirla e di restituirla in natura.*"

## V. DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL

Por lo que se refiere al derecho histórico español, el Código de las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio, cuando aborda este contrato, en la Partida Vª, Título III, titulada “De los condesijos a que dicen en latín “*depositum*”, comienza diciendo que “hay condesijo (...) cuando un ome da á otro sus cosas en guarda, fiándose en él”, y el depósito cerrado (art. 1371), el depósito irregular (art. 1372), y la posibilidad de configurarse como oneroso. El Título VIII de la Partida Vª regula, entre los “logueros y arrendamientos”, el antecedente actual de los bienes fungibles, en almacén (Ley XXV, se refiere al tipo de responsabilidad) y de la introducción de efectos en establecimientos hoteleros (Leyes XXVI y XXVII). MARTÍN SANTISTEBAN<sup>207</sup> nos explica que la evolución de la Codificación en España se inició con el Proyecto de Código civil de 1821, que presentaba influencias del Código civil austríaco, del Código prusiano y del Código de Napoleón, las Partidas y la Novísima Recopilación. Solo llegaron a redactarse un título preliminar y los libros I y II, relativos a los derechos y obligaciones de los Españoles y a los derechos y obligaciones de las personas según su condición “doméstica”; El Proyecto iniciado por Cambroner, y continuado por Tapia, Vizmanos y Ayuso de 1836, que se ocupaba en el libro III, título VII, del contrato de depósito, que define en el art. 1367 como “contrato según el cual una persona entrega a la otra una cosa, para que la custodie, con la obligación de devolverla en especie en cualquier tiempo en que se la pidiere el depositante”, se admite el depósito de inmuebles, como en); en 1843 se publica el proyecto del que se llegaron a redactar los libros I, II y parte del III, y en 1851 se completa por la Comisión General de Codificación el primer proyecto serio, comentado por García Goyena. Estuvo influido por el “Code”, frente al proyecto de 1836, se califica como esencialmente gratuito, -sino, es préstamo, arriendo u otro contrato innominado- y se limita a los bienes muebles y a las cosas individualizadas, fungibles o no, pero se descarta el depósito irregular. Siguiendo la inspiración francesa, se conceptúa el contrato como consensual. El Título XIV, Sección segunda del capítulo II. Introduce normas probatorias, apartándose de la tradición castellana, arts. 1664-1666 y el depositario es mero detentador, ni propietario ni poseedor. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS<sup>208</sup> señala que el CCE sigue el proyecto de 1882-1888, en su dicción del artículo 1926, en cuanto a la preferencia que otorga a los créditos sobre determinados bienes muebles, los gastos de construcción o conservación “mientras no han pasado al *dominio* de un tercero”, sobre la que no es unánime la opinión acerca de la aplicabilidad al contrato de depósito.

## VI.- DERECHO ESPAÑOL VIGENTE.

<sup>207</sup> Vid. MARTÍN SANTIESTEBAN, S., *La responsabilidad en el contrato de depósito: su génesis histórica*, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 57, 1, 2004, p. 171 y ss.

<sup>208</sup> Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., en *El Anteproyecto del Código civil Español*, (1882-1888) *con un estudio preliminar, notas y concordancias*, 2ª edición, Madrid, 2006.

Nuestro CCE, abarca bajo el título de “depósito”, título XI del Libro IV, de las obligaciones y contratos, las modalidades contractuales y no contractuales del mismo, por lo que el art. 1758, que encabeza el título, expresa que “Se constituye el depósito, desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla” y recoge en él el depósito voluntario, el depósito que se denomina “necesario”, por haberse efectuado por alguna obligación legal, con motivo de incendio, ruina, saqueo, naufragio u otra calamidad pública semejante y el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones (Art. 1781-1784 CCE) y el llamado secuestro, figura judicial de conservación de una cosa mientras se resuelve acerca de su titularidad. Se aparta del derecho histórico castellano al excluir de la clasificación del contrato de bienes inmuebles, al igual que el CCE y el Derecho Romano. En este caso, HUALDE MANSO<sup>209</sup> advierte que la ley considera normalmente incompatible el uso de la cosa por el depositario con el servicio de custodia. Custodia y uso vendrían a ser dos conceptos antagónicos: el uso de la cosa no puede entrar en el contenido de la guarda ni en la detentación del depositario, porque, por principio, el depósito es un contrato contraído en interés del depositario. La autora refiere que la custodia tiene un carácter meramente estático y un contenido meramente material; la administración de bienes, por el contrario, presenta un carácter prevalentemente dinámico y de contenido preeminentemente jurídico. La primera tiene su paradigma contractual típico en el depósito, la segunda en el mandato. Esta última constituye una obligación de guarda activa, y de un uso lógico de conservación del valor económico. Recalca que ambas obligaciones no son absolutamente incompatibles. La custodia de una cosa está normalmente incluida en la administración de la misma porque quien debe administrar debe en primer lugar conservar. Sin embargo, no ocurre por regla general al revés: el que sólo debe custodiar no es que no debe, sino que no puede administrar.

Sin embargo, es muy frecuente que la obligación de custodia de efectos percibidos no sea el objeto único, ni siquiera principal, del contrato de depósito, por lo que la situación de depósito se da en muchos otros casos. Por su parte, OZCÁRIZ MARCO efectúa un minucioso estudio, en el que trata de acotar el concepto de contrato de depósito distinguiéndolo no solo del préstamo y del comodato, sino también del contrato de mandato, del arrendamiento, en sus diversas modalidades, de la representación y de diversas figuras jurídicas de las que hemos designado como “especiales”, en que el objeto del contrato no es solo el de la conservación de la cosa sino principalmente, otra función que implique la necesidad de la delación de la cosa o derecho objeto del contrato, como su administración o su transporte o venta<sup>210</sup>. Destacamos que alcanza la conclusión de que la diligencia exigible en nuestro derecho civil común actual para cualquier delación no traslativa distinta del propio contrato de depósito, a juicio de este autor, debe regirse por lo previsto en el artículo 1094 del CCE, es decir, “El obligado a dar alguna cosa, lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia.<sup>211</sup>”, mientras que HUALDE MANSO diferencia entre las situaciones de depósito, la obligación accesoria de custodia, y los contratos de custodia, donde estudia las figuras especiales de la guarda de inmuebles, el contrato de exposición, el contrato de garaje, el depósito de cortesía y otros supuestos de entrega a profesionales, antes de adentrarse en el estudio de los elementos y caracteres del propio contrato de depósito<sup>212</sup>.

<sup>209</sup> Vid. HUALDE MANSO, T., *La obligación de custodia en el depósito*, *Revista Jurídica de Navarra*, 12,1991, p. 113 y ss.

<sup>210</sup> Vid. OZCÁRIZ MARCO, F., *El contrato de depósito. Estudio de la obligación de guarda*, Barcelona, 1997, 143 y ss.

<sup>211</sup> Vid. OZCÁRIZ MARCO, F., *Íbid.*, p. 158 a 160.

<sup>212</sup> Vid. HUALDE MANSO, T., *La obligación de custodia en el depósito*, *Revista Jurídica de Navarra*, 12,1991, p. 64 y ss.

Es importante recordar que, desenvolviéndonos en el ámbito contractual, la diferencia respecto de un contrato típico en los términos acordados por las partes cuanto provoca es un cambio en la calificación del contrato celebrado, no la ineficacia del mismo, siempre y cuando lo convenido se desenvuelva dentro de los límites de la Ley, la moral y el orden público, como lo fijan los arts. 6 y 1255 del CCE, en términos semejantes a la renuncia voluntaria de la Ley aplicable y a los derechos en ella reconocidos. La calificación del contrato tiene la utilidad de establecer el régimen supletorio por el que deba regirse el mismo, para lo no previsto en él, a partir de los tipos legales existentes, siempre que ello sea posible. Como consecuencia de la necesaria especialidad de la reglamentación de las situaciones de depósito, el Código Civil no es en absoluto el único lugar de nuestra legislación que se ocupa del mismo, aunque su regulación servirá como supletoria en las materias regidas por otras leyes en su ámbito de aplicación. Así, existen diversas previsiones administrativas para depósitos especiales, como puede serlo el del estacionamiento de vehículos, y la importante diferencia entre el depósito civil, regulado básicamente en esta sede y el depósito mercantil, al que el Código de Comercio de 1885 dedica dos apartados diferentes, según estemos ante almacenes generales de depósito (arts. 193-198 C.Com E.), en el título referente a las Compañías mercantiles, libro II, de los contratos especiales de comercio, y las secciones 7ª, 8ª, 11ª y 12ª de dicho título, que regulaban la actividad de Banca y crediticia del momento en que el Código de Comercio fue promulgado, hoy regulada por leyes específicas<sup>213</sup>, o simplemente ante la figura del depósito mercantil. La actividad de hostelería, ya lo hemos señalado, actualmente es objeto de una minuciosa reglamentación administrativa e incluso se contemplan algunos de sus aspectos, como la indemnización de daños que puede generar, en diversos tratados internacionales<sup>214</sup>.

<sup>213</sup> Vid. MOLLÁ NEBOT, M.A., *Usufructo de pecunia, aplicación a los fondos de inversión desde la Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Madrid, 2015, p. 152 y 153, nota 164. La actividad bancaria y crediticia es objeto de muy frecuentes modificaciones por su función de política monetaria y está fuertemente influida por la legislación comunitaria europea, tanto en cuanto a la actividad misma, sometida a los bancos centrales y al Banco Central Europeo, como en cuanto a la defensa de los consumidores y usuarios. Podemos citar, entre las normas fundamentales, la Ley 10/2010, de 28 de abril, reformada por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo; la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, supervisión y solvencia de las Entidades de Crédito; la Ley de Mercado de Valores, Texto Refundido por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva 35/2003, de 4 de noviembre, que ha sido objeto de numerosas reformas, y la normativa relativa a los fondos de inversión de tipo cerrado y sus sociedades gestoras, Ley 22/2014, de 12 de noviembre. También la actividad crediticia privada con fondos propios con garantía hipotecaria y los servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, se encuentra sometida a control administrativo por la exigencia de registro especial, que se lleva actualmente en el Ministerio de Sanidad y Consumo y de la llevanza de un seguro obligatorio de responsabilidad civil, siendo su norma fundamental la Ley 2/2009, de 31 de marzo. También en la intermediación pueden surgir situaciones emparentadas con el depósito, así, entre otras, la figura del “escrow”, de tradición anglosajona, vid. ELIZARI URTASUN, L., *El contrato de escrow, configuración en origen y recepción en el derecho español*, en la *Revista de Derecho Civil*, vol. III-4, octubre a diciembre de 2016, <http://nreg.es/ojs./index.php/rdc/> ISSN 2341-2216, p. 35-67.

<sup>214</sup> La responsabilidad de los hosteleros por los efectos introducidos por los viajeros en su establecimiento se aborda de forma internacional por la Convención de París de 17 de diciembre de 1962. El Convenio Internacional sobre transporte de viajeros y equipajes por ferrocarril se recoge en Acuerdos de Berna, de 25 de enero de 1961 y protocolo de 20 de diciembre de 1990, ratificado por España el 1 de septiembre de 1992. Los relativos a navegación aérea y marítima y transporte terrestre por carretera se encuentran incorporados en sus normativas específicas y extractos en las condiciones generales de viaje.

Según el artículo 303 C. Com. E., primero de los referentes al “depósito mercantil”, establece, no sin haber sido objeto de críticas<sup>215</sup>, que “para que el depósito sea mercantil, se requiere 1º que el depositario, al menos, sea comerciante. 2º Que las cosas depositadas sean objeto de comercio y 3º, Que el depósito constituya una operación mercantil o se haga como causa o consecuencia de operaciones mercantiles.” Este capítulo contiene reglas específicas para los depósitos bancarios en los arts. 307 y ss. Hay una regulación específica relativa a la figura del comisionista o “mandatario mercantil”, en los arts. 244 y ss. del Código de Comercio. También existen numerosas leyes especiales en materia mercantil, respecto de la banca y respecto de los transportes, en que tenemos la L. 14/14, de navegación marítima, L. 4/2014, de transportes terrestres y L. 48/60, de navegación aérea.

OZCARIZ MARCO<sup>216</sup> señala la obligación de transporte como prototipo de la obligación de resultado, siendo la del depósito de actividad. Si bien nos dice que presenta semejanza en el “*status posesorio*”. El transportista y el depositario deben abstenerse de usar la cosa, y deben procurar su conservación; es más dudoso que el depositario pueda subdepositar. Ambos gozan de privilegios para el cobro de lo que, en razón del contrato, se les adeude, y gozan de la posibilidad de liberarse de sus obligaciones mediante la consignación del objeto material de su contrato. Nuestro Código de Comercio –nos dice-, en los arts. 331, 332 y 339 prevé la posibilidad de que el vendedor de mercancías se constituya en depositario de los efectos vendidos, quedando obligado a su custodia y conservación según las leyes del depósito Civil Español. En la práctica, normalmente el almacenaje es uno de los muchos servicios que suelen darse dentro de una operación logística. Alguna vez hay un contrato de almacenaje aislado. Carece de regulación específica a pesar de estar recogido de pasada en la Ley de Navegación Marítima con lo que se suele regir por las normas generales. Aunque, si no es estático sino dinámico, se le aplica también a esta fase las normas sobre la responsabilidad por el transporte, al considerarse una operación accesorio del mismo<sup>217</sup>.

El depósito mercantil se independiza en nuestro Derecho de la comisión en el Código de Comercio de 1885, frente al Código de 1829. Así lo recoge la propia Exposición de Motivos del C com. 1885, cuando dice que “Según el Código, el depósito mercantil no tiene carácter

---

<sup>215</sup> Vid. SERRELLA CONTRERAS, P. L., *El contrato de depósito mercantil*, en *Obligaciones y contratos mercantiles*, Coordinado por Guillermo Jiménez Sánchez, 11ª ed., Barcelona, 2013, capítulo 67, p. 396 y s. Literalmente, dice: “Pocos artículos de nuestro Código han merecido una crítica tan dura como éste, sobre todo, por apartarse del criterio objetivo pretendidamente mantenido por nuestro texto legal. Y, sobre todo, en relación al requisito tercero, porque, si ya el depósito era una operación mercantil, sobraban las demás circunstancias.” Nos sigue explicando este autor que la mayoría de la doctrina rechaza la exigencia cumulativa de que la actuación sea mercantil para ambas partes intervinientes, que basta que una de las partes actúe como profesional o comerciante, siendo decisivo en apoyo de esta acepción el art. 310 del Código de Comercio, que, al señalar las fuentes por las que han de regirse los depósitos verificados en los Bancos, en los almacenes generales, en las sociedades de crédito o en otras cualesquiera Compañías, se regirán en primer lugar por los Estatutos de las mismas, en segundo lugar, por las prescripciones de este Código y, últimamente, por las reglas de Derecho común, que son aplicables a todos los depósitos.

<sup>216</sup> Vid. OZCÁRIZ MARCO, F., *El contrato de depósito...*, p. 151 y s.

<sup>217</sup> Ha de tenerse en cuenta que la legislación del transporte tiene sus propias reglas de responsabilidad, seguros y límites, y que en el contrato combinado habrán de prevalecer. Por ejemplo, en el transporte marítimo, en caso de existir un conocimiento de embarque (B/L) se aplicarán las reglas del Convenio de La Haya-Visby, y en caso de existir solo un talón nominativo no negociable, que solo se puede transmitir con las reglas de una cesión ordinaria, (“seawaybill”) se estará al régimen de responsabilidad propio del derecho marítimo.



propio y peculiar, toda vez que resulta equiparado con la comisión, en cuanto al modo de constituirse y las obligaciones que de él se derivan para cada una de las partes contratantes. El Proyecto, por el contrario, le restituye su verdadero ser jurídico, fijando los requisitos necesarios para su perfecta existencia legal, las circunstancias que han de concurrir para que se considere mercantil, y todas las obligaciones que ha de cumplir el depositario, con entera independencia de los otros contratos en los que pueda transformarse durante el curso de las operaciones comerciales<sup>218</sup>.

No podemos concluir esta visión panorámica del derecho nacional sin referirnos a los derechos civiles forales o especiales, cuya conservación, modificación y desarrollo está atribuida al legislador autonómico en los términos del art. 148.1.8 de la Constitución Española, - ello, a diferencia del derecho mercantil, cuya competencia corresponde exclusivamente al legislador estatal, conforme a lo establecido en el artículo 148.1.6 de la Constitución Española- , y a los derechos extranjeros que serán aplicables a la relación dentro de los mismos límites señalados en el artículo 6.2 y 1255 CCE, y en los términos en que se permite la renuncia voluntaria a la Ley aplicable y a los derechos en ella reconocidos, tanto en su invocación, prueba y ejercicio judicial, como extrajudicial, en los términos de los Tratados Internacionales suscritos por España, la Ley de Cooperación Jurídica Internacional 29/2015 y demás normas concordantes y aplicables. En cuanto al contrato de depósito, lo encontramos regulado en el Fuero Navarro, cuya última revisión data de 1 de abril de 1987, en las normas relativos a los “contratos de custodia”, concretamente, la Ley 573 prevé el derecho del depositario al reintegro de gastos y daños, pero sin derecho de retención, y se contienen otras figuras de tipo híbrido. En cambio, la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto, no regula la figura como contrato independiente, aunque sí regula el mandato, y el arrendamiento que, actualmente, pueden absorber esta institución. El Libro II de dicho Código sí contiene una regulación independiente y muy divergente del derecho común español del derecho de retención que, como veremos, puede actuar como garantía para asegurar el derecho de reintegro o pago del depositario<sup>219</sup>.

---

<sup>218</sup> Vid. SERRERA CONTRERAS, P.L., *El contrato de depósito mercantil*, en *Tratado de Derecho Mercantil*, Barcelona, 2001, p. 44.

<sup>219</sup> La Exposición de motivos del libro VI del Código civil de Cataluña, expresa los siguientes propósitos: “...era preciso formular una estructura sistemática que permitiera futuras incorporaciones. Teniendo en cuenta, pues, el carácter de código abierto, de formación sucesiva, y de conformidad con lo establecido por los artículos 4 y 6 de la Ley 29/2002, se ha optado por una estructura mínima, que puede ser necesario completar más adelante, de modo que el libro sexto se divide, inicialmente, en tres títulos.(...) El libro sexto pretende lograr una regulación unificada del contrato, sin establecer dos textos paralelos para la compraventa en general y la compraventa de consumo respectivamente. (...) Las reglas sobre la determinación del precio se hacen eco de la tendencia legislativa de la no necesidad de fijarlo inicialmente en el contrato, al tiempo que aclaran la exigencia de que en las compraventas de consumo se entienda que las referencias al precio final incluyen los correspondientes tributos. (...) El libro sexto sitúa el contrato de mandato en el ámbito de los contratos de servicios y, en particular, de gestión, más allá de una mera relación de confianza o de amistad, y pone énfasis en la gestión de asuntos jurídicos por encargo del mandante y de acuerdo con sus instrucciones. (...) El capítulo tercero, se expresa la intención de que sea relativo a los contratos sobre objeto ajeno, ya que el segundo regula los contratos sobre actividad ajena...”

## VII.-CONCEPTO DEL CONTRATO DE DEPÓSITO EN EL BMCR y EN LA DIRECTIVA 2006/123/CE, DE 12 DE DICIEMBRE.

Los primeros estudios tendentes a la consecución de un derecho patrimonial común europeo se remontan a las propuestas y trabajos de la Comisión Lando, fundada por el profesor danés LANDO en 1976, y que ha dado lugar a los PECL -Principles of european contract law- propuesta de "softlaw", que ha tratado de recoger la esencia del acervo común europeo y buscar sus elementos de convergencia bajo los auspicios de la Comunidad Económica Europea en orden a la consecución del pleno mercado interior. A ésta ha seguido la propuesta de "softlaw" "DCFR" -Draft common frame of reference- que se viene elaborando por partes y entre cuyas propuestas se encuentra el llamado "contrato de servicios", de los que forma parte el contrato de depósito. Según hemos señalado, en el derecho justiniano, se impone el cumplimiento en especie de toda clase de obligaciones, frente a los juicios de buena fe, en que toda condena era dineraria, y, en la actualidad, se unifica la responsabilidad del depositario con la del arrendatario, y se admite que el contrato de depósito pueda ser retribuido, por lo que pierde su razón de ser el trato distinto del contrato de depósito frente un contrato de servicios<sup>220</sup>. El caso de ser gratuito pasa a valorarse de forma general como atenuante de la responsabilidad, en cualquier modalidad de servicio. Al respecto, SÁNCHEZ LORENZO<sup>221</sup>, formula una opinión crítica con la necesidad y la oportunidad de la unificación del derecho privado europeo. Opina que 1.- Es necesaria una armonización de conceptos del derecho patrimonial, al menos, en cuestiones de tráfico jurídico, puesto que supone un presupuesto para poder aplicar el derecho internacional privado. 2.-El derecho internacional privado complementa pero no puede suplir un derecho interno. 3.- Sí debe tenderse a unificar el derecho de los consumidores 4.- En cuanto a los operadores "empresariales", para este autor, no está tan clara la necesidad de unificación, por suponer crear un derecho "regional" en un marco tendente a la globalización y funcionan bien iniciativas de "soft law" de vocación universal como las normas UNIDROIT o el Convenio de Viena; porque las grandes compañías ya recurren al convenio arbitral o medios adecuados para autorregular la gestión de conflictos, o, en cualquier caso, asumen los costes de información, seguridad, etc. bastaría con unas pocas normas como las relativas al reconocimiento de resoluciones judiciales o arbitrales, previsiones relativas al derecho de garantías al modo del Código Uniforme Estadounidense, y la fijación del control de orden público o normas imperativas.

Puede apreciarse que esta opinión formulada en 2003 es la que parece que ha prevalecido en la política de la Unión Europea hasta tiempos recientes. DE LA CUESTA RUTE<sup>222</sup> expone que se ha estado impulsando una unificación jurídica en materia de derecho de consumo, y el DFCR se ha configurado como una propuesta de softlaw a la que pueden remitirse las empresas interesadas. Sin embargo, aprecia un giro hacia fines más ambiciosos que los de una propuesta de "softlaw" en el último encargo de la Comisión, por Decisión de 26 de abril de 2011, que crea un "grupo de expertos para el marco común de referencia en el ámbito del

<sup>220</sup> En el Anteproyecto de CCE de 1882-1888, art. 11, el permiso del disponente para servirse o usar de la cosa depositada debía ser expreso.

<sup>221</sup> Vid. SANCHEZ LORENZO, S. "La unificación del derecho contractual europeo vista desde el derecho internacional privado", en *Derecho Patrimonial Europeo*, Coord. PALAO MORENO, G.; PRATS ALBENTOSA, L.; REYES LÓPEZ, M.J., Cizur Menor, 2003, p. 363-381.

<sup>222</sup> Vid. DE LA CUESTA RUTE, J.M., *Sobre la unificación del derecho patrimonial europeo*, en *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo*, Barcelona, 2011, p. 23-60.

Derecho Contractual Europeo, que tendrá las funciones de a) seleccionar las partes del proyecto del marco común de referencia que sean pertinentes, directa o indirectamente, para el Derecho contractual, y b) reestructurar, revisar y completar los contenidos seleccionados del proyecto del marco común de referencia teniendo también en cuenta otros trabajos de investigación realizados en este ámbito, así como el acervo de la Unión." En opinión de este autor "... es claro que el propósito al que se debe ordenar la tarea del Grupo es un propósito específico que de algún modo delimita un territorio del derecho contractual sobre el que se pretende alcanzar el fruto de la tarea ..." En el punto 4.4 de los considerandos aprecia el autor que la Comisión intenta ponerse a salvo de las críticas dirigidas al DCFR por haberse elaborado sin la participación de grupos de interés -"stakeholders"- cuya incorporación se prevé también. Según el Considerando "5" uno de los objetivos del proyecto, que estaba programado hasta 2014, era el de acoger los principios, definiciones y normas modelo que deben utilizar los legisladores "para garantizar mayor coherencia y calidad en el proceso legislativo".

DE BARRÓN ARNICHES<sup>223</sup> nos ofrece un estudio monográfico sobre los contratos de servicios en el DCFR y los PELS. Nos explica que "...en el DCFR los académicos redactores que optan por separar el mandato de los servicios, no lo hacen con el otro contrato que, tradicionalmente, en muchos ordenamientos nacionales europeos, aparece claramente desgajado del contrato de servicios como lo es el contrato de almacenaje o depósito. Esta actividad se encaja en el DCFR en el capítulo V, "Storage", de la parte especial del capítulo IV. C...." El mandato abarca los supuestos de representación, intervención en favor de la esfera jurídica ajena sin representación y mediación y se recoge en el Libro IV D: "Mandat contracts."

El arrendamiento de cosas es objeto de regulación separada. Dentro de los servicios se incluye IV.C, la construcción, la transformación, el almacenaje, diseño, asesoramiento y tratamiento. Quedan fuera del ámbito de regulación de los servicios algunos sectores sensibles como el contrato de trabajo, seguros, actividades financieras, transportes y contratos de garantía, no porque no sean contratos de servicios, sino por estar sujetos a una reglamentación directa y la especial atención en defensa de los consumidores<sup>224</sup>. Reproducimos, por nota, la reglamentación del depósito que efectúa el DCFR<sup>225</sup>.

<sup>223</sup> Vid. DE BARRÓN ARNICHES, P., *El contrato de servicios en el nuevo Derecho Contractual Europeo*, Barcelona, 2011, p. 37; y p. 61 y ss.; Cfr. VALPUESTA GAZTAMINZA, E., *Unificación del derecho patrimonial europeo, marco común de referencia y derecho español, La regulación general del contrato de servicios*, p. 258 y ss.

<sup>224</sup> La Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de Junio de 2017, resuelve una cuestión prejudicial, en que el Tribunal remitente desea averiguar, en esencia, si el artículo 7, apartado 1, letra b), segundo guion, del Reglamento n.º 1215/2012, -que establece simplemente el Tribunal competente para conocer de un asunto- debe interpretarse en el sentido de que un contrato de préstamo, celebrado entre una entidad de crédito y dos codeudores solidarios, debe calificarse como «contrato de prestación de servicios», contemplado en ese precepto. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de «servicios», en el sentido del artículo 5, punto 1, letra b), del Reglamento n.º 44/2001, cuyo tenor es idéntico al del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 1215/2012, implica, como mínimo, que la parte que los presta lleve a cabo una determinada actividad como contrapartida de una remuneración (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de julio de 2016, Granarolo, C-196/15, EU:C:2016:559, apartado 37). Por consiguiente, debe responderse a la segunda cuestión que el artículo 7, apartado 1, letra b), segundo guion, del Reglamento n.º 1215/2012 debe interpretarse en el sentido de que un contrato de préstamo, como el debatido en el litigio principal, celebrado entre una entidad de crédito y dos codeudores solidarios, debe calificarse de «contrato de prestación de servicios», comprendido en ese precepto.

<sup>225</sup> Chapter 5: Storage.

El artículo introductorio del capítulo dedicado al contrato de depósito, IV, C5: 101, señala que su ámbito de aplicación es el de los contratos, en virtud de los cuales una parte, el depositario, se compromete a almacenar un bien mueble o intangible para otra, el cliente. Es de destacar la configuración del contrato como consensual, la exigencia de profesionalidad y titulación adecuada del prestador de servicios, la imposición de una obligación de resultado salvo los casos de fuerza mayor, el deber de colaboración del cliente y de impartir instrucciones, y la consideración del contrato como naturalmente retribuido. Ya nos hemos referido a la especialidad de prever el BMCR que el depositario no puede delegar sin autorización expresa, frente a la regla general<sup>226</sup>. También se prevé en los contratos de servicios el deber de cumplimiento específico, desistimiento, reducción del

---

*IV. C. – 5:101: Scope.*

*(1) This Chapter applies to contracts under which one party, the storer, undertakes to store a movable or incorporeal thing for another party, the client.*

*(2) This Chapter does not apply to the storage of:*

*(a) immovable structures;*

*(b) movable or incorporeal things during transportation; and*

*(c) money or securities (except in the circumstances mentioned in paragraph (7) of IV.*

*C. – 5:110 (Liability of the hotel-keeper)) or rights.*

*C – 5:102: Storage place and subcontractors*

*(1) The storer, in so far as the storer provides the storage place, must provide a place fit for storing the thing in such a manner that the thing can be returned in the condition the client may expect.*

*(2) The storer may not subcontract the performance of the service without the client's consent.*

*IV. C. – 5:103: Protection and use of the thing stored.*

*(1) The storer must take reasonable precautions in order to prevent unnecessary deterioration, decay or depreciation of the thing stored.*

*(2) The storer may use the thing handed over for storage only if the client has agreed to such use.*

*IV. C. – 5:104: Return of the thing stored.*

*(1) Without prejudice to any other obligation to return the thing, the storer must return the thing at the agreed time or, where the contractual relationship is terminated before the agreed time, within a reasonable time after being so requested by the client.*

*(2) The client must accept the return of the thing when the storage obligation comes to an end and when acceptance of return is properly requested by the storer.*

*(3) Acceptance by the client of the return of the thing does not relieve the storer wholly or partially from liability for non-performance.*

*(4) If the client fails to accept the return of the thing at the time provided under paragraph (2), the storer has the right to sell the thing in accordance with.*

*III. – 2:111 (Property not accepted), provided that the storer*

*has given the client reasonable warning of the storer's intention to do so.*

*(5) If, during storage, the thing bears fruit, the storer must hand this fruit over when the thing is returned to the client.*

*(6) If, by virtue of the rules on the acquisition of ownership, the storer has become the owner of the thing, the storer must return a thing of the same kind and the same quality and quantity and transfer ownership of that thing. This Article applies with appropriate adaptations to the substituted thing.*

*(7) This Article applies with appropriate adaptations if a third party who has the right or authority to receive the thing requests its return.*

*. C. – 5:105: Conformity.*

*(1) The storage of the thing does not conform with the contract unless the thing is returned in the same condition as it was in when handed over to the storer.*

*(2) If, given the nature of the thing or the contract, it cannot reasonably be expected that the thing is returned in the same condition, the storage of the thing does not conform with the contract if the thing is not returned in such condition as the client could reasonably expect.*

precio por prestación defectuosa y, en su caso, la suspensión e incluso el desistimiento unilateral del contrato por el cliente, con deber de indemnizar si el desistimiento es injustificado. El prestador de servicios solo puede desistir por justa causa sobrevenida.

---

*(3) If, given the nature of the thing or the contract, it cannot reasonably be expected that the same thing is returned, the storage of the thing does not conform with the contract if the thing which is returned is not in the same condition as the thing which was handed over for storage, or if it is not of the same kind, quality and quantity, or if ownership of the thing is not transferred in accordance with paragraph (6) of IV .C.–*

*5:104 (Return of the thing stored).*

*IV. C. – 5:106: Payment of the price*

*(1) The price is payable at the time when the thing is returned to the client in accordance with IV C. – 5:104 (Return of the thing stored) or the client, without being entitled to do so, refuses to accept the return of the thing.*

*(2) The storer may withhold the thing until the client pays the price.*

*3:401 (Right to withhold performance of reciprocal obligation) applies accordingly.*

*IV. C. – 5:107: Post-storage obligation to inform*

*After the ending of the storage, the storer must inform the client of:*

*(a) any damage which has occurred to the thing during storage; and*

*(b) the necessary precautions which the client must take before using or transporting the thing, unless the client could reasonably be expected to be aware of the need for such precautions.*

*IV. C. – 5:108: Risks*

*(1) This Article applies if the thing is destroyed or damaged due to an event which the storer could not have avoided or overcome and if the storer cannot be held accountable for the destruction or damage.*

*(2) If, prior to the event, the storer had notified the client that the client was required to accept the return of the thing, the client must pay the price. The price is due when the storer returns the remains of the thing, if any, or the client indicates to the storer that the client does not want those remains.*

*(3) If, prior to the event, the storer had not notified the client that the client was required to accept the return of the thing:*

*(a) if the parties had agreed that the storer would be paid for each period of time which has elapsed, the client must pay the price for each period which has elapsed before the event occurred;*

*(b) if further performance of the obligations under the contract is still possible for the storer, the storer is required to continue performance, without prejudice to the client's right to terminate the contractual relationship under*

*IV. C. – 2:111 (Client's right to terminate);*

*(c) if performance of the obligations under the contract is no longer possible for the storer the client does not have to pay for the service rendered except to the extent that the storer is entitled to a price under subparagraph (a); and the storer must return to the client the remains of the thing unless the client indicates that the client does not want those remains.*

*(4) If the client indicates to the storer that the client does not want the remains of the thing, the storer may dispose of the remains at the client's expense.*

*IV. C. – 5:109: Limitation of liability*

*In a contract between two businesses, a term restricting the storer's liability for non performance to the value of the thing is presumed to be fair for the purposes of II*

## VIII.- CONCLUSIONES PROVISIONALES DEL CAPÍTULO II.

1ª Los fragmentos romanos que se conservan relativos al contrato de depósito no transmiten un concepto claro y armónico sino que constituyen una amalgama de criterios reconducibles a orígenes diversos, concretamente, la idea que se toma del . – 9:405 (*Meaning of “unfair” in contracts between businesses*), *except to the extent that it restricts liability for damage caused intentionally or by way of grossly negligent conduct on the part of the storer or any person for whose actions the storer is responsible.*

IV. C. – 5:110: *Liability of the hotel-keeper*

(1) *A hotel-keeper is liable as a storer for any damage to, or destruction or loss of, a thing brought to the hotel by any guest who stays at the hotel and has sleeping accommodation there. (2) For the purposes of paragraph (1) a thing is regarded as brought to the hotel:*

C. – 5:109 (a) *if it is at the hotel during the time when the guest has the use of sleeping accommodation there;*

(b) *if the hotel-keeper or a person for whose actions the hotel-keeper is responsible takes charge of it outside the hotel during the period for which the guest has the use of the sleeping accommodation at the hotel; or*

(c) *if the hotel-keeper or a person for whose actions the hotel-keeper is responsible takes charge of it whether at the hotel or outside it during a reasonable period preceding or following the time when the guest has the use of sleeping accommodation at the hotel.*

(3) *The hotel-keeper is not liable in so far as the damage, destruction or loss is caused by:*

(a) *a guest or any person accompanying, employed by or visiting the guest;*

(b) *an impediment beyond the hotel-keeper's control; or*

(c) *the nature of the thing.*

(4) *A term excluding or limiting the liability of the hotel-keeper is unfair for the purposes of Book II Chapter 9, Section 4 if it excludes or limits*

*liability in a case where the hotel-keeper, or a person for whose actions the hotel-keeper is responsible, causes the damage, destruction or loss intentionally or by way of grossly negligent conduct.*

(5) *Except where the damage, destruction or loss is caused intentionally or by way of grossly negligent conduct of the hotel-keeper or a person for whose actions the hotel-keeper is responsible, the guest is required to inform the hotel-keeper of the damage, destruction or loss without undue delay. If the guest fails to inform the hotel-keeper without undue delay, the hotel-keeper is not liable.*

(6) *The hotel-keeper has the right to withhold any thing referred to in paragraph (1) until the guest has satisfied any right the hotel-keeper has against the guest with respect to accommodation, food, drink and solicited services performed for the guest in the hotel-keeper's professional capacity.*

(7) *This Article does not apply if and to the extent that a separate storage contract is concluded between the hotel-keeper and any guest for any thing brought to the hotel. A separate storage contract is concluded if a thing is handed over for storage to, and accepted for storage by, the hotel-keeper."*

<sup>226</sup> Vid. HERAS HERNÁNDEZ, M.M., *Los sujetos en el contrato de depósito*, Barcelona, 1997, p. 32-37, en que efectúa un estudio de derecho comparado europeo sobre la regla de la delegabilidad o no del depósito. Constata que existe una tendencia extendida a prohibir o limitar la transmisibilidad pasiva de la obligación del depósito, por una consideración de ser una derivación de la "*fiducia cum amico*" y el carácter "*intuitu persona*" de la delegación. Aboga por una más amplia permisibilidad, bajo la responsabilidad del depositario si es quien ha elegido al subdepositario, y por la concesión de acción directa frente al segundo al depositario, juntamente con las que le asistan contra el depositario. Comprueba que el BGB, el Código Civil Italiano de 1942, no obstante equiparar la responsabilidad del depositario a la de la observancia de la diligencia de un buen padre de familia frente al de 1865 que exigía la diligencia que el mismo observaba en sus propios asuntos, y el

ámbito greco-oriental por la influencia que el mismo ejerció sobre la cultura y el derecho romano, a través del intercambio comercial y de los esclavos trasladados, y de los asuntos atendidos por el pretor peregrino, contempla esta obligación como hecho y como obligación de resultado y de dar cosa, basándose en el simple razonamiento de que se tiene el bien sin haber reintegrado su valor a su dueño. El resultado es de responsabilidad objetiva. Estos rasgos pervivieron especialmente respecto de los bienes recibidos en custodia por los navegantes, mesoneros y fondistas, y el banquero por los fondos entregados, así el título 9 del libro 4º del Digesto, y el título XI del Edicto Perpetuo, "*de receptis*".

2º El derecho de creación romana se distancia de este razonamiento puramente conmutativo, y atiende al desempeño de la función de custodia como objeto del contrato y como obligación de actividad con relación a la cosa entregada, por consiguiente, una obligación de hacer, en que cobra importancia la elección del sujeto encargado de la custodia y la intervención de factores ajenos a su voluntad y a su ámbito de organización y dirección para moderar la responsabilidad en caso de incumplimiento total o parcial, y el derecho a ser resarcido de los gastos, las pérdidas o los perjuicios que le haya ocasionado la gestión.

3º En el derecho romano clásico solo se considera contrato de depósito el que se desempeña gratuitamente por el depositario, siendo además preciso que el depositario no se haya ofrecido a desempeñar el encargo, que no haya obtenido autorización para servirse o usar de la cosa depositada, y que no se haya pactado una responsabilidad mayor para que se le apliquen los beneficios de no responder por culpa, sino solo por las actuaciones dolosas, a la que se equipara la culpa grave, y el derecho a la indemnidad total, sin que haya lugar al devengo de intereses ni al descuento de frutos salvo que el depositario se haya constituido en mora para la restitución. Puesto que el tipo de desempeño descrito se produce en el exclusivo interés del depositante, el depositario tiene la obligación de restituir la cosa con todos sus productos y acciones y de forma íntegra, y tiene derecho a ser resarcido de todos los gastos y daños que se le hayan seguido de su actividad. Los rasgos de ofrecimiento, onerosidad y pacto de mayor responsabilidad o la autorización de servirse de la cosa revelan un uso o un desempeño empresarial, que nos conduce a sugerir que el criterio diferenciador manejado por la jurisprudencia romana lo es entre servicios de amistad, (o intradomésticos, de desarrollo de actividades del "*paterfamilias*" a través de las personas de su casa) con el trato de contrato de depósito, y, según su amplitud y alcance, de mandato, y de actividades económicas, que serán bien locación-conducción, o bien otra figura jurídica como el préstamo o comodato, o tuteladas por la acción de palabras prescritas.

Código Portugués de 1966, solo admiten la delegación por autorización del depositante o en casos especiales de urgencia y necesidad. El Código Civil Español y sus artículos 1767 y 1768 solo prohíben el uso de la cosa depositada. El Código Napoleónico también guarda silencio sobre este punto habiéndose generado opiniones doctrinales controvertidas. Se han aducido también motivos prácticos, como el de que el cambio de depositario puede comprometer la cobertura de los seguros contratados y el de que la habitual transmisibilidad de las mercancías, por medio de la cesión de los resguardos de depósito a terceros, exige que las cosas depositadas estén en todo momento, perfectamente localizadas.

4º La recepción continental ha acogido históricamente estos criterios en su codificación, resulta exponente el texto del Código Napoleónico de 1804 en su artículo 1928. Se han producido algunas divergencias en cuanto a la aplicabilidad a bienes inmuebles, acogida por algunos textos como el Código Civil Portugués en su artículo 1855, y así lo previeron también las Partidas de Alfonso X el Sabio.

5º El BMCR parece centrarse únicamente en la modalidad empresarial del despempeño de la función de custodia cuando lo configura como una modalidad del contrato de servicios. Se configura como contrato naturalmente oneroso y unifica el criterio de responsabilidad hacia una responsabilidad objetiva del depositario con la excepción de la fuerza mayor. Restringe a las cosas muebles su ámbito y se configura en interés exclusivo del depositante, por cuanto el depositario no puede usar o servirse de las cosas depositadas salvo autorización, y debe restituir todo lo percibido y producido por la cosa, en estado adecuado a las expectativas. Sorprende el hecho de que no se autorice al depositario a delegar salvo autorización en este sentido. Tiene derecho a desistir del encargo por causa justificada y con preaviso, y también a retener las cosas en tanto no se le haya pagado y a vender las cosas no recogidas pasado el tiempo previsto. El depositario ha de restituir la misma cosa recibida o, si es fungible y no se deposita de forma especial, otro tanto de la misma especie y calidad - o sea, se admite el depósito irregular- y al tiempo en que lo requiera el depositante, aunque se anticipe a lo pactado.

6º Nos inclinamos a pensar que el solo objeto de la propuesta del BMCR, los contratos concertados en el ámbito empresarial, y que quedan fuera los depósitos "por amistad", a los que será aplicable el derecho civil que en cada caso corresponda, lo que es consonante con la vocación del BMCR de armonización de actividades económicas para optimizar el funcionamiento del mercado interior comunitario. En tal sentido, el tratamiento como "servicio" o arrendamiento, sería coherente con el trato que hemos visto que se otorga a la actividad empresarial de depósito por el Derecho Romano. Los puntos diferenciadores que permiten prescindir de la estructura del contrato de depósito como contrato autónomo, se centran en la consideración de onerosidad, la unificación del régimen de responsabilidad y consideración como obligación de resultado de los contratos de servicios, en el sentido de prestación óptima conforme a la "*lex artis*" que se le ha dado.

7º En el derecho romano clásico, son elementos diferenciadores que justifican el trato autónomo del contrato de depósito frente al arrendamiento el hecho de que el procedimiento formulario, en que las sentencias eran siempre dinerarias, de un saldo favorable a una de las partes, articula mecanismos para compeler al depositario a la restitución "*in natura*". Actualmente, el derecho restitutorio tiende hacia un trato uniforme para cualesquiera tipos contractuales, si bien quedan reminiscencias de esta especialidad en las definiciones del contrato de depósito en las codificaciones modernas, así, el artículo 1915 del Código Napoleónico<sup>227</sup> y el art. 766 del CC

<sup>227</sup> El Còde Napoleónico modificó el criterio del "buen padre de familia" tradicional de la codificación por un criterio de "persona razonable" en 2014. Vid. TOMÁS MARTÍNEZ, *La*



Italiano de 1942. También se ha relajado la exigencia romana del "precio cierto" de los arrendamientos, pudiendo fijarse el precio según los usos habituales, aunque no se haya pactado "*ab initio*"<sup>228</sup>. Pasamos a ocuparnos del tratamiento procesal romano de la reclamación del depositario en el próximo capítulo.

---

*sustitución del «buen padre de familia» por el estándar de la «persona razonable»: reforma en Francia y valoración de su alcance, en Revista de Derecho Civil <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, ISSN 2341-2216 vol. II, núm. 1 (enero-marzo, 2015) Estudios, p. 57-103. La autora explica que el cambio se introduce para la eliminación de criterios sexistas y a fin de facilitar la inteligibilidad en la sociedad actual. El principio de "razonabilidad" se define en los "PELS" en su artículo 1:302: "Reasonableness: "Under these Principles reasonableness is to be judged by what persons acting in good faith and in the same situation as the parties would consider to be reasonable. In particular, in assessing what is reasonable the nature and purpose of the contract, the circumstances of the case, and the usages and practices of the trades or professions involved should be taken into account". Ha de tenerse en cuenta, pues la situación, la naturaleza y fines del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o profesión.*

<sup>228</sup> Cfr. Apartado IV. C (referido a las disposiciones generales de los servicios), Sección 1, IV. C, 1: "101 b): "Supply of a service (1) This Part of Book IV applies: (a) to contracts under which one party, the service provider, undertakes to supply a service to the other party, the client, in exchange for a price; and (b) with appropriate adaptations to contracts under which the service provider undertakes to supply a service to the client otherwise than in exchange for a price.". El artículo 1094 del Código Civil Español exige conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia a quien está obligado a dar alguna cosa. El apartado primero del art. 1104 del Código Civil Español permite moderar la responsabilidad por culpa o negligencia del deudor conforme a la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar, con lo que se concede margen a la apreciación de modo semejante al constatado en el Derecho Romano y en el Borrador del MCR. Por su parte, el artículo 1927 del Código Napoleónico, fiel a la recepción, prevé que la diligencia del depositario, excepto en los casos especiales del artículo 1928, comentados, será la que el depositario observe en sus propios asuntos, criterio reconducible a Celso, y el art. 1926, la limitación de responsabilidad en el caso de que el depósito se haya efectuado en un incapaz por persona capaz. Este último artículo fue incorporado por el legislador español en el art. 1765 del Código civil, frente al caso del depositario capaz, que queda sujeto, según el art. 1764 del Código civil español, "a todas las responsabilidades del depositario". PELLOSO, C., "*Custodia*", <<Receptum>> e responsabilità contrattuale, *Una rilettura dei dogmi civilistici alla luce del método casístico romano, Encuentro "Auf dem Weg zu einer Europäischen Methodenlehre? Juristische Methodik und Rechtsvergleich", Villa Vigoni, 24-27 Sept. 2014, Versión digital en "Academia edu."*, p. 17 y ss., considera excesivamente rígido el sistema de los artículos 1176 y 1218 del "Codice" italiano de 1942, e insuficiente el mandato de menor rigor en negocios gratuitos, y propone volver a la técnica romana de apreciar la diligencia adecuada en cada caso, en función de la "*utilitas*" y las demás circunstancias concurrentes, en lugar de establecer parámetros de conducta escasamente matizados.



## CAPÍTULO III

### MEDIOS DE DEFENSA PROCESAL DEL DEPOSITARIO.

#### I.-PLANTEAMIENTO.

Al estudiar el concepto de contrato de depósito hemos señalado que el principal derecho del depositario es el de la indemnidad, de cuyo contenido nos ocuparemos en el próximo capítulo. El objeto del presente capítulo es el de examinar las formas procesales en que el depositario puede hacer efectivo su derecho contra el depositante o contra la persona obligada a satisfacer los gastos, los daños, y, en su caso, la retribución pactada por los servicios prestados. El tema escogido, la reclamación de las impensas, nos coloca en la posición del abogado defensor, si pensamos en un contencioso bilateral cual es el de los juicios romanos de buena fe que protegían los contratos, en el que una parte reclama la cosa que le corresponde y la otra, que se le satisfagan los gastos y daños y conceptos pactados que se le hayan seguido del contrato. La posibilidad de ventilar en un mismo procedimiento la reclamación activa y la contraprestación debida al depositario, en particular, y al contratante, en general, no fue instantánea, sino que constituye el resultado de una evolución jurídica de progresiva toma de conciencia de la posición "del otro" en la relación litigiosa, a partir de posiciones que solo contemplaban y reforzaban con garantías o sanciones el derecho de restitución activo. Hoy día, los principios de audiencia, contradicción e igualdad son considerados principios esenciales de un proceso plenario en todo sistema procesal que aspira a ser respetado. Los juicios sumarios prevén otras actuaciones de corrección y son privados del efecto de cosa juzgada respecto de las cuestiones no sometidas a contradicción. El Derecho Romano y sus antecedentes helénicos permiten recorrer la historia particular de formulación y consolidación de estos principios procesales fundamentales. El principio expuesto queda plasmado en el conocido aforismo latino "*Audi alteram partem*"<sup>229</sup>. Escuchemos, pues, la causa del depositario.

Nos interesa el estudio desde el punto de vista de las reclamaciones que asisten al depositario, por lo que en cada etapa del derecho procesal romano hemos de centrarnos en la forma en que este último puede hacer efectivas sus pretensiones de gastos, daños, y, en su caso, de retribución. Para ello, es preciso examinar las actuaciones o acciones existentes en las diferentes etapas históricas procesales y las

<sup>229</sup> Vid. CISNEROS FARIAS, G., *Diccionario de frases y aforismos latinos. Una compilación sencilla de términos jurídicos*, México, 2003, p. 16. Nos traduce la frase reproducida del siguiente modo: "Oigase a la otra parte". Y explica que el principio de igualdad domina el proceso porque oír a la otra parte es la expresión de la denominada bilateralidad de la audiencia.

posibilidades de oposición o de contrarreclamación que ofrecen, por lo que vamos a proceder de forma evolutiva, y dividir el examen entre la etapa arcaica, previa y de las "*legis actiones*", la etapa clásica del procedimiento formulario y la etapa postclásica del procedimiento cognitorio o "*extra-ordinem*"<sup>230</sup>. Las fuentes del procedimiento romano se encuentran fundamentalmente en el Corpus Iuris Civilis y en el manuscrito veronense que contenía las "Instituciones de Gayo", que supuso un avance fundamental para su investigación.

SCHULZ<sup>231</sup> recoge, entre las acciones que protegen el depósito en las distintas etapas del Derecho Romano, las siguientes:

- 1.- La Ley de las XII Tablas recoge una acción de delito privado "*in duplum*".
2. Una fórmula *in factum concepta in simplum* para los casos ordinarios del depósito (cuando es litigiosa la entrega)
3. Una fórmula *in ius concepta*, que contenía una cláusula *ex bona fide*.
- 4.- Finalmente, el Edicto contenía una fórmula secuestrataria referente al depósito hecho por dos o más personas que discuten sobre la cosa depositada. Esta fórmula no nos ha sido transmitida<sup>232</sup>. En este caso, el depositario ("*sequester*") era "*possessor*"<sup>233</sup>. Esta última figura no es objeto de nuestro estudio.

## II. ETAPA ARCÁICA.

### A. Autotutela. La Ley de las XII Tablas.

La época arcaica no conoce el contrato de depósito. Solo puede hablarse de contratos a partir del reconocimiento de las acciones de buena fe, en la época clásica. La reclamación activa de la cosa depositada por el depositante o su derechohabiente, en una primera etapa habría que concluir que tenía lugar con la actio "*agere in rem*". Las cosas y los animales susceptibles de domesticación y utilización al servicio de la *domus* se adquirirían inicialmente aplicando la *vindicta* como simbolo de poder y adquisicion dominical en época muy primitiva. Con el tiempo se adquirieron por compra mediante metal pesado en la balanza (*per aes et libram*), y más adelante

<sup>230</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Derecho Privado Romano*, op. cit., p. 51 y ss., en las que distingue el sistema de los juicios privados, "*ordo iudiciorum privatorum*", que abarca los procesos denominados de acciones de la ley, "*legis actiones*" y formulario, "*per formulam*", y la "*cognitio extra-ordinem*", que reemplaza definitivamente el procedimiento formulario por una Constitución de Constancio y Constante del año 342 d. C.

<sup>231</sup> Vid. SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, Traducción de J. Santacruz Tejeiro, Barcelona, 1960, p. 495 y s.

<sup>232</sup> No obstante, como expusimos en su momento, sí se han hallado tablas en que se describe la actividad del secuestratario, como la Tabla Pompeiana 28, comentada por MARRONE, M., *Un documento interessante in tema di sequestro*, en *Studii Sanfilippo* 3, Milano, 1983, p. 413-419.

<sup>233</sup> Lo describe el fragmento de *Mod. 6 pand.*, D. 50, 16, 110, a cuyo tenor: "*Sequester*" dicitur, apud quem plures eandem rem, de qua controversia est, deposuerunt: dictus ab eo, quod occurrenti aut quasi sequenti eos qui contendunt committitur." "<Sequester> <o secuestratario> se llama aquél en cuyas manos se ha depositado una cosa sobre la que hay controversia; y se llama así porque se entrega al que sale al paso o sigue ("*sequens*") a los que discuten sobre la cosa."

mediante el pago de un precio con el cual se declaraba *empta* la cosa y al mismo tiempo - en que se hacía el rito - "*imaginaria venditio*"- de la pesada fingida<sup>234</sup>. En la Ley de las XII Tablas, encontramos previsiones relativas a la figura del depósito, en forma de acción de delito privado, que establece una sanción "*in duplum*" para quien recibió por causa de depósito y no restituyó. Así lo prevé el epígrafe 19 de la Tabla VIII, que nos ha llegado a través de la "*Collatio*" atribuida a Paulo, 10,7,11:

*"Ex causa depositi lege XII Tabularum in duplum actio datur"*.

"Por la Ley de las XII Tablas se da una acción al doble por el depósito."

Se relaciona con la sanción de ignominia contenida en la Tabla VI, Ley 21:

*"Patronus si clientem fraudem fecerit, sacer esto."*;

"Si el cliente comete fraude a su patrono, sea maldito."

EVANS-JONES<sup>235</sup> efectúa un estudio de las previsiones de la Ley de las XII Tablas relativas al depósito y, en concreto, se ocupa de la cuestión surgida acerca de si únicamente se contemplan en ella los casos considerados como de depósito necesario, en que el depósito se produjera por una situación de necesidad, que es como se comprendía la del viajero respecto de los efectos depositados en la posada, barco o establo, y los depósitos producidos con motivo de incendio, ruina, naufragio o cualquier otra calamidad pública, o si abarca cualquier situación de depósito. La hipótesis de que en la Ley de las XII Tablas el depósito fuera fuente de obligaciones "*re*" y que la norma no solo sancionara la no-devolución, viene contradicha por el tratamiento que recibe en las Instituciones de Gayo<sup>236</sup>. Aceptar la tesis de VOIGT de quedar reducida a cosas ciertas, supondría restringir el depósito a las "*res Mancipi*", lo que, a decir del autor no es el caso. UBBELOHDE<sup>237</sup> consideraba que la acción de las XII Tablas era una acción *perfidiae*, basada en la apropiación indebida del poseedor o detentador. Lo basa en *Thryph. 4 disputationem*, D. 26, 7, 55, 1:

*"sed tutores propter admissam administrationem non tam invito domino contrectare eam videntur quam perfide agere."*

Este fragmento refiere la perfidia por cuanto el pupilo no podía defenderse al no poder haber manifestado válidamente una prohibición. La acción por el doble de las XII Tablas excluye la condición por lo percibido. Si bien el ámbito de la "*actio furti*", que también se produce por el uso no autorizado, no se corresponde con el de la reclamación prevista. La mayoría de los autores consideran que la acción

<sup>234</sup> Vid. FUENTESECA DÍAZ, P., *Las <legis acciones>, como etapas del proceso romano*, op. cit., p. 216.

<sup>235</sup> Vid. EVANS-JONES, *The actio of the XII Tables ex causa depositi*, *Labeo* 34, 1988, p. 188 ss.

<sup>236</sup> Cfr. *Gai* III, 90, 91.

<sup>237</sup> Vid. UBBELOHDE, A., *Zur Geschichte der genannten Realkontrakte auf Rückgabe derselben Species*, Marburg, Leipzig, 1870, p. 38 y ss.

correspondía por el hecho de no restitución de la cosa recibida<sup>238</sup>.

Concluye EVANS-JONES que la acción de las XII Tablas comprende todos los casos, de actuación "oficiosa", o en caso de calamidad o préstamo, que no entrarían en la calificación de "*fiducia cum amico*", lo que es conciliable con el carácter perpetuo de la acción "*in duplum*", y civil, y es coherente con la introducción de la acción "*in factum*", sin favorecer con ello al depositario deshonesto.

En esta primera etapa, la reclamación del depositario no se contempla directamente. La acción de depósito contenida en la Ley de las XII Tablas es una acción penal, y, en tal ámbito, podría encontrarse la justificación. Por la ausencia de previsión, con culpa o sin ella, creemos que solo serían reclamables los gastos si hay una estipulación o una caución. En el proceso romano arcaico estaba admitida la violencia privada lícita, perpetrada por el propio afectado o por su grupo familiar. Las acciones de la Ley regularon las formas en que legalmente podía ejercitarse esa defensa privada o autodefensa<sup>239</sup>. Los dos remedios más primitivos, la "*manus iniectio*", correspondiente a la responsabilidad personal, y la "*pignoris capio*" para posesionarse de una cosa afecta, constituían formas de autotutela. FUENTESECA DÍAZ<sup>240</sup> explica que en la etapa arcaica no cabe hablar propiamente de acciones, sino de ritos solemnes, que denomina "*modi lege agendi*", o sea, ritos procedimentales, aunque las expresiones empleadas por Gayo en sus Instituciones sean confusas. En *Gai* IV, 31: se emplea la expresión "*legis actionem facere*" (entablar una acción de la ley) y "*lege agere*" (actuar según la ley) y recoge como supuestos la caución de daño temido, que informa que está sustituida por la estipulación que ofrece el edicto, y el juicio ante los centumviro. Lamentablemente, se conserva incompleta una alusión a la toma de prenda. El apartado siguiente, *Gai* IV, 32, parece aclarar que la toma de prenda es un supuesto de dación en garantía por entrega de cosa que debe ser rescatada<sup>241</sup>. La aplicación de la "*vindicatio*" a las cosas nace como poder o derecho primario ("*pignus capere*") y fue, en cuanto originado en la aprehensión de cosas, el paralelo de la "*manus iniectio*" respecto a personas<sup>242</sup>.

En el derecho helenístico, la afección de objetos se llevaba a cabo de forma expresa, por dación en garantía en forma de prenda o de hipoteca, y no por la vía tácita "consuetudinaria" romana que parece funcionar como elemento legitimador de una

<sup>238</sup> Vid. IHERING, R., *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, Vermischte Schriften juristischen Inhalts, Leipzig*, 1879, p. 190; LEONARD, S., *Depositum, PWRE*, 5.1., col. 235; ARANGIO - RUIZ, V., *Instituzioni*, 309.

<sup>239</sup> Vid. VALIÑO DEL RÍO, E., *Derecho Privado Romano*, Valencia, 1976, p. 63 y s.

<sup>240</sup> Vid. FUENTESECA DÍAZ, P., "*Las <legis actiones>, como etapas del proceso romano*", *AHDE*, 1964, p. 209 y ss.

<sup>241</sup> Cfr. *Gai* IV, 32: "*Contra in eam forma, quae publicano proponitur, talis fictio est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esse, id pignus is, a quo captum erat, luere deberet, tantam pecuniam condemneret.*" "Por el contrario, en la fórmula que se concede al publiciano, hay una ficción merced a la cual el deudor es condenado a la cantidad que hubiera debido pagar de haberse practicado la toma de prenda, para rescatar esta prenda."

<sup>242</sup> Vid. KASER., M., *Das Römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, p.131 y ss., recoge aparte de las soldadas *Gai* IV, 27, y las rentas de los arriendos de animales de tiro para el transporte de las cosas sagradas, *Gai* IV, 28, la *lex censoria* por la que los aperos y efectos de labranza del vectigalista (o aparcero de terrenos públicos) quedaban afectos al pago del tributo anual.

retención por la conexión de la cosa con la deuda contraída por la misma. Es conocido que las culturas greco-orientales se servían de documentos en mayor medida que el derecho romano en sus orígenes, y que disponían de lo que hoy podríamos denominar un "fedatario público" para la elaboración de pólizas, lo que facilita la afección de bienes susceptibles de identificación, la prueba y el conocimiento de las mismas. Cabe pensar en los testimonios relativos a "*syngrafas*" y "*quirografas*". En defecto de estipulación o caución a favor del depositario, solo cabría pensar en el medio de defensa de la retención, y la protección del retenedor por los interdictos, cuando el retenedor fuera violentado en su posesión<sup>243</sup>.

NARDI, en cuanto al origen y función del derecho de retención<sup>244</sup>, señala:

- 1.- Que en el origen es un remedio para la ausencia de acción, amparado pretoriamente, que obliga a la contraparte a reconocer - y atender- un crédito.
- 2.- Que en la evolución posterior, al reconocerse acción, pierde esta función, y es cuando se asemeja a la prenda, en los casos que subsisten, por quedar su función de garantía diferente de la acción, con los consiguientes problemas de armonización, por lo que el origen es una especie de medida cautelar y no una ejecución inmediata. Recoge como supuestos antiguos: a) El "*iactus*" de las leyes rhodias, - nos habla de los "*danni inerenti al iactus*", para equidistribuir las pérdidas entre los expedicionarios, b) El derecho del dueño "ribereño" de retener las cosas arrastradas por la corriente que han ocasionado daños en su propiedad -los "*danni connessi a inondazione*" c) Los gastos por razón de la cosa "*spese per cui furono in seguito creati i così detti <iudizia contraria>*" y d) Los gastos de que debe ser resarcido el poseedor de buena fe -"*spese in re aliena del possessore di buona fede*".
- 3.- Que, en el principio, fue un remedio para compensar daños y que los gastos incorporados a patrimonio ajeno se equipararon a pérdidas si no eran recuperados.
- 4.- Rechaza los intentos de derivar el origen del derecho de retención de otras instituciones jurídicas: "*i tentativi ... di derivarla arbitrariamente di altri istituti ... del tuto eterogenei ad estranei rispetto alla sua sfera*", cual es el caso del derecho de prenda, que no considera un instituto romano, las acciones de la ley ejecutiva, puesto que la facultad de retener no es un procedimiento ejecutivo, la prenda tácita, por cuanto, en sus orígenes, el derecho de retención no satisface una función de garantía, especialmente, de garantía consentida por la contraparte, y, al respecto, señala que la "*minutio ipso iure*" considera que es un mecanismo incompatible con la retención de la cosa, que, precisamente, debe retenerse íntegra. La vía de la prenda o hipoteca parece ser la fórmula greco-oriental de dación en garantía, que sería recibida por el derecho romano, en tiempo posterior.

PRINGSHEIM explica que en el Derecho Griego, bastaba con la incorporación de una cláusula en los contratos para permitir al acreedor satisfacer su derecho sobre una cosa afectada sin intervención pública, y que ello fue posible porque la autotutela no

<sup>243</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Derecho Privado Romano*, op. cit., p. 161 y ss., con relación a los interdictos.

<sup>244</sup> Vid. NARDI, E., *Profilo evolutivo della ritenzione romana*. *Rivista di diritto civile* III, Parte I, 1957, p. 6 y ss., recogido en "*Scritti minori*", Bolonia, 1991.

se había prohibido<sup>245</sup>. El fragmento *Ulp. 73 ed*, D. 43,32,1,pr.<sup>246</sup>, se refiere al caso de las cosas dadas en prenda. El procedimiento judicial solo se fue imponiendo poco a poco y la ejecución de los fallos judiciales permaneció en el campo de la realización privada que debía ser tolerada.

ARIAS RAMOS<sup>247</sup> recoge diversos fragmentos del capítulo 6 del Libro XII del Digesto, rubricado "Sobre la condición de lo indebidamente pagado",

- *Iulianus libro 39 digestorum*, D. 12,6,33, en tanto contrapone "*retentio*" y "*condictio*",

*"Si in area tua aedificassem et tu aedes possideres, condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contraheretur: nam is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit: cum autem aedificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit. Sed et si is, qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset, conditionem non habebit, quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat. Et ideo constat, si quis, cum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse."*

El fragmento aborda un caso en que una persona ha edificado en un solar ajeno, y estuviera en posesión de la casa, en que no tendrá lugar la condición, pues no se ha contraído ningún negocio entre las partes. Sin embargo, señala que el que hubiera pagado una cantidad indebida, hace ya algún negocio por el propio hecho de pagar, pero cuando el propietario ocupa lo que otro ha puesto en su solar, no contrae negocio alguno. Mas si el que había edificado en solar ajeno hubiera entregado él mismo la posesión al propietario, tampoco tendrá la condición, pues no transmite ninguna propiedad al que recibe, sino que simplemente empieza a tener el propietario lo que es suyo. Consta por lo tanto que, si una persona, creyéndose heredero, hubiese levantado una casa de viviendas en un solar hereditario, *no tendrá, para recuperar los gastos, más que la retención*".

- *Pomp. 6 ad Q. M.*, D. 12, 6, 51, que, en general, recoge una pretendida regla general sobre los casos en que no hay acción pero sí retención, de no poderse repetir como indebido lo que se hubiera dado. El efecto de no poderse accionar pero tampoco repetir lo entregado coincide con la dinámica propia de las obligaciones naturales, tales como las que se desarrollaban a través del "*peculio*" entre el "*paterfamilias*" y

<sup>245</sup> Vid. PRINGSHEIM, F., *The greek law of sale*, Weimar, 1950, p. 286 y s.

<sup>246</sup> Cfr. D. 43,32,1,pr. *Ulpianus libro 73 ad edictum*.

*"Praetor ait: "Si is homo, quo de agitur, non est ex his rebus, de quibus inter te et actorem convenit, ut, quae in eam habitationem qua de agitur introducta importata ibi nata factave essent, ea pignori tibi pro mercede eius habitationis essent, sive ex his rebus est et ea merces tibi soluta eove nomine satisfactum est aut per te stat, quo minus solvatur: ita, quo minus ei, qui eum pignoris nomine induxit, inde abducere liceat, vim fieri veto"*. "Dice el pretor: Prohíbo que impidas con violencia que el inquilino pueda sacar el esclavo de que se litiga <o lo que sea> si no es de aquellas cosas introducidas en la vivienda en cuestión, o llevadas, nacidas o hechas allí que se convino entre tú y el demandante que te quedaran en prenda del pago del alquiler de la vivienda, o, siendo de esas cosas, se te ha pagado ya el alquiler o se te ha dado garantía del mismo, o has dejado tú de aceptar el pago".

<sup>247</sup> Vid. ARIAS RAMOS, J. *En torno a la génesis del enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 29 y ss.



las personas de su casa, por carecer estas últimas de capacidad civil<sup>248</sup>:

*"Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repetere non possumus."*

Queda de manifiesto la mecánica procesal antigua, que genera un derecho de retención pero no reviste de acción la reclamación. Precisamente, esta vía es inteligible si se piensa que las autoridades públicas intervienen en el caso solo si surge oposición al ejercicio de la autotutela o al respeto de la posesión, por vía posterior, que es el modo de actuar de los interdictos.

Este criterio antiguo ha de conducir a sospechar de la fidelidad del fragmento de las previsiones relativas a la Ley Aquilia, como la de *Pomp. 17 ad Q.M., D.9,2,39,1*:

*"Pomponius. Quamvis alienum pecus in agro suo quis deprehendit, sic illud expellere debet, quomodo si suum deprehendisset, quoniam si quid ex ea re damnum cepit, habet proprias actiones. Itaque qui pecus alienum in agro suo deprehenderit, non iure id includit, nec agere illud aliter debet quam ut supra diximus quasi suum: sed vel abigere debet sine damno vel admonere dominum, ut suum recipiat."*

"Dice Pomponio: aunque alguno encuentre una res ajena en su campo la debe expulsar lo mismo que si hubiese encontrado una suya, porque si con ello recibió algún daño, tiene las acciones adecuadas. ... Ni la encierra con derecho, ... sino que debe ahuyentarla sin daño o avisar al dueño que recoja lo suyo." Se sustenta un criterio contrario a la retención "porque se dispone de las acciones adecuadas" en el caso del cuadrúpedo hallado pastando en campo ajeno<sup>249</sup>.

BÜRGE<sup>250</sup>, se ocupa del derecho de retención en la "*locatio-conductio*" y concluye que solo tiene presencia indubitada en las fuentes jurisprudenciales en el ámbito

---

<sup>248</sup> Cfr. *Paul. 4 Sab., D. 15, 1,8*, relativo a la "transmisión natural", y *Ulp. 29 ed., D. 1, 1, 9*, pr.: "Si el dueño hubiese causado algún daño al esclavo, no se imputará al peculio, del mismo modo que si le sustrajere alguna cosa" y (2) "Se determina la cuantía del peculio una vez deducido lo que se debe al dueño, porque se considera como si el dueño se hubiese anticipado en demandar a su esclavo. El fragmento *Ulp. 43 Sab., D. 15, 1, 41* comienza diciendo que "Ni el esclavo puede deber cosa alguna, ni se puede deber al esclavo, pero cuando hablamos abusivamente de "deber", significamos un hecho, más que nos referimos a una obligación del derecho civil. La accesión de las cosas generadas por el peculio puede apreciarse en el fragmento de Florentino 11 *inst., D. 15, 1, 39*: "El peculio consiste también en aquello que uno se procuró con su economía, o en aquello que por sus atenciones hubiera merecido que cualquier persona le done, y el dueño desease que su esclavo lo tuviera como propio patrimonio."

<sup>249</sup> Consituyen otros supuestos de contraposición entre acciones y retención los siguientes: *Paul., D.10,3,14,1* "*tantum retentionem habeo ... negotiorum gestorum actio*", en que entra en juego el derecho de retención donde no se dispone de la acción de gestión de negocios, y *Pap., D.20, 1.1 pr.*, en que se contrapone la retención a la "*actio utilis*": "*utilis actio dabitur, sed facilius erit possidendi retentio*". En *Pomp., D.13,7,8, pr.*, se diferencia la retención de la actio contraria: "*non tantum retentionem, sed etiam contrariam pignoratitiam actionem habeo*."

<sup>250</sup> Vid. BÜRGE, A., "*Retentio ...*", *ob. cit.*, p. 206-209.

arrendaticio en el caso de la Ley *Rhodia*, D.14,2,2, pr.<sup>251</sup>:

*Paulus libro 34 ad edictum pr.*

*"Si laborante nave iactus factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, ex locato cum magistro navis agere debent: is deinde cum reliquis, quorum merces salvae sunt, ex conducto, ut detrimentum pro portione communicetur; agere potest. Servius quidem respondit ex locato agere cum magistro navis debere, ut ceterorum vectorum merces retineat, donec portionem damni praestent. Immo etsi "non" retineat merces magister, ultro ex locato habiturus est actionem cum vectoribus: quid enim si vectores sint, qui nullas sarcinas habeant? Plane commodius est, si sint, retinere eas. At si non totam navem conduxerit, ex conductoaget, sicut vectores, qui loca in navem conduxerunt: aequissimum enim est commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent."*

"Si, peligrando la nave, se hizo la echazón de mercancías, los propietarios de las mercancías perdidas, si arrendaron su transporte, deben ejercitar contra el patrón de la nave la acción de locación y después puede éste ejercitar contra aquellos cuyas mercancías se salvaron la acción de conducción para que se reparta proporcionalmente el perjuicio. Respondió Servio que *debía ejercitar contra el patrón de la nave la acción de locación para que retenga las mercancías de los demás transportes hasta que paguen la parte del daño*. Es más, aunque el patrón no retenga las mercancías, debe tener también contra los transportados la acción de locación. ¿Cuál es la solución si hubiese pasajeros que no tuvieran equipaje alguno? Es claro que *resulta más cómodo retenerlo, si lo tuvieran*. Pero si alguno no tomó en arriendo toda la nave ejercerá la acción de conducción lo mismo que aquellos pasajeros que tomaron en arriendo un sitio en la nave, porque es muy justo que el perjuicio se haga común de todos los que consiguieron tener a salvo sus propias mercancías por haberse perdido las mercancías de los otros."

BENÖHR ha puesto de manifiesto que se trata de un remedio llamado a combatir el enriquecimiento injusto, por la vía de la formación de una comunidad de pérdidas. La Lex Rhodia se incorpora al derecho romano desde el "*ius gentium*", por vía del derecho consuetudinario helénico y afecta las cosas rescatadas a la contribución proporcional a los daños generados. La calificación de la relación como "*locatio-conductio*" abre la vía procesal descrita por PAULO<sup>252</sup>. Nos explica BÜRGE, de

<sup>251</sup> Bürge aporta, no obstante, un testimonio extrajurídico: *Plautus, Asin. 441 LE "Dromo mercedem rettulit? LI Dimidius minor opinor LE Quod relicorum? LI Aibat reddere, quom extemplo redditum esset. Nam retineri, ut quod sit sibi operis locatum efficeret."* El esclavo Dromo ha concertado un contrato de obra. El presunto responsable pregunta si ya ha satisfecho el importe por los trabajos ya realizados, y le contestan que se retiene dicho importe, hasta que esté completada la totalidad del trabajo encargado, para evitar que quede inacabado, y ve posibles los casos de retención en cuanto al alquiler de bienes muebles y en el contrato de obra, pero lo ve más difícil en el caso del contrato de alquiler de vivienda. Los remedios en esta materia son las previsiones de reducción de la renta y el régimen especial de interdictos.

<sup>252</sup> Vid. BENÖHR, H.P., *Der sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen Römischen Rechts*, Hamburg, 1965, p. 207 "Hier füllt das Retentionsrecht als bereicherungsrechtliches Institut die Lücke."

forma coincidente con lo expuesto por NARDI, que el derecho de retención en un momento incipiente frecuentemente fue la única vía para hacer valer el reintegro de impensas y de daños. En un momento evolutivo posterior, se reconocieron acciones específicas que dejaron esta función innecesaria.<sup>253</sup> Reconduce la subsistencia de la figura a las ventajas coercitivas que supone, que ve reflejadas en la expresión reproducida en *Gai 9 ed. prov.*, D. 14,2,2 "*commodius esse*"<sup>254</sup>. En la práctica, la razón de su existencia es perfectamente compatible con las "*actiones contrariae*", de las que nos ocuparemos en su momento. Añade que HOFMANN-SZANTYR<sup>255</sup>, explican que el adverbio con "esse" es frecuente en el latín culto, si bien es del parecer de que no se puede negar que el final ha sufrido interpolaciones respecto del texto original. Ello - nos señala- se pone de manifiesto ya por la calificación de la relación como "*locatio-conductio*". El autor no comparte la idea de NARDI de ser éste el pasaje más antiguo relativo al derecho de retención, y, por consiguiente, ser el cauce de realización el juicio de buena fe, sino que lo considera un caso de derecho especial, en el cual se ha conservado su procedimiento y defensa original y que se ha legado inalterado. ZAMORA MANZANO advierte que el "*magister navis*" en el caso de echazón quedaba responsable de la liquidación equitativa, y que el daño había de ser definitivo para aplicar el procedimiento que describe el fragmento transcrito, de manera que la recuperación de las mercaderías revertía la situación<sup>256</sup>.

La intervención de las autoridades solo tendría lugar "*a posteriori*", en caso de que se quebrantara el orden por una de las partes implicadas, intervención que se materializaba por medio de los interdictos<sup>257</sup>. Respecto de los bienes muebles, el

<sup>253</sup> Vid. BÜRGE, A., "*Retentio ...*", op. cit., p. 206-209.

<sup>254</sup> Cfr. la expresión "*commodius esse*" en el siguiente caso de compraventa: *Ulpianus libro 28 ad Sabinum*, D. 18, 6,1, 3. "*Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit nec intra diem admensum est: effundere autem non statim poterit, priusquam testando denuntiet emptori, ut aut tollat vinum aut sciat futurum, ut vinum effunderetur. Si tamen, cum posset effundere, non effudit, laudandus est potius: ea propter mercedem quoque doliorum potest exigere, sed ita demum, si interfuit eius inania esse vasa in quibus vinum fuit (veluti si locaturus ea fuisset) vel si necesse habuit alia conducere dolia. Commodius est autem conduci vasa nec reddi vinum, nisi quanti conduxerit ab emptore reddatur, aut vendere vinum bona fide: id est quantum sine ipsius incommodo fieri potest operam dare, ut quam minime detrimento sit ea res emptori*". "Aunque es lícito al vendedor derramar el vino si hubiese señalado un término para que se midiese y no se hizo dentro del mismo, no obstante, no podrá hacerlo sin advertir al comprador mediante testigos que se lleve el vino o sepa que se va a verter (...) Puede exigir una merced por las tinajas, pero únicamente en la medida en que tuvo interés en que estuvieran vacías (...) por ejemplo, si tuvo necesidad de tomar otras tinajas en arriendo. Pero es más conveniente tomar vasijas en arriendo y que el vino no sea entregado hasta que se reintegre por el comprador el precio del arriendo o bien, vender de buena fe el vino, esto es, procurar, sin perjuicio del vendedor, que se haga con el mínimo detrimento para el comprador."

<sup>255</sup> Vid. HOFFMANN-SZANTIR, *Lateinische Syntaktik und Stilistik*, München, 2ª ed., 1972, p. 171.

<sup>256</sup> Vid. ZAMORA MANZANO, J.L., *Averías y accidentes en derecho marítimo romano*, Madrid, 2000, Cap. Vª.

<sup>257</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Conceptos y dicotomías del "ius"*, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 3, 2000, p. 29, donde explica, acerca del sistema pretorio, que "no parece acertado considerar que el sistema pretorio haya tenido influencia únicamente en el ámbito procesal. (...) Así, la creación de acciones "*in factum*" para proteger supuestos no previstos en Derecho, de acciones ficticias, por las que por razones de equidad se

interdicto llamado "*utrubi*" -"aquel en cuyo poder"- protegía a quien hubiera poseído por más tiempo en el año precedente a la privación un objeto mueble, sin que hubiera concurrido violencia ni clandestinidad ni relación de precario respecto de la otra parte. Sus características eran que era doble, porque ambas partes litigantes se encontraban en la misma posición procesal y prohibitorio de modificar el estado de hecho existente, sin perjuicio de poderse promover litigio sobre la cosa litigiosa. En tiempos justinianeos, se sustituiría por acciones útiles<sup>258</sup>. Si bien en la época justiniana se prohíbe al depositario oponerse a la restitución de la cosa depositada, aún por motivo de impensas hechas en la misma, -aunque la prohibición ha de entenderse solo emitida, según veremos, para el depósito que hemos definido como "propriadamente dicho", correspondiendo sin duda al acreedor pignoraticio y al arrendatario en la medida de su interés<sup>259</sup>, es más dudosa su prohibición en este contrato en época anterior. Así lo sugiere la interpretación del fragmento de Celso 12 *dig.*, D. 47, 2, 68 (67), pr. dice que:

*"Infitiando depositum nemo facit furtum (nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum est): sed si possessionem eius apiscatur intervertendi causa, facit furtum. Nec refert, in digito habeat anulum an dactylitheca quem, cum deposito teneret, habere pro suo destinaverit."*

Se reconoce el caso en que la negativa a devolver un depósito no es hurto, a diferencia del caso que dicha negativa viene acompañada de la intención de apropiación.

### III.- ETAPA CLÁSICA.

#### A.- El procedimiento formulario.

Se considera etapa clásica la de vigencia del procedimiento formulario.

---

considera existente (...) una relación o cualidad jurídica que, en realidad, no existe, y acciones útiles, por las que se amplía la protección de una acción civil a un supuesto análogo; o bien con la negativa a tramitar una acción reconocida por el "*ius civile*" ("*denegatio actionis*") o mediante la concesión al particular de la facultad de paralizar la acción en otra parte del proceso ("*exceptio*"), o bien, finalmente, y de forma excepcional, mediante la anulación del acto jurídico realizado ("*restitutio in integrum*"). Pero, junto a estos remedios procesales, de trascendencia en lo sustantivo, y, de ahí, la correlación tan estrecha entre Derecho y Proceso, el "*ius praetorium*" interviene en el ámbito de lo institucional mediante el reconocimiento y protección de determinadas situaciones jurídicas correspondientes a derechos reales ("propiedad pretoria"), obligaciones (ej. préstamos pretorios) y herencia ("*bonorum possessio*"). Respecto del interdicto "*utrubi*", vid. VALIÑO DEL RÍO, E., *Derecho privado romano*, op. cit., p. 89 y ss.

<sup>258</sup> Vid. THOMAS, J.A.C., *The Institutes of Justinian*, op. cit., p. 324.

<sup>259</sup>Cfr. *Ulp. 29 Sab.*, D. 47, 2, 12, que concede la acción de hurto al acreedor pignoraticio y al batanero, en tanto tenga interés..

BENVENISTE<sup>260</sup> explica que " ... el término "ius", procedente de "iurare" o juramento, se traduce por "derecho", y que numerosos textos muestran que en Roma "iurare" es pronunciar una fórmula, el "ius iurandum", juramento, literalmente "fórmula a formular", redoblamiento significativo de lo que es esencial en el acto de jurar. De hecho, el jurante, debe repetir palabra por palabra la fórmula que le es impuesta: "adiurat in quae adactus est verba". La palabra indoeuropea derivada de la misma raíz, el avéstico "yaoz", nos explica este autor que sugiere una purificación, o restablecimiento del orden, puesta en el estado requerido por el culto. El védico "yoh" refiere a un deseo, a un pronunciamiento, y el avéstico "yaos", a una actividad restaurativa<sup>261</sup>. El autor aprecia que estos matices tienen gran alcance en el registro del derecho y el ritual en que los actos consisten, a menudo, en palabras. El iniciador que induce a otro a prestar juramento, debe "praeire verbis", es decir, enuncia el texto que quien se compromete deberá repetir literalmente tocando un objeto sagrado, lo que constituye la parte esencial de la ceremonia<sup>262</sup>. La práctica jurídica viene a desacralizarse, pero permanece la esencia del rito, consistente en una fórmula que ha de repetirse. El "agere per fórmulas" supone precisamente un acto por el cual el comportamiento se considera ajustado a derecho siempre que se siga exactamente lo preceptuado en una fórmula. La fórmula quedaba validada ante el pretor. Las fórmulas se convirtieron, en presencia del pretor, en una elaboración conjunta de ambas partes litigantes, y aparte de la fórmula "in ius", se incorporaron a la misma, por medio de la "praepositio" requisitos alegados por la contraparte y aceptados por el pretor, como cuestiones de hecho o "in factum" y también extensiones de casos del "ius civile" y "legítimo" a aquéllos que no lo eran, llamados "útiles" o "ficticios", edictales, o decretales si no se habían incorporado en el edicto<sup>263</sup>. Con la aparición

<sup>260</sup> Vid. BENVENISTE, E., *Vocabulario de las Instituciones Indoeuropeas. I. Economía, parentesco, sociedad. II. Poder, Derecho, Religión*. Madrid, 1983, p. 304 y ss.

<sup>261</sup> Vid. GUIMÁRAES TABORDA, M., *La jurisprudence classique romaine et la construction d'un droit des affaires fondé sur la fide*, *RiDA*, 48, 2001, p. 154, nota 2, sugiere, juntamente con las expuestas, otras etimologías del término, siguiendo a Sebastiao Cruz: a) que, en un sentido normativo, "ius" es una reglamentación determinada, o derecho positivo, así *Ulp. D. 1,1,1,3* se refiere al "ius naturale" y *Ulp. D. 1,1,1,4*, se refiere al "ius gentium"; b) que en un sentido subjetivo, alude al "poder" o "potestas", situación jurídica o "status", poder o facultad moral que se posee sobre otro o sobre una cosa.

<sup>262</sup> Vid. BENVENISTE, E., *Vocabulario,...*, op. cit., p. 307. Recoge la descripción de un juramento en la comedia de Plauto, *Rudens*, versos 1331 y ss. "... Entre Gripus y Labrax, que tratan de engañarse mutuamente, se concluye un acuerdo. Gripus quiere comprometer a Labrax con un juramento y le exhorta a poner la mano sobre el altar de Venus. La pone y, acto seguido, Gripus le pregunta si va a jurar por Venus, a lo que Labrax le interroga acerca de qué ha de jurar. "Lo que voy a decirte." "Díctame las palabras que quieras." Luego viene el texto del juramento, formulado por Gripus, tal y como ha de ser repetido por Labrax. ..."

<sup>263</sup> Existen tanto tratados generales como estudios especializados que abordan las acciones y excepciones útiles, y la fórmula "in factum". si bien la exposición sistemática excedería de los objetivos del presente trabajo. Entre los estudios de tipo general, hemos consultado PUGLIESE, G., *Il processo civile romano*, Milano, 1963; los comentarios de THOMAS, J.A.C., en *The Institutes of Justinian*, Amsterdam, Oxford, 1975; KASER, M. *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996; Entre las publicaciones especializadas, podemos citar, sin ánimo exhaustivo, respecto de las acciones, los trabajos de : D'ORS PÉREZ-PEIX, A., *Sobre las pretendidas acciones reales "in factum"*, *RiDA*, 5, 1958, p. 63 y ss.; VALIÑO DEL RÍO, E. "Acciones útiles", Pamplona, 1974; y respecto de las excepciones útiles, GÓMEZ BUENDÍA, C., *Las excepciones útiles en el*

del procedimiento formulario, - año 130 a. C.- se produce una notable restricción de la defensa privada, que, con todo, subsiste con los interdictos, sin que en ningún caso, se considere delito la realización legítima del propio derecho. No existen evidencias concluyentes de que el procedimiento formulario, con su bipartición de fases, una primera fase ante el pretor revestido de "*imperium*" y una segunda fase ante juez o árbitro, se haya aplicado en las provincias conquistadas, anexionadas o asociadas al Imperio. Parece, más bien, que en las mismas se desarrolló directamente lo que vino a llamarse el procedimiento cognitorio o "*extra-ordinem*" de la etapa postclásica, que se tramitaba y dirimía íntegramente ante un solo magistrado-juez al servicio de la administración en todas sus fases.

## B.- Acciones.

### 1. Acción "*in factum*" y acción "*in ius*" o de buena fe.

La etapa procesal formularia se caracterizó por su diversidad de acciones y formas, que, en ocasiones, se solapaban entre sí para la obtención de un mismo fin. En el caso de la situación de depósito, ya lo hemos señalado, se ha identificado una fórmula "*in factum concepta in simplum*" para los casos ordinarios del depósito -cuando es litigiosa la entrega- y una fórmula "*in ius concepta*", que contenía una cláusula "*ex bona fide*".

Ambas fórmulas nos las recoge Gai, IV, 47, en que comenzamos, por razones sistemáticas, con la fórmula "*in factum*".

*Gai IV, 47, "... at ille formula, quae ita concepta est: Iudex esto, si paret Aulum Agerium apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuisse, eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret, absolvito. In factum concepta est similes etiam commodatum formulae sunt."*

“Se refiere a un hecho la escrita en estos términos: Sé juez, Si resulta que Aulo Agerio depositó en casa de Numero Negidio la mesa de plata en cuestión, y que éste, con dolo malo, no se la ha devuelto, tú, juez, condena a Numerio Negidio a pagar a Aulo Agerio el valor del asunto, si no resulta así, absuévele. Para el comodato hay también otras fórmulas similares<sup>264</sup>”.

*procedimiento formulario romano*, Tesis doctoral, Universidad Pompeu Fabra, 2011, realiza un "*status quaestionis*" hasta la fecha, incorporando los estudios de NICOSIA, G., "*Exceptio utilis*", en *SZZ*, 75 (1958), p. 251 y ss., también en *Silloge, Scritti* 1956-1996, Catania, 1998, p. 69 y ss.; BETANCOURT SERNA, F., *Excepciones "in factum"*, *AHDE*, P. 1980, 699-719; y WESENER, G., *Nichtediktale Einreden*, *SZZ*, 112 (1995), p. 109 y ss. sobre la cuestión, que presentan notables diferencias de criterio al respecto. Como idea general, puede constatar que las excepciones útiles suponen extensiones de los preceptos del derecho civil para salvar vicios subjetivos, objetivos y formales y evitar desviaciones causales en la impartición de justicia.

<sup>264</sup> Vid. LENEL, O., *Das Ediktum perpetuum ...*, op. cit., Tít. XVII, pf. 98, p. 200. Remarca que la fórmula de la acción de comodato, sin duda, contiene la expresión "*ex fide bona*". La reconstruye

Respecto de la defensa del depositario en las acciones "*in factum*", los diversos motivos quedaron refundidos en la "*exceptio doli*", como resulta del pasaje *Ulp. 76 ed.*, D. 44,4,2,5, en el título IV del libro XLIV, "Sobre la excepción de dolo malo y la de intimidación",

*"Et generaliter sciendum est ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit: nam et si inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat."*

"Debe saberse que, como principio general, de todas las excepciones redactadas en referencia a un hecho puede derivarse la excepción de dolo, pues obra con dolo todo el que reclama lo que se puede evitar con alguna excepción, ya que, aunque no obrara con dolo en un primer momento, sí obra dolosamente al reclamar ahora, a no ser que sea tal la ignorancia <del demandante> que carezca de dolo."

Añadimos dos fragmentos del Libro 44, que trata de las excepciones y otros medios de defensa procesal, que ilustran que la excepción de dolo es de carácter objetivo, la compatibilidad de varias excepciones en un mismo asunto y que sus efectos pueden ser total o parcialmente extintivos:

-*Ulp. 76 ed.*, D. 44, 4, 2, 2:

*"Plane ex persona eius, qui exceptionem obicit, in rem opponitur exceptio: neque enim quaeritur, adversus quem commissus sit dolus, sed an in ea re dolo malo factum sit a parte actoris."*

"Por parte del que opone la excepción, ésta debe concebirse objetivamente, pues no se trata de saber contra quién se cometió el dolo, sino si en ese asunto el demandante obró con dolo."

- *Paul. 14 ad Plaut.*, D. 44,1,8:

*"Nemo prohibetur pluribus exceptionibus uti, quamvis diversae sunt."*

A nadie se le impide valerse de varias excepciones, aunque sean distintas."

- *Paul. de var. lect.*, D. 44,1,22 pr., nos señala que la excepción es una condición que a veces libra al demandado de la condena y a veces la disminuye.

*"Exceptio est condicio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem"*.

---

del siguiente modo: "*Si paret, AA NN rem q. d. a. commodasse, eamque AA redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam dare facere oportet*"; et *rel. Paul. fr. 17 § 1.3.5 h.t.*, "*Contraria commodati actio etiam sine principali moveri potest, sicut et ceterae quae dicunt contrariae.*"

Con lo que pasamos a la fórmula "*in ius*" que es la que propiamente se refiere al contrato de depósito, y cuyo surgimiento se sitúa alrededor del S. I a. C, según hemos expuesto en el capítulo I, al que nos remitimos<sup>265</sup>. Se contiene en *Gai IV*, 47, juntamente con la fórmula "*in factum*":

*"Sed ex quibusquam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositum et commodati, illa enim formula, quae ita concepta est: Iudex esto, quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret, absolvito, in ius concepta est".*

“Pero, en ciertos casos, el pretor también enuncia fórmulas que se refieren a un derecho, como la de depósito y la de comodato. La primera, que está redactada así: sé juez. Puesto que Aulo Agerio depositó en casa de Numerio Negidio la mesa de plata en cuestión, tú, juez, condena a Numerio Negidio a pagar a Aulo Agerio todo lo que según la buena fe deba dar o hacer en este asunto, si no resulta (o no restituye), absuévele. Se refiere a un derecho; ... ”.

Aducimos también la fórmula de la "*locatio-conductio*", habida cuenta del trato del depósito comercial como arrendamiento, según lo hemos argumentado en el capítulo II de este trabajo.

*"Ex locato: Quod AA NN fundum (operas) q.d.a. locavit, quidquid ob eam rem dare facere oportet, ex fide bona eius, iudex, NN AA c. s.n.p.a.  
Ex conducto: Quod AA NN fundum (operas) q.d.a. conduxit, quidquid b eam rem dare facere oportet, ex fide bona eius, iudex, NN AA c. s.n.p.a."*<sup>266</sup>

La petición de más objetos de los verdaderamente entregados en el caso de depósito, se sancionaba con la pérdida del litigio, (*Gai IV*, 60) no así el caso en que la petición no figura en la "demostración" o hecho alegado, sino en la reclamación de "todo lo que, a causa de esto, deba dar o hacer el demandado a favor del demandante", que precisamente permite la moderación judicial dentro del máximo señalado, en la etapa clásica. El fragmento *Gai IV* 61, señala que precisamente, el litigio de buena fe permite que el juez o árbitro tenga en cuenta lo que el demandante debe a su vez prestarle al demandado en virtud de la misma causa, de modo que la condena al demandado lo sea solo en la diferencia. Pero, como resulta de *Gai IV*, 63, el juez

<sup>265</sup> A modo de recordatorio, diremos que los juicios de buena fe suponen un tratamiento procesal que es propio de las relaciones contractuales, por lo que también actúan como criterio orientativo. *Gai IV*, 68, enumera como juicios de buena fe, origen de los contratos, el de compraventa, el de arrendamiento, el de gestión de negocios, el de mandato, el de depósito, el de fiducia, el de sociedad, el de tutela y el de reclamación de la dote, y que Labeón confirió a los contratos valor conceptual. La doctrina destaca su aportación de otorgar fuerza recíprocamente fundamentadora a las pretensiones de cada parte, que quedan como causa y condición implícita del cumplimiento de la otra parte. El pasaje más citado de este autor al respecto, es el recogido en el *D. 50*, 16, 19, transcrito en el capítulo I.

<sup>266</sup> Vid. LENEL, O., *Das Ediktum Perpetuum ...*, op. cit., p. 240, quien se basa para la reconstrucción de esta fórmula en el Título XIX, §112, *Ulp.* 32; *Paul.* 34; *Gai* 10 y *Julian* 15.



puede no tener en cuenta para nada tal compensación, ya que en los términos de la fórmula no se le ordena esto abiertamente, sino que, como parece oportuno en un juicio de buena fe, se deja al arbitrio del juez hacerlo<sup>267</sup>.

1. BÜRGE<sup>268</sup>, describe el mecanismo procesal, y concluye que la defensa opera en dos fases: si la reclamación de resarcimiento del demandado como causa de oposición a la restitución es clara, el pretor procedía directamente a denegar la acción de restitución de la cosa, si no se satisface o garantiza el pago reclamado; si no era clara, o la cuantía era discutida promovía la incorporación a la fórmula del litigio que se sometía al juez o árbitro, por lo que se consideraba dolo el impago inicial y aún posterior<sup>269</sup>.

En el caso de la resolución del caso por medio de una acción "*in ius*", a diferencia de las acciones "*in factum*", las causas de oposición podían ser examinadas por el juez conforme al principio de buena fe contractual, como también el resto del contenido contractual<sup>270</sup>. Puesto que se trata de figuras contractuales, las excepciones a tener en cuenta se denominaban "*exceptio pacti*", ya que había que atenerse a lo acordado por las partes, y se expresa la máxima "*bonae fidei iudicia exceptiones pacti insunt*" en fragmentos como *Ulp. 4 ed., D.2.14.7, 4-6*:

*"Emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta: ideoque quaesitum est, si emptor fideiussorem acceperit, vel venditor stipulatus fuerit, an nuda voluntate resolvatur obligatio. Iulianus scripsit ex empto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt: an autem fideiussori utilis sit exceptio, videndum: et puto liberato reo et fideiussorem liberari. Item venditorem ex stipulatu agentem exceptione summoveri oportet, idemque iuris esse, si emptor quoque rem in stipulationem deduxerit.*

4. *Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.*

5. *Quin immo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis: solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. Sed hoc sic*

<sup>267</sup> Cfr. *Gai IV, 61*: "*- continetur, ut habita ratione eius, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare.*"

*Gai IV, 63* "*Liberum est tamen iudici nullam omnino invicem compensationis rationem habere; nec enim aperte formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio convenientius videtur, ideo officio eius contineri creditur.*"

<sup>268</sup> BÜRGE, A. *Retentio ...*, op. cit., p. 25 y ss.

<sup>269</sup> Así resulta, según nos dice, de *D.6,1,27,5*; *D. 6,1,48*, "... mediante la excepción de dolo, se indemnizan mediante la equidad, en lo que excedan de los frutos...", *D.6.1, 65, pr.*, "El comprador de un predio de quien no era dueño, interponiendo la excepción de dolo, solo tendrá que restituir el predio al propietario cuando hubiese recuperado la cantidad que pagó a un acreedor..."; *D. 44,4,4,9* "... si un menor me hubiera donado un esclavo infante y luego lo reivindica, debe ser repelido con la excepción de dolo malo, a no ser que restituya los alimentos gastados y algún otro gasto razonable ..."; y *D. 6,1,23,4*, "En todos estos casos en que una cosa mía, por ser principal, atrae hacia sí la ajena, ... si yo reivindico esta cosa, vengo forzado por la acción de dolo a dar el precio de aquello que hubiere accedido".

<sup>270</sup> Vid. KNÜTEL, R., *Die Inhärenz der <exceptio pacti> in den <bonae fidei iudiciae>*, *ZS*, 84, 1967, p. 133 - 161.

*accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint: si ex intervallo, non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur. (...) ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant, id est quae in ingressu contractus facta sunt. Idem responsum scio a Papiniano, et si post emptionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex empto non posse propter eandem regulam, ne ex pacto actio nascatur. Quod et in omnibus bonae fidei iudiciis erit dicendum. Sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones.*

*6. Adeo autem bonae fidei iudiciis exceptiones postea factae, quae ex eodem sunt contractu, insunt, ut constet in emptione ceterisque bonae fidei iudiciis re nondum secuta posse abiri ab emptione. Si igitur in totum potest, cur non et pars eius pactione mutari potest? Et haec ita Pomponius libro sexto ad edictum scribit. Quod cum est, etiam ex parte agentis pactio locum habet, ut et ad actionem proficiat nondum re secuta, eadem ratione. Nam si potest tota res tolli, cur non et reformari? Ut quodammodo quasi renovatus contractus videatur. Quod non insuptiliter dici potest. Unde illud aequae non reprobis, quod Pomponius libris lectionum probat, posse in parte recedi pacto ab emptione, quasi repetita partis emptione. Sed cum duo heredes emptori exstiterunt, venditor cum altero pactus est, ut ab emptione recederetur: ait Iulianus valere pactionem et dissolvi pro parte emptionem: quoniam et ex alio contractu paciscendo alter ex heredibus acquirere sibi potuit exceptionem. Utrumque itaque recte placet, et quod Iulianus et quod Pomponius<sup>271</sup>".*

De los fragmentos expuestos, podemos extraer que el criterio empleado por Ulpiano es el de la negativa a que los pactos puedan generar acciones independientes, y que únicamente pueden dar lugar a excepción. Pero, además, que en el procedimiento formulario, la excepción posterior a una estipulación solo se contempla para el demandado, al que se le puede haber reconocido un cumplimiento parcial, o concedido plazo o renegociado en algo lo acordado, por lo que debe ser tenido en cuenta en el juicio.

También es inherente al pacto el devengo de intereses, cuando hay mora o el contrato es oneroso, así lo vemos en Pap. 9 *quaest.*, D. 16,3,24 *in fine*:

*"sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare*

<sup>271</sup> "(4) En cambio, cuando no existe ninguna causa, consta que no puede constituirse obligación en base a la convención; así pues, *el simple pacto no engendra obligación sino excepción*. (5) Por lo demás, *a veces, forma parte de la acción misma, como en los juicios de buena fe*, pues solemos decir que los pactos convenidos están incluidos en los juicios de buena fe. Pero se entiende esto siempre que los pactos hayan seguido inmediatamente y sean a favor del demandante. Si ha mediado un intervalo, no se considerarán incluidos ni valdrá para el demandante a fin de *evitar que nazca acción de un pacto*. (...) En cambio, por parte del demandado valdrá el pacto, porque *suelen producir excepción aquellos pactos que se incorporan con posterioridad al contrato*. (6) Hasta tal punto se incluyen en los juicios de buena fe las excepciones propias del contrato pero hechas después, que consta que en la compra y demás juicios de buena fe se puede desistir de la compra en tanto el negocio no se ha cumplido. *Pues, si se puede respecto de todo, ¿porqué no ha de ser una parte modificada también por un pacto?* (...) Si sucedieron los herederos al comprador y el vendedor pactó con uno que se desistiría de la compra, dice Juliano que el pacto vale ya que la compra puede devolverse parcialmente (...)"

*temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. Si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur. "*

"... Y está establecido para los juicios de buena fe, por lo que se refiere a los intereses, que el ministerio del árbitro puede tener el mismo efecto <de obligar al pago de intereses> que la estipulación; pero va contra la buena fe y la naturaleza del depósito el pedir intereses, antes de incurrir en mora, de aquél que hizo el favor de recibir la cantidad. Pero si convino inicialmente sobre el pago de intereses, se observará lo dispuesto en el contrato."

Del pasaje *Paul. 31 ed.*, D.44,2,22 se deriva que es posible ejercitar las acciones de buena fe contra los herederos, así el ejercicio de la acción de depósito contra uno de ellos no impide el ejercicio contra los demás.

En los juicios de buena fe, la pretensión del demandante se basaba en un "*oportere ex fide bona*". Por tanto, el juez, con basamento en la buena fe, podía tener en cuenta las contrapretensiones del demandado, siempre y cuando derivaran de la misma relación jurídica. De este modo, el magistrado resolvía en su sentencia todas las cuestiones jurídicas que a la misma daban lugar<sup>272</sup>. Era posible la compensación de prestaciones heterogéneas, dado que la "*condemnatio*" en la época formalitaria era siempre pecuniaria<sup>273</sup>. Tampoco era requisito la liquidez, aunque sí la exigibilidad.

## 2.- Colisión de acciones.

El tenor literal de las fórmulas descritas en *Gay IV, 47*, parece remitir la vía "*in ius*" o la vía procedimental "*in factum*" en función de la fijación de la "cuestión litigiosa", es decir, de si el demandado reconocía el hecho de haber recibido las cosas objeto del depósito o este hecho quedaba pendiente de demostrarse por el demandante de la cosa, según lo hemos expuesto. En este apartado, nos proponemos contemplar otros casos de "colisión de acciones" que parecen haber coexistido en el panorama procesal clásico romano. Nos centramos en la aplicabilidad de un juicio de buena fe y de la "*condictio*", acción forjada en la etapa preclásica, que subsistió con algunos fines recuperatorios, y la procedencia de las acciones derivadas de delitos privados, como la acción de la Ley Aquilia y la acción de hurto. Las situaciones de solapamiento han ocasionado bastante literatura romanística tendente a la búsqueda de criterios diferenciadores. A cuanto se puede aspirar, a nuestro entender, es a establecer algunas líneas generales, pero no es posible hallar un criterio uniforme e inequívoco que permita determinar qué acción era aplicable en cada caso. La aplicabilidad parece influida por la evolución histórica y también por la influencia de los usos locales y

<sup>272</sup> Cfr. *Ulp. 1 ed. cur.*, D. 21, 1, 25,8, a cuyo tenor " ... Una vez aceptado el litigio, todo lo que se refiere a la restitución del esclavo entra en el juicio y tanto los frutos como los perjuicios causados y todo lo demás, pues incumbe al juez, tan pronto como se constituye como tal, el resolver cualquier cosa aducida en el juicio ..."

<sup>273</sup> Cfr. *Gai IV, 48* "*Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est ...*"., "La condenación en todas las fórmulas se concreta siempre en una estimación de dinero ...".

diferencias del derecho "de provincias".

a) Colisión con la "*condictio*".

La "*condictio*" parece aplicable por el pretor peregrino en casos en que los ciudadanos romanos empleaban otros medios, según hemos expuesto anteriormente. Puesto que nuestro interés está centrado en las excepciones u otros medios de defensa que asistieran al depositario en juicio, lo más interesante en este aspecto pudiera ser el hecho de que la multiplicidad de remedios, y, en ocasiones, de legitimados para el ejercicio de las acciones, condujera al desarrollo de una teoría de las excepciones de cosa juzgada o litigiosa, para evitar reiteraciones, cuando por no estar ante un juicio legítimo de carácter personal no había lugar a una consunción automática de las reclamaciones por el propio juicio. Estas excepciones vienen descritas en las Instituciones de Gayo<sup>274</sup>. Respecto de la colisión con la "*condictio*"<sup>275</sup>, encontramos su tratamiento en otras acciones de buena fe, como la compraventa o el caso de la devolución dotal<sup>276</sup>. Resulta interesante la explicación del fragmento *Gai* IV, 33, a cuyo tenor se excluye la necesidad de recurrir a ficciones para apreciar la procedencia de la "*condictio*", por entrañar pretensiones que "tienen valor por sí mismas":

*"Nulla autem formula ad conditionis fictionem exprimuntur, sive enim pecuniam, sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam dari nobis oportere intendimus nec ullam adiungimus conditionis fictionem; itaque simul intellegimus eas formulas, quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dare oportere intendimus, sua vi ac potestate valere. Eiusdem naturae sut actiones*

<sup>274</sup> Cfr. *Gai* IV, 107, que diferencia el efecto del ejercicio de una acción civil, consuntivo, del ejercicio de una acción "real o enunciada en relación a algún derecho", que genera excepción.

<sup>275</sup> Nos remitimos a los comentarios que efectuamos a propósito de la "*condictio*" en el capítulo I del presente trabajo.

<sup>276</sup> Cfr. *Ulp.* 32 *ed.*, D. 19,1, 11, 6, "*Is qui vina emit arrae nomine certam summam dedit: postea convenerat, ut emptio irrita fieret. Iulianus ex empto agi posse ait, ut arra restituatur, utilemque esse actionem ex empto etiam ad distrahendam, inquit, emptionem. Ego illud quaero: si anulus datus sit arrae nomine et secuta emptione pretioque numerato et tradita re anulus non reddatur, qua actione agendum est, utrum condicatur, quasi ob causam datus sit et causa finita sit, an vero ex empto agendum sit. Et Iulianus diceret ex empto agi posse: certe etiam condici poterit, quia iam sine causa apud venditorem est anulus.*" "Una persona que compró unas cantidades de vino dio como arras una cierta suma de dinero; después se había convenido que se anulase la compra. Juliano dice que puede demandar por la acción de compra para que se restituyan las arras. y dice también que tiene la acción útil de compra para disolver ésta. Y yo pregunto: si se dió un anillo como arras y luego siguiese la compra con el pago del precio y entrega de la cosa y no fuese devuelto el anillo, con qué acción habrá de demandarse; si se demandará con la condicción como si se hubiese dado con una causa y ésta hubiese caducado o bien con la acción de compra. Y Juliano diría que podría demandarse con la compra, mas también con la condicción, porque el anillo se hallaba ya sin causa en poder del vendedor." y *Ulp.* 36 *Sab.*, D. 25, 1, 5, 2 "*Si dos tota soluta sit non habita ratione impensarum, videndum est, an condici possit id, quod pro impensis necessariis compensari solet. Et Marcellus admittit conditioni esse locum: sed etsi plerique negent, tamen propter aequitatem Marcelli sententia admittenda est.*" "Si se ha restituido la dote entera sin deducir las impensas, cabe preguntarse si puede repetirse por la condicción lo que suele compensarse con las impensas necesarias. Admite Marcelo que tiene lugar la condicción, y, aunque la mayoría lo niegue, debe admitirse la opinión de Marcelo por ser más justa ...".

*commodati, fiduciae, negotiorum gestorum et aliae innumerabiles."*

" En cambio, no hay ninguna fórmula con ficción de acción de la ley por "condición", así pues, se entiende que esas fórmulas por medio de las cuales pretendemos una cantidad de dinero o una cosa tienen valor por sí mismas. A esta clase pertenecen las acciones de comodato, fiducia, gestión de negocios y otras muchas."

Encontramos una clara afirmación de que puede escogerse la condición para reclamar la compra o la locación en D. 19,2 ,20, pr.- 1<sup>277</sup>:

*"Sicut emptio ita et locatio sub condicione fieri potest:  
1. Sed donationis causa contrahi non potest."*

"Como la compra, también la locación puede hacerse bajo condición. Pero no puede hacerse por causa de donación<sup>278</sup>".

Respecto de las acciones honorarias, resulta especialmente ilustrativo el el fragmento atribuido a Ulpiano 14 *ed.*,

-*Ulp.* 14 *ed.*, D. 4,9,3:

*"Et ita de facto vectorum etiam Pomponius libro trigensimo quarto scribit. Idem ait, etiamsi nondum sint res in navem receptae, sed in litore perierint, quas semel recepit, periculum ad eum pertinere.*

*1. Ait praetor: "Nisi restituent, in eos iudicium dabo". Ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. Sed an sit necessaria, videndum, quia agi civili actione ex hac causa poterit: si quidem merces intervenerit, ex locato vel conducto: sed si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest: si vero res perferendas nauta conduxit, ex locato convenietur: sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse. Miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles: nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum: et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur, at hoc edicto omnimodo qui receperit tenetur, etiam si sine culpa eius res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. Inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. Idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit.*

*2. Eodem modo tenentur caupones et stabularii, quo exercentes negotium suum recipiunt: ceterum si extra negotium receperunt, non tenebuntur.*

*3. Si filius familias aut servus receperit et voluntas patris domini intervenit, in solidum erit conveniendus. Item si servus exercitoris subripuit vel damnum dedit, noxalis actio cessabit, quia ob receptum suo nomine dominus convenitur. Sin vero sine voluntate exercent, de peculio dabitur.*

<sup>277</sup> Vid. FIORI, R. *La definizione della locatio-conductio ...*, op. cit., Napoli, 1999, p. 270 y ss.

<sup>278</sup> Cfr. *Ulp. 7 disp.*, D. 18, 1, 38, a cuyo tenor " entre marido y mujer la venta hecha con finalidad de donación no tiene validez" (aunque, en general, vale) Los negocios entre cónyuges se consideraban inválidos por una presunción de fraude frente a los derechos de terceros.

4. *Haec autem rei persecutionem continet, ut Pomponius ait, et ideo et in heredem et perpetuo datur."*

5. *Novissime videndum, an eiusdem rei nomine et de recepto honoraria actione et furti agendum sit: et Pomponius dubitat: sed magis est, ut vel officio iudicis vel doli exceptione alterutra esse contentus debeat*"<sup>279</sup>.

Aparte de que el apartado 5 pone de manifiesto el rechazo al ejercicio cumulativo de las acciones, lo que debía repelerse por medio de la excepción de dolo, o "por ministerio del juez", (caso de que el pretor no pudiera apreciar directamente su consunción), se apuntan una serie de diferencias entre la acción de buena fe y la "acción honoraria", entre las que destaca el hecho de que se admita la responsabilidad por culpa o "culpa levísima" -caso fortuito- en el caso de la acción honoraria, y la transmisibilidad de la acción por ratificación del dueño del negocio contra el heredero del dueño responsable. VOICI<sup>280</sup> nos recuerda que los "*recepta*" recogidos en el título 9 del libro IV del Digesto tienen un origen pretorio, y establecen un sistema de responsabilidad objetiva, basado en el hecho de la recepción y no en la culpa o negligencia. La exoneración por fuerza mayor es conocida como "*exceptio Labeoniana*".

## 2.2 -Colisión con la acción de la Ley Aquilia.

La doctrina ha planteado también los problemas de concurrencia entre la acción reipersecutoria y la acción de la Ley Aquilia. Las fuentes que abordan casos de

---

<sup>279</sup> "... (1) Dice el pretor: <Daré acción contra los que no restituyan.> Concede este edicto una acción por el hecho. Pero ha de verse si acaso no es necesaria, porque, por esta misma causa, se puede reclamar con la acción civil; cuando hubiese mediado precio, por la de locación o la de conducción; si se hubiese dado en arrendamiento la nave entera, el arrendatario puede demandar por la acción de conducción también por las cosas que faltan, y, si el naviero arrendó el transporte de las cosas, será demandado por la acción de locación; si las cosas se hubiesen recibido gratuitamente, dice Pomponio que se pudo ejercitar la acción de depósito. Sorprende, pues, porqué se ha introducido la acción honoraria, cuando las hay civiles; a no ser, dice Pomponio, porque quisiera el pretor amonestar a esta clase de gente para que cuide de reprimir sus abusos, y porque en las acciones de locación y conducción se obliga por culpa y en el depósito tan solo por el dolo, en tanto que por este edicto, el que asumió bajo su custodia se obliga en todo caso, aunque perezca la cosa sin su culpa, o se le haya causado un daño, a no ser que haya acontecido por accidente inevitable. Por esto escribe Labeón que, cuando algo hubiere perecido por naufragio o por asalto de piratas, no es injusto dar una excepción, y lo mismo habrá que decir también si en el establo o mesón hubiere ocurrido un caso de fuerza mayor. (...). (3) Si un hijo de familia o un esclavo hubiese asumido bajo su custodia con el consentimiento del padre o del dueño, deberán ser éstos demandados con responsabilidad ilimitada; asimismo, si hurtó algo o causó algún daño un esclavo de naviero, no habrá acción noxal, porque el dueño es demandado por lo asumido a su nombre; pero, si el esclavo negocia sin el consentimiento de su dueño, se dará la acción de peculio. (4) Acción ésta, como dice Pomponio, que contiene en sí la persecución de la cosa, y, por consiguiente, se dará también contra el heredero. (5) Por último, hay que ver si se puede demandar por razón de una misma cosa por la acción honoraria de lo asumido bajo custodia a la vez que por la de hurto; duda Pomponio, pero es más cierto que, en virtud del ministerio del juez o de la excepción de dolo, <se evitará la acumulación y > deberá contentarse con una u otra".

<sup>280</sup> Vid. VOICI, P., "<*Diligentia*>, <*custodia*>, <*culpa*>, *I dati fondamentali*, SDHI, 96, 1990, p.

118 y s.

interacción de ambas pretensiones se encuentran fuertemente interpoladas, a decir de la doctrina romanística, lo que dificulta la fijación de un criterio seguro. Siguiendo a VOICI trató de sistematizar en el sentido de considerar que se admitía la concurrencia cumulativa de las acciones reipersecutorias de derecho estricto y las acciones penales puras, y la concurrencia alternativa entre las acciones penales y las reipersecutorias cuándo se trata de juicios de buena fe<sup>281</sup>. Destacamos la explicación que se ofrece acerca del sentido de evaluar la acción aplicable por el diferente contenido de cada acción, contenida en el fragmento *Ulp. 43 ad Sab.*, D, 47, 1, 2, 3:

"... *namque Aquilia eam estimationem conlectitur, quanti eo anno plurimi fuit, condictio autem ex causa furtiva non egreditur rectorum iudicii accipiendi tempus, ...*".

O sea, mientras en la acción de la Ley Aquilia se está al máximo valor que hubiera tenido el esclavo en el último año (en el caso de defunción), en la "*condictio furtiva*" se está al valor al tiempo del juicio, lo que puede arrojar diferencias de la cuantía indemnizatoria, los casos *Ulp.28 ed.*, D, 13, 6, 7, 1 y *Paul., lib. sing, de concurr act.*, D, 44, 7, 34, 2, que parecen admitir el ejercicio de la acción de la Ley Aquilia por la diferencia de valor respecto de la acción reipersecutoria, -el fragmento enumerado en último lugar lo expresa de esta forma, "*... enim actiones rei persecutionem continent et quidem post legis Aquiliae actionem utique commodati finietur...*", y el fragmento que se ocupa, entre otras, de la concurrencia con la acción de depósito "*in ius*", según el cual el ejercicio de una u otra para el perjudicado será electivo, pero excluyente de la otra acción, *Gai 9 ad ed. prov.*, D 13, 6, 18, 1:

"*Sive autem pignus sive commodata res sive deposita deterior ab eo qui*

<sup>281</sup> Vid. DÍAZ-BAUTISTA, A., *La función reipersecutoria de la poena ex Lege Aquilia*, en *La responsabilidad civil. De Roma al Derecho Moderno. IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Burgos, 2001, p. 269-284. El autor recoge a) casos en que se permite la concurrencia de acciones que nos limitamos a enumerar por exceder de las posibilidades de este trabajo: (*Ulp. 32 ed.*, D, 19, 2, 13, 4; *Ulp. 18 ed.*, D, 9, 2, 5, 3 y D., 9, 2, 27, 9, D, 9, 2, 27, 29 y D, 9, 2, 27, 34; *Ulp. 32 ed.*, D, 19, 2, 13 pr.; *Paul. 18 ed.*, D, 12, 2, 28, 6) b) casos en que se enuncia la alternativa con la disyuntiva "*vel ...vel*" (*Ulp. 18 ed.*, D, 9, 2, 7, 8; *Alf. 3 dig.a Paulo epit.*, D, 19, 2, 30, 2), c) casos en que se enuncia una concurrencia cumulativa, contradicha por un apéndice posterior (*Ulp. 16 ed.*, D, 6, 1, 13; *Ulp. 43 ad Sab.*, D, 47, 1, 2, 3; *Gai 9 ad ed. prov.*, D 13, 6, 18, 1; *Gai 10 ad ed. prov.*, D. 19, 2, 25, 5; *Paul. 21 ed.*, D, 19, 2, 43; *Ulp. 30 Sab.*, D, 17, 2, 47, 1; *Paul. 6 Sab.*, D, 17, 2, 48; *Ulp. 31 ed.*, D, 17, 2, 49 y *Paul. 6 Sab.*, D, 17, 2, 50) d) Textos que enuncian la alternativa con la disyuntiva "*vel ...vel*", y, además, añaden un apéndice subrayándola, los más interpolados a juicio del autor (*Ulp. 18 ed.*, D, 9, 2, 27, 11; *Ulp. 18 ed.*, *Coll.*, 12, 7, 9; y e) Casos que enuncian directamente la concurrencia alternativa, ambos, a propósito de la institución del comodato. (*Ulp.28 ed.*, D, 13, 6, 7, 1 y *Paul., lib. sing, de concurr act.*, D, 44, 7, 34, 2). Vid. VOICI, P., *Risarcimento e pena privata nell diritto romano clasico*, 1939, 182 y s. Cfr. *Gai*, IV, 9: "... se ha admitido, sin duda, por combatir a los ladrones y proporcionar así más acciones contra ellos, que, al lado de las acciones penales al duplo o al cuádruplo, está una acción para recobrar lo robado, ...". Y el pasaje *Gai*, IV, 9, conforme al cual "Persiguen el objeto y la pena conjuntamente, por ejemplo, aquellas acciones que crecen al doble contra el que se resiste obstinadamente, como acontece con la acción ejecutiva, en la del fiador por lo pagado, en la de daño injusto por la Ley Aquilia o en la de legados damnatorios."; VON LÜBTOV, U., *Untersuchungen zur Lex Aquilia, de damno iniuria dato*, Berlin, 1971.

*acceperit facta sit, non solum istae sunt actiones, de quibus loquimur, verum etiam legis Aquilia; sed si qua earum actum fuerit, aliae tolluntur."*

### 2.3 - Colisión con la "actio furti".

La jurisprudencia acerca de la acción de hurto se encuentra dispersa por varios libros y títulos del Digesto, pero tiene también un título específico, en el título II del Libro 47 del mismo. En el tema que nos ocupa -los medios de defensa del depositario- es patente la interpolación de textos referentes al derecho del depositario a constituirse en retenedor por razón de impensas o gastos hechos en la cosa, puede constatarse un cambio sustancial en su tratamiento en la época clásica y precedente y en la etapa justiniana, en que se prohíbe al depositario "de amistad" tanto la retención por razón de impensas como el ejercicio de la acción hurto aún contra el dueño, si tiene interés en la cosa. El interés en la cosa, veremos que se concreta en la responsabilidad por la restitución frente al dueño, que solo se produce por dolo para el depositario de amistad, a lo que no se extiende el amparo, pero también si tiene interés en retener por razón de impensas, en lo cual en el derecho justiniano se le concede acción pero no la facultad de retener. Se establece la prohibición por la Constitución C. 4,34,11, del año 529.

*"Imperator Justinianus . Si quis vel pecunias vel res quasdam per depositionis accepit titulum, eas volenti ei qui deposuerit reddere ilico modis omnibus compellatur nullamque compensationem vel deductionem vel doli exceptionem opponat, quasi et ipse quasdam contra eum qui deposuit actiones personales vel in rem vel hypothecarias praetendens, cum non sub hoc modo depositum accepit, ut non concessa ei retentio generetur, et contractus qui ex bona fide oritur ad perfidiam retrahatur. 1 . Sed et si ex utraque parte aliquid fuerit depositum, nec in hoc casu compensationis praepeditio oriatur, sed depositae quidem res vel pecuniae ab utraque parte quam celerrime sine aliquo obstaculo restituantur, ei videlicet primum, qui primus hoc voluerit, et postea legitimae actiones integrae ei reserventur. 2 . Quod obtinere sicut iam dictum est oportet et si ex una parte depositio celebrata est, ex altera autem compensatio fuerit opposita, ut integra omni legitima ratione servata depositae res vel pecuniae prima fronte restituantur. 3 . Quod si in scriptis attestatio non per dolum vel fraudem fuerit ei qui depositum suscepit ab alio transmissa, ut minime depositum restituat, hocque per iusiurandum adfirmaverit, liceat ei qui deposuit sub defensionis cautela idonea praestita res depositas quantocius recuperare. \* IUST. A. DEMOSTHENI PP. \* <A 529 RECITATA SEPTIMO MILIARIO IN NOVO CONSISTORIO PALATII IUSTINIANI D. III K. NOV. DECIO CONS.>*

Se reitera en la C. 4,31,14,1, *i.f.*, a. 531, donde establece su nuevo sistema de compensación:

*"...excepta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus ...".*

"...excepto en el caso de la acción de depósito, en que en nuestra constitución



C.4,34,11 hemos excluido la compensación. ...". Sí subsisten las facultades clásicas de retener y de ejercitar la acción de hurto aún en la época justiniana para el acreedor pignoraticio, al comodatario, al precarista y al secuestratario, por su especial posición<sup>282</sup>, y asistirles la acción de hurto aún contra el dueño que se la arrebató por la fuerza, clandestina o ilegítimamente. Frente al depositario, la facultad de retención sí parece conservarla el arrendatario que tiene interés en la cosa, con lo que, remitiéndonos a las conclusiones que hemos alcanzado en el capítulo II, se puede entender que la prohibición no afectaba en el ámbito del comercio, sino a la conservación "privada" o por amistad. PICHONNAZ<sup>283</sup> concluye que la prohibición, establecida por Justiniano y mantenida durante la edad media<sup>284</sup> se funda en consideraciones morales y de fraude y quebranto de fidelidad. Por ello, la prohibición se suprimió en derecho alemán y en derecho francés solo subsistió en tanto hubiera una imposibilidad técnica por falta de igualdad de género y especie y calidad de las cosas a compensar. El derecho alemán mantiene una prohibición de compensación para cosas obtenidas por acto ilícito<sup>285</sup>. Vemos reflejado el cambio en:

<sup>282</sup> Precisamente, el término griego para "retener", "*katoche*", parece significar "posesión", si estamos al tenor del fragmento *Paul 54 ed.*, D, 41,2,1, pr.: "*Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit, quam Graeci katoche dicunt*", "Como dice Labeón, la palabra "posesión" viene de "sede", como si se dijera "posición", porque la tiene naturalmente el que se instala en ella, los que los Griegos llaman "*katoche*" <o retención>..". Cfr. el empleo de la expresión "*katoche*" en el fragmento griego C. 1,4,22,1., en que la expresión parece tener también una connotación de "fuerza".

<sup>283</sup> Vid. PICHONNAZ, P, *L'interdiction de compenser dans le contrat de dépôt*, RIDA, 3 Série, Tome XLVI, 1999, p. 393-425. Cfr. SCHENK, C. W., *Die Lehre des Retentionsrechts nach gemeinen Rechten*, Jena, 1837. p. 49-50, donde se refiere prohibición expresa de retención en el contrato de depósito. En la p. 206, señala que la prohibición se aprecia en la época de Justiniano y después y que, como consecuencia de ello, se niega al depositario el ejercicio de la "*actio furti*", que solo compete al dueño, así C. 4, 34, 11 (a. 529), y la Novela 88; Vid. NARDI, E., *Profilo evolutivo della ritenzione romana*, *Rivista di diritto civile*, III, 1957, Parte I., p. 16-17, quien explica que la antigua retención pasa a ser un remedio jurisdiccional, por cuanto viene precedida de una fase prejudicial. Por el amparo pretorio, la antigua retención transita hacia el nacimiento de una facultad y deviene en un medio autónomo de defensa del derecho material. El remedio procesal se convierte en facultad y el interés tutelado se convierte en "derecho de crédito". La expresión transmitida de Juliano es "*per retentionem impensas servare*". Paulo emplea la expresión "*retentionem habere*". La escuela bizantina contrapone la facultad sustantiva y la invocación en juicio: "*non prodest possessori doli mali exceptio, qua sumptus repetit, cum retentionem habeat*."

<sup>284</sup> Cfr. la Ley X del título III, Libro V Partidas de Alfonso X el Sabio: "Que las despensas que fueren fechas por razón del condessijo deben ser tornadas a aquel que las fizo. Despensae faziendo aquel que toviesse alguna cosa en guarda de otri, por pro della como quier que las deve cobrar, por todo esso non deben retener como en razón de prenda por ellas aquella que le fuera dada en guarda, mas debe la dar aquel cuyo es quando gela demande. Otrosí dezimos que es tenido el otro de darle aquellas despensas que fizo en esta razón". Como veremos en el capítulo V, la prohibición no se extendía a las mercaderías en que sí preveían la posibilidad de retenerlas las prácticas comerciales, y las normas sobre arrendamientos, tales como las relativas a almacenes.

<sup>285</sup> La prohibición frente a retenciones ilícitas la recoge actualmente el § 393 BGB. Vid. PICHONNAZ, P. , *La compensation, Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnelles*, Fribourg, Suisse, 2001. p. 662. Nos explica que La comisión Lando renunció a regular la compensación, objetando problemas con el principio de *par conditio creditorum*.

El depositario era un representante del dueño, sin que tuviera reconocida una autonomía propia en la posesión. Así resulta, por ejemplo, de Gai 25 *ed. prov.*, a cuyo tenor,

"Como principio general, cualquiera que esté en posesión en nuestro nombre, como un procurador, un huésped o un amigo, se entiende que somos nosotros los que poseemos<sup>286</sup>".

Puesto que solo respondía por dolo, se argumentó que no tenía interés en ejercitar las acciones de hurto, que competían solo al dueño. El derecho se reconoce al acreedor pignoraticio: *Iav. 4 Plaucio*, D. 41, 3, 16:

*"Servi nomine, qui pignori datus est, ad exhibendum cum creditore, non cum debitore agendum est, quia qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet, quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit possidet, adeo ut adici possit et possessio eius qui pignori dedit."*

"En razón de un esclavo dado en prenda, debe demandarse con la acción exhibitoria al acreedor, y no al deudor, pues el que dio en prenda tan solo posee a efectos de la usucapión, y a todos los demás efectos, posee el que recibió en prenda, hasta el punto de que puede contarse también su tiempo de posesión al favor del pignorante."

El derecho también se reconoce al comodatario, *Iul. 3 ex min.*, D.47,2, 60 (59):

*"Si is, qui rem commodasset, eam rem clam abstulisset, furti cum eo agi non potest, quia suum recepisset et ille commodati liberatus esset. Hoc tamen ita accipiendum est, si nullas retinendi causas is cui commodata res erat habuit: nam si impensas necessarias in rem commodatam fecerat, interfuit eius potius per retentionem eas servare quam ultro commodati agere, ideoque furti actionem"*

---

Comentario de los principios art. 15:105 de los *PECL*. No se soluciona la cuestión fundamental de si puede invocarse después del concurso. p.664 La concesión de efecto retroactivo podría dar lugar a premiar el retraso en la reclamación de cobro del acreedor, en caso de concurso, lo que no parece aceptable. Si la deuda ha prescrito, no cabe la compensación. En cuanto a los efectos, 1-Los efectos de la demora se aplican solo a la declaración de compensación.

2- La compensación invocada en presencia de varios acreedores principales debe seguir el orden prelación en caso de pago y deben quedar exactamente definidos los créditos cuya compensación se produce.

3.- En caso de cesión, las deudas oponibles no alteran su posición.

<sup>286</sup> Vid. WIELING, H.J., *Sachen Bestiz und Rechte an beweglichen Sachen*, "Rechtswissenschaften, Enziklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, Berlin, Heidelberg., 1990, p.717 y ss. traza una comparación con la "Gewere" germánica y concluye que solo es equiparable a esta última la idea de posesión como presupuesto de la protección interdictal, pero no como presupuesto para usucapir: " ... Die Römer hatten einen zweifachen Begriff des Besitzes, je nach deren Funktion: Der Besitz soweit er Voraussetzung für den Besitzschutz ist – possessio ad interdicta- und der Besitz als Voraussetzung für den Eigentumserwerb. (...) Man kann freilich nicht Gewere und possessio gleichsetzen, denn die Gewere ist eine Erscheinungsform des Rechts. In der Gewere wird das Recht zum Besitz geschützt. ... Die ledigliche Gewere ist für Fahrnis (bienes muebles) die einzig mögliche. Mit der römischen "possessio" ist nur die ledigliche Gewere, die auf tatsächlicher Gewalt beruht, vergleichbar. ...".

*habebit*".

"Si el comodante hubiese sustraído clandestinamente la cosa comodada, no puede ejercitarse contra él la acción de hurto, pues habría recuperado lo que era suyo, y se liberaría el comodatario. Esto debe entenderse así *siempre que el comodatario no tenga alguna causa para retener, porque si había hecho algunos gastos necesarios, le interesa retener para poder cobrárselos, antes de tener que reclamarlos por la acción de comodato, y, en consecuencia, tendrá la acción de hurto contra el comodante.*"

Y a propósito del ejercicio de la acción de hurto: *Paul. 5, Sab., D. 47,2,15,2:*

*"Sed eum qui tibi commodaverit, si eam rem subripiat, non teneri furti placuisse Pomponius scripsit, quoniam nihil tua interesset, utpote cum nec commodati teneris. Ergo si ob aliquas impensas, quas in rem commodatam fecisti, retentionem eius habueris, etiam cum ipso domino, si eam subripiat, habebis furti actionem, quia eo casu quasi pignoris loco ea res fuit"*.

"Escribió Pomponio que, si el comodante te sustrae la cosa que te prestó, es opinión admitida la de que no responde, ya que no tienes tú interés una vez que ya no respondes por la acción de comodato. Por lo tanto, si hubieras podido *retener la cosa prestada por algunos gastos que hiciste en ella, tendrás la acción de hurto incluso contra el mismo propietario*, pues en este caso estaba como si fuera en lugar de prenda."

Y parece existir un vestigio de reconocimiento anterior en el caso de la acción de depósito: *Cels 12 dig., D. 47,2,68 (67), pr.:*

*"Infitiando depositum nemo facit furtum (nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum est): sed si possessionem eius apiscatur intervertendi causa, facit furtum. Nec refert, in digito habeat anulum an dactyliothecca quem, cum deposito teneret, habere pro suo destinaverit."*

"Por el hecho de negarse a devolver un depósito nadie comete hurto, pues tal negativa no es hurto, aunque se parece: pero si el depositario toma posesión de la cosa con ánimo de quedarse con ella, entonces sí que comete hurto ... ". El trato diferenciado instaurado por las Constituciones se encuentra también reflejado en el fragemento *Modestinus libro differentiarum, Collatio, 10, 2, 6:*

*"Res deposita si subripiatur, dominus dumtaxat habet furti actionem, quamvis eius apud quem res deposita est intersit ob impensas in rem factas rem retinere. Is vero cui res commodata sit furti experiri debet, si modo solvendo fuerit."*

"Si la cosa depositada ha sido hurtada, la acción de hurto competirá solo al dueño, aunque aquél en quien se hubiera depositado tuviera interés en retenerla por razón de

las impensas hechas en la misma. El prestatario o comodatario dispondrá de la acción de hurto si tiene interés en la cosa por razón de los pagos hechos<sup>287</sup> ".

Sí está reconocida la acción de hurto al arrendatario ("*conductor*") en la medida en que tiene interés, es decir, en tanto es responsable de la restitución íntegra de la cosa frente al arrendador ("*locator*"), en *Iav. 9 post. Labeo*, D.47,2,91 (90) :

"El batanero (al que el propietario le había confiado el tejido) ... tiene la acción de hurto en la medida en que tiene interés."

*"Fullo actione locati de domino liberatus est: (...) Haec idcirco, quoniam furti eatenus habet actionem, quatenus eius interest.*

*1. Nemo opem aut consilium alii praestare potest, qui ipse furti faciendi consilium capere non potest".*

-*Gai III*, 205,

*"Item si fullo polienda curandave aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa acceperit, eaque furto amiserit, ipse furto habet actionem, nos dominus, quia domini nihil interest ea no peruisse, cum iudicio locati a fullone aut sarcinatore suum consequi possit, si modo is fullo aut sarcinator rei praestanda sufficiat; nam si solvendo non est, tunc quia ab eo dominus suum consequi non potest, ipsi furti actio competit, quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse".*

"Así también si a un tintorero le roban los vestidos que recibió para limpiar o arreglar por un precio determinado o a un sastre que los recibió para remendar del mismo modo, se da a él la acción de hurto y no al dueño, pues éste no tiene interés, ya que puede obtener indemnización del tintorero o del sastre mediante la acción de locación siempre que aquél esté en condiciones de poderle satisfacer. En el caso de que sean insolventes, como el dueño no puede conseguir de ellos indemnización, tiene la acción de hurto, pues entonces sí que tiene interés en la conservación de la cosa."

---

<sup>287</sup> Otros apartados en que se explica la negativa a la acción al depositario, la fundan en el hecho de que solo responde por dolo, por lo que la acción de hurto compete al dueño, ya que, en caso de dolo, no tiene acción. *Gayo III*, 207, "El depositario, en cambio, no responde de la custodia, sino únicamente si hace algo en la cosa con dolo malo. Por este motivo, si el objeto depositado es robado, como él no está obligado a responder de ello en la acción de depósito, y, por consiguiente, no tiene interés en la conservación de la cosa, así la acción de hurto no le compete a él sino al dueño. *Ulp. D.47,2,14,3*, "Cabe preguntarse si tiene la acción de hurto el depositario. Como solo responde por el dolo, se admite con razón que no la tenga, pues ¿qué interés tiene si no hay dolo por su parte? Y si obró con dolo, el riesgo sí que es suyo, pero no debe tener acción a consecuencia de su propio dolo." *Ulp. 56 ed.* Respecto de terceros de buena fe, no obstante, Justiniano parece exigir caución para acordar la restitución, en *C. 4,34,11,3*. "*Quod si in scriptis attestatio non per dolum vel fraudem fuerit ei qui depositum suscipit ab alio transmissa, ut minime depositum restituat, hocque per iusiurandum adfirmaverit, liceat ei qui deposuit sub defensionis cautela idonea praestita res depositas quantocius recuperare.* \* *IUST. A. DEMOSTHENI PP. \* <A 529 RECITATA SEPTIMO MILIARIO IN NOVO CONSISTORIO PALATII IUSTINIANI D. III K. NOV. DECIO CONS.>* "

Encontramos otra prueba de la inaplicación al depósito en almacenes, comercial o retribuido en *Ulp.* 56 *ed.*, D. 47,8,2,23:

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

"Hay que decir, como regla general, que tengo esta acción en los mismos casos en que me compete la acción de hurto cuando el acto ha sido clandestino (*Inst.*, 4,2,2,fin) Se dirá quizá que no tenemos la acción de hurto cuando la cosa está depositada, pero, por eso, he añadido "si nos interesa que no se nos robe, pues entonces también tengo la acción de hurto". Sí en caso de responsabilidad por culpa, o por cobrar un precio del depósito que no sea como del alquiler de un arrendamiento."

### C.- Casos especiales.

NAVAS NAVARRO<sup>288</sup>, junto a la compensación posible en los juicios de buena fe, recoge los siguientes casos especiales que operaban con una mecánica similar. Nos permitimos invertir el orden, con el fin de ocuparnos más ampliamente de la figura del "argentario" que asumía funciones de depósito de dinero, aunque también de su movimiento:

a) "*Bonorum emptor*": El "*bonorum emptor*" era el adquirente del patrimonio del deudor insolvente, el cual podía actuar contra los deudores de su "*tradens*" solo "*cum deductione*". Por tanto, debía descontar los derechos de crédito que tenía contra el quebrado. Destaca BIONDI<sup>289</sup> que, de este modo, resultaba más rápida la liquidación de las relaciones de quiebra, aplicándose incluso a créditos no vencidos (*Gai* IV, 65-68; *Ulp.* D. 16, 2, 10, 2-3):

*"Quotiens ex maleficio oritur actio, ut puta ex causa furtiva ceterorumque maleficiorum, si de ea pecuniarie agitur, compensatio locum habet: idem est et si condicatur ex causa furtiva. Sed et qui noxali iudicio convenitur, compensationem opponere potest."*

*3. In stipulationibus quoque quae instar actionum habent, id est praetoriis, compensatio locum habet, et secundum iulianum tam in ipsa stipulatione quam in ex stipulatu actione poterit obici compensatio."*

b) Marco Aurelio admitió que en los juicios de derecho estricto, la compensación actuara mediante la oposición de la "*exceptio doli*" (*Inst.* 4,6,30) "*sed et in stricti iuris iudiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio*

<sup>288</sup> Vid. NAVAS NAVARRO, S. *Compensación, depósito y comodato*, Madrid, 1997, p. 80 y ss.; Cfr. PICHONNAZ, P., *La compensation, Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnelles*, Fribourg, Suisse, 2001, p. 278 y ss.

<sup>289</sup> Vid. BIONDI, B. *Instituzioni di diritto romano*, Milano, 1965, p. 425.

*inducebatur*".

c) "*Argentarii*". La figura del argentario pasó a los usos mercantiles y es el supuesto más próximo al moderno concepto de compensación, por concurrir la identidad de las prestaciones recíprocas que deben ser compensadas y deber ser vencidas, líquidas y exigibles<sup>290</sup>. Fue admitida en las relaciones de cuenta corriente entre banco y cliente. Entre las partidas del debe y el haber, el pretor disponía que el argentarius pudiera actuar contra el cliente solo "*cum cumpensatione*", es decir, por el saldo resultante. Gai IV, 64. El argentarios corría el riesgo de que, si pedía mayor cantidad de la debida, perdía la causa por "*plus petitio*" (Gai IV, 68). Las deudas compensables debían ser homogéneas, como pone de relieve Gai IV, 66 y Paul. Sent. 2,5,3 "*ex pari species et causa dispari ... licet ex eo diverso contractu*" en el marco de la actividad profesional, Se habla de la indivisibilidad de la cuenta corriente. Los libros o "*ratio*" tienen un especial valor probatorio. Así reulta del título D. 2, 13, del Digesto. En caso de que el obligado a exhibir los libros pretendiera que el edicto no le aplicaba, se contaba con la <*exceptio non pensatae pecuniae*.> Veremos más extensamente esta especialidad procesal en el capítulo V de este trabajo, respecto del procedimiento de compensación.

Según VIÑAS MEY<sup>291</sup> enlaza con esta idea la figura del "*secum pensare*", considerada por algunos<sup>292</sup> una compensación especial. Nos señala que en diversos textos<sup>293</sup> aparece la frase "*pensare secum*" empleada en un sentido distinto del ordinario. Destaca el fragmento de Paulo, D. 13, 7, 18, pr.:

*"Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a pretore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia, et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur, ergo si in nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensatis; si vero corporis alicuius, id quod acceperis tibi pignoris loco."*

"Si hubiéramos convenido que el crédito contra un deudor mío te queda en prenda, debe el pretor proteger este convenio para que tú puedas exigir el crédito de la cantidad y el deudor sea defendido contra mí si yo le demando. Por tanto, si el crédito fuera pecuniario, compensarás lo que cobres con lo que te debo; si fuera de cosa específica, lo que cobres te quedará en lugar de prenda." A juicio de KRETSCHMAR, nos dice el autor, el "*secum pensare*" es una compensación lucrativa y supone un acto jurídico unilateral, - no requiere la voluntad del deudor, todo lo más, la notificación al mismo- que encierra, a la vez, un derecho y un deber de hacerlo así, no reclamando el pago del mismo y dándose con semejante imputación por satisfecho y pagado del crédito. Para que la atribución de valor al crédito se verifique, es necesaria una actividad del acreedor dirigida a dicha

<sup>290</sup> Cfr. Gai IV, 67. "... en el descuento entra también lo que se debe a término, mientras que se puede compensar tan solo lo que ya se debe actualmente."

<sup>291</sup> Vid. VIÑAS MEY, J. , *La prenda irregular*, *Revista de Derecho Privado*, Año XII, 146, 1925, p. 342-350. P. 347 y ss.

<sup>292</sup> Vid. KRETSCHMAR, "*Secum pensare*", Giessen, 1886.

<sup>293</sup> Vid. D. 1.1,18, pr., *de pign. et act.* XIII, 7; párrafo 2 *de pign. hipoteca*, XX, 1; 9, párrafo 3, *de peculio*, XV; 38, *de iure dot.*, XXIII, 3; *solut. matr.*, XXIV,3; *ad leg. Falc.* XXXV, 2; 39, *de furtis*, XLVII, 2.

imputación, una voluntad de aplicarla a su crédito, y en esta voluntad de destino, en esta finalidad, - "Zweckziehung"-, reside el negocio jurídico unilateral, el "*secum pensare*", comprensivo del ejercicio de un derecho y, principalmente, del cumplimiento de un deber, surgido no de la prenda, ya pasada, sino del vínculo obligatorio existente entre acreedor y deudor, fruto del contrato de prenda..." (...) "La compensación del crédito puede no acaecer así, si las partes han convenido que no tenga lugar la compensación o la liberación de los acreedores subsidiarios. (...) El pacto comisorio queda prohibido por la l. 3 C. de pact. pign. VIII, 35, de Constantino. (...) Los peligros (del pacto comisorio) no pueden existir en la prenda irregular, pues la imputación del dinero es equivalente a la del precio de la enajenación del objeto en la prenda en común. (...) El derecho moderno desconoce la rei vindicatio utilis del Derecho romano y la extans pecunia de la doctrina medieval. Aunque se admitiese para las cosas fungibles un derecho de separación, (pro partibus indivisis), no podría repetirse lo mismo para el numerario, atendida la naturaleza circulante y la función de los cambios, pues desembolsado y en la caja del acreedor, como elemento indistinguible, se entiende, sin más, consumido<sup>294</sup>.

En los derechos actuales, la compensación exige la identidad de las cosas objeto de la misma, y que se trate de prestaciones líquidas, vencidas y exigibles. Es por ello que la modalidad de compensaciones dinerarias y de cuenta corriente sea la más proclive a su admisión. La más reciente jurisprudencia española está reconsiderando la posibilidad de compensación de gastos por parte de la entidad depositaria de dinero incluso en el caso de concurso de acreedores<sup>295</sup>.

---

<sup>294</sup> Vid. VIÑAS MEY, *idem*, p. 349 y s. Nos añade, como singularidad histórica, que el Código de obligaciones y contratos de la zona de Marruecos excluyó la cualidad de fungible del dinero pignorado y la distinción de la pignoración del dinero de la de títulos de crédito. En la prenda constituida sobre títulos de crédito ha de presumirse que el constituyente desea conservar su propiedad. El § 200 BGB, en su redacción entonces vigente, y el Código suizo, art. 481 no permiten al acreedor a quien se pignoran títulos de crédito disponer de ellos sin una concesión expresa del constituyente, y el banquero requiere una autorización expresa y por escrito para cada asunto para usar de los títulos recibidos en custodia o prenda. (identificados por su numeración y restantes datos.

<sup>295</sup> Las reticencias del derecho actual para admitir el derecho de retención por razón de gastos se fundamentan especialmente en la necesidad de salvaguarda de derechos de terceros que pudieran ver frustrado su derecho a cobrar en el caso de que no tengan garantías especiales y suficientes para su cobro, distintas de la responsabilidad patrimonial del deudor. Existe importante jurisprudencia y doctrina, así, el derecho de retener se valida en el caso de un mandatario-depositario de mercancías en su realización frente al tercero adquirente de las mismas, desestimándose la invocación de ser una responsabilidad puramente extracontractual y tener que pagar solo gastos acreditados por facturas respecto de terceros, en la *STS de 7 de julio de 1987*, comentada por JORDANO FRAGA, F., en los *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, Madrid, 1987, p. 373 y ss., quien efectúa un estudio del tratamiento jurisprudencial de la Sala 1º del TS hasta la fecha de su comentario. Es de destacar la Sentencia de 24 de junio de 1941 donde aborda la naturaleza del derecho de retención en el Código civil español. Existe disparidad de criterio doctrinal sobre la consideración de la oponibilidad del derecho de retención a terceros en derecho común, a diferencia del tratamiento que efectúa el Código Civil Catalán, en que es clara esta conceptualización. Nos remitimos al capítulo V, donde tratamos más ampliamente el tema.

#### IV.- ETAPA POSTCLÁSICA.

Ya hemos aludido, a propósito del tratamiento de los interdictos, que en la época postclásica los mismos quedan sustituidos por acciones útiles"<sup>296</sup>. Así resulta de las Instituciones de Justiniano, 15, 8, que nos dice que:

*"... sed perinde iudicatur sine interdictis atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset."*

"En tiempos justinianeos, los interdictos quedaron sustituidos por acciones útiles."

La defensa del depositario en el procedimiento postclásico, se materializa por vía de excepción o por la llamada "acción contraria". El pasaje *Gai 9 ed. prov., D. 13,6,18,4., (entre otros) aporta una explicación a la coexistencia de diferentes remedios:*

*"Quod autem contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere iure pensationis. Sed fieri potest, ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat, aut iudex pensationis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit aut sine iudice restituta est: dicemus necessariam esse contrariam actionem."*

"Y lo que se puede conseguir con la acción contraria puede obtenerse también por compensación en la acción directa; pero puede ocurrir que lo que debe conseguir el adversario por contrapartida sea más, o que el juez no opere la compensación, o que no se le demanda para restituir la cosa comodada, por haberse perdido ésta casualmente, o haberse restituido sin necesidad de intervención judicial: hemos de decir en estos casos que es necesaria la acción contraria".

##### A. Excepciones.

En cuanto a la operativa de las excepciones, KASER<sup>297</sup> nos señala que en el proceso cognitorio las excepciones ("*mutua petitio*") hay que aducirlas antes de la litiscontestación, desde el principio, han de ser motivadas e impiden la continuación del procedimiento<sup>298</sup>. Las excepciones no consistentes en falta de jurisdicción y competencia, y legitimación para litigar y admisibilidad del procedimiento, en la época justiniana, se podían alegar aún después de la litis contestación, e incluso en

<sup>296</sup> Cfr. la prohibición contenida en el art. 1200 del CCE, que parece tener su origen en esta prohibición justiniana.

<sup>297</sup> Vid. KASER, M., *Vierter Abschnitt, das nachklassische Verfahren*, § 89, *Die Einreden (praescriptio, exceptio)*. en *Das römische Zivilprozessrecht*, 2ª Ed., München, 2001, p. 584 y ss.

<sup>298</sup> Ha de tenerse en cuenta que este efecto preclusivo modifica el criterio de la acción de buena fe, en que las excepciones podían alegarse en la fase "*in ius*".



apelación. Es posible la condena parcial, a diferencia del procedimiento formulario, por lo que no se aplican las sanciones por pluspetición del procedimiento formulario. La petición anticipada frena el devengo de intereses, impone determinadas costas y reintegros, pero la prestación se estima en la parte que resulte acreditada. Ello hace posible la compensación de la contraparte. La expresión *ipso iure compensatur* franquea el camino hacia el descuento y la condena solo al saldo resultante. La ejecución se convierte en un procedimiento con intervención pública. Las excepciones atinentes a los gastos se incardinan entre las excepciones objetivas. Así resulta del fragmento de *Paul. 3 ad Plaut.*, D. 44,1,7, pr. y 1, a cuyo tenor:

*"Exceptiones, quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios, veluti ea quam socius habet exceptionem "quod facere possit", vel parens patronusve, non competit fideiussori: sic mariti fideiussor post solutum matrimonium datus in solidum dotis nomine condemnatur.*

*1. Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt, ut rei iudicatae, doli mali, iurisiurandi, quod metus causa factum est. Igitur et si reus pactus sit in rem, omnimodo competit exceptio fideiussori. Intercessionis quoque exceptio, item quod libertatis onerandae causa petitur, etiam fideiussori competit. Idem dicitur et si pro filio familias contra senatus consultum quis fideiusserit, aut pro minore viginti quinque annis circumscripto: quod si deceptus sit in re, tunc nec ipse ante habet auxilium, quam restitutus fuerit, nec fideiussori danda est exceptio."*

"Las excepciones que son personalísimas no son transmisibles, por ejemplo, la que tiene el socio para ser condenado tan solo <en lo que pueda pagar> o la del ascendiente o patrono, que no competen al fiador; ... (1) En cambio, las excepciones reales competen también a los fiadores, como son la de cosa juzgada, dolo malo, cosa jurada o la de intimidación. Así pues, también cuando el demandado haya pactado con efectos reales, la excepción compete plenamente al fiador. ...".

Ya hemos señalado, a propósito de la "*actio furti*" (tratada en la etapa clásica) que Justiniano prohíbe al depositario oficioso la oposición de excepciones a la restitución<sup>299</sup>.

## **B. La acción contraria.**

La "acción contraria" ha generado no poca disparidad de opinión sobre su consistencia y forma de realización. En el contrato de depósito, mantiene la visión que fue propia de los contratos bilaterales imperfectos, celebrados en interés exclusivo de una parte contratante. La doctrina romanística discrepa acerca de si son términos equivalentes o no el de "acción contraria" y el de "juicio contrario", sin que se puedan derivar afirmaciones concluyentes en uno u otro sentido. Creemos con

<sup>299</sup> Cfr. C. 4,34,11.; C 4,31,14: " ... *excepta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua nec com pensationi locum esse disposuimu ...*"

SCHWARZ<sup>300</sup>, que nos encontramos ante una posición procesal defensiva que podía materializarse por vía de excepción, de compensación en juicio o de acción independiente. También se discute acerca de su origen, existiendo autores que lo sitúan en la época clásica y otros que consideran que es primordialmente postclásica, al menos, como tal acción independiente. Por dejar sentadas únicamente algunas líneas generales, señalaremos que VON GLÜCK<sup>301</sup> entiende que el juicio contrario era característico de los contratos bilaterales imperfectos, el mandato, el préstamo, el depósito y la prenda. Y que es en relación con estos contratos donde las fuentes distinguen entre la llamada acción directa y la acción contraria, siendo la primera considerada como principal. En similares términos, WINDSCHEID<sup>302</sup>, matiza que de los contratos perfectamente bilaterales nacen dos acciones principales, una para cada parte, y que es en el caso de los contratos bilaterales imperfectos "*inequales*", que la parte que queda obligada dispone de una acción contraria para las pretensiones que, en su caso, nacen en su favor. Cuando se habla de "*actio contraria*", se habla de la misma fórmula procesal que se utiliza en la llamada "*actio directa*"<sup>303</sup>, pero con el correspondiente cambio de nombres que posibilita que pueda utilizarse en sentido contrario. En cuanto a la comparación de los casos de, por un lado, la compraventa, la sociedad y el arrendamiento, y, por otro, el mandato y la gestión de negocios, pensamos que es lógico el argumento de la distinción de contratos bilaterales perfectos e imperfectos, como explicación de la existencia de dos acciones con nombre distinto en el primer supuesto, mientras que en el segundo sólo existe una acción que puede utilizarse por ambas partes. La posición procesal pasiva es compatible con la prevista para la oposición de excepciones. Así, podemos aducir el fragmento *Ulp. 38 ed.*, D. 44, 1,12, según el cual:

*"Generaliter in praeiudiciis is actoris partes sustinet, qui habet intentionem secundum id quod intendit".*

"Como regla general asume el papel de demandante en las acciones prejudiciales el que presenta su demanda en forma positiva."

Lo que nos permite apreciar que hubo planteamientos técnico-procesales que obligaron a diferenciar a ambas partes litigantes, precisamente, con motivo de las excepciones<sup>304</sup>.

<sup>300</sup> Vid. SCHWARZ, F., "*Die Konträrklagen*", *SSZ*, 71, 1954, p. 185 y ss.

<sup>301</sup> Vid. VON GLÜCK, C. F., *Pandekten*, Cambridge, 1879.

<sup>302</sup> Vid. WINDSCHEID, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Tomo II, 5ª ed. Stuttgart, 1879, p. 226.

<sup>303</sup> Esta idea también ha sido comentada por muchos autores clásicos, como PARTSCH, J., *Studien zur Negotiorum Gestio* I. Heidelberg, 1913, p.54 y ss.; SCHULZ, F., *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, p. 40 y ss., quien lo considera una acción postclásica y recalca el diferente sentido que la expresión tiene en Gai IV, 177-181, más bien una acción de resarcimiento frente a un juicio declarado posteriormente fraudulento. La conexión que ve Bernad entre ambos tipos de remedios procesales es la de oponerse a un juicio o asunto previo. PROVERA, G., *Linée generali di uno studio sui "iudicia contraria"*, *SDHI*, 1942, p. 113-133; y SCHWARZ, F., "*Die Konträrklagen*", *SSZ*, 71, 1954, p. 185 y ss.

<sup>304</sup> Cfr. *Gai* IV, 119, "Todas las excepciones se redactan como supuestos negativos ( "*in contrarium concipiuntur*") de lo que afirma el demandado ...". ("*... is cum quo agitur ...*")

La acción contraria tiene una formulación específica a propósito del derecho del depositario, en el fragmento *Ulp. 30 ed.*, D.16,3,5 pr., según el cual:

*"Ei, apud quem depositum esse dicitur, contrarium iudicium depositi datur, in quo iudicio merito in litem non iuratur: non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate eius qui depositum suscepit."*

“El depositario tiene la acción de depósito contraria, en la cual con razón no se jura de litigio estimado: porque no se demanda por haber faltado a la lealtad, sino para indemnizar al depositario.”

Este apartado es susceptible de relacionarse con el pasaje de *Ulp. 6 ed.*, D.3,2,6,7:

*"Contrario iudicio damnatus non erit infamis: nec immerito. nam in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo, qui fere iudicio solet dirimi."*

“El condenado por la acción contraria no incurrirá en infamia y no falta razón para que así sea, porque en las acciones contrarias no se trata de malicia, sino que, de ordinario, el juicio se refiere al cálculo <compensatorio de las obligaciones recíprocas>”.

y con el pasaje *Ulp. 30 ed.*, D. 12,3,3,

*"Nummis depositis iudicem non oportet in litem iusiurandum deferre, ut iuret quisque quod sua interfuit, cum certa sit nummorum aestimatio. Nisi forte de eo quis iuret, quod sua interfuit nummos sibi sua die redditos esse: quid enim, si sub poena pecuniam debuit? Aut sub pignore, quod, quia deposita ei pecunia adnegata est, distractum est?"*

“Tratándose de un depósito de dinero, no debe el juez ofrecer juramento de litigio estimado, para que el reclamante jure lo que le interesa la cosa, pues la estimación del dinero es cierta. A menos que jure por el interés que tenía en que se le devuelva el dinero en su debido día...”.

En lo referente a la inadmisibilidad del litigio estimado en el procedimiento. Creemos que, en el caso de las "*dationes no traslativas*", caso del contrato de depósito, lo verdaderamente “especial” es que, siendo un contrato gratuito, una de las partes reclama como propietaria o titular de un derecho real y la otra parte reclama solo eventualmente como acreedora de los gastos y daños generados por razón del depósito, pues puede hablarse en todo caso de bilateralidad desde el momento de la perfección del contrato, puesto que quien entrega la cosa responde por las eventualidades desencadenantes de derechos en favor del “*accipiens*”, según el título de entrega, o sea, queda obligado desde ese mismo momento. El hecho de la asimetría en las reclamaciones de las partes puesto de manifiesto tiene influencia desde el punto de vista procesal, con la anteposición a la ejecución de la condena del

obligado a la restitución de la cosa determinada de la cláusula “*nisi restituit*”<sup>305</sup>, y, por la admisión junto con una modalidad de acción *in ius*, como juicio de buena fe, de la modalidad “*in factum*” para el caso de ser cuestión litigiosa que el demandado haya recibido la cosa que se le reclama -*Gai* IV, 47 y 60- o la pérdida del juicio por el depositante por pedir más cosas de las verdaderamente depositadas -*Gai*, IV, 59 y 60-, así como la admisión al depositante del juramento estimatorio sobre el valor de la cosa que reclama, frente al depositario al que no se le admite respecto de sus eventuales gastos e indemnizaciones que pudiere reclamar<sup>306</sup>. Otro punto propio de las acciones reales restitutorias es el de la admisibilidad de la acción exhibitoria a favor del actor SERRANO-VICENTE<sup>307</sup> pone de manifiesto la conexión existente entre la atribución de los riesgos de la cosa inherentes al deber de custodia, que se exterioriza por la legitimación pasiva para ser demandado por la acción exhibitoria y la concesión de la acción de hurto, justificada en que “se tiene interés respecto de la reclamación de cosa determinada”, y aduce el fragmento atribuido a Papiniano, 12 *quaest.*, D. 47,2,81 (80), relativo a la pretensión de exhibición que formula el legatario de un legado electivo entre dos esclavos, de los cuales uno ha sido sustraído:

*“Si ad exhibendum egissem optaturus servum mihi legatum et usus ex familia*

<sup>305</sup> Vid. CRISTALDI, S. A., *La sigla “n.r.” nella formula in ius dell’actio depositi importata de Gaio (Inst. 4,47), difeso di un dato testuale*, SSZ, 133, 2016, p. 135-175. Defiende de forma profusamente documentada que la cláusula “n.r.” se refiere a la facultad de restituir (*nisi restituit*) – y que no significa “*nummerata pecunia*” como sostuvo Lenel en el Edicto Perpetuo-, y que la opción se concede tanto en la fórmula *in factum* como en la fórmula *in ius* del depósito, integrándose en la fórmula de condena, donde permite al depositario evitar la ejecución por la restitución de la cosa. Este caso no se da en el “*argentarium*”, en que la deducción se antepone a la condena.

<sup>306</sup> Cfr. *Ulp.* 30 *ed.*, D. 16,3,1,26: “*In depositi quoque actione in litem iuratur*” . “También en la acción de depósito tiene lugar el juramento estimado”. Para la fase exhibitoria, ha de tenerse en cuenta el fragmento: *Ulp.* 24 *pr.*, D. 10, 4, 11: “*Sed et si hereditas amissa sit ob hoc, quod servus non exhibeatur, aequissimum est aestimari officio iudicis damnum hereditatis. 1. Quo autem loco exhiberi rem oporteat vel cuius sumptibus, videamus. Et Labeo ait ibi exhibendum, ubi fuerit cum lis contestaretur, periculo et impendiis actoris perferendam perducendamve eo loci ubi actum sit. Pascere plane servum vestire curare possessorem oportere ait. Ego autem arbitror interdum etiam haec actorem agnoscere oportere, si forte ipse servus ex operis vel artificio suo solebat se exhibere, nunc vero cogitur vacare. Proinde et si apud officium fuerit depositus exhibendus, cibaria debent adgnosceri qui exhiberi desideravit, si non solebat possessor servum pascere: nam si solebat, sicuti pascit, ita et cibaria potest non recusare. Interdum tamen eo loci exhibere debet suis sumptibus, si forte proponas data opera eum in locum abditum res contulisse, ut actori incommodior esset exhibitio: nam in hunc casum suis sumptibus et periculo debent exhibere in eum locum ubi agatur, ne ei calliditas sua prosit.*”

2. *Si de pluribus rebus quis conveniatur et litis contestatae tempore omnes possedit, licet postea quasdam desierit quamvis sine dolo malo possidere, damnandum, nisi exhibeat eas quas potest.*” El fragmento reproducido se ocupa acerca de qué parte ha de correr con los gastos de mantenimiento de la cosa o del esclavo exhibido durante la tramitación del litigio, según las opiniones de Labeón. El BGB se prevé la acción exhibitoria, y precisamente, antes de las “condiciones”, y ahí se imponen al que solicita la exhibición los gastos que la misma genere sin ningún matiz a diferencia del pasaje que te he citado. (§ 811.)

<sup>307</sup> Vid. SERRANO- VICENTE, M., “<*Custodiam praestare*>: la prestación de custodia en el Derecho Romano Clásico”, Sevilla, 2006, p. 348. Cfr. BURILLO LOSHUERTOS, J., *Contribución al estudio de la <actio ad exhibendum>*, SDHI, 26 (1960) p. 190-281.

*servus subreptus, heres furti habebit actionem, eius interest, : nihil enim referit cur praestare custodia debeat.*"Si el obligado a mostrar la cosa no puede verificarlo, se presume su responsabilidad por la desaparición.<sup>308</sup>

En el caso del legado alternativo contemplado, surge la cuestión del valor de lo legado, por la eventualidad de que la pérdida del legado alternativo fuera de mayor valor que la opción subsistente, y el derecho a reclamar al responsable la compensación por dicha diferencia. HANISCH ESPINDOLA<sup>309</sup> expone la disputa que hubo entre las escuelas sabiniana y proculeyana en el derecho romano clásico sobre el momento procesal en el que tiene que ser tenedor el depositario para responder y sus efectos. Para los proculeyanos, el juicio estaba bien iniciado aunque en dicho momento el demandado no estuviera en posesión de las cosas, a lo que se adhiere Ulpiano, frente a la escuela sabiniana, que exige que el demandado esté en posesión de las cosas al tiempo de la litis contestación. En *Ulp. 24 ed.*, D. 10, 4, 7, 4, alude a la disputa:

*"Si quis non possidet litis contestationem tempore, sed postea ante sententiam possidere coeperit, oportere dicit putamus debere condemnari nisi restituat."*

"Si alguien no posee en el momento de la litiscontestación, pero hubiera comenzado a poseer después, antes de la sentencia, pensamos que hay que decir que ha de ser condenado a no ser que restituya".

Lo que este autor pone en conexión con las previsiones específicas relativas al contrato de depósito, relativas a la exigencia de que la ausencia de dolo del depositario no sea solo presente, sino también futura para que sea procedente su absolucón:

El fragmento de *Ulp. 30 ed.*, D. 16,3, 1, 20, nos dice:

<sup>308</sup> Vid. SCHEIBELREITER, P., *Zwischen furtum und Litiskreszens: Überlegungen zur poena dupli der actio ex causa depositi*. RIDA LVI (2009) p. 142-154, p. 142 y 146 y s. Este autor constata esta regla en la Ley de las XII Tablas, referidas por las PS 2. 12.11 y la *Coll. Mos.* 10, 7, 11 Tabla VIII, 19: "*Ex causa depositi lege XII tabularum in duplum actio datur (edicto praetoris in simplum)*". El autor recorre los antecedentes de la litiscrescencia por el duplo de esta ley en los derechos sancionatorios del *Código de Hammurabi*, que se refieren al depósito en los fragmentos 120-126. El fragmento 124 se refiere al quebrantamiento desleal previendo que Si un hombre entrega a otro ante testigos plata, oro o cualquier otra cosa, y éste último lo niega, ha de ser condenado. Todo lo que niegue, debe restituirlo duplicado". Igualmente, nos señala que el *Éxodo* 22. 6, 8, recoge la condena de un depositario infiel por el doble del valor de la cosa depositada. También la Ley de Gortina IC 4, 41, III, 7-16, prevé, respecto del depósito -parakatateka- el caso de la no restitución de un animal, diferenciando la simple imposibilidad de restitución, en la que se responde por el simple, y la negación de haberlo recibido en custodia, en que se impone una responsabilidad por el doble: Si alguien ha recibido un cuadrúpedo o un ave para su conservación o para préstamo y no le es posible restituirlo, responderá por el valor simple de la cosa. Pero si niega la recepción en juicio, responderá por el duplo y se le impondrá una pena pública. Puede entenderse de esta forma el fragmento de Paulo 22 ed. D 9, 2, 23, 10, a cuyo tenor "Esta acción compete al simple contra el que confiesa y al duplo contra el que niega. WITTMANN considera que el ejercicio de la acción exhibitoria constituía un medio abreviado de comprobación de la concurrencia de dolo del depositario

<sup>309</sup> Vid. HANISCH ESPINDOLA, H., *Discrepancias procesales entre Sabinianos y Proculeyanos*, *www.historiadelderecho.uchile.cl*, 10, 1984, p. 24 y s.

*"Non tantum praeteritus dolus in depositi actione veniet, sed etiam futurus, id est, post litem contestatam."*

"En la acción de depósito se comprenderá no solo el dolo pretérito, sino también el futuro, esto es, posterior a la litiscontestación".

En D. 16, 3, 1, 21, se argumenta, por Ulpiano siguiendo a Neracio, que:

*"Inde scribit Neratius, si res deposita sine dolo malo amissa sit et post iudicium acceptum reciperaretur, nihilo minus recte ad restitutionem reum compelli nec debere absolvi, nisi restituat. Idem Neratius ait, quamvis tunc tecum depositi actum sit, cum restituendi facultatem non habeas horreis forte clusis, tamen si ante condemnationem restituendi facultatem habeas, condemnandum te nisi restituas, quia res apud te est: tunc enim quaerendum, an dolo malo feceris, cum rem non habes."*

"...si la cosa se hubiese perdido sin dolo malo y fuera recuperada después de la litiscontestación, a pesar de esto el reo ha de ser compelido a la restitución y no debe ser absuelto, al igual que, si al ser demandado no puede restituir por estar cerrados los almacenes, si antes de la condena se puede acceder a ellos, porque <se tiene la cosa>...".

En cualquier caso, si resultara que la cosa había perecido o se destruye por su natural estructura sin responsabilidad imputable al depositario, debe ser absuelto, como sostienen los sabinianos, *Gai 9 ed. prov.*, D. 16,3,14,1:

*"Sive autem cum ipso apud quem deposita est actum fuerit sive cum herede eius et sua natura res ante rem iudicatam interciderit, veluti si homo mortuus fuerit, Sabinus et Cassius absolvi debere eum cum quo actum est dixerunt, quia aequum esset naturalem interitum ad actore pertinere."*

"Pero si se hubiere demandado contra el mismo depositario o contra su heredero y la cosa hubiera perecido por su propia naturaleza antes del fallo judicial, por ejemplo, si el esclavo hubiera muerto, dijeron Sabino y Casio que el demandado debía ser absuelto".

Recapitulando las fuentes recogidas por autores, únicamente parece posible destacar tendencias. Observamos una atención mayor a las cuestiones técnicas del riesgo, interés y contenido de los derechos y obligaciones del depósito por parte de Celso, Neracio, Juliano, Aristo, y Labeón, y también Papiniano, a quien se atribuye origen sirio, y una atención mayor a las cuestiones de dolo y culpa, y buena o mala fe, por consiguiente, el examen de la actividad a desempeñar, por parte de Paulo y Gayo y de Plaucio.

No obstante, el fragmento de *Marcello 4 dig.*, D. 42, 1, 12, nos dice que:

*"In depositi vel commodati iudicio, quamquam dolo adversarii res absit, condemnato succurri solet, ut ei actionibus suis dominus cedat."*

"En la acción de depósito y en la de comodato, aunque la cosa haya dejado de devolverse por dolo del adversario, suele ayudarse al condenado haciendo que el propietario le ceda sus acciones." DÍAZ BAUTISTA comenta que la cesión de la acción penal a quien haya provocado el daño no parece que se deba tanto al carácter indemnizador de la pena como a paliar el injusto de la condena del obligado a resarcir el daño causado por otro. En general, nos dice, en los casos en que se responde por custodia - es decir, en el caso del depósito será en el supuesto de la acción de buena fe si así se ha establecido o el contrato es oneroso, o concurre alguno de los factores de imposición de esta responsabilidad- se le concede la acción de la Ley Aquilia contra quien causó el daño. Si el daño lo causa el propio obligado a restituir, es cuando entra en cuestión la posibilidad de conceder ambas acciones, lo que será alternativo, o, quizás, complementario, descontando lo ya satisfecho por la otra acción<sup>310</sup>.

SCHWARZ<sup>311</sup> estudia los supuestos en que se emplea la expresión "*actio contraria*". Los supuestos que este autor halla en cuestión de reintegro de impensas se sitúan en el marco de los llamados "contratos reales" en sentido amplio: fiducia, comodato, depósito y prenda; en materia contractual y asimilada, mandato, gestión de negocios y tutela, recoge supuestos de resarcimiento por el principio del enriquecimiento, con los límites de la "*utilitas*" y la responsabilidad por la gestión realizada; en otras relaciones contractuales como la compra-venta, los casos que halla se refieren a vicios físicos o jurídicos de la cosa, así, casos de "*aes pro aurum*" (vicio de la cosa), "*furtum*", otros tipos de vicio jurídico, entrega de cosa ajena en garantía, y daños ocasionados por cosa defectuosa. Los pasajes jurisprudenciales que recoge dejan al descubierto sus contornos igualmente difusos y solapados con otras acciones o excepciones admisibles, como, en el procedimiento formulario, la excepción de dolo, en algunos casos, la "*actio furti*" o la "*condictio*", y también se utiliza como acción alternativa a la compensación que puede resultar de un juicio de buena fe. Lo esencial de la "*actio contraria*", en opinión de este autor, es el hecho de ser la acción que compete a la parte que ocupa la posición que podemos considerar como deudora, para el resarcimiento de las prestaciones que hayan surgido a su favor, cualquiera que sea la forma procesal en que se manifieste, por oposición formulada en un litigio del principal, apreciación compensatoria en un juicio de buena fe, o por acción independiente. Por su parte, HERRERA BRAVO<sup>312</sup> se ocupa de la fórmula *in factum contraria "depositi"*, y de la cuestión acerca de si en el momento de la introducción de la fórmula *in factum* directa para el depósito, se introduce sucesivamente la fórmula contraria respectiva, con la que se instaura un *contrarium iudicium* contra el depositante, para hacer valer contra el mismo los daños, contracréditos y gastos sufridos en relación con la cosa en depósito. Nos señala que BECKER, PERNICE y FERRINI entienden que las fórmulas contrarias solo fueron posibles en relación a las

<sup>310</sup> Vid. DÍAZ BAUTISTA, A., *La función reipersecutoria de la "poena ex Lege Aquilia"*, en "*La responsabilidad civil, de Roma al Derecho Moderno, IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*", Burgos, 2001, p. 283.

<sup>311</sup> Vid. SCHWARZ, F., *Die Konträrklagen*, en "*SSZ*", 19, 1954, p. 200.

<sup>312</sup> Vid. HERRERA BRAVO, R., *El contrato de depósito en el Derecho Romano*, Granada, 1987, p. 146 y ss.

fórmulas *in ius conceptae*, como la *actio depositi in ius*, ya que la fórmula contraria se construye con la simple inversión de la *intentio* de la fórmula *in ius*, y la alteración de nombres de las partes que aparecen en la *demonstratio*. LENEL en su reconstrucción del Edicto no establece esta distinción, sino que admite ambas fórmulas<sup>313</sup>. Acerca del fragmento que nos ocupa, LENEL nos dice que respecto de "D. 16,3,5 pr." el problema es que ignoramos la fórmula. Lo que sí ve claro HERRERA BRAVO es que el "*contrarium iudicium*" se ha desarrollado sobre la base de un precedente derecho de retención. No podemos excluir que la fórmula "*in factum*" contraria sea escogida para aquellos casos en que se pudiera ejercitar la "*actio contraria in ius*", por ejemplo, para el caso del "*filius familiae*" carente de capacidad para ejercitar la acción "*in ius*", *Ulp. 31 ed.*, D. 17,1,12, 6: "*Si filio familias mandavero ut pro solveret et emancipatus solvat, verum est in factum actionem filium dandam.*" En cambio PROVERA es del parecer de que la fórmula de dicho "*iudicium contrarium*" es siempre "*in factum*", incluso allí donde la "*actio principalis*" es una "*actio in ius*"<sup>314</sup>. Así, afirma que dicha acción "*in factum*" podemos encontrarla en el depósito, el comodato, la prenda, la fiducia y la tutela, en lo que coincide con opiniones ya expuestas en este apartado. Sigue opinando este autor que fue en época justiniana cuando las "*actiones contrariae*" se utilizaron para sancionar todo tipo de contraprestaciones que surgían en el ámbito de las relaciones que se llaman bilaterales imperfectas, y ello facilita la extensión de la aplicación de estas acciones también al ámbito del mandato y de la "*negotiorum gestio*". Afirma que se puede hacer la siguiente suposición sobre el desarrollo histórico de la figura del "*iudicium contrarium*": En una primera fase nos encontraríamos con un "*iudicium contrarium*" que se opone de manera inmediata, en una segunda fase, sin embargo ya nos encontramos con la posibilidad de ejercitar el "*iudicium contrarium*" después de que haya sido ejercitada la acción principal, y por último, diferencia una tercera y última fase, en la que el "*iudicium contrarium*" es totalmente independiente de la llamada acción principal, lo cual implica incluso que pueda ejercitarse aunque esta última no se haya utilizado. Parece ser que, al menos la denominación de "*iudicium contrarium*", si encuentre mención en las fuentes clásicas, a propósito de los juicios de buena fe<sup>315</sup>.

Los siguientes fragmentos, nos muestran que las acciones contrarias eran susceptibles de ejercicio independiente:

*Paul. 29 ed.*, D. 13,6,17,1:

*"Contraria commodati actio etiam sine principali moveri potest sicut et ceterae quae dicuntur contrariae .."*

<sup>313</sup> Vid. LENEL, O., *Das Ediktum Perpetuum ...*, op. cit., p. 230.

<sup>314</sup> Vid. PROVERA, G., *Linée generali di uno studio sui "iudicia contraria"*, *SDHI*, 1942, p. 122 y ss.

<sup>315</sup> Cfr. su cita en CICERÓN, M.T., off. 3. 70: " ... *Quidem Scaevola pontifex maximus summam vim dicebat esse in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona, fideique bonae nomen existimabat manare latissime idque versari in tutelis, societatibus, fiducia, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibusvitae societas contineretur, in his magni esse iudicis statuere, praesertiim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret. ...*"



Gai. 3 ed. prov., D. 17,1,41:

*"Potest et ab una dumtaxat parte mandati iudicium dari: nam si is qui mandatum suscepit egressus fuerit mandatum, ipsi quidem mandati iudicium non competit, at ei qui mandaverit adversus eum competit."*

PICHONNAZ<sup>316</sup>, observa que la compensación, en derecho romano, es procesal. El cambio procesal ha modificado la forma de realización, hasta un modo único en el procedimiento "*extra-ordinem*" postclásico. En el procedimiento "*extra-ordinem*" pueden constatarse dos cambios, la institución se generaliza, *permitiendo su aplicación también a los procedimientos reales, y se exige que la cantidad a compensar sea líquida y se prohíbe que se retrase la restitución de una cosa depositada*. En sus conclusiones<sup>317</sup>, este autor, señala que, *en derecho Justiniano*, se mantiene la excepción, pero la compensación se contempla como efecto material, que la función de garantía defensiva se invoca en la *pandectística*, por PUFFENDORF, quien le atribuye efecto material y retroactivo, para poderla invocar en juicio, sin que prescriba mientras la reclamación principal pueda exigirse. *Actualmente*, opina que no se justifica el efecto retroactivo por la voluntariedad de la invocación de la compensación y por el efecto constitutivo de su declaración. Remarca que no debe olvidarse el doble fundamento de la compensación, la de producir la extinción de la relación recíproca y la garantizar a cada parte la inmediata ejecución de su derecho. La evolución de la institución nos recuerda este autor que se ha producido fundamentalmente por la vía jurisprudencial<sup>318</sup>.

El hecho de la concesión de una acción independiente para hacer valer las excepciones despliega su efecto sobre la vigencia de las excepciones frente a las acciones directas, no siempre favorable al deudor. En tanto el demandado no disponía de acción, sino solo de una excepción para el caso de serle reclamada la cosa, no cabe duda de que la excepción permanece vigente al tiempo de ser demandado. Sin embargo, al dotarse de acción, sucede que pueden prescribir los plazos para oponer

<sup>316</sup> Vid. PICHONNAZ, P., *La compensation, Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnelles*, Fribourg, Suisse, 2001, p. 278 y ss.

<sup>317</sup> Vid. PICHONNAZ, P., *Ídem*, p. 667 y ss.

<sup>318</sup> Vid. PICHONNAZ, P., *Ídem*, p. 598-600. Resulta también muy interesante el estudio comparativo que efectúa este autor acerca de la evolución del Derecho Inglés. Desde el Judicature Act de 1873, todos los Tribunales deben aplicar tanto el Common Law como las normas de equidad. Por lo que corresponde la compensación, que se materializa en el caso de créditos recíprocos líquidos por declaración judicial, y en el caso de la oposición de créditos no-líquidos, -daños, pretensiones- pueden ser invocadas por una parte en tanto resulten directamente del documento o póliza conexos. *Lord Justice Legatt, Axel Johnson Petroleum, AB c. Mineral Group, AG (1992) 1 W.L.R. 270, 274*, declara que "The state of the Law is unsatisfactory as it allows a set-off at law of debts which are liquidated, even if unconnected, and in equity of debts which are connected, even if unliquidated, but not a set-off of debts which are both unliquidated and unconnected." La compensación es material y automática, por vía de "*legal set off*," si las deudas no tienen conexión; "*transaction set-off*", o "*equitable set off*". Tiene efecto extintivo inmediato y efecto retroactivo en las relaciones recíprocas.

una determinada excepción y subsanarse reclamaciones viciosas, por falta de ejercicio de una acción de anulación en el plazo previsto<sup>319</sup>. Tal es el caso en la "*exceptio non numeratae pecuniae*" que prescribía a los dos años de realizada la operación, conforme a la Constitución 4,30<sup>320</sup>.

La concesión de acción independiente para hacer valer un vicio o defecto puede afectar a vicios del consentimiento y también a reclamaciones reales o de derechos de crédito, y explica la ubicación sistemática de las excepciones en el Digesto en el libro 44, cuyo título I trata de "las excepciones, las prescripciones y las acciones prejudiciales." El fragmento *Ulp. 74 ed., D. 44,3,1, pr.* recuerda que "la discusión

---

<sup>319</sup> Vid. Díez-Picazo, L., nos ofrece un estudio muy completo sobre la cuestión en *Compensación y prescripción, Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos*, 2003, págs. 269-274. Se plantea la cuestión de la posibilidad de oponer la compensación de un crédito prescrito. No es un crédito natural, que obviamente no es oponible, pero para un crédito prescrito, no está tan claro. (La pregunta se plantea por F. DE CASTRO, en "*Temas de Derecho Civil*" si bien parece que del contexto puede deducirse una respuesta negativa). Afirma la incompensabilidad VALPUESTA, R. en su *Comentario al art. 1196 CC del Código Civil* del Ministerio de Justicia. En el derecho romano se había admitido la inoponibilidad, Javoleno 15 *ex Cass.*, D. 16,2,14: "No entra en la compensación lo que puede extinguirse por efecto de una excepción.", y así lo recuerda DEMOLOMBE, C., (*Cours du Code Napoléon*, XVIII, París, 1880), si bien recalca que la excepción solo opera si se opone; luego, si el deudor demandado o al que se le ha opuesto no efectúa manifestación alguna, podrá producir sus efectos. En derecho alemán, WINDSCHEID (*Pandectas, traducción italiana*, vol. II, p. 355) sostiene que la compensación decae por la prescripción del contracrédito, si bien recoge que SEUFFERT y DERNBURG habían sostenido la postura contraria por entender que la compensación operaba "*ipso iure*". El BGB en su pf. 390 permitió excepcionalmente que no quedara excluida la compensación con el crédito prescrito, si la situación de compensabilidad se había producido antes de la expiración del plazo de vigencia de la excepción. Así lo recoge ENNECERUS, (*Derecho de obligaciones*, I, p. 342). El CC italiano de 1865, no admitía la oposición de un crédito prescrito o afectado por una excepción perentoria. CUTURI, T. (*Trattato della Compensazioni nel Diritto Privato Italiano*, Milán, 1909, p. 210) si bien señala que en la práctica debe atenderse si el crédito fuera exigible antes de haber transcurrido el plazo de prescripción del contracrédito, ya que la compensación es legal, y también si la parte no se opone a la extinción, en que es un supuesto de compensación voluntaria. El Codice de 1942 aceptó la solución alemana. Art. 1242.2. Se explica desde un punto de vista de automaticidad de la compensación legal, lo cual también se fundamenta en la equidad. El Código Civil Portugués (v. CUNHA GONZALVES, vol. V, 1932, p. 19, sostenía la compensabilidad si no se había opuesto la excepción de prescripción. El CC de 1966, en su artículo 850 acoge la solución de que el crédito prescrito puede ser compensado. PAES DA SILVA VAZ SERRA, A., Boletín del Ministerio de Justicia nº 31, p.123 y ss., desde su posición de catedrático y ministro, y ponente, acoge, siguiendo a VON THUR, la excepción alemana, y suiza (art. 120), puesto que "el acreedor, que puede extinguir su crédito mediante compensación, tiende, confiado, a retrasar la reclamación judicial de su crédito, por lo que no sería equitativo que quedara perjudicado por el hecho de que sean esenciales los plazos de prescripción. Lo admitía también el proyecto francoitaliano y el Código de Obligaciones de Polonia (art. 249). Las soluciones posibles son: 1.- la compensación y la prescripción son automáticas. Si concurren vigentes en el tiempo, se podrá oponer la compensación. 2.- Si la compensación es automática y la prescripción ha de invocarse, se produce la extinción por la concurrencia de créditos y surtirá efecto en el juicio si se hace valer. Si el crédito prescribió antes, solo vale si al invocarse la otra parte no opone la extinción. 3.- Si la prescripción es automática, pero la compensación ha de reclamarse, si está prescrito el crédito no podrá oponerse. 4.- Si como opina Díez-Picazo, ambas instituciones han de invocarse y no se produce ninguna de forma automática, si el crédito invocado ha prescrito, se puede invocar y la otra parte puede oponerse o no. Si primero se ha producido la situación de compensación, -art. 390 BGB, 1252 CC italiano 1942 y el

acerca de los plazos útiles para litigar ... requiere, ante todo, tener facultad para ejercitar la acción." Ejemplificativamente, podemos aludir a los plazos para el ejercicio de las acciones edilicias redhibitorias por vicios o defectos de la cosa vendida, en el plazo de seis meses o la acción "*quanti minoris*", en el plazo de un año, recogida en el libro 21,1 del Digesto<sup>321</sup>

Puede apreciarse que los fundamentos implícitos del cese de pretensiones anulatorias u obstativas son la necesidad de seguridad jurídica y el principio de los propios actos. Se considera que hay mala fe por parte de quien aprovecha unos efectos durante un plazo prudencial para poder conocer los vicios de la cosa o relación y luego pretende evitar las obligaciones que por su parte le competen<sup>322</sup>.

---

art. 433 del CCPortugués, la parte que tiene un crédito oponible se encuentra en una situación de confianza en la compensabilidad que puede empujarla a la inacción, y lo más equitativo es aceptar la solución germana, italiana y lusa y admitir la invocación de la compensación.

<sup>320</sup> Vid. SALAZAR REVUELTA, M., *La forma litteris como instrumentum crediticio en el derecho justiniano*, local.droit.ulg.ac.be/.../rida/file/1998/REVUELTA.pdf, p. 535; ARIAS BONET, J.A., *Sobre la <querela> y la <exceptio> non numeratae pecuniae. Derecho romano y vicisitudes medievales*, AHDE, 1983, p. 109-136. Es de destacar que la reclamación de quien ejercitaba la "querela" era la de obtener la restitución del documento que había firmado; y que los epígrafes 14-16 de C. 4, 30 tienen eminente contenido procesal, contemplando los derechos de terceros no intervinientes en la operación, decretando la nulidad del juramento como medio probatorio en su tramitación. Fueron recogidos con variaciones significativas en los *Fori Valentiae*, las *Costums de Tortosa*, *Lo Codi*, y en textos históricos castellanos.

<sup>321</sup> Cfr. *Ulp. 1 ed. aedil curul.*, D. 21.1.1.1: "*Aiunt aediles: 'Qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntianto. Quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicitur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. (...)*". "Dicen los Ediles: 'Los que venden esclavos hagan sabedores a los compradores de la enfermedad o vicio que cada uno tenga, si alguno es fugitivo o vagabundo, o si está exento de noxa; y expresen todas estas cosas claramente y con verdad, cuando se vendieren estos esclavos. Mas si contraviniendo esto hubiese sido vendido un esclavo, o lo hubiese sido contra lo que se hubiese dicho o prometido, cuando se vendiese, por lo que se dijere que debe responderse daremos acción al comprador, y a todos a quienes correspondiere el negocio, para que sea devuelto el esclavo. (...)" (5) Si el vicio o la enfermedad del esclavo es visible (frecuentemente suelen manifestarse los vicios por señales exteriores, puede decirse que no se aplica el edicto, puesto que solamente ha de mirarse a que el comprador no sea engañado).

D. 21, 1, 28: "Si el vendedor no garantiza lo que se contiene en el edicto de los ediles, se ofrece contra él la acción de redhibición en el término de dos meses, y, en la medida del interés del comprador, en el de seis meses" y D. 21.1.18 pr.: "*Si quid venditor de mancipio adfirmaverit idque non ita esse emptor queratur, aut redhibitorio, aut aestimatorio, id est quanti minoris iudicio agere potest (...)*" "Si el vendedor hubiese afirmado alguna cosa respecto a un esclavo, y el comprador se quejase de que éste no era así, puede ejercitar o la acción redhibitoria, o la aestimatoria, esto es, la acción <*quanti minoris*> (...)"

<sup>322</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *La doctrina de los actos propios, Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Cizur Menor, 2014, p. 157 y ss. Diferencia la prescripción, para la que se señalan plazos y que requiere que haya acción de la noción inglesa del "estoppel", en especial, el "estoppel laches" y el "estoppel by acquiescence", y del concepto alemán de la "Verwirkung", Pf. 242 BGB, en que el tiempo prudencial para invalidar un remedio queda a la apreciación del juez. Este último nos dice que no es un consentimiento presunto, ya que no se requiere propiamente un consentimiento, sino que se efectúa una ponderación objetiva de las circunstancias.

En el caso del derecho del depositario, no se podrá entender que haya prescripción de reclamaciones por razón de los gastos hechos, en tanto subsista la relación y se halle la cosa en su poder, ya que se entiende que no comienzan a correr los plazos para reclamar durante la vigencia de una relación continuada. Le ampara la publicidad natural que otorga la posesión material de la cosa. En el último capítulo abordaremos los medios de defensa extraprocesales, con lo que nos ocuparemos más extensamente del alcance de la protección que otorga la publicidad posesoria.

## **V.- CONCLUSIONES PROVISIONALES DEL CAPÍTULO III.**

Se abordan en el presente capítulo las distintas técnicas procesales por las que se ha otorgado cauce a las relaciones bilaterales, perfectas o imperfectas, que han dado lugar a pretensiones para ambas partes contendientes. En una fase primitiva, la defensa de las diversas reclamaciones solo podía verificarse por reconocimiento expreso, producido por medio de estipulaciones o cauciones adecuadas, o por medios de fuerza como la retención, tendente a obtener dicho reconocimiento, cuyo ejercicio legítimo era amparado por las autoridades. La idea de la compensación en el mismo litigio es posible siempre y cuando se renunciara a la materialización de la pretensión propiamente perseguida por cada parte, en tanto no se trate de pretensiones pecuniarias recíprocas o de cosas homogéneas, y así se efectúa en los juicios romanos de buena fe por la conversión en pecuniarias de todas las reclamaciones, aunque ello tiene el inconveniente de sacrificar el interés propio de una o ambas partes - como puede serlo el caso del contrato de depósito, en que el interés primario del depositante no es o no debiera ser el de obtener una indemnización dineraria, sino el de recuperar su cosa depositada-, si bien vemos que tal idea solo se produce en la fase de ejecución, existiendo con anterioridad recursos coercitivos para incentivar el cumplimiento propiamente dicho, así por medio de la condena condicionada a la restitución, para la que se fijaba un plazo, y por medio de sanciones agravatorias para un incumplimiento imputable del depositario, como deferir la estimación del valor de la cosa al reclamante, quien, con el control pretorio, podía fijar un valor superior al valor real de la cosa como indemnización. En el caso pecuniario, era posible exigir al propio actor ajustar el importe de su reclamación, lo que se relaja en la época justiniana con la posibilidad de estimación parcial; en el caso de reclamaciones heterogéneas, se reúne en un juicio plenario el conocimiento de las pretensiones de cada parte con relación a un mismo asunto. El reconocimiento de acciones separadas para las distintas pretensiones nacidas de una misma relación o contrato, abre paso a la posibilidad de prescindir de la unidad sinalagmática originaria, y que cada pretensión tenga su propia vigencia y quede a la libertad y oportunidad de realización de cada parte. El principio de responsabilidad patrimonial universal obliga a tener en consideración los derechos preferentes o simultáneos de terceros no intervinientes en la relación y a mostrar reticencias frente a la posible connivencia de los intervinientes con fines elusivos de los derechos de terceros.

Hemos venido señalando por notas al pie algunas tendencias significativas de derecho actual, que prueban que existe una tensión permanente entre el reconocimiento de la

unidad de contrato y el tratamiento separado de las pretensiones nacidas del mismo, así, en cuanto a la ejecución, al derecho concursal y a la prescripción (o caducidad) "asimétrica" de reclamaciones, lo que pone de manifiesto que el derecho, más que hallar una solución uniforme en la materia, se encuentra constantemente en busca de un equilibrio entre ambas soluciones, de las cuales ninguna resulta plenamente satisfactoria<sup>323</sup>. El método tópico que ha presidido la jurisprudencia romana se presenta como especialmente adecuado para buscar la justicia de cada situación.

## VI.- EPÍLOGO.

Las obras del dramaturgo ateniense Esquilo (del S. IV<sup>o</sup> a C.), ya popularizaron, como parte de los principios procesales, el deber de atender las peticiones de ambas partes implicadas en la relación contenciosa. Reproducimos a modo ilustrativo el siguiente fragmento de la Orestíada:

Atena: " Hay dos partes y solo un alegato escucho."  
Corifeo: "Es que no quiere ni aceptar ni prestar un juramento."  
Atena: "Quieres llamarte justa, antes de obrar justamente."  
Corifeo: "¿Cómo es eso? Expílicate, ciencia no te falta"  
Atena: "Un juramento no puede a la injusticia dar victoria."  
Corifeo: "Interroga y emite un recto fallo."  
Atena: "¿El juicio de este pleito me confías? "  
Corifeo: "El honor te concedo que mereces."  
Atena, a Orestes: "¿Qué quieres replicar a estas palabras?" ...

ESQUILO, "*La Orestía III (Las Euménides)*", *Tragedias completas*, edición Cátedra, Madrid, 1983, p. 383 y 384.

Atenea recaba la opinión de la defensa, tras oír los alegatos de la parte actora. El Derecho Romano acogió este sistema, que pervive en los ordenamientos actuales de nuestro espectro cultural.

---

<sup>323</sup> Vid. WINDSCHEID, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, op. cit., p. 228 y s. nota 2 de la p. 227 "*in fine*", nos dice que el Derecho Romano no trata la contraprestación como descuento de la prestación, sino como correlativo de la misma, y, por consiguiente, como presupuesto de exigibilidad. Por ello, no repara en una posible desproporción entre el ejercicio del derecho de retención de la cosa que ha de restituirse y el monto de las prestaciones por cuyo pago se retiene. Desde el punto de vista procesal, trata la negativa al pago como caso de mala fe contractual, (excepción de dolo). Aparte de las ideas de la reducción y del sinalagma funcional, señala que han de tenerse en cuenta otras dos acepciones: a) que el contrato bilateral genere dos prestaciones completamente independientes la una de la otra; b) que nos encontremos ante dos caras de una solo obligación. La idea expuesta en último lugar, la considera excesiva, la idea precedente, insuficiente.



## CAPÍTULO IV

### EL CONTENIDO DE LA RECLAMACIÓN DEL DEPOSITARIO.

#### I.- OBJETIVO DE ESTE CAPÍTULO.

Fieles a la línea investigadora del presente trabajo de tesis, nos proponemos incidir, en el presente capítulo, en las cuestiones relativas al fundamento o presupuestos de la reclamación únicamente en cuanto a las impensas, que trataremos de delimitar frente a la reclamación de daños y a la forma de la determinación de dichas impensas, a su prueba, y a su oponibilidad, sin perjuicio de completar con algún comentario sucinto algunos de los aspectos de los que nos vemos obligados a prescindir en la presente exposición<sup>324</sup>, que quedan, en su caso, para su revisión en eventuales trabajos futuros. En esta sede, hemos optado por un estudio de derecho comparado, como método aproximativo a las cuestiones controvertidas que abordamos, y a fin de

<sup>324</sup> Nos referimos a los elementos subjetivos, activo y pasivo objetivos, formales, y a los efectos y extinción de la relación jurídica, que, por su complejidad y extensa casuística, no es posible abordar en el presente. Sí queremos incidir brevemente en el hecho de que el responsable de las obligaciones nacidas del contrato no es necesariamente el dueño, sino quien ostente un interés en la relación, y en la medida del mismo. En Derecho Romano, se suman las cuestiones de la cobertura de las actuaciones de esclavos y sujetos dependientes, a través de las acciones adyecticias. Nos remitimos a las puntualizaciones efectuadas en el trabajo "*Antecedentes romanos del depósito mercantil*", pendiente de publicación, cuyas conclusiones fueron expuestas en el XXIII Congreso Iberoamericano y XX Congreso Internacional de Derecho Romano celebrado en Oporto de los días 21-23 de marzo de 2018. Brevemente, señalamos, que los rendimientos del trabajo tienen en Derecho Romano la consideración de frutos, tal y como lo constata FIORI, R., *La definizione della locatio-conductio. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, p. 49. Nos remitimos a lo expuesto en el capítulo II. El Derecho Romano también se ocupa de los supuestos de pluralidad de personas y la responsabilidad y ejercicio de derechos solidaria, mancomunada o parciaria. El fragmento de Ulp. 30 ed., D. 16, 3, 1, 44 señala que "Cuando los depositantes son dos y demandan ambos, si depositaron de tal manera que uno solo recobrará todo, éste podrá demandar por el todo; pero si era por la parte que a cada uno interesa, entonces se dirá que la condena ha de ser hecha proporcionalmente a la parte." Sobre este punto disponemos de un exhaustivo estudio de Derecho Civil elaborado por HERAS HERNÁNDEZ, M.M., *Los sujetos en el contrato de depósito*, Barcelona, 1997, p. 187 y ss., en que, entre otros aspectos, estudia el tratamiento previsto por el art. 1772 del Código Civil, que permite la liberación proporcional en la cosa divisible y los casos de solidaridad, mancomunidad o de cosa indivisible, la delegación y representación, de cuyas previsiones romanas nos hemos ocupado en el capítulo II, y cuestiones de capacidad y vicios del consentimiento. Respecto del derecho francés, la Sentencia del TS, Sala 1ª civil de 24 de septiembre de 2014, pourvoi 13-18.197, se ocupa de la interesante cuestión de la valoración de unas inversiones efectuadas por un condueño al tiempo de la división de la comunidad, donde se concede un margen de apreciación judicial entre el importe invertido y los aumentos efectivamente apreciables en el inmueble como consecuencia de la inversión al tiempo de la división. Emplea, para referirse a los créditos resultantes a favor del inversor, las expresiones "*créances d'entretien*" y "*créances des travaux*".

disponer de una perspectiva más amplia en relación a las fuentes romanas que consideramos en cada uno de los apartados.

## II. FUNDAMENTO Y PRESUPUESTOS DE LA RECLAMACIÓN DE IMPENSAS O GASTOS.

### A.- Derecho Romano.

Se encuentran razonamientos valorativos paralelos en materia de la Ley Aquilia y de los daños contractuales<sup>325</sup>. Por su parte, los gastos e inversiones legítimamente

<sup>325</sup> Vid. HONSELL, H., *Siebentes Kapitel, Die "Actio locati". "Quod interest" in den "bonae fidei iudicia"*, München, 1969, p. 143, considera compatibles con los casos contractuales las reglas de valoración de cosas previstas en la Ley Aquilia. Así, nos remite al mismo caso transmitido por tres fuentes distintas el supuesto recogido en D. 9, 3, 25, 3, en sede de Ley Aquilia: "*Si horrearius aliquid deiecerit vel effuderit aut conductor apothecae vel qui in hoc dumtaxat conductum locum habebat, ut ibi opus faciat vel doceat, in factum actioni locus est, etiam si quis operantium deiecerit vel effuderit vel si quis discentium*"; D. 19, 2, 13, 4: "*Item Iulianus libro octagesimo sexto digestorum scripsit, si sutor puero parum bene facienti forma calcei tam vehementer cervicem percusserit, ut ei oculus effunderetur, ex locato esse actionem patri eius: quamvis enim magistris levis castigatio concessa sit, tamen hunc modum non tenuisse: sed et de Aquilia supra diximus. Iniuriarum autem actionem competere Iulianus negat, quia non iniuriae faciendae causa hoc fecerit, sed praecipienda*", en sede de arrendamiento y en las Sentencias de Paulo, PS 14 49 r., relativo a las lesiones infringidas al aprendiz de zapatero, hijo de familia libre y no emancipado, que, además, es un hecho generador de diversas acciones, según las circunstancias. Los principios expuestos pueden reconocerse en los ordemanientos actuales de inspiración romana. Vid. FUENTES GUIÑEZ, R. A., *La extensión del daño extracontractual*, Móstoles. 2009, p. 64, nota 99, en que efectúa las siguientes consideraciones acerca de la regla de *common law* "*The only obligation broken is to pay money*". Se considera que se estableció en la causa *London, Chatham and Dover Rely Co., vs. South Eastern Rly* (1893). Según la misma, cuando la obligación incumplida es pagar una suma de dinero, no se conceden daños y el remedio es únicamente pagar la suma acordada. Esta regla tiene dos sentidos: primero, no se pueden obtener intereses y segundo, no se puede pedir compensación por otras pérdidas causadas por la falta de recepción del dinero acordado. Sin embargo, esta regla se ha restringido o reducido. Así, en lo que respecta a su primer sentido, se ha admitido el pago de intereses, pero, conforme a *Tehno Impex vs- Gebr. van Weelde Sheepvartkantoor BV* (1981) no se extienden a las sumas pagadas antes de iniciarse el procedimiento. Sin embargo, en *President of India vs. La Pintada Compañía Navegación* (1985), se anuló el fallo *Tehno-Impex*. El segundo sentido de la regla ha sido total o casi totalmente eliminado por la decisión *Wathsworth vs. Lidia*, (1981). Cfr. MEJER, S., en BASEDOW, J., HOPT, KJ, ZIMMERMANN, R., y STIER, A., *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Vol. II, Oxford, 2012, p. 1471 y ss., nos dice, acerca del derecho inglés, que en cuestiones restitutorias, se aplica un criterio valorista, así como que es preciso el requerimiento al dueño antes de acometer un gasto: "*Under English law, the type of restitutionary claim was originally dependent of the kind of benefit received. An "action for money had and received" was only applicable when the claimant had made a payment to the defendant. ... Where the claimant had provided specific property or services, the claims were called "quantum valebat" or "quantum meruit", respectively. These last claims required that the defendant had made a request to the claimant so as to prevent restitutionary*



efectuados acometidos por la parte contractual no obligada a soportarlos, y, por consiguiente, susceptibles de repercutirse a la contraparte en los términos que veremos, en la concepción romana clásica temprana, se consideraban una clase de daños, en tanto generadores de un enriquecimiento de la parte beneficiaria a costa de la parte que los había efectuado<sup>326</sup>, por lo que comparten en cierta medida sus presupuestos de generación. Conforme a los principios de la filosofía griega y, en general, oriental, regía el principio aristotélico de la conmutatividad patrimonial, que impuso una valoración objetiva, como ya hemos expuesto en otros apartados precedentes de este trabajo a los que nos remitimos<sup>327</sup>. La diferencia con los daños se produce en el modo de su producción voluntaria del sujeto que efectúa el desembolso, y, por consiguiente, también de su prueba, ya que puede exigirse razonablemente a quien efectúa gastos en interés ajeno que procure su correcta documentación, y en el hecho de la previsibilidad de los gastos corrientes, lo que permite provisionarlos. Respecto de los gastos imprevisibles, salvo urgencia o imposibilidad, lo razonable será recabar el parecer del interesado antes de efectuar los meritados gastos. Ha de evaluarse la procedencia de los gastos generados en el marco del contrato celebrado. Procedemos a exponer una serie de fragmentos ilustrativos del criterio objetivo de valoración :

Tenemos un claro exponente del principio objetivo de valoración en el fragmento de Paulo 2 *Plaut.*, D. 9, 2, 33, pr.-1, conforme al cual:

*"Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit quem tu magno emptum velles, sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi: itaque eum, qui filium naturalem possidet, non eo locupletiore esse, quod eum plurimo, si alius possideret, redempturus fuit, nec illum, qui filium alienum possideat, tantum habere, quanti eum patri vendere posset. In lege enim Aquilia damnum consequimur: et amisisse dicemur, quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur.  
1. In damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio."*

"Si mataste a mi esclavo, opino que no se ha de estimar el valor de afección, como si

---

claims where the claimant had forced his performance upon the defendant. (...) Today's writers call for all types of benefits to be treated alike within the law of restitution. The content of the restitutionary claim: " ... A loss of enrichment was, in principle, irrelevant for the ius communis condition,. The claim was directed at what the defendant had received, not at what he still retained... "

<sup>326</sup> Vid. NARDI, E., *Profilo evolutivo della ritenzione romana. Rivista di diritto civile* III, Parte I, 1957, p. 6 y ss., recogido en "*Scritti minori*", Bolonia, 1991.

<sup>327</sup> Vid. MUÑIZ DÍEZ, A., *Indemnización de daños materiales causados a vehículos en accidentes de circulación*, en *Valoración judicial de daños y perjuicios*, Madrid, 1999, p. 186, en que expresa, con relación al derecho español contemporáneo, que es en el campo del Derecho Mercantil donde predomina el valor objetivo, señalándose por la doctrina esta idea como uno de los principios fundamentales que lo caracterizan, por la tendencia a impersonalizar las situaciones con el fin de liquidarlas rápidamente, lo que exige abstraerse de las circunstancias personales que afecten al patrimonio perjudicado. Cita, como ejemplo, el caso de los arts. 363. 1 y 371 del CCom., que imponen al porteador la responsabilidad de pagar el valor que tuvieron los efectos no entregados en debida forma.

alguien hubiese matado a tu hijo natural que tú querías comprar a gran precio, sino solo por lo que valiese para todos. Dice también Sexto Pedio que los precios de las cosas son evaluados, no por la afección o por la utilidad de personas concretas, sino de un modo general. Así pues, el que posee a su hijo propio no es más rico por el hecho de que habrá de redimirlo a gran precio si otro lo poseyera, ni aquel que posea un hijo ajeno tiene el importe en que podría venderlo a su padre. Porque en la Ley Aquilia conseguimos el daño, y decimos que se perdió o lo que pudimos conseguir o lo que fuimos obligados a gastar. (1) Por los daños no conseguidos por la Ley Aquilia se da una acción por el hecho."

El apartado "1" se presta a interpretaciones. Cabe pensar que se admitiese la posibilidad de obtener un aumento de la indemnización correspondiente al valor de afección por medio de una acción "*in factum*", cuyo objeto sería el de acreditar el mayor valor que para el perjudicado tuvo la cosa (o la persona) perdidas. Otra posibilidad es que, fieles a nuestra comprobación de que las acciones civiles no se dan en el ámbito intrafamiliar<sup>328</sup>, quedase la acción "*in factum*" frente al hijo de familia o a la persona dependiente que haya ocasionado un perjuicio en el patrimonio del "*dominus*", si bien, respecto del esclavo, una vez manumitido o cedido, en tal caso, en los términos pactados con el cedente, o cuando proceda la acción anual de peculio, ya que no se le admiten tampoco las acciones "*in factum*"<sup>329</sup>. CORBINO alcanza la conclusión de que para los Romanos, la expresión "*damnum*" no viene referida a una lesión genérica de derechos sino únicamente a las situaciones susceptibles de valoración patrimonial<sup>330</sup>, y, como ya se ha expuesto en el presente trabajo, no entran en juego valoraciones en el caso del propio patrimonio del "*paterfamilias*"<sup>331</sup>, como también es constante la exclusión de la acción de la Ley Aquilia respecto de las lesiones o daños inflingidos a personas libres. En este último caso, la Ley Aquilia permite reclamar por los gastos hechos en la cura, los servicios perdidos y los que habrá de perder el que quede inútil, pero el cuerpo de un libre se considera inestimable<sup>332</sup>.

<sup>328</sup> Nos remitimos al Cap. II de este trabajo.

<sup>329</sup> Cfr. *Ulp. 1 disp.*, D, 44, 7, 13, "*In factum actiones etiam filii familiarum possunt exercere*". *Ulp. 7 disp.*, D, 44, 7, 14: "*Servi ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent: ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. Denique si servo, qui mihi mutuum pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor*", y *Gai 1 ed. prov.*, D, 50, 17, 107: "*Cum servo nulla actio est*", frente a la posibilidad de dirigirse contra el liberto después de su manumisión, en opinión de Triboniano, *Paul. 60 ed.*, D, 16, 3, 21: "*Si apud filium familias res deposita sit et emancipatus rem teneat, pater nec intra annum de peculio debet conveniri, sed ipse filius. 1. Plus Trebatius existimat, etiamsi apud servum depositum sit et manumissus rem teneat, in ipsum dandam actionem, non in dominum, licet ex ceteris causis in manumissum actio non datur*".

<sup>330</sup> Vid. CORBINO, A., *Danno, lessioni patrimoniale e Lex Aquilia nell'esperienza romana*, en *Θίλία, Scritti per Genaro Franciosi*, a cura do Federico Maria d' Ippolito, Napoli, 2007, p. 607. Nos dice que "... nell'linguaggio dei Romani, l'espressione "*dqmnum*" ha avuto riferimento non alla generica lessione dei diritti, ma solo a quella delle situazione suscettibili di valutazione patrimoniali ...".

<sup>331</sup> Cfr. *Iul 13 dig.*, D, 16, 3, 15 "*Qui rem suam deponi apud se patitur vel utendam rogat, nec depositi nec commodati actione tenetur: sicuti qui rem suam conducit aut precario rogat, nec precario tenetur nec ex locato*". y *Ulp. 30 ed.*, D, 50, 17, 45, pr.: "*Neque pignus neque depositum neque precarium neque emptio neque locatio rei suae consistere potest*".

<sup>332</sup> Cfr. *Gai, 7 ed. prov.*, D, 9, 1, 3, " ... cum liberum corpus aestimationem non recipiat, sed

*Ulpianus libro 32 edictum, D. 19, 2, 19, 1:*

*"Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id quod interest nec ignorantia eius erit excusata: et ita Cassius scripsit. Aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur: hic enim si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora facta, quod interest praestabitur, si scisti, si ignorasti, pensionem non petes, et ita Servio Labeoni Sabino placuit."*

Sobre las acciones de compra y venta, encontramos el pasaje *Paul. 33 ed. D. 19, 1, 21, 3:*

*"Cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnis utilitas emptoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit: neque enim si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis quam si triticum emerit et ob eam rem, quod non sit traditum, familia eius fame laboraverit: nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur. Nec maior fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit, merito, quia sive datum esset, haberem emptor, sive non, quoniam saltem hodie dandum est quod iam olim dari oportuit".*

"Cuando hubiera dependido del vendedor que no se entregase la cosa, ha de hacerse la estimación de toda la utilidad de la cosa misma para el comprador, pues no se ha de estimar, por ejemplo, si pudo negociar con el vino y obtener algún lucro, como tampoco si hubiese comprado trigo, y por el hecho de no haberle sido entregado, sus esclavos hubiesen trabajado con hambre; consigue, pues, el precio del trigo y no el de los esclavos muertos de hambre, y la obligación no aumenta porque reclame tardíamente, aunque crezca, por ejemplo, si el vino valiese más en el momento presente, y con razón, porque tanto si hubiese sido entregado pues lo tendría yo como comprador, como si no, pues, al menos, hay obligación de dar hoy lo que ya se debía haber dado anteriormente<sup>333</sup>".

En relación al dinero o pecunia, rige la idea de su carácter determinado, de por sí, de estimación objetiva, si bien esta idea resultó revisada, sin duda, a raíz de las crisis económicas sufridas en determinados momentos del Imperio Romano, que generaron situaciones de inflación y depreciación monetaria. Así lo refleja el siguiente fragmento:

*Gai 9 ed. prov., D. 13, 4, 3:*

*impensarum in curationem factarum et operarum amissarum quasque amissurus quis esset inutilis factus ...", y Paul. 2 ed., D.50, 17, 106: "Libertas inaestimabilis res est".*

<sup>333</sup> Se ha argumentado que el comprador tenía que haber tomado las precauciones precisas para evitar los daños así ocasionados. Su posibilidad de intervención excluye la imputación de tales daños secundarios derivados al vendedor. Cfr. LEÓN GONZÁLEZ, J.M., *Acotaciones históricas al artículo 1107 del Código civil, Estudios jurídicos "in memoriam" del profesor Alfredo Calonge*, Salamanca, 2002, Vol. II, p. 579-595, quien traza un paralelismo entre la interpretación romana y la del art. 1107 del CCE acerca del acotamiento de la responsabilidad de la parte incumplidora de una obligación. .

*"Ideo in arbitrium iudicis refertur haec actio, quia scimus, quam varia sint pretia rerum per singulas civitates regionisque, maxime vini olei frumenti: pecuniarum quoque licet videatur una et eadem potestas ubique esse, tamem aliis locis facilius et levibus usuris inveniuntur, aliis difficilius et gravibus usuris".*

"Así, esta acción va referida al arbitrio judicial, pues es cosa sabida que, según las ciudades y regiones, los precios de las cosas varían mucho, sobre todo los del vino, el aceite y el trigo; también con el dinero, *pues aunque parezca que su valor intrínseco es siempre y en todas partes el mismo*<sup>334</sup>, *sin embargo, se puede conseguir en ciertas localidades con mayor facilidad e intereses menores, en otras menos fácilmente y con mayor usura.*"

Las fuentes romanas carecen de un cuerpo sistemático acerca de las características de la inversión en interés ajeno cuyo reintegro puede reclamarse. Solo es posible

<sup>334</sup> Vid., en relación al derecho actual, MOLLÁ NEBOT, M.A., *Usufructo de pecunia. Aplicación a los fondos de inversión desde la Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Madrid, 2015, p. 160-162. Las dudas interpretativas que ha creado el tenor del artículo 1170 del Código civil, cuando comienza estableciendo que <<el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España>> han quedado zanjadas por la redacción del artículo 312 del Código de Comercio, que permite afirmar que nuestro legislador adopta un principio nominalista con relación al dinero, al establecer que <<consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor, devolviendo una cantidad igual a la recibida, con arreglo al valor legal que tuviera la moneda al tiempo de su devolución...>>, sin que la previsión del caso de pacto de la especie modifique el criterio sustancialmente: únicamente, se tomará como referencia la especie y no la moneda de curso legal en España. Refuerza este último criterio el artículo 1754 del Código civil, *a contrario sensu*, cuando se remite al art. 1170 para el pago de las deudas de dinero y, en cambio, prevé que si lo prestado es otra cosa fungible, o una cantidad de metal no amonedado, el deudor debe una cantidad igual a la recibida y de la misma especie y calidad, *aunque sufra alteración en su precio*, lo que nos conduce al caso de un doble sistema, valorista, cuando las cosas que se hubieran dado sin estimación no sean una cantidad de dinero, ya que, para devolver otro tanto, el usufructuario o sus causahabientes sufrirán los avatares de valor de mercado de dichas cosas recibidas, y el caso de las deudas de dinero, o las convertidas a dinero, en que el sistema será nominalista. Cfr. DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. VI, *Derechos reales limitados*, Madrid, 2012, p. 465 y ss. Ya tempranamente, las exigencias políticas y financieras del Estado provocaron que el legislador se retractara de su propósito de mantener una moneda respaldada por su valor real; hasta 1833, el Banco de España incorporaba la fórmula de que "pagará oro"; hasta 1939, en que desaparece definitivamente la correspondencia del valor intrínseco de los títulos monetarios en España, que "pagará plata". Por la Ley de 20 de enero de dicho año, se privó de curso legal a las monedas de plata y la Ley de 9 de noviembre de 1939 concede a los billetes el carácter de medio legal de pago, reconociéndoles pleno poder liberatorio. Actualmente, puede afirmarse que no queda ninguna moneda en el mundo que se encuentre respaldada por su valor real, y la depreciación y adulteración dista de ser una solución nueva. Se conoce que, en el Imperio Romano, Nerón ya decidió adulterar con metales menos nobles las monedas para obtener una mayor cantidad, manteniendo su valor facial y enriquecer las arcas públicas con la diferencia, y que, por ejemplo, la Ley Valeria autorizó a los deudores a liberarse de las deudas con el as depreciado, aunque éstas se hubieran contraído con el as antiguo. Por lo referente a la divisa extranjera, el artículo 40 del Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, establece que se tomará como valor declarado de la divisa extranjera (para los efectos del impuesto) el que resulte de aplicar el tipo de cambio vendedor fijado por el Banco de España, que esté vigente en el momento del devengo.

identificar los factores intervinientes en esta materia en tanto actúan como "*ratio decidendi*" de fragmentos legados. Aducimos, a continuación, una serie de fragmentos, que ponen de manifiesto *la voluntariedad del anticipo de impensas por la parte contratante no obligada a soportarlas*, en el marco del contrato celebrado. La cuestión de la voluntariedad con la que se acometen los gastos queda especialmente patente en materia de mandato. En el capítulo II de este trabajo ya hemos incidido en la estrecha relación que existe entre el contrato de depósito y el contrato de mandato, por lo que parece razonable recurrir a las previsiones para el mandato para el examen de los derechos del depositario. La custodia tiene un carácter meramente estático y un contenido meramente material; la administración un carácter prevalentemente dinámico y un contenido puramente jurídico. La primera tiene su paradigma contractual típico en el depósito, la segunda en el mandato. Si bien ha de tenerse en cuenta que ambas obligaciones no son absolutamente incompatibles. La custodia de una cosa está normalmente incluida en la administración de la misma porque quien debe administrar debe en primer lugar conservar. Sin embargo, no ocurre por regla general al revés: el que sólo debe custodiar no es que no debe, sino que no puede administrar<sup>335</sup>. Podemos recordar que algunos fragmentos del título III del libro 16 del Digesto diferencian, precisamente, entre la procedencia de la acción de depósito y la acción de mandato<sup>336</sup>. Se comprenden no solo los gastos de la cosa sino también los necesarios para la ejecución del mandato<sup>337</sup>:

- Gayo, 9 ad ed. Prov, D.17, 1, 27, 4:

*“Impendia mandate exsequendi gratia facta si bona fide facta sunt, restitui omnimodo debent, nec ad rem pertinent, quod is qui mandasset potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere.”*

<sup>335</sup> Vid. HUALDE MANSO, T. *La obligación de custodia en el depósito*, Universidad Pública de Navarra, RJN, 12, 1991, p. 113 y s.

<sup>336</sup> Cfr. Ulp. 30 ed., D. 16, 3, 1, (11)- (14). "*II. Si te rogavero, ut rem meam perferas ad Titium, ut is eam servet, qua actione tecum experiri possum, apud Pomponium quaeritur. Et putat tecum mandati, cum eo vero, qui eas res receperit, depositi: si vero tuo nomine receperit, tu quidem mihi mandati teneris, ille tibi depositi, quam actionem mihi praestabis mandati iudicio conventus.*

12. *Quod si rem tibi dedi, ut, si Titius rem non recepisset, tu custodies, nec eam receperit, videndum est, utrum depositi tantum an et mandati actio sit. et Pomponius dubitat: puto tamen mandati esse actionem, quia plenius fuit mandatum habens et custodiae legem.*

13. *Idem Pomponius quaerit, si tibi mandavero, ut rem ab aliquo meo nomine receptam custodias, idque feceris, mandati an depositi teneris. Et magis probat mandati esse actionem, quia hic est primus contractus.*

14. *Idem Pomponius quaerit, si apud te volentem me deponere iusseris apud libertum tuum deponere, an possim tecum depositi experiri. Et ait, si tuo nomine, hoc est quasi te custodituro, deposuissem, mihi tecum depositi esse actionem: si vero suaseris mihi, ut magis apud eum deponam, tecum nullam esse actionem, cum illo depositi actio est: nec mandati teneris, quia rem meam gessi. Sed si mandasti mihi, ut periculo tuo apud eum deponam, cur non sit mandati actio, non video. Plane si fideiussisti pro eo, Labeo omnimodo fideiussorem teneri ait, non tantum si dolo fecit is qui depositum suscepit, sed et si non fecit, est tamen res apud eum. Quid enim si fureret is, apud quem depositum sit, vel pupillus sit, vel neque heres neque bonorum possessor neque successor eius exstaret? Tenebitur ergo, ut id praestet, quod depositi actione praestari solet."*

<sup>337</sup> GONZALEZ-PALENZUELA, M.T., *Las impensas...*, op. cit. p. 101.

“Los gastos realizados con ocasión del mandato, si han sido realizados con buena fe, deben ser abonados en todo caso, y no importa que el mandante, gestionando él mismo el negocio, hubiese podido gastar menos.”

- *Pap. 3 resp.*, D. 17, 1, 56, 3 y 4, se ocupa de los gastos y del salario del procurador:

*"Sumptus bona fide necessario factos, etsi negotio finem adhibere procurator non potuit, iudicio mandati restitui necesse est."*

"Necesariamente han de ser restituidos por la acción de mandato los gastos necesarios hechos de buena fe, aunque el procurador no haya podido llevar a término el negocio."

*"Salarium incertae pollicitationis neque extra ordinem recte petitur neque iudicio mandati, ut salarium tibi constituat."*

Este fragmento excluye el pago de una retribución si esta no se ha pactado expresamente.

- *Ulp. 31 ed.*, D. 17, 1, 10, 9:

*"... et sicuti fructus cogitur restituere is qui procurat, ita sumtum quem in fructum percipiendos fecit, deducere eum oportet (...)"*

“... así como el procurador se obliga a restituir los frutos, así debe deducir los gastos que hizo al percibir los frutos ...”

- *Ulp. 31 ed.*, D. 17, 1, 12, 9:

*"Si mihi mandaveris ut rem tibi aliquam emam, egoque emero meu pretio, habebo mandati actionem de pretio recipiendo simili modo et si quid aliud mandaveris et in id sumptum fecero (...) verum iudicem aestimare debere (...)"*

“Si me hubieras mandado que te comprase una cosa y yo la hubiese comprado con mi dinero, tendré la acción contraria de mandato (...) Igualmente, si hubieses mandado alguna otra cosa e hiciese algún gasto en ello. No solamente deberé conseguir lo que haya gastado, sino también los intereses (...) Todo esto lo determinará el juez según la equidad.”

- *Ulp. 31 ed.*, D. 17, 1, 16:

*"... et ait Celsus libro 7 digestorum hoc respondisse se, cum Aurelius Quietus hospiti suo medico mandasse diceretur, ut in hortis eius quos Ravennae habebat, in quos ómnibus annis secedere solebat, sphaeristerium et hypocausta et quaedam ipsius valetudini apta sua impensa faceret..."*

“Si alguno me hubiese mandado hacer algo en mis cosas y yo lo hubiese hecho, se pregunta si hay acción de mandato. En el caso de Aurelio Quieto, que se dice haber mandado a su médico la construcción a su costa de un juego de pelota, un baño caliente y otras cosas convenientes para su propia salud, en una finca que su médico tenía en Rávena, y le ofrecía para pasar temporadas, como él solía hacer todos los años, dice Celso *7 dig.*, haber dado la respuesta de que se debía deducir todo lo que había aumentado el valor de la construcción (...), pero que podía reclamarse por la acción de mandato lo que hubiese gastado de más”.

Los casos enumerados nos transmiten la regla de la necesaria restitución de gastos, si bien, el pago de una remuneración requería pacto expreso. No obstante, las previsiones referidas no son exclusivas de la figura del mandato y sus instituciones asimiladas<sup>338</sup>. Así, encontramos por ejemplo una *ratio* semejante en otras sedes, como la relativa a la acción de palabras prescritas o la prenda, si bien, en todos los casos se entiende que hay una actuación en interés del dueño:

*Paul. 5 quaest.*, D. 19, 5, 5, 4, en sede de "las acciones de palabras prescritas y por el hecho."

*" ... Sed si facio ut facias, haec species tractatus plures recipit. Nam si pacti sumus, ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romae, vel ut tu in meo, ego in tuo solo aedificem, et ego aedificavi et tu cessas, in priorem speciem mandatum quodammodo intervenisse videtur, sine quo exigi pecunia alieno nomine non potest: quamvis enim et impendia sequantur, tamen mutuum officium praestamus et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere (possum enim tibi mandare, ut et custodiam mihi praestes et non plus impendas in exigendo quam decem): et si eandem quantitatem impenderemus, nulla dubitatio est. Sin autem alter fecit, ut et hic mandatum intervenisse videatur, quasi refundamus invicem impensas, neque enim de re tua tibi mando (...)"*

"Pues si hemos pactado que tú exijas de mi deudor en Cartago y yo del tuyo en Roma o que yo edifique en tu suelo y tú en el mío, y yo <cobré o> edifiqué y tú no, entonces, en el primer caso, parece haber intervenido un mandato, sin el cual no puede exigirse dinero a nombre de otro, pues, aunque se ocasionen gastos, no obstante, nos prestamos un servicio mutuamente ... si uno <edificó lo que debía y el otro no, se obliga éste> como si también en este caso se admitiera que hay mandato, como si fuera para abonarnos mutuamente los gastos, pues yo no puedo mandarte respecto a cosa tuya. Con todo, será más seguro que se dé la acción de palabras prescritas ...".

<sup>338</sup> Vid. MURILLO VILLAR, A., *La gestión gratuita de negocios ajenos: una originalidad romana*, *RIDROM*, abril de 2016, p. 1-37, en que el autor aborda el paralelismo de este tratamiento en la gestión de negocios ajenos sin mandato. Considera que esta última figura adquiere sustantividad en las Inst. 3, 27, 2. (p. 3) "*Tutores quoque, qui tutelae iudicio tenentur, non proprie ex contractu obligati intelleguntur (nullum enim negotiam inter tutorem et pupillum contrahitur): sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. et hoc autem casu mutuae sunt actiones: non tantum enim pupillus cum tutore habet tutelae actionem, sed et ex contrario tutor cum pupillo habet contrariam tutelae, si vel impenderit aliquid in rem pupilli vel pro eo fuerit obligatus aut rem suam creditori eius obligaverit*".

El interés de la persona en nombre se actúa determina la denegación del derecho resarcitorio en el caso de que el gasto acometido exceda de lo estipulado o pactado, y también en el de que, en defecto de instrucciones, presumiblemente no sea idóneo para satisfacer suel interés, lo que queda de manifiesto en fragmentos relativos a la dote atribuido al comentario de Paulo *ad Sab 7.*, D. 25, 1, 8, a cuyo tenor:

*"Utilium nomine ita faciendam deductionem quidam dicunt, si voluntate mulieris factae sint: iniquum enim esse compelli mulierem rem vendere, ut impensas in eam factas solveret, si aliunde solvere non potest: quod summam habet aequitatis rationem".*

"Las (impensas) útiles, dicen algunos que pueden deducirse de la dote si se hicieron con el consentimiento de la mujer, pues es injusto obligar a la mujer a vender algo para poder pagar las impensas que se hicieron para ella, si es que no tiene con qué pagarlas de otro modo, lo que es muy justo."

y *Paul. 36 ed.*, D. 25, 1, 4:

*"Et in totum id videtur necessariis impensis contineri, quod si a marito omissum sit, iudex tanti eum damnabit, quanti mulieris interfuerit eas impensas fieri. Sed hoc differt, quod factarum ratio habetur, etsi res male gesta est, non factarum ita, si ob id res male gesta est: itaque si fulserit insulam ruentem eaque exusta sit, impensas consequitur, si non fecerit, deusta ea nihil praestabit".*

"En general, parecen ser impensas necesarias aquéllas que, si el marido dejara de hacerlas, le condenaría el juez al interés de la mujer en que aquéllas se hubieran hecho; pero la diferencia está en que se cuentan las impensas hechas aunque no se hayan aprovechado a la cosa en que se hicieron, tan solo si se perjudicó la cosa en que dejaron de hacerse ...".

*Paul. 6 ad Plaut*, D. 50. 16, 79, 1:

*"Utiles impensas" esse fulcinius ait, quae meliorem dotem faciant, non deteriorem esse non sinant, ex quibus reditus mulieri adquiratur: sicuti arbusti pastinationem ultra quam necesse fuerat, item doctrinam puerorum. Quorum nomine onerari mulierem ignorantem vel invitam non oportet, ne cogatur fundo aut mancipiis carere. In his impensis et pistrinum et horreum insulae dotali adiectum plerumque dicemus".*

"... con las impensas útiles no se debe sobrecargar a la mujer que no las quiere o no las conoce, para no obligarla con ello a tener que privarse del fundo o de los esclavos ...".

Y a la gestión de negocios ajenos, así, son representativos los fragmentos:

-*Ulp. 10 ed.* D. 3, 5, 9, (10), según el cual,



*"...Quid enim si eam insulam fulsit, quam dominus quasi inpar sumptui deliquerit vel quam sibi necessariam non putavit? Oneravit, inquit, dominum secundum Labeonis sententiam, cum unicuique liceat et damni infecti nomine rem derelinquere. Sed istam sententiam celsus eleganter deridet: is enim negotiorum gestor, inquit, habet actionem, qui utiliter negotia gessit: non autem utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam vel quae oneratura est patrem familias adgreditur. Iuxta hoc est et, quod Iulianus scribit, eum qui insulam fulsit vel servum aegrotum curavit, habere negotiorum gestorum actionem, si utiliter hoc faceret, licet eventus non sit secutus. Ego quaero: quid si putavit se utiliter facere, sed patri familias non expediebat? Dico hunc non habiturum negotiorum gestorum actionem: ut enim eventum non spectamus, debet utiliter esse coeptum".*

"Por mi parte. ¿se me dará acción por los gastos que hice? Creo que sí, salvo si se convino especialmente que ninguno tenga acción contra el otro. (1) "... ¿Qué se dirá si el gestor reparó una casa que su propietario hubiere abandonado por resultarle demasiado costosa o por considerar que no le era necesaria? Dice Próculo que, según la opinión de Labeón, el gestor gravaría al propietario pues cualquiera puede abandonar también una cosa por causa de daño temido. Pero Celso bromea elegantemente contra este parecer, al decir: el que hizo una gestión útil, dispone de la acción de negocios, pero no lo hace el que acomete una empresa innecesaria o que ha de ser gravosa para el propietario,. Está de acuerdo con esto Juliano, de que quien reparó la casa o cuidó al esclavo enfermo tiene la acción de negocios, siempre que la gestión fuera útil a su titular. Yo pregunto, ¿y si creyó que hacía una gestión útil pero que no convenía al titular? Sostengo que, en ese caso, no ha de tener la acción de gestión de negocios, porque, así como prescindimos de su resultado, sí debe ser útil la acción al emprenderse."

- Ulp. 10 ed., D. 22, 1, 37:

*" ... Puto verum, si liberavi ex magno incommodo, debere dici usuras venire, eas autem, quae in regione frequentantur, ut est in bonae fidei iudiciis constitutum: sed si mutuatus dedi, hae venient usurae quas ipse pendo, utique si plus tibi praestarem commodi, quam usurae istae colligunt ...".*

"... Si te libré de un gran inconveniente, entran en consideración los intereses, pero los que sean frecuentes en aquella región, como está establecido para los juicios de buena fe; más, si pagué con dinero que me prestaron, entran en consideración los intereses que yo pago, siempre que el favor que te hiciera supere el valor de estos intereses..."

- Ulp. 36 ed., D. 27, 4, 3, pr.,

*"Quid ergo si plus in eum impendit, quam est in facultatibus? Videamus an possit hoc consequi. Et Labeo scripsit posse. Sic tamen accipiendum est, si expedit pupillo ita tutelam administrari: ceterum si non expedit, dicendum est absolvi pupillum oportere: neque enim in hoc administrantur tutelae, ut mergantur*

*pupilli. Iudex igitur, qui contrario iudicio cognoscit, utilitatem pupilli spectabit et an tutor ex officio sumptus fecerit."*

"¿Qué ocurre cuando el tutor gastó más en el pupilo que lo que hay en el patrimonio de éste? Veamos si puede conseguirlo. Labeón escribió que sí. Pero hay que entenderlo así: siempre que la administración de la tutela favoreciera al pupilo; si no, hay que decir que debe absolverse al pupilo, pues las tutelas no se administran para hundir a los pupilos. Así pues, el juez que conoce el juicio contrario tendrá en cuenta la utilidad reportada al pupilo, y si el tutor debía hacer el gasto que hizo."

En sede de gestión de negocios ajenos (en este caso, tutelar), encontramos el fragmento del comentario de Gayo al edicto provincial D. 44, 7, 5, pr.:

*"Si quis absentis negotia gesserit, si quidem ex mandatu, palam est ex contractu nasci inter eos actiones mandati, quibus invicem experiri possunt de eo, quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet: si vero sine mandatu, placuit quidem sane eos invicem obligari eoque nomine proditae sunt actiones, quas appellamus negotiorum gestorum, quibus aequae invicem experiri possunt de eo, quod ex bona fide alterum alteri praestare oportet. (...) qui obtulisset se negotiis gerendis, nullam habiturus esset actionem de eo, quod utiliter de suo impendisset, vel is, cuius gesta essent, adversus eum, qui invasisset negotia eius, nullo iure agere posset."*

Tanto en el caso en que se actúa en virtud de mandato, como cuando el gestor interviene sin contrato previo de forma útil, figura asimilada a los contratos que ha venido a llamarse posteriormente "*quasi contrato*", las partes pueden exigirse recíprocamente lo que cada una de ellas debe a la otra según la buena fe. Al respecto, MURILLO VILLAR<sup>339</sup> comenta que el elemento de la "*utilitas*" ha de entenderse referido exclusivamente al "*dominus negotii*". Ello tiene la consecuencia de que todos los beneficios han de revertir en el dueño, sin perjuicio del reintegro de gastos y, en su caso, daños. Por lo que podemos extraer de los fragmentos expuestos la conclusión de que el Derecho Romano reconocía un deber de reintegro de gastos e inversiones siempre y cuando la actuación parezca objetivamente razonable al tiempo de su realización, desde el punto de vista del interés del "*dominus negotii*".

## **B. - Notas de Derecho Comparado al apartado II.**

Estos principios han sido incorporados a las Codificaciones modernas. En su esfuerzo por

---

<sup>339</sup> Vid. MURILLO VILLAR, A., *La gestión gratuita de negocios ajenos*, op. cit., p. 15. El principio de que los beneficios han de repercutir al dueño para la legitimidad y licitud de la intromisión ajena no autorizada en su esfera jurídica, lo ve este autor corroborado en la recepción, en las Partidas, 5, 12, 20-33, "Otrosí dezimos que si ganancia aviniese, que debe ser del Señor de las cosas". Actualmente, podemos encontrar el art. 1720 del CCE referente al mandato, a cuyo tenor "Todo mandatario está obligado a dar cuenta de sus obligaciones y a abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aún cuando lo recibido no se debiera al segundo."

delimitar los gastos de los daños, MÜLLER<sup>340</sup>, con relación al derecho alemán, concluye, acerca de la naturaleza y fundamento del derecho de reintegro de gastos e inversiones efectuados en interés ajeno que :

1.- los gastos son acometidos voluntariamente para un fin determinado. La voluntariedad de su realización los diferencia de los daños<sup>341</sup>.

2.- que resulta fundamental precisar sus presupuestos de realización: No suponen una actuación extracontractual, ya que se realizan precisamente en el marco de una relación contractual. Su no realización tampoco supone un incumplimiento, ya que se realiza por la parte contractual no obligada a ello, con un derecho a reclamar su restitución.

3.- que su fundamento es que el contrato exige todas aquellas actuaciones contenidas en el espíritu de la buena fe contractual<sup>342</sup>, para ambas partes contratantes, entre las que podemos diferenciar las que son esenciales para la consecución del fin del contrato, las accesorias, las de garantía y responsabilidad, y las compensatorias en circunstancias imprevistas o imprevisibles.

5.- que los gastos o impensas que dan derecho al reintegro son actuaciones que compete realizar a la otra parte de la relación contractual, necesarias para la consecución del fin contractual, y que realiza la primera para poder concluir el contrato, en el marco legítimo de obtener su cumplimiento y por cuanto también puede tener un interés legítimo en llevar a término lo pactado en el contrato, en los casos en que éste se desarrolla en interés de ambas partes contratantes, o para eludir posibles responsabilidades. La salvaguarda del fin contractual le legitima a efectuar los gastos y a reclamarlos.

6.- que el límite de la actuación legítima y exigible lo fija el interés de la contraparte obligada a soportar tales gastos. Cuando exceden del valor de la cosa o de su interés presunto y razonable, o no siéndolo no los autoriza expresamente el obligado a soportarlos, no han de ser reintegrados.

Podemos completar estas puntualizaciones con la característica de generar los gastos hechos derechos puramente indemnizatorios y de reintegro, no lucrativos, y con el hecho de concretarse en una cantidad pecuniaria, de lo que nos ocuparemos en el punto tercero de este capítulo.

### III. DETERMINACIÓN DE LOS GASTOS.

#### A.- Derecho Romano.

Es preciso recordar, como ya vimos en el capítulo I de este trabajo, que el contenido de la reclamación viene delimitado en función de la acción que se ejercita, pudiendo diferenciarse las de derecho estricto y las de buena fe. Recordamos las explicaciones

<sup>340</sup> Vid. MÜLLER, K., "*Der Anspruch auf Aufwendungsersatz im Rahmen von Schuldverhältnissen*" , *JZ (Juristenzeitung)* , 1968, pp. 769 y ss.

<sup>341</sup> Vid. MEJER, S., en BASEDOW, J., HOPT, KJ, ZIMMERMANN, R., STIER, A., *The Max Planck Enciclopedia of European Private Law*, Vol. II, Oxford, 2012, p. 1472, que lo expresa de la siguiente forma: "To prevent the defendant from suffering a loss as a result of a restitution claim, he is to be protected when he lost the object received or when he made dispositions to his detriment in reliance on the receipt....".

<sup>342</sup> Cfr. § 242 BGB. "Leistung nach Treu und Glauben. Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern."

de VON THUR,<sup>343</sup> quien remarca que es diferente la expresión romana "*bona fides*" cuando se habla de contratos o de juicios. El derecho romano distinguía, para este autor, dos tipos de contratos, los "*contractus bona fidei*" y las reclamaciones de derecho estricto. En los contratos de buena fe el acreedor no podía exigir una prestación determinada de antemano, sino aquéllo que el deudor debiera dar o hacer según la buena fe, en vistas de las circunstancias "*quidquid dare facere oportet ex fide bona*", lo que es el parecer unánime de las personas razonables y honradas, que se revela de los usos sociales y señala los derechos que, bajo determinadas circunstancias, corresponden al acreedor en una determinada relación contractual. El fragmento de Labeón 4 *post.*, D. 19, 1, 50:

*"Bona fides non patitur, ut, cum emptor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desisset antequam res ei tradatur, venditor tradere compelletur et re sua careret. Possessione autem tradita futurum est, ut rem venditor aeque amitteret, utpote cum petenti eam rem petitor ei neque vendidisset neque tradidisset",*

pone de manifiesto que los contratos bilaterales comportan un patrón de conducta al que las partes se han sometido recíprocamente, y que informa todo el contenido del contrato. Nos dice que no es compatible con la buena fe (contractual), que, cuando el comprador hubiese dejado de deber el precio de la cosa vendida en virtud de un beneficio de alguna ley, antes de serle entregada la cosa, sea compelido el vendedor a entregar y se desprenda de su propia cosa<sup>343</sup>". En el "contrato" "*stricti iuris*", los derechos del acreedor recaían sobre un objeto taxativamente determinado, como, en el mutuo, la suma entregada al deudor. En estos últimos expone el autor que no se podía alegar ninguna circunstancia ni pacto accesorio en las fórmulas iniciales, pero el acreedor tampoco podía exigir "de más", lo que fue suavizado por el derecho honorario, que concedió una "*exceptio doli*" con la fórmula "*si in ea re nihil dolo malo actoris factum sit neque fiat*", donde "*factum sit*" se refiere a algún fraude cometido en el momento de contratar -*exceptio doli specialis*- y "*nec fiat*" viene referido al ejercicio fraudulento del derecho -*exceptio doli generalis*- por no respetar pactos o condiciones, o que el hecho carezca de causa o haya perdido su razón de ser<sup>344</sup>. Para autores como D'ORS PÉREZ-PEIX, las acciones de derecho estricto no

<sup>343</sup> Vid. SANSÓN RODRÍGUEZ, M. V., *La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales en el Derecho Romano Clásico*, *Anales de la Facultad de La Laguna*, 18-11-2001, p. 37. La doctrina alemana ha diferenciado entre la buena fe en tanto principio general del derecho, "guter Glaube" y el llamado "Treu und Glaube", principio de la buena fe aplicado a los contratos.

<sup>344</sup> Vid. VON THUR, A., *La buena fe en el Derecho Romano y en el Derecho actual*, *Revista de Derecho Privado*, Traducción y concordancias de W. Roces, Año XII, 146, 1925, p. 340 y ss. En las páginas 338 -340 añade a lo expuesto que la protección de la buena fe en materia de derechos reales, no se aplica para nada a la *adquisición de créditos*; Aquí se ha atendido a la regla romana "*nemo transfert plus quam habet*". excepto en los créditos unidos a los valores, que se rigen por el derecho de cosas. Frente a los contratos, el caso del art. Art. 1202 CCE, no se basa en un dolo del acreedor sino en un derecho atribuido, mediante ciertos requisitos, al deudor, y el *derecho de retención*, que permite al deudor, en ciertos casos, continuar en posesión de la cosa adeudada, (p. ej., arts. 453 y 1600 CCE) y el reconocimiento de la buena fe como principio general en el campo del derecho de obligaciones, para la interpretación de los contratos (art. 1281 CCE), la ponderación judicial de las lagunas (art. 1285 CCE), la *cláusula rebus sic stantibus*, (art. 1105 CCE), si bien, no debe olvidarse que *los casos en que la Ley autoriza al deudor a apartarse de lo acordado tienen*

son contratos, sino que son obligaciones crediticias, cuya característica principal es el hecho de la recepción de una cantidad pecuniaria o cosa que ha de ser restituida, ello es lo que entraña la palabra "*reddere*", contenida en "*credere*". En este capítulo no vamos a centrarnos en la naturaleza de cada una de estas acciones, sino en sus efectos sobre el contenido de la reclamación, en la acción de derecho estricto y en la acción de buena fe, respectivamente, en cuanto a lo que sí parecen conciliables las posturas sucintamente expuestas<sup>345</sup>. THOMAS<sup>346</sup> recuerda que la distinción entre las acciones de derecho estricto y las acciones de buena fe hay que reconducirla al procedimiento formulario, los llamado "*iudicia*"<sup>347</sup> y señala como diferencias las siguientes: a) en los primeros, el juez o árbitro no podía tener en cuenta nada que no hubiese quedado recogido en la fórmula de sumisión a juicio, si bien la cuestión se relajó con la aceptación en el período clásico tardío de la excepción genérica de dolo<sup>348</sup>, a

---

*carácter de excepción. "bona fides exigit ut id quod convenit fiat:( 1.21, D. "locati", 19,2). La distinción subsiste en forma atenuada, en aquéllas relaciones en que la Ley exige una forma, por fuerza tiene que limitarse la validez de pactos accesorios no formales, porque de otro modo se burlarían los fines que la ley persigue al exigir la forma. También corresponde la interpretación stricti iuris en los títulos abstractos destinados a la circulación. En estos casos, el principio de la buena fe exige el cumplimiento de lo estipulado. Si el crédito cedido no existe o no pertenece al cedente, el cesionario, aún de buena fe, no adquiere derecho alguno. El cesionario solo puede asegurarse mediante una garantía del cedente. Solo está la protección al deudor que paga al anterior acreedor ( o a su representante válido), sin saber que su crédito había sido cedido, art. 1527 CCE. El BGB añade al que indemniza los daños causados en una cosa al poseedor de ésta, y el que abone un crédito hereditario a quien presente un título del Tribunal de Herencias, y el Code civil, que declara válido el pago hecho al poseedor del crédito, entendido por tal el tenedor aparente (= art. 1164 CCE). La buena fe favorece al gestor de negocios, "impendiae bona fide factae" 1,27,4 D. 17,2., a diferencia del gestor sin mandato o del poseedor, que solo puede exigir los gastos verdaderamente necesarios o provechosos. (arts. 453 y 1893 CCE). La fe en la validez de un negocio no se protege casi nunca. La ley otorga preferencia a la protección de los incapaces de obrar, sobre los intereses del que de buena fe contrata con ellos. El derecho alemán o suizo en algunos casos, concede el "interés contractual negativo", de los gastos y daños generados, como contra el "falsus procurator" y el que contrata por error.*

<sup>345</sup> Vid. D'ORS PÉREZ-PEIX, A., *Creditum y contractus*, AHDE, 1956, p. 183-208, y los seguidores de éste, así ADAME GODDARD, J., *El concepto de contrato en el Derecho Romano Clasico*, 2007, [http://works.bepress.com/jorge\\_adame\\_goddard/166/](http://works.bepress.com/jorge_adame_goddard/166/), p. 7-9, en que manifiesta que el Título XVII del Edicto perpetuo, titulado "*De rebus creditis*", recoge los préstamos, las acciones civiles de cosa cierta y las entregas crediticias, que se inspiran en la "*condictio*", y la estipulación de obligaciones ciertas, susceptibles de realizarse por las acciones de derecho estricto. El Título XIX, en cambio, nos dice que recoge los juicios de buena fe, contratos consensuales, fiducia y depósito, dotadas de acciones de buena fe. (Si bien, el depósito, como sabemos, y según *Gai Inst. IV, 47*, también el comodato, dispusieron, según la fuente expresada, de una acción "*in factum*" y de una acción de buena fe).

<sup>346</sup> Vid. THOMAS, J.A.C., *The Institutes of Justinian, Text, Translation and Commentary*, Amsterdam - Oxford, 1975, p. 296 y s.

<sup>347</sup> Cfr. *Gai IV, 62. "Sunt autem bona fidei iudicia haec: ex empto venditio, locatio conductio, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae".*

<sup>348</sup> Cfr. *Hermog. 2 iur. epit.*, D. 19, 2, 23, según el cual: "y, por ello, una vez realizado el arrendamiento, no puede ser rescindida la locación, alegando que la merced es deficiente, si no se puede probar dolo alguno del adversario", y *Ulp. 76 ed.*, D. 44, 4, 2, 5: "*Et generaliter sciendum est ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit: nam et si inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat*". "Debe saberse que, como

diferencia de las acciones de buena fe, que le daban libertad de apreciación; b) las acciones de derecho estricto se empleaban para reclamaciones unilaterales, las de buena fe, para los contratos bilaterales, en el sentido Labeoniano, referido a las relaciones sinalagmáticas; c) en los juicios de derecho estricto solo se devengan intereses en tanto estuvieran expresamente establecidos, mientras en los juicios de buena fe, puede fijarlos el juez sin que se hayan convenido, regla igualmente aplicable a los daños. En el procedimiento extraordinario postclásico, el juez tenía la misma amplitud de fijación que en los procedimientos "*in ius*"<sup>349</sup>.

Tras estas consideraciones preliminares, nos centramos en la reclamación de las cantidades a cuyo reintegro tiene derecho el depositario.

El pasaje de Ulpiano 30 *ed.*, D. 16, 3, 5 pr., recoge la llamada "acción contraria" del depositario, cuando establece que:

*"Ei, apud quem depositum esse dicitur, contrarium iudicium depositi datur, in quo iudicio merito in litem non iuratur: non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate eius qui depositum suscepit"*.

“El depositario tiene la acción de depósito contraria, en la cual, con razón, no se jura de litigio estimado: porque no se demanda por haber faltado a la lealtad, sino para indemnizar al depositario.”

Hemos contemplado este fragmento, que podemos considerar como el objetivo fundamental de examen del presente trabajo de tesis, desde diversos puntos de vista. En este capítulo, debemos centrarnos en el contenido del derecho del depositario, y la información de este breve párrafo nos sitúa ante varios aspectos a tener en cuenta:

#### 1.- "Se demanda ... para indemnizar al depositario"<sup>350</sup>.

principio general, de todas las excepciones redactadas en referencia a un hecho puede derivarse la excepción de dolo, pues obra con dolo todo el que reclama lo que se puede evitar mediante alguna excepción, ya que, aunque no obrara con dolo en un primer momento, sí obra dolosamente al reclamar ahora ..."

<sup>349</sup> Vid. KELLER, F. L., *Pandekten*, Tomo II., Leipzig, 1867, p. 95, § 344, "Anhang, Dienstleistung ausser der Miete", en que nos recuerda que en la prestación de servicios que entemos como "liberales", -cita abogados, médicos, cirujanos, matronas, niñeras, escribanos o contables ("calculadores")-, en los que no era costumbre la fijación previa de su retribución, pero sí lo debido, el magistrado fijaba la remuneración según su prudente arbitrio, y que había un baremo de retribuciones máximas para los abogados.

<sup>350</sup> La limitación de precios, de la que en su apartado correspondiente, aportamos algunas notas del Derecho Español contemporáneo, no fue ajena al derecho romano. Vid. FORTUNAT STAGL, J., "*Iustum pretium*", *nell dorado della libertà contrattuale*, LXXI Congresso SIDHA, Bolonia y Ravena, 12-16 Sept. 2017, en que señala que el texto más conocido de limitación de precios es la Constitución de Diocleciano y Máximo C. 4, 44, 2, "*Imperatores Diocletianus, Maximianus . Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii, distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituyente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit* \* DIOCL. ET MAXIM. AA. AURELIO LUPO. \* <A 285 PP. V K. NOV. DIOCLETIANO A. II ET

## 2.- "... no se jura de litigio estimado. ..."

Pasamos a centrarnos en la fórmula procesal. LENEL es muy escueto en sus comentarios al fragmento que nos ocupa, D. 16, 3, 5 pr. en la reconstrucción al Edicto Perpetuo<sup>351</sup>. Nos dice que lamentablemente, no se nos ha legado la fórmula de la acción contraria, pero que no alberga duda alguna acerca de la conceptualización "*in ius*" de la meritada acción contraria y, según el autor, su fórmula ha de resultar de la inversión de sujetos de la fórmula directa y la supresión de la expresión "*nisi restituit*" en la codena. El resultado sería, pues, el siguiente:

---

*ARISTOBULO CONSS.>*", pero que también pueden encontrarse otros textos de la etapa clásica, en concreto, el pasaje relativo a la estimación de dote de Ulpiano, en su comentario a Sabino 34, D. 23, 3, 12, 1: "*Si mulier se dicat circumventam minoris rem aestimasse, ut puta servum, si quidem in hoc circumventa est, quod servum dedit, non tantum in hoc, quod minoris aestimavit: in eo acturam, ut servus sibi restituatur. Enimvero si in aestimationis modo circumventa est, erit arbitrium mariti, utrum iustam aestimationem an potius servum praestet. Et haec, si servus vivit. Quod si decessit, Marcellus ait magis aestimationem praestandam, sed non iustam, sed eam quae facta est: quia boni consulere mulier debet, quod fuit aestimatus: ceterum, si simpliciter dedisset, procul dubio periculo eius moreretur, non mariti. Idemque et in minore circumventa Marcellus probat. Plane si emptorem habuit mulier iusti pretii, tunc dicendum iustam aestimationem praestandam idque dumtaxat uxori minori annis praestandum Marcellus scribit: Scaevola autem in marito notat, si dolus eius adfuit, iustam aestimationem praestandam: et puto verius, quod Scaevola ait*", Con relación a la acción contraria, Vid. PROVERA, G., "*Linee generali di uno studio sui giudizia contraria.*", SDHI, 1942, p. 134 y ss., Nos explica, con relación a la obligación que contrae el depositante o reconvenido, que "*é una responsabilità obbiettiva. Si tratta di una caratteristica del iudicium contrarium nella sua impostazioni storico-dogmatica. ... Si prescinde in entrambi della scientia o dal ignoranza del attori ciu vengono contraposti. ... Guardavano obbiettivamente alla dininziones patrimonialis subita dalla parte, (...) Di fronte a questa consezione si pono quella giustiniana che tende a valutare e misurare i gradi della responsabilità medesima. ...*". Cfr. ALVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., *El enriquecimiento sin causa*, Granada, 1989, p. 157 y ss., quien formula una serie de reflexiones acerca de la evolución histórica de los criterios de valoración. Pone algunos ejemplos. Así, quien se apropia de unos alambres de espino propiedad del Estado olvidados después de la guerra, se enriquece, pero ¿qué es lo que debe restituir? Unos alambres de la misma especie y calidad, el valor de los alambres cuando fueron encontrados, el precio recibido por su enajenación, el valor al tiempo de la demanda, el "provecho" que se perpetúa en el patrimonio del detentador? Parece, nos sigue explicando, que el derecho solo tiene en cuenta el enriquecimiento actual que persiste en el patrimonio en el momento de la demanda, no aquél que existió ni el enriquecimiento futuro. En la jurisprudencia española, la STS de 6 de diciembre de 1985, afirma que no son reembolsables las mejoras que desaparecen después de la demanda pero antes de la puesta efectiva en posesión del actor. No ha sido siempre el criterio imperante. En 1902, RIPERT y THESSEIRE *Essai d'une théorie de l'enrichement sans cause, Revue trimestrelle de droit civil*, 1902, p. 786 y ss., proponen el criterio de restitución de todo el provecho creado. LARENZ, K., (*Derecho de obligaciones*, traducción de Santos Briz, p. 555) plantea sus dudas acerca del criterio jurisprudencial imperante de limitar el enriquecimiento a la diferencia entre el valor actual y el que resultaría sin la intervención, y MAZEAUD y MAZEAUD declara que no hay que exagerar las consecuencias del principio del enriquecimiento actual, y, así, distinguen la protección que hay que dispensar al enriquecido incapaz de las del capaz. (...) En cuanto al enriquecimiento sin causa, el TS parece utilizar la técnica del enriquecimiento sin causa como módulo para imponer restituciones fundadas en criterios valoristas, que excepcionan el principio nominalista como módulo codificado de medida de restitución. Subraya SANTOS BRIZ, siguiendo al autor, que el resarcimiento tendente a evitar los enriquecimientos injustos toma como valor de la cosa el momento de ser ejecutada la sentencia. (Las SS. 20 de mayo de 1977, 21 de enero y 29 de junio de 1978, 22 de abril y 1 de diciembre de

*"Iudex esto. Quod A. Agerius apud Nemius Negidius mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem A. Agerio N. Negidio dare facer oportere ex fide bona, eius, iudex, A. Agerio Nemio Negidio condemnato; si non paret, absolvito."*

Ha de reconocerse que resulta coherente con este planteamiento la previsión del fragmento atribuido a Modestino, 2 *diff*, D. 16, 3, 23, conforme al cual:

*"Actione depositi conventus servo constituto cibariorum nomine apud eundem iudicem utiliter experitur"*.

"El demandado con la acción de depósito, una vez que se compromete a devolver el esclavo, puede demandar útilmente ante el mismo juez por los alimentos <que suministró al esclavo>". La fórmula "*in ius*" del depósito que nos transmite Gai, IV, 47, parte del presupuesto del reconocimiento de que ha tenido lugar la entrega de cosas en depósito, lo que expresa la expresión "*Quod ... argenteam deposuit*", a diferencia de la fórmula "*in factum*" en que la certeza de este hecho debe ser previamente establecida: "*Si paret N N° apud Aa° mensam deposuisse...*", y, obviamente, la procedencia de la reclamación de los gastos sufridos tiene el presupuesto fáctico de que tal encomienda haya tenido lugar. Si bien, parece más cuestionable la afirmación de que solo era posible la fórmula "*in ius*" para la

---

1980, 31 de mayo de 1985 y 26 de noviembre de 1987. sitúan el momento de la liquidación del daño resarcible en el de la efectiva ejecución de la sentencia, pues la deuda indemnizatoria es una deuda de valor. (Comentario de JORDANO FRAGA, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, 15, 402, p. 5205 y ss.) Si bien, el autor aprecia la tendencia a querer ampliarse el resarcimiento valorista aún más allá de la indemnización del daño culpable, a los supuestos restitutorios a los que la aplicación del principio nominalista llevaría a injusticias notorias. La STS de 1 de diciembre de 1980 afirma que la depreciación monetaria impide en no pocos supuestos de tráfico negocial actuar según la tesis nominalista (...) para evitar resultados inequitativos y eludir supuestos de enriquecimiento injusto de unas personas con relación a otras. La S. de 19 de julio de 1982, se refiere a la aplicación de principios valoristas para evitar el enriquecimiento injusto a la hora de valorar los bienes a efectos de colación. Se utiliza también el criterio valorista para el pago de deudas ilíquidas (STS 28 de enero de 1971). Existiendo un compromiso de venta, no hay enriquecimiento injusto. Los módulos restitutorios se nos aparecen como un sistema sumamente complejo, pues según el criterio que se tome en cuenta, arroja resultados distintos de valoración. En una obra efectuada en un bien ajeno, podemos considerar la "mejora" y restituir el enriquecimiento actual (arts. 453 y 454 CCE); considerar que ha existido una gestión oficiosa y el accipiens se ha enriquecido al aprovecharse de la ventaja (se restituye el gasto o empobrecimiento del "*tradens*"); considerar que se trata de un trabajo profesional que debe indemnizarse como un contrato de trabajo (ahorro de gastos); o considerar que se ha producido una obra nueva y en su virtud una sociedad irregular, en la que el "socio trabajador" tiene derecho a participar en el capital social; o, finalmente, aplicar el módulo social como si hubiese existido un contrato válido (obras realizadas por empresa distinta de la contratada, o a petición de los hijos de los actores, etc.) Frente al carácter residual de los pagos sin contrato, (cuasicontratos), el modelo actual tiende a evolucionar hacia la aplicación creciente del derecho contractual a relaciones fácticas. Los módulos codificados, fundados en la protección del propietario agrícola, son notoriamente inadecuados en el Derecho moderno. La elección de un módulo restitutorio u otro está en función del modelo social significativo en el que se produce la prestación.

<sup>351</sup> Vid. LENEL. O., *Das Ediktum Perpetuum, Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig, 1893, Tít. XIX § 106, p. 231.



reclamación contraria. Algunos pasajes, ya lo hemos visto a propósito del punto sexto del apartado precedente, contemplaban la posibilidad de accionar independientemente la pretensión contraria, aún en el contexto de los juicios de buena fe -en nuestro caso sería la del depositario- así, cuando la cosa se había perdido sin culpa del deudor pero éste había efectuado legítimamente gastos reintegrables en la cosa, o había sufrido daños susceptibles de reclamación en el mismo supuesto. Otro caso posible era el de que el depositante no ejercitara la acción, caso en que las normas justinianeas, así lo vimos en el capítulo III, articuló la acción independiente para el depositario. Pero es precisamente en el caso de las acciones de derecho estricto, como hemos tenido ocasión de ver, donde se presenta con mayor apremio la necesidad de disponer el depositario de un medio procesal para realizar su derecho. En la primera época clásica, era precisa su creación por la ausencia de otro remedio excepto el de retener la cosa depositada hasta que se le reconociera su crédito generado, y, más tardíamente, para el evento de no haber podido interponer temporáneamente la excepción de dolo. Esta realidad creemos que queda reflejada en el pasaje *Ulp. 30 ed., D. 12, 3, 3*, y los fragmentos relacionados que procederemos a citar a continuación. Otra reflexión que se abre a raíz del mismo fragmento es la relativa a la posibilidad de que por la acción crediticia pudiera reclamarse no solo el principal del crédito, sino también determinados gastos o intereses, en caso no solo de estipulación, sino de simple pacto. El fragmento *Ulp. 30 ed., D. 12, 3, 3*, nos dice:

*"Nummis depositis iudicem non oportet in litem iusiurandum deferre, ut iuret quisque quod sua interfuit, cum certa sit nummorum aestimatio. Nisi forte de eo quis iuret, quod sua interfuit nummos sibi sua die redditos esse: quid enim, si sub poena pecuniam debuit? Aut sub pignore, quod, quia deposita ei pecunia adnegata est, distractum est?"*

Tratándose de un depósito de dinero, no debe el juez ofrecer juramento de litigio estimado, para que el reclamante jure lo que le interesa la cosa, *pues la estimación del dinero es cierta. A menos que jure por el interés que tenía en que se le devuelva el dinero en su debido día. ¿Qué diremos en el caso de que el deudor debiera una cantidad bajo pena estipulada o con prenda que, al serle negada la cantidad depositada, fue puesta en venta?...<sup>352</sup>*"

<sup>352</sup> Vid. SCHWARTZ, S., *Verwahrung, allgemein*, en BASENDOW, J., HOPT, K. J., ZIMMERMANN, R., *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Band II, Mohr Siebeck, 2009, p. 1718 y ss., quien explica que la indemnización se devenga, en su caso, no obstante el derecho de reclamación del depositante en cualquier momento, habida cuenta de realizarse el depósito en su exclusivo interés: "*Die Rückgabe kann der Hinterleger nach fast allen Rechtsordnungen jederzeit verlangen und zwar sogar dann wenn zuvor eine längere Laufzeit vereinbart wurde. Hierin spiegelt sich bis Heute der Umstand, dass das Depositum vornehmlich zugunsten des Hinterlegers eingegangen ist. In Italien ist allerdings ausdrücklich die Möglichkeit geregelt, im Interesse des Verwahrers eine Mindestlaufzeit zu vereinbaren (ebenso England). Manche Rechtssysteme normieren zum Ausgleich für die vorzeitige Aufkündigung jedoch eine angemessene Kompensation (Deutschland, Oesterreich, Portugal, Ungarn, Schweiz Russland, Quebec) wahren andere ein jederzeitiges Kündigungsrecht auch ohne ausdrückliche Entschädigung gewähren (Belgien, Frankreich, Griechenland, Luxemburg, Niederlande, Polen, Spanien, Tschechien, Louisiana). Im Ergebnis dürfte sich dort aber eine ähnliche Kompensation jedoch aus dem allgemeinen Vertragsrecht oder den verwahrungsrechtlichen Kostenersatzanspruch (sowohl*

Nos hemos basado en la traducción elaborada a instancias del CSIC<sup>353</sup>, si bien, conviene observar que el texto latino no contiene la expresión "estipulada" cuando se refiere a la pena, lo que se observa por la posibilidad de que la pena no requiriera estipulación, y pudiera establecerse por pacto o de forma literal, u otra cualquiera de las formas de exteriorización de la voluntad que admite el "iussum"<sup>354</sup>. El análisis de este fragmento requiere mayor detenimiento. No solo forma parte del comentario de Gayo al Edicto 30, al igual que el fragmento D. 16, 3, 5, pr. que nos ocupa, y que se refiere mayormente a supuestos de acciones "*in factum*"<sup>355</sup>, sino que parece recoger el caso de un crédito incardinable en una acción de derecho estricto, propia del título XVII del Edicto Perpetuo según la reconstrucción de LENEL. Se ha argumentado que las variables de tiempo y lugar, condición y, en su caso, procedencia de división de un crédito entre varios titulares, recogidos en gran parte en el Título XV del Edicto Perpetuo, determinan el decaimiento de la reclamación si no son respetados por el acreedor<sup>356</sup>. La ubicación del fragmento que comentamos en sede de litigio estimado, parece sugerir que el crédito es también susceptible de alteración de cantidades por alguna de las circunstancias que se contemplan. LENEL sitúa en este título los siguientes epígrafes: §§ 95. *Si certum petetur (a. certa pecunia, b. certa res)* 96, *De eo quod certo loco dari oportet*; 97, *De pecunia constituta*; 98, *Commodati* (vel contra); 98, *de pignoratitia actione* (vel contra); 100, *De compensationibus*, epígrafe en el que el autor solo recoge el caso especial de la compensación bancaria<sup>357</sup>. Y

Schottland) ergeben."

<sup>353</sup> Vid. D'ORS, A., HERNÁNDEZ-TEJERO, F., FUENTESECA, P., GARCÍA-GARRIDO, M. y BURILLO LOSHUERTOS, J., *El Digesto de Justiniano*, Pamplona, 1968, Tomo I, p. 486. Cfr. la traducción efectuada por GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, 1ª parte, *Instituta - Digesto*, Barcelona, 1889, Reimpr. Valladolid, 2004, p. 697, que dice: "Respecto a dineros depositados, no conviene que el juez defiera el juramento para el litigio, a fin de que cada cual jure lo que le importó, puesto que es cierta la estimación del dinero, a no ser, acaso, que alguno jure respecto a lo que le importó que los dineros le hubieran sido devueltos en su propio día. Porque ¿qué diremos si debió el dinero bajo pena, o mediante prenda que fue vendida porque se le negó el dinero depositado?" Respecto del origen de la expresión "*injuria*", Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Conceptos y dicotomías del "ius"*, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 3, 2000, p. 21, quien nos dice que en los textos de los autores de las comedias es frecuente la vinculación de la "*fides*" con la fama, presentándose la infamia como un atentado a las reglas respetadas por la comunidad, "*fides*", "*fama*" "*virtus*" y "*decus*". Se ve así reflejado en comedias de Plauto, por ejemplo, en "*Mastellaria*" 5, 144, se recoge la frase "*nunc simil res, fides, fama, virtus deserverunt*" y en el fragmento *Call. 4 de cogn.*, D. 22, 5, 3, al describir las cualidades que deben reunir los testigos.

<sup>354</sup> Cfr. el fragmento *Ulp. 29 ed.*, D. 15, 4, 1, 1, que enumera las posibilidades de autorización ante testigos, por carta, de palabra o por un nuncio, lo que no parece que haya de entenderse como lista exhaustiva, sino ejemplificativa.

<sup>355</sup> Vid. BURILLO LOSHUERTOS, *Las fórmulas de la "actio depositi"*, *SDHI*, 28, 1962, p. 289 y s., quien en las p. 283 y 284 expresa su conclusión coincidente con lo que exponemos, de que los comentarios de Ulpiano al Edicto 30, que constituyen gran parte de la jurisprudencia que recoge el título 16, 3 del Digesto, contemplan la acción "*in factum*", formulada en *Gai*, IV, 47, mientras los comentarios <<*ad Sabinum*>>, aún cuando este último jurisconsulto no fuera consciente de ello, considera que contemplan la fórmula "*in ius*", que se nos ha legado en el mismo fragmento de las Instituciones de Gayo, que es la fórmula propiamente contractual.

<sup>356</sup> Cfr. *Gai Inst.* IV, 53 a, conforme al cual la petición excesiva puede ser de cuatro clases, en razón del objeto, del tiempo, del lugar o de la causa.

<sup>357</sup> Vid. LENEL, O., *Das Ediktum Perpetuum ...*, op. cit, p. 184 y ss.

podemos apreciar que el fragmento se refiere en primer lugar al carácter "cierto" de la estimación del dinero, a continuación, plantea el interrogante acerca de si la regla denegatoria del recurso al litigio estimado debe mantenerse en el caso de que el actor tuviera interés en que la cantidad se le restituyera en un determinado día (lo que nos enlaza con el factor temporal y la figura de la "*pecunia constituta*", que viene a imponer una responsabilidad por el doble de la cantidad debida al deudor "rescatado" por un tercero que paga en su lugar una obligación a su vencimiento, la previsión de una pena al incumplidor, y, finalmente, el caso de que se hubiera procedido a la puesta en venta de la prenda. La venta de la prenda, conforme podemos ver en el fragmento de Pomponio del comentario a Sabino, D.13, 7, 8, 5, " en virtud de la pacción, no solo podrá venderse por dejarse de pagar la cantidad debida sino también por lo demás, como son los intereses o las impensas de la cosa pignorada.", con lo que queda patente el interés del actor de reintegrarse de una cantidad mayor de la prestada en su día. El fragmento de Ulp. *ed.*, 73, D. 20, 1, 14, en el título relativo a "Las prendas e hipotecas, cómo se contraen y sus pactos", recoge un caso en que el actor es autorizado a proceder a la venta anticipada de la prenda, lo que cree el autor que ha de concederse en atención al interés que se tiene cuando los objetos pignorados han sido entregados a un tercero antes de que venza el plazo del pago de la posesión debida (por el riesgo de distracción) y así nos dice el autor del fragmento que lo proclamó Celso. Ello también puede ser comprensible que modifique las cantidades a percibir, entre otras cosas, la entrega anticipada debería producir el cese del devengo de interés que se pudiera haber pactado<sup>358</sup>. Podría entenderse que la cantidad de la pena también podía funcionar como una cantidad máxima, a modo de

---

<sup>358</sup> Cfr. KASER, M.- KNÜTEL, R., *Römisches Privatrecht*, 19ª edición, München, 2008, p. 258, definen el "*constitutum*" como institución aformal. Nos dicen que es "die Festsetzung eines bestimmten Leistungstermin und damit die formfreie Zusage, eine bereits bestehende Verbindlichkeit zur Leistung eines bestimmten Geldbetrags (oder einer bestimmten Menge vertretbarer Sachen) an einem festgesetzten Tag zu erfüllen, oder für solche Erfüllung Sicherheit zu bestellen. Die entstehende Klage ist der "*condictio*" gleichgestellt ...". Cfr. Ulp. 27 *ed.*, D, 13, 5, 14, pr.-2. "*Qui autem constituit se soluturum, tenetur, sive adiecit certam quantitatem sive non.*

1. *Si quis constituerit se pignus daturum: cum utilitas pignorum imrepserit, debet etiam hoc constitutum admitti.* 2. *Sed et si quis certam personam fideiussuram pro se constituerit, nihilo minus tenetur, ut Pomponius scribit. Quid tamen si ea persona nolit fideiubere? Puto teneri eum qui constituit, nisi aliud actum est. Quid si ante decessit? Si mora interveniente, aequum est teneri eum qui constituit vel in id quod interest vel ut aliam personam non minus idoneam fideiubentem praestet: si nulla mora interveniente, magis puto non teneri".* El fragmento de Marcellus *Resp.*, D. 13, 5, 24, "*Titius Seio epistulam emisit in haec verba: Remanserunt apud me quinquaginta ex credito tuo ex contractu pupillorum meorum, quos tibi reddere debebo idibus maiis probos: quod si ad diem supra scriptum non dedero, tunc dare debebo usuras tot.*" *Quaero, an Lucius Titius in locum pupillorum hac cautione reus successerit. Marcellus respondit si intercessisset stipulatio, successisse. Item quaero, an, si non successisset, de constituta teneatur. Marcellus respondit in sortem teneri: est enim humanior et utilior ista interpretatio".* en cambio, sí emplea la expresión "estipulación" para considerar producida una novación que genere la obligación por los intereses y no solo por el principal. Podría pensarse en una exigencia formal distinta desde una perspectiva temporal, -o sea, a fines del S.II, época de Marcellus, podría haberse relajado la distinción entre "estipulación" y pacto, lo que parece claro es que tiene que haberse convenido la producción de intereses para que sean debidos. También cabe pensar en una diferente exigencia desde un punto de vista de aplicación, en distintos requisitos en Roma y en Provincias, o cuando actúa el pretor urbano o el pretor peregrino o cuando se aplica el procedimiento cognitorio, en virtud del "*ius gentium*".

caución, si así lo habían fijado las partes, en base al fragmento *Gai IV, 51*, que recoge la posibilidad de una condenación incierta que tiene una limitación, o sea, "con tasa", por ejemplo, si pidiéramos un objeto incierto diciendo al final de la fórmula: "Tu, juez, condena a pagar hasta diez mil sestercios a A Aº, si no resulta, absuélvelo". El fragmento *Gai IV, 52*, dice que, si hay una tasa, el juez debe tener cuidado de no condenar a más de lo tasado, so pena de incurrir en responsabilidad, al entenderse que "haría suyo el litigio", pero puede, en cambio, condenar a menos de lo tasado<sup>359</sup>. La sentencia *Ulp. 73 ed.*, D. 20, 1, 14, nos dice a continuación -punto (1)-, que se considera válida la prenda dada en garantía de una obligación natural. A los argumentos aducidos en favor de la admisibilidad de la consideración de cantidades distintas de la del principal en acción contraria en caso de las acciones de derecho estricto, "*in factum*", podemos añadir la circunstancia mencionada en el pasaje de Pomponio, *22 Sab.*, D. 6, 3, 12, 1 "*in fine*", a cuyo tenor se observa también en la acción exhibitoria el caso en que el actor quiera que sean llevadas a Roma unas mercancías "a su cuenta y riesgo", gastos que habrán de considerarse, por consiguiente en la reclamación<sup>360</sup>. La acción exhibitoria se trata por LENEL<sup>361</sup> en su reconstrucción del edicto en el título XV, epígrafe 90, y este autor reconstruye su fórmula de modo semejante a una acción reivindicatoria, en cualquier caso, con la expresión "*quanti ea res erit*" y no con las palabras "*id quod interest*."

En caso de exclusión convencional de acciones, habrá de estarse a la acción de dolo subsidiaria, parámetro que también debe entenderse en el caso de la acción de depósito, pese a que solo impone responsabilidad por dolo. El fragmento de Ulpiano *30 ed.*, D. 16, 3, 1, 30, nos dice que, en caso de convención sobre la responsabilidad que corresponda, prevalecerá lo pactado. La posibilidad de supresión, la recoge Ulpiano, basándose en la autoridad de Pomponio, en la sentencia reflejada en el fragmento *Ulp. 4 ed.*, D. 2, 14, 7, 15:

<sup>359</sup> Cfr. *Scaev. 6 resp.*, D. 22, 2, 5, explica, en materia de préstamo marítimo, que "*Periculi pretium est et si condicione quamvis poenali non existente recepturus sis quod dederis et insuper aliquid praeter pecuniam, si modo in aleae speciem non cadat: veluti ea, ex quibus condictiones nasci solent, ut "si non manumittas", "si non illud facias", "si non convaluero" et cetera. Nec dubitabis, si piscatori erogatur in apparatus plurimum pecuniae dederim, ut, si cepisset, redderet, et athletae, unde se exhiberet exerceretque, ut, si vicisset, redderet.*

1. *In his autem omnibus et pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest*". "Hay precio del riesgo, cuando, si no se cumple una condición, aunque sea con carácter penal, has de recibir lo que hubieses dado y algo por añadidura además de la cantidad, ... como aquéllos casos en que suelen nacer condiciones bajo una condición ... (1) En todos estos casos, el pacto, sin estipulación, sirve para aumentar la cantidad." La idea es semejante a la prestación de fianza de nuestro derecho actual: Cfr. NIGRO, B., *Formulario dei contratti tipici e atipici, Annotato con la normativa speciale, le disposizioni fiscali e la giurisprudenza*, Milano, 1996, epígrafes 143- 146, en que después de ocuparse del formulario general de un contrato de depósito, recoge fórmulas de caución en caso de obras públicas y arrendamiento, aparte del caso del depósito vinculado al portador.

<sup>360</sup> Cfr. *Ulp. 27 ed.*, D. 13, 5, 16, 1: "*Sed et certo loco et tempore constituere quis potest, nec solum eo loci posse eum petere, ubi ei constitutum est, sed exemplo arbitrariae actionis ubique potest*", conforme al cual "puede constituirse no solo el plazo para pagar, sino también el lugar, aunque a ejemplo de la acción arbitraria, no solo se puede reclamar en aquel lugar, sino en cualquier otro." El título 5 del libro 13 lleva la rúbrica "Sobre la cantidad constituida a plazo".

<sup>361</sup> Vid. LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum ...*, op. cit., p. 173.

*"Sed et si quis paciscatur, ne depositi agat, secundum Pomponium valet pactum. Item si quis pactus sit, ut ex causa depositi omne periculum praestet, Pomponius ait pactionem valere nec quasi contra iuris formam factam non esse servandam",*

si bien, en caso de supresión, habrá que entender que queda la "*actio doli*"<sup>362</sup>. El tenor de la sentencia, no colisiona con la explicación que se ha dado de que lo que haya querido excluirse sea la responsabilidad por dolo, puesto que, precisamente, la acción de dolo entra en juego también en el caso de vicios del consentimiento jurídicamente relevantes<sup>363</sup>. El enriquecimiento que tiene en consideración la acción de dolo es el recuperatorio del del lucro o beneficio experimentado por el sujeto favorecido por la actuación, no necesariamente coincidente con el desembolso efectuado o el esfuerzo invertido, es el parámetro en situaciones de liquidación real del estado posesorio, u otras en que no haya un pacto por el cual deba regirse la parte que ha efectuado el gasto. En tal caso, es legítima cualquier actuación efectuada en beneficio de la cosa objetivamente razonable.

En el título XIX, se trata de los contratos de buena fe, en que se defiere al juez o árbitro la ponderación de los hechos para que establezca las cantidades residuales de liquidación de la relación contractual, según ya hemos señalado<sup>364</sup>. Resulta ejemplificativo el fragmento de Papiniano, 9 *quaest.*, D. 16, 3, 24 "*in fine*", a cuyo tenor, "... está establecido para los juicios de buena fe, por lo que se refiere a los intereses, que el ministerio del árbitro pueda tener el mismo efecto <de obligar al pago de intereses> que la estipulación; pero va contra la buena fe y la naturaleza del depósito el pedir intereses, antes de incurrir en mora, de aquél que hizo el favor de recibir la cantidad. Pero si se convino inicialmente sobre el pago de intereses, se observará lo dispuesto en el contrato."

El pasaje de Ulpiano en su comentario al título 28 del edicto, D. 13, 6, 3, 2, debe

<sup>362</sup> Se trata de una acción de carácter recuperatorio, anual, subsidiaria y que comportaba infamia, que el capítulo XIV <<*de Off.*>> de Cicerón reconduce su origen a Aquilio Galo, quien fue pretor en el año 66 a. C. Cfr. LENEL, O., *Das Edictum perpetuum*, op. cit., § 40, p. 92. Vid. JÖRS, P.-KUNKEL, W., *Derecho Privado Romano*, Traducción de Prieto Castro, Barcelona. Editorial Labor, 1937, § 160, 1, p.369 y s.; CALCAGNO- REZEK, *Actio doli, Acción penal del delito pretorio, Revista jurídica electrónica, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina*, año I, n° 2.

<sup>363</sup> Cfr. el fragmento *Ulp.* 11 *ed.*, D. 50, 17, 116, pr., conforme al cual: "*Nihil consensui tam contrarium est, qui ac bonae fidei iudicia sustinet, quam vis atque metus: quem comprobare contra bonos mores est*". "Nada es tan contrario al consentimiento en que se fundan los juicios de buena fe como la violencia y la intimidación, <que son> moralmente inadmisibles".

<sup>364</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos, Revista General de Derecho Romano*, 15, 2010, p. 3, nos señala que "sería bueno deslindar entre aquellos juicios de buena fe correspondientes a figuras jurídicas de la comunidad política romana, como la fiducia o la tutela, en las que el "*ius*", los "*mores maiorum*" o la labor creadora de la jurisprudencia, habrían cumplido un significativo papel, y aquellas otras instituciones propias del tráfico comercial, interno o internacional, terrestre o marítimo, como la compraventa, "*emptio-venditio*", consensual, que es el "*negotium ex fide bona contractu*" por excelencia, con carácter general, las obligaciones "*consensu contractae*" en época clásica, que se habrían configurado en sus orígenes como negocios de "*ius gentium*", sancionados en el seno del Tribunal del Pretor Peregrino."

entenderse en el sentido de que los hechos, en la acción de derecho estricto, han de aducirse ante el pretor, en el momento de la redacción de la fórmula que va someterse a juicio o arbitraje; en cambio, en los juicios de buena fe, podrán alegarse ante el juez cuantos argumentos y hechos se solicite que sean tenidos en cuenta en relación con la relación contractual que se ventila. Nos dice que, en esta acción, a semejanza de otras acciones de buena fe, se admiten el juramento de litigio estimado y se atiende al *valor de la cosa en el momento del juicio, aunque en las acciones de derecho estricto, se atiende al momento de la litiscontestación*". La distinción es semejante a la que describe Gayo en las Instituciones acerca de la acción de reclamación del banquero, obligado a efectuar la compensación en la "*intentio*", que hemos visto que se clasifica por LENEL entre las acciones de derecho estricto, y el "descuento", que debe producirse en acción general de reclamación de cosas depositadas, como ya hemos comentado en el capítulo III del presente trabajo<sup>365</sup>. Según el razonamiento seguido, el "descuento", que puede serlo de cosas, derechos o reclamaciones heterogéneas, describe la mecánica propia de las acciones de buena fe.

La reclamación del depositario no solo comprende los gastos efectuados en la cosa misma, que son los que propiamente han venido a llamarse "gastos refaccionarios", sino también los necesarios para la ejecución del encargo. Este es el caso tanto en las acciones que son susceptibles de considerarse como de derecho estricto, como de forma clara e inequívoca, en las acciones de buena fe<sup>366</sup>. Veremos esto último centrándonos de nuevo fundamentalmente en fragmentos del contrato de mandato<sup>367</sup>. Resulta difícil encontrar diferencias con relación a los gastos en los casos de acciones que pudieramos identificar como de buena fe y los casos susceptibles de haberse contemplado en situaciones de derecho estricto. La diferencia entre ambas, no obstante, podría estribar en el hecho de admitirse en las acciones de buena fe no solo la reclamación de los gastos efectivamente efectuados, sino también la de los beneficios que probadamente se hubieran podido obtener, o "lucro cesante".

---

<sup>365</sup> Cfr. *Gai Inst.*, IV, 68, que recordamos en esta sede, según el cual: "Por lo demás, el cálculo de la compensación se pone en la pretensión, por lo que si el banquero, hecha la compensación, pide una moneda de más de las debidas, decae de la causa, y, por eso, pierde el pleito. El descuento, en cambio, se pone en la condenación, lugar donde el que pide de más no corre riesgo. Esto si demanda el comprador de los bienes, el cual, aunque se trate de una cantidad cierta de dinero, redacta la condenación con cantidad incierta."

<sup>366</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos*, *Revista General de Derecho Romano*, 15, 2010, p. 22 y ss., reflexiona acerca del posible significado distinto del término "*arbitro*" (de origen fenicio, como nos dice anteriormente, a partir de la raíz "*rbn*", y que hace referencia a una "garantía"), y el término "juez". Destaca que Cicerón, en su alegato "*Pro Roscio*", 4, 11, con el aserto de que "*aliud est iudicium, aliud est arbitrium. Iudicium est pecuniae certa, arbitrum, incertae*", aclara que el árbitro se designa en caso de reclamación de una deuda o de un "*incertum*", con el cometido de resolver en equidad, si bien, nos dice que pudiera ser que el designado por ley hubiera de resolver según Derecho. Explica que el origen de los "*arbitrajes*" en Roma, se atribuye al jurista "*Sextus Aelius*" Paetus Catus, Cónsul en el año 198 a. de C., y a Druso, Cónsul en el año 144 a. de C., y que supone una mayor flexibilidad y valoración de la conducta mantenida.

<sup>367</sup> GONZALEZ-PALENZUELA, *Las impensas...*, op. cit. p. 101.

Contra ponemos dos ejemplos contradictorios en cuanto a la concesión del lucro cesante:

Se rechazan en un caso del título 38 del Digesto, relativo a los servicios que han contraído los libertos en consideración a su manumisión:

- *Alf. 7 dig.*, D.38,1,26,1;

*"Item rogavi, si has operas liberti dare nollent, quanti oporteret aestimari. Respondit, quantum ex illorum operis fructus, non quantum ex incommodo dando illis, si prohiberet eos medicinam facere, commodi patronus consecuturus esset."*

"También pregunté en cuánto debía valorarse estos servicios si los libertos no los quieren prestar. Respondió que en tanto cuanto podría conseguir el patrono con sus servicios, y no en la ventaja del patrono por la pérdida que les causaría el impedirles ejercer la medicina."

En cambio, respecto del contrato de sociedad, encontramos el siguiente fragmento, que sí parece prever que hay que considerar no solo el gasto hecho sino también el lucro cesante:

- *Paul. 6 Sab.*, D. 17, 2, 18, pr.

*"., Si servus societatem coierit, non sufficiet, si iubeatur a domino servus abire a societate, sed socio renuntiandum est"*.

"El árbitro de la acción de socio debe mirar a las garantías respecto al daño futuro o al lucro futuro de la sociedad. Lo cal estimó Sabino en todas las acciones de buena fe, como la acción de socio, de gestión de negocios o de tutela, y también las especiales, como la de mandato, comodato y depósito."

Por lo demás, no se aprecian diferencias con relación a gastos de transporte, reintegro de gastos refaccionarios en tanto hayan sido contraídos en interés exclusivo de la contraparte, entre las acciones "*in factum*" y las acciones "*in ius*":

- *Ulp. 31 ed.*, D. 17,1, 10, 9:

*"Idem Labeo ait et verum est reputationes quoque hoc iudicium admittere et, sicuti fructus cogitur restituere is qui procurat, ita sumptum, quem in fructus percipiendos fecit, deducere eum oportet: sed et si ad vecturas suas, dum excurrit in praedia, sumptum fecit, puto hos quoque sumptus reputare eum oportere, nisi si salariarius fuit et hoc convenit, ut sumptus de suo faceret ad haec itinera, hoc est de salario"*.

"Así también, si hizo gastos de transporte al recorrer los predios, creo que debe ponerlos también en cuenta salvo que fuese asalariado y se conviniese que se hicieran a su costa estos gastos de viaje, es decir, a costa del salario."

- Ulp. 31 ed., D. 17, 1, 16:

*"Si quis mihi mandaverit in meo aliquid facere et fecero, quaesitum est, an sit mandati actio. Et ait Celsus libro septimo digestorum hoc respondisse se, cum Aurelius Quietus hospiti suo medico mandasse diceretur, ut in hortis eius quos Ravennae habebat, in quos omnibus annis secedere solebat, sphaeristerium et hypocausta et quaedam ipsius valetudini apta sua impensa faceret: deducto igitur, quanto sua aedificia pretiosiora fecisset, quod amplius impendisset posse eum mandati iudicio persequi".*

"En el caso de Aurelio Quieto, que se dice haber mandado a su médico la construcción a su costa de un juego de pelota, un baño caliente y otras cosas convenientes para su propia salud, en una finca que su médico tenía en Rávena, (...) dice Celso 7 dig., haber dado la respuesta de que se debía deducir todo lo que había aumentado el valor de la construcción, pero que podía reclamarse por la acción de mandato lo que hubiese gastado de más."

El fragmento de Pomponio en su comentario a Plaucio, D. 46,3, 66, confronta el enriquecimiento con la "actio utilis" y señala ser enriquecimiento el haberse liberado de una deuda.

- Gai 7 ed. prov., D. 6, 1, 28:

*"Forte quod pictorem aut librarium docueris. Dicitur non aliter officio iudicis aestimationem haberi posse, ...".*

"... lo que puedes haber enseñado al esclavo pintor o copista de libros, se entiende que no puede estimarse más que por ministerio del juez. ..."

- Mod. 8 diff, Gai, D. 6, 1, 32:

*"Quod si artificem fecerit, post vicensimum quintum annum eius, qui artificium consecutus est, impensae factae poterunt pensari".*

"Al haberle enseñado un oficio, una vez que hubiese cumplido 25 años el que lo aprendió, pueden compensarse los gastos hechos <con los frutos conseguidos>".

Y en matices de tiempo y espacio que son susceptibles de influir en la valoración:

-No se excluye el devengo de intereses de las cantidades anticipadas por el depositario o mandatario. HERRERA BRAVO<sup>368</sup> constata la concesión de intereses por motivos de equidad, al objeto de restablecer el equilibrio económico alterado por un hecho de por sí lícito, como el caso del pago de los gastos con dinero propio por cuenta de los intereses de otro: Paul 32 ed., D. 17, 2, 67, 2:

<sup>368</sup> Vid. HERRERA BRAVO, R., "Usurae", problemática jurídica de los intereses en Derecho Romano, Jaén, 1997, p. 105 y 106.



*"Si quid unus ex sociis necessario de suo impendit in communi negotio: iudicio societatis servabit et usuras, si forte mutuatus sub usuris dedit: sed et si suam pecuniam dedit, non sine causa dicetur, quod usuras quoque percipere debeat, quas possit habere, si alii mutuum dedisset."*

" Si alguno de los socios tuvo necesidad de gastar en un negocio común algo de lo suyo, lo recuperará por el juicio de sociedad, y los intereses también, si acaso dio una cantidad que había recibido en préstamo a interés. Pero también si dio dinero suyo, se dirá con razón que puede igualmente percibir los intereses que podría tener si lo hubiese dado en préstamo a otra persona. "

y en el fragmento *Ulp. 31 ed.*, D. 17, 1, 12, 9:

*"... Nec tantum id quod impendi, verum usuras quoque consequar. Usuras autem non tantum ex mora esse admittendas, verum iudicem aestimare debere, si exegit a debitore suo quis et solvit, cum uberrimas usuras consequeretur, aequissimum enim erit rationem eius rei haberi: aut si ipse mutuatus gravibus usuris solvit. Sed et si reum usuris non relevavit, ipsi autem et usurae absunt, vel si minoribus relevavit, ipse autem maioribus faenus accepit, ut fidem suam liberaret, non dubito debere eum mandati iudicio et usuras consequi. Et (ut est constitutum) totum hoc ex aequo et bono iudex arbitrabitur ..."*

" ... No solamente deberé conseguir lo que haya gastado, sino también los intereses. Los intereses han de ser abonados no solo desde la mora, sino que el juez debe tener en cuenta si el mandatario para pagar cobró de un deudor suyo, del que hubiera podido conseguir intereses elevados ... , también, si el mismo, para pagar, tomó en préstamo con gravosos intereses. Pero también si no liberó al deudor del pago de intereses pero él mismo dejó de percibirlos o bien si le liberó de intereses menores, pero él mismo tomó en préstamo con intereses superiores, para liberarse de su fianza, no dudo que deberá conseguir con la acción de mandato esos intereses que él dejó de cobrar o la diferencia de los que pagó. Como está establecido todo esto lo determinará el juez según la equidad."

*Pap. 4 resp.*, D. 17, 1, 59, 5:

*"... Paulus respondit mandati obligationem perpetuam esse, licet in mandato adiectum videatur indemnem rationem tuam me esse ex causa mandati in eum diem, quoad vixerit blaesius severus, praestaturum."*

"... Paulo respondió que la obligación de mandato es perpetua, aunque en el mandato se diga que responderé de la indemnidad de tu cuenta en tanto viva Blesio Severo."

La acción es susceptible de transmisión, *Paul. 32 ed.*, D. 17, 1, 22, 4:

*"Iulianus scripsit mandati obligationem consistere etiam in rem eius qui mandatum suscipit ex eo maxime probari, quod, si pluribus heredibus vendentibus uni mandavero, ut rem hereditariam emeret, etiam pro ea parte, qua heres sit, obligatur mandati actione et obligat: et sane si ille propter hoc*

*extraneo rem non addixerit, quod mandatum susceperat, ex bona fide esse praestare ei pretium, quanti vendere poterat: et contra si emptor ad emptionem rei sibi necessariae idcirco non accesserat, quod heredi praecepisset se ei empturum, aequissimum esse mandati iudicio praestare quanti eius interfuit emptam rem habere".*

"Escribió Juliano que una clara prueba de que la acción de mandato subsiste también respecto a cosa que es del mandatario tenemos en el supuesto de que hubiese mandado yo que comprase una cosa hereditaria a uno de los herederos que la vendían, pues queda obligado y obliga por la acción de mandato incluso en la parte en que es heredero. ...".

Para la fase litigiosa exhibitoria, ha de tenerse en cuenta el fragmento *Ulp. 24 pr.*, D. 10, 4, 11:

*"Sed et si hereditas amissa sit ob hoc, quod servus non exhibeatur, aequissimum est aestimari officio iudicis damnum hereditatis.*

*1. Quo autem loco exhiberi rem oporteat vel cuius sumptibus, videamus. Et Labeo ait ibi exhibendum, ubi fuerit cum lis contestaretur, periculo et impendiis actoris perferendam perducendamve eo loci ubi actum sit. Pascere plane servum vestire curare possessorem oportere ait. Ego autem arbitror interdum etiam haec actorem agnoscere oportere, si forte ipse servus ex operis vel artificio suo solebat se exhibere, nunc vero cogitur vacare. Proinde et si apud officium fuerit depositus exhibendus, cibaria debet agnoscere qui exhiberi desideravit, si non solebat possessor servum pascere: nam si solebat, sicuti pascit, ita et cibaria potest non recusare. Interdum tamen eo loci exhibere debet suis sumptibus, si forte proponas data opera eum in locum abditum res contulisse, ut actori incommodior esset exhibitio: nam in hunc casum suis sumptibus et periculo debet exhibere in eum locum ubi agatur, ne ei calliditas sua prosit."*

*2. Si de pluribus rebus quis conveniatur et litis contestatae tempore omnes possedit, licet postea quasdam desierit quamvis sine dolo malo possidere, damnandum, nisi exhibeat eas quas potest."*

El fragmento reproducido determina qué parte ha de correr con los gastos de mantenimiento de la cosa o del esclavo exhibido durante la tramitación del litigio, según las opiniones de Labeón. Podemos añadir el aserto relativo a los gastos de desplazamiento, previsto en el fragmento de Pomponio, *22 ad Sab.*, D. 16, 3, 12, 1:

*"Depositum eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo eius est, apud quem depositum est: ubi vero depositum est, nihil interest. Eadem dicenda sunt communiter et in omnibus bonae fidei iudiciis. Sed dicendum est, si velit actor suis impensis suoque periculo perferri rem Romam, ut audiendus sit, quoniam et in ad exhibendum actione id servatur."*

Según el fragmento transcrito, " ... se ha de decir que, si quiere el demandante que por su cuenta y riesgo se lleve a Roma la cosa, debe ser oído, porque también se observa ésto en la (acción) exhibitoria...<sup>369</sup>". El fragmento de Paulo *22 ed. D 9, 2, 23,*

<sup>369</sup> El BGB, Código civil alemán, prevé la acción exhibitoria en el § 811, precisamente, antes de las

10, nos dice que: "*haec actio adversus confitentem competit in simplum, adversus negantem in duplum*", o sea, "esta acción compete al simple contra el que confiesa y al duplo contra el que niega". Como ya expusimos, WITTMANN considera que el ejercicio de la acción exhibitoria constituía un medio abreviado de comprobación de la concurrencia de dolo del depositario<sup>370</sup>. También se ha visto en la previsión del duplo una forma de comprender el valor patrimonial que debe ser indemnizado y una sanción por incumplimiento. En cualquier caso, no parece que se excluya el derecho al reintegro de gastos al depositario condenado a la restitución simple o aún al duplo por haber negado la recepción de la cosa. El derecho al reintegro de gastos generados, no obstante la pérdida de la cosa, podemos verlo reconocido en el caso de la prenda que se pierde sin culpa del acreedor, en que no obstante se le concede la acción contraria para reintegrarse de los legítimamente efectuados. Transcribimos las siguientes sentencias de Paulo 32 *ed.*, D. 17, 1, 26, 8:

*"Faber mandatu amici sui emit servum decem et fabricam docuit, deinde vendidit eum viginti ... sed si iussu mandatoris eum docuerit, contra fore: tunc enim et mercedes et cibaria consecuturum..."*

"Un artesano, por mandato de un amigo suyo, compró un esclavo en diez mil sestercios y le enseñó el oficio, luego lo vendió por veinte mil sestercios, cantidad que fue obligado a devolver por la acción de mandato; (...) si lo hubiese instruido por orden del mandante, (...) habría de conseguir un salario y el importe de la alimentación, salvo que fuese rogado para que le enseñase gratis".

Y un caso en materia de dote, que puede ser fortuito, así resulta del fragmento de Paulo, 36 *ed.*, D. 25, 1, 4, conforme al cual:

*"Et in totum id videtur necessariis impensis contineri, quod si a marito omissum sit, iudex tanti eum damnabit, quanti mulieris interfuerit eas impensas fieri. Sed hoc differt, quod factarum ratio habetur, etsi res male gesta est, non factarum ita, si ob id res male gesta est: itaque si fulserit insulam ruentem eaque exusta sit, impensas consequitur, si non fecerit, deusta ea nihil praestabit".*

"... si el marido hubiese reparado una casa de viviendas que amenazaba ruina y luego se hubiese incendiado, el marido conseguirá las impensas, <pero> si no las hubiese hecho, al incendiarse, no debe indemnizar nada por no haberlas hecho". No es nuestro objetivo estudiar las obligaciones del marido respecto de la dote que permiten examinar este pasaje, ni el efecto liberatorio del caso sobrevenido no imputable, sino solo destacar el hecho de que se le otorga el derecho a reintegrarse de los gastos hechos que parecieron objetivamente ajustados al interés de su esposa, aunque después se pierda el objeto en el que se ha invertido por causa no imputable al mismo.

---

"*conditiones*", si bien se imponen siempre al que solicita la exhibición los gastos.

<sup>370</sup> Vid. WITTMANN, R. *Das Entwicklungssystem der klassischen Injurienklage*, ZSS 91, 1974, p. 285-359, p. 287, "*Der Lehre von typisierten Dolus geht es vielmehr darum zu zeigen dass es in typischen Fällen zur Feststellung des dolus ein abgekürztes Verfahren gegeben hat*" (la "*actio ad exhibendum*").

Y, sin ánimo exhaustivo, en el caso de prenda recogido en el fragmento de Pomponio 35 Sab., D. 13, 7, 8 pr.:

*"Si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum, quem pignoris causa acceperim, non tantum retentionem, sed etiam contrariam pigneraticiam actionem habebō: finge enim medicis, cum aegrotaret servus, dedisse me pecuniam et eum decessisse, item insulam fulsisse vel refecisse et postea deustam esse, nec habere quod possem retinere".*

"Si yo hubiese hecho impensas necesarias en el esclavo o en el fundo que había recibido a causa de prenda tendré no solo la retención, sino también la acción contraria pigneraticia. Supongamos que por enfermedad del esclavo había dado una cantidad a los médicos y que el esclavo había muerto, o también que apuntalé o reparé la casa, y luego se incendió, y no tenía nada que retener."

O en el caso de un arrendamiento de transporte marítimo:

*Scaev. 7 dig., D.19,2,61,1:*

*"Navem conduxit, ut de provincia Cyrenensi Aquileiam navigaret olei metretis tribus milibus impositis et frumenti modiis octo milibus certa mercede: sed evenit, ut onerata navis in ipsa provincia novem mensibus retineretur et onus impositum commisso tolleretur. Quaesitum est, an vecturas quas convenit a conductore secundum locationem exigere navis possit. Respondit secundum ea quae proponerentur posse".*

"Uno tomó en arriendo una nave por cierto alquiler para navegar desde la provincia de Cirene a Aquileya, cargada con tres mil metretas de aceite y ocho mil modios de trigo; pero ocurrió que la nave cargada fue retenida ocho meses en la misma provincia y se retiró su carga confiscada. Se pregunta si el patrón de la nave podía exigir del arrendatario los portes convenidos, Respondió que, según lo expuesto, podía."

En el caso de la liquidación del estado posesorio (sin contrato), podemos apreciar el caso reproducido en el fragmento de Paulo 21 ed., D. 6,1, 27, 5:

*"In rem petitam si possessor ante litem contestatam sumptus fecit, per doli mali exceptionem ratio eorum haberi debet, si perseveret actor petere rem suam non redditis sumptibus. Idem est etiam, si noxali iudicio servum defendit et damnatus praestitit pecuniam, aut in area quae fuit petitoris per errorem insulam aedificavit: nisi tamen paratus sit petitor pati tollere eum aedificium. Quod et in area uxori donata per iudicem, qui de dote cognoscit, faciendum dixerunt. Sed si puerum meum, cum possideres, erudisses, non idem observandum proculus existimat, quia neque carere servo meo debeam nec potest remedium idem adhiberi, quod in area diximus".*

"Si antes de la litiscontestación el poseedor hizo gastos en la cosa pedida, deben tenerse en cuenta en virtud de la excepción de dolo, si el actor persevera en pedir su

cosa sin el reintegro de gastos. Otro tanto ocurre, si el que defendió al esclavo en juicio noxal y habiendo sido condenado pagó la cantidad, o, si por error, edificó una casa en solar que fue del demandante, a no ser que éste estuviera dispuesto a consentir la demolición del edificio. Lo que también entendieron que debía hacerse por el juez que conoce el juicio de restitución de la dote, respecto del solar donado a la mujer".

## **B.- Algunas notas de derecho comparado al apartado III.**

En el derecho actual, existen determinadas restricciones de precios, tales como las actividades sujetas a tarifas oficiales en defensa del interés público, así podemos citar el sector del transporte de pasajeros, y, en su caso, de mercancías, La Ley de Ordenación de Transportes Terrestres 16/87, de 30 de julio, varias veces revisada, prevé, en su artículo 18, la libre fijación de precios de los transportes discrecionales de viajeros y mercancías, y de sus actividades auxiliares y complementarias, pero sí establece la intervención de transportes de servicio público en sus artículos 19-23, y que, en cualquier caso, las tarifas deberán cubrir la totalidad de los costes de explotación en las condiciones señaladas en correspondiente contrato de gestión de servicio público, una adecuada amortización de activos y que permitirán un razonable beneficio de explotación. Los arts. 101 y 104 de la Ley de Navegación aérea, 48/1960, de 21 de julio, que establecen la previa aprobación de las tarifas de transporte por el Ministerio del Aire, o determinadas comisiones de banca, como la previsión de la Circular 3/2016 de 20 de abril de la CNMV, de BOE de 30 de abril de 2016, N° 104, 4142, pp. 28975 y ss., modificativa de la Circular 7/2011, de 12 de diciembre, actualmente revisada, sobre el folleto informativo de tarifas y el contenido de los contratos-tipo, estableció comisiones máximas para el traspaso de valores, proporcionales con la calidad del servicio prestado, al constatar que las que se venían comunicando actuaban de obstáculo y distorsión de la competencia. Hay también un incipiente control de determinadas comisiones bancarias<sup>371</sup>.

<sup>371</sup> Vid. UNIÓN DE CONSUMIDORES (Uco) y CUÑAT EDO, V., *Jornadas de análisis y control de las Comisiones Bancarias*, Valencia, 16 de septiembre de 2014. <[www.123consumidores.com](http://www.123consumidores.com)> p. 4 Concepto: "Son las cantidades que las entidades de crédito cobran en compensación por sus servicios, lo que pueden hacer por tarifa plana o por unidad y concepto."

Los principios de las mismas es que son libremente establecidas, deben corresponder a servicios efectivamente solicitados y aceptados y debe informarse personal y anticipadamente del coste del servicio. Las modificaciones deben ser comunicadas personalmente con una anticipación mínima de dos meses, dando opción a resolver el contrato. Los servicios han de corresponder a gastos efectivos. Si bien, el Reglamento CE 924/2009, establece la igualdad de las comisiones bancarias por transacciones nacionales y en el Espacio Económico Europeo. La Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, establece criterios de razonabilidad en su artículo 19.

Artículo 17. Ámbito de aplicación.

1. El presente Título se aplicará a las operaciones de pago singulares, a los contratos marco y a las operaciones de pago afectadas por dichos contratos. 2. Cuando el usuario del servicio de pago no sea un consumidor, las partes en las operaciones y contratos mencionados en el apartado anterior podrán acordar que no se aplique, en todo o en parte, este Título y sus disposiciones de desarrollo."

Podemos completar este comentario con algunas decisiones jurisprudenciales:

Los servicios han de corresponder a gastos efectivamente generados. (SAP de Ciudad Real de 24 de marzo de 2014) La Sentencia Audiencia Provincial 9ª de Valencia, de 26 de abril de 2000, anula la repercusión de comisiones por devolución de efectos descontados sin pacto de cobertura; la SAP Secc. 9ª de Valencia, de 12 de marzo de 2014, rec. 88/2014, procedente del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia declara la nulidad de cláusulas en préstamos hipotecarios, en base al Art. 82

Los seguros no permiten el lucro, sino que contienen la regla de que la indemnización no puede exceder del daño efectivamente sufrido, dado su carácter puramente indemnizatorio<sup>372</sup>,

La libertad o limitación de precios en España viene sometida a las decisiones Europeas relativas a la competencia y mercado interior. Se ha resuelto sobre algunos sectores, tratando de fijar un criterio, todavía en vías de definición, acerca de los casos y sectores susceptibles de ser intervenidos.

En el ámbito comunitario Europeo, la cuestión de la normatividad del precio de los contratos de servicios se ha planteado en cuanto a los baremos de los servicios profesionales de los Abogados<sup>373</sup>, que venían estableciéndose por los Colegios Profesionales, concretamente, se examinó el caso italiano en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de febrero de 2002 y la Sentencia de la Gran Sala de 5 de diciembre de 2006, trasunto del cual fueron, entre otros, el Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2011, recurso 868/2004, y otro de la Sala de lo Contencioso-Administrativa, Sección 3ª, de 19 de julio de 2011, recurso de casación 3337/2007. Es de destacar que la cuestión de las limitaciones o control de la retribución de los profesionales jurídicos ya se planteó en la antigüedad clásica<sup>374</sup>.

TRLCU; añadimos la STS del Pleno de la Sala 1ª, de 23/12/2015, 705/2015, anula repercusión de gastos al consumidor de los de la escritura y la inscripción de la hipoteca. Cfr. ALFARO ÁGUILA REAL, J., quien en su blog [derechomercantilespaña.blogspot.com](http://derechomercantilespaña.blogspot.com), nos comenta la STJUE de 7 de febrero de 2018, As. C-304/16, que delimita el ámbito de aplicación del reglamento 2015/751 de la UE, que limita las comisiones máximas que pueden repercutirse por tasas de intercambio en sistemas de tarjetas de pago. Respecto de la libertad de empresa del art. 52 apdo. 1 de la Carta se argumenta que no es incompatible con la regulación, siempre que se haga por ley, se respete su contenido esencial, las limitaciones que sean necesarias y que responda realmente a intereses u objetivos de interés general reconocidos por la Unión Europea, o a la protección de los derechos y libertades de los demás las Sentencias de 6 de septiembre de 2012, *Deutsches Weintor* (C-544/10 EU:C:2012: 526) apartado 54, y de 17 de diciembre de 2015, *Neptune Distribution* (C-157/14, EU:C: 2013, 823) apartados 66 y 68.

<sup>372</sup> Cfr., p. ej., el artículo 398 de la Ley 14/14 de Navegación Marítima.

<sup>373</sup> Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, A., CREMADES LÓPEZ DE TERUEL, F., ROMERO PÉREZ, M. M., CASTILLO MARTÍNEZ, C., O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Costas y gastos procesales, Cuando el Tribunal Supremo miró a Europa*, Valencia, 2014.

<sup>374</sup> Vid. AGUDO RUÍZ, A., *Abogacía y abogados, Un estudio histórico-jurídico*, Logroño-Zaragoza, 1997, en recensión de VARELA GIL, C., *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2, 2000, p. 412, recoge los intentos de prohibir a los abogados tomar dinero a préstamo o aceptar donaciones por la defensa de un litigio, en el año 204 d. C., lo cual solo tuvo un éxito relativo, y los cambios introducidos por el Senadoconsulto Claudiano, del año 47 d.C., que declara compatibles abogacía y onerosidad, aunque limitado a un máximo de diez mil sextercios por cada causa, si bien el recurso a pagos anticipados y la cuantía siguieron siendo fuente de polémica y así lo evidencia el fragmento *Ulp. 8 de omn. trip.*, D. 50, 13, 1, 10: "*In honorariis advocatorum ita versari iudex debet, ut pro modo litis proque advocati facundia et fori consuetudine et iudicii, in quo erat acturus, aestimationem adhibeat, dummodo licitum honorarium quantitas non egrediatur: ita enim rescripto imperatoris nostri et patris eius continetur. Verba rescripti ita se habent: "Si Iulius Maternus, quem patronum causae tuae esse voluisti, fidem susceptam exhibere paratus est, eam dumtaxat pecuniam, quae modum legitimum egressa est, repetere debes"*, y la tradicional prohibición del pacto de "*quota litis*", respecto del que hay reticencias por poder comprometer la independencia del abogado, Cfr. C. 4, 35, 22: "*Imperator Anastasius . Per diversas interpellationes ad nos factas comperimus quosdam alienis rebus fortunisque inhiantes cessiones aliis competentium actionum in semet exponi properare hocque modo diversas personas litigiorum,*

Transcribimos los razonamientos jurídicos acogidos por el Auto TS de 3 de mayo de 2011: "No se trata de determinar los honorarios del letrado de la parte favorecida por la condena en costas, ya que su actividad se remunera por la parte a quien defiende y con quien le vincula una relación contractual libremente estipulada, sino la carga que debe soportar el condenado en costas respecto del letrado minutante. Por ello, la minuta incluida en la tasación de costas debe ser razonable dentro de los parámetros de la profesión y no solo calculada de acuerdo con criterios de cuantía, sino adecuada a las circunstancias concurrentes en el pleito, el grado de complejidad del asunto, la fase del proceso en que nos encontramos, los motivos del recurso, el contenido del escrito de impugnación del mismo, la intervención de otros profesionales en la misma posición procesal, y las minutas por ellos presentadas a efectos de la tasación de costas, sin que ... resulte vinculante el preceptivo informe del Colegio de Abogados. (...) "De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de manera excepcional resulta admisible el establecimiento de unos honorarios mínimos como medida adecuada para alcanzar los objetivos de protección de los consumidores, (destinatarios de los servicios) y de buena administración de Justicia, si bien debe ser el Estado (o el Colegio Profesional) quien ejerza la facultad de tomar decisiones para establecer el baremo mínimo de los honorarios de los abogados. (...)<sup>375</sup> En favor de nuestra tesis aboga que, en la Sentencia del TJUE referida, el Tribunal, *vexationibus adficere, cum certum sit pro indubitatis obligationibus eos magis, quibus antea suppetebant, sua vindicare quam ad alios ea transferre velle*". También se instaura un progresivo control público de la actividad de defensa, que pasará a articularse a través de los "*Collegia advocatorum*". Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *El abogado en Roma, Revista General de Derecho Romano*, 24, 2015, con relación a los pactos ilícitos de los abogados, nos recuerda que la disposición del C del año 240, atribuida a Gordiano, 2,6,3 sanciona a los abogados que utilizan un mutuo para asegurarse el cobro de los honorarios en una cantidad superior al límite autorizado, que Constantino, en el año 325, (C. Th. 2, 10, 3) denuncia la exigencia frecuente de honorarios ilícitos acordes a la reputación del abogado; y que Valentiniano y Valiente critican a los abogados cuyo único afán es el lucro. Nos continúa diciendo que se prohíbe el pacto de "*quota litis*", (*Ulp. 31 ed., D. 17, 1, 6, 7*, fragmento que se remite a un rescripto de los hermanos Marco Aurelio y Vero) y la ratificación de la ilicitud de este pacto por los emperadores Septimio Severo y Caracalla, que fija la cuantía lícita en hasta cien áureos por causa, siempre que su devengo se concierte después de terminado el litigio, y que lo prohibido es participar como socio en el asunto. (*Ulp. 8 de omn. trib., D. 50, 13, 1, 12*)

<sup>375</sup> El Código Deontológico de la Abogacía española contiene algunas reglas *Código Deontológico de la Abogacía Española 1*, adaptado al Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio Aprobado en el Pleno de 27 –IX – 2002 y modificado en el Pleno de 10 - XII –2002, prevé: *artículo 15*: Honorarios: El Abogado tiene derecho a percibir retribución u honorarios por su actuación profesional, así como el reintegro de los gastos que se le hayan causado. La cuantía y régimen de los honorarios será libremente convenida entre el cliente y el abogado con respeto a las normas deontológicas y sobre competencia desleal; *artículo 16*.: "*Cuota litis*". Se actualiza el concepto "cuota litis", que nunca fue considerado por la Abogacía incluido en el de honorarios. La "cuota litis", en cuanto asociación y participación con el cliente en el resultado del pleito, pone en riesgo la independencia y la libertad del abogado que deja de ser defensor para convertirse en socio de su cliente en pos de un resultado material, lo que, además de adulterar la función de la defensa, provoca el desamparo o discriminación de los ciudadanos que han de reivindicar derechos de escasa entidad patrimonial o cuya tutela resulta dificultosa. Este precepto se encuentra suspendido de vigencia y eficacia por acuerdo del Pleno del Consejo General de la Abogacía Española de 10 de diciembre de 2002 y acuerdo del Pleno del CGAE de fecha 21 de julio de 2010; *artículo 17*. Provisión de fondos: "El Abogado tiene derecho a solicitar y percibir la entrega de cantidades en concepto de fondos a cuenta de los gastos suplidos, o de sus honorarios, tanto con carácter previo como durante la tramitación del asunto. Su cuantía deberá ser acorde con

después de analizar el ordenamiento jurídico italiano sobre los honorarios se caracterizaba por una flexibilidad que permitía la remuneración correcta de todo tipo de servicios prestados por abogados, pues permitía el aumento de los honorarios hasta el doble de las tarifas máximas, o, incluso, el cuádruple en casos que revistieran una importancia, complejidad o dificultad especiales".

Distinto fue el caso de los aranceles de los procuradores examinado por el Tribunal Constitucional, Sala I, nº 108/2013, de 6 de mayo, en recurso de amparo promovido por el Consejo General de Procuradores de España y otros, respecto de las resoluciones de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, en incidente de tasación de costas. ... Los arts. 242.4 y 242.5 no prevén la posible impugnación por excesivos de los derechos de los profesionales sometidos a arancel. En efecto, los arts. 242.4 y 245.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, disponen que la impugnación podrá basarse en que se han incluido en la tasación partidas, derechos o gastos indebidos. Pero, en cuanto a los honorarios de los abogados, peritos o profesionales no sujetos a arancel también podrá impugnarse la tasación alegando que el importe de dichos honorarios es excesivo. (...) No parece lógica la viabilidad de su modificación o reducción por su relación con otra situación (los honorarios del letrado), situación sobre la que dicho artículo sí reconoce una posibilidad legal de impugnación. (...) El cambio de criterio se sustenta únicamente en una interpretación de lo dispuesto en la DA única del RD 5/2010 (...) De ahí el órgano judicial hace derivar un principio de proporcionalidad, cuando de su lectura se extrae un principio de limitación...."

Sin embargo, la regla general se pretende que ha de ser la de libertad de precios en el mercado para garantizar la libre competencia. Resulta interesante incidir sobre el hecho de que los medios de análisis telemáticos y la información que proporcionan están conduciendo a personalizar los precios a fin de optimizar los rendimientos, de modo que, por ejemplo, el mismo servicio, como puede serlo un billete de vuelo, según el momento y las circunstancias en que se adquiere tiene uno u otro precio. Los resultados de esta tendencia están aún pendientes de ser comprobados. Surgen algunas opiniones que consideran que la asimetría informativa del consumidor adquirente de un producto frente al oferente podría conducir a anular negocios celebrados. En cualquier caso, la singularización de precios en función del cliente sí tiene una más larga trayectoria en el ámbito mercantil. Así KÖLLER<sup>376</sup> examina la evolución en materia de transporte en Alemania, a partir del § 430 tras la reforma del transporte de 25.6.1998. El § 430 impone al transportista de mercancías el deber de indemnizar el "precio de mercado habitual" de las pérdidas, y, en caso de deterioro, y, en su defecto, por el "valor normal" de bienes del mismo género y especie. Para el caso de deterioro, se estará a la diferencia entre el precio de compra del bien deteriorado y el precio habitual de mercado o, en su defecto, el valor normal. El § 85 de la Ordenanza anterior, preveía el precio en bolsa, en su defecto, el precio de mercado, y, a falta de ambos, el "precio habitual" en el lugar de recepción, al tiempo de la entrega. Caso de deterioro, había que considerar la devaluación de las mercaderías. Según el § 35 de la nueva Ordenanza, ha de estarse al importe facturado, en su defecto, el "valor del tiempo." Entre

---

las previsiones del asunto y el importe estimado de los honorarios definitivos. La falta de pago de la provisión autorizará a renunciar o condicionar el inicio de las tareas profesionales, o al cesar en ellas."

<sup>376</sup> Vid. KÖLLER, I., *Der Wertersatz im Transportrecht*, [50 Jahre Bundesgerichtshof : Festgabe aus der Wissenschaft / herausgegeben von Claus-Wilhelm Canaris...\[et al.\]](#), Vol. II, München, 2000, p. 181- 195.



comerciantes y en casos cualificados, también se consideraba -y se sigue haciendo- junto al valor de restitución, el lucro cesante y los daños colaterales. Esta regla todavía la contiene el CC Austriaco ABGB, de 1811, §§ 1323 y ss. (si bien no establecen los parámetros de referencia del precio). Existe una jurisprudencia contradictoria sobre este punto necesitada de esclarecimiento. Se trata del precio medio de las transacciones en un determinado tiempo y lugar desprovisto de circunstancias subjetivas. Es, evidentemente, cuestión de prueba. No obstante, en la práctica, no pueden soslayarse los hechos de que entre comerciantes se tiene en cuenta al cliente para descuentos por volumen de negocios, condiciones basadas en su solvencia y crédito, la marca, También entran en consideración servicios de atención al cliente, almacenamiento e instalaciones que facilitan la actividad, y que hay que contemplar la temporada comercial como factor influyente en el valor de la cosa. Estas circunstancias hacen prácticamente inviable el establecimiento de dicho "precio real de mercado". Sería preciso un sistema de fijación aparatoso y antieconómico. En un caso de 5.11.1919 se trataba de la sustracción de algunos elementos usados del dueño de una vivienda que encarga el traslado de muebles. El Tribunal comienza por establecer que el precio de compra es irrelevante para fijar el valor. Señala que hay que partir del precio en el lugar de un producto del mismo género y calidad. En este caso, pudo tener en cuenta el precio de venta, en productos usados. Ha de estarse, pues, a la condición del perjudicado y los precios para él. La S. del Tribunal Regional de 21.5.1927 acoge igualmente el criterio subjetivo, e incluso considera los beneficios con los que contaba el comerciante demandante para fijar el valor de su indemnización. La primera Sentencia que emitió el Tribunal Federal Alemán sobre esta materia fue la de 4.11.1955. Declaró que la indemnización ha de ser un valor mínimo objetivo, pero tampoco fijó los parámetros que correspondía considerar. Estuvo a los precios de catálogo del proveedor hacia el mayorista. No hubo práctica de prueba acerca de los descuentos aplicables. La .S. de 28.2.1975, estuvo a los precios de compra en un caso de pérdida de revistas que había que reeditar. En cambio, la S. de 27.10.1979 cuando se declara la pérdida total de la mercancía, por pérdida durante el transporte, señala que ha de estarse al precio medio de compra, y que es irrelevante que se efectuaran actividades tendentes a la recuperación de la cosa, cuyos costes también hubieran tenido que indemnizarse. La S. 6.7. 1989 se ocupa del caso de la pérdida de una partida de mantequilla subvencionada destinada a la exportación y declara que en dicho caso, ha de considerarse la factura más el importe de la subvención, en cuya consideración se ha fijado el precio, más en un caso en que había considerable diferencia entre el precio habitual y el de facturación. La S. de 15.10.1992, por su parte, adoptó un criterio de objetivación. Invoca un principio de facilidad de prueba, acogiendo el principio del precio de mercado y exonerando al demandante de probar sus circunstancias particulares, entre las que puede también haber cláusulas penales. Para ello consituye un presupuesto el hecho de que el bien sea directamente comercializable. Con lo que puede concluirse la ausencia de una doctrina uniforme sobre la materia. Con relación al fundamento del criterio del precio medio en el transporte, ha de estarse al § 376 II HGB, que lo fija en facilitar la prueba y el cálculo de la indemnización. Ello no impide al acreedor en la compra eventual y la comercial acreditar un precio más alto. Constituye la nota diferenciadora del contrato de transporte el hecho de permitir excluir daños adicionales, como el lucro cesante de la venta o los daños adicionales. Actualmente, la factura solo genera una presunción -§ 429.3.2 HGB-. Por lo demás, habrá de estarse al § 251 BGB. El autor opina que la función principal de la fijación de una indemnización "objetiva" no es tanto el principio de facilidad de prueba como el de limitar la responsabilidad. Esta función desempeña un papel para la previsibilidad de los daños. En el derecho indemnizatorio inglés, rige el principio de previsibilidad del daño, que se introdujo en 1854 con motivo del caso HADLEY V. BAXENDALE. Se dictó con motivo

de un accidente en el transporte. El remitente regentaba un molino que tuvo que suspender la actividad por avería. El transportista encargado de llevar la pieza de repuesto se retrasó por cinco días, por lo que el molino tuvo que estar inactivo durante este tiempo adicional. El tribunal rechazó una indemnización por lucro cesante por cuanto ese daño no pudo preverse al tiempo de concertar el contrato. Se parte de la evidencia de que el transportista puede tener en cuenta en su gestión el valor de las cosas transportadas, pero no las implicaciones de las circunstancias personales del receptor y del emisor de los efectos transportados en sus previsiones de cautelas, seguros y prevenciones a adoptar, de modo que así también puede establecer protocolos adecuados sin necesidad de efectuar estudios individualizados de los encargos y optimizar, con ello, su gestión. § 408.1.6 HGB y pf. 1 y s. CMR. También ha de reconocerse el objetivo de evitar la traslación del riesgo diferente del propio transporte al transportista.

El autor sí considera que, cuando puede individualizarse el mercado en el que se desenvuelven las partes, resulta adecuado exigir la individualización del cálculo al que ordinariamente opera en el mismo mercado, lo que puede promoverse ventajosamente por la jurisprudencia.

#### **IV. FORMAS DE ESTABLECIMIENTO DE LOS GASTOS.**

##### **A.- Derecho Romano.**

Las fuentes romanas apuntan, a un tratamiento conjunto de las prestaciones restitutorias e indemnizatorias. Resultan ilustrativos una serie de fragmentos jurisprudenciales del Digesto<sup>377</sup>, entre ellos, D. 3, 5, 11 y 16<sup>378</sup>:

*-Ulpianus libro decimo ad edictum, D.,3, 5, 11:*

*"Successori eius, cuius fuerunt negotia, qui apud hostes decessit, haec actio danda erit. 1. Sed si filii familias militis defuncti testamento facto gessi, similiter erit danda actio. 2. Sicut autem in negotiis vivorum gestis sufficit utiliter negotium gestum, ita et in bonis mortuorum, licet diversus exitus sit secutus."*

Y el fragmento de Ulpiano al libro 35 del edicto, D. 3,5, 16 :

*"Eum actum, quem quis in servitute egit, manumissus non cogitur reddere. Plane si quid conexum fuit, ut separari ratio eius quod in servitute gestum est ab eo quod in libertate gessit non possit: constat venire in iudicium vel mandati vel negotiorum gestorum et quod in servitute gestum est. Denique si tempore*

<sup>377</sup> Vid. CAMACHO DE LOS RÍOS, F., *Compensatio lucri cum damno, Estudios Jurídicos "in memoriam" del profesor Alfredo Calonge*, Salamanca, 2002, p. 151 y ss.

<sup>378</sup> Cfr. *Paul. 25 quaest.*, D. 22, 1, 11, 1, relativo a la prelación de los tributos en concurso. *"Quid si servus publicus obligationem usurarum rei publicae adquisiit? Aequum est, quamvis ipso iure usurae rei publicae debeantur, tamen pro defectis nominibus compensationem maiorum usurarum fieri, si non sit parata res publica universorum debitorum fortunam suscipere. Eadem fere in tutoribus Marcellus refert"*.

*servitutis aream emerit et in ea insulam aedificaverit eaque corruerit, deinde manumissus fundum locaverit: sola locatio fundorum in iudicio negotiorum gestorum deducetur; quia ex superioris temporis administratione nihil amplius in iudicio deduci potest quam id, sine quo ratio libertatis tempore administratorum negotiorum expediri non potest.*

*Paul 25 quaest. 1. Quid si servus publicus obligationem usurarum rei publicae adquisiit? Aequum est, quamvis ipso iure usurae rei publicae debeantur, tamen pro defectis nominibus compensationem maiorum usurarum fieri, si non sit parata res publica universorum debitorum fortunam suscipere. Eadem fere in tutoribus Marcellus refert."*

así como los relativos al contrato de sociedad, de los comentarios a Sabino, de Ulpiano y de Paulo, respectivamente, D. 17, 2, 23, 1 y D. 17, 2, 25, a partir de los que " ... conclusivamente, se puede deducir que en las fuentes romanas existió la "compensatio lucri cum damno", considerando el daño solo aquel de carácter patrimonial y por una cuantía diferencial entre los hechos dañosos y los que no lo son. No cabe, por tanto, hablar de compensación cuando las ventajas y los hechos dañosos proceden de una misma acción, aunque ésta sea realizada por el mismo sujeto. De esta manera, el daño y el beneficio deben ser considerados efectos de una misma causa, de aquí que no sea, en realidad, el hecho lesivo el que obliga por sí mismo a la indemnización del daño, sino de la acción de la que deriva dicho acto lesivo <sup>379</sup>."

El arrendatario que recibe una retribución por custodiar alguna cosa, responde por el riesgo de dicha custodia. Así se desprende especialmente de los fragmentos del Digesto del comentario de Ulpiano al Edicto 30, 16, 3, 1, (8) y (9), y D. 16, 3, 1, 35, en conexión con el fragmento de la "locatio-conductio" D. 19, 2, 40, procedente del comentario de Gayo al Edicto Provincial<sup>380</sup>:

*"Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat".*

Por ello, tiene sentido un enjuiciamiento uniforme del conjunto de la gestión, y una evaluación única de la misma, en tanto beneficiosa o no para la persona en cuyo nombre se ha actuado.

Conforme a esta realidad, las previsiones de restitución del depositario se configuraban de diversas maneras, bien separando los elementos de gastos, daños y

<sup>379</sup> Vid. CAMACHO DE LOS RÍOS, F., *Compensatio lucri cum damno*, op. cit., p. 161.

<sup>380</sup> Cfr. Ulp. 30 ed., D. 16, 3, 1, 8: "Si vestimenta servanda balneatori data perierunt, si quidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri et dolum dumtaxat praestare debere puto: quod si accepit, ex conducto. y el fragmento de Ulp. 30 ed., D. 16, 3, 1, 9, "Si quis servum custodiendum coniecerit forte in pistrinum, si quidem merces intervenit custodiae, puto esse actionem adversus pistrinarium ex conducto: si vero mercedem accipiebam ego pro hoc servo, quem in pistrinum accipiebat, ex locato me agere posse: quod si operae eius servi cum custodia pensabantur, quasi genus locati et conducti intervenit, sed quia pecunia non datur, praescriptis verbis datur actio: si vero nihil aliud quam cibaria praestabat nec de operis quicquam convenit, depositi actio est", comentados en el capítulo II, al que nos remitimos.

retribución, bien por fórmulas comprensivas de todos ellos. Podemos diferenciar las siguientes soluciones técnicas:

1.- Demanda de los gastos generados al tiempo de reclamarse la restitución de la cosa depositada. Esta es la estructura propiamente contemplada en la relación de depósito configurada como gratuita, cuyo ámbito hemos centrado en capítulos anteriores en las relaciones de amistad, desinteresadas y en las relaciones familiares a través del peculio, y para las que es probable que no se empleara la fórmula contractual de buena fe, en que la indemnización se centra en el “*id quod interest*”, sino en las acciones “*in factum*” de derecho estricto, en que se contempla el derecho a resarcimiento fundado en el principio “*quanti ea res erit.*” Refiere, asimismo, a aquellas construcciones jurídicas que prevén una retribución diferente de la de un arrendamiento, que no requiere previa determinación. Los fragmentos de las Instituciones de Gayo, III, 142 y 143, la C. 4, 35, 17 de Diocleciano y Máximo y el fragmento de Papiniano D. 17,1, 53, 6 apuntan como diferencia la de la certeza de la fijación previa de la contraprestación, sin lo cual no cabe hablar de arrendamiento, pero sí, al parecer, de depósito, si estamos al fragmento de Papiniano 10 *quaest.* D. 24,1,52 pr., a cuyo tenor: “No es posible contraer un arrendamiento sin precio cierto pero sí un depósito sin estimación”, lo que reconduce a la forma de constitución. En igual sentido, el fragmento de Papiniano, 3 resp., D. 17, 1, 56, 3, = D. 50, 17, 8, nos dice que: “No se puede reclamar *la remuneración prometida* sin determinación, ni por vía extraordinaria ni mediante la acción de mandato, a fin de que se te determine la remuneración<sup>381</sup>.”

---

<sup>381</sup> Vid. ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Madrid, 2000 (Traducción de Antoni Vaquer Aloy), p. 150 y ss. Explica que Justiniano admitió la determinación del precio por un tercero bajo la condición de que, si el tercero no establecía el precio, el contrato resultaba nulo. El derecho romano previó esta consecuencia, entre otros, en el fragmento de Justiniano, C 4,38, 15, 1: “*Quam decedentes censemus, cum huiusmodi conventio super venditione procedat " quanti ille aestimaverit", sub hac condicione stare venditionem, ut, si quidem ipse qui nominatus est pretium definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et pretia persolvi et venditionem ad effectum pervenire, sive in scriptis sive sine scriptis contractus celebretur; scilicet si huiusmodi pactum, cum in scriptis fuerit redactum, secundum nostrae legis definitionem per omnia completum et absolutum sit*”. El autor encuentra manifestaciones de este principio presentes en el derecho actual. Señala que el artículo 14 de la Convención de Viena prevé que no se perfecciona el contrato si falta la determinación del precio. Contradice esta previsión el artículo 55 de la propia Convención de Viena, a cuyo tenor el contrato puede ser válido aunque el precio esté pendiente. Para los juristas alemanes, esta discusión resulta sorprendente, porque la regulación legal correspondiente en los §§ 315-319 BGB está ampliamente acreditada. También el derecho inglés nos dice que ha superado las estrictas exigencias de *certainty*, y las PECL siguen esta línea liberal. El art. 2101 entiende contemplado un “precio razonable” en defecto de determinación. “*reasonable price*”. También cabe que una parte conceda a la otra la determinación del precio, o de otro elemento del contrato, acuerdo que no es obstáculo a la eficacia del contrato. Solo se requiere controlar los posibles abusos si la determinación es manifiestamente inequitativa (“*grossly unreasonable*”), en que entra en su lugar el precio razonable. Con ello, los PECL siguen la regulación del § 315 BGB. El derecho inglés, aparentemente carece de una facultad de reducción semejante, y acepta sin más la determinación unilateral de la prestación, que se puede transferir a una de las partes eficazmente. En cambio, el derecho francés, se escandaliza, puesto que falta la garantía de corrección de los acuerdos sobre el contenido contractual, debiendo evitarse toda clase de influencia unilateral en la configuración del precio.

2.- Reclamar una previa provisión de fondos para desempeñar el depósito o bien el mandato o arrendamiento. En tal caso, los únicos gastos que entrarían en consideración al tiempo de la restitución de la cosa serían las cantidades residuales, o los gastos y daños imprevistos o imprevisibles surgidos<sup>382</sup>. Esta posibilidad entronca con el sistema de contratación de servicios griego a través de arras, que hemos examinado en capítulos anteriores. Al respecto, podemos enumerar los siguientes fragmentos:

- Paul, 4 *resp.*, D. 16,3, 26,1:

*"Accepti et habeo ex causa depositi supra scripta decem milia denarium et faciam omnia et consentio et promisi ita ut supra scriptum est, ---<sup>383</sup>".*

"... Recibí y tengo en mi poder y prometo y consiento que haré cuanto arriba se dijo...";

- y *Scaev.* 1 *resp.*, D. 16,3,28:

*"Simili modo et si usum fructum in servo habeam, si id quod deposuit ex eo peculio fuit quod ad me pertinebat vel res mea fuit, eadem actione agere potero."*

" ... procuraré cuanto antes que no te quede sin invertir ...";

- *Ulp.* 31 *ed.*, D. 17, 1, 12, 8:

<sup>382</sup> Resulta interesante el caso descrito en la obra de Plauto *Asin.* 441 LE *"Dromo mercedem rettulit? LI Dimidius minor opinor LE Quod relicorum? LI Aibat reddere, quom extemplo redditum esset. Nam retineri, ut quod sit sibi operis locatum efficeret."*, en un caso de retención del solicitante del servicio, hasta tanto el trabajo no esté completado. El esclavo Dromo ha concertado un contrato de obra. El presunto responsable pregunta si ya ha satisfecho el importe por los trabajos ya realizados, y le contestan que se retiene dicho importe, hasta que esté completada la totalidad del trabajo encargado, para evitar que quede inacabado.

<sup>383</sup> El fragmento podría estar interpolado, a decir de la doctrina romanística, por el empleo de la expresión *"ex causa depositi"*, no susceptible de fundamentar una *"datio"*. POOL, E. H., matiza las teorías relativas a la expresión de la causa del negocio en su comunicación del LXXIº Congreso *SIDHA*, celebrado en Bolonia y Ravena del 12-17 de Septiembre de 2017, con el tema *Da (giusta) causa a titulus, il "come", "perché", "quando" di un cambiamento terminologico storico. La genuinità del passo Ulpiano D. 5, 3,13,1*, se ocupa de la expresión "título" en el pasaje *Ulp.*, D. 5, 3, 13, 1, y en los fragmentos tardoclásicos de Ulpiano D. 41, 9, 1 y de Hermogeniano D. 29, 4, 30 y D. 41, 3, 46, que interpreta como "posesión cualificada" por contraposición al empleo clásico de la expresión "causa" en tanto referida al negocio que motiva la transmisión como la compraventa o la donación, pero no a esta última, frente a la doctrina dominante, sustentada por autores como TALAMANCA, M., y D'ORS PÉREZ-PEIX, A. El fragmento *Ulp.* 15 *ed.*, D. 5, 3, 13, 1: *"Omnibus etiam titulis hic pro possessore haeret et quasi iniunctus est. Denique et pro emptore titulo haeret: nam si a furioso emero sciens, pro possessore possideo. Item in titulo pro donato quaeritur, an quis pro possessore possideat, ut puta uxor vel maritus: et placet nobis Iuliani sententia pro possessore possidere eum, et ideo petitione hereditatis tenebitur. Item pro dote titulus recipit pro possessore possessionem, ut puta si a minore duodecim annis nupta mihi quasi dotem sciens accepi. Et si legatum mihi solutum est ex falsa causa scienti, utique pro possessore possidebo"*. se refiere no solo a la causa traslativa, sino que también recoge la opinión de Juliano acerca del caso en que se posee "como simple poseedor", como, por ejemplo, el caso del que tiene en concepto de dote.

*"Inde Papinianus quaerit, si patronus praedium quod emerat, pro quo pretii bessem exsolverat, iusserit liberto suo tradi, ut ille residuum pretii redderet, deinde reddito pretio vendenti fundum patrono libertus consenserit, trientis pretium an libertus possit repetere. Et ait, si mandatum suscepit initio libertus, non donatum accepit, contrario iudicio posse eum pretium repetere, quod deductis mercedibus, quas medio tempore percepit, superest: quod si donationem patronus in libertum contulit, videri et postea libertum patrono donas".*

"... puede reclamar el precio que reste, después de deducir la remuneración que percibió en el tiempo intermedio; pero si el patrono hizo donación al liberto, se considera que el liberto también hizo donación al patrono..."

- y la sentencia de Labeón, *post. L. V a Iav. ep.*, D.19.2.60,4:

*"Mandavi tibi, ut executeres, quanti villa aedificare velles: renuntiasti mihi duecentorum milam impensam executere: certa mercede opus tibi locavi, postea comperi no posse minor trecentorum eam villam constare: data autem tibi erant centum, ex quibus cum parte impendisses..."*

"Te mandé que calculases en cuanto querías edificar una casa, y me anunciaste que calculabas los gastos en doscientos mil sestercios. Te di en arriendo la obra por cierto precio y después me enteré que no podía resultar aquella casa en menos de trescientos mil. *Cuando ya te había dado cien mil* y habías gastado parte de ellos, te prohibí hacer la obra ...".

3.- "*Solutio*" por unidad de medida o número:

- Alf. 3 dig., D. 19, 2, 30, 3.:

*"Qui aedem faciendam locaverat, in lege dixerat: "quoad in opus lapidis opus erit, pro lapide et manupretio dominus redemptori in pedes singulos septem dabit": quaesitum est, utrum factum opus an etiam imperfectum metiri oporteret. Respondit etiam imperfectum".*

"El que había dado en arriendo la construcción de una casa, había establecido en una cláusula: <en tanto hubiese en la obra necesidad de piedra, *el dueño dará a cada uno siete mil por cada pie, como precio por la piedra y la mano de obra.*> Se preguntó si deberá medirse también la obra no terminada. Respondió que también la no terminada."

4.- "*Solutio*" a tanto alzado<sup>384</sup>, que se entiende que no dará derecho a ulteriores

<sup>384</sup> Éste es el principio que todavía inspira las previsiones del contrato de obra, por ejemplo, queda especialmente patente en el artículo 1593 del CCE, a cuyo tenor, "El arquitecto o contratista que se encarga por un ajuste alzado de la construcción de un edificio u otra obra en vista de un plano convenido con el propietario del suelo, no puede pedir aumento del precio aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales." Cfr. DE BARRÓN ARNICHES, P., *El contrato de servicios en el nuevo Derecho Contractual Europeo*, Madrid, 2011.p. 61, nota 115, en que reproduce el artículo. 1:115 de los PEL SC ("*Principles of European Law on Service Contracts*") en cuanto a la cancelación o extinción del contrato de servicios: (3) Para determinar la posición en

compensaciones, aunque surjan gastos no contemplados al contratar<sup>385</sup>. En sede de estipulaciones en general, podemos aducir, con REICHARD<sup>386</sup>, los fragmentos de Papiniano, 36 *quaest.*, D. 45, 1, 53 y *Iul. 16 dig.*, D. 45, 1, 119. que, respectivamente, dicen:

*“Stipulationes commodissimum est ita componere, ut, quaecumque specialiter comprehendi possint, contineantur; doli autem clausula ad ea pertineat, quae in praesentia occurrere non possint et ad incertos casus pertinent.”*

*“Doli clausula, quae stipulationibus subicitur, non pertinet ad eas partes*

la que el prestador de servicios debe ser puesto conforme al párrafo (2), hay que tomar en consideración, entre otros aspectos, los siguientes:

- a) Si se hubiera pactado el pago de un precio o remuneración, el prestador del servicio tiene derecho a cobrarlo descontando los gastos que razonablemente se han ahorrado y el beneficio que razonablemente podía haber obtenido con sus capacidades.
- b) Si el pago de los honorarios se hubiera fijado por referencia a una tarifa, el prestador del servicio puede reclamar los honorarios sobre la base de aquella tarifa, en la medida del servicio efectivamente realizado;
- c) si el pago de los honorarios se pactó en función de la regla "pago por resultados", el prestador del servicio tiene derecho al pago tanto de los gastos razonables en que hubiera incurrido en la medida del servicio efectivamente realizado, como del beneficio del que ha sido privado como consecuencia de la resolución unilateral del contrato.

El sistema rige también en la contratación pública actual. Ejemplificativamente, encontramos la regla contenida en el artículo 131.1.a) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que prevé la fijación de un porcentaje en los proyectos de obras sobre el presupuesto de ejecución material, en concepto de gastos generales de la empresa, gastos financieros, cargas fiscales, Impuesto sobre el Valor Añadido excluido, tasas de la Administración legalmente establecidas que incidan sobre el coste de las obras y demás derivadas de las obligaciones del contrato.

<sup>385</sup> Podrían incardinarse en este apartado los contratos celebrados a partir de la oferta pública por exposición de condiciones generales. La acción institoria, que responsabiliza a quien delega en los términos de su delegación, encuentra una norma genérica en Derecho Romano que obliga a exponer los carteles con la condiciones del establecimiento en sitio visible del mismo, a su mantenimiento adecuado, y prevé que estén redactados en la lengua del lugar. Así resulta de los fragmentos de Ulpiano 28 ed., D.14,3,11,3-4: "*Proscribere palam sic accipimus claris litteris, unde de plano recte legi possit, ante tabernam scilicet vel ante eum locum in quo negotiatio exercetur, non in loco remoto, sed in evidenti. Litteris utrum Graecis an Latinis? Puto secundum loci condicionem, ne quis causari possit ignorantiam litterarum. Certe si quis dicat ignorasse se litteras vel non observasse quod propositum erat, cum multi legerent cumque palam esset propositum, non audietur. 4. Proscriptum autem perpetuo esse oportet: ceterum si per id temporis, quo propositum non erat, vel obscurata proscriptio contractum sit, institoria locum habebit. Proinde si dominus quidem mercis proscripsisset, alius autem sustulit aut vetustate vel pluvia vel quo simili contingit, ne proscriptum esset vel non pareret, dicendum eum qui praeposuit teneri. Sed si ipse institor decipiendi mei causa detraxit, dolus ipsius praepONENTI nocere debet, nisi particeps doli fuerit qui contraxit".* "(3) Prohibir públicamente lo entendemos en el sentido de hacerlo en carteles claros donde con facilidad pueda leerse bien, como los que se colocan delante de la tienda o en el lugar donde se ejerce el negocio y no en un lugar escondido, sino en uno visible. ¿deberá estar escrito en griego o en latín? Entiendo que de conformidad a las condiciones de la localidad, para que nadie pueda excusarse con su ignorancia de la escritura. Desde luego, si alguno dijese que no sabía leer o que no se fijó en lo que estaba anunciando, cuando muchos lo leyeron y estuvo expuesto en público, no será oído. (4) Conviene que la prohibición quede expuesta permanentemente, pues si se contrató durante el tiempo en que no estaba expuesta o cuando ya se borró la prohibición, tendrá lugar la

*stipulationis, de quibus nominatim cavetur.”*

así como el pasaje de Ulpiano, 31 *ed.*, D. 17, 1,10, 9:

*“et sicuti fructus cogitur restituere is qui procurat, ita sumtum quem in fructum percipiendos fecit, deducere eum oportet: sed et si ad vecturas suas dum excurrit in praedia, sumptum facti, puto hos quoque sumptus reputare eum oportere...”*

“El mismo Labeón dice y es cierto que esta acción incluye la rendición de cuentas, y así, (...) también, si hizo gastos de transporte al recorrer los predios, creo que debe ponerlos también en cuenta salvo que fuese asalariado y se conviniese que se hicieran a su costa estos gastos de viaje, es decir, a costa del salario.”

y Paulo 32 *ed.*, D. 17,1, 26, 8:

*“Faber mandatu amici sui emit servum decem et fabricam docuit, deinde vendidit eum viginti ... sed si iussu mandatoris eum docuerit, contra fore: tunc enim et mercedes et cibaria consecuturum...”*

“Un artesano, por mandato de un amigo suyo, compró un esclavo en diez mil sestercios y le enseñó el oficio, luego lo vendió por veinte mil sestercios, cantidad que fue obligado a devolver por la acción de mandato; (...) si lo hubiese instruido por orden del mandante, (...) habría de conseguir un salario y el importe de la alimentación, salvo que fuese rogado para que le enseñase gratis.”

---

acción institoria. (...). El empleo de este sistema en los depósitos de almacenes generales queda acreditado en el fragmento de Labeón 5 *post Jav.* D. 19, 2, 60, 6: "*Locator horrei propositum habuit se aurum argentum margaritam non recipere suo periculo: deinde cum sciret has res inferri, passus est. Proinde eum futurum tibi obligatum dixi, ac si propositum fuit, remissum videtur*". Se relata el caso del arrendador de un almacén que tenía establecido no aceptar a su riesgo ni oro, ni plata, ni piedras preciosas, si bien se le condena a responder por haber tolerado la introducción de tales efectos en su establecimiento. Se interpreta que al permitir la introducción de los mismos, ha revocado tácitamente sus restricciones a la custodia de tales bienes.

<sup>386</sup> Vid. REICHARD, I. *Stipulation und Custodiahaftung*, SZZ, 107, 1990, p. 60, nota 63. Vid. WALTER, T., *Die Funktionen der Actio Depositii*, *Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen*, N.F. 65, Berlín, 2012, p. 396-402. Comprueba que en papiros correspondientes a “*parakatekas*” o instituciones de depósito griegas se excluía convencionalmente la acción contraria. Parece tener sentido en el caso de un pacto a tanto alzado previamente pagado, y en el caso de la banca o permiso de uso de las cosas entregadas para su conservación y restitución, en que los gastos correspondientes a la conservación pueden detraerse de los frutos y en que se satisface en todo o en parte el interés del perceptor de la cantidad. Esta última es la función que el autor constata en los papiros P. Lond. II, 298, (M. Chr. 332), del año 124 d. Cr. y el formulario contenido en el papiro Oxy XXXIII 2677, al observar que solo ha encontrado el acuerdo en documentación relativa a obligaciones dinerarias. Si bien, al acostumbrar a llevar aparejada una cláusula penal por retraso en el cumplimiento, especula también con la función de fijación de una fecha de vencimiento, inmediato, sin necesidad de requerimiento.



- Aducimos, también, el fragmento de Ulpiano 31 *ed.*, D. 17, 2, 52, 2, según el cual se dice que:

*"... pretium enim operae artis est velamentum ..."*

“El precio de la obra comprende ya la labor del artífice”.

Tanto el caso del pago a tanto alzado como el caso del pago por unidad de medida u obra, deben considerarse como obligaciones de "*dare*", es decir, como contrato de obra, y no como contrato de servicios o "*facere*", lo que las partes conciertan es una obra acabada, más próxima a la compraventa que al arrendamiento propiamente dicho, según los criterios de sentencias tales como las de *Ulp. 28 Sab.*, D. 19, 1,1, pr., según la cual, conforme a los criterios de buena fe que informan el contrato de compra-venta,

*"Si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur, hoc est quod rem habere interest emptoris: hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet vel empta est"*.

"Si la cosa vendida no se entrega, se demanda en la medida del interés; esto es, en cuanto sea el interés del comprador por tener la cosa, lo que, a veces, excede del precio, si el interés del comprador es superior a lo que vale la cosa o a la cantidad en que ha sido comprada." y el fragmento de Paulo 5 *Sab.*, D. 19, 1, 2, pr., conforme al cual "*...si in emptione modus dictus est et non praestatur, ex empto est actio*", es decir, "*... si en la compra se determinó una medida y esta no se entrega, se da la acción de compra ...*"

Completamos el estudio de estos tipos de contratación con una serie de fragmentos situados en el Libro 38 del Digesto, fundamentalmente, en el título primero, relativos al cómputo de los servicios de los libertos:

La Sentencia introductoria del Título I del Libro 38 del Digesto trata de las relaciones de los libertos con su patrón. El pasaje *Paul. de var. lect.*, D.38,1,1, define los servicios como el trabajo del día:

*"Operae sunt diurnum officium"*.

*Paul. 40 ed.*, D.38.1.18:

*"Suo victu vestituque operas praestare debere libertum sabinus ad edictum praetoris urbani libro quinto scribit: quod si alere se non possit, praestanda ei a patrono alimenta."*

"Escribe Sabino 5 *ed.* que el liberto debe prestar los servicios alimentándose y vistiéndose por su cuenta, pero que si no puede alimentarse él, debe suministrarle alimentos el patrono".

1, *Nerv. 1 resp.*, D.38,1,50, 1:

*"Non solum autem libertum, sed etiam alium quemlibet operas edentem alendum aut satis temporis ad quaestum alimentorum relinquendum et in omnibus tempora ad curam corporis necessariam relinquenda".*

"No solo el liberto, sino cualquier otro que preste servicios, debe ser alimentado o se le debe dejar tiempo suficiente para procurarse el alimento y, en general, algunos ratos libres para la atención necesaria de su tiempo."

*Iav. 6 ex Cass.*, D.38,1, 21,

*"Operae enim loco edi debent ubi patronus moratur, sumptu scilicet et vectura patroni."*

"Los servicios deben prestarse donde reside el patrono, pero éste debe pagar los gastos de traslado. "

5.- En el caso de que se concierte que el prestador del servicio o perceptor de la cosa se pueda servir de ella y de sus utilidades, es constante la previsión de que los gastos corrientes de mantenimiento y de producción, en su caso, corran a cargo de este último y se compensen o descuenten. Esta modalidad corresponde especialmente a las entregas pecuniarias, consideradas préstamo de dinero cuando se hacen en interés del perceptor. Vemos casos donde se prevé la compensación de gastos ordinarios con los frutos<sup>387</sup>, por ejemplo, en los siguientes fragmentos:

- *Gayo ad. Ed. Prov.*, D. 13, 6, 18, 2:

*"Possunt iustae causae intervenire, ex quibus cum eo qui commodasset agi deberet: veluti de impensis in valetudinem servi factis quaeve post fugam requirendi reducendique eius causa factae essent: nam cibariorum impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum accepisset. Sed et id, quod de impensis valetudinis aut fugae diximus, ad maiores impensas pertinere debet: modica enim impendia verius est, ut sicuti cibariorum ad eundem pertineant".*

“Pueden existir justas causas por las que debe demandarse al comodante, por ejemplo, por las impensas hechas en la curación del esclavo o las que se hubiesen hecho con motivo de su fuga, para buscarlo y detenerlo, *porque, en cambio, las impensas de manutención pertenecen como es natural al comodatario*; pero incluso lo dicho acerca de las impensas de su curación y fuga debe referirse a las impensas mayores, pues *las menores es más exacto que pertenezcan al comodatario al igual*

---

<sup>387</sup> En la prenda, el derecho francés histórico diferenció la *mort gage*, en que el acreedor tiene la custodia a modo semejante de un depositario y todas las percepciones son del dueño, y la *vive gage*, en se le confiere la percepción de frutos que el acreedor debía descontar primero de los intereses y, en cuanto al exceso, del capital. Supone el pacto de anticresis, actualmente, bastante en desuso.

que las impensas de manutención. (3) (referido a daños al comodatario irrogados culposamente por el comodante) (4) Y lo que se puede obtener por la acción contraria puede obtenerse también por compensación con la acción directa; pero puede ocurrir que lo que debe conseguir el adversario por contrapartida sea más, o que el juez no opere la compensación, o que no se le demanda para restituir la cosa comodada, por haberse perdido ésta casualmente o haberse restituido sin necesidad de intervención judicial; hemos de decir en estos casos que es necesaria la acción contraria”.

- Ulp. 36 Sab., D. 25, 1, 3, 1:

*"Nos generaliter definiemus multum interesse, ad perpetuam utilitatem agri vel ad eam quae non ad praesentis temporis pertineat, an vero ad praesentis anni fructum: si in praesentis, cum fructibus hoc compensandum: si vero non fuit ad praesens tantum apta erogatio, necessariis impensis computandum".*

"Decimos que, en principio, hay mucha diferencia entre que el gasto sea para utilidad permanente de la finca o no limitado al momento presente, y *que sea para el fruto del año presente; en este último caso, debe compensarse con los frutos, pero si el gasto no fue tan solo para el momento presente, debe tenerse como impensa necesaria.*"

- Ulp. 36 Sab., D. 25, 1, 5, pr.

*"Quod dicitur necessarias impensas dotem minuere, sic erit accipiendum, ut et Pomponius ait, non ut ipsae res corporaliter deminuantur, ut puta fundus vel quodcumque aliud corpus: etenim absurdum est deminutionem corporis fieri propter pecuniam. Ceterum haec res faciet [efficiet] desinere esse fundum dotalem vel partem eius. Manebit igitur maritus in rerum detentationem, donec ei satisfiat: non enim ipso iure corporum, sed dotis fit deminutio. Ubi ergo admittimus deminutionem dotis ipso iure fieri? Ubi non sunt corpora, sed pecunia: nam in pecunia ratio admittit deminutionem fieri. Proinde si aestimata corpora in dotem data sint, ipso iure dos deminuetur per impensas necessarias. Hoc de his impensis dictum est, quae in dotem ipsam factae sint: ceterum si extrinsecus, non imminuent dotem".*

Lo que se dice de que las impensas necesarias disminuyen la dote debe entenderse, aclara Pomponio, *no en el sentido de una disminución corporal*, como si fuera un fundo u otra cosa corporal, pues sería absurdo que una cantidad disminuyera una cosa corporal y haría, por lo demás, que el fundo o parte de él dejara de ser dotal, *sino en el de que el marido pueda retener las cosas dotationales hasta que se le paguen tales impensas*, pues la disminución no afecta de propio derecho a las cosas sino a la dote. ¿Cuándo admitimos, pues, la disminución de la dote de propio derecho? Cuando no hay objetos corporales en la dote sino tan solo dinero, pues conforme a la razón que el dinero pueda disminuirse él mismo. Por lo tanto, si se entregaran en dote bienes corporales con su estimación, la dote se disminuye de propio derecho con las impensas necesarias. Esto que se dice de las impensas vale cuando se han hecho en la misma dote, porque si se hicieron fuera de la dote, no se disminuyen.”

## B.- Algunas notas de derecho comparado al apartado IV.

El artículo 2218 del Código velezano argentino, hoy sustituido por el Código Civil y Comercial de la Nación, de 2014, preveía que " El depositario tiene el derecho de retener la cosa depositada, hasta el entero pago de lo que se le deba por razón del depósito; pero no por el pago de la remuneración que se le hubiese ofrecido, ni por perjuicios que el depósito le hubiese causado, ni por ninguna otra causa extraña al depósito", conteniendo, con ello, una previsión cuando menos sorprendente y sin duda generadora de posibles problemas de aplicación, al prever un trato diferenciado de los gastos generados al depositario, la remuneración que en su caso se le hubiese ofrecido, y los daños que se le hubiesen podido generar, y otorgar una facultad de retener la cosa circunscrita únicamente a los gastos. HUALDE MANSO<sup>388</sup> nos recuerda que el derecho a la retribución del depositario es independiente del derecho a exigir el reembolso de los gastos de conservación y del derecho a la indemnización de los perjuicios. De manera que, en principio, habiendo pacto, la retribución no excluye tales gastos e indemnizaciones. Aunque la indemnización de los perjuicios o daños que el depósito pueda acarrear no plantea dudas siendo el depósito oneroso, los autores se plantean la cuestión del reembolso de los gastos que ocasione el depósito. En efecto, la obligación de reembolsar los gastos de conservación y devolución de la cosa sin duda están justificados siendo el depósito gratuito, pero cuando el depositario recibe a cambio de su prestación de guarda una retribución, no deberán abonarsele- según la mayoría de los autores- los gastos ordinarios. Este criterio parece inspirar también las reglas de establecimiento de la cuantía de la demanda en nuestra LEC, que en el punto 252. 2º separa uno y otro concepto previendo que "si las acciones acumuladas provienen de un mismo título o con una acción principal se piden accesoriamente intereses, frutos, rentas o daños y perjuicios, la cuantía vendrá determinada por la suma del valor total de todas las acciones acumuladas", si bien la práctica jurisprudencial es conocido que procede a compensar culpas y haberes y gastos y daños al resolver sobre la acción unitariamente<sup>389</sup>. VATTIER FUENZALIDA reflexiona sobre la interrelación entre los gastos u obligaciones derivadas de la relación contractual y los daños, en el derecho español y derecho comparado. Aunque contempla el conflicto desde la posición actora, en lo que corresponde es válido para la contrarreclamación del depositario. Nos dice que los preceptos clave, en el Código Civil Español son los artículos 1096, 1182 y 1101. De acuerdo con el primero, si la parte incumple una obligación de dar, el otro contratante puede compelerle a cumplir, independientemente de los derechos de resarcimiento que le otorga el artículo 1101; en el

<sup>388</sup> Vid. HUALDE MANSO, T., *La obligación de custodia en el depósito*, *Revista Jurídica de Navarra*, 12, 1991, ob. cit. p. 107.

<sup>389</sup> Vid. MUÑIZ DÍEZ, A., *Indemnización de daños materiales causados a vehículos en accidentes de circulación*. ob. cit., p. 189, en que señala que para evaluar la producción de un daño, ha de estarse al menoscabo económico sufrido por el acreedor, consistente en la diferencia que existe en la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso. A modo de ejemplo, podemos citar las STS (1ª), de 20 de enero de 2003 y 21 de julio de 2015, que desestiman acciones de responsabilidad contra entidades encargadas de la custodia de capitales, por entender que el cliente era un experto en situación de supervisar la gestión, pero también en contemplación al resultado global de la gestión desempeñada durante todo el tiempo de la relación contractual. Apoya esta forma de proceder el sistema preclusivo del art. 400 y 405 de la LEC.

segundo caso, la obligación se extingue si deviene imposible, sin mora ni culpa del deudor, y, a la vista del últimamente mencionado, cabe la indemnización por incumplimiento, mora o cualquier otra contravención de la obligación. Por ello, se ha dicho que estamos ante pretensiones diferentes. El cumplimiento por equivalente, es objeto de la obligación de cumplimiento, y la indemnización, consecuencia de la lesión del derecho de la contraparte. Si bien, la distinción, como nos dice el autor, no está exenta de problemas: Advierte que la “*perpetuatio obligationis*” tropieza con el escollo casi insalvable de la novación objetiva; la preferencia por el equivalente limita la el “*ius variandi*” del acreedor en la solidaridad pasiva; las garantías de la obligación incumplida deberían extinguirse y no extenderse al resarcimiento de los daños; la prescripción del cumplimiento por equivalente comienza desde que la obligación es exigible y la del daño, desde su producción, y en la práctica es un supuesto de laboratorio el caso de un incumplimiento sin daños. Comprueba que la tradición inglesa contempla conjuntamente los daños y los gastos generados, como todo del incumplimiento de una obligación, que solo se exonera, en principio, cuando su cumplimiento ha quedado imposible por causa no imputable, y que, en esto le sigue la Convención de Viena. A tal respecto, podemos constatar que es también propio de la tradición anglosajona y ajeno a la continental, que en casos indemnizatorios, contempla como referencia el daño efectivamente producidos. El otorgamiento de acciones con una doble intención resarcitoria y sancionatoria se ha materializado en los ordenamientos anglosajones a través de los “*punitive damages*”. Éstos conceden una indemnización mucho mayor al daño verdaderamente producido a la víctima, con una finalidad ejemplarizante y disuasoria. Son especialmente conocidos algunos pronunciamientos de los Tribunales Estadounidenses. El derecho comunitario, recientemente, sí ha incorporado un caso a propósito transposición de la Directiva 2014/104/UE, sobre *reclamación* de daños y perjuicios por infracciones de las normas de la *competencia* que ha dado lugar al Real Decreto Ley 9/2017 en nuestro Derecho. Finalmente, el autor se detiene en el examen de la Reforma del BGB –Código Civil Alemán-de 2001, por la que el § 311.a, pasa a dejar elegir a la parte contractual perjudicada, en caso de un incumplimiento imputable a la contraparte, entre la reclamación de todos los gastos efectuados en consideración al contrato celebrado o la petición de la indemnización en sustitución de la prestación<sup>390</sup>. SCHWARZ expone que, actualmente, el carácter gratuito del depósito es una figura residual, siendo habitual su configuración onerosa, de modo expreso o tácito, en el caso de que el depositario se dedique habitualmente a la prestación de este tipo de servicio, lo que obliga a pactar o fijar las condiciones de la intervención de este último, Generalmente -nos explica- los gastos se encuentran contemplados en el establecimiento de la compensación económica pactada<sup>391</sup>.

<sup>390</sup> Vid. VATTIER FUENZALIDA, C., *Notas sobre el incumplimiento y la responsabilidad contractual*, *Redur* 3/2005, p. 59-68.

<sup>391</sup> Vid. SCHWARTZ, S., en *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, op. cit., Tomo II, p. 1719: "(Verwahrung, allgemein): "c) Pflichten des Hinterlegers. Gemäss der Römischen Tradition gehen noch einige Rechtsordnungen inbde Grundkonstruktion noch con einem unvollkommen zweiseitigen Vertrag aus, bei dem der Hinterleger keine aus dem Synnalagma entstehende Hauptleistungspflicht erhält, jedoch wird die Vereinbarung einer Vergütung mittlerweile ueberall ermöglicht, (oder sogar vermutet), so dass die unentgeltliche Verwahrung in der Wirklichkeit nur eine untergeordnete Rolle spielt. Der Verwahrer tritt regelmässig die Pflicht den für die Dienstleistungs schweigend oder nicht vereinbarten Preis zu entrichten. Dieser wird häufig erst bei der Rückgabe fällig, so dass der Verwahrer vorbehaltlich abweichende Vereinbarungen zur Vorleistung verpflichtet ist. Letzterem wird oft jedoch bei unvollständiger Entgeltzahlung ein Zurückbehaltungsrecht zugestattet (Z.B. Belgien, Deutschland, Frankreich, Luxemburg, Spanien, anders etwa Oesterreich). Der Verwahrer hat die Aufwendungen selbst bei unentgeltlicher Verwahrung zurückzuerstatten soweit diese nicht bereits ausdrücklich vor etwaigen Vergütungen

Podría pensarse con relación al precepto argentino hoy sustituido que, actualmente, los posibles daños susceptibles de reclamación al depositante por el depositario probablemente estén cubiertos por medio de un seguro, y la retribución ofrecida se encuentre garantizada de otro modo o anticipada. También, que el refuerzo del derecho a obtener la retribución acordada con la facultad de retener pudiera producir colisión con las legítimas expectativas de otros acreedores o favorecer el fraude por actuaciones concertadas frente a otros acreedores. Dejamos para el capítulo V el examen de la interacción del derecho a la compensación del depositario por su gestión con los derechos de terceros y de otros acreedores, que ya fueron objeto de examen en el Derecho Romano. En cualquier caso, las previsiones de la mayoría de los ordenamientos no diferencian la tutela de los diversos conceptos que pueden ser objeto de reclamación por parte del depositario, y ello tiene sentido por ser improbable que en la práctica se presente uno de ellos desligado de los otros. El artículo 1779 CC español prevé que "El depositante está obligado a reembolsar al depositario los gastos que haya hecho para la conservación de la cosa depositada y a indemnizarle de todos los perjuicios que se le hayan seguido del depósito". En cambio, el artículo 1780 CCE autoriza al depositario a "retener en prenda" las cosas objeto del depósito "hasta el completo pago de lo que se deba por razón del depósito". A lo que se suman las previsiones del depósito mercantil, que en su artículo 304 CCom., prevé que "El depositario tendrá derecho a exigir retribución, a no mediar pacto expreso en contrario. Si las partes contratantes no hubiesen fijado la cuota de la retribución, se regulará según los usos de la plaza en que el depósito se hubiese constituido." Y el artículo 198 del Código de Comercio, relativo a las Compañías generales de depósito, que "Las Compañías y almacenes generales de depósito, serán en todo caso responsables de la identidad y conservación de los efectos depositados, *a ley de depósito retribuido*". Según las conclusiones alcanzadas en nuestro capítulo II y las expuestas en nuestro trabajo "*Antecedentes del depósito mercantil*<sup>392</sup>" no es otra la realidad sociológica romana, si bien el desempeño empresarial de la actividad de depósito se consideraba como arrendamiento y quedando a salvo las especialidades propias derivadas de la estructura social patriarcal para con los miembros de su familia, articuladas a través del peculio y las relaciones adyecticias de cara a la acción exterior de las personas dependientes, y las obligaciones contraídas por los libertos por razón de su manumisión, a que nos hemos referido en el Capítulo II de este trabajo.

## V. PRUEBA.

### A.- Derecho Romano.

Se ha podido comprobar por diversos testimonios que la práctica romana, al menos,

---

erfasst werden. (Belgien, Detuschland, Frankreich, Griechenland, Luxemburg, Niederlande, Spanien, Österreich, Tchechien, Ungarn, Louisiana, Quebec, in England nur bei unentgeltlicher Verwahrung) Schliesslich ist der Hinterleger verpflichtet den Gegenstand nach Beendigung des Verwahrungsvertrages zurückzunehmen. Bei unregelmässiger Verwahrung kommt das Nutzungsrecht (und Früchteabrechnung) ins Spiel."

<sup>392</sup> Vid. LLÁCER BOSBACH, A.M, *Antecedentes Romanos del Depósito Mercantil*, estudio expuesto en el XXIII Congreso Iberoamericano y XX Congreso Internacional de Derecho Romano, Oporto, 2018, (pendiente de publicación en actas).

en el mercado, se servía de estipulaciones o de acuerdos documentados tanto para el establecimiento de obligaciones, como para la fijación de las condiciones, riesgos, cláusulas penales y demás circunstancias de las obligaciones contraídas e incluso para su cesión activa o pasiva. En sede del contrato de depósito, aducimos el pasaje *Ulp.* 30 ed., D. 16, 3, 1, 6, que ilustra el hecho de que el contrato es "ley" entre las partes, para el desarrollo de lo acordado:

*"Si convenit, ut in deposito et culpa praestetur, rata est conventio: contractus enim legem ex conventionem accipiunt".*

Nos dice el fragmento que si se acordó que en el depósito se responda también por culpa, el acuerdo es válido, pues el acuerdo da ley a los contratos. Encontramos que la asunción de responsabilidad del "*dominus*" en negocios singulares, frente a persona cierta, tiene lugar por la vía de la "*iussio*", que se materializa mediante la autorización expresa comunicada al interesado. Así lo describe el pasaje de *Ulp.* 29 ed., D. 15, 4, 1, 1:

*"Iussum autem accipiendum est, sive testato quis sive per epistulam sive verbis aut per nuntium sive specialiter in uno contractu iusserit sive generaliter: et ideo et si sic contestatus sit: "quod voles cum Stichio servo meo negotium gere periculo meo", videtur ad omnia iussisse, nisi certa lex aliquid prohibet."*

Se ha de entender que hay autorización especialmente cuando para un contrato o en términos generales, se hubiera autorizado ante testigos, o por carta, o de palabra, o por un nuncio. Por lo tanto, también si lo hubiera hecho constar diciendo: "el negocio que a mi riesgo quieras hacer con mi esclavo Estico, se entiende dada la autorización para todo, a no ser que una determinada cláusula prohíba algo<sup>393</sup>. Las tablas 7, 15 y 16 de los "*Sulpici*", halladas en el área de Pompeya muestran que en la tabla quirografaria se establece la responsabilidad del horrearario depositario por su culpa y caso fortuito, y también la parte contratante que ha de correr con los riesgos en caso de pérdida no imputable al horrearario, y cuantas condiciones contractuales corresponden, incluida la relativa al pago de gastos del depósito, y cesión de la posición deudora de los mismos en caso de pignoración de los efectos depositados a cargo del pignorante. y cláusulas penales por retraso en el cumplimiento<sup>394</sup>.

*"Tab Pomp. Trittico 7: p. 39 y ss. C (aio) Caesare Germanico Augusto Tiberio Nerone Germanico Cos. VI Nonas Iulias. Diognetus C(ai) Novi Cipaeri ser(vus) scripsi iusu Cypaeri domini mei cora ipsum me locasse Hesico Ti (berii) Iulii Augusti libert(i) (Pr) Eveni ser(vo) horreum XII in "horreis" Bassianis publicis puteolanorum medis in quo repositu(m) est triticum alexandrini(um) quod*

<sup>393</sup> Cfr. *Paul* 4 *Plaut.*, D. 15, 4, 5, pr. , que constituye un caso admisión de la de representación directa.

<sup>394</sup> Vid. BOVE, L., *Documenti di operazioni finanziarie dall'archivio dei Sulpici*, Napoli, 1984, p. 39 y ss. Cfr. D. 19, 2, 40, que impone responsabilidad por "el peligro de custodia" a quien acepta una merced por ello. "*Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat*". SERRAO, F., *Minima de Diogneto et Hesico, gli affari di due schiavi a Pozzuoli negli anni 30 D.C., Sodalitas, Scritti in onore di Antonio Guarino*, 7, Napoli, 1995, p. 3605 y ss.

*pignori accepit hodie ab C(aio) Novio Euno. Item in idem horreis imis intercolumnia ube repositos habet saccos legumenum ducentos quos pignori accepit ab eodem Eunum. Ex calendis Iulis in menses singulos sestertis singulis nummis. p. 47 Tabl Pomp. XVI, " ... sed etiam poenae nomine in dies singulos HS XX numnos obligatum iri et eos HS MCCL qui supra scripti sunt probe recte ssari stipulatus est Hesico Cai Caesaris servus ... "*

La tabla reproducida en FIRA III, 477-9, nos muestra otro ejemplo de contrato de transporte marítimo de mercancías<sup>395</sup>:

*"Aureli Heracles Dioscori, Antaei civitate oriundus, gubernator suae navis onerisartabarum ducentarum quincaginta sine ullo coymbi ornamento, vehendas conduxit ad Aurelio Ario Heraclidis filio Arsinoitarum civitatis, decurione leguminum artabas ducentas quincaginta, ut in navem imponantur et inde a portu qui est in silva metropolis usque ad portum Osyrrichirrinchtici pagi trasportetur; mercede constituta, argentearium drachmarum centum pararum omni sumptu , quarum num quidem accepit argenteas drachmas quadraginta, reliquas veri sexaginta accipiet statim ad legumina reddiderit. Hoc autem onus saluum reddet et incolume a nautarum maleficio, navis onerandae, causa tempus suscipiens duarum dierum inde ab (huius mensis) XXV, et similiter mansurus in Oxyrhynchitico pago dies quattor; post quas si navis retenta erit accipiet gubernator cottidie drachmas sedecim: praestabit autem ipse sibi sufficientem nautarum nummerum et omnia navi necessaria,: denique accipiet sportularum nomine in Oxyrhynchitico vini ceramium unum. Rata esto nautica scriptura. (Subscriptio nautae: Aurelius Heracles, navem locavi et in antecessum accepi drachmas XL ita ut supra scriptum est. Anno III Imperatoris Caesaris C. Iulii Veri Maximi sacratissimi Caesaris Augusti, Augusti filii, mense Phaophi, XXII."*

Destacamos el detalle con el que se identifican los intervinientes, se documenta la carga (250 artabas de semillas) el origen y destino del transporte los gastos que asume cada parte, en cuanto al precio acordado por el arrendamiento (100 dracmas libre de cargas, de las cuales toma 40 dracmas de plata y las 60 restantes se

<sup>395</sup> El material se toma de la exposición efectuada por la profesora MATAIX FERRÁNDIZ, E., quien ofrece la traducción que se reproduce a continuación a partir de la traducción latina de V. Arangio-Ruiz, (P. Lond. 3, 948, 236, d.C., en el XX Congreso Internacional y XXIII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, Oporto, 22 de marzo de 2018, *Reconstrucción de una locatio-conductio marítima. Un estudio material y textual*, pendiente de publicación en actas: "Aurelio Heracles, hijo de Dioscuro, oriundo de la ciudad de Antaei, capitán de su nave ... lleva a cabo un arrendamiento a Aurelio Ario, hijo de Heráclidas, decurión de la ciudad de Arsinoite, cargó 250 artabas de semillas en su nave para ser transportadas desde el puerto que está en la ciudad de la çarboleda? hasta el puerto de Oxirrinco por un precio acordado de 100 dracmas libres de cargas, de las cuales tomó cuarenta dracmasde plata y las restantes 60 se entregarán cuando las semillas sean entregadas. De esta forma se debe entregar la carga protegida de todo riesgo de la navegación. Permite dos días de los 25 destinados a la medida y carga y podrá permanecer cuatro días en Oxirrinco, después de los cuales, si se detiene, deberá recibir 16 dracmas diarios por sobreestadía. Debe proveer con la tripulación adecuada y todo lo necesario para la nave. Y debe recibir una degustación de una muestra de vino de Oxirrinco. Este contrato marítimo es válido. (escritura del capitán) Aurelio Heracles arrienda la nave y por ello toma (la cantidad) de 40 dracmas a cuenta como especificado anteriormente."



entregarán cuando la mercancía sea entregada, o sea, hay una primera provisión de fondos, y el precio total ya está pactado), la cuestión tributaria ( el precio es libre de cargas), los días destinados a la medida y carga, el caso de sobreestadía y su indemnización, el deber de proveer con la tripulación adecuada y todo lo necesario (o sea, los gastos están incluidos en el cálculo del precio y son a cargo del arrendatario) e incluso una degustación, a modo de pago adicional en especie (y, probablemente, contacto comercial para la carga del viaje de vuelta), aparte de las rúbricas que autentican el documento. Por lo que la técnica que puede apreciarse no dista sustancialmente de la empleada en la práctica actual.

Tanto en el transporte marítimo de mercancías, como en los almacenes generales de depósito, se recoge la creación de los talones representativos de mercaderías depositadas, que se ha constatado que eran susceptibles de cesión y pignoración. Esta técnica sigue siendo habitual en la actualidad, habiéndose perfeccionado los títulos expedidos, si bien la mecánica permanece. Tenemos un ejemplo en la Constitución, C.11, 22,1 (talón de embarque):

*"Nautici apud praesidium aut magistratum acta confiteantur incorruptas ... suscepisse, corumque, apud quos deponitur ista testatio, praesens aspectum ..., nihil in his esse vitii. Quod eo tempore, quo ad sacrae urbis portuum pervenit, ... turam iugiter observare praeceptum est."*

ZAMORA MANZANO ofrece la siguiente explicación<sup>396</sup>: "... En el fragmento se recoge la forma en la cual debe darse testimonio ante los magistrados de la carga recibida, para redactar un acta en la que se deje constancia del porte. Es un texto que aparece referido a la "*annona urbis*", un transporte público en el que muchas veces se simulaban naufragios para especular así con la carga. La confesión por parte de los capitanes se ve favorecida si existe algún talón o recibo que justifique un recibimiento taxativo de la carga. ..." Respecto de la recepción de estas prácticas romanas, el autor recoge, en las notas 33 y 34, el Cap. XII del *Llibre de Consolat de Mar*: "si lleva el cartulario alguien que no sea el escribano, no dará crédito a nada de lo escrito en él (...) y se le somete a una severa pena si falta a la verdad". Cap. XIII " ... tiene el escribano tal autoridad que el patrón de la nave no debe cargar nada en ella sino en su presencia, y ningún marinero podrá sacar mercancías ni desembarcar y desestibar sin su consentimiento...". Por su parte, la Partida V, tít. IX, Ley I "Otro si dezimos que debe llevar consigo un escribano que sepa escribir y leer ... debe escribir en un cuaderno todas las cosas que cada uno tuviere e introduzca en la nave, cuantas son y de qué naturaleza; y este cuaderno tendrá tal fuerza sobre todas las cosas escritas en él, de debe ser creído también como carta u otra escritura que fue hecha por mano de escribano público."

Históricamente, se ha recurrido a diversos medios que simplificaran la prueba de los gastos efectuados, aparte de la constatación documental, y las actas levantadas por personas habilitadas para ello, como los notarios, convencionalmente, las partes han

<sup>396</sup> Vid. ZAMORA MANZANO, J.L., *La estiba de mercancías y su constatación documental en el transporte marítimo romano romano*, en *Estudios de derecho romano en memoria de Benito Reimundo Yanes*, Burgos, 2000, p. 590.

acordado indemnizaciones alzadas, exoneratorias de la prueba de los daños o gastos efectivamente producidos,

Las Instituciones de Justiniano recogen en la Constitución C. 7, 47, 1:

*"Imperator Justinianus . Cum pro eo quod interest dubitationes antiquae in infinitum productae sunt, melius nobis visum est huiusmodi prolixitatem prout possibile est in angustum coartare.*

*1 . Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, quod hoc interest dupli quantitatem minime excedere: in aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut, quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat, cum scimus esse naturae congruum eas tantummodo poenas exigi, quae cum competenti moderatione proferuntur vel a legibus certo fine conclusae statuuntur.*

*2 . Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres quod interest statuerunt: et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquae prolixitatis huius constitutionis recitatio. IUST. A. IOHANNI PP. <A 531 D. K. SEPT. CONSTANTINOPOLI POST CONSULATUM LAMPADII ET ORESTAE VV. CC.> "*

que establece un límite del duplo del valor de la cosa "conforme al derecho antiguo" -ha de entenderse el caso en que tomamos por medida el valor propiamente dicho -"quanti ea res erit" y no la valoración judicial que ha de hacer el juez en los juicios de buena fe, tratando de establecer el "Id quod interest":

*"Imperator Justinianus . "Cum pro eo quod interest dubitationes antiquae in infinitum productae sunt, melius nobis visum est huiusmodi prolixitatem prout possibile est in angustum coartare. 1 . Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, quod hoc interest dupli quantitatem minime excedere: in aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut, quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat, cum scimus esse naturae congruum eas tantummodo poenas exigi, quae cum competenti moderatione proferuntur vel a legibus certo fine conclusae statuuntur".*

La regla del doble como medida máxima aludida para lo que parece ser el contenido de las acciones de derecho estricto, entronca con la tradición histórica greco-oriental, pero genera confusión con el derecho sancionatorio, en que la regla más común de sanción lo es por el duplo en la Ley de las XII Tablas y en la Ley Aquilia. Viene referida a los casos de compra-venta y arrendamiento, que, si bien se encuentran

tutelados por acciones de buena fe, parten de un precio cierto previamente establecido, lo que puede generar situaciones de desequilibrio en el momento de la transacción, en el caso de la compraventa. En el caso del arrendamiento, el desequilibrio puede ser no solo inicial, sino que también puede producirse de forma sobrevenida, por tratarse de una relación de tracto sucesivo<sup>397</sup>. En el capítulo III, nos ocupamos de la condena al duplo en el caso de que el depositario negara haber recibido la cosa depositada y resultare condenado, y aludimos a su desarrollo a través de la rescisión por lesión "*ultra dimidium*", que alcanzó especial prestancia en el Medioevo<sup>398</sup>. Creemos que en esta sede la regla de duplicar el valor objetivo debido es compatible con un monto indemnizatorio alzado, como medio supletorio de las dificultades probatorias de posibles daños sufridos, en su caso, gastos que no puedan justificarse cumplidamente, por la parte contractual que padece el incumplimiento imputable de la contraparte, una de cuyas manifestaciones queda patente en las arras, como medio para resolver o desligarse de una obligación contraída, y que es también la medida a que queda obligado el deudor en el caso de la "*pecunia constituta*".

El uso conferido a las arras en el Derecho Romano, ha sido el de permitir el desistimiento de la parte que no completa el contrato estipulado perdiéndolas, o el de la parte que se había obligado, devolviéndolas duplicadas. Así lo recoge C. 4, 21, 17, 2 (a. 528)<sup>399</sup>:

*"Si quae arrae super facienda emptione datae sunt, qui vendere pollicitus est, venditionem recusans in duplam eas reddere cogatur, et qui emere pactus est, datos a se arris cadat, repetitione earum deneganda."*

---

<sup>397</sup> Vid. CHAMIE, J.F., *El principio general de "reductio ad equitatem" por desequilibrio contractual*, *Revista de Derecho Privado*, 22, enero-junio de 2012, p. 219-275, quien efectúa un estudio exhaustivo histórico y comparado estructurado en el caso de desequilibrio inicial y sobrevenido-funcional. Constata que del hecho del desequilibrio se han desarrollado no solo múltiples categorías de ineficacia en derecho actual, (tales como la nulidad, anulabilidad, rescisión o resolución (Para las clases de nulidad reconocidas actualmente, vid. BLASCO GASCÓ, F. de P., *Nulidad y nulidades, eficacia del acto jurídico "contra legem"*, *Discurso de ingreso en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación*, Cuaderno 88, 14 de Diciembre de 2017-), sino también las dos vertientes subjetiva, de vicios del consentimiento por partir de que ha habido una representación mental errónea jurídicamente relevante de la situación por alguna de las partes, y la vertiente objetiva de lesión patrimonial de entidad suficiente. Ésta última es la acepción que podría fundarse en la tradición greco-oriental, conmutativa, según ya hemos abordado en otras partes de este trabajo.

<sup>398</sup> Vid. Cap. III.

<sup>399</sup> Vid. PRINGSHEIM, F., *The greek Law of sale*, Weimar, 1950, p. 344 y s. En la página 525 de la misma obra, reseña los papiros *P. Oxy 299* (A.D.I); *P. Ent. 4* (a. 243 a. C.) en una disputa acerca de si una mujer ha recibido de su empleador una cantidad resolutoria o unas arras; y *P. Oxford 10* (*Trajan*), combinación de un préstamo anticrético y un contrato de servicios; A modo comparativo, GAYOSO ARIAS, R., en su artículo *Cuestiones de derecho marítimo*, *Revista de Derecho Privado*, 1923, p. 206-226, recoge, por su parte, el sistema de indemnización del "medio flete" o "falso flete", por gastos acometidos para un viaje marítimo en caso de desistimiento que preveía el art. 688 CCom. Explica que la idea de "medio flete" como garantía de estimación futura o eventual, no es una solución romana. El Derecho Romano, por el contrario, fija unos intereses elevadísimos para el caso de que el buque llegue al puerto de vuelta previsto.

El "*constitutum de pecunia*" del título XVII del Edicto perpetuo según Lenel es en origen el "*receptum argentarii*" clásico interpolado aludido en el Título XI, con las características de una evolución, pues al "*receptum*" clásico este autor le atribuye la utilidad de poder tener por objeto cualesquiera cosas y no solo dinero, y ser susceptibles los bienes recibidos de transmisión a la orden<sup>400</sup>. Su regulación en el T. XVII obedece a los intereses justinianos, ya reducido solo al dinero, y con medidas para evitar que no correspondiera a una "*datio*" efectiva ni excediera de lo verdaderamente entregado. Pero, paralelamente, se recoge en las *Novelas* una "garantía pura" bizantina. que viene a funcionar como título autónomo y abstracto contra el "*argentarii*" y puede referirse a cualesquiera cosas y no solo al dinero. Aparte, coincide que en el título XVII se recoge el plazo y y dos "instrumentos auxiliares del acreedor del "*constitutum*", la "*sponsio tertiae partis*" y la "*sponsio dimidiaie partis*"<sup>401</sup>. Estas técnicas parecen, por lo expuesto, más propias de las acciones de derecho estricto, al requerir menos medios de comprobación para hacerse efectivas.

Queda por abordar en este apartado la cuestión recogida en el fragmento D. 16, 3, 5, pr., según la cual en la acción contraria del depositario no se jura de litigio estimado, porque no se demanda por haber faltado a la lealtad, sino para indemnizar al depositario, conexa con el hecho de que la condena no comporta infamia para el depositante o su causahabiente. El fundamento de esta previsión pudiera ser el de que lo que se debe no es una cosa determinada, como tal susceptible de comportar un valor de afección a su dueño privado de la misma, sino resolverse en cualquier caso la restitución en una cantidad pecuniaria. Liga a la valoración objetiva de los conceptos de que ha de reintegrarse al depositario, de la que nos hemos ocupado en el apartado III de este capítulo. Por ello, lo que la fórmula parece excluir es una pretendida valoración subjetiva de los elementos debidos al depositario, y de la

<sup>400</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Derecho Privado Romano*, p. 503 y ss., sobre el "*constitutum*" y las "*arras*".

<sup>401</sup> Vid. CARVAJAL R., *Receptum argentarii (I)*, *Notas sobre las garantías bancarias abstractas en el derecho romano y justiniano*. *Ars boni et aequi*, 1, 2005, p. 127-148, y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A.M., *El receptum argentarii en el derecho romano clásico: una propuesta de análisis*. Madrid, 2004, explica que el *constitutum* es un préstamo de plazo, es decir, sobre un préstamos (normalmente un mutuo), se da otro que consiste en un aplazamiento, ello supone una exposición a una acción mucho más gravosa, 1/2 ó 1/3 de la cantidad prestada en concepto de intereses, que como ves, supera con mucho el 12% anual que suele ser el límite legal, o el *semisse* del 6%. El *receptum* supone que un tercero asume la responsabilidad de pago, en este caso no es un mero garante sino que asume la deuda y su "pena" diferida en un plazo. Vid. . FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana*, <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/download/6162/6618>, p. 117 y ss. reconduce al emperador Constantino la introducción del documento constitutivo o dispositivo, frente al mero carácter probatorio precedente, y la prevalencia de la fuerza probatoria instrumental frente a la prueba testifical. Cfr. C. 4, 21, 20, (Const., a. 317), "*Imperator Justinianus . Comparationes litterarum ex chirographis fieri et aliis instrumentis, quae non sunt publice confecta, satis abundeque occasionem criminis falsitatis dare et in iudiciis et in contractibus manifestum est.*" En la p. 128 explica que la confluencia entre la cultura oral occidental y la cultura literaria oriental produce una legislación contradictoria en materia de prioridad entre la escritura y la "*substantia*" o verdad material. En Oriente se desarrollan las funciones registrales y los títulos abstractos, y en Occidente se tiende a los negocios reales.

consideración de un valor de afección. Recordemos que el fragmento ya mencionado, Ulp. 30 ed., D. 12, 3, 3, nos explica que, "... tratándose de un depósito de dinero, no debe el juez ofrecer juramento de litigio estimado, para que el reclamante jure lo que le interesa la cosa, pues la estimación del dinero es cierta....".

Sin embargo, ello no obsta para que sea el prestador del servicio a quien naturalmente corresponde formular y justificar la cuenta de los gastos hechos, pues es quien puede conocerlos, sin perjuicio de ser susceptibles de impugnación y comprobación. El fragmento de Ulpiano 31 ad ed., D. 17, 1,10:

*"Etsicuti fructus cogitur restituere is qui procurat, ita sumtum quem in fructum percipiendos fecit, deducere eum oportet: sed et si ad vecturas suas dum excurrit inpraedia, sumptum facti, puto hos quoque sumptus reputare eum oportere..."*

Según este fragmento, el mismo Labeón dice y es cierto que esta acción incluye la rendición de cuentas, y así, también, si hizo gastos de transporte al recorrer los predios, creo que debe ponerlos también en cuenta salvo que fuese asalariado y se conviniese que se hicieran a su costa estos gastos de viaje, es decir, a costa del salario.

Es constante la referencia a la rendición de cuentas en la acción contraria o fórmulas resarcitorias. Podemos añadir al expuesto el fragmento de Gayo 3, en su comentario al edicto provincial, D. 3, 5, 2:

*"Si quis absentis negotia gesserit licet ignorantis, (...) ita ex diverso iustum est, si utiliter gessit, praestari ei, quidquid eo nomine vel abest ei vel a futurum est".*

"Si alguno hubiese gestionado el patrimonio de un ausente, ... tiene acción por los gastos útiles y las obligaciones contraídas a causa del patrimonio de un ausente. Así pues, en este caso, nace por una y otra parte una acción que se llama de negocios gestionados. En efecto, así como es justo *que el gestor dé cuenta de sus actos*. y, en consecuencia, que sea condenado si obró como no debía, o retiene algo de tales negocios, también es justo, de la otra parte, que, *si gestionó útilmente, se le pague lo que perdió o lo que ha de perder por tal motivo*". Y la referencia contenida en el fragmento de Ulp. 36 ed., D. 27, 4, 1, 4 " ... *sic erit arbitrii eius, utrum compensare an petere velit [vel] sumptus ...*". "... si quedaron saldadas las cuentas ...".

DÍAZ BAUTISTA parece sugerir que esta solución jurídica descansa en el principio de unidad de acto, al que nos hemos referido anteriormente por la consideración conjunta de la compensación de gastos y daños, si los hubiere<sup>402</sup>. Comenta el fragmento D. 16, 3, 26, 2, en el siguiente sentido: "El redactor de una epístola reconoce tener en depósito unas cosas y comunica a los depositantes que tienen unas deudas con él. El jurista reconoce que la carta tiene valor probatorio de que las cosas han sido depositadas, pero deja al arbitrio del juez estimar si el actor de la carta puede probar lo que escribió, o, quizás, se podría añadir, si hay que considerarlo probado en

<sup>402</sup> Vid. DÍAZ BAUTISTA, A. y DÍAZ BAUTISTA- CREMADES, A. A., *Estudios sobre la Banca Bizantina, y otros trabajos sobre derecho Justiniano* [Recurso electrónico], Murcia, 2014, p. 54.

el caso de que la contraparte admita lo que le beneficia.”

## **B- Algunas notas de derecho comparado al apartado V.**

Podemos encontrar paralelismo entre el sistema de rendición de cuentas, y los sistemas previstos de formulación en nuestro derecho, en el art. 812 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a los casos en que procede el proceso monitorio:

"Art. 812 LEC., *Casos en que procede el proceso monitorio.*

1º Podrá acudir al proceso monitorio quien pretenda de otro el pago de deuda dineraria de cualquier importe, líquida, determinada, vencida y exigible, cuando la deuda se acredite de alguna de las formas siguientes: a) Mediante documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren, que aparezcan firmados por el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquier otra señal, física o electrónica. b) Mediante facturas, albaranes de entrega, certificaciones, telegramas, telefax o cualesquiera otros documentos que, aun unilateralmente creados por el acreedor, sean de los que habitualmente documentan los créditos y deudas en relaciones de la clase que aparezca existente.

2º Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior y cuando se trate de deudas que reúnan los requisitos establecidos en dicho apartado, podrá también acudir al proceso monitorio, para el pago de tales deudas, en los casos siguientes: cuando, junto al documento en que conste la deuda, se aporten documentos comerciales que acrediten una relación anterior duradera...”.

El [Art. 569.3 ,Ley 5/2006, de 10 de mayo](#) integrada en el Código Civil Catalán, dispone con respecto al derecho de retención, que los poseedores de buena fe de un bien ajeno, mueble o inmueble, que deban entregar a otra persona, pueden retener su posesión en garantía del pago de las deudas a que se refiere el [Art. 569.4 ,Ley 5/2006, de 10 de mayo](#) hasta el pago completo de la deuda garantizada.

Las obligaciones que originan la generación del derecho de retención, en base a lo contenido en el [Art. 569.4 ,Ley 5/2006, de 10 de mayo](#), son las siguientes:

- El resarcimiento de los gastos necesarios para conservar y gestionar el bien y de los gastos útiles, si existe derecho a reclamar su reembolso.
- El resarcimiento de los daños producidos por razón de la cosa a la persona obligada a la entrega.
- La retribución de la actividad realizada para confeccionar o reparar el bien, si previamente ha existido, en caso de muebles, un presupuesto escrito y aceptado y, en caso de inmuebles, un acuerdo expreso entre las partes, y si, en ambos casos, la actividad se adecua al presupuesto o al pacto.
- Los intereses de las obligaciones establecidas por el presente artículo, desde el momento en que el derecho de retención se notifica en la forma que establece el [Art. 569.5 ,Ley 5/2006, de 10 de mayo](#).

- Cualquier otra deuda a la que la ley otorgue expresamente esta garantía. Nos ocuparemos más extensamente del derecho de retención como garantía en el capítulo V de este trabajo.

La formulación unilateral de cuentas, susceptible, como se dice, de impugnación y revisión judicial, recibe precisamente la denominación de "juramento estimatorio" en Derecho Colombiano. Se habla del empleo del juramento estimatorio como medio de prueba de la cuantía reclamada en el derecho colombiano, respecto del que aducimos el siguiente comentario de FORERO:

Nos dice que el juramento estimatorio es una prueba arraigada en nuestro sistema en su reclamo, conducta que se reflejará en una multa a favor de la contraparte.

La Ley 1395 del 2010 modificó el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil Colombiano, ampliando su cobertura de aplicación, al disponer: "Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente...". Dicha reforma contribuyó a evitar estimaciones desproporcionadas que se estaban generando, para obligar al peticionario a que su reclamo sea serio y razonable, acorde a la sensatez, a que cuantifique sumas reales, y no alegres o caprichosas, que lo llevarán a la multa al no poderlas comprobar.

No obstante la importante modificación hecha al artículo 211 CPC, el Código General del Proceso (CGP) recoge esta prueba en el artículo 206, que entró en vigencia desde julio del 2012, con las precisiones e innovaciones que a continuación se puntualizan:

1. Se constituye en un requisito formal de la demanda, que puede generar su inadmisión, por así consagrarlo los artículos 82.7 y 90.6 del CGP. Es una prueba de carácter obligatorio sobre los montos por pretensiones que correspondan a los conceptos señalados, que ata al peticionario a la multa, si exagera el porcentaje indicado en la norma.

2. En caso de que el demandado haga la reclamación, como las mejoras hechas a un inmueble que ocupa y debe entregar, en la contestación de la demanda deberá estimar con juramento el valor de las mejoras, y de omitir esta prueba, el juez lo requerirá para que en el término de cinco días concrete la estimación juramentada, como lo dispone el artículo 97 del CGP. Se trata de exigirle utilizar esta prueba, en un claro desarrollo de igualdad.

3. El reconocimiento pretendido deberá discriminar cada concepto, para permitir una mejor comprensión de las sumas reclamadas. No podrá globalizar el monto de su reclamo cuando se ocasionan varios conceptos; por ejemplo, si los perjuicios materiales se originan por daño emergente y también por lucro cesante, es imperioso discriminar los montos de cada uno de ellos. En esta forma, la parte contraria podrá asimilar mejor el reclamo, y si a bien lo tiene, objetar uno de los conceptos, sobre el cual gravitará la carga de probarse y las consecuencias sancionatorias, si hay lugar a ellas.

4. Es posible que al solicitarse la condena exista un error en la cuantía, pero si el margen de error supera el 50 % entre la cantidad que se estimó con la que resultó probada, aquel se apartó de postulados de lealtad en su reclamo y deberá asumir una multa en beneficio de la contraparte, correspondiente al 10 % de la diferencia. Aún mayor resulta la deslealtad Se erige esta prueba para contrarrestar pedimentos que desbordan los montos cuantificados, pues en innumerables casos el accionante reclamaba condenas en cuantías exageradas a las que en realidad tenía derecho, sin que se aplicaran consecuencias por dicha conducta.

Su razón de ser es la transparencia y lealtad en el reclamo que, en su beneficio, hace la parte interesada por los conceptos señalados, al fijar el monto solicitado en una suma concreta que estima con juramento y que está dispuesta a probar si hay lugar a ello, pues de comprobarse que la cuantía estimada resulta desproporcionada por exceder el porcentaje indicado en la norma, el peticionario no actuó conforme a principios de lealtad y buena fe en su reclamo,

conducta que se reflejará en una multa a favor de la contraparte.

La Ley 1395 del 2010 modificó el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil Colombiano, ampliando su cobertura de aplicación, al disponer: “Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente...”.

Dicha reforma contribuyó a evitar estimaciones desproporcionadas que se estaban generando, para obligar al peticionario a que su reclamo sea serio y razonable, acorde a la sensatez, a que cuantifique sumas reales, y no alegres o caprichosas, que lo llevarán a la multa al no poderlas comprobar. La Ley 1395 del 2010 modificó el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil Colombiano, ampliando su cobertura de aplicación, al disponer: “Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente...”. Dicha reforma contribuyó a evitar estimaciones desproporcionadas que se estaban generando, para obligar al peticionario a que su reclamo sea serio y razonable, acorde a la sensatez, a que cuantifique sumas reales, y no alegres o caprichosas, que lo llevarán a la multa al no poderlas comprobar.

No obstante la importante modificación hecha al artículo 211 CPC, el Código General del Proceso (CGP) recoge esta prueba en el artículo 206, que entró en vigencia desde julio del 2012, con las precisiones e innovaciones que a continuación se puntualizan:

1. Se constituye en un requisito formal de la demanda, que puede generar su inadmisión, por así consagrarlo los artículos 82.7 y 90.6 del CGP. Es una prueba de carácter obligatorio sobre los montos por pretensiones que correspondana los conceptos señalados, que ata al peticionario a la multa, si exagera el porcentaje indicado en la norma.

2. En caso de que el demandado haga la reclamación, como las mejoras hechas a un inmueble que ocupa y debe entregar, en la contestación de la demanda deberá estimar con juramento el valor de las mejoras, y de omitir esta prueba, el juez lo requerirá para que en el término de cinco días concrete la estimación juramentada, como lo dispone el artículo 97 del CGP. Se trata de exigirle utilizar esta prueba, en un claro desarrollo de igualdad 3. El reconocimiento pretendido deberá discriminar cada concepto, para permitir una mejor comprensión de las sumas reclamadas. No podrá globalizar el monto de su reclamo cuando se ocasionan varios conceptos; por ejemplo, si los perjuicios materiales se originan por daño emergente y también por lucro cesante, es imperioso discriminar los montos de cada uno de ellos. En esta forma, la parte contraria podrá asimilar mejor el reclamo, y si a bien lo tiene, objetar uno de los conceptos, sobre el cual gravitará la carga de probarse y las consecuencias sancionatorias, si hay lugar a ellas.

4. Es posible que al solicitarse la condena exista un error en la cuantía, pero si el margen de error supera el 50 % entre la cantidad que se estimó con la que resultó probada, aquel se apartó de postulados de lealtad en su reclamo y deberá asumir una multa en beneficio de la contraparte, correspondiente al 10 % de la diferencia. Aún mayor resulta la deslealtad cuando se pretende la condena de perjuicios sin que estos se hayan causado, evento que arroja la consecuencia de imponer una sanción pecuniaria para quien reclamó perjuicios inexistentes, como lo prevé el parágrafo del artículo 206. Dicha consecuencia tiene asidero en que si ha de imponerse multa a la parte que teniendo derecho al perjuicio exageró su cuantía, con mayor razón debe condenarse a aquel que no probó los perjuicios aducidos y no obstante los reclamó.

El principio de indivisibilidad de los efectos de un documento privado es también constante en la tradición procesal comparada.

Nuestro Código Civil lo recoge, respecto de los documentos privados, en el artículo 1225,



“El documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes.” y el art. 1228, conforme al cual “Los asientos, registros y papeles privados únicamente hacen prueba contra el que los ha escrito en todo aquello que conste con claridad; pero el que quiera aprovecharse de ellos habrá de aceptarlos en la parte que le perjudiquen.”

El Código Civil Francés, en su artículo 1378, al que da nueva redacción el artículo 4 de la Ordenanza nº 2016-131, de 10 de febrero, mantiene esta misma regla, tanto para los documentos de los comerciantes, como para los registros y papeles privados<sup>403</sup>.

## VI.- OPONIBILIDAD.

### A.- Derecho Romano.

Sin perjuicio de ocuparnos en el capítulo V más extensamente de las implicaciones y el alcance de la oponibilidad del derecho del depositario y sus garantías y privilegios frente a otros acreedores, y terceros, no queremos cerrar el presente capítulo sin apuntar sucintamente los fundamentos que legitiman al depositario para reclamar los gastos que se le han ocasionado frente a cualquiera que pretenda la entrega de las cosas depositadas. Ya nos hemos referido al hecho, constatado en las tablas pompeyanas de Murecine 7, 15 y 16, de que, al ceder o pignorar las mercancías depositadas en un "hórreo", se elaboraba un nuevo documento en el cual el cesionario se hacía cargo de los devengos por tales conceptos frente al "horrearario". La exposición pública<sup>404</sup>.

---

<sup>403</sup> Art. 1378 C<sup>o</sup>de Napoléon: "Les registres et les documents que les professionnels doivent tenir ou établir ont, contre leur auteur, la même force probante que les écrits sous signature privée: mais celui qui s'en prévaut, ne peut en diviser les mentions pour n'en rétenir que celles qui lui sont favorables.

Les registres et papiers domestiques ne font pas preuve au profit de celui qui les a écrits. Ils font preuve contre lui 1<sup>o</sup>, Dans le cas où ils énoncent formellement un paiement reçu; 2<sup>o</sup> Lors qu'ils contiennent la mention expresse que l'écrit a été fait pour suppléer le défaut du titre en faveur de qui ils énoncent une obligation.

La mention d'un paiement ou d'une autre cause de libération portée par le créancier sur un titre original qui est toujours resté en sa possession vaut présomption simple de libération du débiteur. Il en est de même de la mention portée sur le double d'un titre ou d'une quittance, pourvu que ce double soit entre les mains du débiteur."

<sup>404</sup> Vid. las explicaciones de ZIMMERMANN, R., en su obra *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Madrid, 2000 (Traducción de Antoni Vaquer Aloy), p. 90 y ss., acerca del principio "Venta (no) quita renta." Nos explica que el hecho en Derecho Romano era que el arrendatario no tenía garantizada su posesión, pues solo disponía de la "*actio conductio*" contra el antiguo arrendador, acción que no era eficaz contra la rei-vindicatio del nuevo propietario. Los iusnaturalistas argumentaron que el arrendador, cuando concluía el contrato de arrendamiento y permitía al arrendatario dejar usar y gozar de su propiedad por tiempo determinado, se desprendía y transfería una parte de su propiedad, lo que le impedía conceder ulteriormente la misma particula libertatis a otra persona, el comprador. El Código Prusiano de 1794 concedió al arrendatario un derecho real, al igual que el derecho sudafricano; no así en las pandectas alemanas ni en Frisia.

Otro punto que puede apreciarse, es la consideración como objetiva o "real" de la excepción de entrega que surge a favor del depositario en tanto no haya sido reintegrado de sus gastos. Esta consideración implica su oponibilidad a cualquier demandante. Podemos apreciarla en los siguientes fragmentos:

*Paul. 3 ad Plaut.*, D. 44, 1, 7, 1:

*"Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt, ut rei iudicatae, doli mali, iurisiurandi, quod metus causa factum est. Igitur et si reus pactus sit in rem, omnimodo competit exceptio fideiussori. Intercessionis quoque exceptio, item quod libertatis onerandae causa petitur, etiam fideiussori competit. Idem dicitur et si pro filio familias contra senatus consultum quis fideiusserit, aut pro minore viginti quinque annis circumscripto: quod si deceptus sit in re, tunc nec ipse ante habet auxilium, quam restitutus fuerit, nec fideiussori danda est exceptio".*

"Las excepciones reales competen también a los fiadores, como son la cosa juzgada, dolo malo, cosa jurada o la de intimidación. Así pues también cuando el demandado haya pactado con efectos reales compete plenamente la excepción al fiador ...".

y *Marc. 13 inst.*, D. 44, 1, 19:

*" Omnes exceptiones, quae reo competunt, fideiussori quoque etiam invito reo competunt."*

"Todas las excepciones que competen al deudor competen también al fiador incluso contra la voluntad del deudor."

A ello se añade el fundamento jurisprudencialmente admitido en Derecho romano de que el que obtiene un lucro está obligado a responder de los gastos o daños que se produzcan. Sobre este fundamento, reproducimos las conclusiones aducidas en nuestro trabajo "Antecedentes del depósito mercantil" expuesto en las XX Jornadas Internacionales y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Romano, celebradas en Oporto en marzo de 2018. La regla de que el que obtiene los beneficios de una cosa, conocida como principio de la "*utilitas*" está obligado a los gastos y las responsabilidades que genera también encuentra antecedentes griegos. Así lo recoge BARTA en un relato atribuido a Hypereides contra Athenogenes, datado en el S. IV a. C. Se impone la responsabilidad al dueño de un establecimiento cuyo esclavo gestor vende el negocio de perfumería que regentaba a un comprador inexperto con todo su activo, esclavos, existencias, clientela y su pasivo, pero oculta maliciosamente el monto real de las deudas del establecimiento<sup>405</sup>. A raíz de las reclamaciones de los acreedores, el comprador reclamó la nulidad de la venta y la restitución de su dinero. El fundamento de la condena a *Athenógenes* es que, por ser el dueño, y obtener, por consiguiente, los beneficios, también debía responder por la venta maliciosa.

<sup>405</sup> Vid. BARTA, *Graeca non leguntur? Zu den Ursprüngen des Europäischen Rechts im antiken Griechenland*, T. I, Wiesbaden, 2010, p. 38 y ss.

*Hyperiedes* basa este principio en una Ley de Solón<sup>406</sup>. VOCI indaga y fundamenta que en el derecho clásico el criterio delimitador de la responsabilidad por culpa o solo por dolo, en defecto de pacto, es el del interés o su ausencia para el obligado, lo que se pierde con el derecho tardío y postclásico, y por un desarrollo de las consideraciones formuladas por Celso primero en cuanto a la "culpa grave" (Cels. 11 *dig.*, D. 16, 3, 32) y luego a los casos en que intervienen terceros, como los supuestos de comunidad o sociedad y el mandato cuando se producen en interés mixto (*Gai*, 2 *rer. cott.*, D. 17, 1, 2)<sup>407</sup>.

Encontramos asimismo antecedentes de los resguardos de depósito. ASTUTI nos dice que para el depósito de mercancías, al igual que para el depósito bancario, se desarrolló el uso de 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 mercaderías, sin que éstas tuvieran que salir del almacén<sup>408</sup>. Los gastos devengados por almacenaje eran y son actualmente objeto de publicidad en el propio título, lo que garantiza su conocimiento y simplifica su oponibilidad al cesionario de los mismo resguardos. Los títulos-valores se desarrollaron también con modalidades abstractas, en cuanto a sus excepciones, de modo semejante a la "*pecunia constituta*", antecedente de los títulos-valores, del que ya nos hemos ocupado<sup>409</sup>.

---

<sup>406</sup> Vid. CORREA, L., F., *La survivance des actions adiecticiae qualitatis*, RIDA, Bruxelles, 2001, p. 40. Opina este autor a propósito de las "*actiones adiecticiae qualitatis*>>, que su espíritu, fundado en la imposición de responsabilidad a quien obtiene beneficios de una actividad, subsiste como principio en el Derecho comparado actual.

<sup>407</sup> Vid. VOCI, P., *Diligentia, Custodia, Culpa, I dati fondamentali*, SDHI, 96, 1990, p. 29-144.

<sup>408</sup> Vid. ASTUTI, G., s. v. "*deposito*", *Enciclopedia del diritto*, ob. cit., Tomo XII; 1964, p. 18 y ss. Cfr. WACKE, A., *Rechtsfragen der römischen Lagerhausvermietung*, Labeo, 26, 1980, p. 310, en que el autor escribe el hecho de la llevanza de un libro del establecimiento, en las tablas de Pozzuoli, (ya mencionadas *ut supra*, a propósito del archivo de los Sulpicios, de tiempos del emperador Calígula). El esclavo encargado de la llevanza del hórreo, emite un talón a instancias y en presencia del depositante y hace constar la clase, calidad y peso o número de las mercancías que se depositan, compartimento arrendado, cargas que pesan sobre las mismas y gastos que se generan: "Die Notifizierung der Einbringung der Ware war notwendig, denn sonst hätte der Lagerhalter jede Haftung ablehnen können. Ueber die eingebrachten und ausgelieferten Waren wurde ein Lagerbuch (Bestandsverzeichnis) geführt. Ein 1970 publizierter Wachstafelfund aus der Zeit Caligulas (37 n. Chr.) aus Pompei (Pozzuoli), enthält dafür einen anschaulichen Beleg. (MAQUERON, *Un commercant en difficulté en temps de Caligula*, *Études A. Jauffert*, (Aix-en Provence, 1974, p.503 y s.) Der mit der Buchführung beauftragte Sklave bestätigt auf Geheiss und in Gegenwart des Geschäftsherrn die Vermietung zweier Lagerräume mit eingelagerten alexandrinischen Weizen und mit Hülsefrüchten, die einem Gläubiger vom Eigentümer verpfändet sind. Ihm stand gleichfalls wegen seiner Forderung auf Lagergeld ein u. U. kollidierendes Pfandrecht zu". Cfr. *Ulp. 73 ed.*, D.20,2,3. "Si se tomó en arriendo un depósito de cereales, un albergue o un solar, cree Neracio que tiene lugar también en este caso una hipoteca tácita sobre muebles y esclavos; lo que es más cierto".

<sup>409</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ LÓPEZ, E. y MALAVÉ OSUNA, B., *La responsabilidad del "horrearius" por las mercancías depositadas en los almacenes*, en *La Responsabilidad Civil, de Roma al Derecho Moderno*, op. cit., p. 314, destacan la interpretación realizada por MOMMSEN respecto de la tabla FIRA III, *Negotia*, 145 a) que excluye la responsabilidad del gerente en caso de subarriendo

## B.- Algunas notas de derecho comparado al apartado VI.

En derecho español y comparado actual, podemos aducir el comentario de JORDANO FRAGA<sup>410</sup>, acerca de la Sentencia del TS (Sala 1ª) de 7 de julio de 1987, que considera ajustada a Derecho la oponibilidad del “*ius retentionis*” frente tercero ex-trano a la relación de que deriva, adquirente de los efectos depositados. *Itel Soltainer* Internacional BV había arrendado a *Macoesa* contenedores y, ante la falta de pago sobrevenida el 7 de marzo de 1981, le comunica la resolución al arrendatario. Como consecuencia de ello, de los 325 contenedores objeto del contrato, 40 habían sido dejados por *Macoesa* a disposición de la arrendadora, en poder de tercera sociedad (*Canarias Shipping, SA*), empresa portuaria del Puerto de Las Palmas de Gran Canaria. *Itel* ejerció la acción reivindicatoria frente a *Canarias Shipping*, pretendiendo, además, que ésta le indemnizara el valor de explotación/día por unos cuatro meses que tuvo los contenedores almacenados en su poder. La empresa depositaria contestó que es totalmente ajena a las incidencias del contrato de arrendamiento con *Macoesa* y reconviene, reclamando la satisfacción, previa a la restitución de los contenedores reivindicados, de los gastos de conservación y almacenaje de los mismos más los intereses, gastos que ya habían sido reclamados con anterioridad a la demanda del actor. La Audiencia Territorial acoge el derecho de reconversión desestimado en primera Instancia y la Sentencia es confirmada por el Tribunal Supremo. Entre los argumentos, en el FJ 3º, responde a la alegación de que la demandada, *Canarias Shipping*, recibió de *Macoesa*, la arrendataria de la actora, los referidos contenedores para su entrega a la actora, extrayendo de esta aseveración fáctica que la actora, ante el evidente servicio que la demandada le había prestado, conservando sin duda de buena fe los contenedores hasta que aquélla se los reclamó, debía limitarse a indemnizarle los perjuicios que realmente se le hubieran podido irrogar, es decir, los gastos sufragados en la zona del Puerto de Las Palmas y que hubiera pagado o debido. El Tribunal Supremo argumenta que debe estarse a la doctrina de la S de 24 de junio de 1941 (citada por la recurrente) en cuanto establece en su considerando 6º que, notorio como es que por el CCE no ha sido regulado el derecho de retención como institución sustantiva, aunque sean numerosas sus aplicaciones en materia civil, (art. 453, 464, 502, 1600, 1730, 1780, 1892) y en materia mercantil (arts. 276, 704, 842, 868 -por entonces, vigente-) se da el caso, por falta de esa unidad conceptual y méritos de esa dispersión, de que sean también diversas las consecuencias jurídicas y económicas de ese derecho, que, en unos supuestos, como el contemplado en el artículo 502 del CC, lleve a los privilegios que aluden el art. 1922 CCE, y en otros, como en los casos a los que se refieren los arts. 276, 704 y la de las relaciones con terceros extraños al contrato, allí, obviamente (art. 1257 CC) donde no llegan los remedios defensivos del sinalagma.

Asume el carácter de excepción frente al deber de restituir o entregar, en tanto no se pague el crédito garantizado. No se trata de un derecho real, pues no confiere al retentor un poder directo sobre la cosa retenida, no hay reipersecutoriedad. Es, simplemente, una facultad-excepción que tiene su fundamento en la ley, como plus específico y distinto de la garantía y cesión a terceros (debe entenderse, no autorizada) y que prevé la exigencia de registro de los efectos introducidos en el establecimiento para que entre en juego la responsabilidad del horreario, en su última cláusula, que dice "*Quisquis habens conductum horreum su(a) ibi reliquer (ot) et custodi non adsignaver(it), horrearius sine culpa erit*".

<sup>410</sup> Vid. JORDANO FRAGA, F., *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Comentario a la Sentencia de l Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 7 de julio de 1987, año 1987,*

patrimonial universal del art. 1911 CCE. ....".

Podemos completar estos argumentos con lo previsto para los resguardos emitidos por las Compañías de almacenes generales de depósito en el artículo 195 de nuestro Código de Comercio, según el cual: "El poseedor de los resguardos tendrá pleno dominio sobre los efectos depositados en los almacenes de la Compañía, y estará exento de la responsabilidad por las reclamaciones que se dirijan contra el depositante, los endosantes o poseedores anteriores, salvo si procedieren del transporte, almacenaje y conservación de las mercancías.", y el artículo Art. 198 CCom., que reiteramos en esta sede, según el cual: "Las Compañías de almacenes generales de depósito serán en todo caso responsables de la identidad y conservación de los efectos depositados, a ley de depósito retribuido."

Pueden encontrarse previsiones similares acerca de los resguardos de depósito en el Código de Comercio francés e italiano<sup>411</sup>. ZWITSER señala que el Derecho Holandés establece un régimen diferenciado para la retención que surge en virtud de la ley, y para el caso de una retención convencionalmente establecida<sup>412</sup>.

Cuando la cláusula de retención emana de condiciones generales de la contratación de contratistas y emprendedores, el derecho pactado no tiene la preferencia que la ley otorga en el artículo 3:293 del Código Civil Holandés de 1992. Y no se opone a terceros, lo que incluye el derecho de prenda.

Si se viaja con conocimiento de embarque, puede ser a la orden del comprador, del banco del comprador, o del banco del vendedor. En caso de endoso, los bancos para pagar piden un conocimiento de embarque sin derecho de prenda, y es preciso liberarla con anterioridad. Hay un derecho de oposición del titular anterior, ya que puede haber abuso de facultad. 6:248 s.2 CCH. También se contempla la inaplicabilidad por desproporción del interés tutelado con el daño que se provoca.

La DA 6ª de la Ley 9/2013 de 4 de julio, que reforma la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre, recoge otro caso de legitimación subrogada, con la llamada "*Acción directa contra el cargador principal en los supuestos de intermediación*" dispone que: "En los supuestos de intermediación en la contratación de transportes terrestres, el transportista que efectivamente haya realizado el transporte tendrá acción directa por la parte impagada, contra el cargador principal y todos los que, en su caso, le hayan precedido en la cadena de subcontratación, en caso de impago del precio del transporte por quien lo hubiese contratado, salvo en el supuesto previsto en el art. 227.8 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de

---

<sup>411</sup> El Código de Comercio Francés prevé en su artículo R522-22 que "L'administration du magasin général liquide sur la demande du porteur du récépissé ou du warrant les dettes et les frais énumérés à l'article L. 522-32 et dont le privilège prime celui de la créance garantie sur le warrant.

Le bordereau de liquidation délivré par l'administration du magasin général porte les numéros du récépissé et du warrant auxquels il se réfère."

El "Codice" italiano en sus artículos 1797 y ss., relativos a los depósitos en almacenes generales. Cfr. VEIGA TARTARA, J.C., *Fideicomiso de warrants; el "warrant" como instrumento de financiación*, consultado en la tesis publicada en la hoja de la Universidad Complutense, Madrid, 2001, p. 48 y 49, refiriéndose al derogado Código Velezano y Código de Comercio Argentinos anteriores a la Ley de 2014, expresa el parecer de que el "warrant" había propiciado la extensión del derecho de retención no recogido en el Código Civil, y sí solo en el Código de Comercio, que autorizaba a los barraqueros a negar la entrega de las cosas hasta el pago del precio del depósito, hoy sustituidos por la Código Civil y Comercial de la Nación a todo contrato de depósito.

<sup>412</sup>Vid. ZWITSER, R., *El Derecho de retención en el nuevo Código civil holandés*, *Revista de Derecho Privado*, 2,2000, p.89-109. p. 106 y ss.

noviembre"<sup>413</sup>.

Finalmente, nos detenemos en el pliego de condiciones generales de la contratación de la Confederación de transportistas de bienes muebles entre comerciantes alemana, que sirve de modelo a los establecimientos de almacenes generales alemanes, y supone un compendio de las soluciones acuñadas, como vemos, en Derecho Romano, y acogidas por los usos y condificación posterior mercantil: "*Allgemeine Bedingungen für Lagergeschäfte mit Kaufleuten*", "*ABLK*", en que hemos consultado una adaptación de la versión vigente el 6 de diciembre de 2016, publicada en red. En sus puntos 1 y 2 prevé el pago previo de una provisión de fondos que debe abonarse al tiempo de efectuarse el depósito de las mercancías en almacenes, suficiente para cubrir el precio del porte y las prestaciones accesorias, el modo del pago del Impuesto sobre el valor añadido y que los pagos establecidos por meses deben efectuarse en los tres primeros días laborables de cada mes, y los anticipos en efectivo deben satisfacerse al almacenista sin dilación, a primer requerimiento. Los costes y la carga y descarga, se establece que deben calcularse según los precios ordinarios de la plaza y que se especificarán y calcularán de modo separado. También se prevé el vencimiento y mora del obligado a los 10 días de retraso sobre la fecha prevista, sin necesidad de previo requerimiento, el devengo de interés incrementado en dos puntos sobre el tipo de descuento oficial y la responsabilidad por cualesquiera otras reclamaciones que puedan nacer de la mora. Destacamos del punto segundo, que solo está permitida la compensación de pagos debidos al almacenista con créditos vencidos, líquidos, exigibles y no litigiosos, y el derecho del depositante a ceder o empeñar sus créditos, *sin perjuicio de las obligaciones contraídas por razón del contrato de almacenaje*, lo que debe verificarse por la entrega del talón original del almacén que se haya expedido, con su reseña del establecimiento<sup>414</sup>.

---

<sup>413</sup> Recogemos la Sentencia de la Sección novena de la Audiencia Provincial de Valencia, de 6 de octubre de 2016, dictada en el Recurso 1447/2017, ponente, D<sup>a</sup> Beatriz Ballesteros Palazón, que sienta doctrina respecto de la interpretación de este artículo: Según resumen preliminar de la Sentencia en la base de datos de CENDOJ, "En la instancia se plantea demanda de juicio verbal del transportista efectivo en la que ejercitaba acción directa contra el cargador del transporte en reclamación de la factura impagada por el subcontratista o intermediario ante el incumplimiento del subcontratista o intermediario por estar incurso en concurso de acreedores, siendo inadmitida a trámite por el Juzgado de lo Mercantil en el entendimiento de ser aplicable el art. 50.3 LC a la acción directa prevista en la Disposición Adicional 6<sup>a</sup> de la Ley 9/2013 por considerarla de naturaleza análoga a la acción directa contemplada en el art. 1597 CC, por ser el contrato de transporte igualmente un arrendamiento de servicios y obedecer a las mismas razones de política legislativa. Lo que discute la demandante en su recurso de apelación defendiendo no ser aplicable el art. 50.3 LC a la acción directa de la DA 6<sup>a</sup> Ley 9/2013 por tener distinta naturaleza y no caber la analogía. La Sala entiende que la resolución del recurso exige dos pronunciamientos distintos. En primer lugar, como antecedente lógico, si la acción directa del transportista efectivo tiene la misma naturaleza de la acción directa contra el dueño de la obra amparada en el art. 1597 CC, para lo que debe determinarse si la acción directa del transportista es ilimitada y se puede ejercitar incluso aunque el cargador haya cumplido su obligación respecto el intermediario o tiene carácter limitado por la parte que el cargador no haya satisfecho al intermediario. Y, en segundo lugar, como objeto más específico, a la vista de tal pronunciamiento, si el ejercicio de esta acción directa en caso de concurso de acreedores de la sociedad intermediaria queda afectada por el tenor del art. 50.3 LC, es decir, decidiendo los efectos que el ejercicio de esta acción puede tener sobre el concurso de acreedores en relación a la universalidad de la masa activa (art. 76 LC) y de la prohibición de alteración de la masa pasiva y la preferencia de acreedores."

<sup>414</sup> Vid. Condiciones publicadas por la Compañía "*Stutgarter Möbeltransport, GBH & CO, AG.*", basada en las ABLK, versión vigente el 6-12-2016. "... 1. Lagergeld. Der Lagerhalter erteilt dem

## VII.- CONCLUSIONES PROVISIONALES DEL CAPÍTULO IV.

PRIMERA.- El Derecho Romano trata las impensas reintegrables efectuadas en el marco de una relación contractual como actuación en interés de la otra parte contratante. En consecuencia, la utilidad de la actuación ha de contemplarse desde la perspectiva de la parte a que compete atender dicho gasto según el Derecho, el límite de la actuación lo señala el fin del contrato y esta utilidad para la otra parte de la relación, de modo que si razonablemente no le hubiera compensado, no será reintegrable, y todos los beneficios de la gestión efectuada han de revertir en el sujeto obligado al reintegro.

SEGUNDA.- La valoración de la inversión del depositario para atender el interés ajeno, tanto material como de trabajo, se equipara por influjo de la filosofía griega a un daño patrimonial, que ha de ser reintegrado. Su fijación es pecuniaria, y el Derecho Romano la configura como reclamación objetiva, desprovista de valor de afección. (Este puede ser el motivo de que la acción, conforme al epígrafe *Ulp. 6 ed.*, D, 3, 2, 7, no comporte infamia<sup>415</sup>, como se ha comentado en otra sede de este trabajo, juntamente con el hecho de la indeterminación de la cantidad hasta sentencia.)

---

Einlagerer zu Beginn der Einlagerung eine Rechnung ueber das fällige Lagerrecht einschliesslich der Vergütung für Nebenleistungen.

Versicherungsprämien und dergleichen. Bei der Berechnung des Lagergeldes werden angefangene Monate und angefangene 100 Kilo oder angefangene m<sup>2</sup>/m<sup>3</sup> als volle Einheiten gerechnet.

2. Die Rechnungsbeträge sind Nettobeträge. Der Einlagerer zahlt zusätzlich Mehrwertsteuer in der jeweiligen gesetzlichen Höhe.

3. Der Einlagerer ist verpflichtet, das vereinbarte monatliche Lagergeld im voraus bis spätestens zum Dritten Werktag eines jeden Monats an den Lagerhalter zu zahlen.

4. Das Lagergeld für Folgemonate ist auch ohne besondere Rechnungserteilung am 3. Werktag eines jeden Monats fällig.

5. Bare Auslagen sind dem Lagerhalter sofort auf Anforderung zu erstatten.

6. Die Kosten der Einlagerung, der Lagerbesuche, Teilein- und auslagerung und der späteren Auslagerung werden nach den ortsüblichen Preisen besonders berechnet.

7. Zahlungsverzug tritt 10 Tage nach Fälligkeit ein, ohne dass es einer Mahnung bedarf. Bei Verzug werden Zinsen bis zur Höhe von 2% über dem Diskontsatz der Deutschen Bundesbank fällig. Unbeschadet hiervon bleibt die Geltendmachung darüber hinausgehender Ansprüche aus Verzug.

2. Aufrechnung, Abtretung, Verpfändung.

1. Gegenüber dem Anspruch des Lagerhalters auf Zahlung des Lagergeldes, (N. 7 ABLK) kann nur mit unbestrittenen und fälligen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen des Einlagerers aufgerechnet werden.

2. Der Einlagerer ist *unbeschadet seiner Pflichten aus dem Lagervertrag* zur Abtretung oder Verpfändung der Rechte aus dem Lagervertrag berechtigt. Eine Abtretung oder Verpfändung der Rechte aus dem Lagervertrag ist gegenüber dem Lagerhalter nur verbindlich wenn sie ihm schriftlich mitgeteilt worden ist. In solchen Fällen ist derjenige, dem die Rechte abgetreten oder verpfändet worden sind, nur gegen Vorlage des Lagervertrages mit Lagerverzeichnis zur Verfügung über das Lagergut berechtigt. Nummer 5.2 ABLK gilt sinngemäss ..."

<sup>415</sup> *Ulp. 3 ed.*, D 3, 2, 7: "El condenado por la acción contraria no incurrirá en infamia, y no falta razón para que así sea, porque en las acciones contrarias no se trata de malicia, sino que, de ordinario, el juicio se refiere al cálculo <compensatorio de las obligaciones recíprocas.>".

TERCERA.- El contenido de la reclamación del depositario, en Derecho Romano, viene condicionado por la clase de acción susceptible de ejercitarse, habiendo experimentado una evolución desde la acción de derecho estricto a la acción de buena fe. Con una acción de derecho estricto únicamente es posible recuperar el crédito contraído y, en su caso, aquéllos factores adicionales al mismo expresamente convenidos y previstos en el edicto, recogidos en los Títulos XV y XVII del Edicto según la reconstrucción de LENEL, intereses, lugar de cumplimiento, pena y, en su caso, los previstos para la realización de la cosa empeñada para el pago, lo que debe quedar reflejado en la fórmula dirigida al juez o árbitro para su enjuiciamiento. La acción de buena fe permite que el juez o árbitro aprecie cuantas circunstancias y alegaciones acredite cualquiera de las partes en el acto del juicio, y la compensación de prestaciones y, en su caso, daños, para la obtención de un único resultado compensatorio. En ambos casos, los gastos vienen comprendidos en el precio previsto cuando una actuación es onerosa.

CUARTA.- Puede apreciarse el principio de unidad de actuación en el enjuiciamiento de los casos, de modo que la actuación realizada es en conjunto beneficiosa o perjudicial para el sujeto en cuyo nombre se ha actuado, que no puede aceptar los beneficios de la actuación sin atender también los perjuicios y responsabilidades que dicha actuación le comporta.

QUINTA.- La acción contraria contiene un trámite de rendición de cuentas, que corresponde formular al que reclama el reintegro, susceptible de impugnación y de revisión judicial.

SEXTA.- La transmisión del derecho a reclamar las cosas depositadas es derivativa, de modo que el adquirente queda sujeto a la reclamación de los gastos o de las obligaciones contraídas.





## CAPÍTULO V.

### GARANTÍAS Y PRIVILEGIOS DE LA ACCIÓN DEL DEPOSITARIO.

#### I.- PLANTEAMIENTO.

Fieles al esquema descrito en la introducción del presente trabajo, en este capítulo, nos ocupamos de las garantías y privilegios específicos con que el derecho romano ha ido revistiendo tradicionalmente la reclamación del depositario. Creemos, tal y como ya lo habíamos anunciado en la introducción, que el método más adecuado de acercamiento a las previsiones de defensa del derecho de resarcimiento y, en su caso, de cobro, del depositario es el de su distinción en función de la naturaleza de la cosa depositada, por lo que vamos a dividir el estudio en los casos del depósito de cosa cierta y determinada, susceptible de ser reivindicada, del depósito de cosas fungibles o mercaderías, destinadas al tráfico comercial -lo que se denominaba "*pecunia*" en sentido amplio y podría corresponderse con la categoría hoy abandonada de las "*res nec mancipi*"-, y, finalmente, del depósito de dinero. Completamos el estudio con consideraciones acerca de la proyección de las soluciones halladas por la jurisprudencia romana en el derecho actual, donde nos centramos fundamentalmente en el Derecho Español.

#### II.- DEPÓSITO DE COSA CIERTA Y DETERMINADA, SUSCEPTIBLE DE REIVINDICACIÓN, Y SUS CONSECUENCIAS EN EL DERECHO POSITIVO ACTUAL.

En este caso prima, ante todo, la salvaguarda del interés del depositante en la restitución de su misma cosa incólume por delante de cualquier otra consideración. Es claro el fragmento de las *PS* 2, 12, 12, conforme al cual:

*"In causa depositi compensatione locus no est, sed res ipsa reddenda est."*

El depósito, como el arrendamiento<sup>416</sup>, no suele cambiar la propiedad, pues la entrega de la cosa por causa de depósito supone una traslación no transmisiva, o sea, sin "*datio*", con la finalidad de la conservación y restitución de la cosa. Consecuentemente, son adecuadas, las previsiones relativas al mantenimiento del poder sobre la cosa por el "*dominus*"<sup>417</sup>. Nos hemos referido en partes anteriores del

<sup>416</sup> Cfr. *Ulp. 2 ed.*, D. 19, 2, 39: "No suele el arrendamiento cambiar la propiedad".

<sup>417</sup> Vid. LOZANO CORBÍ, E.A., *Origen de la propiedad romana y de sus limitaciones, Proyecto social, Revista de Relaciones Laborales*, 2, 1994, p. 85 y s., en que el autor efectúa una

presente trabajo al fragmento de Florentino 7 *Inst.*, D. 16, 3, 17, 1, que contempla una detentación en nombre del dueño por parte del depositario propiamente dicho, cuando prevé que "La propiedad de una cosa depositada permanece en el depositante y también la posesión si no ha sido depositada en secuestro, en cuyo caso, precisamente, posee el secuestratario, ya que en este tipo de depósito se trata de que el tiempo no corra para la posesión de ninguno". La consideración al respeto a la propiedad de una cosa cierta y determinada depositada puede bien ser el fundamento de las prohibiciones justinianas, de que el depositario pueda retener las cosas depositadas a pretexto de lo que el depositante le deba, aunque sea por razón de impensas, frente a la jurisprudencia precedente más dudosa. Se establece la prohibición por la Constitución C. 4,34,11, del año 529. Se reitera en la C. 4,31,14,1 *i.f.*, a. 531, donde regula su nuevo sistema de compensación:

*"...excepta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus"*.

o sea, "...excepto en el caso de la acción de depósito, en que en nuestra constitución C. 4,34,11 hemos excluido la compensación. ...".

También cobra pleno sentido el hecho de preverse que el depositante pueda jurar de litigio estimado cuando la cosa no puede serle devuelta por causa imputable al depositario, y de la desigual fórmula respecto del depositante, que actúa en el proceso de buena fe como dueño, y el depositario, que, en su caso, puede actuar como acreedor, que hemos visto a propósito del fragmento *Gai* IV, 47. El hecho de la asimetría en las reclamaciones de las partes puesto de manifiesto, recordemos que tiene influencia desde el punto de vista procesal, con la anteposición a la ejecución de la condena del obligado a la restitución de la cosa determinada de la cláusula "*nisi restituit*", la admisión junto con una modalidad de acción *in ius*, como juicio de buena fe, de la modalidad "*in factum*" para el caso de ser cuestión litigiosa que el demandado haya recibido la cosa que se le reclama -*Gai* IV, 47 y 60- o la pérdida del juicio por el depositante por pedir más cosas de las verdaderamente depositadas -*Gai* IV, 59 y 60-, así como la admisión al depositante del juramento estimatorio sobre el valor de la cosa que reclama, frente al depositario al que no se le admite respecto de sus eventuales gastos e indemnizaciones que pudiese reclamar<sup>418</sup>. La condición de propietario del depositante es también el fundamento del hecho de que la condena del depositario comporte infamia<sup>419</sup>. En el caso del depósito de cosa cierta y determinada

aproximación a la evolución de la idea de propiedad en Roma, explicando que, en una primera etapa, la propiedad y el poder doméstico soberano del "*paterfamilias*" formaban una unidad inescindible. Así, el derecho del jefe de la casa sobre su mujer e hijos era esencialmente igual al poder sobre los esclavos y el ganado. Todo lo que estaba en el ámbito de la familia, las personas, los esclavos y las cosas, estaba sometido a un poder soberano, el llamado "*mancipium*". Si bien, el autor matiza que las decisiones del jefe familiar debían adoptarse en interés del grupo. Nos indica que las instituciones de potestad familiar y señorío patrimonial se separan hacia finales de la República o principios de la época clásica. El "*mancipium*" se dividió en "*dominium*", "*iura in re*" y potestad sobre las personas.

<sup>418</sup> Vid. Cap. III.

<sup>419</sup> Cfr. Jul. 1 *dig.*, D. 3, 2, 1 "Es tachado de infamia ... el que hubiere sido condenado en juicio de sociedad, tutela, mandato o depósito en nombre propio, no por la acción contraria ..."; e *Inst.* 4, 16,

parece encontrar su mejor acomodo el fragmento D. 16, 3, 31, 1<sup>420</sup>, atribuido a Trifoniano 9 *disp.*, y sus disquisiciones sobre la persona a la que ha de restituirse la cosa depositada, cuando un tercero distinto del depositante y no autorizado por éste reclama la cosa. Nos dice el fragmento que: "(...) Y apruebo que ésta sea la justicia que da a cada uno lo suyo, de modo *que no se prescindiera de la reclamación preferente en justicia de alguna otra persona*. Pero si yo no compareciera para reclamarlos, han de ser restituidos, no obstante lo dicho, al que los depositó, aunque los depositó mal adquiridos (...) ...".

En la base del conflicto se encuentra el deber de restitución a quien en justicia debe tener la cosa, sin que puedan oponerse excepciones dilatorias, sin perjuicio del reconocimiento al derecho de reintegro de gastos y daños, pero éstos nunca podrán servir de excusa para obstaculizar la inmediata devolución. KNÜTEL<sup>421</sup> encuentra el fundamento de esta previsión en la importancia de la *fides* en el mundo negocial romano, el cual considera que nos revela el fragmento de Trifoniano. El conflicto que queda de manifiesto es el que se le crea al depositario que ha recibido una cosa de tenedor ilegítimo, entre su deber de devolver la cosa a aquél de quien la recibió o entregársela al verdadero dueño de la misma. La solución, nos dice el autor, que tronca en la propia idea de justicia, consistente en dar a cada uno lo suyo, que se siga. Aristóteles, en su *Ética* a Nicómano, diferenció la idea de justicia distributiva<sup>422</sup> de dar a cada uno según su condición - según la cual el depositario ha de retornar la cosa a aquél que se la entregó y no puede quebrantar la confianza dada, debiendo quedar ajeno a posibles reclamaciones de terceros- y la justicia conmutativa y correctiva<sup>423</sup>, según la cual no puede producirse alteración alguna que no haya sido debidamente compensada, que produce el mantenimiento de la situación existente. Esta última exige que prevalezca el verdadero dueño al tiempo de restituirse la cosa o que se condene al detentador a devolver otro tanto. En esta última acepción, la base de fidelidad en la custodia queda subordinada a los valores de respeto del orden jurídico establecido, que deben atenderse de forma prevalente, y a un rango, en que la propiedad o titularidad prima por encima del derecho de obligaciones. En Diocleciano C. 3, 42, 8, 1,

*"Quod si pactus sit, ut tibi restituantur, si quidem ei qui deposuit successisti, iure hereditario depositi actione uti non prohiberis: si vero nec civili nec honorario iure ad te hereditas eius pertinet, intellegis nullam te ex eius pacto contra quem supplicas actionem stricto iure habere: utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur*

2: *"Ex quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo, item tutelae, mandati, depositi, directis non contrariis actionibus, item pro socio, quae ab utraque parte directa est, et ob id quilibet ex sociis eo iudicio damnatus ignominia notatur: sed furti quidem aut vi bonorum raptorum aut iniuriarum aut de dolo non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti: et recte; plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit."*

<sup>420</sup> Este fragmento no forma parte de los comentarios de Triboniano a Cervidio Escévola, que aborda SIXTO, M., en su trabajo, *Las anotaciones de Trifonino a Cervidio Escévola*, Santiago de Compostela :1989-1991.

<sup>421</sup> Vid. KNÜTEL, R., *Zum Pflichtenkonflikt des Verwahrers*, Mélangés Fritz Sturm, Zürich, 1999, p. 252 y ss.

<sup>422</sup> Cfr. *Et. N.* 5, 7, p. 1131, 18-20 ; 5-8, p. 1130 b 30-1131-9.

<sup>423</sup> Cfr. *Et. N.* 5.5, p. 1131 a., 1; 5,7, p. 1131 b., 25; 5.8, y p. 1132 b.24-25.

*depositi actio. \* DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. PHOTINO. \* <A 293 S. V K. MAI. HERACLIAE AA. CONSS. <sup>424</sup>>*"

y la Collatio 10, 7, 8,

*"Si quis rem penes se depositam apud alium deposuerit, tam ipse directam quam is qui apud eum deposuit utilem actionem depositi habere possunt".*

Los fragmentos transcritos sustentan acciones útiles en favor del dueño de la cosa<sup>425</sup> para reclamarla aunque haya sido depositada por persona distinta del dueño.

Podemos situar en esta misma línea la Ley X del título III, Libro V Partidas de Alfonso X el Sabio, conforme a la cual averiguamos que se prohíbe al depositario la retención de las cosas depositadas por razón de expensas:

"Que las despensas que fueren fechas por razón del condessijo deben ser tornadas a aquel que las fizo. Despensae faziendo aquel que toviessse alguna cosa en guarda de otri, por pro della como quier que las deve cobrar, por todo esso non deben retener como en razón de prenda por ellas aquella que le fuera dada en guarda, mas debe la dar aquel cuyo es quando gela demande. Otrosí dezimos que es tenido el otro de darle aquellas despensas que fizo en esta razón. Otrosí dezimos que si algún ome diese a otro algún siervo en guarda, sabiendo que era ladrón, e non le apercibiese de ello e

---

<sup>424</sup> Cfr. la traducción de GARCÍA DEL CORRAL, I, *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, ob. cit., Segunda parte, Código, Tomo I, p. 400, quien traduce el fragmento del siguiente modo: C, 3, 42, 8, 1: "Los mismos Augusto y Césares a Fotino. Si aquel de quien haces mención en tus súplicas dio en comodato o en depósito cosas tuyas, puedes ejercitar contra el que las tiene la acción de exhibición, o la reivindicación. Pero si hubiera pactado que se te restituyan, si verdaderamente has sucedido por derecho hereditario al que las depositó, no se te prohíbe ejercitar la acción de depósito. Mas si ni por derecho civil ni por el honorario te pertenece su herencia, ten entendido que, por virtud de este pacto, no tienes por estricto derecho ninguna acción contra quien suplicas; pero se te dará por equidad la acción útil de depósito. Sancionada en Heráclea, a 5 de las calendas de mayo, bajo el Consulado de los Augustos." [293-304].

<sup>425</sup> Vid. KNÜTEL, R. *Zum Pflichtenkonflikt des Verwahrers*, ob. cit., p. 262. El autor explica la Sentencia del TS alemán -BGH-, de 14 de febrero de 1979 (BGHZ 73, 317 y ss.) en que desestima que en principio deba prevalecer la acción reivindicatoria frente a la reclamación de restitución en un caso de prenda del § 1223 del BGB (Código civil alemán). Se argumenta que, dado que el acreedor pignoraticio solo puede realizar su reclamación dando los pasos necesarios, la anteposición de la cuestión de titularidad al procedimiento ejecutivo supondría dilaciones inasumibles para la satisfacción del acreedor. El autor opina que la prevalencia del interés del acreedor al menos resulta discutible cuando la cosa se gravó sin conocimiento ni consentimiento del dueño. Se protege la buena fe del acreedor pignoraticio desconocedor de irregularidades en la concesión de su garantía. Cr. lo previsto en el C. Justiniano C. 4, 34, 11, y la novela 88: "Pero si por escrito se le hubiere hecho, si transmitida por otro, no por dolo o fraude, una notificación al que recibió el depósito, séale lícito al que hizo el depósito recuperar cuanto antes las cosas depositadas, habiendo prestado caución idónea para la defensa." Recitada en la séptima milla en el nuevo consistorio del palacio de Justiniano. Auténtica de "*deposito et denuntiation, inqulinorum* (Nov. 88) "Pero ya se dispuso que ninguna tercera persona le prohíba al depositario la restitución del depósito, verificada la cual, podrá el deponente que posea la cosa, ser demandado por el que le hizo la prohibición ..." Se prevé que el depositario restituya las cosas depositadas a aquél de quien las recibió que será a quien ha de demandar el dueño despojado.

este siervo furtase alguna cosa a su guardador, que es tenido el señor de pechar aquello que furtase. Mas si el que lo dio en guarda no lo supiese, estonce, en su essigencia es de pechar el furto o de desamparar el siervo, por emienda del furto que desta manera le fizo."

También parece ser éste el fundamento de la prohibición de compensación del artículo 1200 de nuestro actual Código Civil, conforme al cual: "La compensación no procederá cuando alguna de las deudas proceda del depósito o de las obligaciones del depositario o comodatario. ..." <sup>426</sup>.

En este caso, pues, ha de entenderse que es donde el derecho justiniano previó que el depositario únicamente dispondría de una acción "contraria", en tanto no pudiera reclamar su derecho para la pertinente deducción en un procedimiento contradictorio. Naturalmente, también le queda abierta la posibilidad de resolver la relación ante los incumplimientos de su obligación de atender los gastos y pagos que corresponda por el depositante o persona en cuyo favor se está conservando la cosa, con las debidas precauciones para evitar el deterioro o pérdida de la cosa, pues esta facultad es común a todo tipo de contrato de depósito.

El caso de las cosas ciertas e identificables y susceptibles de reivindicación es el menos idóneo para su retención, por su importancia patrimonial, generalmente desproporcionada en relación al importe refaccionario debido, y su indivisibilidad, frente a las mercaderías y el dinero. Resulta ilustrativo el fragmento de Paulo 21 *ed.*, 6, 1, 27, 5:

"... *Sed si puerum meum, cum possideres, erudisses, non idem observandum proculus existimat, quia neque carere servo meo debeam nec potest remedium idem adhiberi, quod in area diximus*".

"...Pero si posees a un niño esclavo mío y lo educas, entiende Próculo que no ha de observarse lo mismo, porque ni yo debo ser privado de mi esclavo, ni puede aplicarse el mismo remedio que dijimos para el solar..."

---

<sup>426</sup> La doctrina ha venido matizando el alcance de esta prohibición, que no se entiende aplicable al depósito dinerario, así, entre otros, NAVAS NAVARRO, S., *Compensación, depósito y comodato*, Barcelona, 1997. Esta autora, en la p.123 y ss. recoge la idea expresada por PENA BERNALDO DE QUIRÓS, M., de que la prohibición de que el depositario pueda oponer compensación, obedece a la idea, más general, de que aquél a quien se confían potestades en interés y por cuenta de otra persona, no puede prevalerse de esta situación en provecho propio. Es decir, .. que el legislador ha querido que, incluso en cuanto a esta deuda, el depositario no anteponga su propio interés al interés del depositante, y que, con ello, se evita todo estímulo a la infidelidad en la guarda de las cosas depositadas. En definitiva, la autora concluye que se trata de no defraudar la confianza y la buena fe manifestada por el deponente al decidirse a depositar su bien en manos del depositario de que se trate. Vid. otro comentario a la cuestión en MALUQUER DE MOTES, C., *Art. 1200 CC, Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, Coord. Albaladejo, Madrid, 2008, p. 256 y ss. Según la STS 21 abril 1988 (Tol 1735123), es posible el pacto en contrario a esta prohibición.

### III.- LA POSIBILIDAD DE CONSIGNACIÓN Y SUS BASES HISTÓRICAS.

La consignación parece tener antecedentes en las fuentes romanas, por la institución del "depósito en el templo" -"*in aede*", como figura diferenciada del secuestro<sup>427</sup>. GARCÍA VÁZQUEZ diferencia varios tipos de depósito "judicial", en las fuentes romanas: junto con el de constitución de caución pretoria, para poder entrar en posesión de determinados bienes o evitarlo, que no es el que nos ocupa aquí<sup>428</sup>, diferencia los casos de "depósito en sitio público o en el templo", equiparables en su función, a nuestro entender, a la consignación, y el caso del secuestro, en que dos o más personas pretenden tener derecho a la cosa. Lo que se busca es el cese de responsabilidad, generalmente, el cese de devengo de intereses del deudor, y se le atribuye tradición oriental<sup>429</sup>. El pasaje de la obra *Paulo singulari de officio adssessorum*, D. 3, 3, 73, recoge un caso de un deudor dispuesto a pagar antes de la

<sup>427</sup> Vid. GARCÍA VÁZQUEZ, C., *Consideraciones sobre el depósito judicial*, *Estudios jurídicos "in memoriam" del profesor Alfredo Calonge*, Vol. I, Salamanca, 2002, p. 487- 502. Aclaramos que la autora no emplea en ningún momento la expresión "consignación", sino que describe los tipos de forma fiel a las denominaciones romanas. La consideración de este tipo de depósito como antecedente de la consignación, salvando las distancias, tiene algún apoyo en autores como Antonio Fernández de Buján, y María Dolores Cano Hurtado, según luego veremos.

<sup>428</sup> Vid. GARCÍA VÁZQUEZ, C., *ut supra*, Aborda, entre otros más dudosos, los casos de *Gai 7 ad ed. Prov.* D. 10, 2, 5, caso de caución hereditaria; D. 49, 1, 23, 3, y C. 7, 65, 5, C. Th. 11, 36, 25, casos de garantía por los objetos depositados y por los frutos; *Ulp. Disp.* D. 24, 3, 22, 8; *Ulp. 40 ed.* D. 37, 6, 1, 10, casos de bienes confiados a cargo tutelar; PS 5, 29, 5, recoge un caso de depósito de documentos. MATEO Y VILLA, I., *El derecho de retención*, Cizur Menor, p. 2011, p. 57 y ss., se refiere a la "administración judicial". Artículo 270 Reglamento Notarial, modificada por RD 45/2006, de 19 de enero, prohíbe la negativa a legalizar documentos, sin perjuicio de las precauciones en caso de duda. Por su parte. el Código Deontológico de la Abogacía Española regula, en relación a los documentos del cliente, una obligación específica: tenerla a su disposición. Su artículo 13.12 dispone: "La documentación recibida del cliente estará siempre a disposición del mismo, no pudiendo en ningún caso el Abogado retenerla, ni siquiera bajo pretexto de tener pendiente cobro de honorarios. No obstante podrá conservar copias de la documentación".

<sup>429</sup> Vid. VIGNERON, R., *Offerre aut deponere, de l' origine de la procedure des offres réelles suivies de consignation*, Liège, 1979, p. 19 y ss. Concluye el autor, p. 50, que la consignación romana no producía el efecto de liberar propiamente al deudor. "... *la depositio n'existait pas a Rome à la periode preclassique. Comme en Grèce, les dépôts devaient y être frèquents et il est vraisemblable que les débiteurs prenaient parfois la précaution de déposer l'objet de leur dette, afin de pouvoir faire face sans difficulté aux demandes des créanciers. Mais ces dépôts n' entraînaient aucune modification des relations juridiques préexistantes. En bref, la "depositio", mécanisme se repercutant sur les droits du tiers créancier, ne faisait pas encore partie des institutions de Rome.*" Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A, *Derecho Privado Romano*, op. cit., p. 525, en que cita el fragmento de Papiniano (2 *resp.*), D. 22, 1, 7, según el cual: "*Debitor usurarius creditori pecuniam optulit et eam, cum accipere noluisse, obsignavit ac deposuit: ex eo die ratio non habebitur usurarum. Quod si postea conventus ut solveret moram fecerit, nummi steriles ex eo tempore non erunt*". "Un deudor ofreció la cantidad a su acreedor, y, como éste no quisiera aceptarla, la selló y depositó: desde esa fecha, no se contarán los intereses ..." y la C. 8.42.9, según el cual: "Es evidente que con el depósito de la cantidad adeudada, realizado en forma solemne, se verifica la liberación de la obligación. Pero la oferta de lo adeudado produce la liberación solamente si se hubiera hecho en el lugar en que se debe el pago."

litiscontestación; Ulp. 25 ed, D. 10, 4, 11, 1, un caso en que se prevé que los fiadores puedan efectuar un depósito público " ... *periculo et impendiis actoris perferendam perducendamve eo loci ubi actum sit. Pascere plane servum vestire curare possessorem oportere ait ...*", y, Herm. 2 iur. epit., D. 46, 1, 64, un caso en que el fiador deposita públicamente cantidades que había de cobrar un menor de edad:

*"Fideiussor, qui minori viginti quinque annis pecuniam optulit et in publico loco metu in integrum restitutionis consignatam deposuit, confestim experiri mandati poterit"*.

Y el pasaje de Javoleno 13 ex Cassio, D. 43, 5, 5:

*" ... De tabulis proferendis interdictum competere non oportet, si hereditatis controversia ex his pendet aut si ad publicam quaestionem pertinet: itaque in aede sacra interim deponendae sunt aut apud virum idoneum ..."*,

en que se deposita a favor de quien resultare ser heredero. Tenemos también el caso de *Iul. 42 dig.*, D, 40, 5, 47, 2, que admite un depósito en un templo supeditado a la condición de una rendición de cuentas.

*"Si Stichus libertas per fideicommissum data fuerit sub condicione, si rationes reddidisset, et is absente herede paratus sit reliqua solvere, praetoris officio continetur; ut virum bonum eligat, cuius arbitrio rationes computentur, et pecuniam, quae ex computatione colligitur, deponat ..."*,

El supuesto de depósito para obtener el cese del devengo de intereses, se aborda en el fragmento *Ulp. 36 ed.*, D. 27, 4, 3, 6:

*"Quid ergo, si de re pupillari non potuit sibi solvere, quia erat deposita ad praediorum comparationem? Si quidem non postulavit a praetore, ut promatur pecunia vel hoc minus deponatur, sibi imputet: si vero hoc desideravit nec impetravit, dicendum est non deperire ei usuras"*.

La autora señala que en estos últimos casos, la persona que tenía derecho a cobrar, estaba previamente determinada y solo tenía que interponer la "*condictio*" para recibir lo depositado.

La forma en que se articula la consignación es semejante a lo que actualmente se considera un procedimiento de jurisdicción voluntaria. La jurisdicción voluntaria se caracteriza por ser una función pública que se desarrolla con relación a intereses jurídicos privados<sup>430</sup>. Se encuentra empleada la expresión del término y distinción

<sup>430</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Diferencias entre los actos de jurisdicción contenciosa y los actos de la denominada jurisdicción voluntaria en Derecho Romano, Estudios de Derecho Romano en honor de Álvaro D'Ors*, Pamplona, 1987, p. 428 y ss., para apreciar las diferencias entre la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria. Supone la intervención de fedatario o autoridad pública en la esfera jurídico-privada, a fin de revestir de garantías la actuación del sujeto interesado. Se ha hablado de una verdadera "administración de justicia". No obstante la intervención de un órgano judicial, el expediente de jurisdicción voluntaria es susceptible de revisión en la vía contencioso-administrativa, así resulta del art. 19. 4º de la Ley 15/15, de 2 de



frente a la jurisdicción contenciosa en el fragmento de Marciano 1 *Inst.*, D. 1, 16, 2, pr.-1, conforme al cual:

*"Omnes proconsules statim, quam Urbem egressi fuerint, habent iurisdictionem: sed non contentiosam sed voluntariam, ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi, quam servi, ut adoptiones faciant. "*

FERNÁNDEZ DE BUJÁN<sup>431</sup>, a quien seguimos, fija su surgimiento vinculado a la concesión de la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio efectuada por Caracalla, y a la aplicación provincial del Derecho Romano.

En sede del contrato de depósito, Título 3 del Libro 16 del Digesto, podemos considerar descrito el procedimiento de consignación en el pasaje de *Ulp. 30 ed.*, D. 16, 3, 5, 2, en que se describe la situación del secuestrario que precisa ser relevado de su cargo por una causa "justísima".

*"Si velit sequester officium deponere, quid ei faciendum sit? Et ait Pomponius adire eum praetorem oportere et ex eius auctoritate denuntiatione facta his qui eum elegerant, ei rem restituendam qui praesens fuerit. Sed hoc non semper verum puto: nam plerumque non est permittendum officium, quod semel suscepit, contra legem depositionis deponere, nisi iustissima causa interveniente: et cum permittitur, raro ei res restituenda est qui venit, sed oportet eam arbitrato iudicis apud aedem aliquam deponi."*

Si el secuestrario quiere deponer su ministerio, se plantea el jurisconsulto qué deberá hacer. Dice Pomponio que debe acudir al pretor y hecha con la autoridad de éste la notificación a los que lo habían elegido, hay que restituir la cosa al que estuviera presente. Pero nos advierte que en muchas ocasiones no hay que permitir que deponga el ministerio, una vez asumido, *contra lo dispuesto en el depósito*, salvo que intervenga una causa justísima. Así resulta del fragmento del comentario de Ulpiano al edicto 30, D. 16, 3, 1, 36:

*"Si pecunia in sacculo signato deposita sit et unus ex heredibus eius qui deposuit veniat repetens, quemadmodum ei satisfiat, videndum est. Promenda pecunia est*

---

junio, conforme al cual "La resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquél, debiendo pronunciarse la resolución que se dicte sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria." Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Jurisdicción y arbitraje en Derecho Romano*, Madrid, 2006, p. 23 y ss. En cuanto a la consignación propiamente dicha en derecho actual, vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P., *"Algunas notas sobre el pago y la compensación en clave jurisprudencial, Actualidad jurídica iberoamericana*, 4, 2016, p. 259 y ss., en que nos dicen que la extinción de la obligación presupone la consignación, por lo que, para lograr dicho efecto, no basta el mero ofrecimiento de pago, el cual, sin embargo, evita que el deudor se constituya en estado de mora o incurra en incumplimiento (que permita resolver el contrato) o caducidades. V. en este sentido SSTS 10 junio 1996 (Tol 1659524) y 30 diciembre 1998 (Tol 171250).

<sup>431</sup> Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Diferencias entre los actos de jurisdicción contenciosa y los actos de la denominada jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, op. cit., p. 428 y ss.

*vel coram praetore vel intervenientibus honestis personis et exsolvenda pro parte hereditaria: sed et si resignetur, non contra legem depositi fiet, cum vel praetore auctore vel honestis personis intervenientibus hoc eveniet: residuo vel apud eum remanente, si hoc voluerit (sigillis videlicet prius ei impressis vel a praetore vel ab his, quibus coram signacula remota sunt) vel, si hoc recusaverit, in aede deponendo. Sed si res sunt, quae dividi non possunt, omnes debet tradere satisfactione idonea a petitore ei praestanda in hoc, quod supra eius partem est: satisfactione autem non interveniente rem in aedem deponi et omni actione depositarium liberari."*

Se reproduce el caso en que se hubiera depositado una cantidad en un saquete sellado y uno de los herederos del que depositó viniera reclamándolo, en que hay que ver cómo lo satisfará. El dinero ha de ser sacado o ante el pretor o interviniendo personas honradas, y se ha de pagar proporcionalmente a la parte hereditaria. Pero, aunque se levante el sello, no se hará contra lo dispuesto en el depósito, cuando esto sucediere con la autoridad del pretor o con la intervención de personas honradas, sino que quedará el remanente en su poder, si así lo hubieren querido (habiéndosele impreso los sellos al remanente por el pretor o por aquellos en cuya presencia se levantaron los sellos) o si lo hubiere rehusado, se depositará en un templo. Pero si son cosas que no pueden ser divididas, deberá entregarlas todas, siempre y cuando diere el que lo reclama una fianza idónea por lo que excede a su parte; en otro caso, la cosa debe depositarse en el templo, y quedar liberado de toda acción el depositario.

El depositario ordinario parece que puede devolver la cosa sin estas formalidades. Habrá de estarse al hecho de haberse o no previsto un plazo para la devolución o un motivo del depósito<sup>432</sup>. Lo que sí se entiende es que el depositario deberá adoptar las

<sup>432</sup> Cfr. el art. 1771 apartado 2º del Código civil italiano de 1942, conforme al cual "Il depositario puo richiedere in qualunque tempo che il dipositante riprenda la cosa, salvo che sia convenuto un termine nell' interesse del depositante. Anche se non è stato convenuto un termine, il giudice puo concedere al depositante un termine congruo per ricevere la cosa." Vid. TRABUCCI, A., *Comentario breve al Codice Civile*, Milano, 1992, p. 1443. Comenta, a propósito de este artículo que en el caso de ausencia de término, se habla de una facultad de rescisión unilateral, que compete a ambas partes. El plazo de prescripción para la reclamación de las cosas depositadas se cuenta bien desde la conclusión del plazo previsto o establecido, o desde el requerimiento del depositario a la restitución. Si el depositante rehúsa retirar las cosas depositadas, se aplican los artículo 1206-1215 de dicho Código. De modo semejante, el Código Civil Alemán prevé, en su § 696, una facultad similar, según la versión posterior a la reforma del derecho de obligaciones, de 26.11. 2001, en vigor desde el 1 de enero de 2002. "Der Verwahrer kann, wenn eine Zeit für die Aufbewahrung nicht bestimmt ist, jederzeit die Rücknahme der hinterlegten Sache verlangen. 2Ist eine Zeit bestimmt, so kann er die vorzeitige Rücknahme nur verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. 3Die Verjährung des Anspruchs beginnt mit dem Verlangen auf Rücknahme". El Código civil español de 1889 establece la posibilidad de que el depositario solicite la consignación en el art. 1776. ZIMMERMANN, R., en su obra *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Trad. de A. Vaquer Aloy, Madrid, 2000, p. 152 y s., comenta, a propósito de los PECL -Propuesta de "softlaw" conocida como "Principios de Derecho Contractual Europeo"- que una de las regulaciones más originales de los PECL es el problema de la "mora del acreedor". Nos dice que la cuestión de la inadmisión de la prestación por debida por el acreedor resulta familiar para los juristas alemanes. Por el contrario, los derechos francés e inglés, desconocen como institución jurídica autónoma la "mora creditoris". En Inglaterra, esto se debe a que, dado el caso, el acreedor es responsable en igual medida que el deudor por el quebrantamiento del contrato ("*breach of contract*"). Por ello, los Principios Unidroit

prevenciones necesarias para evitar perjuicio alguno a las cosas depositadas en tanto el propietario no haya podido hacerse cargo de las mismas. Cuando no se ha establecido plazo ni causa del depósito, a semejanza del precario y el comodato para bienes inmuebles, puede el depositario devolver la cosa a su voluntad. El fragmento *Lab. 4 post.*, D. 19, 2, 58, 1, prevé que:

*"In operis locatione non erat dictum, ante quam diem effici deberet: deinde, si ita factum non esset, quanti locatoris interfuisset, tantam pecuniam conductor promiserat. Eatenus eam obligationem contrahi puto, quatenus vir bonus de spatio temporis aestimasset, quia id actum apparet esse, ut eo spatio absolveretur, sine quo fieri non possit".*

"En el arriendo de una obra no se había establecido el plazo dentro del cual debería hacerse; después había prometido el arrendatario, para el caso de no llevarla a cabo, una indemnización igual al interés del arrendador. Opino que se obliga tan solo por el plazo que un hombre recto estimase, porque parece haberse establecido que fuese hecha dentro del plazo mínimo para que pudiese ser realizada."

En los casos de tracto continuado, no es posible la exigencia de que la obligación no se haya empezado a cumplir, para desligarse de la misma, y le es más propia la resolución "*ex nunc*" y la producción de efectos durante el tiempo en que ha estado funcionando. La resolución del contrato de depósito, en principio, puede producirse por la sola voluntad del depositante, ya que el contrato se entiende celebrado, salvo que otra cosa resulte del mismo, en su exclusivo interés o utilidad<sup>433</sup>. En el caso de

---

no contienen regulación alguna especial de la mora del acreedor. Los PECL distinguen según se trate de rechazo de dinero, o de otra prestación de dar. En este segundo supuesto, el deudor que, como consecuencia del rechazo continúa en posesión de la cosa, está obligado a adoptar medidas razonables de protección y conservación de la cosa. No es necesario, sin embargo, que la conserve él mismo, sino que, o bien puede cumplir su prestación depositándola en poder de un tercero a favor del acreedor, informando a éste, o bien, tras advertirle, proceder a enajenar la cosa debida en condiciones razonables ("*on reasonable terms*") y entregar al acreedor el producto. ... Goza de pretensión para el reembolso de los gastos razonables que haya sufrido, pudiendo satisfacerse del producto obtenido ... Nos dice el autor que no se aprecia aquí demasiado de la regulación de los §§ del BGB -refiriéndose a la reglamentación anterior a la reforma alemana del Derecho de Obligaciones, y aprecia una regulación mucho menos detallada, y que enlaza elementos de procedencia diversa, como la obligación de conservar (ant. § 242 BGB y § 379 HGB), la pretensión de reembolso de los gastos (ant. § 304 BGB), la liberación de la obligación mediante la consignación (ant. § 372 BGB), limitada a dinero, documentos y objetos preciosos, o la enajenación (ant. § 383 y ss. y §§ 373. II-IV HGB), que contienen una regulación estricta.

<sup>433</sup> Podemos citar los siguientes casos de resolución a instancias del depositante: *Ulp. 30 ed.*, "También escribe Juliano 13 *dig.*, que el que depositó una cosa, puede demandar enseguida con la acción de depósito, proque comete dolo el que lo recibió por el hecho de no devolverlo al que le reclama ..." y D. 16, 3, 1, (45) y (46), conforme a los cuales: "*Si deposuero apud te, ut post mortem tuam reddas, et tecum et cum herede tuo possum depositi agere: possum enim mutare voluntatem et ante mortem tuam depositum repetere. Proinde et si sic deposuero, ut post mortem meam reddatur, potero et ego et heres meus agere depositi, ego mutata voluntate*". "Si yo hubiera depositado una cosa en tu poder para que la devuelvas después de tu muerte, puedo demandar con la acción de depósito contra tí y contra tu heredero, pues puedo mudar de voluntad y reclamar el depósito antes de tu muerte" y "Por consiguiente, si yo hubiera depositado para que se devuelva después de mi muerte, yo y mi heredero podremos demandar <con la acción de depósito>: yo, si he mudado de voluntad."

arrendamiento urbano se ha citado el fragmento Ulp. 32 ed. D. 19, 2, 13, 11 "*in fine*"<sup>434</sup>:

*"... In urbanis autem praediis alio iure utimur, ut, prout quisque habitaverit, ita et obligetur, nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est".*

"... para los predios urbanos se utiliza otra norma: la de que cada uno se obligue en la medida en que lo hubiese habitado, salvo que en el documento se hubiese consignado cierto tiempo para el arrendamiento." y Ha de tenerse en cuenta para la intelección del fragmento expuesto que las rentas tienen la consideración de "frutos civiles" y que éstos, a diferencia de los frutos industriales resultado de un cultivo, se entienden producidos día por día. Los autores coinciden en encontrar el fundamento de la liberación de la parte ante el incumplimiento de la contraria en la consideración de los postulados que la buena fe que ordena dentro de las relaciones contractuales. Los fragmentos Ulp. 32 ed., D. 19, 2, 9, 6:

*" ... Si alienam domum mihi locaveris eaque mihi legata vel donata sit, non teneri me tibi ex locato ob pensionem: sed de tempore praeterito videamus, si quid ante legati diem pensionis debetur: et puto solvendum ...",*

y Iul. 3 ad. Urs., D. 19, 2, 10: "*... Et ego ex conducto recte agam vel in hoc, ut me liberes ...*", constituyen otros ejemplos de liquidación del estado posesorio, cuando prevén que "...respecto al tiempo pasado, veamos si se debe algo de la pensión antes de adquirirse el legado, y creo que sí ha de pagarse" y "a este respecto, yo demandaré por la acción de conducción para que me liberes de la obligación". Este último fragmento permite afirmar que la situación se considera vigente hasta tanto no ha quedado disuelta y liquidada<sup>435</sup>.

<sup>434</sup> Vid. KNÜTEL, R., "*Consensus contrarius*" ... , op. cit., p. 120.

<sup>435</sup> La consignación ordinaria, en nuestro derecho actual, se regula en los siguientes textos: en el La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, ha dado una nueva redacción al art. 1176 CCE, que aumenta los supuestos en los que procede el ofrecimiento de pago.

El nuevo art. 1176. 1 CCE dice, así: "Si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago conforme a las disposiciones que regulan éste, se negare, de manera expresa o de hecho, sin razón a admitirlo, a otorgar el documento justificativo de haberse efectuado o a la cancelación de la garantía, si la hubiere, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida". El CCE aborda la consignación de modo singular para el depósito en el art. 1776, a cuyo tenor". El depositario que tenga justos motivos para no conservar el depósito, podrá, aún antes del término designado, restituirlo al depositante. y, si este se resiste, podrá obtener del juez su consignación". Si no se hubiere fijado plazo, o éste haya quedado a voluntad del deudor, habrá de estarse al artículo 1128 CCE, según el cual los Tribunales fijarán la duración de aquel. En el depósito ordinario, el interés es, en principio, exclusivamente del depositante, por lo que no se aplicará el art. 1127 según el cual el plazo se entiende establecido, en defecto de previsión en interés del deudor y del acreedor, sino el art. 1775.1 CCE, en que, en defecto de embargo o de la oposición de un tercero a la restitución o traslación de la cosa, ésta ha de retornarse al depositante cuando lo reclame aún cuando en el contrato se haya fijado un plazo o término para la restitución. En general, la consignación se aborda por el CCE, en los arts. 1176 y ss. y, en la Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/15 de 2 de junio, en sus artículos 98 y 99, en la vía judicial, y en los artículos de reforma de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, por esta misma ley, Disposición Final Undécima, en vigor conforme a la D. F. 21ª 2. En la vía judicial destacamos que se reforman los presupuestos para proceder a la consignación, incorporando el resultado de la elaboración jurisprudencial. Así, se

La doctrina actual viene superando la idea de que únicamente quepa hablar de desequilibrio vincular en las relaciones propiamente sinalagmáticas, o "perfectamente bilaterales", lo que restringiría estas consideraciones al supuesto del contrato de depósito oneroso. No obstante, esta perspectiva contemplaría únicamente una situación estática y una relación contractual de conclusión inmediata, como, por ejemplo, la compraventa al contado. En las relaciones de tracto continuado, como puede serlo el contrato de depósito, además se viene contemplando la figura del desequilibrio funcional, puesto de manifiesto sobrevenidamente durante el desarrollo de la relación cuando una de las partes no atiende o no atiende debidamente las obligaciones que le corresponden en la relación contractual. CHAMIE<sup>436</sup>

añade a los motivos previstos para la procedencia de la consignación la negativa del acreedor a otorgar el documento justificativo de haberse efectuado o a la cancelación de alguna garantía constituida. En cambio, no se incorpora la posibilidad de someter una consignación a condición, pongamos por caso, del pago de unos gastos u honorarios, carencia que obliga al depositario a elegir entre esta vía de liberarse de la obligación, con reclamación ordinaria de lo que se le deba por razón del depósito en tanto no lo tuviera asegurado de otro modo, o cobrado por anticipado, al cesar en la posesión de la cosa, o en constituirse en retenedor, en que no queda liberado de la obligación y sigue siendo responsable de la custodia y mantenimiento de las cosas depositadas. Resulta, empero, de interés para nuestro caso la introducción del apartado tercero del art. 1176 CCE, cuando prevé una cláusula "*rebus sic stantibus*" cuando dice que "En todo caso, procederá la consignación en todos aquellos supuestos en que el cumplimiento de la obligación se haga más gravoso al deudor por causas no imputables al mismo." El art. 99. 2º *in fine* de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, prevé que el Letrado de la Administración de Justicia adoptará las medidas oportunas para la conservación de la cosa depositada. En caso de necesidad por imposibilidad de conservación, parece razonable plantearse la posibilidad de su realización por subasta, tras los requerimientos oportunos, y consignación de su importe. El punto sexto de dicho mismo artículo establece que los gastos ocasionados por la consignación serán de cuenta del acreedor si fuera aceptada, o se declarase estar bien hecha. Estos gastos serán de cuenta del promotor si fuera declarada improcedente o se retirase la cosa consignada. En la vía notarial, se modifica el Capítulo IV, "De los expedientes en materia de obligaciones", Sección Primera, relativa al ofrecimiento de pago y la consignación, Arts. 69 y ss. de dicha Ley, que prevé, en primer lugar, la consignación de los objetos depositados en establecimiento adecuado para su conservación, según sea dinero, valores o instrumentos financieros en sentido amplio, en que deberá ser una Entidad financiera colaboradora con la Administración de Justicia, u otros objetos en que se dispondrá su depósito o se encargará su custodia a establecimiento adecuado a tal fin, y se procederá a notificar a la propiedad. En caso de oposición, se prevé el archivo del expediente notarial, sin perjuicio de lo previsto en los casos de derecho de transportes que mencionamos a continuación, en que se pueden realizar, si fuere necesario, o pasaren los plazos desde la notificación, los bienes y consignar el dinero una vez satisfechos los gastos de notaría, tasación, subasta y depósito. El artículo 216 del Reglamento Notarial, de 2 de junio de 1944, *Sección 4.ª del Capítulo II del Título IV, integrada por los artículos 198 a 220, redactada por los números ciento siete a ciento treinta y cuatro del artículo primero de R.D. 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por D. de 2 de junio de 1944 («B.O.E.» 29 enero). Vigencia: 30 enero 2007*, se ocupa de Actas de depósito ante notario. Destacamos, del mismo, los apartados 1º y 2.3º: "Los notarios pueden recibir en depósito los objetos, valores, documentos y cantidades que se les confíen, bien como prenda de contratos, bien para su custodia. La admisión de depósitos es voluntaria por parte del notario, quien podrá imponer condiciones al depositante, salvo que el depósito notarial se halle establecido en alguna ley, en cuyo caso se estará a lo que en ella se disponga. Apartado 2º, 3: Cuando el depósito estuviese constituido bajo alguna condición convenida con un tercero, el notario no efectuará la devolución mientras no se le acredite suficientemente el cumplimiento de la condición estipulada.

<sup>436</sup> Vid. CHAMIE, J.F., *El principio general de "reductio ad equitatem" por desequilibrio contractual*. *Revista de Derecho Privado*, 22, Enero - junio 2012, p. 225 y ss.

nos dice que el equilibrio funcional se pone de manifiesto en los contratos de tracto sucesivo. La causa debe permanecer durante toda la vida del contrato, para proteger al contratante frente al riesgo imprevisto de alteración del valor de la prestación. Se verifica una ampliación del concepto de imposibilidad, ya no es solo el caso inevitable, sino que se añade la excesiva onerosidad, imprevisión, o fuerza mayor y se revisa la doctrina que afirmó la irrelevancia jurídica de las situaciones previsibles ("*hardship*"). La contraprestación, nos dice el autor que constituye de todas formas el parámetro para la identificación de un posible vicio teleológico de la causa concreta. "La función "*ultra dimidium*" no parece coincidir más con la función que tuvo en el pasado, incluido el aprovechamiento y el estado de necesidad dentro de los presupuestos del contrato rescindible, es decir, cuando la medida, en ausencia de parámetros distintos que delimitasen el supuesto de hecho, servía como criterio presuntivo para la relevancia del desequilibrio". Si bien se ha criticado y discrepado del límite del 50 % y se excluye, en principio, en los contratos aleatorios<sup>437</sup>.

Lo que sí que ha de reconocerse, es que de esta realidad se deriva el hecho de no ser posible la "bilateralidad funcional" al tiempo de la constitución del contrato, es decir, al no quedar perfeccionado sino por la entrega del disponente, no cabe fundar el cumplimiento o no de la otra parte en el cumplimiento de las obligaciones de la primera<sup>438</sup>. Pero sí puede reconocerse una funcionalidad sinalagmática en el momento de la resolución, para fundamentar la negativa del detentador o poseedor a restituir la cosa por razón de la desatención de las obligaciones surgidas a cargo del "*dominus negotii*", una de cuyas manifestaciones es la facultad de retener" (o, añadimos, alternativamente, para cesar en la relación por medio de la consignación). El supuesto que se describe supone un caso de "*contrarius consensus*"<sup>439</sup>

---

<sup>437</sup> Vid. CHAMIE, J.F., *El principio general de "reductio ad equitatem"*, op. cit., p. 238. Cfr. DÍEZ-PICAZO en *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, 6ª edición, 2008, p. 432, en el epígrafe 5º, *La interdependencia y el nexo causal entre las obligaciones: el sinalagma genético y el sinalagma funcional*, diferencia, precisamente, entre el sinalagma estructural de la relación contractual y el sinalagma funcional que define como p. 433, "que ambos deberes de prestación, funcionalmente enlazados, deben cumplirse simultáneamente .... Es la idea que preside los arts. 1466 y 1500 (CCE) ...". Si bien, no se cumple con el requisito de emanar la reclamación del obligado a restituir directamente del vínculo constituido sino de hechos externos y posteriores, y, a tal efecto MARTÍN SANTIESTEBAN, S., en el *Código Civil comentado*, Dir. Ana Cañizares Laso y otros, Vol. IV, Libro IV, *Obligaciones y contratos, contratos en particular, derecho de daños y prescripción*, Cizur Menor, 1ª ed., 2011, p. 914, comentario al art. 1760 Código civil español, -en adelante, CCE-, que "queda fuera del sinalagma la obligación de restituir por no ser principal ni contrapartida de la obligación de pagar el precio. El depositario solo tiene derecho de retención, no excepción por incumplimiento contractual. No obstante, consecuencia es la posibilidad de resolver el contrato por incumplimiento, negándose a seguir custodiando (la cosa) por la falta de retribución (en el caso de depósito oneroso). Puede además hacer uso de la facultad de retener en prenda hasta el completo pago de lo que se le debe...".

<sup>438</sup> Vid. ASTUTI, G., *Deposito (storia)* ..., op. cit., p. 219, en que explica, a propósito del contrato de depósito, que "Una responsabilità del deponente poteva sorgere solo succesivamente, per il sopraggiungere di circostanze occasionali: le sue obbligazioni, estranee alla natura típica dell negozio, debbono quindi considerarse come accidentali e non alterano la struttura di contratto unilaterale. In considerazione di questi ipotetici obbligazioni che possono mancare, gli interpreti calificarono il deposito come contratto bilaterale imperfetto: questa formula, di qui è superfluo notare l'improprietà solo il profilo dommatico, mirava tuttavia solo a sottolineare la possibilità di obbligazioni accidentali e secondarie ... non già ad affermare una nuova concezione dell rapporto, tale da determinare la inclusióne nella categoria delle contratti sinalagmatici, dal momento quelle obbligazioni bilaterali dell deponente non discendono in modo diretto dalla costituzione dell rapporto...".

<sup>439</sup> Vid. sin ánimo exhaustivo, KNÜTEL, R., *Die Inhärenz der exceptio pacti im bonae fidei iudicia*,

específico de las relaciones contractuales de tracto continuado en el tiempo. Nos ocuparemos del derecho de retención a propósito del depósito de cosas fungibles destinadas al intercambio comercial.

#### **IV. CONTRATO DE DEPÓSITO DE BIENES FUNGIBLES Y DESTINADOS AL COMERCIO EN DERECHO ROMANO Y SU PERSPECTIVA ACTUAL EN DERECHO ESPAÑOL.**

##### **A.- Diferencias con las cosas ciertas y determinadas.**

En el caso del depósito de cosas fungibles o destinadas al intercambio comercial, el interés del depositante deja de ser necesariamente la restitución de la cosa misma para pasar a ser el de la restitución de otro tanto de la misma especie y calidad. En tanto las cosas no estén identificadas más que por su calidad, peso, número y medida, el derecho de restitución del depositante es susceptible de asimilarse a un derecho de crédito<sup>440</sup>. La consecuencia es que en el patrimonio del depositario, las cosas recibidas se confunden y no es posible ejercitar la acción reivindicatoria respecto de las cosas depositadas, sino, todo lo más, una "*condictio*" o la acción civil que se haya celebrado, sea el depósito o, más bien, según hemos constatado en el capítulo II, un préstamo de mutuo, una acción de palabras prescritas o una acción arrendaticia de

---

ZSS, 84, 1967, p. 133-161, y "*Contrarius consensus*", *Studien zur Vertragsaufhebung im Römischen Recht*, Köln, Graz, 1968; MOLLÁ NEBOT, M. A. S., *La extinción de las obligaciones verbales. La acceptilatio*, Madrid, 1996, p. 114-126; CHINCHILLA IMBETT, C.A., "*Contrarius consensus, terminación del contrato por mutuo acuerdo en la experiencia jurídica romana*, *Revista de Derecho Privado*, 28, Enero-junio de 2015, p. 79-126. El "*contrarius consensus*" o desistimiento recíproco, se define especialmente en el fragmento de Juliano, D. 18, 45, 5, pr., que dice: "*Cum emptor venditori vel emptori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur id agentis, ut a negotio discedatur et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quicquam peteret, sed ut evidentius appareat, acceptilatio in hac causa non sua natura, sed potestate conventionis valet*". "Cuando el comprador o el vendedor haya cancelado la deuda por acceptilación, la voluntad de uno y otro revela ser la de deshacer el negocio, como si entre ellos se hubiese convenido no pedir cosa alguna al otro; pero para que se vea más claro, hay que decir que la cancelación por acceptilación, en este caso, vale como convención, y no por su propia naturaleza."

<sup>440</sup> Puede observarse el empleo de la expresión "*merx*" o mercadería en el Libro 14, título 4 del Digesto, en tanto referido al "*peculio*" de las personas dependientes,- así lo hacen los fragmentos D. 14, 4, 1, 1, "aunque la denominación de "*mercancía*" sea tan estricta que no comprenda a los esclavos bataneros, sastres, tejedores y revendedores de esclavos, sin embargo, escribe Pedio <15 ed.,> que se ha de extender por este edicto a toda clase de negociación", o *Paul. 30 ed.*, D. 14, 4, 2, en el que se habla de "*la mercancía con que se negocia como peculio*". También es de significar la constante expresión "*deducir*", explicada a propósito de la acción de buena fe en *Gai IV*, 66. Así, encontramos el término, por ejemplo, en *Ulp. 29 ed.*, D. 15, 1, 9, 5 ó D. 15, 1, 17 y *Paul. 4 quaest.*, D. 15, 1, 18. Podría entenderse que estamos ante el significado gayano de "*mutuo*", descrito, por ejemplo, en el fragmento de las "*res cottidianae*", D. 44, 7, 1, 1, a cuyo tenor "*la dación en mutuo consiste en las cosas que se identifican por el peso, número o medida, como el vino, el aceite, el trigo, el dinero, cosas éstas que damos para hacerlas del acipiente y recibir luego otras del mismo género y calidad*". Esta definición se repite en su *Gai III*, 90, al abordar la clasificación de las obligaciones.

buena fe, en tanto la dirección y gestión se haya encomendado al "conductor" a cambio de una retribución. El pasaje de *Ulp. 49 Sab.*, D. 50, 16, 178 pr., aclara el término "pecunia", del siguiente modo: "*Pecuniae*" *verbum non solum numeratam pecuniam complectitur, verum omnem omnino pecuniam, hoc est omnia corpora: nam corpora quoque pecuniae appellatione contineri nemo est qui ambiget*". "El término "pecunia" comprende no solamente el dinero contante y sonante, sino absolutamente todo valor, es decir, todas las cosas, porque no hay nadie que dude que las cosas se comprenden también en la denominación de "pecunia"<sup>441</sup>."

Comparamos brevemente el diferente tratamiento que hemos constatado entre el depositario propiamente dicho y el "conductor" en cuestiones tan esenciales como la exigencia de responsabilidad, la responsabilidad en la delegación, y la nota de profesionalidad del encargado:

- El "conductor", precisamente, como su propio nombre indica, ostenta la dirección y organización en su negocio, sus instalaciones y su actividad. Es el caso que el "locator" que contrata con el mismo, solo indica los objetivos a cumplir, a diferencia del caso del depositario propiamente dicho, al que no se le supone dirección alguna. Ni siquiera se reconoce al depositario autonomía en la posesión en el caso del depósito ordinario, así resulta del fragmento de *Flor. 7 inst.* D. 16, 3, 17, 1,

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

El "conductor" ostenta el interés y la responsabilidad frente al "dominus" y se considera legitimado para ejercitar la acción de hurto<sup>442</sup>.

- Algunas sentencias matizan como factor agravante de la responsabilidad del "conductor" que se sirve de subordinados para el desempeño de su actividad, el hecho de que se le supone la potestad de elegir a los mercenarios que contrata, a diferencia del que usa de sus propios esclavos o personas dependientes, contra el que se dice que ha de haber mayor indulgencia, por cuanto no pudo elegir. Así se dice en *Ulp. 18 ed.*, D. 4, 9, 7, 4:

*"Hac autem actione suo nomine exercitor tenetur, culpa scilicet suae qui tales adhibuit: et ideo et si decesserint, non relevabitur. Servorum autem suorum nomine noxali dumtaxat tenetur: nam cum alienos adhibet, explorare eum oportet, cuius fidei, cuius innocentiae sint: in suis venia dignus est, si qualesquales ad instruendam navem adhibuerit."*

Nos dice el texto que, a causa de sus propios esclavos, (el dueño) se obliga únicamente por la acción noxal; porque cuando emplea personal extraño debe asegurarse de cuáles sean su lealtad y honradez, en tanto con los suyos es digno de indulgencia si hubiese empleado a cualquiera para equipar la nave.

<sup>441</sup> Seguimos aquí la traducción de GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de derecho civil romano, Primera Parte. Digesto*, Tomo III; Barcelona, 1897, Reimpr. Valladolid, 2004, p. 933.

<sup>442</sup> Cfr. *Gai.* III, 103 y ss. y D. 47, 2, 12, referente al batanero, frente a D. 47, 2, 68 (67) relativo al depositario.



- En el contrato de arrendamiento, cuando en su concierto se ha tenido en cuenta la cualificación y especialización del arrendatario, se añade a la responsabilidad por culpa la exigencia la responsabilidad por culpa levísima, propia del ejercicio de un arte en el que el "conductor" se parte de que tiene que ser experto. Resulta preciso formular algunas breves precisiones terminológicas: La responsabilidad por infracción de la "lex artis", que se mide en la época justiniana por la exigencia de la máxima diligencia según los conocimientos cualificados precisos en la actividad, que el sujeto que los desempeña debe tener, es el resultado de la evolución del concepto arcaico de "prestación de custodia". Mientras el concepto arcaico atendía al simple resultado objetivo de producción de una pérdida, que se matizó en caso de fuerza mayor - cfr. D. 4, 9, 3, 1- según lo recogía el edicto "*de receptis nautarum, caupona, stabularii*", la evolución romana elabora un sistema de culpa, basado en la falta del sujeto, a partir de una medida de ausencia de aquella diligencia o esfuerzo propio exigible al contratado. Podemos constatar la medida de la responsabilidad por impericia en pasajes jurisprudenciales relativos a la Ley Aquilia y en múltiples fragmentos relativos a arrendamientos. En materia de la Ley Aquilia, encontramos, entre otros, los fragmentos Ulp. 18 ed., caso del carretero; D. 9, 2, 27, 33 y Iav. 6 post. Lab., D. 9, 2, 57, caso del jinete; que imponen un deber de especial diligencia al "conductor", en atención a ser o deber ser experto; en sede de la "acción de arrendamiento y de la contraria", los ejemplos donde se advierte del deber de pericia, se multiplican: Pueden citarse las sentencias de Herm. 2 iur. epit., D. 19, 2, 12, en que habrá de tenerse en cuenta el daño en la acción de locación, en un caso que se prende fuego; Ulp. 32 ed., D. 19, 2, 13, 6, cuando recoge el caso del sastre que no toma las medidas oportunas para evitar que los tejidos sean roídos por ratones o Lab. 1 phyt. D. 19, 2, 62, caso del constructor cuando hay derrumbe por causas a él imputables<sup>443</sup>. En palabras de MARTÍN SANTISTEBAN<sup>444</sup> en las fuentes más antiguas predomina

<sup>443</sup> Cfr. Herm., D. 19, 2, 12: "*Sed etsi quilibet extraneus ignem iniecerit, damni locati iudicio habebitur ratio*". "... aunque el fuego lo haya prendido otra persona extraña, el daño se computará en la acción locatoria". Paul 59 ed., D. 50, 16, 57, pr.: "*Cui praecipua cura rerum incumbit et qui magis quam ceteri diligentiam et sollicitudinem rebus quibus praesunt debent, hi "magistri" appellantur. Quin etiam ipsi magistratus per derivationem a magistris cognominantur. Unde etiam cuiuslibet disciplinae praeceptores magistros appellari a monendo vel monstrando*". "Se llaman "maestros" aquéllos a los que incumbe el principal cuidado de algunas cosas y deben tener más diligencia y solicitud por aquellas cosas encomendadas que otras personas; los mismos "magistrados" se llaman así por derivación de la palabra. y los preceptores de cualquier ciencia se llaman también "maestros" porque instruyen o enseñan."

- Ulp. 32 ed., D. 19, 2, 13, 6: "*Si fullo vestimenta polienda acceperit eaque mures roserint, ex locato tenetur, quia debuit ab hac re cavere. Et si pallium fullo permutaverit et alii alterius dederit, ex locato actione tenebitur, etiamsi ignarus fecerit*". "Si un batanero hubiese aceptado unos vestidos para limpiarlos y hubieran sido roídos por los ratones, se obliga por la acción de locación, porque debió precaverse de esto ...".

- O Lab 1 phyt., D. 19, 2, 62, en que: "*Si rivum, quem faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est. Paulus: immo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum*". "... Paulo anota: si ... aconteció el vicio por causa del suelo, el riesgo es del arrendador, pero si aconteció por defecto de la obra, el perjuicio será tuyo"

<sup>444</sup> Vid. MARTÍN SANTISTEBAN, *La responsabilidad en el contrato de depósito: su génesis histórica*, *Anuario de Derecho Civil*, 57, 1, 2004, p. 147. Si bien, añade que autores como PARIS, *La responsabilité de la custodia en droit romain*, París, 1926, p. 14-17, ve que esta idea ya era

la responsabilidad basada en el resultado, con las excepciones de fuerza mayor, pero en el derecho justiniano, "ya no se habla de responsabilidad por custodia sino de *"esattissima diligentia"*. Por ejemplo, el *"furtum"* se considera evitable por el encargado empleando una exacta diligencia.

- La responsabilidad del almacenista<sup>445</sup>, se establece "de puertas para dentro", *"in laesis horreis"*, según resulta de C. 4, 65, 1 *Imp. Antoninus Iulio Agrippino*, a. 213:

*"Dominus horreorum periculum vis maiorum effracturae latronum conductori praestare non cogitur. His cessantibus, si quid extrinsecus ex depositis rebus in laesis horreis perierit, damnum depositarum rerum sarciri debet."*

Este rescripto se encuentra también recogido en la *Collatio X. 9 (Paul Resp. 5)* y no se aplica al caso del que alquila todo el almacén, en que estamos ante una *"locatio rei"*, como resulta de *Labeo Post. V Iavolenum Epit., D. 19, 2, 60*, 9<sup>446</sup>.

---

subyacente al derecho romano a través del criterio de medida de la responsabilidad acuñado por la filosofía griega del "buen padre de familia". Pueden añadirse a esta última idea algunos fragmentos de D. 9,1 y D. 9, 2 (L. Aquilia, a la que se atribuye origen griego) que sancionan como daño ilícito la inobservancia de una diligencia razonable. Son muchos, p. ej., D. 9, 2, 8: *"Idem iuris est, si medicamento perperam usus fuerit. Sed et qui bene secuerit et dereliquit curationem, securus non erit, sed culpa reus intellegitur. Mulionem quoque, si per imperitiam impetum mularum retinere non potuerit, si eae alienum hominem obtriverint, volgo dicitur culpa nomine teneri. Idem dicitur et si propter infirmitatem sustinere mularum impetum non potuerit: nec videtur iniquum, si infirmitas culpa adnumeretur, cum affectare quisque non debeat, in quo vel intellegit vel intellegere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram. Idem iuris est in persona eius, qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non poterit"*, o D. 9, 2, 29, 2: *"Si navis tua impacta in meam scapham damnum mihi dedit, quaesitum est, quae actio mihi competeret. Et ait Proculus, si in potestate nautarum fuit, ne id accideret, et culpa eorum factum sit, lege Aquilia cum nautis agendum, quia parvi refert navem immittendo aut serraculum ad navem ducendo an tua manu damnum dederis, quia omnibus his modis per te damno adficio: sed si fune rupto aut cum a nullo regeretur navis incurrisset, cum domino agendum non esse"*, que culpa al marinero y no al naviero (sin perjuicio de otras acciones derivadas del contrato); o puesta en peligro, D. 9, 2, 10 *"... Nam lusus quoque noxius in culpa est ..."*. Cfr. VALIÑO DEL RÍO, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Valencia, 1976, p. 386, mantiene que en el derecho postclásico la culpa levísima se identifica con la responsabilidad por custodia. El fragmento de Juliano D. 13, 6, 19, (en sede de comodato) acoge el criterio postclásico de responsabilidad por custodia cuando prevé que la responsabilidad de los "guardianes mediante alquiler", no debe extenderse a una responsabilidad causada injustamente por un tercero, por no ser posible desplegar el cuidado o diligencia adecuada para repelerlo. *"... Ad eos, qui servandum aliquid conducunt aut utendum accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere procul dubio est: qua enim cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det? ..."*.

<sup>445</sup> Cfr. el caso similar para el naviero y el mesonero, que responde también "de puertas para dentro", según resulta del fragmento de Ulp. 14 *ed.*, D. 4, 9,1, 8: *"Recipit autem salvum fore utrum si in navem res missae ei adsignatae sunt: an et si non sint adsignatae, hoc tamen ipso, quod in navem missae sunt, receptae videntur? Et puto omnium eum recipere custodiam, quae in navem illatae sunt, et factum non solum nautarum praestare debere, sed et vectorum, ..."*, "... el naviero asume bajo su custodia todas las cosas que se introdujeran en la nave, y debe responder de la conducta no solo de los marineros sino también de los pasajeros, así como también el mesonero respecto de los viajeros ...".

<sup>446</sup> Cfr. *Lab.*, D. 19, 2, 60, 9: *"... Rerum custodiam, quam horrearius conductoribus praestare deberet, locatorem totorum horreorum horreario praestare non debere puto, nisi si in locando*

## B.- La facultad de retención.

### 1.- Derecho Romano.

En tanto se aguarda al pago por parte del depositante o su causahabiente, el depositario tiene la alternativa de constituirse en retenedor de la mercadería. Frente al caso de la consignación, conserva una posición de fuerza y la posesión con el fin de salvaguardar su derecho al cobro de las cantidades adeudadas. La retención supone mutar su situación posesoria<sup>447</sup>, fundada, al parecer, en el Derecho Romano Clásico *aliter convenerit*. "Creo que de la custodia de las cosas de que debe responder el almacenista frente a los arrendatarios, no debe responder el que dio en arriendo la totalidad del almacén al almacenista, salvo que en el contrato se haya convenido de otra forma".

<sup>447</sup> Cfr. BRAUDO, S., Conseiller honoraire à la Cour d'appel de Versailles, en su página electrónica. Define el derecho de retención como privilegio legal. "Le droit de rétention est une prérogative accordée par la loi à certains créanciers de conserver un [objet mobilier](#) qui leur a été remis en vue de l'exécution d'une prestation, et ce, jusqu'à ce qu'ils soient payés des sommes qui peuvent leur être dues en vertu du [contrat](#) à l'occasion de l'exécution duquel il est exercé. Le droit de rétention est donné notamment à l'hôtelier, au garagiste, au [dépositaire](#) et au [mandataire](#) (voir en particulier, les articles 571, 1948, 2082, et 1673 du Code civil).

Il constitue un [privilege](#) opposable aux créanciers qui ne peuvent faire valoir leurs droits sur la chose tant qu'elle reste entre les mains de la personne qui exerce son droit de rétention. Ce privilege est reporté sur le prix si l'objet est vendu aux [enchères](#). Le droit de rétention est opposable aux sous-acquéreurs de bonne foi (1ère chambre civile, 24 septembre 2009, pourvoi : 08-10152, Legifrance), il constitue un droit réel, opposable à tous, y compris aux tiers non tenus de la dette (1ère Chambre civile, 24 septembre 2009, pourvoi n°08-10152, BICC n°717 su 1er mars 2010 et Legifrance). Consulter aussi, Com., 31 mai 1994, pourvoi n° 92-16. 505, Bull. 1994, IV, n°195 - Com., 3 mai 2006, pourvoi n°04-15. 262, Bull. 2006, IV. Le droit de rétention institué au profit de l'huissier de justice pour garantir le paiement de sa rémunération et de ses débours suppose la détention de la chose sur lequel il porte ; qu'exercé sur les clefs d'un immeuble que cet officier ministériel détient pour avoir instrumenté l'expulsion de son occupant, il n'emporte pas la détention de l'immeuble lui-même. La décision de rejeter les demandes indemnitaires du propriétaire, après avoir retenu qu'il n'existait aucun lien causal entre la rétention des clés de l'immeuble et les dégradations subies par celui-ci après l'expulsion, se trouve légalement justifiée. (1ère Chambre civile 11 mai 2017, pourvoi n°15-26646, BICC n°870 du 1er novembre 2017 et Legifrance). Consulter la note de M. Dominique Legeais, RD bancaire et financier, 2017, comm. 118. L'Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006, à consulter sur le site de [Legifrance](#), a réglementé le droit de rétention dans les nouvelles dispositions du Code civil désormais incluses dans un nouveau Livre IV qui reprend respectivement les articles 2284 à 2328. Les articles 2286 et suivants du Code civil régissent désormais le droit de rétention".

El BGB, Código civil Alemán aborda el derecho de retención en su § 273, en los siguientes términos: "(1) Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er, sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird (Zurückbehaltungsrecht). (2) Wer zur Herausgabe eines Gegenstands verpflichtet ist, hat das gleiche Recht, wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens zusteht, es sei denn, dass er den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat.

en la ostentación del interés y la dirección en la integridad de la cosa ajena entregada y atribuida, por consiguiente, al detentador en aquéllos casos en que es responsable de la restitución y que conlleva, asimismo, la atribución de la legitimación para el ejercicio de la acción de hurto<sup>448</sup>.

El cambio de la condición posesoria para pasar a ser retenedor exige la exteriorización de esta intención. Ello se produce por la toma de posesión sobre la misma en nombre propio, para los efectos de garantía. Resulta gráfico el fragmento del Digesto: Paul 54 *ed.*, D, 41,2,1, pr.:

*"Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit, quam Graeci katoxyn dicunt"*.

Como dice Labeón, la palabra "posesión" viene de "sede", como si se dijera "posesión", porque la tiene naturalmente el que se instala en ella, los que los Griegos llaman "katoche" <o retención>. BÜRGE concluye que, en el Derecho Romano, la "retentio" parece que se contempló como institución independiente<sup>449</sup>. Se contrapone a la "condictio" en Iul. 39 *dig.*, D.12,6,33: "*conditionem non habebit ... nullo modo quam per retentionem impensas servare posse*"; entra en juego donde no se dispone de la acción de gestión de negocios en Paul., D.10,3,14,1, "... *tantum retentionem habeo ... negotiorum gestorum actio ...*", y se contrapone la retención a la "actio utilis" en Pap. D. 20, 1.1 pr., s: "*utilis actio dabitur, sed facilius erit possidendi retentio*". Por su parte, el fragmento de Pomponio, D.13,7,8, pr., diferencia la retención de la "actio contraria": "*non tantum retentionem, sed etiam contrariam pignoratitiam actionem habebo*".

El retenedor sigue siendo plenamente responsable de la conservación y mantenimiento de las cosas depositadas, en tanto no proceda a su restitución<sup>450</sup>. Pasa,

(3) Der Gläubiger kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden. Die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen". Destacamos la descripción de la vinculación directa del crédito con la cosa que queda afecta a la retención, cuando se expresa que "es un crédito de reembolso de gastos que han sido hechos en lo cosa, o un crédito de indemnización de los perjuicios que su tenencia haya podido ocasionar" El parágrafo 274 en su apartado segundo, permite la persecución por ejecución forzosa en caso de mora del deudor.

<sup>448</sup> Cfr. Ulp. 24 *ed.*, D.10.4, 5, pr., que emplea claramente la expresión "posesión", al referirse a la situación de tenencia del almacenista: "*Celsus scribit: si quis merces, quas exvehendas conduxit, in horreo posuit, cum conductore ad exhibendum agi potest: item si mortuo conductore heres existat, cum herede agendum: sed si nemo heres sit, cum horreario agendum: nam si a nullo, inquit, possidentur, verum est aut horrearium possidere aut certe ille est, qui possit exhibere. Idem ait: quomodo autem possidet qui vehendas conduxit? An quia pignus tenet? Quae species ostendit etiam eos, qui facultatem exhibendi habent, ad exhibendum teneri*". "Escribe Celso que si alguien puso en un almacén las mercancías cuyo transporte tomó en arriendo, puede entablarse la exhibitoria contra el transportista; muerto éste, si hay heredero, se ha de demandar al heredero; pero si no hay heredero, hay que demandar al almacenista; porque cuando nadie es poseedor, es cierto, dice, que el almacenista posee o al menos es él quien puede exhibir. El mismo Celso dice: ¿cómo posee el transportista? Acaso, porque tiene garantía de prenda? El cual ejemplo muestra que también aquéllos que tienen la facultad de exhibir quedan obligados por la (acción) exhibitoria."

<sup>449</sup> Vid. BÜRGE, A., *Retentio im römischen Sachen-und Obligationenrecht, Zürcher Studien zur Rechtsgeschichte*, Zürich, 1979, p. 238.

<sup>450</sup> En nuestro Derecho Común Español, disponemos únicamente de un reconocimiento casuístico y

no obstante, en Derecho Romano, a ser protegido por los interdictos "*unde vi*" no solo frente a cualquier tenedor, sino, incluso, frente al propio dueño en tanto no haya sido reintegrado de su derecho. Así lo expresa, por ejemplo, el fragmento *Ulp. 29 Sab.*, D. 47, 2, 12, 2, con relación al acreedor pignoraticio:

*"Sed et si res pignori data sit, creditori quoque damus furti actionem, quamvis in bonis eius res non sit: quin immo non solum adversus extraneum dabimus, verum et contra ipsum quoque dominum furti actionem, et ita Iulianus scripsit. Nec non et ipsi domino dari placet, et sic fit, ut non teneatur furti et agat. Ideo autem datur utrique, quia utriusque interest. Sed utrum semper creditoris interest an ita*

fragmentario del derecho de retención. El Derecho Catalán ha perfilado una garantía de carácter real. La materia ha sido objeto de múltiples estudios. Podemos citar los de VIÑAS MEY, J., *El derecho de retención*, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1922, y *Más sobre el derecho de retención*, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1923, p. 1-23; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *El derecho de retención en el Código Civil Español*, Salamanca, 1955; JUAN ROCA, J. *Comentario al art. 1780 CC*" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Coord. Manuel Albaladejo, T. XXIII, Vol. I, Madrid, 1982, p. 281-291; DEL POZO CARRASCOSA, P., *El derecho de retener en prenda del depositario*, Barcelona, 1989; SABATER BAYLE, E. *La facultad de retención posesoria*, *Revista Jurídica de Navarra*, 13, 1992, p. 75-101 y *Presupuestos estructurales de la facultad de retención posesoria*, *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luís Lacruz Berdejo*, vol. II, Barcelona, 1993, p. 1973-1989; PUIG FERRIOL, Ll., *Drets Reals de Garantia, Institucions de Dret Civil de Catalunya*, Dirigido por Ll. Puig Ferriol y E. Roca i Trias, Vol. IV, Valencia, 2007, p. 817-854; DE MIQUEL GONZALEZ, J.M., *El derecho a retener en prenda que otorgan los artículos 1600, 1730 y 1780 del CC*, en *Los desprecios al Código Civil*, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 19, 2010, p. 321-323; aparte de estudios de Derecho comparado, como el de GÓMEZ CALLE, E., *El derecho de retención sobre bienes muebles, una garantía en ascenso*, *Indret*, 4/2011; MATEO Y VILLA, I., *El derecho de retención*, Cizur Menor, 2014; BARRADA ORELLANA, R., *Las garantías reales mobiliarias en el Derecho Civil de Cataluña*, Valencia, 2015. Por todos, recogemos algunas críticas formuladas por GUDÍN RODRÍGUEZ- MAGARIÑOS, A. E., *Ámbito material y límites del ejercicio del derecho de retención en la codificación civil de Cataluña-Referencia a la incidencia de los aspectos procesales-Revista Indret* 4/2012, p.1-49, que dice, en la página 5, nota 5, <...la jurisprudencia, en España, ha puesto coto a la tendencia expansiva del derecho de retención mediante la figura del defensor de la posesión, que ha permitido eludir la aplicación de las normas sobre impensas útiles y necesarias del art. 453 y ss. del CC al caso de los créditos refaccionarios...> Además destacamos las siguientes afirmaciones del trabajo citado:

a) Ha de encontrarse el fundamento de la actuación del retenedor en el Código Civil de Cataluña (en adelante CCCat), en el artículo 546-12 que establece la obligación de los propietarios de tolerar la interferencia de otras personas, si es necesaria para evitar un peligro presente, inminente y grave, siempre que el daño que racionalmente pueda producirse no sea desproporcionadamente elevado con relación al perjuicio que la interferencia pueda causar a los propietarios.

El derecho de retención en derecho catalán queda como garantía legal preconstituida, que exige su adecuación a las circunstancias del caso concreto, configurado por la jurisprudencia y la práctica forense; b) el preámbulo del libro V del Código Civil de Cataluña califica la posesión como "un mecanismo primario de publicidad de derechos, que el presente Código protege para preservar la paz civil, partiendo de la base de que la posesión debe tener, como efecto principal, el derecho a continuar poseyendo; c) La razón de ser del derecho de retención es la misma que la de la exceptio non rite adimpleti contractus, pero no solo atiende a una situación preconstituida, sino también al principio de enriquecimiento injusto. El derecho de retención que opera como consecuencia de la ruptura del sinalagma funcional de las obligaciones recíprocas, cuyo supuesto paradigmático es el artículo 1612 del Código Civil Francés, ("Le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose, si l'acheteur n'en paye pas le prix, et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le paiement"), precepto que como es conocido paso al artículo 1466 del Código Civil estatal; d) El derecho de retención en otros casos viene asociado a la existencia de créditos con vocación *propter rem*, que

*demum, si debitor solvendo non est? Et putat Pomponius semper eius interesse pignus habere, quod et Papinianus libro duodecimo quaestionum probat: et verius est ubique videri creditoris interesse, et ita et Iulianus saepissime scripsit".*

"Y tendrá la acción de hurto, aunque no tenga la cosa entre sus bienes, y la daremos no solo contra un extraño, sino también contra el mismo propietario .."; y en cuanto al comodatario, en el fragmento de Iul 3 ex Min., D. 47, 2, 60 (59):

*"Si is, qui rem commodasset, eam rem clam abstulisset, furti cum eo agi non potest, quia suum recepisset et ille commodati liberatus esset. Hoc tamen ita*

como consecuencia del traslado posesorio, pueden provocar el enriquecimiento injusto del nuevo poseedor en detrimento de quien anteriormente estuviese poseyendo la cosa, al no trasladarse al primero las cargas inherentes a la mejora o conservación del bien. e) La jurisprudencia en España, como veremos, ha puesto coto a esta tendencia expansiva del derecho de retención mediante la figura del servidor de la posesión que ha permitido eludir la aplicación de las normas sobre impensas útiles y necesarias de los artículos 453 y ss. al caso de los créditos refaccionarios. f) Parece claro su entronque con el principio de la buena fe; así lo han sostenido autores como VIÑAS MEY (1922, p. 207) y DÍEZ PICAZO (1995, p. 476), para quienes el derecho de retención se fundamenta en la equidad como criterio de moderación de las consecuencias *stricti iuris* del ejercicio de los derechos. g) Carecen de valor económico intrínseco, fundamentando su existencia en su carácter meramente conminativo. Ciertamente la tendencia en los procesos codificadores modernos es la de hacer extensivas las facultades del acreedor no sólo a la retención posesoria, sino también a la realización de valor, pero esto no resuelve todos los problemas. h) No resultan eficientes. Determinan la paralización de la actividad económica que debería permitir a quien constituyó la garantía obtener las ganancias precisas para satisfacer la deuda asegurada. i) No resultan viables, al implicar gastos de conservación y mantenimiento que dan lugar a que el retenedor tienda a desligarse de la cosa con la consiguiente pérdida de valor. Tradicionalmente el derecho de retención sólo daba lugar a una facultad de retener la cosa ad infinitum, que sin embargo era suficiente cuando el valor de la cosa retenida sea alto y los costos de retención bajos. Hoy en día, sin embargo, frecuentemente los costos de retención son relativamente altos. Puede pensarse en todos los productos que necesitan conservarse congelados o guardados a baja temperatura y cierta humedad. Muchas veces el valor de las cosas guardadas no es tan alto por lo que el depositario estará seguro que el dueño pagará voluntariamente, pero en otros si no puede proceder a la realización inmediata de su valor la garantía resultará ilusoria. j) *Carecen de proporcionalidad.* Quedan a la discreción del acreedor por lo que el interés que se pretende proteger no guarda relación con el perjuicio causado como consecuencia de la privación de un derecho. k) *Carece de una previsión en orden a la repercusión de los gastos* que puede causar el propio ejercicio del derecho de retención, con lo que además de la consecuente falta de concreción de los gastos, esta medida se muestra proclive a la prolongación de las facultades de retención posesorias en atención a la concatenación de gastos, (véase en el caso catalán la problemática en orden a la extensión del derecho de retención a los gastos que se causen mientras se ejercita este derecho por el acreedor). l) El derecho de retención presenta un notable desarrollo, en aquellos entornos jurídicos menos integrados como es el caso del derecho africano y en el derecho ruso, en el que la seguridad del tráfico jurídico es del máximo interés. El derecho de retención presenta así, un extraordinario desarrollo en el "derecho senegalés" en que el derecho de retención ha desplazado pura y simplemente, a todos los efectos, a los tradicionales derechos de prenda e hipoteca. En la legislación senegalesa, el legislador "ha querido equiparar a todos los efectos el derecho de retención en interés de la seguridad jurídica, desplazando en gran medida a la prenda y la hipoteca, lo que contrasta con el debate sin fin sobre su situación jurídica en otros ordenamientos jurídicos. (ISSA-SAYEGH, 1992, p. 262). Por su parte el artículo 39, párrafo 1 de la Ley Uniforme de la OHADA en la organización para la unificación del derecho africano dedica un apartado a la: "seguridad de la Propiedad", distinguiendo las siguientes garantías: hipotecas, prendas, gravámenes y otros

*accipiendum est, si nullas retinendi causas is cui commodata res erat habuit: nam si impensas necessarias in rem commodatam fecerat, interfuit eius potius per retentionem eas servare quam ultro commodati agere, ideoque furti actionem habebit".*

"... Esto debe entenderse así siempre que el comodatario no tenga causa alguna para retener, porque si había hecho algunos gastos necesarios, le interesa retener para poder cobrárselos, antes de tener que reclamarlos por la acción de comodato, y, en consecuencia, tendrá la acción de hurto contra el comodante."

---

privilegios sin entrega" regulando en los Artículos 41-43 de la misma ley, todo lo relativo al derecho de retención, preceptos que repiten casi literalmente el art. 920 del Código senegalés de Obligaciones Civiles y Comerciales (COCC, 76-60 Ley de 12.06.1976, DO N° 4511 de 16-8-1976, p. 1237). Véase, JAMES "Le droit de retention en Droit Uniforme Africain", *La Reveu Du Cerdip*, volum. 1, n° 2 juillet, décembre 2002, p. 3-3. m) Es de interés también, la regulación contenida en los artículos 359 y 360 del Código Civil Ruso de 1994 en relación a la regulación del derecho de retención. El derecho de retención es tratado como una forma de garantía de las obligaciones junto a la cláusula penal (Neustoika), el afianzamiento, la prenda o la hipoteca (Zalog), el aval bancario y las arras o depósito pecuniario. A. RUBANOV, (véase, OSAKWE, *Russian Civil Code, Parts 1-3, text and Analysis*, , 2000, p. 122) n) El caso, de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Ventas a Plazos de Bienes Muebles, para el caso de la retención de cantidades en el contrato de venta a plazos, la cual presenta también una reacción frente a esta tendencia a la realización del propio derecho, al establecer limitaciones a las cantidades a retener (art. 10 LVPM), la realización de la reserva de dominio a través de un procedimiento sujeto a control judicial (art. 16 LVPM y arts. 250.10 y 11 LEC), la facultad moderadora de los tribunales (art. 11 LVPM), la vinculación de la oferta publicitaria (art. 13 LVPM y art. 61 TRLGCU), los requisitos formales del contrato (art. 6 y 7 LVPM) o las limitaciones a la facultad de desistimiento (art. 9 LVPM). o) La otra vía es el reconocimiento a la facultad de retención de valor. el "reconocimiento al retenedor de facultades de realización de valor", tal y como admiten con carácter general los Códigos civiles suizo (art. 898), portugués (art. 758 en relación con el art. 675) y catalán (arts. 569-2.1.b y 569-7), como así también el DCFR (art. IX.-I:102). También lo admiten en algunas hipótesis concretas el ordenamiento alemán (§§ 1000 y 2022 en relación con el § 1003 BGB y § 371 HGB) y el italiano (arts. 2756 y 2761 CC). Por el contrario, el retenedor carece de esta facultad en la Compilación navarra, L. 473.1. in fine, en el derecho holandés, en el francés y el en español. En el ordenamiento jurídico español se admite generalizadamente que el derecho de retención no permite realizar el valor del bien retenido; desde luego, el CC no menciona tal facultad. Cuestión distinta es que algunos preceptos, que permiten a ciertos acreedores retener un bien ajeno, den pie para interpretar que, además, los mismos están legitimados para realizar su valor (véase arts. 1600, 1730 y 1780 CC ó arts. 276 y 704 CCo), en tales casos, quienes siguen tal interpretación suelen poner de relieve que no se trata de un derecho de retención en sentido estricto (precisamente porque en nuestro Derecho éste sólo facultad para conservar la posesión) sino de una garantía real de origen legal (en esencia, una prenda). Fuera del derecho de retención stricto sensu, el caso más semejante a estas facultades de realización de valor —y en el que a nuestro modo de ver encuentra una lejana reminiscencia la regulación catalana— es el de la regulación de los créditos refaccionarios en el art. 48.3 de la Ley Hipotecaria, si bien, se ha de precisar que el alcance de esta prerrogativa se encuentra bastante limitada al limitarse el periodo de carencia para el ejercicio de este derecho y por la exigencia de la concesión de un crédito al dueño de la obra por parte del contratista p) En cuanto a los límites que fija el CCHolandés de 1992, destaca la exclusión de este derecho en los *supuestos de fuerza mayor*, en que la obligación de la parte se ha hecho imposible, (art. 6.54.b).

- La exclusión del derecho de retención cuando la imposibilidad de llevar a efecto la prestación sea debida a la *exclusiva culpa de la parte contraria*. (art. 6.54.a)

- La exclusión del derecho de retención en los *casos en que la ley prohíbe el embargo*, (art. 6.54.c).

El procedimiento de exteriorización de la voluntad de mutar el estado posesorio y quedar como retenedor, puede inferirse de una serie de fragmentos situados en el libro 41 del Digesto, título II, "Sobre la pérdida de la posesión" y lo completaremos con algunas sentencias del título I de dicho Libro, "Sobre la adquisición de la posesión."<sup>451</sup> Dentro de los aspectos de la posesión, en el presente trabajo, nos interesa fundamentalmente la detención material y efectiva y no la posesión en tanto medio hábil para adquirir el dominio. El pasaje de Paulo 54 ed., D, 41, 2, 21, dice:

*"Interdum eius possessionem, cuius ipsi non habemus, alii tradere possumus,*

- La sustitución del derecho de retención por otra garantía igualmente satisfactoria, y siempre que dicha garantía no implique un retraso injustificado para la parte contraria, (art. 6.55) En Cataluña, el CCC permite imponer al acreedor la sustitución del derecho de retención por otra garantía real o por excepción de buena fe.

q) La ventaja del ordenamiento jurídico catalán sobre el común es la posibilidad de ventilar estas cuestiones a través de un incidente especialmente apropiado para ello. Recoge la enajenación directa o por subasta pública notarial; así, siempre que en los dos meses siguientes a la notificación notarial de la decisión de retener no haya habido oposición judicial, el retenedor puede instar la ejecución extrajudicial. La regulación de *la subasta, tanto de bienes muebles como inmuebles, presenta numerosos problemas*, siendo el mayor de ellos el de la fijación del tipo. Así, respecto de los bienes muebles, el procedimiento es semejante al previsto en el artículo 1872 del Cc., que adopta el sistema de doble subasta, y en el que el acreedor como consecuencia de la prohibición del pacto de "*lex comisaria*" sólo podrá adjudicarse el bien dando carta de pago por la totalidad del crédito. Sin embargo, a diferencia de la legislación estatal en que la subasta se celebra a la llana, en el sistema del CCCat se dispone que el tipo deba ser cuando menos igual al importe de las obligaciones que han originado la retención más los gastos previstos para la enajenación y la entrega del bien. Por excepción, puede establecerse como tipo el importe que resulte de un peritaje técnico. La normativa catalana prevé además un régimen especial para la *retención de bienes muebles de poco valor*. En este caso el retenedor puede realizar el valor del bien "disponiendo libremente" del mismo (art. 569-10.3 CCCat). El derecho de retención se configura, así, en el derecho catalán, como un derecho real de garantía (art. 569-1 CCC), oponible *erga omnes* (arts. 569-2.1.a y 569-6 CCC) y que faculta a su titular para realizar el valor del bien (arts. 569-7 y ss. CCC), aplicando el precio obtenido en la realización del bien "a las reglas generales sobre prelación de créditos", que no son otras que las de los arts. 1921 y ss. CC y los arts. 89 y ss de la Ley Concursal. El CCCat prevé tres supuestos generales de carácter general a los que es aplicable el derecho de retención, para la restitución de los gastos de conservación, el resarcimiento por los daños causados en la entrega de la cosa y los créditos refaccionarios, junto a uno accesorio, los intereses de aquellos otros, y otro residual, cualquier otro establecido en la ley. P. 18, c) *El reembolso de los créditos refaccionarios*. El supuesto fundamental, por su alcance y su trascendencia social, es el referido a los gastos refaccionarios, al que se refiere el apartado C del art. 569, "la retribución de la actividad realizada para confeccionar o reparar el bien, si previamente ha existido, en caso de muebles, un presupuesto escrito y aceptado y, en caso de inmuebles, un acuerdo expreso entre las partes, y si, en ambos casos, la actividad se adecua al presupuesto o al pacto" siendo el término "cantidad" una referencia a la valoración y determinabilidad a que alude el artículo 1273 del Código Civil, interpretación que según la resolución de la DGRN de 10.10.2011, (BOE 29/12/2011), se fundamentaría en el artículo 60 de la Ley Hipotecaria que se refiere al "dinero o efectos en que consistan los mismos créditos"

r) El enriquecimiento injusto, en que se ampara el derecho de retención, es extraño a la titularidad de los bienes y atiende tan sólo al traslado posesorio que en el derecho catalán es eminentemente fáctico. Se ha de entender que dicha prevención subsiste tácitamente, ya que si el derecho de retención solo se otorga al poseedor de buena fe, según el artículo 569-3, no se puede atribuir tal condición a quien ha recibido la posesión del bien, consciente de que el encargo lo ha recibido de



*veluti cum is, qui pro herede rem possidebat, antequam dominus fieret, precario ab herede eam rogavit.*

1. *Quod ex naufragio expulsum est, usucapi non potest, quoniam non est in derelicto, sed in deperdito.*

2. *Idem iuris esse existimo in his rebus, quae iactae sunt: quoniam non potest videri id pro derelicto habitum, quod salutis causa interim dimissum est.*

3. *Qui alienam rem precario rogavit, si eandem a domino conduxit, possessio ad dominum revertitur".*

"hay tantas clases de posesión como causas de adquirir lo que no es nuestro ... En fin,

---

una persona no legitimada para contratar la actividad que origina el crédito que se quiera garantizar con el derecho de retención. Debe tenerse presente, que frente a la convicción de carácter ético de la buena fe postulada por cierto sector de la doctrina (DIEZ-PICAZO, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Vol. II, Cizur Menor, 2008, p. 665), el derecho catalán adopta una postura fundamentalmente psicológica de la noción de posesión de buena fe. Así, si el artículo 521-7, define la buena fe del poseedor como "creença justificable de la titularidad del dret".p. 39, La articulación de este trámite de oposición pone su centro de gravedad en la liquidación que se practique, cuyo traslado fija el momento inicial de cómputo, sin embargo, tal previsión no restringe la posibilidad de oposición por otras causas. Así lo entiende PUIG I FERRIOL (2007, p. 765), quien citando la STSJC 16 de junio de 2006, señala que además de por disconformidad con la liquidación, el deudor puede también presentar oposición alegando la falta de conformidad con la propia existencia de la deuda reclamada o la falta de los requisitos exigidos por la ley para la válida constitución del derecho de retención, solicitando la devolución de la cosa retenida. De esta manera para BARRADA ORELLANA, R. "*El derecho de retención en el Ordenamiento Jurídico Catalán*, Tesis doctoral, 2003, [www.tdx.cat/handle/10803/8757](http://www.tdx.cat/handle/10803/8757). p. 236), la sentencia que resulte de la oposición puede tener sólo un efecto declarativo, cuando reconozca la existencia del derecho real, o, además de aquel, un efecto restitutorio, cuando se entienda lo contrario. Durante el tiempo conferido para oponerse no opera la posibilidad de realización de los bienes retenidos, lo cual, conforme al artículo 569-7, sólo podrá llevarse a efecto "una vegada transcorreguts dos mesos des de la notificació notarial de la decisió de retenir als deutors i als propietaris sense que s'hagi produït l'oposició judicial". Por esta misma razón se ha de entender, que presentada en tiempo la demanda de oposición queda igualmente suspendida la posibilidad de proceder a la realización de los bienes, toda vez que es presupuesto para el ejercicio de este derecho que no haya habido oposición judicial "sense que s'hagi produït l'oposició judicial". Partiendo de estas premisas, para GÓMEZ CALLE (2011, p. 27), la excepción de buena fe se manifiesta en dos aspectos la imposibilidad del ejercicio de este derecho cuando la finalidad única del ejercicio del derecho es hacer daño a otro y la necesidad de proporción entre el interés en su ejercicio y el interés que se daña al ejercitar este derecho.

s) La posesión de buena fe, va referida al momento adquisitivo y requiere la existencia de un título pero que sea ineficaz y que el poseedor ignore la ineficacia de aquél. Sin embargo, para ROCA I TRIAS esta ineficacia no puede consistir en un simple estado psicológico, sino que se habrá de fundamentar en la existencia de un título putativo o nulo, esto es un título que presente externamente una apariencia de legalidad. Para dicha autora, el Código Catalán no prevé la posibilidad de la existencia de buena fe sin título, en realidad el código catalán prevé esta situación y a pesar que puede producirse, no tendrán ningún efecto jurídico, y que esta posibilidad no se prevé en uno de los efectos más importantes como es el relacionado con la liquidación de la situación posesoria. Podrá servir para exonerar al poseedor de las consecuencias de la pérdida de la cosa poseída, previstas en el artículo 525-1, (ROCA I TRIAS, 2007, p. 83).

<sup>451</sup> Los fragmentos que pasamos a exponer se recogen por METRO, A., en su obra *L' obbligazione di custodire nell diritto romano*, Milano, 1966. Cfr, la recensión efectuada por CORNIOLEY, P., *Due aspetti poco noti della "custodia"*, *Labeo*, 15, 1969, p. 201-219.

la posesión en realidad, es solo una, pero hay infinitas especies de la misma." En los fragmentos de Paulo 54 *ed.*, D., 41, 2, 3, 13:

*"Nerva filius res mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus. Nam pecus simul atque aberraverit aut vas ita exciderit, ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur: dissimiliter atque si sub custodia mea sit nec inveniatur, quia praesentia eius sit et tantum cessat interim diligens inquisitio.*

14. *Item feras bestias, quas vivariis incluserimus, et pisces, quos in piscinas coiecerimus, a nobis possideri. Sed eos pisces, qui in stagno sint, aut feras, quae in silvis circumseptis vagantur, a nobis non possideri, quoniam relictas sint in libertate naturali: alioquin etiam si quis silvam emerit, videri eum omnes feras possidere, quod falsum est.*

15. *Aves autem possidemus, quas inclusas habemus, aut si quae mansuetas factas custodiae nostrae subiectas sunt.*

16. *Quidam recte putant columbas quoque, quae ab aedificiis nostris volant, item apes, quae ex alveis nostris evolant et secundum consuetudinem redeunt, a nobis possideri.*

17. *Labeo et Nerva filius responderunt desinere me possidere eum locum, quem flumen aut mare occupaverit.*

18. *Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere. Sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest nec animo furtum admittatur".*

Vemos que "Nerva hijo dice que las cosas muebles se poseen, excepto el esclavo, en tanto se hallen bajo nuestra custodia, es decir, en tanto podemos tomarlos naturalmente, si queremos ... (14) asimismo, poseemos los animales salvajes que tenemos encerrados en parques, y los peces que reunimos en estanques ... y (15) las aves que tenemos enjauladas o las domésticas que están sujetas a nuestra custodia ... (18) Dejo de poseer la cosa depositada en tu poder que hubieras sustraído con ánimo de lucro, pero, si no la movieras de su sitio, y simplemente niegas tenerla, la mayoría de los antiguos, así como también Sabino y Casio, deciden que yo seguía siendo el poseedor, ya que no se puede cometer hurto sin sustracción, y que no se comete hurto solo con la intención. Javoleno, 13 *ex Cass.*, D. 41, 2, 22: "*Non videtur possessionem adeptus is qui ita nactus est, ut eam retinere non possit*". "No se considera haber tomado posesión quien lo hizo de manera que no puede retenerla".

Paulo 54 *ed.*, D., 41, 2, 3, (19) "*Illud quoque a veteribus praeceptum est neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse*". "También es un precepto de los antiguos que nadie puede, por sí y ante sí, mutar la causa de su posesión." Del fragmento de *Marcello*, 17 *dig.*, D. 41, 2, 19, 1: "*Quod scriptum est apud veteres neminem sibi causam possessionis posse mutare, credibile est de eo cogitatum, qui et corpore et animo possessioni incumbens hoc solum statuit, ut alia ex causa id possideret, non si quis dimissa possessione prima eiusdem rei denuo ex alia causa possessionem nancisci velit*", averiguamos que no se muta el carácter de la posesión con la sola intención, sino que también es precisa la tenencia de la cosa para su efectividad.. En cambio, se entiende que hay mutación cuando:

a) Se transmite de forma voluntaria la posesión, así puede entenderse el fragmento de Celso 23 *dig.*, 41, 2, 18, pr., "*quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. Nec idem est possidere et alieno nomine possidere: nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium*", "que puede empezarse a poseer en nombre de otro lo que estoy poseyendo en el mío propio, y no se cambia con ello la causa de la posesión por mí y ante mí, sino que dejo de poseer yo y me hago mediador de una posesión ajena, pues no es lo mismo poseer uno que poseer en nombre ajeno, ya que posee aquel en cuyo nombre se posee y el procurador hace de mediador de una posesión ajena." En cuanto a las formas de transmitirse dicha posesión, y ateniéndonos fundamentalmente a diversos tipos de depósito, podemos encontrar ejemplos de "*traditio brevi manu*", así, la cesión meramente ideal de la posesión que se efectuaba respecto de los "*vectigalia*" por el cesionario de terrenos públicos cedidos para su arriendo y explotación, que en la época clásica se materializó por la constitución de una hipoteca privada, así resulta de la Sentencia de Q. M. Scaevola, D. 20, 4, 21, pr.<sup>452</sup>; después, por dos Constituciones de Caracalla de los años 213 y 215 (C. 8, 14, 1 y 2), apareció una hipoteca legal a favor del fisco para el cobro de los impuestos impagados, que, además, se anteponía a las hipotecas constituidas por él convencionalmente, (C, 4, 46, 1)<sup>453</sup>. Son otros medios representativos de traslación posesoria la "*traditio clavium apud horrea*", recogida en los fragmento de Gayo, 2 *cott.* = *Inst.* 2, 1, 42-46 y D. 41,

<sup>452</sup> Cfr. *Scaev.* 27 *dig.*, D. 20, 4, 21, pr.: "*Titius Seiae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua quae habebat quaeque habiturus esset: postea mutuatus a fisco pecuniam pignori ei res suas omnes obligavit: et intulit Seiae partem debiti et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter ut supra de pignore convenit. Quaesitum est, an Seia praeferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus, quas post priorem obligationem adquisiit, donec universum debitum suum consequatur. Respondit nihil proponi. Cur non sit praeferenda*". "Ticio pignoró a Seya todos sus bienes presentes y futuros en garantía de la deuda que fue condenado a pagar a causa de la tutela. Después, pignoró todas sus cosas al fisco, por un préstamo, pagó a Seya parte de la deuda, le prometió por novación la suma restante y convino para la nueva obligación una prenda similar a la anterior. Se preguntó si Seya debía ser preferente respecto al fisco en aquellas cosas que Ticio tenía en el momento de la primera obligación, e, igualmente, en aquellas cosas que adquirió después de la primera obligación, hasta conseguir la deuda entera. Respondió que nada hay en este caso para que no sea preferente Seya."

<sup>453</sup> El desarrollo de esta cuestión se toma de ANDRÉS SANTOS, F.J., *Bibliografía*, <http://doc. dx. doi.org/10.4067// S0716-545520133000100030>, en su recensión a la obra de BERNAD SEGARRA, L., *La pluralidad hipotecaria. Excepciones al principio de prioridad temporal en Derecho Romano y en el Derecho Civil Español*, Madrid, 2011, p. 2. CI 8. 14, 1 y 2: "*Imperator Antoninus . Universa bona eorum qui censentur vice pignorum tributis obligata sunt. \* ANT. A. SPERATO. \* <A 213 PP. K. IUN. ANTONINO A., IIII ET BALBINO CONSS*"; *Certum est eius qui cum fisco contrahit bona veluti pignoris titulo obligari, quamvis specialiter id non exprimitur. \* ANT. A. PROCULO. \* <A 214 D. VI K. MART. MESSALA ET SABINO CONSS.> "*. C 4, 46, 1: "*Imperator Antoninus . Venditionem ob tributorum cessationem factam revocari non oportet neque priore domino pretium offerente neque creditore eius iure hypothecae sive pignoris. Potior est enim causa tributorum, quibus priore loco omnia cessantis obligata sunt \* ANT. A. GEMINIO MATERNO.*" Entre las garantías postclásicas, se citan la protección del acreedor garantizado con hipoteca constituida en documento público, (Leo C. 8, 17, 11, año 472) y y una protección especial de la dote, si bien, después de satisfechos los créditos fiscales (C. 5, 13, 1; C. 5, 12, 30; C. 8, 17, 12, y la Novela 96, 3-4, del año 539), en que Justiniano antepone el crédito dotal al refaccionario.

1, 9, 6, a cuyo tenor,

*"Item si quis merces in horreo repositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem".*

"Asímismo, si alguien hubiera vendido unas mercancías almacenadas, transfiere la propiedad de las mismas al comprador desde el momento en que haya entregado las llaves del almacén al comprador, así como la "*signatio*", entrega material o tradición "*ficta*" documental<sup>454</sup>.

b) Paulo 65 *ed.*, D. 41, 2, 11, "*Iuste possidet, qui auctore praetore possidet*". "Posee justamente el que posee con autoridad del pretor." El cambio de situación se pone de manifiesto por notificación o requerimiento al depositante o su causahabiente, a lo que se equipara la negativa inequívoca a la restitución.

c) Ulp. 70 *ed.*, D. 41, 2, 6, pr.:

*"Clam possidere eum dicimus, qui furtive ingressus est possessionem ignorante eo, quem sibi controversiam facturum suspicabatur et, ne faceret, timebat. Is autem qui, cum possideret non clam, se celavit, in ea causa est, ut non videatur clam possidere: non enim ratio optinendae possessionis, sed origo nanciscendae exquirenda est: nec quemquam clam possidere incipere, qui sciente aut volente eo, ad quem ea res pertinet, aut aliqua ratione bonae fidei possessionem nanciscitur. Itaque, inquit Pomponius, clam nanciscitur possessionem, qui futuram controversiam metuens ignorante eo, quem metuit, furtive in possessionem ingreditur".*

"Si (se) toma posesión con conocimiento y consentimiento del propietario o de algún modo con buena fe."

Se matiza que no es posesión la atribución posesoria de facultades de intervención cautelares, en que sigue siendo poseedor el dueño respecto del cual se ha adoptado una medida cautelar. Así resulta, entre otros fragmentos, del de Paulo 67 *ed.*, D. 41, 2, 3, 23<sup>455</sup>.

<sup>454</sup> Vid. CORNIOLEY, P., *Lecture ...*, op. cit., p. 207, nos explica que " ... la "*signatio*" symbolise l'entrée de la chose dans la sphère de disposition de l'acquéreur ,, la custodia définit une situation plus ou moins durable. permettant in "qualquasi momento" une apprehension matérielle de la chose, et qui semble, de ce fait, être moins une modalité de l'acquisition de la possession par "*traditio*", qu'une des formes sur lesquelles la possession peut s' exercer, une fois acquise." La técnica de retención de documentos para la reserva de dominio del transmitente, mientras no haya sido íntegramente satisfecho, sigue teniendo virtualidad en la actualidad en determinados casos, Vid. RIVERA ÁLVAREZ, J.M., *La retención de la documentación como medio de garantizar la eficacia de la cláusula de reserva de dominio (Art. 10,3º de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales)*, en *Garantías mobiliarias en Europa*, Coord. J. Marzal y E. Lauroba, Madrid, 2006, p. 551-562.

<sup>455</sup> Cfr. Paulo 67 *ed.*, D. 41, 2, 3, 23: "Lo que puso Quinto Mucio Escévola como otra especie de posesión (como cuando se posee con autorización del magistrado, para conservar una cosa, es muy desacertado, pues el magistrado que pone en posesión a un acreedor para conservar algo, o porque un propietario no dé la caución de daño temido, o en defensa de los intereses de un hijo cuyo nacimiento se espera, no concede la posesión, sino la custodia y vigilancia de unos bienes ...

*"Quod autem Quintus Mucius inter genera possessionum posuit, si quando iussu magistratus rei servandae causa possidemus, ineptissimum est: nam qui creditorem rei servandae causa vel quia damni infecti non caveatur, mittit in possessionem vel ventris nomine, non possessionem, sed custodiam rerum et observationem concedit: et ideo, cum damni infecti non cavente vicino in possessionem missi sumus, si id longo tempore fiat, etiam possidere nobis et per longam possessionem capere praetor causa cognita permittit".*

El caso resultante viene descrito por Alfeno libro V a Paulo epit., en el fragmento D. 19, 2, 31:

*"In navem Saufeyi cum complures frumentum confuderant, Saufeyus uni ex his frumentum reddiderat de communi et navis perierat: quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt oneris aversi actione. Respondit rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur (sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur) aut eiusdem generis redderetur (veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut anuli): ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. Idem iuris esse in deposito: nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clusam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil alius eum debere apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solveret. Secundum quae videri triticum factum Saufeyi et recte datum. Quod si separatim tabulis aut Heronibus aut in alia cupa clusum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci posset quid cuiusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum cuius fuisset triticum quod nauta solvisset vindicare. Et ideo se improbare actiones oneris aversi: quia sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset: sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori et ideo supervacuum esse iudicium oneris aversi. Sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam dumtaxat debere (nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi) neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius condicionem faceret quam ceterorum."*

Como varias personas hubiesen cargado trigo en la nave de Saufeyo sin separar, Saufeyo había devuelto a una de ellas el trigo de la masa común, y la nave después había perecido. Se preguntó si los demás podrían reclamar su parte del trigo contra el naviero por la acción de mercancía entregada a quien no se debe. Respondió que hay dos clases de cosas arrendadas, una en que se devuelve lo mismo (como cuando se dan ropas a un batanero para que las limpie), otra en que se devuelve el mismo género (como cuando se da a un joyero plata purificada para que haga vasos u oro para que haga anillos). En el primer caso, la cosa permanece para su dueño; en el

Cuando un vecino no da caución y transcurre un largo plazo, el pretor, previa cognición de causa, nos permite que tengamos la propiedad." Ulp. 69 ed., D. 41, 2, 10, 1: "El mismo Pomponio llega a decir, muy acertadamente, que el arrendatario, al pedir la finca en precario, acaso no lo hace para poseerla, sino para estar en posesión, porque es muy distinto lo uno de lo otro: ... para conservar los legados o por el daño temido, no se posee, sino que se está en posesión por razón de custodia." Estas situaciones podrían materializarse por medio del secuestro, o de la consignación.

segundo, queda prestado. Lo mismo vale en el depósito, pues si uno depositase una cantidad no entregándola cerrada ni marcándola con señal, sino que simplemente la contase, ninguna otra cosa debería el que lo recibió en depósito sino el pago de cantidad igual. Por lo cual, parece que el trigo se hizo de Saufeyo y fue debidamente devuelto. ...

BELLO RODRÍGUEZ examina la situación que se produce en el caso del transporte de mercancías genéricas o fungibles, al hilo del texto del jurista Alfeno recogido en su libro quinto del Digesto epitomado por Paulo y cuya reconstrucción por MOMMSEN es seguida por LENEL<sup>456</sup>. Esta situación viene calificada con el término "*in creditum iri*": que refiere al depósito llamado irregular y a la también llamada "*locatio conductio irregularis*". En opinión del autor, el texto excluye que se trate de un depósito. Considera que ALFENO tomó el depósito como modelo o ejemplo de la evolución o desarrollo del contrato. Como dice RODRÍGUEZ ARIAS<sup>457</sup>, " ... la tenencia y la custodia son fines en el depósito; en el transporte, son medio para el fin, que no es de permanencia sino ambulatorio y, por ser así, no puede disponerse de la cosa en cualquier tiempo, como sucede en el depósito, sino cuando se ha realizado la traslación ... ”.

La consecuencia, es que no es aplicable la prohibición de retener, ello nunca se ha prohibido al arrendatario, y se remueven las retenciones a la venta de las cosas depositadas para distribuir su precio. Podemos encontrar dos fragmentos del Digesto que ponen de manifiesto el derecho a adoptar las medidas necesarias por parte de quien tiene en su custodia cosas ajenas, si el depositante no puede localizarse o no atiende a sus obligaciones contraídas<sup>458</sup>:

Citamos el caso del almacenista respecto de mercancías abandonadas, *Paul, de off. Praef. Vig.*, D.19,2,56:

*"Cum domini horreorum insularumque desiderant diu non apparentibus nec eius temporis pensiones exsolventibus conductoribus aperire et ea quae ibi sunt describere, a publicis personis quorum interest audiendi sunt. Tempus autem in huiusmodi re biennii debet observari"*.

Cuando por la larga ausencia y falta de pago por parte de los arrendatarios, desean los

---

<sup>456</sup> Vid. BELLO RODRIGUEZ, S.. *La responsabilidad del naviero en el transporte de mercancías según D. 19.2.31*, *Revue Internationale des droits de l'Antiquité*, 49, (2002), p. 45 y ss.

<sup>457</sup> Vid. RODRÍGUEZ ARIAS, en *Código civil de Quintus Mucius Scaevola*, Tomo XXIX, 2º, edición, Madrid, 1951, p. 200.

<sup>458</sup> Vid. KELLER, *Pandekten*, Leipzig, 1867, T. II, p. 21 y ss, § 309, "*Depositum irregulare*", "Bei der Übernahme des Perikulum bei fungibles Sachen hatte die Potenzierung der Grundidee der Aufbewahrung kein praktisches Interesse mehr, den Depositar hinsichtlich einer Verfügung ueber die "*corpora*" und des Gebrauchs zu beschränken. Das ist es nun was die Neueren "*depositum irregulare*" nennen. Auch die Römer erkannten das Irregulare darin, aber durch ein praktisches Bedürfnis und eine oft stark hervortretende "*aequitas*", treibt zur Erweiterung der Anwendungen zum "*depositum*". Dass es übringes Begriffe des "*depositum irregulare*" auch nicht entgegen ist, die Rückgabe von Geld anstatt deponierter anderer fungiblen Sachen zu bedingen, zeigt L. 9 § 3 "*De dolo*", 4,3".

propietarios de almacenes o casas abrirlas y hacer inventario de las cosas que allí se hallen, han de ser oídos por los funcionarios públicos competentes. Pero, en estos casos, debe guardarse el plazo de dos años.

y el caso que es tratado en la obra de Ulpiano a Sabino, que recoge CANO HURTADO<sup>459</sup>, relativo al vino depositado en tinajas arrendadas. El pasaje D. 18.6.1.4. dice que:

*"Si doliare vinum emeris nec de tradendo eo quicquam convenerit, id videri actum, ut ante evacuantur quam ad vindemiam opera eorum futura sit necessaria: quod si non sint evacuata, faciendum, quod veteres putaverunt, per corbem venditorem mensuram facere et effundere: veteres enim hoc propter mensuram suaserunt, si, quanta mensura esset, non appareat, videlicet ut appareret, quantum emptori perierit".*

"si hubieses comprado vino en tinajas y nada se conviniese acerca de la entrega del mismo, se considerará convenido que han de dejar libres las tinajas antes de que sean necesarias para la vendimia; porque si no se dejan vacías, habrá de acudirse, como opinaron los antiguos, a que el vendedor haga una medición por cestas y vierta el vino. Los antiguos aconsejaron esto de la medición si no estaba claro cuánta fuese la cantidad, al objeto de que se mostrase cuánto se había perdido para el comprador. Por tanto, cuando no se pactaba previamente un plazo para la entrega del vino, ésta había de llevarse a efecto como máximo antes de la época de la siguiente vendimia, que tenía lugar en el mes de septiembre. Si el comprador no la verificaba, el vendedor podía verse liberado de su obligación de entrega, pudiendo disponer del vino, hasta el extremo de poder derramarlo, previa operación de medida del líquido, lo que no eximiría al comprador de pagar su precio. La autora nos señala que el principio consagrado por los "*Veteres*", se encuentra también confirmado en fuentes no jurídicas, de entre ellas destaca el Tratado De Agricultura de Catón el Censor. En su capítulo 157 trata de las normas de venta de la uva pendiente y se refiere también al vino ya elaborado. Dice el texto que la uva en la cepa debe venderse en estas condiciones: deben dejarse los posos sin lavar y la hez; se dará depósito para los vinos hasta las próximas calendas de octubre; si (el comprador) no lo ha transportado antes, que haga el dueño con el vino lo que quiera. Para las demás cosas, las mismas condiciones que para las olivas pendientes. Dice: "...haga el dueño con el vino lo que quiera. Para las demás cosas, las mismas condiciones que para las olivas pendientes".

Encontramos previsiones semejantes en el Código Theodosiano, título 11. "*De conditis in publicis horreis*", *CTh.11.14.2*<sup>460</sup>.

<sup>459</sup> Vid. CANO HURTADO, M.D., *La elaboración de la teoría de la «mora creditoris» y su principal efecto: la facultad de abandono de la cosa debida reconocida al deudor con fines liberatorios*, Tesis doctoral, Alicante, 1998, p. 16 y ss.

<sup>460</sup> *C. Th. 11, 14, 2: Impp. arcadius et honorius aa. florentino praefecto urbi. nihil prius ex horreis consequantur, quam omnis canon, qui antiquitus est institutus, fuerit completus; cognoscente officio urbicariae praefecturae decem libris auri esse multandum, si quae decrevimus, fuerint temerata. dat. vi kal. ian. mediolano arcadio iiii et honorio iii aa. cons.*" (396 dec. 27).

## 2.- DERECHO COMPARADO

### a) Derecho histórico español.

En la época medieval, podemos citar la disposición de la Partida V<sup>a</sup>, Título XIII, “de los empeños que son empeñados por palabra, o calladamente, y de todas las otras cosas que pertenezcan a esta razón”. Las leyes 27 y 28, respectivamente, del título 13, partida V<sup>a</sup>, “Como aquél que rescibe la cosa en peños primero, ha mayor derecho que el que la rescibe después, fuera ende casos señalados (en que se señalan supuestos de subrogación por pago)” y “Como aquel que presta sus dineros, para adobar, o para fazer nave, u otro edificio, ha mayor derecho en ello para ser pagado que ninguno”.y la Ley 29<sup>461</sup> del título XIII del Libro V<sup>a</sup> de las Partidas, que lleva por rúbrica “Cómo el alquiler de las cosas que son de almacén, o que lieuvan de un lugar a otro, deve ser ante pagado, que las otras debdas”. Y nos dice que “Mercaderías algunas rescibiendo algún ome a peños, assi como olio, o vino, o civera o otra cosa semejante; si aquellas mercadorias estoviessen en alguna casa, o almacén, porque oviessen a pagar loguero por ellas; o fuese a leuar de un lugar a otro en algún navio, o en bestias, o de otra manera; e otro alguno emprestasse dinero después, para pagar aquel loguero o lo que costasse el acarrear las cosas; dezimos, que este que prestó los dineros a prostremas por alguna destas cosas sobredichas, este debe ser pagado primeramente (148<sup>462</sup>) que el primero. E las cosas que diximos en esta ley, e en las otras dos que diximos antes della<sup>463</sup>, que deben pagar el debdo que es fecho a postremas, ante que el primero; entiéndese que ha lugar contra todas las personas. Fueras ende, en debdo que fuese de dote, o de arras (149<sup>464</sup>) de uger o en debdo antiguo que oviessen a dar a la Cámara del Rey (150<sup>465</sup>) Ca en estas dos cosas en ante se pagaría el primer debdo destas personas, que el segundo.(151<sup>466</sup>)”

El Título VIII de la Partida V<sup>a</sup> regula, entre los "logueros y arrendamientos", el antecedente actual de los bienes fungibles, en almacén (la Ley XXV, se refiere al tipo de responsabilidad) y de la introducción de efectos en establecimientos<sup>467</sup>.

---

<sup>461</sup> Nos basamos en la edición de las Siete Partidas confeccionada por el licenciado Gregorio López, con las variantes de más interés y con la glosa, Barcelona, 1843, Tomo III, p. 323 y 324, de la que reproducimos también sus comentarios. Es reproducción de la Edición hecha en Salamanca, en el año 1555, 15<sup>a</sup> reimpresión, que recibió sanción oficial por Real Cédula el 7 de septiembre de 1555 y fue la edición más utilizada en Hispanoamérica, hasta su sustitución por Códigos Nacionales.

<sup>462</sup> Concuerta con la l. 6 D., *qui potior in pign.*

<sup>463</sup> Vid. Libro V<sup>o</sup>, tit.. XIII; Leyes 27 y 28, correspondientes a lo adquirido con dinero prestado, antes aludido.

<sup>464</sup> Entiéndese de las arras que son aumento de dote, y no de la simple donación “*propter nuptias*”, *Novel. 97*, cap. 3, junto con la Glosa, y 1 vit. al fin, *qui potior in pign.*

<sup>465</sup> "Nótese esto, lo que no tengo tan presente haberlo visto tan espreso en el derecho común; sin embargo, viene en apoyo dello el que la mujer y el fisco se equiparan en punto a la hipoteca tácita".

<sup>466</sup> De aquí se deduce que, si el que prestó para reparar una casa, o rehabilitar una nave es anterior en tiempo a la mujer o al fisco, será preferido a tales acreedores: así lo entendía Cino en la aut. “*quod iure C. qui potior in pig*”; empero, lo contrario sostenía allí Salic., arguyendo por algunas palabras del capítulo 3 de la Novela 97, el cual deduce allí otras consecuencias, recomendándolas como originales.

<sup>467</sup> Vid. MARTÍN SANTISTEBAN, S., ob. cit., p. 158.



## b) Derecho español actual.

En el capítulo II hemos comparado la posición del "*conductor*" romano con la ideación del prestador de servicios en el Borrador del Marco Común de Referencia. En el presente capítulo, constatamos el paralelismo de la situación descrita con la regulación que contiene nuestro Código de Comercio de 1885 acerca del comisionista, figura jurídica que también se ha denominado como "mandatario mercantil", y de la que se independizó el depósito mercantil en este Código, frente al Código de Comercio de 1829, en que el depósito mercantil se acometía en el articulado de esta institución, observando la identidad de tratamiento de una y otra figura<sup>468</sup>.

De los artículos 261 y ss. del Código de Comercio, se deriva que:

Art. 261 CCom., El comisionista desempeñará por sí los encargos que reciba, ... podrá, bajo su responsabilidad, emplear sus dependientes en aquellas operaciones subalternas que, según la costumbre general del comercio, se confían a éstos; Art. 263 CCom., El comisionista estará obligado a rendir, con relación a sus libros, cuenta especificada y justificada de las cantidades que percibió para la comisión, reintegrando al comitente, en el plazo y forma que éste le prescriba, del sobrante que resulte a su favor. En caso de morosidad abonará el interés legal. Serán de cargo del comitente el quebranto y extravío de fondos sobrantes, siempre que el comisionista hubiere observado las instrucciones de aquél respecto a la devolución. Art. 265 CCom., El comisionista responderá de los efectos y mercaderías que recibiere, en los términos y con las condiciones y calidades con que se le avisare la remesa, a no ser que haga constar, al encargarse de ellos, las averías y deterioros que resulten, comparando su estado con el que conste en las cartas de porte o fletamento, o en las instrucciones recibidas del comitente; Artículo 266 CCom. El comisionista que tuviere en su poder mercaderías o efectos por cuenta ajena, responderá de su conservación en el estado que los recibió. Cesará esta responsabilidad cuando la destrucción o el menoscabo sean debidos a casos fortuitos, fuerza mayor, transcurso de tiempo o vicio propio de la cosa; Artículo 276 CCom. Los efectos que se remitieren en consignación, se entenderán especialmente obligados al pago de los derechos de comisión, anticipaciones y gastos que el comisionista hubiere hecho por cuenta de su valor y producto.

Como consecuencia de esta obligación:

- 1.º Ningún comisionista podrá ser desposeído de los efectos que recibió en consignación, sin que previamente se le reembolse de sus anticipaciones, gastos y derechos de comisión.
- 2.º Por cuenta del producto de los mismos géneros deberá ser pagado el comisionista con preferencia a los demás acreedores del comitente, salvo lo dispuesto en el artículo 375.

Para gozar de la preferencia consignada en este artículo, será condición necesaria que los efectos estén en poder del consignatario o comisionista, o que se hallen a su disposición en depósito o almacén público, o que se haya verificado la expedición consignándola a su nombre, habiendo recibido el conocimiento, talón o carta de transporte firmada por el encargado de verificarlo.

---

<sup>468</sup> Así lo recoge la propia *Exposición de Motivos del Código de Comercio de 1885*. Vid. SERRERA CONTRERAS, P. L., *El contrato de depósito mercantil*, en *Tratado de derecho mercantil*, Barcelona, 2001, p. 44.

Según el artículo 277 del Código de Comercio, el comitente estará obligado a abonar al comisionista el premio de comisión, salvo pacto en contrario. Faltando pacto expreso de la cuota, se fijará ésta con arreglo al uso y práctica mercantil de la plaza donde se cumpliera la comisión.

Respecto de las mercaderías, destacamos, como se ha reproducido, que el artículo 276 CCom. las afecta al pago de los gastos, daños y la comisión debida, y la responsabilidad personal que el comisionista asume con relación a las que se le hayan entregado. Ello justifica en cierto modo su consideración como poseedor, un interés propio en el ejercicio de las acciones, por razón de la privación de un tercero, y el hecho de que los efectos recibidos se confundan en su patrimonio, sin que quepa ya al depositante, como antes se ha dicho, sostener una acción reivindicatoria.

En nuestro derecho actual, se establecen reglas de realización de valor en caso de necesidad o de impago, aparte de lo ya visto para el comisionista, en las leyes de transporte. Así, la Ley de Navegación Marítima 14/14, de 24 de julio de 2014, en su título X, rubricado "Certificación pública de determinados expedientes de navegación marítima", recoge una serie de procedimientos realizables notarialmente aparte de los que es posible incoar ante la Autoridad Portuaria, como el caso de salvamento marítimo), adecuados a la celeridad, y evitación de incremento de costes, y desarrollo internacional de dicha actividad. Se recoge en el art. 504 la protesta de mar por incidencias del viaje, previéndose la tasación de daños del buque o de las mercancías por perito designado de común acuerdo, o en defecto del mismo, por el Notario. Los artículos 506 y ss. recogen el procedimiento de liquidación de la avería gruesa. El capítulo IV de dicho título, relativo al depósito y venta de mercancías y equipajes en el transporte marítimo, comienza por el artículo 512, que nos dice que "Serán aplicables las disposiciones contenidas en este capítulo cuando la ley aplicable al contrato de fletamento faculte al porteador a solicitar el depósito y venta de las mercancías o equipajes transportados en los casos en que el destinatario no abone el flete, el pasaje o los gastos conexos a su transporte, o no se presente para retirar los efectos porteados, así como cuando el transporte no pueda concluir a causa de una circunstancia fortuita sobrevenida durante el viaje que hiciere imposible, ilegal o prohibida su continuación. Art. 514. 1, Si no fuere nominativo no se realizará el requerimiento, salvo que así lo pida el solicitante, designando para ello persona determinada. 514. 3.2 La venta de efectos depositados procederá asimismo cuando presentaren riesgo de deterioro, o cuando por sus condiciones u otras circunstancias, los gastos de conservación o custodia fueran desproporcionados.

Art. 514. 4, Con el importe obtenido con la venta, se atenderá en primer lugar al pago de los gastos del depósito y los de subasta, y el remanente se entregará al solicitante en pago del flete, o gastos reclamados, y hasta ese límite. Cap. VI, "De la enajenación de efectos mercantiles alterados o averiados." Art. 523 LNM: "Si los efectos que constituyen el cargamento de un buque aparecieren alterados o averiados o en peligro de inminente avería, aquel a quien corresponda la conservación de las mercancías bajo su custodia, y no hubiere podido obtener instrucciones del titular de aquéllas, deberá solicitar a un notario la autorización para la venta en pública subasta o por persona o entidad especializada." El art. 524 prevé el examen pericial, y, en su caso la autorización para la tasación y venta en pública subasta de los efectos afectados. Con el precio obtenido, se atenderá en primer lugar el pago de los gastos del notario y del perito y el remanente se entregará al titular de las mercancías.

La Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, prevé la enajenación en el artículo 40. Enajenación de las mercancías por impago del precio del transporte.

1. Si llegadas las mercancías a destino, el obligado no pagase el precio u otros gastos

ocasionados por el transporte, el porteador podrá negarse a entregar las mercancías a no ser que se le garantice el pago mediante caución suficiente.

2. Cuando el porteador retenga las mercancías, deberá solicitar al órgano judicial o a la Junta Arbitral del Transporte competente el depósito de aquéllas y la enajenación de las necesarias para cubrir el precio del transporte y los gastos causados, en el plazo máximo de diez días desde que se produjo el impago.

Y, por su parte, la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea, establece en su art. 133, que:

"Se considerarán créditos preferentemente privilegiados sobre la aeronave o sobre la indemnización que corresponda, en caso de seguro y por el orden que se relacionan, los siguientes:

1.º Los créditos por impuestos, derechos y arbitrios del Estado, por la última anualidad y la parte vencida de la corriente.

2.º Los salarios debidos a la tripulación por el último mes.

3.º Los créditos de los aseguradores por las dos últimas anualidades o dividendos que se les adeuden.

4.º Las indemnizaciones que esta Ley establece en concepto de reparación de daños causados a personas o cosas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 119 de esta Ley, párrafo último<sup>469</sup>.

5.º Los gastos de auxilio o salvamento de la propia aeronave, accidentada o en peligro.

Para la prelación de los demás créditos se estará a lo dispuesto en la legislación común.

Los privilegios y el orden de prelación establecidos en los apartados anteriores regirán únicamente en los supuestos de ejecución singular.

En caso de concurso, el derecho de separación de la aeronave previsto en la Ley Concursal se reconocerá a los titulares de los créditos privilegiados comprendidos en los números 1.º a 5.º del apartado primero<sup>470</sup>.

El art. 195 del Código de Comercio, mantiene también el caso preferente de cobro de los almacenes generales de depósito cuando emiten títulos representativos de mercaderías (conocidos como "warrants") cuando nos dice que "El poseedor de los resguardos tendrá pleno dominio sobre los efectos depositados en los almacenes de la Compañía, y estará exento de responsabilidad por las reclamaciones que se dirijan contra el depositante, los endosantes o poseedores anteriores, salvo si procedieren del transporte, almacenaje y conservación de las mercancías. Conforme al art. 196, el acreedor, que teniendo legítimamente en prenda un resguardo, no fuere pagado el día del vencimiento, podrá requerir a la Compañía para que enajene los efectos depositados, en cantidad bastante para el pago, y tendrá preferencia, sobre los demás débitos del depositante,, excepto los

<sup>469</sup> Los párrafos 3.º y 4.º del artículo 133 redactados por el número ciento veintidós del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre), que modifica la disposición final trigésima de la Ley Concursal. Vigencia: 1 enero 2012

<sup>470</sup> Vid. MUÑIZ ESPADA, E., *El Convenio de Capetown, sus protocolos y sus garantías mobiliarias*, en *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Coord. Lauroba-Marsal, Madrid, 2006, p. 209-229, sobre este Convenio Internacional de gran importancia respecto del embargo y traba de aeronaves.

expresados en el párrafo anterior, que gozarán de prelación.<sup>471</sup>"

## C.- El privilegio refaccionario y la prelación de créditos.

### 1.- Derecho Romano.

El privilegio es una cualidad de un crédito que le permite la satisfacción preferente frente a otros créditos contra el mismo deudor. Originariamente, la expresión "privilegio" aparece ya en la Ley de las XII Tablas, 1,9, donde se habla de "*privilegia ne inrogante*". En sus orígenes, tenía un sentido desfavorable. A finales de la segunda República, Cicerón define al privilegio como "ley contra una persona", en "*De legibus*" 3, 19. Con posterioridad, los privilegios representan en ocasiones un trato favorable para un particular, y, en otras ocasiones, un trato desfavorable. Finalmente, el término pasa a referirse a disposiciones favorables de carácter singular<sup>472</sup>. En sus inicios, los beneficios que suponía un privilegio, habían de solicitarse expresamente por quien pretendía su concesión<sup>473</sup>. MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA efectúa

---

<sup>471</sup> Reproducimos el punto tercero de las condiciones alemanas del transporte del mueble, *ALBK* Stand 6 Dez. 2016, *Stuttgarter Verein*. Se prevé un derecho de retención en tanto no estén satisfechos los créditos adeudados al almacenista, la responsabilidad al pago de dichas cantidades de cualquiera que reclame la entrega de los efectos depositados y a soportar la ejecución que pudiere corresponder para hacerse pago; y el derecho del depositario, con los debidos requerimientos al último domicilio conocido del depositante o al último domicilio comunicado para notificación, de proceder a la subasta de los efectos precisos, y reintegrarse hasta un 5% del importe bruto de realización.

"3. *Pfand- und Zurückbehaltungsrecht*. 1. Der Lagerhalter hat wegen aller fälligen und nicht-fälligen Ansprüche die ihm aus dem Lagervertrag oder aus einem sonstigen Rechtsgrund gegen den Einlagerer zustehen, ein Pfand und Zurückbehaltungsrecht an den in seiner Verfügungsgewalt befindlichen Gütern. Soweit das Pfand- und Zurückbehaltungsrecht ueber das gesetzliche Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht hinausgehen würde, ergreift es nur solche Güter und Werte, die dem Einlagerer gehören.

2. Der Lagerhalter kann die Auslieferung auch von Teilen des Gutes verweigern, solange er für seine Ansprüche nicht voll befriedigt ist.

3. Ueberträgt der Einlagerer seinen Herausgabeanspruch an dem Gut an einen Dritten, muss der Abtretungsempfänger das aus dem früheren Vertrag aus dem Gut lastende Pfand- und Zurückbehaltungsrecht dulden, solange der Lagerhalter nicht darauf verzichtet. § 404 BGB bleibt unberührt.

4. Der abtretende Einlagerer bleibt für die Ansprüche des Lagerhalters aus dem früheren Lagervertrag verpflichtet, bis der Lagerhalter ihn aus der Haftung entlässt.

5. Macht der Lagerhalter von seinem Recht zum Pfandverkauf der in seinem Besitz befindlichen Güter gebrauch, so genügt für die Pfandversteigerungsandrohung und die Mitteilung des Versteigerungstermins die Absendung einer Benachrichtigung an die letzte dem Lagerhalter bekannte Anschrift des Einlagerers. Die Pfandversteigerung darf nicht vor dem Ablauf eines Monats nach ihrer Androhung erfolgen".

6. Für den Pfand oder Selbsthilfeverkauf kann der Lagerhalter in allen Fällen eine Verkaufsprovision bis zu 5 % des Brutto-Erlöses berechnen."

<sup>472</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Conceptos y dicotomías del "ius"*, *Revista de la Universidad Autónoma de Madrid*, 3, 2000, p. 40.

<sup>473</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Derecho Privado Romano*, op. cit., p. 46.

un estudio de los fragmentos relativos a la preferencia hipotecaria en Derecho Romano<sup>474</sup>. Comienza recordándonos la predilección que tenía la garantía personal o fianza en el sistema romano, lo que no obstó para la creación y desarrollo de garantías reales<sup>475</sup>. Del estudio nos interesa fundamentalmente el capítulo II, en que aborda la fijación del rango y dentro de éste, los casos especiales, en los que estudia el privilegio del fisco y el del privilegio de "*in rem verso*"<sup>476</sup>". Diferencia tres tipos de preferencias en favor del fisco, que observa que, por su escasa definición, generan poca confusión en los textos: la hipoteca legal por tributos, entre los que enumera el Edicto de Tiberio Alejandro para el año 68, en que se manifiesta que los aperos "están sujetos al fisco como dados en prenda "*veluti pignoris iure*".

<sup>474</sup> Vid. MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J., *El rango hipotecario en el Derecho Romano Clásico*, AHDE, nº 29, 1959, p. 232 y ss.

<sup>475</sup> Vid. MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J., *El rango hipotecario ...*, op cit., en las p. 256 y ss.

<sup>476</sup> Vid. MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J., *El rango hipotecario ...*, op cit., p. 278-279. En cuanto al principio de prioridad temporal para establecer la preferencia entre acreedores, concluye que, en las garantías, que son las constituidas convencionalmente, ha de estarse a la fecha de afección de la cosa, distinta en cosa que está en el patrimonio al tiempo de su traba y la cosa futura, en que el momento a considerar es aquél en que la cosa pasa al patrimonio del deudor. Diferencia también el caso de la estipulación, en que comprueba que la cosa queda afecta desde el momento de contraerse y el simple pacto, que ha de venir acompañado de un desembolso efectivo para generar la traba, al hilo de los análisis de fragmentos como *Pomp. 6 Sab.*, D. 13, 7, 2; *Afr. 4 quaest.*, D. 16, 1, 17; *Marc. ad form hyp.*, D. 20, 4, 12, 8 y C. 8, 18 (19) , pr. rescripto de los emperadores Severo y Antonino, del año 209. Se ocupa igualmente de la evolución del "*ius offerendi*". BUENO DELGADO, estudia la evolución de las garantías reales convencionales en el derecho romano. La primera cesión real en garantía que se conoce es la de los formularios catonianos de la agricultura de los *invecta et illata*, herramientas de trabajo del agricultor, en garantía del pago de la renta Así, el Cap. 146, 5, recoge el siguiente relato: "*Donicum solutum erit aut ita satisdatum erit quae in fundo inlata erint pigneri sunt, nequid eorum de fundo deportato, si quid deportaverit, domino esto*".(Vid. GÓMEZ GARZAS, J., *La "lex commisorio" in causa obligationis en los formularios catonianos*, *Revista General de Derecho Romano*, 13, 2009). En la época clásica, el *pignus* produce solo el derecho de poseer, *ius possidendi*, pero no el *ius vendendi*. Posteriormente, se introduce esta posibilidad por pacto, que tenía que ser especial: *Gai* II, 64. Como resulta del fragmento C. 8, 26, 7, el acreedor pignoraticio por propia iniciativa, podía proceder a la venta de la prenda y el cobro de su crédito a la vez que compensar los otros créditos que tuviera con el deudor, en perjuicio de otros acreedores posteriores y quirografarios posteriores. Con más razón, es admitida la retención. La realización de las garantías es amparada por las acciones serviana y quasi-serviana, según que estuvieramos ante la figura de la "*datio pignus*" -prenda- o la figura de la "*conventio pignus*", que no implicaba desplazamiento y se desarrollará como hipoteca (vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, F., *Sistema contractual romano*, op. cit., p. 419). El *Bronce de Bonanza, tábula baética*, que se sitúa entre los S.I y II d. C. nos brinda un ejemplo. "Entre Dama, esclavo de L. Ticio y L. Baianus, se acordó que tanto el fundo como el esclavo permanecerán en garantía fiduciaria hasta que sean pagados todos los créditos de L. Ticio, o liberadas las fianzas, respecto del dinero que dió o haya dado, prestó o haya prestado, anotó o hubiese anotado en su contabilidad como entregado al deudor fiduciante, o bien respecto de aquello de lo que, por este motivo, salió o haya salido fiador por fideipromissio, sponsio o fideiussio. Si la cantidad no fuera pagada en su vencimiento a L. Ticio o a su heredero, éstos tienen derecho a vender al contado el fundo y el esclavo o aquellos objetos que ellos quieran, en el lugar y en el día que quisieran. (...) Y, al vender el objeto fiduciado, no quedará obligado contra su voluntad, a realizar la mancipación por más de un sestercio -es decir, por su precio real- ni tampoco a dar "*satisfactio secundum mancipium*", ni a hacer "*repromissio*" (...), ni a prometer el simple ni el doble....". El Código de Justiniano entiende implícita la facultad de enajenación. El el pasaje C. 8,

El rescripto de Marco Aurelio D. 2, 14, 10.

C. 7, 8, 2, rescripto de Caracalla, año 209, "*qui (se servus) pignori non est ex conventione speciale, sed tantum privilegio fisco obligatus.*"

Y C. 8, 14 (15), 2, del Emperador Antonino "*Certum est eius qui cum fiscus contrahit bonae veluti pignoris titulo obligari (quamvis specialiter id non exprimentur)*" año 214.

- Casos de protopraxia, derecho preferente a ser satisfecho con cargo a una garantía<sup>477</sup>, *Herm. 6 iuris epit*, D. 49, 14, 46, 3: "*Fiscus semper habet ius pignoris*". ; C 7, 73, 6, *Gord.*, a. 240:

*"Imperator Gordianus. Cum patrem tuum fisci debitorem fuisse demonstras eumque nubenti tibi possessionem dedisse adleges, procuratorem ius fisci exsequentem eam iure pignoris revocare potuisse intellegis. \* GORD. A. SEVERIANAE. \* <A 240 PP. NON. IUL. SABINO ET VENUSTO CONSS.>"*;

- C. 7, 73, 4:

*"(Antonino, a. 215) Imperator Antoninus . Si debitor, cuius fundum fuisse et ipse confiteris, prius eum distraxit, quam fisco aliquid debuit, inquietandum te non esse procurator meus cognoscat. Nam etsi postea debitor extitit, non ideo tamen ea, quae de dominio eius excesserunt, pignoris iure fisco potuerunt obligari \* ANT. A. QUINTO. \* <A 215 PP. III K. IUL. LAETO II ET CEREALE*

33 (34), 3,1, en relación con el D.13,7,4; Las Inst. 2,8,1, excluyen hasta el pacto en contrario. Aún se emplea el pacto en el año 223 d. C. 4,24,4. La prenda gordiana se admite en el año 239 d. C. La retención equivale a la prenda, y no permite la enajenación. Así puede desprenderse de los fragmentos D.13,7,11,1, y Paulo D. 46,2,18; Ulp. D., 46,3,43; Gayo III, 176, Si el acreedor transfiere a otro un crédito garantizado por prenda, y no se conviene que la garantía subsista, se extingue. Aceptando el acreedor a un nuevo propietario en lugar del deudor del fundo, la garantía subsiste. Cfr. MURGA GENER, J.L., *Una aparente contradicción entre Juliano y Gayo-Paulo, sobre el rango hipotecario, Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias*, Tomo II, Madrid, 1988, p. 859- 873. .Sobre la admisión de una segunda hipoteca, cfr. BERNAD SEGARRA, L., *Un supuesto de "successio in locum" en D. 20, 3, 3 Paul, 3 quaest., Escritos en memoria de Benito Reimundo Yanes*, Burgos, 2000, p. 17-21.

<sup>477</sup> Vid. CAMODECA, G., *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum: Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii* (Rome 1999), p. 219, explica el fenómeno de la protopraxia como derecho preferente al cobro en una ejecución: "Legible are the word 'protopraxia' ('having first rights in an execution sale') and the phrase 'iure ipso et consuetudine sibi esset', which would fit well with the interpretation of a public official, such as a tax collector, demanding payment." Cfr. LEVY, E., *Derecho Romano Vulgar de Occidente*, Introducción y trad. Ignacio Cremades Ugarte, Philadelphia, 1951, p. 59, Nos dice que "mucho más cercana a este respecto habría sido la semejanza que ofrecía la protopraxia. Esta institución, cuyo real objetivo era la sujeción en garantía de cosas en manos de personas distintas del deudor, era en esencia, si no de nombre, familiar al derecho vulgar en diversidad de formas. Como cosa natural, un bien en propiedad privada se consideraba obnoxium u obligatum o veluti pignoris iure comprometido a favor del Estado, las comunidades o las corporaciones por impuestos y munera. Los términos técnicos fueron los mismos que los empleados para las hipotecas legales, las cuales, por otra parte, interesaron a los legisladores y escritores mucho más que lo que llegaron a interesarles los pignora convenidos sobre cosas específicas. Cuando lo que estaba en cuestión eran cargas públicas, los juristas, a veces, llegaron a describir a los acreedores como propietarios de las cosas afectadas a la satisfacción de aquéllas. Pero en caso de relaciones de derecho privado, se refrenaron y no lo hicieron".

CONSS.>".

Y Paul. 3 decret., D. 46, 1, 68, 1:

*"Pro Aurelio Romulo conductore vectigalis centum annua Petronius Thallus et alii fideiusserant: bona Romuli fiscus ut obligata sibi occupaverat et conveniebat fideiussores tam in sortem quam in usuras: qui deprecabantur. Lecta subscriptione fideiussionis, quoniam in sola centum annua se obligaverant, non in omnem conductionem, decrevit fideiussores in usuras non teneri, sed quidquid ex bonis fuisset redactum, prius in usuras cedere, reliquum in sortem, et ita in id quod defuisset fideiussores conveniendos exemplo pignorum a creditore distractorum"*,

- Paul. 2 imp. sent. D. 40, 1, 10:

*"Aelianus debitor fiscalis euemeriam ancillam ante annos multos emerat hac lege, ut manumitteret, eamque manumiserat: procurator cum bona debitoris non sufficientia quaereret, etiam euemeriae status quaestionem faciebat. Placuit non esse iuri fiscali locum, quo omnia bona debitorum iure pignoris tenerentur, quia ea lege empta est, et, si non manumitteretur, ex constitutione divi Marci ad libertatem perveniret"*.

- Casos de hipoteca convencional ordinaria: Scaev. 27 dig., D, 20, 4, 21, pr.:

*"Titius Seiae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua quae habebat quaeque habiturus esset: postea mutuatus a fisco pecuniam pignori ei res suas omnes obligavit: et intulit Seiae partem debiti et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter ut supra de pignore convenit. Quaesitum est, an Seia praeferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus, quas post priorem obligationem adquisiit, donec universum debitum suum consequatur. Respondit nihil proponi. Cur non sit praeferenda<sup>478</sup>";*

y C. 7, 73, 2:

*"Imperator Antoninus . Quamvis ex causa dotis vir quondam tuus tibi sit condemnatus, tamen si prius, quam res eius tibi obligarentur, cum fisco contraxit, ius fisci causam tuam praevenit. Quod si post bonorum eius obligationem rationibus meis coepit esse obligatus, in eius bona cessat privilegium fisci \* ANT. A. VALERIANAE. \* <A 213 PP. XIII K. NOV. ANTONINO A. III ET BALBINO CONSS.>".*

- Y los créditos privilegiados por "in rem verso", en que el autor diferencia la subrogación de las cosas adquiridas en lugar del capital prestado, y la propiamente refaccionaria. La expresión, carente de tradición romana, se viene empleando desde SCHWEPPE<sup>479</sup> y fue objeto de general aceptación por designar abreviadamente y

<sup>478</sup> Si bien el autor aprecia contradicción con el fragmento de Ulp. 2 disp., D. 49, 14, 28: "Si qui mihi obligaverat quae habet habiturusque esset cum fisco contraxerit, sciendum est in re postea adquisita fiscum potiore esse debere Papinianum respondisse: quod et constitutum est. Praevenit enim causam pignoris fiscus".

<sup>479</sup> Vid. DERNBURG, *Pandektas*, II, 5ª Ed., Berlin, 1897, p. 247.

de modo satisfactorio, el fundamento y el carácter del privilegio. El privilegio a favor del prestamista del capital tiene su origen en la Constitución de Diocleciano y Máximo C. 8, 17, 7 del año 293<sup>480</sup>, conforme a la cual:

*"Imperatores Diocletianus, Maximianus. Licet isdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis priores habeantur potiores, tamen eum, cuius pecunia praedium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter statim convenit, omnibus anteferri iuris auctoritate declaratur. \* DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. IULIANO. \* <A 293 SUBSCRIPTA XVII K. FEBR. AA. CONSS.>".*

- En *Scav. 27 dig.*, D. 20, 4, 21, 1:

*"Negotiatori marmorum creditur sub pignore lapidum, quorum pretia venditores ex pecunia creditoris acceperant: idem debitor conductor horreorum Caesaris fuit, ob quorum pensiones aliquot annis non solutas procurator exactioni praepositus ad lapidum venditionem officium suum extendit: quaesitum est, an iure pignoris eos creditor retinere possit. Respondit secundum ea quae proponerentur posse",*

se plantea el caso de un comerciante de mármoles. "Se presta a un comerciante en mármoles con la prenda de las piedras, cuyos precios cobraron los vendedores de las mismas con la cantidad prestada. Este mismo deudor era arrendatario de los almacenes del Emperador, y, por las rentas que dejó de pagar durante varios años, el encargado de las cobranzas fiscales ordenó de oficio se procediera a la venta de las piedras. Se preguntó si el acreedor pudo retenerlas en derecho de prenda. Respondió que, según los términos del caso propuesto, sí puede."

El autor argumenta que el fisco aquí no tiene una hipoteca porque la misma hubiera sido más antigua, pero que el texto nada dice acerca de una posible hipoteca del fisco y que no cabe pensar en una hipoteca tácita. Ahora bien, dudamos de que la interpretación del fragmento autorice a pensar que el vendedor no tenga que pagar las rentas debidas al almacén, mecánica habitual, para poder "rescatar" las cosas dadas en prenda. Paraliza la ejecución del fisco, pero nada indica que tenga que ser solo por su preferencia. Además, esta última interpretación sería conducente si se tiene en cuenta que, no obstante poder estar fijadas en forma de tasas las rentas del almacén imperial, son créditos de conservación, que afectan al que quiere servirse de las cosas conservadas. Entendemos el caso como supuesto de ejercicio del "*ius offerendi*", que se caracteriza por la obligatoriedad de la aceptación del pago por el acreedor preferente. Podemos encontrar paralelismo a la interpretación que proponemos en el fragmento de Ulpiano 3 *disp.*, D. 20, 4, 5:

*"Interdum posterior potior est priori, ut puta si in rem istam conservandam impensum est quod sequens creditit: veluti si navis fuit obligata et ad armandam eam vel reficiendam ego credidero";*

<sup>480</sup> Vid. MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J., *El rango hipotecario en el Derecho Romano Clasico*, ob. cit., p. 295. Recoge otros casos en que el bien adquirido con dinero del tutelado queda de este último: *Ulp. 3 disp.*, D. 20, 4, 7 pr., *Ulp. 35 ed.*, D. 27, 9, 3, pr. y *Alexander*, 222., C. 7, 8, 6,



"En algunos casos el acreedor posterior es preferente respecto del anterior; por ejemplo, cuando se gasta para conservar la cosa pignorada lo que prestó el segundo acreedor, como si una nave estaba en garantía y yo hubiera prestado para reclamarla", y el fragmento de Modestino 8 *reg.*, D. 20, 5, 6:

*"Cum posterior creditor a priore pignus emit, non tam acquirendi dominii quam servandi pignoris sui causa intellegitur pecuniam dedisse et ideo offerri ei a debitore potest"*.

"Cuando un acreedor posterior compra la prenda de uno anterior, se entiende haber dado la cantidad, no tanto para adquirir la propiedad como para salvar su derecho de prenda ...". La técnica sugiere el caso de la "protopraxia", según la hemos definido, y que se identifica bastante bien con la práctica actual habitual para la exacción de las rentas, gastos o cargas de escaso valor en relación a la cosa.

El fragmento siguiente, *Ulp. 73 ed.*, D. 20, 4, 6, expone el fundamento que otorga a esta regla la jurisprudencia romana:

*"Huius enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam. Quod poterit quis admittere et si in cibaria nautarum fuerit creditum, sine quibus navis salva pervenire non poterat."*

1. *Item si quis in merces sibi obligatas crediderit, vel ut salvae fiant vel ut naulum exsolvatur, potentior erit, licet posterior sit: nam et ipsum naulum potentius est.*

2. *Tantundem dicitur, et si merces horreorum vel areae vel vecturae iumentorum debetur: nam et hic potentior erit"*.

"La cantidad prestada para refacción viene a salvar todo el derecho de prenda; lo que también podría decirse cuando se gasta lo prestado en alimentar a la tripulación, sin lo cual la nave no habría llegado sana a su destino. (1) Asimismo, si alguien hubiera prestado para salvar las mercancías pignoradas, o para pagar su transporte, será preferente aunque sea posterior: pues el mismo precio del transporte es lo primero. (2) Lo mismo se diga si se deben los alquileres de los almacenes o del solar o del transporte animal, pues también en este caso el acreedor será preferente<sup>481</sup>".

---

<sup>481</sup> El argumento que se ha empleado es que no es justo que los demás acreedores se beneficien por el esfuerzo del último de los refaccionarios. Esta doctrina fue recogida por las Partidas y se mantuvo en las Leyes de Toro, a decir de SANCHEZ MATA, *El plusvalor del crédito refaccionario*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 196, 1944, p. 579. Se argumenta que el beneficio lo percibe la cosa y la equidad aconseja que el crédito resulte garantizado a consecuencia del plusvalor. Hay un doble valor, el primitivo que tenía la cosa antes de la inversión refaccionaria, y el aumento de valor. El derecho romano no llegó a matizar un trato diferenciado para el aumento de valor, aunque formuló el principio basado en el enriquecimiento del favorecido por la inversión. Vid. BERNAD SEGARRA, L., *La "versio in rem". Del privilegium exigendi a la hipoteca legal privilegiada según el Derecho Romano*, *Revista General de Derecho Romano*, 21, 2013, p. 1-33., quien se muestra conforme con esta fundamentación. Cfr. CORDERO LOBATO, E., *El privilegio del crédito refaccionario*, Madrid, 1995, p. 50 y s., en que la autora critica este argumento, puesto que todos los acreedores que sucesivamente han invertido en la cosa han contribuido a su valor final, por lo que no justifica por sí solo una preferencia. Si bien la propia autora señala que

En Derecho Justiniano, se crea el privilegio dotal, consistente en la predetracción de las cantidades debidas al marido por los gastos e inversiones necesarios y también algunos útiles autorizados. El origen de esta regla se halla en la C. 5, 13, 1, 5 y 5 e) de año 530 d. C.:

"5. *Taceat in ea retentionum verboritas. ...*

5, e) *Quid enim opus est inducere ob mores retentionem alio auxilio ex constitutionibus introducto Sed nec ob impensas in res dotis factas retentio satis esse nobis videtur idonea. Cum enim necessariae quidem expensae dotis minuunt quantitates, utiles autem expensae non aliter in rei uxoriae actione detinebantur, nisi ex voluntate mulieris, non ab re est, si quidem voluntas mulieris intercedat, mandati actionem a nostra auctoritate marito contra uxorem indulgeri, quatenus possit per hanc hoc quod utiliter impensum est observari: vel si non intercedat mulieris voluntas, utiliter tamen res gesta est, negotiorum gestorum adversus eam sufficit actio".*

SCHULZ alcanza la conclusión de que dicho privilegio se aplicaba únicamente a las cosas fungibles o consumibles, mientras que respecto de los bienes "familiares" e inmuebles, se había estado recurriendo a la técnica de la retención, en tanto no se hubiera efectuado la liquidación de deudas que correspondiera y se hubieran satisfecho los gastos o inversiones pendientes<sup>482</sup>. No obstante, aprecia interpolaciones

"Ciertamente, puede repugnar moralmente la posibilidad de que el acreedor que ha llevado a cabo la construcción, reparación o mejora de un bien, pudiera, si no contase con ningún privilegio, ver insatisfecho su interés crediticio en el concurso del deudor común." En nuestra opinión, si bien el privilegio acaso no se justifica desde una perspectiva estática, sí tiene una razón dinámica y de oportunidad para favorecer que la inversión se haga, pues si el retorno no está garantizado, puede no hallarse a nadie dispuesto a ello, y GARCÍA VICENTE, J.R., vid. *Crédito refaccionario*, en la *Enciclopedia de derecho concursal*, dirigida por E. Beltrán y J.A. García-Cruces y coordinada por A. Ávila de la Torre y A. B. Campuzano, Madrid, 2012, Tomo I, p. 790, quien resume las posturas doctrinales del siguiente modo: "Su fundamento, como privilegio legal (de profunda raigambre histórica) es múltiple y ha sido justamente criticado: entre otras razones, se alega el enriquecimiento sin causa de los acreedores sucesivos, o que se trata de una actividad beneficiosa para ellos (aunque también es una ventaja para los anteriores, y, en su caso, debería referirse, si acaso, al plusvalor del bien y no a su valor íntegro) o en la promoción o fomento de la construcción como actividad socialmente valiosa. Probablemente, el privilegio carece de una justificación suficiente y es hoy aún más inexplicable desde la perspectiva concursal con el nuevo régimen del derecho de retención y de la acción directa prevista en los arts. 50, 3, 51 y 59 bis LC, preceptos que diluyen radicalmente su eficacia en el Concurso."

<sup>482</sup> Vid. SCHULZ, F., *Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt, Die Bedeutung der Rechtsregel im klasischen und Justinianischem Recht*, ZSS, 1913, p. 60. "... Keineswegs darf man etwa entnehmen dass, wenn körperliche Sachen in "dote" sind, diese zufolge der notwendigen Aufwendungen an eimen ideellen Teil aufhören, dotal zu sein; die Klassiker warnen ausdrücklich von diesem Missverständniss. Ist in der "dote" lediglich ein Geldwert, und uebersteigen die Aufwendungen diesen Wert nicht, so kürzt sich natürlich einfach dieser Wert um den Betrag der Aufwendungen. Sind in "dote" Gegenstände und ausserdem ein Geldwert, und uebersteigen die Aufwendungen diesen Wert nicht, so wäre es wider Treu und Glaube, wenn der Mann etwa die Gegenstände zurückhalten und Ersatz der Aufwendungen fordern wollte. Auch hier wird einfach der in "dote" befindliche Wert gekürzt ...". La conservación de los bienes familiares en su propio estado, sin perjuicio de los descuentos con cargo a otros bienes, puede apreciarse, por ejemplo, en el fragmento *Ulp. 20, 1, ad Sab., D. 30, 41, 3 "in fine"* y 4: "*Ex senatus consulto et constitutionibus licet nobis ab aedibus nostris in alias transferre, possessoribus earum futurus, id est non*

que sustituyen la expresión "retención", lo que testimonia la reforma y sustitución del sistema de retención por la concesión de una acción contraria, (en cuyo seno había de resolverse la liquidación de los derechos correspondientes<sup>483</sup>).

Como resultado de todo ello, si concurren varios acreedores con hipotecas privilegiadas sobre la misma cosa, se ejecuta en primer lugar el crédito a favor del fisco, a continuación el de la mujer para la restitución de la dote y, por último, el crédito a favor del acreedor refaccionario<sup>484</sup>. Este sistema fue acogido por las compilaciones medievales<sup>485</sup>.

---

*distractibus*". "... *Et quid si quis domum deductis marmoribus legaverit, quae voluit heredem habere ad exstruendam domum, quam retinebat in hereditate? Sed melius dicitur in utroque detractionem non valere: legatum tamen valebit, ut aestimatio eorum praestetur...*". "¿Puede entonces legarse lo que está unido a una casa a quien legó otra? Mas debe decirse que no, porque igual a quien se legó no va a ser poseedor único de las dos." (4) "En el legado de una casa, si los mármoles para dejarlos al heredero pasan a otra casa, es inválida la separación, pero vale el legado a los efectos de tener que pagar la estimación." Pudiera verse en esta normativa el fundamento de la "tenuta", que se recogió en Compilaciones Históricas Españolas, como la Catalana, en su artículo 38, consistente en la atribución del usufructo del haber hereditario a la viuda, durante el año siguiente al fallecimiento del cónyuge "o hasta que se le liquidara su haber", o la a institución funcionalmente similar del Fuero de Vizcaya, Compilación de 30 de Julio de 1959, en sus arts. 47 y 49. 3º La fórmula permitía cohesionar los derechos del viudo con los de los parientes troncales sobre determinados bienes. En el CCE encontramos el derecho de retención del usufructuario previsto en el art. 522. Los Códigos actuales han reglamentado diversas figuras de administración. Para las regulaciones de derecho civil foral y especial actual respecto del cónyuge viudo, Vid. MOLLÁ NEBOT, M.A.S., *Usufructo de pecunia. Aplicación a los fondos de inversión desde la Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Madrid, 2015, p. 185 y ss., en las que he tenido la oportunidad de colaborar.

<sup>483</sup> Así, el autor aprecia el reemplazo de la expresión "retención" por "acción" en los fragmentos: *Ulp. 31 Sab, D. 24, 3, 7, 16,* "... *Plane si novam villam necessario extruxit vel veterem totam sine culpa su collapsam restituerit, erit eius impensae petitio, simili modo, et si pastina instituit, hac enim impensae aut in res necessarias aut utiles cedunt pariuntque marito actionem*". "... Claro que si se construyó una nueva casa rústica que era necesaria o se reconstruyó por entero la antigua que se había derrumbado sin su culpa, tendrá acción para reclamar tal impensa; así también si preparó el terreno para plantar viñas. Estas impensas se consideran necesarias o útiles y engendran una acción /por "retención" a favor del marido." Los argumentos para considerar interpolada la última frase son que así lo opinaron ya Riccobono (*Bullettino* 9, 246) y Krüger, P., en *Czyhlarz* 347, 12; que no es creíble la enumeración conjunta de las impensas útiles y las necesarias, ya que las impensas útiles solo podían generar un derecho de retención o equivalente si se habían efectuado con el consentimiento de la mujer; que las impensas útiles habían de compensarse con los frutos y el fragmento *Ulp. libro trigesimo sexto ad Sabinum, D, 25, 1, 7, "quarum (scil. impensarum) utiles non quidem minuunt ipse iure dotem, verumtamen habet exactionem*". "Son voluptuarias las impensas que hizo el marido por gusto y que sirven de adorno, de las cuales las útiles no disminuyen la dote de propio derecho pero se pueden reclamar/ retener". Los argumentos, aquí, son que este es el parecer de P. Krüger, y la incoherencia de afirmar que las impensas útiles no merman la dote, cuando, en época clásica, la expresión no significa otra cosa que la concesión de un derecho de retención, junto con el hecho de que, para este efecto, era preciso el consentimiento de la mujer.

<sup>484</sup> Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Derecho Privado Romano*, op. cit., p. 448.

<sup>485</sup> La Partida Vª, Título XIII, Ley XXIX, referente al alquiler de almacenes, por razón del alquiler o del transporte, que nos dice que las rentas devengadas en los almacenes y los gastos de transporte deben ser atendidos antes de las otras deudas. Cuando un hombre recibe mercancías en concepto de prenda, tales como aceite, vino, grano o cosas semejantes, y tales mercancías se depositan en

Coincidimos con MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, en que el sistema idóneo para el tratamiento de la preferencia de pago de los gastos corrientes, tales como pueden serlo los del depositario, mientras tiene en custodia las cosas afectas, por su carácter permanentemente renovable, es el del sistema de "puestos" y la mecánica de la "protopraxia", en tanto espera pasiva a que los bienes sean reclamados y "rescatados" por el pago de las deudas generadas para su guarda. Destacamos los comentarios que el autor efectúa acerca del sistema de hipoteca de puestos, propio del derecho alemán, que supone la reserva de una parcela de valor del bien afecta al pago de las cantidades que se devenguen, y en la que el pago de un tiempo transcurrido extingue la deuda en cuanto a dicho periodo, pero en que dicho pago no afecta a la subsistencia de la "parcela de valor afecta" para los nuevos gastos corrientes que se devenguen. El autor encuentra entronque romano tanto del sistema que ha pasado a denominarse como "romano", de avance de puestos, que rige en nuestro Derecho Hipotecario, como del sistema adoptado por el Derecho Alemán, de "reserva de puestos", que, entre otras cosas, hace posible la llamada "hipoteca de propietario", en las posibilidades de interpretación del fragmento atribuido a Gayo, *de form. hyp.*, D. 20, 1, 15, 2<sup>486</sup>. El fragmento nos dice que:

*"Qui res suas iam obligaverint et alii secundo obligant creditori, ut effugiant*

edificios o almacenes, donde debe pagarse merced por ello, o a las que deban transportarse por barco o por animales de carga, o de cualquier otro modo y después alguien presta dinero para el pago del almacenaje, o por el transporte de dichas propiedades, ordenamos que la parte que puso el dinero la última para dicho fin sea pagada en primer lugar. ...Lo que se entiende aplicable en cualquier caso excepto por las responsabilidades nacidas de la dote o donación de la esposa, o las obligaciones debidas a la hacienda pública, en que la primera deuda contraída por dichas personas será satisfecha antes de la segunda". OBARRIO MORENO, J.A., en "*La rúbrica "cessio bonorum" en la doctrina valenciana de los siglos XVI y XVII: "quaestiones et controversiae" en torno al derecho concursal en el antiguo del Reino de Valencia*", en las *Actas del IX Congreso Internacional y XII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Las Palmas de Gran Canaria, 2007, p. 534, nota 147, recoge el fragmento de "*Theatrum jurisprudentiae*, Cap. 45, nota 70, en que se dice que "*non possit concedere contra creditum dotale, et alia privilegiata credita in dictis foris contenta, tamen si debitor inducias obtinerit quinquennalis a maiorem creditorum parte, non poteri inquietari adhuc pro credito ex causa dotis, actio depositi, vel alterius privilegii, inmo durante iudicatum tempore impermissum est huius modo creditoribus privilegiatis contra debitorem agere, cum diversum sit ius moratoriae principiis, et ius iudicarium quinquennatum creditorum, nam fortius ligantur creditores in casu iudicarium, ut extendabit concessio etiam ad privilegiata credita*". Con ello queda de manifiesto la recepción medieval de los privilegios tributario, dotal y el del depositario ( en tanto, refaccionario), en caso de concurso, que también se da en otras compilaciones tributarias del Derecho Romano. Merece citarse, entre estos textos, "*Lo Codi*", texto en lengua provenzal de mediados del S. XII. Cfr. FITTING, H., "*Lo Codi*" in *der lateinischen Uebersetzung des Ricardus Pisanus*, Aalen, 1968, reimpr. del texto impreso en Halle en 1909, con diversos fragmentos de interés, para nuestro tema. Así, p. 116 y ss., "*LV. De illis rebus quas unus dat alli ad custodiendum*", el fragmento LVI, p. 118 y ss., "*De commendamento quod unus fecit alii*", p. 166 y ss. relativas a la dote, 268 y ss., relativas a la prenda, y 318 y ss., relativos a la evicción. El Título XLVIII, p. 318, lleva por rúbrica "*De expensa que fuit facta in re quam aliquis petit*" y concede un derecho de retención por los gastos útiles y necesarios hechos en la cosa.

<sup>486</sup> Vid. MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J., *El rango hipotecario ...*, op. cit., en las p. 256 y ss. El autor considera el fragmento que se expone sospechoso de interpolaciones, no obstante lo cual lo reconoce como próximo a la idiosincracia griega y ve confirmada la interpretación en el fragmento de los Basílicos 25, 2, 15, 2, de los años 570 ó 612, masa de los "Anónimos".

*periculum, quod solent pati qui saepius easdem res obligant, praedicere solent alii nulli rem obligatam esse quam forte Lucio Titio, ut in id quod excedit priorem obligationem res sit obligata, ut sit pignori hypothecaeve id quod pluris est: aut solidum, cum primo debito liberata res fuerit? De quo videndum est, utrum hoc ita se habeat, si et conveniat, an et si simpliciter convenerit de eo quod excedit ut sit hypothecae? Et solida res inesse conventioni videtur, cum a primo creditore fuerit liberata, an adhuc pars? Sed illud magis est, quod prius diximus".*

"Los que habiendo hipotecado sus bienes los vuelven a hipotecar a un segundo acreedor, suelen declarar, a fin de evitar el peligro que amenaza a los que vuelven a hipotecar los mismos bienes sucesivas veces, que la cosa no está gravada por más hipoteca que la que tiene a su favor, por ejemplo, Lucio Ticio, de manera que la cosa quede en garantía por lo que exceda de la obligación anterior, para que quede en prenda o hipoteca el excedente; o por entero, cuando la cosa quede liberada de la garantía de la primera deuda. A propósito de lo cual hay que ver si esto es así tan solo cuando así se acuerda o también si se hubiera acordado simplemente que el excedente quede en hipoteca. Y ¿se entiende que el acuerdo hipotecario se refiere a la cosa entera, cuando la libere el primer acreedor, o a una parte? Pero es más probable lo primero." La cuestión es que sugiere la interpretación de que la hipoteca del segundo acreedor en rango solo se extenderá a la totalidad del bien si éste satisface al acreedor preferente y, si, en otro caso, adquiere una garantía sobre el valor residual del bien tras detraer la carga preferente de las cantidades que se obtengan en la venta, conocida como "*hyperocha*". El primer sistema sería el que se denomina como "romano" de avance de puestos" y el segundo sería compatible con un sistema de "reserva de puestos" como el adoptado por la legislación hipotecaria alemana.

Actualmente, el sistema se ha perfeccionado sobre todo con relación a los bienes inmuebles, y, en efecto, es el que se utiliza incluso en sistemas de corte "romano" de prelación registral como el español, en que el pago de la carga preferente extingue la misma y quien paga pasa a ocupar el puesto preferente por subrogación, para el pago de créditos refaccionarios. Así resulta del art. 59 de la Ley Hipotecaria y concordantes<sup>487</sup>. Respecto de los tributos que gravan los inmuebles y los gastos de las

<sup>487</sup> Nos remitimos a los comentarios que efectuamos en el capítulo I, sobre la refacción inmobiliaria. El legislador español ha optado por incorporar los créditos refaccionarios a partir de un sistema de constitución con la publicidad necesaria para su inscripción, para lo que se recaba el consentimiento de los acreedores precedentes o, en su defecto, se prevé la fijación judicial de valor, en el art. 64 LH, a los efectos de establecer la preferencia sobre las demás cargas inscritas. Vid. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *Anotación preventiva de créditos refaccionarios*, p. 623-648, y DÍAZ FRAILE, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000, por la que se anulan diversos artículos del Reglamento Hipotecario*, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario registral*, 21-22, 2001-1, p. 1209-1228. Sin embargo, nuestro texto hipotecario no resuelve los problemas de encaje del sistema hipotecario que hemos definido como "romano", con el sistema de corte alemán de reserva de puestos. SANCHEZ MATA, A., *El plusvalor en el crédito refaccionario*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 196, 1944, p. 579-585, nos ofrece un estudio de los conflictos que se generan por la interacción de un sistema u otro con relación aun crédito refaccionario, planteando una serie de supuestos. El autor explica que el problema de base del crédito refaccionario es la imposibilidad de determinar previamente las cantidades que van a suponer la inversión que ha de garantizarse, pero que el emprendedor precisa tener garantizadas para acometer la inversión correspondiente. En el sistema "romano" la hipoteca absorbe todo el

comunidades de propietarios de los últimos cuatro años, así como de la preferencia de los trabajadores sobre los bienes producidos en los términos del art. 32 del ET, se ha recurrido a establecer hipotecas legales tácitas. El peligro de estas últimas, como veremos en los comentarios de derecho actual, es la distorsión del mercado de crédito, si son excesivas en número o cuantitativamente. Estos sistemas serían los que pueden extrapolarse a las garantías sobre bienes muebles en tanto los gravámenes estén provistos de requisitos de publicidad adecuados a su naturaleza, por lo que los traemos a colación en esta sede<sup>488</sup>.

---

valor de la finca. Las segundas o posteriores hipotecas están pendientes de la primera, si ésta se extingue, ascienden de valor, el que paga al acreedor preferente, queda subrogado. El crédito refaccionario tiene preferencia absoluta. En el "sistema alemán", el valor de la cosa se divide en compartimentos estancos y no hay preferencia. Al pagarse a un acreedor hipotecario, surge la hipoteca de propietario porque ésta subsiste. Si se paga una hipoteca, esto no es motivo para que las demás se beneficien. La ley hipotecaria acoge los principios germánicos, pero con el sistema romano de preferencias. Recoge seis problemas: a) El dueño de la finca paga al acreedor refaccionario y los acreedores hipotecarios más antiguos postergados no llegan a cubrir su crédito. Por aplicación del CCE los arts. 110 y 111 LH, de mejoras hechas por el deudor, habrá que admitir que el crédito y la hipoteca se extinguen por el pago por el deudor y que los demás acreedores avanzan en su puesto hipotecario. Por los arts. 107, 8 y 9 LH, habría que entender que hay una consignación a disposición según la prelación de créditos. b) Se paga a los acreedores inscritos y el refaccionario no cubre su crédito: si paga el deudor, parece que sí, si paga tercer poseedor, no parece el caso, por cuanto quienes hicieron estos aumentos podrían considerarse terceros frente al aumento de valor, art. 112 Ley y 187 RH. c) Si ejecutan por procedimiento judicial sumario los acreedores anteriores, habrá que admitir que la hipoteca refaccionaria queda subsistente por no afectarse y además, el exceso de valor de ejecución se ve que habría que entregarlo en último lugar al acreedor refaccionario. d) Caso de la enajenación a instancia de los acreedores refaccionarios. El problema que surge es el de la indeterminación del valor de la finca. El desconocimiento de las cantidades a invertir y de su repercusión en el aumento de valor de la finca, impide fijarlos de modo inicial, generando los correspondientes problemas formales. e) Si la enajenación se hace por los acreedores refaccionarios y el plusvalor les cubre y hay un remanente, se plantea la cuestión acerca de si hay o no una renuncia tácita de los acreedores por consentir al plusvalor o si este plusvalor debería quedar afecto para el pago de los demás acreedores. f) En el caso de la ejecución por los acreedores no refaccionarios, surge la duda acerca de si el remanente queda afecto para los acreedores refaccionarios, lo que el autor opina favorablemente, ya que nunca deben perjudicarse.

<sup>488</sup> Vid. SANZ FERNÁNDEZ, A., *La prenda sin desplazamiento. Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1950, T. II, p. 150 y ss., en que el autor se ocupa del problema de la publicidad en la prenda sin desplazamiento. El autor apunta como problemas propios de los derechos de garantía sobre bienes muebles las dificultades del comercio, que precisa medios rápidos y simples, la falta de una situación fija en el espacio de esta clase de bienes, la poca importancia económica y social de los mismos, la multiplicidad de bienes muebles, su poca duración y la facilidad con que se deterioran o destruyen y la dificultad de su identificación. Señala como efectos de la posesión de los bienes muebles los de la generación de una presunción "*iuris tantum*" de tenencia legítima y la legitimación del poseedor para transmitir. Acompaña estas consideraciones de un estudio práctico acerca de la aplicación e interpretación del art. 464 CCE que considera correcta. La mecánica de las transmisiones de mercaderías depositadas por medio de la cesión de los resguardos de depósito es similar. En los mismos, se hacen constar las responsabilidades que se devengan por almacenaje y quien quiera rescatar los bienes, sea el propio depositante o un cesionario, queda sujeto a su pago. Cfr. en cuanto al derecho hipotecario alemán, un sistema similar, en NUSSBAUM, A., *Tratado de Derecho Hipotecario Alemán*, Trad. de Wenceslao Roces, Madrid, 1929, p. 33, recoge las

## 2.-Derecho comparado.

GARRIDO GARCÍA, investiga acerca de la función de las garantías reales<sup>489</sup>. Nos recuerda que la función principal es reforzar la protección de un determinado derecho de crédito, lo que abarata su financiación y constitución. Las teorías norteamericanas inciden en que debe tener algún sentido en la prelación de garantías las otorgadas por la ley, que, con sus variantes, se encuentran previstas en cualquier sistema mínimamente estructurado. Entre las convencionales, el orden de prelación lo establece el disponente, pero las preferencias legales, o privilegios, limitan esta capacidad<sup>490</sup>. Se ha hablado de motivos de protección de la eficiencia económica y fomento de determinadas actividades. La proliferación de privilegios genera un impacto negativo en el sistema crediticio, por minar la seguridad jurídica.

El autor explica que las relaciones que puedan existir entre los diversos créditos provistos de privilegios y las garantías reales, se articulan por medio de un sistema de prelación<sup>491</sup>. Hay que diferenciar los créditos prededucibles, los créditos por preferencia de origen negocial, que se rigen por un sistema de `prioridad según su antigüedad, salvo que el acreedor perjudicado permita una alteración del rango. Aquí, existe una salvedad reconocida por el derecho estadounidense, el llamado "*purchase money security interest*". Se trata de una preferencia sobre el objeto cuya adquisición financia el acreedor. Generalmente, se refiere a bienes de equipo, necesarios para el desarrollo de la actividad económica, y recae la garantía sobre dicho mismo bien. Cuando los objetos adquiridos son mercaderías, el derecho se centra sobre los créditos obtenidos en su enajenación. Los créditos de preferencia legal, tienen diverso origen y prelación, según los intereses que quiera primar el legislador.

---

limitaciones impuestas por el Derecho ejecutivo, según las cuales, (§§ 10 y 12 Ley Ejec.) a) Si los acreedores fueren varios y la finca se hallare sujeta al régimen de administración, puede ocurrir que alguno de ellos tenga derecho a que se le indemnicen preferentemente los desembolsos hechos para conservación o reparación de la finca, siempre que tengan el carácter de "necesarios", por exigirlos, vgr. el estado ruinoso del edificio, si se trata de un predio urbano.

b) Tratándose de tierras o montes, se da preferencia, en la ejecución, a los salarios devengados por jornaleros para su explotación o cultivo, desee el último término de vencimiento anterior al embargo, y a los atrasos del último año.

c) Las contribuciones de la finca pendientes de pago desde el último término de vencimiento antes del embargo, con los atrasos de dos años anteriores, gozan también de trato preferente.

Si bien la ley sustantiva no concede carácter privilegiado a todos estos créditos, ni los antepone a los gravámenes anteriormente inscritos, en la práctica, las normas adjetivas de la Ley de Ejecución, conducen a idéntico resultado.

<sup>489</sup> Vid. GARRIDO GARCÍA, J.M., *Garantías reales, privilegios y "par condicio"*. Un ensayo de análisis funcional, Madrid, 1999, p. 25 y ss.

<sup>490</sup> La Sentencia del TS de 21 de mayo de 1987, de la que es ponente D. Eduardo Fernández Cid de Termes, en el caso *Abast contra Coll Brossa*, se ocupa del concepto de crédito refaccionario, adoptando un sentido amplio de la expresión, comprensivo, tanto de las cantidades dinerarias anticipadas para la construcción, conservación, reparación y transformación de bienes muebles e inmuebles, como de cualquier prestación efectuada para la obtención de estos fines en la cosa. tales como el trabajo de los arquitectos, empresarios, oficiales, obreros y los que suministran materiales al propietario para la construcción o reparación de sus edificios u otras obras, en tanto quehacer de quien lleva a cabo una de las actividades mencionadas, y aplaza la satisfacción de su derecho hasta un tiempo futuro, actividad socialmente beneficiosa.

<sup>491</sup> Vid. GARRIDO GARCÍA, J.M., *Garantías ...*, op. cit., p. 125 y ss.

Finalmente, están los créditos ordinarios, en que rige el principio "*par conditio creditorum*", y aún, los créditos subordinados, calificados así por determinados vínculos concurrentes. La utilización de "súper"-privilegios, que se anteponen a las garantías convencionales o debidamente publicitadas según el procedimiento general, debe estar adecuadamente justificada y restringida, ya que su creación provoca una directa reducción del crédito con garantías reales disponibles para las empresas, con consecuencias negativas para todos los acreedores, incluidos los propios acreedores privilegiados y superprivilegiados. Uno de los presupuestos que ha de reunir un privilegio, es el de la oponibilidad frente a terceros. RAGEL SÁNCHEZ estudia el presupuesto y los términos de la oponibilidad de actos y contratos a terceros no intervinientes en los mismos en el ordenamiento jurídico español<sup>492</sup>. Con relación a los bienes muebles, en los que nos centramos por ser los que son objeto del contrato de depósito, constata que el art. 464 CCE, según la dominante interpretación germanista, protege al adquirente de buena fe que toma la posesión del bien mueble, aunque llegue a sus manos por acto indebido -adquisición "*a non domino*", del que se la entregó, cumpliendo la posesión respecto de las cosas muebles (añadimos que no inscribibles) el mismo papel que la inscripción para los inmuebles. Al adquirente de buena fe de una cosa mueble, le será inoponible que el título del transmitente sea ineficaz o que éste no tuviera el carácter de propietario de la cosa transmitida. " Se trata de un caso de protección de la apariencia respecto de tercero de buena fe. En opinión del autor<sup>493</sup>, la regla general de la oponibilidad de los actos jurídicos debe matizarse y concluirse que el acto jurídico es oponible, en todo caso, al ser efectivamente conocido por terceros, antes de que éstos entren en contacto jurídico con las partes, ya que puede exigirse que lo tenga en cuenta antes de entrar en contacto con una de las partes intervinientes. Cuando el acto no es efectivamente conocido por terceros, no puede formularse una regla general absoluta de oponibilidad, sino solo reglas parciales, en función del sistema de publicidad que rige el acto, la naturaleza del derecho sobre el que recae el acto, o la concreta decisión del legislador. Los requisitos de publicidad han de garantizar la certidumbre de la celebración y del momento de su celebración, art. 1227, 1280, 1526 y 1865 CCE. En la mayoría de los casos, los actos que constan en un registro público son oponibles a terceros. Hay algunas excepciones en el derecho de sociedades, en los 15 días siguientes a la publicación de un acto, art. 21. 1 del Código de Comercio, propiciado por la directiva comunitaria 68/151/CEE, de 9 de marzo de 1968, bajo el título "Publicidad", si bien exige al reclamante de ineficacia la prueba de que no pudo conocer el acto, lo que parece de muy difícil demostración.

En principio, concluye el autor<sup>494</sup> que existe un deber general de respeto hacia los actos realizados por terceros, si bien los casos de inoponibilidad constituyen facultades específicas concedidas por la ley a una persona, por el hecho de ser ajena a una actuación perfectamente válida, para que, sin necesidad de impugnarla, pueda actuar en defensa de sus intereses como si tales actos no se hubieran producido.

ROJO AJURIA efectúa una comparación de los principios fundamentales en que se basan los distintos sistemas de garantías mobiliarias contemporáneos<sup>495</sup>. Si bien aprecia una tendencia a la generalización de las garantías mobiliarias, los instrumentos de técnica

<sup>492</sup> Vid. RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*. Valencia, 1994, p. 171 y s.

<sup>493</sup> Vid. RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Protección del tercero ...*, op. cit., p. 194 y ss.

<sup>494</sup> Vid. RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Protección del tercero...*, op. cit., p. 245 y s.

<sup>495</sup> Vid. ROJO AJURIA, Luís, *La unificación del derecho de garantías mobiliarias. La experiencia de derecho comparado. Tratado de garantías en la contratación mercantil, Consejo General de Colegios Oficiales de Corredores de Comercio*. T. II, Vol. I, *Garantías mobiliarias*, 1ª ed., Madrid, 1996, p. 59 y ss.



jurídica utilizados difieren notablemente. Nos ofrece un sucinto recorrido de Derecho comparado. Comienza por el Derecho Alemán, que desarrolló un sistema mobiliario sin publicidad registral, en el que ha predominado la transmisión del dominio mediante la configuración de un derecho de garantía. Se han distinguido fundamentalmente la reserva de dominio, en que se mantiene la propiedad y un derecho de separación concursal hasta la ley de Insolvencia de 5 de octubre de 1994, de entrada en vigor el 1 de enero de 1999, y la transmisión en garantía, que solo concedía un derecho de satisfacción preferente en el concurso. Se ha centrado la importancia en la evitación del pacto comisorio<sup>496</sup>.

En Francia, durante mucho tiempo, la jurisprudencia se opuso a la utilización del derecho de propiedad con fines de garantía, y se recurrió a leyes especiales que introdujeron figuras de prenda sin desposesión para supuestos determinados ("*warrant*", "*nantissement*"). En todo caso, se exige algún tipo de publicidad. El ocaso de la garantía genérica, nos dice el autor que parece irreversible. Las Leyes de 2 de julio de 1966 y de 12 de mayo de 1980 regularon, respectivamente, el "*credit-bail*" o "*leasing*" y la reserva de propiedad.

La experiencia jurídica italiana tiene características similares a la francesa e introduce la hipoteca mobiliaria para bienes susceptibles de ello. En la utilización del derecho de propiedad con fines de garantía, se tiene en cuenta la prohibición del pacto comisorio. (Arts. 1523-1526 del CCItaliano de 1942.)

El derecho español, de forma semejante, introduce la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de 16 de diciembre de 1954. Producen un sistema fragmentario y limitado, junto con la figura de la prohibición de disponer. No se exige la publicidad para el arrendamiento financiero<sup>497</sup>.

En Estados Unidos y el ámbito norteamericano se elabora el *Uniform Commercial Code*, que sí crea un sistema con vocación omnicomprensiva de garantías mobiliarias, adaptado a las distintas fases de producción y comercialización de bienes. Su artículo 9 configura en las secciones 9 - 102 las "*secured transactions*", cuya regulación prescinde de la forma, se extiende, además, a toda venta de títulos o créditos, todos los derechos de garantía creados por contratos y cualquier otro contrato de retención de título o gravamen y arrendamiento o depósito (para la venta) con finalidad de garantía. Basa su perfección y eficacia frente a terceros en la inscripción en un registro de contenido simplificado y hoja personal. En el Reino Unido, han fracasado diversos intentos de dotar garantías mobiliarias y es un reto pendiente en 1994.

El valor de un derecho de garantía, recuerda que depende del grado en que se aísla el acreedor garantizado de otras pretensiones, de otros acreedores del deudor. Tal valor se plasma en la prelación de créditos. La garantía es de tipo convencional. El privilegio tiene origen legal y es una cualidad del crédito. La prelación respectivamente concedida constituye una opción política. El privilegio se ha intentado paliar recurriendo a la figura de la propiedad en garantía. La proliferación de pasivo privilegiado legalmente, tal como tributos, seguridad social, créditos salariales, gastos de comunidades de propietarios y otros ejemplos, puede acabar por asfixiar el derecho de garantía. Hace falta una correcta política para mantener el equilibrio. SERICK<sup>498</sup> sostuvo que, para cumplir su función, las garantías

<sup>496</sup> Vid. RODRÍGUEZ ROSADO, B., *La transmisión de la propiedad en garantía en Alemania y los problemas para su aceptación en el Derecho Español*, *Revista de Derecho Civil*, 2017, Vol. IV, 3, p. 63-93.

<sup>497</sup> Cfr. VAZQUEZ DE CASTRO, E., *La publicidad registral en el tráfico de bienes muebles*, Madrid, 2013, p. 222 y ss. Para la colisión de garantías mobiliarias e inmobiliarias inscritas, Vid. CORDERO LOBATO, E., *La prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria*, en *Garantías mobiliarias en Europa*. Coord. Lauroba-Marsal, Madrid, 2006, p. 77-90.

<sup>498</sup> Cfr. SERICK, R., *Garantías mobiliarias en Derecho Alemán*, trad. de A. Carrasco, Madrid, 1990, p. 145 y s.

habían de operar también en las situaciones concursales.

A la vista de las fuentes romanas, la protección del derecho de retención y el de predetracción -semejante al procedimiento que hemos descrito como "*protopraxia*"- de las cantidades adeudadas por razón de gastos e inversiones de conservación, en caso de subasta o enajenación, cuenta con una amplia tradición y estuvo extendida respecto de las mercaderías a toda actividad económica por la vía de los usos del comercio, otorgando una necesaria seguridad de cobro a la misma actividad, y la salvaguarda de la solvencia para el mantenimiento de las actividades y el tráfico jurídico. La preferencia concursal se aborda en nuestro derecho en el Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, de la que nos interesan especialmente los arts. 89 y 90, Sección 3, de la clasificación de créditos. Exponemos brevemente el articulado que nos concierne en el presente tema:

#### *Artículo 89 Clases de créditos*

1. Los créditos incluidos en la lista de acreedores se clasificarán, a efectos del concurso, en privilegiados, ordinarios y subordinados.
2. Los créditos privilegiados se clasificarán, a su vez, en créditos con privilegio especial, si afectan a determinados bienes o derechos, y créditos con privilegio general, si afectan a la totalidad del patrimonio del deudor. No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley.
3. Se entenderán clasificados como créditos ordinarios aquellos que no se encuentren calificados en esta Ley como privilegiados ni como subordinados<sup>499</sup>.

#### *Artículo 90 de la Ley Créditos con privilegio especial*

1. Son créditos con privilegio especial:

<sup>499</sup> La vigente Ley Concursal se caracteriza por incorporar una reglamentación para los Concursos internacionales y las normas de conflicto correspondientes. Vid. ESPLUGUES MOTA, C., 1718. *Sentencia de 14 de abril de 2003. Reclamación de deuda por prestación de servicios profesionales. Demandante español y demandado domiciliado en Suiza. Representación del demandado en juicio por parte del síndico de la quiebra extranjera: indefensión del demandado. Efectividad de la condición de síndico del concurso extranjero en España supeditada al reconocimiento en nuestro país del procedimiento de insolvencia foráneo*, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, 64, 2004, p. 131 y s., en que señala a) que la reglamentación introducida se basa en el Reglamento y la Ley Modelo de la CNUDMI de 15 de diciembre de 1997, así lo dice la Exposición de Motivos núm. 12 y el art. 199 de la Ley Concursal en su versión inicial; b) que el hecho de la coexistencia de diferentes regímenes legislativos en España exige, en primer lugar, determinar en el caso de los concursos internacionales, cuál sea el concreto régimen jurídico concursal aplicable a la situación de insolvencia generada, para lo que ha de estarse preferentemente a si el centro de intereses de la actividad del concursado comunitario o extracomunitario, caso en que las resoluciones extranjeras no gozan del procedimiento simplificado de reconocimiento que se fija y hay que seguir recurriendo al "*exequatur*" previsto en la LEC; c) El artículo 221.2 en su redacción original, en cualquier caso, reconoce que "el nombramiento de administrador o representante se acreditará mediante copia autenticada del original de la resolución por la que se designe, o mediante certificado expedido por el Tribunal o Autoridad competente, con los requisitos necesarios para hacer fe en España". Respecto de la documentación, habrá de tenerse en cuenta también la Ley de Cooperación Jurídica Internacional 29/2015, de 30 de junio, que concede una mayor flexibilidad a su reconocimiento. La S. del TSJ de la UE de 25 de febrero de 2016, recaída en el asunto C-292/14, ECLI:EU:C:2016:116, reconoce a unos marineros griegos residentes en Grecia contratados por la Sociedad de un tercer Estado, pero cuya sede efectiva se encuentra en Grecia, la procedencia de la aplicación del Derecho de la Unión para la protección de sus créditos devengados en caso de insolvencia de la sociedad contratante.

1.º Los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados. *Apartado 1.º del número 1 del artículo 90 redactado por el número sesenta y uno del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre). Vigencia: 1 enero 2012*

2.º Los créditos garantizados con anticresis, sobre los frutos del inmueble gravado.

3.º Los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado.

...

6.º Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados.

Los créditos garantizados con prenda constituida sobre créditos futuros sólo gozarán de privilegio especial cuando concurren los siguientes requisitos antes de la declaración de concurso:

a) Que los créditos futuros nazcan de contratos perfeccionados o relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a dicha declaración.

b) Que la prenda esté constituida en documento público o, en el caso de prenda sin desplazamiento de la posesión, se haya inscrito en el registro público competente. c) Que, en el caso de créditos derivados de la resolución de contratos de concesión de obras o de gestión de servicios públicos, cumplan, además, con lo exigido en el artículo 261.3 del texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre<sup>500</sup>.

2. Para que los créditos mencionados en los números 1.º a 5.º del apartado anterior puedan ser clasificados con privilegio especial, la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores<sup>501</sup>.

<sup>500</sup> El punto 6.º del número 1 del artículo 90 redactado por el apartado cuatro de la disposición final quinta de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público («B.O.E.» 2 octubre). Entró en vigor el 22 octubre 2015. La STS de la Sala Primera de los Civil de 18 de mayo de 2016, nº 186/2016, recaída en el recurso número 2068/2013, de la que fue ponente el Magistrado D. Ignacio Sancho Gargallo, aborda el caso de una prenda de créditos futuros constituida bajo la normativa anterior a la reforma introducida por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Admite, en tal caso, la validez de la cesión de créditos futuros y su relevancia dentro del concurso de acreedores, siempre que al tiempo de la declaración de concurso ya se hubiese celebrado el contrato o estuviese ya constituida la relación jurídica fuente de los créditos futuros pignorados, conforme a la redacción que tenía el art. 90, 1º, 6º LC. (Nos hemos basado para la exposición de este caso en el resumen ofrecido por la base de datos "Tirant lo blanch")

<sup>501</sup> Vid. VEIGA COPO, A., *Los privilegios concursales*, 2ª Edición, Albolote (Granada), 2006, p. 194 y s., nos dice que la ley concursal, a diferencia de la normativa civil, hace depender la eficacia de este privilegio de su inscripción registral, lo que asimila notablemente esta figura a la hipoteca, lo cual se producía en relación a los refaccionarios sobre el buque que se anotan en el Registro Mercantil. Nos recuerda que el Código Civil contempla la refacción tanto en los muebles como en los inmuebles (arts. 1922 y 1923 CC). Lo que va a hacer la Ley Concursal es agrupar dos privilegios refaccionarios distintos, por un lado, el privilegio refaccionario de derecho común y, de otro lado, el refaccionario de los trabajadores, ambos con regímenes enormemente diferenciados.

3. El privilegio especial solo alcanzará la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores, calculada de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 94. El importe del crédito que exceda del reconocido como privilegiado especial será calificado según su naturaleza<sup>502</sup>.

El art. 59 bis de la Ley Concursal, prevé la enervación temporal del derecho de retención durante la tramitación del Concurso, restando a este medio gran parte de su eficacia:

El artículo 59 bis. prevé la suspensión del derecho de retención. Dice que:

1. Declarado el concurso quedará suspendido el ejercicio del derecho de retención sobre bienes y derechos integrados en la masa activa.

---

De los dos, únicamente el laboral conserva "*strictu sensu*" su carácter de estricto privilegio, pues el refaccionario común requerirá ahora la citada inscripción de cara a su reconocimiento dentro del procedimiento concursal. El privilegio refaccionario beneficia a todo tipo de créditos que hayan contribuido de modo directo a la construcción, reparación, conservación o mejora de un bien, sea este mueble o inmueble. Favorece, sin duda, la actividad constructiva y reparadora e impide y cercena que cualesquiera otros acreedores se aprovechen de unos bienes del deudor que no le competen. El privilegio significa que el acreedor goce de una preferencia sobre la totalidad del bien objeto de una refacción, no solo sobre parte alícuota o la parte del bien afectada por la actividad reparadora o refactiva. No revestirán la condición de refaccionarios los créditos por las primas de seguro de la cosa, ya que está causalizado en la mejora (o conservación) en sentido estricto. Poco importa que la naturaleza jurídica del crédito en el sentido de su origen sea contractual o extracontractual. Recuérdese que el art. 1922 CCE exige, para reconocer la preferencia en su apartado primero que "los créditos por construcción, reparación, conservación o precio de venta de los bienes muebles, hasta donde alcance el valor de los mismos", que éstos "estén en poder del deudor", lo que deja de ser el caso cuando quedan afectados a un procedimiento concursal. Si bien, habría de plantearse si no han de quedar como créditos contra la masa en tanto se generan desde que los bienes depositados quedan bajo la potestad de la administración concursal, que debería optar entre rescatarlos o mantener la situación de depósito, con la consiguiente obligación de sufragar los gastos y cantidades estipuladas.

<sup>502</sup> El número 3 del artículo 90 fue introducido, en su actual redacción, por el número 3 del apartado uno del artículo único de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal («B.O.E.» 26 mayo). Entró en vigor el 27 mayo 2015. El blog "*Administración concursal*" recoge la sentencia del Juzgado Mercantil número 1 de Granada de 13 de abril de 2011, favorable a la suspensión del derecho de retención una vez declarado el concurso, revirtiendo sus bienes que aquella integran a la masa de acreedores, sin perjuicio de las acciones que pudieran entablarse posteriormente si se acreditase que la obra adolecía de defectos o había sido mal ejecutada, exigiéndolo así la universalidad del patrimonio concursal y su posterior reparto equitativo entre los acreedores cuyos créditos hayan sido reconocidos, sin admitir la formación de patrimonios separados, que no suponen créditos privilegiados, y suponen una infracción del principio del tratamiento igualitario de los créditos sin dar lugar a preferencias. "... en cualquier caso, el derecho de retención ostentado, se debe poner en relación con uno de los principios básicos de la Ley Concursal, como es el principio de universalidad plasmado en lo que interesa a la masa activa en el artículo 76.1 de la Ley Concursal, y de accederse a la petición, se generaría a su favor una situación de privilegio y mejor condición por la disponibilidad que ello implica de uno de los elementos del activo, rompiendo el principio de universalidad y "par conditio creitorum", o de igualdad de condición entre los acreedores no privilegiados, como es el caso, pues dicho derecho de retención, no es subsumible en ninguno de los supuestos especificado en los artículos 90 y 91 de la Ley Concursal. Si la obra se acredita en momento posterior no correctamente ejecutada, habrá otros procedimientos para intentar el resarcimiento del daño causado, como por ejemplo, en vía concursal con la aplicación del artículo 86 de la Ley sobre el Reconocimiento de créditos". Vid. CACABELOS MONTES, E., *Derecho de retención y concurso de acreedores*, <http://noticiasabogadoscacabelos.blogspot.com.es/2014/06/derecho-de-retención-y-concurso-de->

2. Si en el momento de conclusión del concurso esos bienes o derechos no hubieran sido enajenados, deberán ser restituidos de inmediato al titular del derecho de retención cuyo crédito no haya sido íntegramente satisfecho.

3. Esta suspensión no afectará a las retenciones impuestas por la legislación administrativa, tributaria, laboral y de seguridad social<sup>503</sup>.

Otra limitación es la de impedir la eficacia del crédito directo del contratista a precio alzado previsto en el artículo 1597 del Código Civil Español en el concurso, por los arts. 50.3 y 51. bis 2 de la Ley Concursal, "Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil"<sup>504</sup>.

---

acreedores, consulta el 09/05/2016, del que destacamos los siguientes comentarios: La SAP de Zaragoza (Secc. 5ª), de 23 de marzo de 2014, nos dice que " ...en cualquier caso, el derecho de retención que refiere ostentar (por un crédito refaccionario), se ha de poner en relación con uno de los principios básicos de la Ley Concursal, como es el principio de universalidad plasmado en lo que interesa a la masa activa en el art. 76. 1 de la LC, y, de accederse a la petición, se generaría a su favor una situación de privilegio y mejor condición por la disponibilidad que ello implica en uno de los elementos del activo, rompiendo el principio de universalidad y "*par conditio creditorum*", o de igualdad de condición entre los acreedores no privilegiados, rompiendo el principio de universalidad y "*par conditio creditorum*", ..., pues dicho derecho de retención no es subsumible en ninguno de los casos especificados en los arts. 90 y 91 de la LC. ..." La cuestión, nos dice el autor, se encuentra de alguna manera relacionada con el concepto de aquel derecho. ... Bien es sabido que el derecho de retención constituye una garantía reconocida por la ley a determinados acreedores, a los que se les faculta para conservar en su poder la cosa del deudor hasta que se les satisfaga el crédito relacionado con la misma. Todo ello, se debe a que el Código no especifica con propiedad cuáles son sus efectos y su incidencia específica en el proceso de ejecución colectiva, salvedad hecha de ciertos supuestos particulares, como, por ejemplo, respecto del derecho de retención concedido al usufructuario en el art. 502 para que se reintegre con los productos de la cosa usufructuada por lo gastado en reparaciones que debería haber hecho el nudo-propietario. Se debe también a que en algunos preceptos habla de retener (arts. 453, 464, 522) y, en otros, de retener en prenda (arts. 1600, 1730, 1780). Cabría preguntarse si tiene para estos casos los mismos efectos que un derecho de prenda, ... que despliega efectos "*erga omnes*", no solo contra el deudor de la obligación garantizada, sino contra cualquier persona ..., con la preferencia que le otorgan los arts. 1922. 1º y 1926 del CC; sin embargo, el depositario de mis muebles puede retenerlos en su poder hasta que se le abone la cantidad pactada por razón del depósito, pero no cobrar antes que otros de mis acreedores, pues su crédito no es privilegiado, la aplicación de esta regla debe efectuarse con mesura y evitar una extensión desmedida a casos no expresamente contemplados. La actual redacción del art. 59 bis de la LC no deja lugar a dudas.

<sup>503</sup> El artículo 59 bis fue introducido por el número cuarenta y cinco del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma El de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre). Vigencia: 1 enero 2012 artículo 59 bis se aplicará a los concursos en tramitación a la fecha de entrada en vigor en los que no hubiese sido presentado el informe (Disposición transitoria novena de la Ley 38/2011, de 10 de octubre).

<sup>504</sup> Este Artículo fue introducido por el número cuarenta y uno del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre)., y se encuentra en vigor desde el 1 enero 2012. Vid. GARCÍA VICENTE, J.R., *Crédito refaccionario*, en la *Enciclopedia de derecho concursal*, dirigida por E. Beltrán, ob. cit., Tomo I, p. 791 y s. Sugiere que sería posible una interpretación distinta para los créditos refaccionarios mobiliarios, en los casos en que no sea posible su inscripción registral, habida cuenta de que el Registro de los Bienes Muebles no se configura como un registro universal. Resulta interesante la sentencia que cita de la Audiencia Provincial de Barcelona (15ª), de 9 de julio de 2010, (AC 2010, 1680) respecto de las cuotas por gastos de mantenimiento y conservación de una urbanización en sistema de compensación, que

El derecho actual español común solo mantiene los privilegios de cobro respecto de la actividad privada en leyes especiales, como hemos visto, en materia de transporte, los almacenes generales en el caso de la emisión de títulos, algunos otros como los salarios de los trabajadores en los términos especialmente protegidos en el art. 32 y ccdds. del ET y algunos ámbitos sensibles como los gastos de las comunidades de propietarios. La protección de dichos créditos en el concurso ha quedado en entredicho, por las exigencias impropias a los bienes sobre los que recae, y suponer, en su caso, costes inasumibles. A nuestro juicio, la regulación vigente en España tiene su origen en la confusión e indistinción de la regulación del contrato de depósito en función de la naturaleza de la cosa depositada, y el objeto y finalidad del depósito, con resultados inadecuados para la actividad económica. El Código civil español mantiene en este aspecto una calculada indefinición debido a su carácter subsidiario de las leyes especiales, recogido, actualmente, en el artículo 4.3 del mismo, a cuyo tenor "las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes." Consideramos el resultado desafortunado, en materia del depósito contractual: se unifica la responsabilidad del depositario capaz a la que corresponde a la culpa y no solo al dolo por permitir que pueda configurarse como oneroso, lo que puede ser inadecuado en un caso de prestación gratuita y, según los casos, insuficiente para la actividad especializada. Las previsiones de prelación de créditos del art. 1922.1 CCE, al exigir para su procedencia que las cosas estén en poder del deudor para su efectividad<sup>505</sup>, no acaba de satisfacer las exigencias de la actividad mercantil, y la prohibición de compensación del artículo 1200 del CCE, en cuanto a las obligaciones del depositario, viene siempre requiriendo muchas explicaciones y matizaciones, cuando lo satisfactorio hubiera sido restringirlo al depósito de cosas ciertas y determinadas, tales como joyas, documentos, u objetos de especial valor.

## V. DEPÓSITO DE DINERO EN DERECHO ROMANO Y EN DERECHO ACTUAL.

### 1.- Derecho Romano.

considera como obligación legal un crédito contra la masa. Por ahora, la garantía subsiste en situación no-concursal. La SAP de Alicante, Sección Novena, de 14 de octubre de 2015, de la que fue ponente el magistrado M.A. Larrosa Amante, exige, para poder hacer efectiva la acción directa del subcontratista frente al dueño de la obra que exista un crédito cierto y determinado desde el primer momento, que se trate de una obra a tanto alzado y que sea respetado el límite de responsabilidad del dueño de la obra.

<sup>505</sup> Vid. DÍEZ.PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. 1, 2ª Ed., Madrid, 1983, p. 593, recoge la doctrina sustentada por nuestro derecho común, conforme a la cual que el derecho de retención no es eficaz frente a los demás acreedores que embargan la cosa o en caso de concurso (o quiebra) en que el titular del derecho de retención solo estará protegido si, además, ostenta un derecho de preferencia o un privilegio para el cobro. La solución indicada, nos recuerda que fue establecida por la sentencia del TS (Sala 1ª), de 24 de junio de 1941. Sustenta esta sentencia que el derecho de retención constituye un medio de defensa de una de las partes frente a la otra, y no un privilegio especial en relación a los terceros. Continúa explicando la sentencia mencionada que existe una clara falta de unidad conceptual entre las diversas figuras recogidas en el Código Civil y el Código de Comercio (arts. 276 y, por entonces, 704, 842 y 868, hoy sustituidos por leyes especiales de transporte, del CCom.), por la cual no podrá excluirse que, en determinados casos, pueda verse acompañado el derecho de retención de un derecho de reintegro sobre el valor o de un privilegio ordinario. Pero, si no es así, el titular del derecho de retención no puede pretender, frente a los demás acreedores, un cobro preferente con el producto de un bien o del bienes que retiene."

Nos remitimos a otras sedes de este trabajo, especialmente, al capítulo III, para el tratamiento procesal especial que se otorga a los banqueros, a los que se les exige la compensación de partidas de ingresos y gastos de las cuentas y la restricción a la reclamación del saldo resultante en el proceso. La cantidad reclamada debía especificarse en la "*intentio*" de la demanda o en la "*exceptio doli*" a la demanda de reclamación, y la constatación de pluspetición, en el procedimiento formulario clásico, suponía la pérdida del pleito; en la época justiniana y el procedimiento "*extra-ordinem*", solo daba lugar a su corrección<sup>506</sup>. La sede que nos ocupa fundamentalmente, las previsiones acerca de la acción de depósito y de la contraria, Título III del Libro 16 del Digesto, contiene los pasajes de Ulp. 30 ed., D.16,3,7,2, que prevé un derecho de separación para los depositarios:

*"Quotiens foro cedunt nummularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est eorum qui depositas pecunias habuerunt, non quas faenore apud nummularios vel cum nummulariis vel per ipsos exercebant. Et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur, dummodo eorum qui vel postea usuras acceperunt ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito"*.

“Siempre que los banqueros se declararen en quiebra, se suele tener en cuenta, ante todo, a los depositantes, es decir, a los que tuvieran cantidades entregadas en depósito, y no prestadas con interés a los banqueros, juntamente con ellos o por mediación de ellos; por consiguiente, si se hubieren vendido los bienes, se da preferencia a los depósitos sobre los créditos privilegiados...”.

Por contra, el fragmento de Ulp. 63 ed., D. 42, 5, 24, 2 del título rubricado "Sobre la posesión y venta de bienes por la autoridad del juez", ha sembrado confusión en la doctrina:

*"In bonis mensularii vendundis post privilegia potioem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. Sed enim qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt a ceteris creditoribus non separantur, et merito: aliud est enim credere, aliud deponere. Si tamen nummi exstent, vindicari eos posse puto a depositariis et futurum eum qui vindicat ante privilegia"*.

---

<sup>506</sup> Cfr. Gai IV, 60, y IV, 64. " ... eum qui plus quam oporteret demonstraverit, litem perdere ...". "... nam is cogitur cum compensatione agere ...".

"En la venta de bienes de un banquero, después de los créditos privilegiados, tienen preferencia los de los que depositaron dinero en el banco llevado por la confianza que suele otorgarse públicamente a los mismos, pero los que cobraron intereses por las cantidades depositadas en el banco, no se distinguen de los otros acreedores.; y con razón, porque una cosa es prestar y otra depositar; pero, si subsisten las monedas depositadas, creo yo que podrían reivindicarlas los depositantes de las mismas, y, entonces, el que las reivindica, pasará delante de los acreedores privilegiados (...)"

La prelación del fragmento D. 42, 5, 24, 2, es la considerada el correcta por la doctrina<sup>507</sup>, los acreedores privilegiados se anteponen a los depositarios, a menos que las cosas depositadas puedan reivindicarse. Resulta, a nuestro entender, coherente con la clasificación de bienes en que hemos estructurado el presente capítulo. Los bienes ciertos y determinados, en derecho romano, gozan de preferencia absoluta para su reintegro; las cosas fungibles, en tanto no hayan sido identificadas más que por su peso, número y medida, si no están dadas para su inversión, sino en depósito "indistinto", gozan de preferencia frente a los créditos de los participantes o inversores en el negocio por haber convenido el cobro de intereses de la actividad.

Aún así, donde no parece que haya contradicción es en el deber de abono de los gastos necesarios efectuados. En las obligaciones pecuniarias, los gastos necesarios deben predetraerse para entregar el saldo líquido resultante. El fragmento de Pap. 9 quaest. , D.16,3,8, último apartado, así lo aclara:

*"... Plane sumptus causa, qui necessarie factus est, semper praecedit: nam deducto eo bonorum calculus subduci solet",*

“Claro que siempre es preferente el crédito para impensas necesarias <del refaccionario> ya que el cálculo de los bienes suele hacerse una vez deducido aquél.”

El fragmento de Ulpiano 35 *ed.*, D. 3,5, 12 (13) nos ofrece un caso de retención por compensación de cantidades debidas por gastos necesarios.

*"Debitor meus, qui mihi quinquaginta debebat, decessit: huius hereditatis curationem suscepi et impendi decem: deinde redacta ex venditione rei hereditariae centum in arca reposui: haec sine culpa mea perierunt. Quaesitum est, an ab herede, qui quandoque extitisset, vel creditam pecuniam quinquaginta petere possim vel decem quae impendi. Iulianus scribit in eo verti quaestionem, ut animadvertamus, an iustam causam habuerim seponendorum centum: nam si*

<sup>507</sup> Vid. PEREZ ALVAREZ, M. P., *Créditos privilegiados de devolución de depósitos bancarios, el depósito irregular*, Congreso SIHDA, 2014, Nápoles. El fragmento D, 42, 5, 24, 2, se contrapone a D. 16, 3, 7 y 8, a cuyo tenor: "En la venta de los bienes de un banquero, después de los créditos privilegiados, tienen preferencia los de los que depositaron dinero en el banco llevados por la confianza que suele otorgarse públicamente al mismo, pero los que cobraron intereses por las cantidades depositadas en el banco no se distinguen de los otros acreedores; y con razón porque una cosa es prestar y otra depositar; pero, si subsisten las monedas depositadas, creo yo que podría reivindicarlas los depositantes de las mismas y, entonces, el que las reivindica pasará delante de los acreedores privilegiados." Cfr. CERAMI, P.,-PETRUCCI, A., *Lezioni di diritto commerciale romano*, Torino, 2002, p. 189, quienes son de esta misma opinión.



*debuerim et mihi et ceteris hereditariis creditoribus solvere, periculum non solum sexaginta, sed et reliquorum quadraginta me praestaturum, decem tamen quae impenderim retenturum, id est sola nonaginta restituenda. Si vero iusta causa fuerit, propter quam integra centum custodirentur, veluti si periculum erat, ne praedia in publicum committerentur, ne poena traiecticiae pecuniae augetur aut ex compromisso committeretur: non solum decem, quae in hereditaria negotia impenderim, sed etiam quinquaginta quae mihi debita sunt ab herede me consequi posse".*

"Falleció un deudor que me debía cincuenta mil sestercios; me hice cargo del cuidado de la herencia, y gasté <de lo mío> diez mil. Después, deposité en caja cien mil que cobré de la venta de una cosa de la herencia, y este dinero se perdió por mi culpa. Se preguntó si podría yo pedir a quien fuese heredero en su día los cincuenta mil que se me debían y los diez mil que gasté. Escribe Juliano 3 *dig.*, que la cuestión está en si tuve justa causa para poner en la caja los cien mil sestercios, porque, si yo debía cobrarme y pagar a los demás acreedores de la herencia, no solo tendré que responder por la pérdida de los <cincuenta> mil, sino también de los otros cuarenta mil, aunque podré retener <por compensación> los diez mil que había gastado; es decir, que solo habrán de restituirse noventa mil. Mas, si hubiera habido justa causa para guardar los cien mil íntegros, por ejemplo, si <convenía disponer del dinero porque> había el riesgo de que los predios fuesen confiscados <por falta de pago de la renta> o de que aumentase la suma de intereses del préstamo marítimo, <si no se restituía>, o que se incurriese en la pena estipulada del compromiso <si no se cumplía el laudo arbitral>, podré conseguir del heredero no solo los diez mil que yo había gastado de los negocios de la herencia, sino también los cincuenta mil que se me deben."

Se trae el caso a colación en esta sede por describir la mecánica del descuento, no ya solo como una facultad, sino, incluso, por poder generar perjuicios a quien no lo hizo en su momento. Puede apreciarse que la sentencia se ajusta perfectamente a nuestras conclusiones del capítulo precedente, en cuanto imposición de una valoración global de la actuación, con compensación de daños, y gastos y ponderación de la actuación en conjunto como beneficiosa, para validarla, o perjudicial a los efectos de la reclamación de responsabilidades al sujeto agente. La mecánica es claramente la de la compensación directa de los gastos conforme a lo previamente estipulado, sin perjuicio de la rendición de cuentas<sup>508</sup>.

<sup>508</sup> Vid. VIÑAS MEY, José, *La prenda irregular*, *Revista de Derecho Privado*, Año XII, 146, 1925, p. 347 y ss. y recordamos sus comentarios acerca de la figura conocida como "*secum pensare*". Es considerada por algunos, como KRETSCHMAR, una compensación especial. En diversos textos (D. 1.1,18, pr., "*de pign. et act.*". XIII, 7; párrafo 2 de pign. hipoteca, XX, 1; 9, párrafo 3, de peculio XV; 38, "*de iure dot.*", XXIII, 3; "*solut. matr.*", XXIV,3; "*ad leg. Falc.*" XXXV, 2; 39, "*de furtis*", XLVII, 2) aparece la frase "*pensare secum*" empleada en un sentido distinto del ordinario. El más importante es la Ley 18 pr. "*de pign. act.*", XIII, 7 de Paulo, así concebida: "*Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a pretore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia, et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur; ergo si in nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensatis; si vero corporis alicuius, id quod acceperis tibi pignoris loco*". Nos remitimos a lo expuesto acerca de esta institución al capítulo III, en lo que se explica respecto del banquero, y la especialidad procesal que de compensación previa a la reclamación que debe observar en su reclamación, p. 150 y ss.

## 2.- Derecho español.

La LEC prevé la intervención notarial de la liquidación de las pólizas y títulos de crédito y su notificación al deudor antes de presentarse en juicio, y confiere al documento así liquidado fuerza ejecutiva. El Art. 572. 2 LEC establece lo siguiente: "También podrá despacharse ejecución por el importe del saldo resultante de operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública, o en póliza intervenida por (notario público), siempre que se haya pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo. En este caso, solo se despachará ejecución si el acreedor acredita haber notificado previamente al ejecutado y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible resultante de la liquidación."

La norma puede completarse con lo previsto en los artículos 218 y 219 del Reglamento notarial, acerca de las actas de liquidación, reformado, en este punto, por el RD 49/2007, de 19 de enero, de entrada en vigor el 30 de enero de 2007.

Nos dice el artículo 218 del Reglamento Notarial que:

"Cuando para despachar ejecución por el importe del saldo resultante de las operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida, conforme al [artículo 572.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil](#), sea necesario acompañar a la demanda ejecutiva, además del título ejecutivo el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en dicho título, tal como establece el [artículo 573.1.2.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil](#), el notario lo hará constar mediante documento fehaciente en el que se exprese la liquidación."

Y el artículo 219, que "Los notarios, a requerimiento de parte interesada, podrán autorizar actas de liquidación relativas a cualesquiera cuentas o contratos no comprendidos en el artículo anterior. Esta clase de actas, según el alcance del requerimiento, deberán contener los apuntes contables y el saldo final, así como la expresión de las condiciones en que se ha practicado la liquidación."

En nuestro derecho actual, pueden diferenciarse tres clases de imputación<sup>509</sup>:

a) La imputación hecha por el deudor.

A tenor del art. 1171.I CC, "El que tuviere varias deudas de una misma especie en favor de un solo acreedor, podrá declarar, al tiempo de hacer el pago, a cuál de ellas debe aplicarse". La jurisprudencia observa que esta declaración de voluntad del deudor sobre el destino de la prestación que realiza presenta un evidente carácter fáctico, cuya apreciación corresponde, en consecuencia, a los Tribunales de instancia. V. en este sentido STS 21 septiembre 2007 (Tol 1150990).

Por lo tanto, en principio, corresponde al deudor la facultad de imputar el pago realizado a

<sup>509</sup> Vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P., "Algunas notas sobre el pago y la compensación en clave jurisprudencial, *Actualidad jurídica iberoamericana*, 4, 2016, p. 261 y ss.

alguna de sus deudas, mediante una declaración de voluntad dirigida al acreedor “sobre el destino de la prestación que realiza” [STS 24 marzo 1998 (Tol 12956)].

Dicha declaración, como observa la STS 18 diciembre 1991 (Tol 1727899), deberá realizarse al tiempo de hacer el pago, siendo ineficaz la realizada posteriormente. La STS 3 abril 2009 (Tol 1490812) dice, que “la imputación se efectúa perentoriamente en el momento del pago y no puede ser modificada después sin el consentimiento del acreedor y del deudor”.

En el ejercicio de esta facultad, el deudor deberá respetar lo dispuesto en el art. 1173 CC, según el cual “Si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses”; y ello, porque lo contrario, según constata la STS 24 octubre 1994 (Tol 1665647), “supondría convertir una deuda que produce intereses en una simple, en claro perjuicio del acreedor”.

#### b) La imputación convencional.

Es la hecha, de común acuerdo, por el acreedor y el deudor, o por aquél, con el consentimiento de éste.

A esta clase de imputación se refiere el art. 1172.II CC, según el cual “Si [el deudor] aceptare del acreedor un recibo en que se hiciese la aplicación del pago, no podrá reclamar contra ésta, a menos que hubiera mediado causa que invalide el contrato”.

Como observa la STS 31 diciembre 1999 (RAJ 1999, 9151), la imputación convencional, pactada entre los hipotecantes y el acreedor hipotecario, impide la aplicación de la imputación legal.

#### c) La imputación legal.

Con carácter subsidiario, es decir, para el caso de que el deudor no haya hecho la imputación o la misma no se haya convenido, el art. 1174 CC prevé que “se estimará satisfecha la deuda más onerosa al deudor entre las que estén vencidas”, por ejemplo, la que devenga un tipo de interés más elevado [STS 25 mayo 1993 (Tol 1663819)] o la garantizada por una hipoteca [STS 29 septiembre 2003 (Tol 314140)]. “Si éstas fueren de igual naturaleza y gravamen, el pago se imputará a todas a prorrata”.

La compensación dice la STS 26 noviembre 1991 (Tol 1726779), que podrá ser total o parcial.

Existen tres tipos de compensación: la legal, la judicial y la convencional. 9.1. La compensación legal es la que se produce por ministerio de la Ley, al darse los requisitos, enumerados por el art. 1196 CC.

Los requisitos de la compensación legal, que han de darse cumulativamente, son los siguientes:

a) “Que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro”, indiferente la fuente de la que procedan las obligaciones, según afirman las SSTS 11 abril 1985 (Tol 1736574), 27 junio 1995 (Tol 1667363) y 24 marzo 2000 (Tol 1619).

Por ello, un deudor no puede pretender que se compense el crédito que un representante le reclame en nombre de otra persona, argumentando que dicho representante le debe, a su vez, una suma de dinero (sólo podrá oponer la compensación por la cuantía del crédito que, en su caso, tuviera contra el representado, en cuyo nombre se hace la reclamación).

Como excepción a este requisito, el art. 1197 CC señala que “el fiador podrá oponer la compensación respecto de lo que el acreedor debiere a su deudor principal”.

No obstante, hay que tener en cuenta que la compensación legal puede excluirse cuando así lo hayan pactado los interesados. Así mismo,

Según el art. 58 LC, como regla general, “declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la

compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración”.

No obstante, recientemente, la Sala 1ª del Tribunal Supremo está admitiendo la compensación de gastos necesarios y pagos en las cuentas corrientes en el caso de concurso, y la computación del saldo resultante en la masa del mismo. La Sala Primera entiende excluida de la prohibición legal porque el efecto inherente al sinalagma contractual determina que los ingresos efectuados en la cuenta compensan automáticamente el saldo deudor generado por el crédito dispuesto, por lo que se argumenta que no se infringe el principio de "*par conditio creditorum*". Para el descuento de los gastos y conceptos generados por una cuenta corriente por el banco tenedor de la cuenta, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2017 establece la siguiente doctrina: "En las sentencias 188/2014, de 15 de abril y 428/2014, de 24 de julio, hemos declarado que, en estos supuestos, incluso en el caso de que se tratara de una relación contractual de la que surgen créditos de carácter concursal, *nos encontramos ante un mecanismo de liquidación del contrato y no ante compensaciones propiamente dichas*, a las que les fuera aplicable el artículo 58 de la LC. A mayor abundamiento, además esta liquidación se realiza a través del sistema de compensación de una cuenta corriente establecida por las partes, tal y como expresamente declara la sentencia recurrida. En este sentido, la compensación propia del sistema de cuenta corriente de crédito queda excluida de la prohibición legal porque el efecto inherente al sinalagma contractual determina que los ingresos efectuados en la cuenta compensan automáticamente el saldo deudor generado por el crédito dispuesto.

Podemos citar, además, en materia de compensación dineraria, las STS de 8 de marzo de 2017, de la que es ponente el magistrado F.J. Orduña Moreno, número Sentencia: 158/2017 Número Recurso: 1158/2014. En síntesis, el factor, antes Banco Español de Crédito, S.A., y ahora la entidad Banco de Santander, S.A., interpuso demanda contra la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., (en adelante, Correos), deudor cedido, en reclamación del importe de las facturas objeto de la cesión que Correos pagó a la Seguridad Social; 4.299.485,69 euros con relación a Esabe Vigilancia y 160.225,07 euros respecto a Esabe Limpiezas Integrales; más los intereses desde los vencimientos de cada factura conforme a la aplicación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (en adelante, LECM). Argumentó que dichos pagos se habían realizado indebidamente tanto de acuerdo con la naturaleza jurídica del contrato de factoring sin recurso, con eficacia traslativa del crédito cedido, como con lo pactado por las partes que expresamente contemplaron como pago liberatorio el realizado directamente al factor, previsión que se hacía constar en cada una de las facturas emitidas. Por lo que el pago realizado a la Seguridad Social, ajena a esta relación contractual, carecía de cualquier efecto liberatorio para el deudor cedido, así como la Sentencia de TS de 19 de junio de 2017 (1ª) que procede igualmente del Ponente F.J. Orduña Moreno, conforme a la cual la cesión de derechos hecha por el asegurado a su compañía frente a otra compañía de seguros comprende todo el contenido del art. 43 LCS, incluido el interés de demora del 20 %. STS 15 junio 1998 y 7 de mayo de 1993.

El tratamiento que efectúa el HGB, Código de Comercio alemán, para el tráfico mercantil, en sus §§. 370 y ss. lo permite expresamente en caso de concurso o insolvencia puesta de manifiesto en un procedimiento concursal. La protección de los intereses de terceros en dicho ordenamiento se articula por la vía de impugnación, así lo observa RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVERRÍA, B., *La transmisión de propiedad en garantía en Alemania y los problemas para su aceptación en el Derecho español*. *Revista de Derecho Civil*, [S.I.], v. 4, 3, oct. 2017, enlace [/www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/271](http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/271)>.



## CONCLUSIONES FINALES.

PRIMERA.- El Derecho Romano no conoció una única figura de depósito. En una primera época, (S. IV a. C.) la Ley de las XII Tablas reconoce la existencia de la figura por la sanción de un delito privado en el caso de no devolución o deterioro de las cosas depositadas. En etapas posteriores, bajo esta denominación se han reunido instituciones diversas, entre ellas, el depósito judicial, que, a su vez, se subdivide en el secuestro, promovido por dos o más personas que se creen con derecho a la cosa mientras se resuelve sobre su titularidad, y el depósito en el templo o sitio público, con rasgos de jurisdicción voluntaria, al margen de las medidas cautelares pretorias; el depósito necesario, producido en caso de incendio, ruina, naufragio u otra calamidad pública, o el de los mesoneros, fondistas y estableros, por los efectos introducidos por los viajeros en sus establecimientos, que se equipara a éste por la situación de necesidad de dejar sus enseres de los viajeros; y las formas de depósito voluntario, en que, en la época clásica, se diferenciaba el contenido en función de la acción que lo tutela. En Derecho romano, son objeto de depósito las cosas muebles, en tanto puede desplegarse sobre las mismas el pleno control y producirse su traslado. No se habla de contrato, objeto fundamental de nuestro estudio, hasta la dotación, en el Derecho clásico, cuyos inicios se sitúan alrededor del S. II a. C., por el intercambio comercial y el contacto con la civilización griega, fenicia y oriental, de una acción de buena fe.

SEGUNDA.- El derecho al reintegro de los gastos necesarios para la consecución del fin contractual se funda en el mismo sistema de reconocimiento de la propiedad privada, que concede al propietario o titular el derecho a la obtención de los beneficios de la cosa, pero también le impone la responsabilidad por los gastos, daños y pagos que se generen a otros intervinientes por razón de su conservación. El enfoque romano es el de la utilidad de la persona obligada a soportar el gasto o inversión producida, de modo que se concede cuando razonablemente aparezca que la actuación le hubiera sido útil, aunque se haya frustrado posteriormente, y se deniega cuando excede de lo que hubiera compensado al interesado, aunque la gestión haya sido beneficiosa para la cosa. En tal caso, se permite la retirada de lo invertido si el interesado no acepta la gestión, siempre y cuando la retirada -conocida por "*ius tollendi*"-, puede efectuarse sin detrimento de la cosa.

TERCERA.- Para los gastos y la retribución en Derecho Romano rige el principio conmutativo, de valoración objetiva de la prestación, en tanto desprovisto de valor de afección y consideraciones subjetivas. El principio conmutativo se basa en la filosofía aristotélica, helenística y oriental, en que el gasto y la inversión, tanto de materiales y

dinero como de trabajo en beneficio de otro, en tanto no sea reintegrada, se equipara a un daño. No obstante, el contenido de la valoración varía en función de la acción que tutela la reclamación. Puede diferenciarse el caso del ejercicio de la acción de derecho estricto o "*in factum*", que queda ceñida al valor objetivo de la cosa depositada, "*quanti ea res erit*", y la acción de buena fe, que permite una ampliación al "*id quod interest*", es decir, a todos los perjuicios generados conforme a las exigencias de la buena fe, factor que para algunos autores es el que posibilita el devengo de intereses y la figura del depósito irregular. En los casos accidentales, de privación imprevista de la tenencia, la jurisprudencia romana ha admitido un derecho de reintegro de gastos en virtud del principio de la "*utilitas*", o provecho obtenido.

CUARTA.- El contenido del contrato de depósito es únicamente la conservación y mantenimiento de la cosa y su restitución cuando se reclame por persona legitimada. Se desenvuelve en interés exclusivo del depositante o sus causahabientes, por lo que el contrato de depósito no ampara al depositario para servirse de las cosas depositadas, no se contemplan funciones de administración ni inversiones útiles, y el punto de vista para apreciar la legitimidad de la actuación del depositario es exclusivamente el de la persona por cuya cuenta actúa. Ello no impide que se produzcan tipos contractuales de finalidad mixta o distinta que requieren la conservación de cosas muebles ajenas entregadas, que dejarían de ser puramente un contrato de depósito y pueden influir en el marco de actuación legítima. Éste es el caso de las actividades organizadas y retribuidas de carácter empresarial, como el transporte, la comisión mercantil, o un depósito administrado y los servicios especializados en general. Los servicios de banca y de depósito de trigo, se someten progresivamente a control público y una cierta intervención administrativa, con trascendencia sobre los precios y comisiones que pueden repercutirse, por razones estratégicas de abastecimiento y por motivos fiscales.

QUINTA.- La forma de materialización del derecho al reintegro de gastos que corresponden al depositario, ha sido objeto de evolución. En una primera época, las acciones de la ley estaban orientadas únicamente a obtener la restitución de las cosas depositadas, sin prever un cauce de reintegro y cobro de cantidades por el depositario. En dicho momento, el mismo se servía de la retención de la cosa frente a la reclamación de restitución para forzar el reconocimiento de su derecho, amparada interdictalmente. Posteriormente, en los procedimientos de organización pretoria, se introdujo la vía alternativa de la denegación de acción sin estar satisfechos los gastos y pagos, o bien la facultad al juez o árbitro para apreciar la concurrencia de la excepción de dolo, si era precisa una fase declarativa de demostración de los hechos. El procedimiento formulario incorpora en la fórmula las excepciones del depositario, y permite la compensación de prestaciones recíprocas al resolverse la condena en una cantidad dineraria. La apreciación de lo debido, en tal caso, deja de producirse en el momento de la litispendencia y pasa a deferirse al tiempo de la fase "*in ius*". El procedimiento de cognición "*extra-ordinem*" permite la alegación de cualesquiera medios de defensa en la vista y su consideración por el magistrado-juez. El depósito de cantidades de dinero, exige, desde siempre, la predetracción de gastos y cantidades adeudadas y la reclamación del saldo resultante, como especialidad procedimental.

SEXTA.- Los gastos ordinarios y, en su caso, los derechos del depositario comprenden tanto la inversión en la cosa misma como la de trabajo y medios empleados para la conservación de las cosas. Los gastos y pagos ordinarios solían documentarse previamente, existiendo los mismos procedimientos que se vienen empleando actualmente para fijarlos y para su devengo, tales como la provisión de fondos, el pago por unidad de medida o número, el pago aplazado, o el pago posterior. No se establece necesariamente una distinción entre los gastos y la retribución, sino que, del mismo modo que en la actualidad, el precio de servicios estipulados comprende generalmente el de los gastos ordinarios asumidos. Al término de la relación se prevé su liquidación por la vía de la rendición de cuentas. Los daños o gastos extraordinarios quedan sometidos al control de razonabilidad para el “*dominus negotii*”. El depositario, en defecto de autorización es responsable de las actuaciones acometidas frente al dueño.

SÉPTIMA.- Aunque se mantenga la separación de conceptos para los efectos de la rendición de cuentas, la valoración de las cantidades adeudadas al depositario por sus servicios, en tanto se hubiere convenido, y por los gastos y daños que pudiere haber sufrido, se efectúa de forma conjunta. La gestión se evalúa de forma unitaria, o se acepta en su integridad y con todas sus consecuencias, o se rechaza, en que entra en juego la apreciación del enriquecimiento para la fijación de derechos de resarcimiento. Quien acepta los beneficios de la gestión, ha de pasar por aquéllo que le perjudique. La aceptación de la gestión, o, en su defecto, la medida del enriquecimiento, es el criterio romano que fundamenta la imposición de atender los gastos y pagos a cualquiera que reclame la restitución de las cosas conservadas.

OCTAVA.- En la época justiniana, cabe apreciar una tripartición de los medios de realización del derecho del depositario y de las garantías y privilegios con los que se reviste el crédito del depositario, como culminación de la evolución de su tratamiento. Podemos distinguir el que se dispensa en función de que la cosa objeto del depósito sea una cosa cierta y determinada, susceptible de reivindicación, en que se aprecia la prohibición justiniana de su retención, y la disposición de la acción contraria, como acción independiente para reclamar los gastos, daños y pagos que pudieren adeudarse, con sus propios plazos de prescripción; los devengados en el ejercicio del comercio respecto de las mercaderías, que quedan afectadas al pago, y respecto de las que el depositario, o el agente que debe custodiarlas para el cumplimiento de su cometido, puede reclamar el pago debido de quien reclame su entrega, obtener los reintegros en caso de subasta por el acreedor prendario, y, aún, pasados los plazos, realizar la parte necesaria para hacerse pago, poniendo a disposición del legitimado para ello las restantes mercancías o el sobrante de su venta, y el caso del depósito de dinero, en que se procedía directamente a la compensación de lo debido por el depositario, y a la puesta a disposición del saldo, sin perjuicio de su deber de rendir cuentas.

NOVENA.- A la vista de las fuentes romanas, la protección del derecho de retención y el de predetracción -semejante al procedimiento que hemos descrito como “*protopraxia*”- de las cantidades adeudadas por razón de gastos e inversiones de



conservación, en caso de subasta o enajenación, cuenta con una amplia tradición y estuvo extendida respecto de las mercaderías a toda actividad económica por la vía de los usos del comercio, otorgando una necesaria seguridad de cobro a la misma actividad, y la salvaguarda de la solvencia para el mantenimiento de las actividades y el tráfico jurídico. El derecho actual español común solo mantiene los privilegios de cobro respecto de la actividad privada en leyes especiales, como hemos visto, en materia de transporte, los almacenes generales en el caso de la emisión de títulos, algunos otros como los salarios de los trabajadores en los términos especialmente protegidos en el art. 32 y ccdds. del ET y algunos ámbitos sensibles como los gastos de las comunidades de propietarios. La protección de dichos créditos en el concurso ha quedado en entredicho, por las exigencias impropias a los bienes sobre los que recae, y suponer, en su caso, costes inasumibles. A nuestro juicio, la regulación vigente en España tiene su origen en la confusión e indistinción de la regulación del contrato de depósito en función de la naturaleza de la cosa depositada, y el objeto y finalidad del depósito, con resultados inadecuados para la actividad económica. El Código civil español mantiene en este aspecto una calculada indefinición debido a su carácter subsidiario de las leyes especiales, recogido, actualmente, en el artículo 4.3 del mismo, a cuyo tenor "las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes". Consideramos el resultado desafortunado, en materia del depósito contractual: se unifica la responsabilidad del depositario capaz a la que corresponde a la culpa y no solo al dolo por permitir que pueda configurarse como oneroso, lo que puede ser inadecuado en un caso de prestación gratuita y, según los casos, insuficiente para la actividad especializada. Las previsiones de prelación de créditos del art. 1922.1 CCE, al exigir para su procedencia que las cosas estén en poder del deudor para su efectividad, no acaba de satisfacer las exigencias de la actividad mercantil, y la prohibición de compensación del artículo 1200 del CCE, en cuanto a las obligaciones del depositario, viene siempre requiriendo muchas explicaciones y matizaciones, cuando lo satisfactorio hubiera sido restringirlo al depósito de cosas ciertas y determinadas, tales como joyas, documentos, u objetos de especial valor.



## ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

- ADAME GODDARD, J., *El concepto de contrato en el Derecho Romano Clasico*, 2007, [http://works.bepress.com/jorge\\_adame\\_goddard/166/](http://works.bepress.com/jorge_adame_goddard/166/).
- ADAMS, B., *Haben die Römer "Depositum irregulare" und Darlehen unterschieden?*, *SDHI*, 28, 1962.
- ALEMÁN MONTERREAL, A., *El arrendamiento de servicios en el derecho romano*, Almería, 1996.
- ALVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., *El enriquecimiento sin causa*, Granada, 1989.
- ALZON, C., *Problèmes relatifs à la location des entrepôts en droit romain*, Paris, 1965.
- ARANGIO - RUIZ, V., *Instituzioni di Diritto Romano*, 14ª Ed, Napoli, 2012.
- ARIAS RAMOS, J., *En torno a la génesis del enriquecimiento sin causa*, en *Anales de la Academia matritense del Notariado*, T. II, 1950.
- ARRUBLA PAUCAR, J.A., *Los negocios fiduciarios y la fiducia en garantía*, Tesis doctoral, Salamanca, 2003.
- ASENJO RODRÍGUEZ, E., *El privilegio de crédito refaccionario en el concurso. Un estudio de derecho comparado*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Emilio Beltrán*, Valencia, 2015.
- ASTUTI, G., en *Deposito (storia)*, *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964.
- BADILLO ARIAS, J. A., *Ley de Contrato de Seguros. Jurisprudencia comentada*. Cizur Menor (Navarra), 2011.
- BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., *El cobro de lo indebido. Perfiles institucionales y eficacia traslativa*. Madrid, 1985.
- BARBA, A. *Spese (diritto civile)*, en *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, 1990.
- BARRADA ORELLANA, R. "El derecho de retención en el Ordenamiento Jurídico Catalán", [www.tdx.cat/handle/10803/8757](http://www.tdx.cat/handle/10803/8757), Tesis doctoral, 2003.
- BARRADA ORELLANA, R., *Las garantías reales mobiliarias en el Derecho Civil de Cataluña*, Valencia, 2015.
- BARTA, *Graeca non leguntur? Zu den Ursprüngen des Europäischen Rechts im antiken Griechenland*, T. I, Wiesbaden, 2010.
- BELLO RODRIGUEZ, S., *La responsabilidad del naviero en el transporte de mercancías según D. 19.2.3*, *Revue Internationale des droits de l'Antiquité*, XLIX, 2002.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *El derecho de retención en el Código Civil Español*, Salamanca, 1955.
- BENÖHR, H.P., *Der sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen Römischen Rechts*, Hamburg, 1965.
- BENVENISTE, E., *Vocabulario de las instituciones indoeuropeas, I. Economía, parentesco, sociedad; II. Poder, derecho religión*, Versión castellana de Mauro Armíño, Revisión y notas adicionales de Jaime Siles, Madrid, 1983.
- BERNAD SEGARRA, L., *Un supuesto de "successio in locum" en D. 20, 3, 3 Paul, 3 quaest., Escritos en memoria de Benito Reimundo Yanes*, Burgos, 2000.
- BERNAD SEGARRA, L., *La gratuidad del mandato en nuestro ordenamiento y sus antecedentes*, en *Pensamientos jurídicos y palabras dedicadas a Rafael Ballarín*, coord. por María Luisa Atienza Navarro, Raquel Evangelio Llorca, María Dolores Mas Badía, María Pilar Montés Rodríguez, Valencia, 2009.
- BERNAD SEGARRA, L., *La "versio in rem". Del privilegium exigendi a la hipoteca legal privilegiada según el Derecho Romano*, *Revista General de Derecho Romano*, 21, 2013.

- BETANCOURT SERNA, F., *Excepciones "in factum"*, *AHDE*, P. 1980.
- BETANCOURT SERNA, F., *Derecho Romano Clásico*, 3ª ed., Sevilla, 2007.
- BIRKS, P., *An Introduction to the law of restitution*, Oxford, 1985.
- BIONDI, B.: *St. Arangio- Ruiz*, II, *Scritti I*, 1956.
- BIONDI, B. *Instituzioni di diritto romano*, Milano, 1965.
- BISCARDI, A., *Il tecnicismo della nozione di "res obligata"*, en *Estudios de derecho romano en Homenaje a Alvaro d'Ors*, Pamplona, 1987, Tomo I, p. 341 y s.
- BISCARDI, A., *Quod Graeci "apotelegma" vocant*, *Labeo*, 35, 1989.
- BLANCH NOUGUÉS, J.M., *Algunas reflexiones en torno a concepto romano y moderno de contrato*, *Revista general de Derecho Romano*, 28, julio de 2017.
- BLASCO GASCÓ, F. de P., *Nulidad y nulidades, eficacia del acto jurídico "contra legem"*, *Discurso de ingreso en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación*, Cuaderno 88, 14 de Diciembre de 2017.
- BLOMEYER, *Allgemeines Schuldrecht*, 1964.
- BOVE, L., *Documenti di operazioni finanziarie dall'archivio dei Sulpici, Tabulae Pompeianae di Murecine*, Nápoli, 1984.
- BUENO DELGADO, J. A., *Pignus Gordianum*, Madrid, 2004.
- BÜRGE, A. "Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht", Zurich, 1979.
- BURILLO LOSHUERTOS, J., *Contribución al estudio de la <actio ad exhibendum>*, *SDHI*, 26, 1960.
- BURILLO LOSHUERTOS, *Las fórmulas de la "actio depositi"*, *SDHI*, 28, 1962.
- CACABELOS MONTES, E., *Derecho de retención y concurso de acreedores*, <http://noticiasabogadoscacabelos.blogspot.com.es/2014/06/derecho-de-retención-y-concurso-de-acreedores>, consulta el 09/05/2016.
- CALCAGNO- REZEK, *Actio doli, Acción penal del delito pretorio*, *Revista jurídica electrónica, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Lomas de Zamora*, Argentina, año I, nº 2.
- CAMACHO DE LOS RÍOS, F. *Compensatio lucri cum damno*, *Estudios jurídicos "in memoriam" del profesor Alfredo Calonge*, Salamanca, 2002.
- CAMODECA, G., *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum: Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii*, Rome, 1999.
- CANO HURTADO, M.D., *La elaboración de la teoría de la "mora creditoris" y su principal efecto: la facultad de abandono de la cosa debida reconocida al deudor con fines liberatorios*, Tesis doctoral, Alicante, 1998.
- CARVAJAL R., *Receptum argentarii (I), Notas sobre las garantías bancarias abstractas en el derecho romano y justiniano*. *Ars boni et aequi*, 1, 2005.
- CASTRESANA HERRERO, A., en su obra *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, Salamanca, 2001.
- CASTRESANA HERRERO, A. *Actos de palabra y de derecho*, Salamanca, 2007.
- CHAMIE, J.F., *El principio general de "reductio ad equitatem" por desequilibrio contractual*, *Revista de Derecho Privado*, 22, enero-junio de 2012
- CHANTRAINE, P., *Dictionnaire étymologique de la langue grecque. Histoire des mots*, París, 1999.
- CHINCHILLA IMBETT, C.A., *"Contrarius consensus, terminación del contrato por mutuo acuerdo en la experiencia*

*jurídica romana, Revista de Derecho Privado*, 28, Enero-junio de 2015.

CERAMI, P.- PETRUCCI, A., *Lezioni di diritto commerciale romano*, Torino, 2002.

CISNEROS FARIAS, G., *Diccionario de frases y aforismos latinos. Una compilación sencilla de términos jurídicos*, México, 2003.

COLLINS, *Spanish Dictionary*, 8ª Ed., reimpr., London, 2006.

CÓDIGO NAPOLEÓNICO, Manejamos la versión original ubicada en la Biblioteca Nacional de Francia, en formato electrónico, web <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1061517/f467.item.r=d%C3%A9p%C3%B4t> , París, 1804.

CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS, D'ORS PÉREZ-PEIX, HERNÁNDEZ-TEJERO, F., FUENTESECA DÍAZ, P., GARCÍA-GARRIDO, M. y BURILLO LOSHUERTOS, J., *El Digesto de Justiniano*, Pamplona, 1975.

CORBINO, A., en *Danno, lesioni patrimoniale e Lex Aquilia nell'esperienza romana*, en *Ǧília, Scritti per Genaro Franciosi*, a cura do Federico Maria d' Ippolito, Napoli, 2007.

CORDERO LOBATO, E., *El privilegio del crédito refaccionario*, Madrid, 1995.

CORDERO LOBATO, E., *La prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria*, en *Garantías mobiliarias en Europa*. Coord. Lauroba-Marsal, Madrid, 2006.

CORREA, L., F., *La survivance des actions adiecticiae qualitatis*, RIDA, Bruxelles, 2001.

CRISTALDI, S. A., *La sigla "n.r." nella formula in ius dell'actio depositi importata de Gaio (Inst. 4,47), difeso di un dato testuale*, SSZ, 133, 2016.

DALLOZ, *Dictionnaire de Termes Juridiques*, 10ª Ed. París, 1995.

DAZA MARTÍNEZ, J., *El problema de los límites de la responsabilidad en el Derecho Romano Clásico*, en *La Responsabilidad Civil, de Roma al Derecho Moderno, IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Burgos, 2001.

DÍAZ BAUTISTA, A. *Estudios sobre la Banca bizantina: negocios bancarios en la legislación de Justiniano, Capítulo II, La subrogación de los banqueros en Nov. 136,3*, Murcia, 1987.

DÍAZ-BAUTISTA, A., *La función reipersecutoria de la "poena ex Lege Aquilia"*, en *La responsabilidad civil. De Roma al Derecho Moderno. IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Burgos, 2001.

DÍAZ BAUTISTA, A., *La venta real*, en *El Derecho Comercial, de Roma al Derecho Moderno, IX Congreso Internacional y XII Iberoamericano de Derecho Romano*, Vol. I, Las Palmas de Gran Canaria, 2007.

DÍAZ BAUTISTA, A. y DÍAZ BAUTISTA- CREMADES, A. A., *Estudios sobre la Banca Bizantina, y otros trabajos sobre derecho Justiniano* [Recurso electrónico], Murcia, 2014.

DE ANGEL YAGÜEZ, R., *Derecho de obligaciones en Europa. Algunos rasgos de la evolución en las dos últimas décadas*, Hospitalet de Llobregat, 2013.

DE BARRÓN ARNICHES, P., *El contrato de servicios en el nuevo Derecho Contractual Europeo*, Barcelona, 2011.

DE LA CUESTA RUTE, J.M., *Sobre la unificación del derecho patrimonial europeo*, en *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo*, Barcelona, 2011, p. 23-60.

DEL POZO CARRASCOSA, P., *El derecho de retener en prenda del depositario*, Barcelona, 1989.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P., *"Algunas notas sobre el pago y la compensación en clave jurisprudencial, Actualidad jurídica iberoamericana*, 4, 2016.

GONZALEZ, M. R *Génesis y evolución de la prenda y la hipoteca en Derecho Romano*, Vol. 14, nº 40. *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/.../1827>.

DERNBURG, H., *Pandektas*, II, 5ª Ed., Berlin, 1897.

DÍAZ FRAILE, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000, por la que se anulan diversos artículos del Reglamento Hipotecario*, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario registral*, 21-22, 2001-1.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. 1, 2ª Ed., Madrid, 1983.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. VI, *Derechos reales limitados*, Madrid, 2012.

DÍEZ-PICAZO, L., *La doctrina de los actos propios, Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Cizur Menor, 2014.

DOMÍNGUEZ LÓPEZ, E. y MALAVÉ OSUNA, B., en su trabajo *La responsabilidad del "horrearius" por las mercancías depositadas en los almacenes*, en *La Responsabilidad Civil, de Roma al Derecho Moderno, IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Burgos, 2001.

DOMÍNGUEZ PLATAS, J. y BLASCO GASCÓ, F. de P., en la obra "*Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*", Coord. R. Valpuesta Fernández, Valencia, 1994.

DOMÍNGUEZ PLATAS, J., *Enciclopedia jurídica básica*, Vol. II, Madrid, 1995.

DOMINGO DE MORATÓ, D.R., *El derecho civil español con las correspondencias del romano, tomadas de los Códigos de Justiniano, y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones del Digesto Romano Hispano de D. Juan Sala*, Valladolid, 1877, Reed. Pamplona 2002.

D'ORS PÉREZ-PEIX, A., *Una observación sobre la naturaleza del depósito no-gratuito en Derecho Romano*, *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, 6-7, 1941.

D'ORS PÉREZ-PEIX, A., *La formación histórica de los tipos contractuales romanos*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 5, 1950.

D'ORS PÉREZ-PEIX, A. *Epigrafía jurídica de la Hispania Romana*, Madrid, 1953.

D'ORS PEREZ-PEIX, A., *Observaciones sobre el edictum de rebus creditis*, *SDHI*, 19, 1953.

D'ORS PÉREZ-PEIX, A., *Creditum y contractus*, *AHDE*, 1956.

D'ORS PÉREZ-PEIX, A., *Variae Romanae*, *AHDE*, 26, 1956.

D'ORS PÉREZ-PEIX, A., *Sobre las pretendidas acciones reales "in factum"*, *RiDA*, 5, 1958.

D'ORS PÉREZ-PEIX, A. *Derecho Privado Romano*, 10ª Ed., Pamplona, 2004, 2ª Reimpr., 2008.

*Enciclopedia temática docta. Diccionario multilingüe S. XXI*, Barcelona, 2003.

EIRANOVA ENCINAS, E. *El privilegio del crédito refaccionario inmobiliario*, en *Diario La Ley*, tomo III, 2002.

ELIZARI URTASUN, L. *El contrato de escrow, configuración en origen y recepción en el Derecho Español*, *Revista de Derecho Civil*, III, IV, 2016.

ERNOUT, A.-MEILLET, A. en *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Paris, 1959.

ESPLUGUES MOTA, C., 1718. *Sentencia de 14 de abril de 2003. Reclamación de deuda por prestación de servicios profesionales. Demandante español y demandado domiciliado en Suiza. Representación del demandado en juicio por parte del síndico de la quiebra extranjera: indefensión del demandado. Efectividad de la condición de síndico del concurso extranjero en España supeditada al reconocimiento en nuestro país del procedimiento de insolvencia foráneo*, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, 64, 2004.

ESSER, J., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956.

ESSER, *Schuldrecht*, 4ª Ed., Karlsruhe, 1970.

EVANS-JONES, R., *The action of the XII Tables "ex causa depositi"*, en *Labeo* III, 1988.

- FASOLINO, F., *Sulle tecniche negoziale bancaria: Il receptum argentarii*, *Labeo*, 46, 2000.
- FERNÁNDEZ BARREIRO, A. *Las fuentes de las obligaciones en relación con el sistema de acciones en derecho clásico*, *Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Murga Gener*, Madrid, 1994.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Diferencias entre los actos de jurisdicción contenciosa y los actos de la denominada "jurisdicción voluntaria" en Derecho Romano*, *Estudios de Derecho Romano en honor de Álvaro D'Ors*, Pamplona, 1987.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Conceptos y dicotomías del "ius"*, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 3, 2000.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos*, *Revista General de Derecho Romano*, 15, 2010.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *El abogado en Roma*, *Revista General de Derecho Romano*, 24, 2015.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana*, <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/download/6162/6618>.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Derecho privado romano*, 10ª Ed., Madrid, 2017.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, F., *Sistema contractual romano*, Madrid, 2003.
- FINKENTSCHER, *Das Schuldrecht*, 1965.
- FIORI, R. *La definizione della locatio-conductio. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999.
- FORERO, El juramento estimatorio en Derecho Colombiano. blog jurídico electrónico.
- FORTUNAT STAGL, J., *"Iustum pretium", nell' dorado della libertà contrattuale*, *LXXI Congresso SIDHA*, Bolonia y Ravena, 12-16 Sept. 2017.
- FUENTES GUIÑEZ, R. A., *La extensión del daño extracontractual*, Móstoles. 2009.
- FUENTESECA DÍAZ, P., *La necesidad de retomar el estudio del Edicto Pretorio*, *AHDE*, 1969.
- FUENTESECA DÍAZ, P., *Las <legis actiones>, como etapas del proceso romano*", *AHDE*, 34, 1964.
- FUENTESECA DÍAZ, P., *Los sistemas expositivos de las obligaciones contractuales en la jurisprudencia romana y la idea de contractus*, en *AHDE*, 1953, y *Estudios de Derecho Romano*, Madrid, 2009.
- FUENTESECA DEGENEFFEE, M., *El delito civil en Roma y en el Derecho Civil Español*, Tesis doctoral, Universidad de Alicante, 1995.
- FUENTESECA DEGENEFFEE, M., *El significado de la Lex Aebutia en el ordenamiento procesal romano*, *RIVA*, LIV, 2007.
- GALGANO, F., *Quinta lezione, I primi impatti con l'altro nel mondo romano: le XII Tavole e l'esperienza del pretore peregrino*, en *Diritto greco-romano bizantino, Dodici lezioni*, Città del Vaticano, Roma, 2011.
- GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, Barcelona, 1897, reimpr. Valladolid, 2002.
- GARCIA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, T. IV, Madrid, 1852.
- GARCÍA HERVÁS, D., *Teoría del "creditum"*, *Cuadernos informativos*, 9-10, Barcelona, 1989.
- GARCÍA VÁZQUEZ, M. C., *Consideraciones sobre el depósito judicial*, *Estudios jurídicos "in memoriam" del Profesor Alfredo Calonge*, Vol. I, Salamanca, 2002.
- GARCÍA VICENTE, J.R., *Crédito refaccionario*, en la *Enciclopedia de derecho concursal*, dirigida por E. Beltrán y J.A. García-Cruces y coordinada por A. Ávila de la Torre y A. B. Campuzano, Tomo I, Madrid, 2012.

- GARRIDO GARCÍA, J.M., *Garantías reales, privilegios y "par condicio". Un ensayo de análisis funcional*, Madrid, 1999.
- GAYOSO ARIAS, R., en su artículo *Cuestiones de derecho marítimo*, *Revista de Derecho Privado*, 1923.
- GIMÉNEZ-CANDELA, M.T., *Mandatum und Bürgenregress*, en *Mandat und Verwandtes*, Heidelberg, 1993.
- GÓMEZ BUENDÍA, C., *Las excepciones útiles en el procedimiento formulario romano*, Tesis doctoral, Universidad Pompeu Fabra, 2011.
- GÓMEZ CALLE, E., *El derecho de retención sobre los bienes muebles, una garantía en ascenso*, *Indret*, 4/2011.
- GÓMEZ GARZAS, J., *La "lex commisorio" in causa obligationis en los forumarios catonianos*, *Revista General de Derecho Romano*, 13, 2009
- GONZÁLEZ-PALENZUELA, M.T., *Las impensas en el Derecho Romano Clásico*, Universidad de Extremadura, 1998.
- GROENEWEGEN, S., *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus, a censura*, Cod. Lib. IV, Leiden, 1694.
- GUIMÁRAES TABORDA, M., *La jurisprudence classique romaine et la construction d'un droit des affaires fondé sur la fide*, *RIDA*, 48, 2001.
- GUDÍN RODRÍGUEZ- MAGARIÑOS, A. E., *Ámbito material y límites del ejercicio del derecho de retención en la codificación civil de Cataluña-Referencia a la incidencia de los aspectos procesales-* *Revista Indret* 4/2012.
- GUZMAN BRITO, A. *La doctrina de la consideration en Blackstone y sus relaciones con la "causa" en el ius commune*, en la *Revista de Estudios histórico-jurídicos*, nº 25, Valparaíso, 2003.
- HANISCH ESPINDOLA, H., *Discrepancias procesales entre Sabinianos y Proculeyanos*, [www.historiadelderecho.uchile.cl](http://www.historiadelderecho.uchile.cl), 10, 1984.
- HATTENHAUER, H., *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts*, München, 2000.
- HAUSMANINGER, H., *Casebook zum römischen Vertragsrecht*, 2ª ed., Wien, 1980.
- HERAS HERNÁNDEZ, M.M., *Los sujetos en el contrato de depósito*, Barcelona, 1997.
- HERRERA BRAVO, R. *"Obligatio re" y contrato real en el sistema contractual romano*, en *Homenaje a Juan Berchmanns Vallet de Goytisolo*, Vol. III, 1988.
- HERRERA BRAVO, R., *El contrato de depósito en el Derecho Romano*, Granada, 1987.
- HERRERA BRAVO, R., *"Usurae"*, *Problemática jurídica de los intereses en Derecho Romano*, Las Gabias, 1997.
- HEUMANN.-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des Römischen Rechts*, 11ª Ed., Graz, 1971.
- HOFFMANN-SZANTIR, *Lateinische Syntaktik und Stilistik*, 2ª Ed., München, 1972.
- HONSELL, H., *"Quod interest" im "bonae-fidei iudicium"*. *Studien zum römischen Schadenersatzrecht*, München, 1969.
- HUALDE MANSO, T., *La obligación de custodia en el depósito*, *Revista Jurídica de Navarra*, 12,1991.
- IBARRA, J., *El Ordenamiento de las Leyes que Don Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares en el año mil trescientos quarenta y ocho*, Madrid, 1774.
- IHERING, R., *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, *Vermischte Schriften juristischen Inhalts*, Leipzig, 1879.
- INSTITUTO DI GLOTTOLOGIA, *Dizionario etimologico italiano*, Firenze, 1975.
- JAMES *"Le droit de retention en Droit Uniforme Africain"*, *La Reveu Du Cerdip*, volum. 1, nº 2 juillet, décembre 2002.
- JORDANO FRAGA, F., *Comentario a la Sentencia de l Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 7 de julio de 1987*, *Cuadernos*



*Civitas de Jurisprudencia Civil*, Madrid, 1987.

JÖRS, P.-KUNKEL, W., *Derecho Privado Romano*, trad. de Prieto Castro a la 2ª Ed., Barcelona, 1965.

JUAN ROCA, J. *Comentario al art. 1780 CC* en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Coord. Manuel Albaladejo, T. XXIII, Vol. I, Madrid, 1982.

KASER, M., *Zur Methode der Römischen Rechtsfindung (Nachrichten der Akademie der Wissenschaften, Göttingen, 1962-69)* en *Ausgewählte Schriften*, Universität di Camerino, T. I, 1976.

KASER, M.- HACKL, K., *Das Zivilprozessrecht*, München, 1996.

KASER, M., *Die "vindicatio pignoris" zwischen "ius civile" und "ius praetorium", Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode, ausgewählte, zum Teil grundlegend erneuerte Abhandlungen*, Wien, Köln, Graz, 1986.

KASER, M., *Nochmals zu "in bonis habere", Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode, ausgewählte, zum Teil grundlegend erneuerte Abhandlungen*, Wien, Köln, Graz, 1986.

KASER, M., *Das Römische Zivilprozessrecht*, München, 1ª Ed., 1996; 2ª Ed. München, 2001.

KELLER, F. L., *Pandekten*, Tomo II., Leipzig, 1867.

KNÜTEL, R., *Die Inhärenz der <exceptio pacti> in den <bonae fidei iudiciae>*, ZS, 84, 1967.

KNÜTEL, R., *"Contrarius consensus; Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht*, Köln 1968.

KNÜTEL, R., *Zum Pflichtenkonflikt des Verwahrers*, Mélanges Sturm I, Liège, Lausanne, 1999.

KÖBLER, G., *Juristisches Wörterbuch für Studium und Ausbildung*, 4ª Ed., München, 1986.

KÖLLER, I., *Der Wertersatz im Transportrecht*, [50 Jahre Bundesgerichtshof : Festgabe aus der Wissenschaft / herausgegeben von Claus-Wilhelm Canaris...\[et al.\]](#), Vol. II, München, 2000.

KRÄNZLEIN, A., *Rechtsvorstellungen im altgriechischen und Graeco-Agyptischen Rechtskreis*, Böhlau, Köln, Wien, Weimar, 2010.

KRETSCHMAR, "Secum pensare", Giessen, 1886.

LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, T.I, München, 1968. (14ª Ed., 1987)

LENEL, O. *Das Ediktum Perpetuum, Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Reimpr. Aalen, 1974.

LEÓN GONZÁLEZ, J.M., *Acotaciones históricas al artículo 1107 del Código civil, Estudios jurídicos "in memoriam" del profesor Alfredo Calonge*, Vol. II, Salamanca, 2002.

LEVY, E., *Derecho Romano Vulgar de Occidente*, Introducción y trad. Ignacio Cremades Ugarte, Philadelphia, 1951.

LEVY, J., "Les impenses dotales en droit romain classique", "Thèse pour le doctorat en droit", Paris 1937.

LEVY, J., *D.6,1,27 § 5, Le droit de rétention et le ius tollendi*, Synteleia Arangio-Ruiz, I, Napoli, 1964.

LLÁCER BOSBACH, A.M., *Antecedentes Romanos del Depósito Mercantil, estudio expuesto en el XXIII Congreso Iberoamericano y XX Congreso Internacional de Derecho Romano*, Oporto, 2018, pendiente de publicación en actas.

LOZANO CORBÍ, E.A., *Origen de la propiedad romana y de sus limitaciones, Proyecto social*, *Revista de Relaciones Laborales*, 2, 1994, p. 85 y s.

MACQUERON, J.: *Un commerçant en difficulté au temps de Caligula*, Études A. Jauffert, Aix-en-Provence,

MACQUERON, J., *Deux contrats d'entrepôt du Ière siècle p. J.C. (Tab. Pomp. 7 et 44)*, Études P. Kayser, Aix-en-Provence, 1979.

MARRONE, M., *Un documento interessante in tema di sequestro*, en *Studii Sanfilippo* 3, Milano, 1983, p. 413-419.

- MARTENS, S.A.E. *Actio, action, Anspruch und Recht-Zum Verhältnis des Rechts zu seiner Durchsetzung*, en *Juristenzeitung*, 71, 21, 2016,.
- MARTÍN SANTIESTEBAN, S., *La responsabilidad en el contrato de depósito: su génesis histórica*, *Anuario de Derecho Civil*, 57, 1,2004.
- MARTINI, R., *Le definizione dei giuristi romani*, Milano, 1966.
- MARTON, G., *Un essai de reconstruction du developpement probable du systèm classique romain de responsabilité civile*, *RIDA* 3, 1949.
- MASCHI, C.A., *La categoria dei contratti reali*, Milano, 1973.
- MATAIX FERRÁNDIZ, E., *Reconstrucción de una locatio-conductio marítima. Un estudio material y textual*, en el *XX Congreso Internacional y XXIII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Oporto, 22 de marzo de 2018, pendiente de publicación en actas.
- MATEO y VILLA, I., *El derecho de retención*, Cizur Menor, 2004.
- METRO, M.A., *L'obbligazione di custodire nell diritto romano*, Milano, 1966.
- MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *Anotación preventiva de créditos refaccionarios, Garantías mobiliarias en Europa*. Madrid, 2006.
- MEJER, S., en BASEDOW, J., HOPT, KJ, ZIMMERMANN, R., y STIER, A., *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Vol. II, Oxford, 2012.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., *El derecho a retener en prenda que otorgan los arts. 1600, 1730 y 1780 CC.*, en *Los desprecios al Código Civil*, *Revista de la Universidad Autónoma de Madrid*, 19, 2010, p. 321-333.
- MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J., *El rango hipotecario en el Derecho Romano Clásico*, *AHDE*, nº 29, 1959.
- MOLLÁ-LLANOS, *Prohibición de demolición de edificaciones. Aspectos legales y procesales*, *RIDA* 42, 1995.
- MOLLÁ-LLANOS, *Regulaciones urbanísticas : Aspectos Legales*, en *Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antiquo*, 63, 2016.
- MOLLÁ NEBOT, M. A. S., *La extinción de las obligaciones verbales. La acceptilatio*, Madrid, 1996.
- MOLLÁ NEBOT, M.A., *Principios del derecho romano y principios del método romano, algunas particularidades de su enseñanza*, en *Homenaje al profesor Vidal Guitarte*, Vol. II, 1999.
- MOLLÁ NEBOT, M.A., *Disposiciones sobre urbanismo y sistemas de multa*, en *Hacia un derecho administrativo y fiscal romano II* / coord. por Gabriel M. Gerez Kraemer Antonio Fernández de Buján (dir.), 2013.
- MOLLÁ NEBOT, M. A. S., *Iudex Unus, Responsabilidad judicial e "iniuria iudicis"*, Madrid, 2010.
- MOLLÁ NEBOT, M.A., *Usufructo de pecunia. Aplicación a los fondos de inversión desde la Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Madrid, 2015.
- MÜLLER, K., *Der Anspruch auf Aufwendersersatz im Rahmen von Schuldverhältnissen*, en *Juristenzeitung*, 1968.
- MUÑIZ DÍEZ, A., *Indemnización de daños materiales causados a vehículos en accidentes de circulación*, en *Valoración judicial de daños y perjuicios*, Madrid, 1999.
- MUÑIZ ESPADA, E., *El Convenio de Capetown, sus protocolos y sus garantías mobiliarias*, en *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Coord. Lauroba-Marsal, Madrid, 2006.
- MURILLO VILLAR, A., *La gestión gratuita de negocios ajenos: una originalidad romana*, *RIDROM*, abril de 2016.
- MURGA GENER, J.L., *Una aparente contradicción entre Juliano y Gayo-Paulo, sobre el rango hipotecario*, *Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias*, Tomo II, Madrid, 1988.

- NARDI, E., *Fonti e casi. Studi sulla riencioni in diritto romano*, Milano, 1947.,
- NARDI, E., *Perfil evolutivo della ritenzione romana. Rivista di diritto civile III*, Parte I, 1957.
- NAVAS NAVARRO, S. *Compensación, depósito y comodato*, Madrid, 1997.
- NEGRI, G. *Deposito nel diritto romano, medievale e moderno, Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, 4ª ed, Torino, 1989.
- NICOLET, C., *La Lex Gabinia-Calpurnia de insula Delo et la loi "annonaire" de Clodius (58 av. JC)*, *Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 124, 1, 1980.
- NICOSIA, G., "Exceptio utilis", en *SZZ*, 75 (1958), p. 251 y ss., también en *Silloge, Scritti 1956-1996*, Catania, 1998.
- Nuovo Digesto Italiano*, Torino, T. XVII, 1939.
- NUSSBAUM, A., *Tratado de Derecho Hipotecario Alemán*, Trad. de W. Roces, Madrid, 1929.
- OBARRIO MORENO, J.A., *La rúbrica "cessio bonorum" en la doctrina valenciana de los S. XVI y XVII, "quaestiones et controversiae" en torno al derecho concursal en el Antiguo Reino de Valencia, Actas del IX Congreso Internacional y XII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Las Palmas de Gran Canaria, 2007.
- OMIENS, R.B., en *The origins of European thought. About the body, the mind, the soul, the world, time and fate*, Oxford, 1988.
- OSAKWE, Ch., *Russian Civil Code, Parts 1-3, text and Analysis, Moscow*, 2000.
- OZCÁRIZ MARCO, F., *El contrato de depósito. Estudio de la obligación de guarda*, Barcelona, 1997.
- PANERO GUTIÉRREZ, R., "Deponere" y "reddere" en la "actio depositi in factum", Barcelona, 1989.
- PANERO GUTIÉRREZ, R., *El depósito*, en *Homenaje al Profesor Murga Gener*, Madrid, 1994.
- PARICIO SERRANO, J., *Reflexiones acerca de la legalización del procedimiento formulario romano (sobre la lex aebutia, la lex iulia de iudiciis privatis y la supuesta lex iulia municipalis, Revista de ciencias jurídicas y sociales, nueva época*, 0, 2004.
- PARTSCH, J., *Studien zur Negotiorum Gestio I*. Heidelberg, 1913.
- PELLOSO, C., "Custodia", "Receptum" e responsabilità contrattuale, *Una rilettura dei dogmi civilistici alla luce del método casístico romano, Encuentro "Auf dem Weg zu einer Europäischen Methodenlehre? Juristische Methodik und Rechtsvergleich"*, Versión digital en "Academia.edu", Villa Vigoni, 24-27 Sept. 2014.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., en *El Anteproyecto del Código civil Español, (1882-1888) con un estudio preliminar, notas y concordancias*, 2ª edición, Madrid, 2006.
- PEREZ ALVAREZ, M. P., *Créditos privilegiados de devolución de depósitos bancarios, el depósito irregular, Congreso SIHDA*, 2014.
- PICHONNAZ, P., *L'interdiction de compenser dans le contrat de dépôt, RIDA*, 3 Série, Tome XLVI, 1999.
- PICHONNAZ, P., *La compensation, Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnelles*, Fribourg, Suisse, 2001.
- PINNA PARGAGLIA, M., *Vitia ex ipsa re, aspetti della locazione in diritto romano, Università di Genova, Fondazione Nobile Agostino Poggi*, Vol. XV, Milano, 1983.
- POOL, E. H., matiza las teorías relativas a la expresión de la causa del negocio en su comunicación del LXXXI, con el tema *Da (giusta) causa a titulus, il "come", "perché", "quando" di un cambiamento terminologico storico. La genuinità del passo Ulpiano D. 5, 3,13,1*, Congreso SIDHA, celebrado en Bolonia y Ravena del 12-17 de Septiembre de 2017.
- PRADO RODRÍGUEZ, J.C., en *Fundamentos romanistas de la acción de repetición por enriquecimiento injustificado prevista en el art. 1158.3 del Código Civil Español, Revista Digital Facultad de Derecho*, Universidad Carlos III de Madrid, Ejemplar dedicado a: Premios García Goyena XI Edición, 5, 2012,

PRINGSHEIM, F., *Der Kauf mit fremden Geld, Studien ueber die Bedeutung der Preiszahlung für den Eigentumserwerb nach griechischen und römischen Recht*, Leipzig, 1916.

PRINGSHEIM, F., *The Greek Law of Sale*, Weimar, 1950.

PRINGSHEIM, F., *L'origine des contrats consensuels*, en *Gesammelte Abhandlungen*, Tomo II, Heidelberg, 1961.

PRINGSHEIM, F., *The origin of the Lex Aquilia*, *Gesammelte Abhandlungen*, Tomo II; Heidelberg, 1961.

Propuesta de la Comisión de Codificación Civil de 2016, enlace <mjusticia.gob.es/es/satellite/portal>.

PROVERA, G., *Linée generali di uno studio sui "iudicia contraria"*, SDHI, 1942.

PROVERA, G., *Spese (diritto romano)*, en *Enciclopedia del diritto*, XXXIX: Milano, 1990.

PONT. P., en su *Explication du Code Napoléon, contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*, T. 8, París, 1867.

PUIG FERRIOL, Ll., *Drets Reals de Garantia, Institucions de Dret Civil de Catalunya*, Dirigido por Ll. Puig Ferriol y E. Roca i Trias, Vol. IV, Valencia, 2007.

PUGLIESE, G., *Il processo civile romano*, Milano, 1963.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*. Valencia, 1994.

REICHARD, I. *Stipulation und Custodiahaftung*, SZZ, 107, 1990,

RICART MARTÍ, E., *La actio de in rem verso: iter histórico y fuente de inspiración de la figura del enriquecimiento injustificado en los sistemas de "Civil Law"*, en la *Revista General de Derecho Romano*, 24, 2015.

RICCOBONO, S., *Distinzione delle impensae e la regola fructus intelliguntur deductis impensis*, en *Arch. Giur*, 58, 1897.

RICCOBONO, S. *Il compenso per spese fatte da possessori su cose altrui*, BIDR, 47, 1940.

RIPERT y THESSEIRE *Essai d'une théorie de l'enrichement sans cause*, *Revue trimestrelle de droit civil*, 1902.

RIVERA ÁLVAREZ, J.M., *La retención de la documentación como medio de garantizar la eficacia de la cláusula de reserva de dominio (Art. 10,3º de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales)*, en *Garantías mobiliarias en Europa*, Coord. J. Marzal y E. Lauroba, Madrid, 2006.

ROBAYE, R., *Incidence de la gratuité sur les obligations et la responsabilité du dépositaire en droit romain*, *Revue Interdisciplinaire d' Etudes Juridiques*, 15, 1985.

RODRÍGUEZ ARIAS, *Código civil de Quintus Mucius Scaevola*, Tomo XXIX, 2º, ed., Madrid, 1951.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A.M., *El receptum argentarii en el derecho romano clásico: una propuesta de análisis*. Madrid, 2004.

RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVERRÍA, B., *La transmisión de propiedad en garantía en Alemania y los problemas para su aceptación en el Derecho español*. *Revista de Derecho Civil*, [S.l.], v. 4, 3, oct. 2017, enlace <[www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/271](http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/271)>.

ROJO AJURIA, Luís, *La unificación del derecho de garantías mobiliarias. La experiencia de derecho comparado. Tratado de garantías en la contratación mercantil, Consejo General de Colegios Oficiales de Corredores de Comercio*. T. II, Vol. I, *Garantías mobiliarias*, 1ª Ed., Madrid, 1996.

SABATER BAYLE, E., *La facultad de retención posesoria*, *Revista Jurídica de Navarra*, 13, 1992.

SABATER BAYLE, E., *Presupuestos estructurales de la facultad de retención posesoria*, *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luís Lacruz Berdejo*, vol. II, Barcelona, 1993.

SAGLIO-DAREMBERG, *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines d'après les textes et les monuments*, Paris, 1879-1919, , Consulta en la versión electrónica de la Université de Toulouse II- <<Le Mirail>>, Jean-Jaures, s. v. "depositum", <http://bibliotheques.univ-tlse2.fr/accueil-bibliotheques/ressources-numeriques/ressources-numeriques-de-a-a-z/d-f/dictionnaire-des-antiquites-grecques-et-romaines-de-daremborg-et-saglio-337987.kjsp> RH=chercher\_SCD.

SALAZAR REVUELTA, M., *La forma litteris como instrumentum crediticio en del Derecho Justiniano, local*. [Droit.ulg.ac.be/.../rida/file/1998/REVUELTA.pdf](http://droit.ulg.ac.be/.../rida/file/1998/REVUELTA.pdf).

SALAZAR REVUELTA, M., *Hacia la responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma. Estudio sobre el receptum nautarum, caupous et stabularius -entre la utilitas contrahentium y el desarrollo comercial*, Madrid, 2007.

SALAZAR REVUELTA, M., *El deber de información, transparencia y responsabilidad ante los depósitos de los clientes por parte de la banca, precedentes romanos*, *RIDROM*, 1, octubre de 2013.

SAN ISIDORO DE SEVILLA, *Orígenes*, 1529.

SANCHEZ LORENZO, S. "La unificación del derecho contractual europeo vista desde el derecho internacional privado", en *Derecho Patrimonial Europeo*, Coord. G. Palao Moreno, L. Prats Albentosa y M.J. Reyes López, Cizur Menor, 2003.

SANCHEZ MATA, *El plusvalor del crédito refaccionario*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 196, 1944.

SANSÓN RODRÍGUEZ, M.V., *La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales en el Derecho Romano Clásico. Especial referencia al problema de la bilateralidad en los contratos consensuales*, en *Anales de la facultad de Derecho de La Laguna*, 18 de noviembre de 2001.

SARGENTI, M., *Problemi della responsabilità contrattuale in diritto romano*, *SDHI*, 20, 1954.

SANZ FERNÁNDEZ, A., *La prenda sin desplazamiento*. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. II, 1950.

SCHEIBELREITER, P. *Zwischen furtum und Litiskreszens: Überlegungen zur poena dupli der actio ex causa depositi*. *RIDA* LVI, 2009.

SCHENK, C. W., *Die Lehre des Retentionsrechts nach gemeinen Rechten*, Jena, 1837.

SCHULZ, F. "Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt", en *SSZ*, 34, 1913.

SCHULZ, F., *Classical Roman Law*, Oxford, 1951.

SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, Traducción de Santacruz Tejeiro, J, Barcelona, 1960.

SCHWARTZ, I., en *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Tomo II; Tübingen,, 2009

SCHWARZ, F., *Die Konträrklagen*, en "SSZ", 19, 1954, p.112-220.

SEIDL, E. *Altägyptisches Recht*, en *Handbuch der Orientalistik, 1. Abteilung, der nahe und mittlere Osten, Orientalisches Recht, addenda 3*, Leiden, 1976.

SELB, W., *Das Mandat in Texten des Syrisch-Römischen Rechtsbuches*, en *Mandat und Verwandtes*, Heidelberg, 1993, p. 93-100.

SERRANO- VICENTE, M., "<Custodiam praestare>: la prestación de custodia en el Derecho Romano Clásico", Sevilla, 2006.

SERRAO, F., *Minima de Diogneto et Hesico, gli affari di due schiavi a Pozzuoli negli anni 30 D.C., Sodalitas, Scritti in onore di Antonio Guarino*, 7, Napoli, 1995.

SERRERA CONTRERAS, L., *El contrato de depósito mercantil, Tratado de Derecho Mercantil*, 2001.

SERICK. R., *Garantías mobiliarias en Derecho Alemán*, trad. de A. Carrasco, Madrid, 1990.

SEVERIN FUSTER, G.F., *Los contratos de servicio, su construcción como categoría contractual y el derecho del*  
309



cliente al cumplimiento específico, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 2014.

SOLAZZI, *La responsabilità del comodatario nelle Istituzioni di Gaio, Scritti di diritto romano*, T. V, Napoli, 1947-1956.

TALAMANCA, M., *Contributto allo studio delle vendite all asta nel mondo clásico*, MAL, serie 8, 6, 1954.

TALAMANCA, M., *Elementi di diritto privato romano*, Milano, 2001.

THE NEW ROMAN LAW LIBRARY, actualizada a 25 de enero de 2015, página electrónica <http://droitromain.upmf-grenoble.fr/>.

*Thesaurus Linguae Latinae*, Leipzig, 1900, Volumen IX 2.

THOMAS, J.A.C., *The Institutes of Justinian, Text, Translation and Commentary*, 1975..

TIERNO PRADO, E., , el 20/12/2012 en su blog, acerca del pensamiento jurídico romano.

TOMÁS MARTÍNEZ, *La sustitución del «buen padre de familia» por el estandar de la «persona razonable»: reforma en Francia y valoración de su alcance*, en *Revista de Derecho Civil* <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, ISSN 2341-2216 vol. II, núm. 1, Estudios, enero-marzo, 2015.

TORRUBIA CHALMETA, B., *Libro IV D., Contratos de mandato, en Unificación del derecho patrimonial europeo, Marco común de referencia y derecho español*, Coord. Valpuesta Gatzaminza, E., Barcelona, 2011.

UBBELOHDE, A., *Zur Geschichte der genannten Realkontrakte auf Rückgabe derselben Species*, Marburg, Leipzig, 1870.

VALIÑO ARCOS, A., *Observaciones preliminares sobre el Proyecto Gandolfi. Hacia la consecución de un Code Européen des Contrats*, en *Derecho Patrimonial Europeo*, Coord. Guillermo Palao Moreno, Lorenzo Prats Albentosa y María José Reyes López, Cizur Menor, 2003, p. 383-402.

VALIÑO DEL RIO, E., *Las acciones adyecticiae qualitatis y sus relaciones básicas en derecho romano*, AHDE, 37, 1967.

VALIÑO DEL RIO, E., *Las relaciones básicas de las acciones adyecticias*, AHDE, 38, 1968.

VALIÑO DEL RÍO, E. "Acciones utiles", Pamplona, 1974.

VALIÑO DEL RÍO, E., *Instituciones de Derecho privado romano*, Valencia, 1976.

VALPUESTA GAZTAMINZA, E., *Unificación del derecho patrimonial europeo, marco común de referencia y derecho español, La regulación general del contrato de servicios*.

VARELA MATEOS, E., *La reconstrucción de los edificios privados en la Roma clásica y un discutido senadoconsulta de Marco Aurelio*, en *Estudios en Homenaje al profesor Francisco Hernández-Tejero*, II, Madrid, 1994.

VATTIER FUENZALIDA, C., *Notas sobre el incumplimiento y la responsabilidad contractual*, Redur 3/2005.

VAZQUEZ DE CASTRO, E., *La publicidad registral en el tráfico de bienes muebles*, Madrid, 2013.

VEIGA COPO, A., *Los privilegios concursales*, 2ª Edición, Albolote (Granada), 2006.

VEIGA TARTARA, J.C., *Fideicomiso de warrants; el "warrant" como instrumento de financiación*, consultado en la tesis publicada en la hoja de la Universidad Complutense, Madrid, 2001.

VIDAL, *Le dépôt in aede*, RHD, 1965.

VIGNERON, R., *La locatio-conductio secondo i romani*, Labeo 34, 1988.

VIGNERON, R., *La conception originaire de la "locatio-conductio" romaine*, en *Mélangés Felix Wubbe*, Fribourg, Suisse, 1993.

VON GLÜCK, C. F., *Pandekten*, Cambridge, 1879.

- VON THUR, A., *La buena fe en el Derecho Romano y en el Derecho actual*, *Revista de Derecho Privado*, Traducción y concordancias de W. Roces, Año XII, 146, 1925.
- VIEHWEG, T., *Topik und Jurisprudenz*, München, 1953.
- VIÑAS MEY, J. *El derecho de retención*, *Revista de Derecho Privado*, 1922.
- VIÑAS MEY, J. *Más sobre el derecho de retención*, *Revista de Derecho Privado*, 1923.
- VIÑAS MEY, J. , *La prenda irregular*, *Revista de Derecho Privado*, Año XII, 146, 1925.
- VISKY, K., *La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République*, *RIDA*, 3, 1949.
- VOCI, P., *Diligentia, custodia, culpa, I dati fondamentali*, *SDHI*, 96, 1990.
- VON LÜBTOV, U., *Untersuchungen zur Lex Aquilia, de damno iniuria dato*, Berlin, 1971.
- WACKE, A., *Rechtsfragen der römischen Lagerhausvermietung*, *Labeo*, 26, 1980.
- WALTER, T., *Die Funktionen der "actio depositi"*, (Freib. Rechtsg. Abhandlungen, NF 65), Berlin, 2012.
- WESENER, G., *Nichtediktale Einreden*, *SZZ*, 112 (1995).
- WESTBROOK, R., *The coherence of the Lex Aquilia*, *RIDA*, 42, 1995.
- WIELING, H.J., *Sachen Bestiz und Rechte an beweglichen Sachen*, "Rechtswissenschaften, Enziklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften", Berlin, Heidelberg, 1990.
- WINDSCHEID, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Tomo II, 5ª ed. Stuttgart, 1879.
- WITTMAN, R., *Die Prozessformeln der "actio mandati". Ein Beitrag zur Geschichte des prätorischen Edikts*, en *Mandatum und Verwandtes*, Dir. D. Nörr y S. Nishimura, Berlin, Heidelberg, 1993.
- WOJCIECH, D., *The principle of unjust enrichment. Roman Law tradition and modern debate about the European Private Law*, *Revista General de Derecho Romano*, 11, 2008.
- ZAMORA MANZANO, J.L., *La estiba de mercancías y su constatación documental en el transporte marítimo romano*, en *Estudios de derecho romano en memoria de Benito Reimundo Yanes*, Burgos, 2000.
- ZAMORA MANZANO, J.L., *Averías y accidentes en derecho marítimo romano*, Madrid, 2000.
- ZAMORA MANZANO, J.L., *Algunas reflexiones sobre la "lex commisoria" y su prohibición ulterior en el "pignus"*, *RIDA*, LIV, 2007.
- ZIMMERMANN, R., *Der Auftrag im römisch-holländischen Recht*, en *Mélanges Felix Wubbe, offerts par ses collègues et ses amis à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire*, Fribourg (Suïsse), 1993.
- ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho Privado Europeo*, (Traducción de Antoni Vaquer Aloy) Madrid, 2000.
- ZWITSER, R., *El derecho de retención en el nuevo Código civil holandés*. *Revista de Derecho Privado*. Nueva época, año I, 2002, 2.





## ÍNDICE DE FUENTES ROMANAS.

### FUENTES LITERARIAS

- Aristóteles, *Ética a Nicómano*, 1131, p. 45, n. 81;  
*Et. N.* 5, 7, p. 1131, 18-20 ; 5-8, p. 1130 b 30-1131-9, p. 236, n. 422.  
*Et. N.* 5.5, p. 1131 a., 1; 5,7, p. 1131 b., 25; 5.8, y p. 1132 b.24-25, p. 236, n. 423;  
Aulio Gellio, *Noctes Atticae*, p. 40, n. 65;  
Aulio Gellio 6, 15, 12, p. 63, n. 116;  
Cic. "de domo", p. 104, n.196;  
Cic. "de fin", 5, 65, p. 26, n. 23;  
Cic. "de inven.", 2, 160, p. 26, n. 23;  
Cic. "De legibus", 3, 19, p. 268;  
"De off.", 3, 70, p. 160, n. 315;  
Cic., "Pro Roscio" 4, 11, p. 190, n. 366;  
Cic., "Topica", 17, 66;  
Hor. Sat. 1, 5, 3, p. 101;  
Hor. Sat. 1, 1, 29, p. 101;  
Livio 23, p. 104;  
Livio 25, 7, p. 104;  
Plauto,  
"Asin", 441, LE, p. 130, n. 251; p. 205, n. 382;  
"Aulularius", vv. 67, p. 62, n. 116;  
"Bacch.", 1, v. 306, p. 63, n. 116;  
"Curc.", 536, p. 63, n. 116;  
"Maenachmi", v. 688-9, p. 63, n. 116;  
"Mastellaria", 5, 144, p. 353;  
"Rudens", v. 1331 y ss., p. 133, n. 262.

### INSCRIPCIONES

- Cuq. BCH, 1922, p. 104, n. 196;  
Tabula baetica, p. 23, n. 16; p. 269, n. 476;  
Tablas 7, 15, 16 dall'archivio delle Sulpici, 62; p. 215;  
Tabla 44 de Pozzuloli, p. 62;  
FIRA II, Cod. Greg. 3, 6, 5, p. 99, n. 174;  
FIRA III, *Negotia*, 145 a), p. 227, n. 409;  
Ipe, 174, p. 100, n. 176;  
P. Cair. Zen. 59182, p. 100, n. 176;  
P. Fay 91, p. 100, n. 176;  
P. Ent. 4, p. 219, n. 399;  
P. Lond. II, 298, (M. Chr. 332, p. 208, n. 386);  
P. Lond. 3, 948 (= FIRA III, 477.9), p. 211 y n. 395;  
P. Oxford, 10, p. 219, n. 399;  
P. Oxy XXXIII 2677, p. 208, n. 386;  
P. Oxy 299, p. 219, n. 399;  
Tab. Pompeyana 28, p. 124, n. 233.  
PSI 323, p. 100, n. 176;

Sel. Pap. 17, p. 100, n. 176;  
SIG. 495, p. 99, n. 176;

## FUENTES JURÍDICAS FUENTES PREJUSTINIANEAS

### LEY DE LAS XII TABLAS

Tabla VI, Ley 21, p. 125;  
Tabla VIII, Ley 19; p. 62; p. 125;

Tratado de la Agricultura de Catón, p. 81; p. 263.  
Cap. 157, 5, p. 269, n. 476;

Lex Aebutia, p. 27, n.25;

Ley de Gortina IC 4, 41, III, 716, p. 157, n. 308;

Lex Laetoria, p. 87;

Lex Poetalia Papiria, p. 23, n. 14

Lex Rubria Cisalpina 20, p. 29, n. 32;

### GAI (Instituciones de Gayo)

Gai II, 60, p. 15, n. 14;

Gai II, 64, p. 269, n. 476;

Gai III, 27, p. 77; Gai III, 88, p. 27;

Gai III, 90, p. 44, n. 79; p. 88, n. 163; p. 125, n. 236; p. 247, n. 440;

Gai III, 91, p. 125, n. 236;

Gai III, 103, p. 248, n. 442;

Gai III, 135, p. 44, n. 79; p. 46, n. 86;

Gai III, 142, p. 67, n. 121; p. 204;

Gai III, 143, p. 67, n. 121; p. 204;

Gai III, 149, p. 27, n. 26;

Gai III, 151; p. 55, n. 104;

Gai III, 155, p. 92;

Gai III, 161, p. 43;

Gai III, 176, p. 270, n. 476;

Gai III, 182, p. 43, n. 76;

Gai III, 204, p. 70, n. 127;

Gai III, 205, p. 70, n. 127; p. 148;

Gai III, 206, p. 70, n. 127;

Gai III, 207, p. 64; p. 70, n. 127; p. 148, n. 287;

Gai III, 217, p. 77;

Gai III, 220, p. 43, n. 76;

Gai IV, 9, p. 143, n. 281;

Gai IV, 27, p. 31;

Gai IV, 31, p. 126.

Gai IV, 32, p. 126 n. 241;

Gai IV, 33, p. 27, n. 25; p. 140;

Gai IV, 47, p. 134; p. 136; p. 139; p. 156; p. 184; p. 186, n. 355; p. 235;  
Gai, IV, 48, p. 139, n. 273;  
Gai IV, 51, p. 188,  
Gai IV, 52, p. 188;  
Gai IV, 59, p. 156; p. 235;  
Gai IV 60, p. 136: p. 156; p. 235; p. 287, n. 506;  
Gai IV, 61, p. 41, n. 67; p. 136;  
Gai IV, 63, p. 136;  
Gai IV, 64, p. 150; p. 287, n. 507;  
Gai IV, 65, p. 149;  
Gai IV, 66, p. 149; p. 150;  
Gai IV, 67, p. 149;  
Gai IV, 68, p. 136, n. 265; p. 149;  
Gai IV, 107, p. 140, n. 274;  
Gai IV, 119, p. 79, n. 142;

#### PAULI SENTENTIAE

PS 2, 5, p. 53;  
PS 2, 5, 3, p. 150;  
PS 2, 12, p. 53;  
PS 2, 12, 11, p. 157, n. 308;  
PS 2, 12, 12, p. 234;  
PS 5, 29, 5, p. 239, n. 428;  
PS 14, 49 r., p. 168, n. 125;

#### GAI AD ED. PROV.

Gai 25 ed. prov., p. 146;

#### COLLATIO MOSAICARUM ROMANARUM LEGEM

Título X, p. 62.  
Coll. 10, 2, 6, p. 147;  
Coll. 10, 2, 7, p. 91;  
Coll. 10, 7, 2, p. 64, n. 117;  
Coll. 10, 7, 8, p. 237,  
Coll. 10, 7, 9, p. 89;  
Coll. 10, 7, 11, p. 125; p. 157, n. 308;

#### CÓDIGO THEodosIANO

C Th. 2, 10, 3, p. 199, n. 374;  
C. Th. 5, 7, 2 (brev. 5, 5, 2), p. 32, n. 37;  
C. Th. 11, 14, 2, p. 263;  
C. Th. 11, 36, 25, p. 239, n. 428;

#### FUENTES JUSTINIANEAS

#### INSTITUTIONES

Inst. 1, 1, pr., p. 26;  
Inst. 2, 8, 1, p. 270, n. 476;  
Inst. 3, 13, p. 25, n. 21;  
Inst. 3, 14, pr., p. 46;

Inst. 3, 27, 2, p. 47, n. 86; p. 175, n. 338;  
Inst. 4, 6, 30, p. 149;  
Inst. 4, 16, 2, p. 235, n. 419;  
Inst. 15, 8, p. 152;

#### DIGESTA

D. 1,1,1,3, p. 133, n. 262.  
D. 1, 1, 10, pr., p. 26;  
D. 1, 1, 5, p. 25;  
D. 1, 1, 9, pr., p. 129, n. 248;  
D. 1, 12, 2, p. 103;  
D. 1, 16, 2, pr., p. 241;  
D. 1, 16, 2, 1, p. 241;  
D. 2, 13, 9, 2, p. 104;  
D. 2, 13, 10, 1, p. 104;  
D. 2, 14, 1, 3, p. 43;  
D. 2, 14, 6, 7, p. 48, n. 89;  
D. 2, 14, 7, p. 48, n. 89; p. 137;  
D. 2, 14, 7, 15, p. 188;  
D. 2, 14, 10, p. 270;  
D. 3, 2, 1, p. 46; p. 87; p. 235, n. 419;  
D. 3, 2, 6, 7, p. 155;  
D. 3, 2, 7, p. 231, n. 415;  
D. 3, 3, 24; p. 55, n. 104;  
D. 3, 3, 25, p. 94;  
D. 3, 3, 26, p. 94;  
D. 3, 3, 28, p. 94;  
D. 3, 3, 30, p. 93;  
D. 3, 3, 33, 3, p. 55, n. 104;  
D. 3, 3, 73, p. 239;  
D. 3, 5, 9 (10), p. 176;  
D. 3, 5, 11, p. 202;  
D. 3, 5, 16, p. 202;  
D. 3, 6, 5, pr., p. 95, n. 167;  
D. 4, 9, 1, 8, p. 250, n. 445;  
D. 4, 9, 3, p. 70, n. 127; p. 141;  
D. 4, 9, 3, 1, p. 102; p. 105, n. 198;  
D. 4, 9, 7, 4, p. 80; p. 248; p. 249;  
D. 5, 3, 13, 1, p. 205, n. 383;  
D. 5, 3, 29, p. 68, n. 123;  
D. 6, 1, 10, p. 78; p. 250, n. 444;  
D. 6, 1, 23, 4, p. 137, n. 269;  
D. 6, 1, 27, 5, p. 20, n. 9; p. 33; p. 137 n. 269; p. 196; p. 238;  
D. 6, 1, 28, p. 192;  
D. 6, 1, 32, p. 192;  
D. 6, 1, 48, p. 137, n. 269;  
D. 6, 1, 65, pr., p. 137, n. 269;  
D. 6, 3, 12, 1, p. 188;  
D. 9, 1, 3, p. 170, n. 332;  
D. 9, 2, 8, p. 250, n. 444;

D. 9, 2, 23, 10, p. 194;  
D. 9, 2, 27, 33, p. 249;  
D. 9, 2, 27, 5, p. 77;  
D. 9, 2, 29, 2, p. 250, n. 444;  
D. 9, 2, 33, p. 42;  
D. 9, 2, 33, pr., p. 169;  
D. 9, 2, 33, 1, p. 169;  
D. 9, 2, 39, 1, p. 129;  
D. 9, 2, 57, p. 249;  
D. 9, 3, 1, pr. , p. 29, n. 30;  
D. 9, 3, 25, 3, p. 168, n. 325;  
D. 9, 22, 23, 10, p. 157, n. 308;  
D. 10, 2, 5, p. 239, n. 428;  
D. 10, 3, 14, 1, p. 129, n. 249; p. 252;  
D. 10, 3, 23, p. 106, n. 200;  
D. 10, 4, 5, pr., p. 252, n. 448;  
D. 10, 4, 5, 1, p. 64, n. 117;  
D. 10, 4, 7, 4, p. 157;  
D. 10, 4, 11, p. 156, n. 306; p. 194;  
D. 10, 4, 11, 1, p. 240;  
D. 10, 10, 3, pr., p. 29, n. 31;  
D. 12, 1, 9, 9, p. 90, n. 167;  
D. 12, 1, 10, p. 90, n. 167;  
D. 12, 3, 3, p. 155; p. 185;  
D. 12, 6, 14, p. 32;  
D. 12, 6, 33, p. 128; p. 252;  
D. 12, 6, 51, p. 128;  
D. 13, 1, 16, p. 91;  
D. 13, 4, 3, p. 171;  
D. 13, 5, 11, p. 55, n. 104;  
D. 13, 5.14, pr., p. 187, n. 358;  
D. 13, 5, 14, 2, p. 187, n. 358;  
D. 13, 5, 16, 1, p. 188, n. 360;  
D. 13, 4, 24, p. 187, n. 358;  
D. 13, 6, 3, 2, p. 189;  
D. 13, 6, 5, 2, p. 106;  
D. 13, 6, 7, 1, p. 143;  
D, 13, 6, 8, p. 91;  
D. 13, 6, 17, 1, p. 160;  
D. 13, 6, 18, p. 74, n. 134;  
D. 13, 6, 18, 1, p. 143;  
D. 13, 6, 18, 2, p. 55, n. 104; p. 91; p. 210;  
D. 13, 6, 18, 4, p. 152;  
D. 13, 6, 19, p. 91; p. 250, n. 444;  
D. 13, 7, 2, p. 269, n. 476;  
D. 13, 7, 4, p. 270, n. 476;  
D. 13, 7, 8, pr., p. 129, n. 249; p. 196; p. 252;  
D. 13, 7, 8, 5, p. 24; p. 187;  
D. 13, 7, 11, 1, p. 270, n. 476;  
D. 13, 7, 18, pr., p. 150,

D. 13, 7, 35, pr., p. 65;  
 D. 13, 7, 35, 1, p. 65;  
 D. 14, 1, 1, 9, p. 30, n. 35;  
 D. 14, 1, 1, 20, p. 103, n. 189;  
 D. 14, 2, 2, p. 131;  
 D. 14, 2, 2, pr., p. 130;  
 D. 14, 3, 11, 3, p. 207, n. 385;  
 D. 14, 3, 11, 4, p. 207, n.385;  
 D. 14, 4, 1, 1, p. 247, n. 440;  
 D. 14, 4, 2, p. 247, n. 440;  
 D. 14, 4, 9, 2, p. 95, n.169;  
 D. 15, 1, 8, p. 129, n. 248;  
 D. 15, 1, 9, 5, p. 247, n. 440;  
 D. 15, 1, 17, p. 247, n. 440;  
 D. 15, 1, 18, p. 247, n. 440;  
 D. 15, 1, 36, p. 79;  
 D. 15, 1, 39, p. 129, n. 248;  
 D. 15, 1, 41, p. 129, n. 248;  
 D. 15, 3, 1, pr., p. 69, n. 125;  
 D. 15, 4, 1, pr., p. 69, n. 125;  
 D. 15, 4, 1, 1, p. 186, n. 354; p. 215;  
 D. 15, 4, 5, pr., p. 215, n. 393;  
 D. 16, 1, 17, p. 269, n. 476;  
 D. 16, 2, 7, p. 53;  
 D. 16, 2, 10, 2-3, p. 149;  
 D. 16, 2, 14, p. 162, n. 319;  
 D. 16, 3, 1, pr., p. 14 n.3; p. 63;  
 D. 16, 3, 1, 1-4, p. 14;  
 D. 16, 3, 1, 5, p. 71, n. 129;  
 D. 16, 3, 1, 6, p. 41, n. 66; p. 75; p. 215;  
 D. 16, 3, 1, 8, p. 14; p. 67, n. 121; p. 75; p. 106; p. 203, n. 380;  
 D. 16, 3, 1, 9, p. 14; p. 67, n. 121; p. 75; p. 106; p. 203, n. 380;  
 D. 16, 3, 1, 11, p. 93; p. 97; p. 173, n. 336;  
 D. 16, 3, 1, 12, p. 97; p. 173, n. 336;  
 D. 16, 3, 1, 13, p. 97; p. 173, n. 336;  
 D. 16, 3, 1, 14, p. 78; p. 79, n. 143; p. 173, n. 336;  
 D. 16, 3, 1, 15, p. 74;  
 D. 16, 3, 1, 17, p. 248;  
 D. 16, 3, 1, 20, p. 157;  
 D. 16, 3, 1, 21, p. 158;  
 D. 16, 3, 1, 24, p. 72, n. 130;  
 D. 16, 3, 1, 25, p. 72, n. 131;  
 D. 16, 3, 1, 26, p. 156, n. 306;  
 D. 16, 3, 1, 30, p. 188;  
 D. 16, 3, 1, 32, p. 78;  
 D. 16, 3, 1, 35, p. 64; p. 75; p. 89;  
 D. 16, 3, 1, 36, p. 14; p. 65; p. 241;  
 D. 16, 3, 1, 37, p. 14;  
 D. 16, 3, 1, 40, p. 65;  
 D. 16, 3, 1, 41, p. 71, n. 129; p. 72, n. 130;

D. 16, 3, 1, 45, p. 72, n. 132; p. 73; p. 243, n. 433;  
 D. 16, 3, 1, 46, p. 243, n. 433;  
 D. 16, 3, 1, 47, p. 74;  
 D. 16, 3, 5, pr., p. 77; p. 155; p. 182; p. 183; p. 186; p. 220;  
 D. 16, 3, 5, 2, p. 14, p. 80;  
 D. 16, 3, 7, 2, p. 13; p. 55, n. 104; p. 287;  
 D. 16, 3, 8, p. 13; p. 55, n. 104; p. 104;  
 D. 16, 3, 12, pr., p. 14;  
 D. 16, 3, 12, 1, p. 72; p. 77; p. 194;  
 D. 16, 3, 12, 2, p. 14; p. 77;  
 D. 16, 3, 14, 1, p. 158;  
 D. 16, 3, 16, p. 78;  
 D. 16, 3, 19, p. 69;  
 D. 16, 3, 12, 3, p. 90, n. 167;  
 D. 16, 3, 15, p. 68; p. 170, n. 331;  
 D. 16, 3, 17, 1, p. 235;  
 D. 16, 3, 21, p. 69; p. 78; p. 170, n. 329;  
 D. 16, 3, 23, p. 77; p. 184;  
 D. 16, 3, 24, p. 14; p. 68, n. 121; p. 90, n. 167; p. 138; p. 189;  
 D. 16, 3, 25, 1, p. 90, n. 167;  
 D. 16, 3, 26, p. 14; p. 68, n. 121; p. 75;  
 D. 16, 3, 26, 1, p. 80; p. 205;  
 D. 16, 3, 28, p. 14; p. 80; p. 93; p. 205;  
 D. 16, 3, 29, pr., p. 78, n. 141;  
 D. 16, 3, 31, p. 26, n. 23;  
 D. 16, 3, 31, 1, p. 236;  
 D. 16, 3, 32, p. 73; p. 227;  
 D. 16, 3, 33, p. 72;  
 D. 17, 1, 1, pr., p. 94; p. 95;  
 D. 17, 1, 1, 4, p. 106;  
 D. 17, 1, 2, pr., p. 96;  
 D. 17, 1, 2, 6, p. 95; p. 227;  
 D. 17, 1, 3, p. 94;  
 D. 17, 1, 6, pr., p. 51; p. 106;  
 D. 17, 1, 6, 7, p. 199, n. 374;  
 D. 17, 1, 8, pr., p. 98;  
 D. 17, 1, 8, 8, p. 95;  
 D. 17, 1, 10, 9, p. 55, n. 104; p. 59; p. 174; p. 191; p. 208;  
 D. 17, 1, 12, 6, p. 160;  
 D. 17, 1, 12, 8, p. 205;  
 D. 17, 1, 12, 9, p. 50; p. 174; p. 193;  
 D. 17, 1, 16, p. 174; p. 192;  
 D. 17, 1, 21, p. 94;  
 D. 17, 1, 22, 4, p. 193;  
 D. 17, 1, 26, 2, p. 96, n. 171;  
 D. 17, 1, 26, 8, p. 195; p. 208;  
 D. 17, 1, 27, 2, p. 55, n. 104;  
 D. 17, 1, 27, 4, p. 50; p. 173;  
 D. 17, 1, 39, p. 105;  
 D. 17, 1, 41, p. 161;

D. 17, 1, 45, pr., p. 55, n. 104;  
D. 17, 1, 45, 5, p. 98;  
D. 17, 1, 53, 6, p. 67, n. 121; p. 204;  
D. 17, 1, 56, 3, p. 107; p. 174; p. 204;  
D. 17, 1, 56, 4, p. 93; p. 174;  
D. 17, 1, 59, 5, p. 193;  
D. 17, 2, 18, pr., p. 191;  
D. 17, 1, 2, 3, p. 143;  
D. 17, 2, 23, 1, p. 203;  
D. 17, 2, 25, p. 203;  
D. 17, 2, 38, pr., p. 46;  
D. 17, 2, 52, 2, p. 209;  
D. 17, 2, 52, 10, p. 30, n. 35; p. 55, n. 104;  
D. 17, 2, 52, 12, p. 30, n. 35; p. 51;  
D. 17, 2, 67, 1, p. 51;  
D. 17, 2, 67, 2, p. 192;  
D. 18, 1, 38, p. 141, n. 278;  
D. 18, 6, 1, 4, p. 81,  
D. 18, 6, 1, 3, p. 131, n. 254;  
D. 18, 7, 6, pr., p. 42;  
D. 18, 45, 5, pr., p. 247, n. 439;  
D. 19, 1, 1, pr., p. 209;  
D. 19, 1, 2, pr., p. 209;  
D. 19, 1, 11, 6, p. 140, n. 276;  
D. 19, 1, 13, 22, p. 30, n. 35;  
D. 19, 1, 21, 3, p. 171;  
D. 19, 1, 50, p. 180;  
D. 19, 2, 9, 5, p. 93;  
D. 19, 2, 9, 6, p. 244;  
D. 19, 2, 10, p. 244;  
D. 19, 2, 11, pr, p. 93;  
D. 19, 2, 12, p. 249;  
D. 19, 2, 13, 4, p. 143; p. 168, n. 325;  
D. 19, 2, 13, 6, p. 249;  
D. 19, 2, 13, 11, p. 244;  
D. 19, 2, 23, p. 182, n. 348;  
D. 19, 2, 19, 1, p. 171;  
D. 19, 2, 19, 4, p. 55, n. 104;  
D. 19, 2, 20, pr., p. 141;  
D. 19, 2, 20, 1, p. 141;  
D. 19, 2, 30, 3, p. 107; p. 206;  
D. 19, 2, 31, p. 70; p. 74, n. 134; p. 102, n. 187; p. 261;  
D. 19, 2, 39, p. 102; p. 234, n. 416,  
D. 19, 2, 40, p. 70; p. 203; p. 215, n. 394;  
D. 19, 2, 45, 1, p. 78, n. 141;  
D. 19, 2, 51, 1, p. 108;  
D. 19, 2, 52, p. 45;  
D. 19, 2, 55, 1, p. 30, n. 35;  
D. 19, 2, 56, p. 81; p. 262;  
D. 19, 2, 58, 1, p. 243;



D. 19, 2, 60 (61), 6, p. 105; p. 208, n. 385;  
D. 19, 2, 60 (61), 9, p. 105; p. 250;  
D. 19, 2, 60, 4, p. 55, n. 104; p. 206;  
D. 19, 2, 61, pr., p. 55, n. 104;  
D. 19, 2, 61, 1; p. 196;  
D. 19, 2, 62, p. 249;  
D. 19, 4, 1, 4, p. 56, n. 107;  
D. 19, 5, 5, 4, p. 175;  
D. 19, 5, 19, 1, p. 106, n. 200;  
D. 20, 1, 1, pr., p. 252;  
D. 20, 1, 14; p. 187;  
D. 20, 1, 14, 1, p. 187;  
D. 20, 1, 15, 2, p. 276;  
D. 20, 2, 2, pr., p. 129, n. 249;  
D. 20, 2, 3, p. 227, n. 408;  
D. 20, 3, 3, p. 270, n. 476;  
D. 20, 4, 5, p. 272;  
D. 20, 4, 6, p. 273;  
D. 20, 4, 7, pr., p. 272, n. 480;  
D. 20, 4, 12, 8, p. 269, n. 476;  
D. 20, 4, 21, pr., p. 259; p. 271;  
D. 20, 4, 21, 1, p. 272;  
D. 20, 5, 6, p. 273;  
D. 21, 1, 1, 1, p. 163, n. 321;  
D. 22, 1, 11, 1; p. 202, n. 378;  
D. 21, 1, 18, pr., p. 163, n. 321;  
D. 21, 1, 25, 8, p. 139, n. 272;  
D. 21, 1, 28, p. 163, n. 321;  
D. 21, 1, 31, 8, p. 34;  
D. 21, 1, 42, p. 27, n. 26; p. 28, n. 29;  
D. 22, 1, 7, p. 239, n. 429;  
D. 22, 1, 19, pr., p. 68, n. 123;  
D. 22, 1, 37, p. 177;  
D. 22, 2, 5, p. 188, n. 359;  
D. 22, 5, 3, p. 186, n. 353;  
D. 23, 3, 9, p. 99, n. 174;  
D. 23, 3, 12, 1, p. 183, n. 350;  
D. 24, 1, 52, pr., p. 204;  
D. 24, 3, 7, 16, p. 275, n. 483;  
D. 24, 3, 22, 8, p. 239, n. 428;  
D. 25, 1, 1, 1, p. 54;  
D. 25, 1, 3, 1, p. 54; p. 211;  
D. 25, 1, 4, p. 176; p. 195;  
D. 25, 1, 5, pr., p. 211;  
D. 25, 1, 5, 2, p. 140, n. 276;  
D. 25, 1, 7, p. 54; p. 275, n. 483;  
D. 25, 1, 8, p. 176;  
D. 25, 1, 12, p. 31, n. 35;  
D. 25, 1, 52, pr., p. 67, n. 121;  
D. 26, 7, 7, 7-8, p. 93;

D. 26, 7, 55, 1, p. 125;  
D. 27, 4, 3, pr., p. 177;  
D. 27, 4, 3, 6, p. 240;  
D. 27, 9, 3, pr., p. 272, n. 480;  
D. 29, 4, 30, p. 205, n. 383; p. 205, n. 382;  
D. 30, 41, 3, p. 274, n. 482;  
D. 30, 41, 4, p. 274, n. 482;  
D. 30, 108, 12, p. 74, n. 134;  
D. 36, 4, 5, pr., p. 64, n. 117;  
D. 37, 6, 1, 10, p. 239, n. 428;  
D. 38, 1, 1, p. 209;  
D. 38, 1, 21, p. 210;  
D. 38, 1, 26, 1, p. 191;  
D. 38, 1, 18, p. 209;  
D. 38, 1, 50, 1, p. 210;  
D. 39, 2, 28, p. 31, n. 35;  
D. 40, 1, 10, p. 271;  
D. 40, 5, 47, 2, p. 240;  
D. 41, 1, 9, 6, p. 260;  
D. 41, 2, 1, pr., p. 145, n. 282; p. 252;  
D. 41, 2, 3, 23, p. 260;  
D. 41, 2, 6, pr., p. 260;  
D. 41, 2, 10, 1, p. 261, n. 455;  
D. 41, 2, 11, p. 260;  
D. 41, 2, 18, pr., p. 259;  
D. 41, 2, 21, p. 256,  
D. 41, 2, 22, p. 258;  
D. 41, 2, 3, 13, p. 258;  
D. 41, 2, 3, 19, p. 258;  
D. 41, 3, 16, p. 146;  
D. 41, 2, 19, 1, p. 258;  
D. 41, 3, 46, p. 205, n. 382;  
D. 41, 5, 2, pr., p. 64, n. 117;  
D. 41, 9, 1, p. 105, n. 382;  
D. 42, 1, 12, p. 158;  
D. 42, 5, 24, 2, p. 104; p. 287;  
D. 43, 5, 5, p. 240;  
D. 43, 16, 1, 18-20, p. 107;  
D. 43, 32, 1, pr., p. 128;  
D. 44, 1, 7, pr., p. 153;  
D. 44, 1, 7, 1, p. 153; p. 226;  
D. 44, 1, 8, p. 135;  
D. 44, 1, 19, p. 226;  
D. 44, 1, 12, p. 154;  
D. 44, 1, 22, pr., p. 135;  
D. 44, 1, pr., p. 162;  
D. 44, 4, 2, 2, p. 135;  
D. 44, 4, 2, 5, p. 135; p. 182, n. 348;  
D. 44, 2, 22, p. 139;  
D. 44, 4, 4, 9, p. 137, n. 269;

D. 44, 7, 1, 1, p. 247, n. 440;  
D. 44, 7, 1, 5, p. 14, n. 3  
D. 44, 7, 1, pr., p. 27; p. 98, n. 173;  
D. 44, 7, 1, 1, p. 46; p. 98, n. 173;  
D. 44, 7, 1, 5, p. 73;  
D. 44, 7, 2, p. 46, n. 86;  
D. 44, 7, 5, pr., p. 98, n. 173; p. 178;  
D. 44, 7, 9, p. 69, n. 124;  
D. 44, 7, 13, 5, p. 69, n. 124; p. 170, n. 329;  
D. 44, 7, 14, p. 69; p. 170, n. 329;  
D. 44, 7, 34, 2, p. 143;  
D. 45, 1, 53, p. 207;  
D. 45, 1, 119, p. 207;  
D. 46, 1, 68, p. 271;  
D. 46, 2, 18, p. 270, n. 476;  
D. 46, 3, 43, p. 270, n. 476;  
D. 47, 2, 12, p. 132, n. 259; p. 248, n. 442;  
D. 47, 2, 12, 2, p. 253;  
D. 47, 2, 14, 3, p. 148, n. 287;  
D. 47, 2, 15, 2, p. 55, n. 104; p. 147;  
D. 47, 2, 60 (59), p. 55, n. 104; p. 146; p. 147; p. 254;  
D. 47, 2, 68 (67), pr., p. 132; p. 248, 442;  
D. 47, 2, 81, 80, p. 156,  
D. 47, 2, 90 (89), p. 78, n. 141;  
D. 47, 2, 91 (90), p. 148;  
D. 47, 8, 2, 23, p. 106; p. 149;  
D. 47, 22, 4, p. 45, n. 81;  
D. 49, 1, 23, 3, p. 239, n. 428;  
D. 49, 14, 28, p. 271;  
D. 50, 4, 3, 12, p. 105;  
D. 50, 6, 7, p. 105;  
D. 50, 13, 1, 10, p. 198, n. 374;  
D. 50, 13, 1, 12, p. 199, n. 374;  
D. 50, 16, 10, p. 44, n. 80;  
D. 50, 16, 11, p. 44;  
D. 50, 16, 14, p. 71, n.129;  
D. 50, 16, 19, p. 40; p. 136, n. 265;  
D. 50, 16, 22, p. 65;  
D. 50, 16, 22, 4, p. 71;  
D. 50, 16, 23, p. 72, n. 130;  
D. 50, 16, 62, p. 31, n. 36;  
D. 50, 16, 79, 1, p. 176;  
D. 50, 16, 81, p. 71, n.129;  
D. 50, 16, 110, p. 124, n. 233;  
D. 50, 16, 121, p. 68, n. 123;  
D. 50, 16, 178, pr., p. 248;  
D. 50, 17, 8, p. 204;  
D. 50, 17, 10, p. 25;  
D. 50, 17, 14, p. 90;  
D. 50, 17, 16, p. 53;

D. 50, 17, 23, p. 73, n. 133;  
D. 50, 17, 27, p. 48, n. 88;  
D. 50, 17, 44, p. 95, n. 169;  
D. 50, 17, 45, pr., p. 68; p. 170, n. 331;  
D. 50, 17, 106, p. 171, n. 332;  
D. 50, 17, 107, p. 170, n. 329;  
D. 50, 17, 116, pr., p. 189, n. 363;  
D. 50, 17, 202, p. 18;  
D. 50, 17, 203, p. 78, n. 141;  
D. 50, 17, 204, p. 78; n. 141;  
D. 50, 17, 206, p. 32;

#### CODEX

C 2, 6, 3, p. 199, n. 374;  
C. 3, 42, 8, 1, p. 236;  
C. 4, 21, 17, 2, p. 219;  
C. 4, 21, 20, p. 220, n. 400;  
C. 4, 24, 4, p. 270, n. 476;  
C. 1, 4, 22, 1, p. 145, n. 282;  
C. 4, 30, p. 162;  
C. 4, 31, 14, p. 153, n. 299;  
C. 4, 31, 14, 1, p. 235;  
C. 4, 34, 11, p. 144; p. 145, n. 283; p. 153 n. 299; p. 237, n. 425;  
C. 4, 34, 11, 3, p. 148, n. 287; p. 235;  
C. 4, 34, 14, 1, p. 144;  
C. 4, 35, 10, p. 99, n. 174;  
C. 4, 35, 17, p. 67, n. 121; p. 107; p. 204;  
C. 4, 35, 18, p. 99, n. 174;

C. 4, 35, 22, p. 198, n. 374;  
C. 4, 38, 15, 4, p. 204, n. 381;  
C. 4, 44, 2, p. 182, n. 350;  
C. 4, 46, 1, p. 259;  
C. 4, 65, 1, p. 250;  
C. 4, 65, 2, p. 108;  
C. 5, 12, 30, p. 259, n. 453;  
C. 5, 13, 1, p. 259, n. 453; p. 274;  
C. 5, 13, 5 e), p. 274;  
C. 5, 14, 8, p. 99, n. 174;  
C. 7, 8, 2; p. 270;  
C. 7, 8, 6, p. 272, n. 480;  
C. 7, 47, 1, p. 218;  
C. 7, 65, 5, p. 239, n. 428;  
C. 7, 73, 2, p. 271;  
C. 7, 73, 4, p. 270;  
C. 7, 73, 6, p. 270;  
C. 8, 14, 1 y 2, p. 259;  
C. 8, 14, (15), 2, p. 270;  
C. 8, 16, 11, p. 259, n. 453;  
C. 8, 17, 7, p. 272;

C. 8, 17, 12, p. 259, n. 453;  
C. 8, 18 (19), p. 269, n. 476;  
C. 8, 33 (34), 3, 1, p. 270, n. 476;  
C. 8, 42, 9, p. 239, n. 429;  
C. 11, 22, 1, p. 217;

#### NOVELLAE

Nov. 88, p. 145, n. 283; p. 237, n. 425;  
Nov. 96, 3-4, p. 259, n. 453;  
Nov. 136, 3, p. 33, n. 42;

#### FUENTES POSTJUSTINIANEAS

##### BASILICOS

Bas. 2, 2, 187, p. 107;  
Bas. 60, 17, 7, p. 107;

##### ESCOLIOS

Esc. 27, p. 107;  
Esc. 28, p. 107;