

**LA RESPONSABILIDAD DEL DEPOSITARIO Y SU
RECEPCIÓN EN LAS FUENTES Y EN
LA DOCTRINA MEDIEVAL**

JUAN ALFREDO OBARRIO MORENO
Valencia - España

LA RESPONSABILIDAD DEL DEPOSITARIO Y SU RECEPCIÓN EN LAS FUENTES Y EN LA DOCTRINA MEDIEVAL.

I.- INTRODUCCIÓN¹.

Es *communis opinio* que determinados aspectos del depósito han gozado de especial atención por parte de los estudiosos al Derecho Romano, constituyendo la responsabilidad del depositario, a juicio del Profesor Panero, uno de los aspectos más ampliamente tratados en la doctrina².

Sin embargo, a nuestro entender, cabe apreciar cómo la romanística no ha abordado aún el estudio de esta misma responsabilidad a tenor de los principios doctrinales y jurídicos de medievo; por lo que el objeto fundamental de este estudio es el intentar determinar qué grado de recepción pudieron tener las fuentes romanas en la tradición medieval.

II.- LA RESPONSABILIDAD EN EL ORDENAMIENTO ROMANO. ESTADO DE LA CUESTIÓN.

En Derecho romano, el punto de partida lo constituye una serie de textos en los que se afirmaba que el depositario, por ser un contrato gratuito³, debía responder únicamente por dolo, esto es, por una conducta desleal, contraria a los antiguos conceptos de *amicitia* y *fides*, y cuya causa se hallaba en el *non reddere*:

Gayo 4,47: SI PARET AULUM AGERIUM APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUISSE EAMQUE DOLO MALO NUMERII NEGIDII AULO AGERIO REDDITAM NON ESSE, QUANTI EA RES ERIT, TAMTAM PECUNIAM IUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO⁴.

Siguiendo este criterio, la jurisprudencia clásica estableció como *regula iuris* que el depositario *CUSTODIAM NON PRAESTAT*, por cuanto que este no recibe nin-

¹ El presente estudio se encuadra dentro del Proyecto de Investigación Científica subvencionado por la Generalitat de Valencia: GV-EJ-17-96. "La Recepción del Derecho Romano en los Furs de Valencia".

²PANERO, R., "El depósito". En *Derecho Romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*. p. 254. Con anterioridad, HERRERA BRAVO, R., *El contrato de depósito en el Derecho Romano*. Granada, 1987, p. 265: "El problema de la responsabilidad del depositario es sin duda uno de los más graves que el instituto ofrece a los estudiosos: el más grave y el más importante por los intereses que presenta, no sólo por este contrato en sí, sino también en relación con otros".

³ LONGO, C., *Corso di Diritto romano. Il deposito*. Milano, 1946, p. 18

⁴ En este mismo sentido, Gayo 3,207: *Is apud quem res deposita est ... tantum in eo obnoxius est si qui ipse dolo malo fecerit*; Coll. 10,2,1; Coll. 10,2,4: *Qui depositi convenitur, de dolo, non etiam de culpa, condemnandus est*; Coll 10,7,6: *Ob res depositas dolus tantum praestari solet*; Coll. 10,8,1; Coll. 19,8,1: *Depositarius qui dolum tantum praestare debuit*; I. 3,14,3: *... ex eo solo tenetur si quid dolo commiserit*; D. 4,9,3,1; D. 13, 1,16: *In depositi (actione) non ultra dolum malum tenetur is cum quo agetur*; D. 19,5,17,2; D. 47,2,14,3; 50,17,23.

guna ventaja o utilidad del negocio - ... *in deposito, quia nulla utilitas versatur eius apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus*⁵- motivo por el cual, como señala Longo, debía de ser exonerada su responsabilidad a un deber mínimo de diligencia.

Esta concepción se mantuvo prácticamente inmutable en el Derecho postclásico, tal y como se desprende de dos constituciones de Diocleciano⁶, en las que la asunción de la obligación por parte del depositario conllevaba abstenerse de llevar a cabo un comportamiento desleal, opuesto al dolo.

Esta ausencia de diligencia derivada del principio *custodiam non praestat* se verá alterada a finales del siglo IV, al extenderse la responsabilidad a la *culpa lata o magna negligentia*, llegándose, por último, a establecer el principio *culpa lata dolo aequiparatur*⁷:

C. 4,34,1: *Si incursu latronum vel alio fortuito casu ornamenta deposita apud interfectum perierunt, detrimentum ad heredem eius qui depositum accepit, qui dolum solum et latam culpam, si non aliud specialiter convenit, praestare debuit, non pertinet*⁸.

Conjuntamente a la responsabilidad por dolo o culpa lata, cabe plantear si ésta pudiera verse extendida a la culpa leve⁹ o, incluso, al caso fortuito¹⁰. La doctrina mayoritaria admite la posibilidad de una alteración que pudiera extender voluntariamente la responsabilidad del depositario, ya sea ésta a través de un *pactum in continenti* adjunto al contrato, o bien mediante el ofrecimiento unilateral por parte del depositario¹¹, siempre y cuando éste no derogue el límite del dolo, por cuanto *Illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit: nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est*¹².

III. LA RESPONSABILIDAD DEL DEPOSITARIO EN EL DERECHO VISIGÓTICO.

Las fuentes del Derecho visigodo culminan, como apuntaran Levy y D'Ors¹³, un proceso iniciado ya en la época clásica, al establecer una clara analogía entre la

⁵ D. 13,6,5,2. Asimismo en 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 negligenter rem custoditam amiserit, securus est: quia enim non sua gratia accipit, sed eius a quo accipit, in eo solo tenetur, quia qui negligentem amico rem custodiendam committit, de se queri debet. magnam tamen negligentiam placuit in doli crimine cadere.*

⁶ Coll. 10,3,1: *Eum qui suscepit depositum dolum, non etiam casum, praestare certi iuri est; Coll. 10,5,1: Is qui depositum suscepit ultra dolum praestare nihil necesse habet.*

⁷ D. 16,3,32,1; D. 44,7,1,5.

⁸ I. 3,14,3; D. 44,7,1,5: ... *magnam tamen negligentiam placuit in doli crimine cadere.*

⁹ D. 13,6,5,2; D. 16,3,1,5-8; D.45,2,9,1.

¹⁰ D. 2,14,7,15; D. 16,3,1,35; D. 17,1,39: *Et Aristoni et Celso patri placuit posse rem hac condicione deponi mandatumque suscipi, ut res periculo eius sit qui depossitum vel mandatum suscepit: quod et mihi verum esse videtur.*

¹¹ Vid. HERRERA BRAVO, R., *El contrato de depósito*, ob. cit., pp. 279-290.

¹² D. 16,3,1,7; D. 2,14,7,15; D. 2,14,27,3; D. 50,17,23.

¹³ D'Ors, A., *Estudios visigóticos. II. El Código de Eurico*. Roma-Madrid, 1960. Frente a ésta opinión, PLANITZ, H., *Principios de Derecho privado germánico*. 1957, pp. 244-245 plantea que la deformación se debió fundamentalmente al influjo de los principios jurídicos de derecho germánico.

institución del depósito, del comodato y del mutuo; hasta el punto que el término *commendare* sustituye, por lo general, al vocablo *deponere*¹⁴, designándose éste, como apuntara Schwerin, mediante las expresiones *commendatum* o *res custodiendae traditae*¹⁵.

Esta aproximación contractual supondrá no sólo una evolución en materia de responsabilidad, sino una clara alteración de los criterios y principios clásicos, ampliándose ésta a los supuestos de culpa leve y caso fortuito.

En relación con la extensión de la responsabilidad, ésta podemos hallarla en el Código de Eurico, capítulos 278, 280, 282, 283, 284, y en el *Liber Iudiciorum*, 5,5,1; 5,5,3 y 5; 5,5,6-7, en los que el riesgo queda sin una atribución clara, siendo asumido, más allá de la culpa, entre el dueño y el depositario-comodatario, al crearse entre los contratantes un cierto vínculo societario¹⁶.

La explicación que justificaría esta evolución experimentada en materia de responsabilidad cabe hallarla, a nuestro juicio, en que el depósito al irse convirtiendo en un contrato lucrativo para ambas partes, extiende, a su vez, la responsabilidad por igual entre las partes contratantes -*damnum vero ex medio uterque susteneant*-, lo que lleva al legislador a utilizar la expresión *res vendendas tradere*, contraria al término *res custodiendae traditae*, -*sive custodiendae traditae sive vendendae, aut forte vendenda*¹⁷-:

CE 281,1: *Si quis pecuniam sub cautione suscepit, daturus usuras, si per casum pecunia perit, non culpa aut negligentia debitoris, ille qui commodavit solam pecuniae summam recipiat et non requirat usuras. (2) Sin vero per ipsius fraudem vel culpam factum est, et pecuniam et usuras solvat. (3) Et si aliqua lucra est ex ea pecunia consecutus, et postmodum contigit ut pecunia pereat, extra summam quod acceperat mediam ... usurarum partem restituat.*

CE 282,3: *Sin autem sua omnia perdidit, cum liberaret alienam, similis de libertatis et de perditis rebus ratio deducatur, ut partem arbitrio iudicantis qui liberavit accipiat. Iustum est enim ut simili casu non damnum solus excipiat qui se gravibus periculis, dum sua maiora perdidit et aliena minora liberare conatur, obiecerit.*

Asimismo, y conjuntamente al hecho de que los riesgos se repartan proporcionalmente a los intereses establecidos en el contrato, el legislador, en palabras de

¹⁴ Con todo, aunque el verbo *deponere* no fue desconocido en el Derecho visigótico, a éste, como apunta MARTÍNEZ GIJÓN, J.: "La comenda en el Derecho español. I. La comenda-deposito". A.H.D.E., 34 (1964), p. 43, se le dio una significación diferente: *deponere* armas (LV 9,3,2); de pignore deposito et furato (LV 5,6,2); de pignore si pro debito *deponatur* (LV 5,6,2); *deponere querellam comiti exercitus* (LV 9,2,6); *deponere sarcina* (LV 8,4,27); *deponere vestem laicalem* (LV3,5,2); *deponere sacerdotem ab honore* (12,3,21).

¹⁵ SCHWERIN, B.: "Notas sobre la historia del Derecho español más antiguo". A.H.D.E., I (1924), p. 37; D'Ors, A.: *El Código de Eurico*, p. 203; MARTÍNEZ GIJÓN, J.: "La comenda", ob. cit., p. 43.

¹⁶ D'ORS, *El Código de Eurico*, ob. cit., p. 207.

¹⁷ CE 281.

D'Ors, ejemplifica la responsabilidad del depositario ya no en el dolo sino en la culpa. Principio que hallamos presente en CE 278, 279, 280, 281, y en LV 5,5,1; 5,5,2; 5,5,3; 5,5,5.

Así, en CE 278 y LV 5,5,1, al distinguirse entre el depósito de animales retribuido y el gratuito, se establece que si el animal perece *per suam culpam* o *per negligentiam* el depositario debe indemnizar en todo caso, relegándose la responsabilidad al caso fortuito cuando medie merced: *Quod si etiam / qui nulla placita mercede suscepit ea mortua esse probaverit, nec ille mercedem requirat, nec ab illo aliquid requiratur; ea tamen ratione ut praebeat sacramentum qui commendata suscepit quod non per suam culpam nec per negligentiam morte consumpta sint. Eadem et de commodatis forma servetur.*

Criterio que se reitera en CE 279 y LV 5,5,2 al afirmarse que únicamente se podría responder por la muerte del caballo si ésta hubiera sido debida a la culpa del depositario, pudiéndose éste exonerar mediante juramento de inocencia.

Por último, en CE 280, 282 y LV 5,5,3 y 5 podemos ver sintetizados los criterios fundamentales del Derecho visigótico, por cuanto al hacerse referencia al riesgo por incendio o hurto que pudiera sufrir las cosas muebles no semovientes, no sólo se equipara el contrato de depósito con el préstamo de dinero y con el comodato, sino que, a su vez, se fundamenta la responsabilidad del depositario en la culpa –*Suae enim impotet culpae ...*¹⁸–, razón por la cual se afirma que en el supuesto de incendio, y consiguiente pérdida de las cosas depositadas, se le ha de exigir al depositario, conjuntamente con los testigos, que preste un juramento en el que afirme que en nada se aprovechó de las cosas confiadas a su persona –*una cum testibus qui commendata suscepit praebeat sacramentum nihil exinde suis profuisse conpendiis, et nihil cogat ut exsolvere*¹⁹–, dándole legitimación activa, a través de la *actio furti*, para que persiga al ladrón y devuelva lo recuperado, debiendo, en el supuesto en que éste no sea hallado, indemnizar al dueño con la mitad de las pérdidas –*Et si fur non fuerit infra statutum tempus inventus, medietas rerum commendatarum domino a suscipiente reddatur: damnum vero ex medio uterque susteneant*²⁰–.

IV. LA RESPONSABILIDAD DEL DEPOSITARIO EN EL DERECHO ALTOMEDIEVAL.

La extensión de la responsabilidad del depositario manifestada en el ordenamiento visigótico no desaparecerá con la lógica decadencia del *Liber Iudiciorum* a lo largo de la Alta Edad Media, por cuanto, como apuntaran Otero Valera e Iglesias Ferreirós, éste se convirtió en el ordenamiento vertebrador de la sociedad altomedieval, al pervivir como un Derecho enraizado en la práctica jurídica²¹.

¹⁸ CE 283,1.

¹⁹ CE 280,1.

²⁰ CE 280,5.

²¹ OTERO VALERA, A., "El Código López Ferreiro del Liber Iudiciorum". *AHDE*, 29 (1959), pp. 556-573; IGLESIA FERREIRÓS, A., "Derecho municipal, Derecho señorial y Derecho regio". *HID*, 4, 1977, pp. 119, 123-124; "Breviario, Recepción y Fuero Real: TRES NOTAS". *Homenaje al Profesor A. Otero*, 1981, pp. 124, 135, 234.

En este sentido, y como ya señalaran los estudios de Leicht y Astuti en torno al Derecho italiano²², cabe apreciar no sólo la proximidad entre el contrato del depósito con otras relaciones jurídicas, concretamente al mutuo y al comodato, sino la sustitución progresiva del término depósito. En este sentido, únicamente hallamos ésta voz en el Fuero de Cuenca 31,11 (945) –*Pro omni deposito vel commendato, ...*²³– y en la redacción latina del Fuero de Teruel 516 –*Item mando quod pro omni commendato. vel deposito ...*²⁴, siendo reemplazada, en el resto de ordenamientos locales, por el vocablo *comanda*, o por alguno de sus derivados: *commendato*, *comendatio*, *encomendato*, *comenda*, *acomenda*, *comienda*, *acomienda*, *lexa* o *leya*²⁵.

Este acercamiento entre las relaciones contractuales pudo favorecer, siguiendo el criterio del *Liber*, la extensión de la responsabilidad del depositario a la culpa y al caso fortuito.

Así, en los escasos fueros en donde se hallan vestigios de esta institución, vemos como se reproducen, aunque de forma simplificada, los principios marcados en *Liber Iudiciorum* 5,5,5²⁶.

En concreto, en los Fueros de Avilés, de Teruel, de Cuenca y de Zorita de los Canes, se afirma que, una vez efectuada la entrega de bienes muebles por el huésped al albergador –“*hospes qui pausa in kasa, si so aver comendar ad ospet, ó á la hospeda, ...*”²⁷–, la responsabilidad del depositario deviene de la pérdida de las cosas entregadas –“*Decabo mando que el señor de la casa por las cosas perdidas que no le serán comendadas no responda al su huésped por ninguna manera, mas por las cosas a él fueren acomendadas responda, assí como es fuero*”²⁸–, fundamentándose ésta no tanto en el dolo como en la culpa, por cuanto se atiende a la idea euriciana del reparto del *periculum* entre el dueño y el depositario, lo que permite al legislador circunscribir la responsabilidad por caso fortuito al contrato precedido de *preçio o soldada*:

Fuero de Soria 374: *Qvi alguna cosa tomare dotro en acomjenda en su casa, si por quema o por aguaducho o por furto o por otra cosa lo perdiere, si se perdieren algunas cosas de las suyas con la agena, si en la perdida non fuere culpado, non sea tenj-*

²² LEICHT, P. S., *Ricerche sul Diritto privato nei documenti preirneriani*. Roma, 1921-22, pp. 85 ss; *Il Diritto privato preirneriano*. Bologna, 1933, pp. 233, 258 y 259; ASTUTI, G., *I contratti obbligatori nella Storia del Diritto italiano. I. Parte generale*. Milano, 1952, p. 382.

²³Fuero de Cuenca. Ed. UREÑA Y SMENJAUD, R. De. Madrid, 1935, rub. 41,11 *De deposito et commendato*.

²⁴ *Forum Turolii*. Ed. AZUAR Y NAVARRO, F., Madrid-Teruel-Zaragoza, 1905, rub. *Qualiter quisque iurare debeat pro comisso*.

²⁵ Vid. MARÍNEZ GIJÓN, J., “La comanda”, ob. cit., p. 47.

²⁶ Fuero de Avilés. Ed. FERNÁNDEZ GUERA Y ORBE, A. Madrid, 1865, rub. 21; Fuero de Cuenca, 824; Fuero de Zorita de los Canes. Ed. UREÑA, Madrid, 1911; *Forum Turolii*, 506; Fuero Romance de Teruel. Ed. GOROSCH, M., Estocolmo, 1950, 729; Carta puebla de Albarracín, Ed. RIBA Y GARCÍA, C. Zaragoza, 1915, pp. 220-221.

²⁷ Fuero de Avilés, rub. 21.

²⁸ Fuero de Teruel, rub. 729; Fuero de Avilés, rub. 21; Fuero de Soria. Ed. GALO SÁNCHEZ, Madrid, 1919, rub. 41

do de lo pechar; mas si se perdieren las agenas & non las suyas, sea tenjdo de pechar las. Et si saluo algunas dellas & se perdieren las suyas, sea apreçiado quanto se perdio & quanto saluo, & partan la perdida segund el apreçiamjento.

Fuero de Soria 375: *Qvi bestia o ganado o otra cosa qual quier recibiere en guarda o acomjenda por preçio o por soldada quel dieren opusieren con el de dar, si quier se pierda por su culpa, si quier non, sea deujdo de pechar aquello quel fue dado o metjdo en comjenda.*

Fuero de Soria 376: *Sj boarizo o vezadero de conçeio recibiere el ganado o la bestia sana & después la diere muerta o ferida a su señor, sea tenjdo de gela pechar; mas si dixere quel acaeciò por su desauentura o por su muerte natural & non por ferida njn por otra cosa que el le fiziesse, o dixere que bestia o ganado dotro alguno gelo fizo, yure segund la quantia que valiere la bestia o ganado muerto oferido & sea creydo; & el sennor de la cosa muerta tornese al sennor dela bestia o del ganado que firio o mato el suyo.*

Asimismo, y en consonancia con la tradición romanística, vemos cómo en algunos ordenamientos recogen el denominado juramento de inocencia, por el cual si el depositario prueba mediante juramento que no se ha aprovechado de las cosas depositadas, o que éstas no han perecido por su culpa, queda liberado de toda responsabilidad:

Fuero de Cuenca, 41,11: *Pro omni deposito vel commendato, quod pulsans firmare testibus nequiverit, nemo se purget nisi sacramento sui solius. Verumptamen si post sacramentum rem negatam apud eum esse probare potuent, reddat domino duplatam, et palatio novenans, sicut fur.*

Fuero de Zorita de los Canes, 814: *Otroquesi mando, que por toda cosa que acomendada fuere, que deuen de razon firmar non lo pudiere,ninguno no salue si non por su cabeça: empero, si después del sacramento la cosa negada en el pudiere seer prouada, tornela doblada al sennor et a palacio las setenas, segund de ladron.*

V. LA RESPONSABILIDAD DEL DEPOSITARIO EN EL DERECHO BAJO-MEDIEVAL.

Con el renacimiento jurídico que se produce al inicio de la Baja Edad Media, la doctrina, ya sea ésta civil o canónica, intenta dar un nuevo impulso a figura del depósito, dotándola de una mayor precisión conceptual y de nuevos criterios con los que abordar los supuestos en los que el depositario debía responder por la pérdida del bien entregado.

Así, la confusión existente en el Derecho visigótico y altomedieval entre depósito, comodato y préstamo, aunque formalmente persiste en algunos textos del

Derecho navarro-aragonés²⁹, tiende a desaparecer, al precisar la mayoría de los ordenamientos bajomedievales la naturaleza y el concepto del depósito, perviviendo únicamente la identidad entre depósito y comanda, por cuanto, como afirmara Bártolo, “*Commendare idem est quod deponere*”³⁰.

Conjuntamente con el problema de la naturaleza jurídica, la doctrina se cuestionó los posibles supuestos en los que se podía eximir al depositario de cumplir con la obligación de devolver el objeto depositado. El criterio general seguido por la Glosa fue el mantenido por el Derecho justiniano, esto es, el de entender que sólo se debería responder por dolo³¹ y por *culpa lata*, por cuanto, como afirmara Irnerio en su *Summa Codicis* con relación a la ley *Quod Nerva*, “*vere lata culpa dolus est*” o “*item dolus et lata culpa, quae dolo comparatur*”³², dualidad que le llevará a Azón, y posteriormente a Acursio³³, a mantener que aunque dolo y *culpa lata* no sean términos idénticos, la existencia de ésta conlleva la presunción del dolo: “*non sia adeo diligens, ut natura desiderat, vel ut homines consueverunt esse diligentes, si tamen curam in deposito non praestet ad modum suum, id est, quem observat in rebus suis*

²⁹ *Fuero General de Navarra*. Ed. ILARREGUI, Pamplona, 1869 3,11,3; *Fueros del Reino de Aragón*. Ed. SAVALL, P. y PENÉN, S., rub. *De Deposito*, Jacobus I, 1248: *Quidam deposuit apud quemdam vicinum suum quinquaginta morabetinos, a quo paulo ante acceperat viginti cafcia tritici mutuo: verum post aliquanto tempore, qui mutuuum acceperat depositum postulavit: ...; Observancias del Reino de Aragón* 4, *Commodati*, 1: *Secundum Regni consuetudinem, homo pro deposito, vel comanda,; Vidal Mayor*. Ed. TILANDER, G., Lund, 1956, 5,6; 5,16; 6,28; 6,56-57.

³⁰ BARTOLO DE SAXOFERRATO, *In Secundam Digestum Vetus Partem comentaría*. Augustae Turinorum, 1589. *Ad lib. XVI Digest. , tit. Depositum, vel contra, lex XXIII: “commendatum, & depositum idem sunt”*; *lex XXVI: “quod dico de verbo commendo, quod inducit depositum”*; CUENCA, I. F^a de, *Ad comandae, sive depositi instrumentum. Scholium*. Zaragoza, 1644. *Clausula 10, additio 1: “verba haec, praesentis depositi contractus formam, et originem denotant, nam qui commendat alicui rem custodiendam depositi contractum agit”*; CANCER, I., *Variae Resolutiones utriusque iuris*. Ed. Lugduni, 1558, *pars III, cap. VIII, De deposito et commenda*, 1: “*in materia depositi, et commandae, quod idem sunt: cum commendare nihil aliud sit, quam deponere*”; SESSE, A., *Decisionum Sacri Senatus Regii Aragonum, et Curiae Domini Iustitiae Aragonum, causarum civilium et criminalium*. Zaragoza, 1624, *dec. 296, 12: “comendatarius etiam dicitur, quia commendare nihil aliud est quam deponere”*. Identidad que hallamos presente en la mayoría de las fuentes jurídicas de la Baja Edad Media: *Fuero General de Navarra* 3,11,1 y 3; *Vidal Mayor* 1,59,50; 3,64,10; 5,6,11; 7,2,13; 8,19,12; *Recognoverunt Proceres*, cap. 72; *Fuero Real*, 3,15; *Costums de Tortosa* 4,17; *Fori Antiquii Valentiae* 4,15; *Partidas* 5,3; *Fueros del Reino de Aragón*, 4, *De Deposito; Obervancias del Reino de Aragón* 4, *De deposito*, 2.

³¹ Únicamente ROGERIO, en su *Summa Codicis*, declara al depositario responsable por dolo, aunque admitiendo que a veces “*nomine culpa tenetur, veluti si obtulit se deposito*”. Tomo la cita de MAFFEI, D., *Caso Fortuito e responsabilita contrattuale nell’età dei glossatori*. Milano, 1957, p. 43.

³² Vid BESTA, E., *L’opera d’Irnerio, II. Glosse inedite d’Irnerio al Digestum Vetus*. Torino, 1896, p. 164. Asimismo, IRNERIO, *Summa Codicis*. Ed. FITTING, H., Berlín, 1849, 4,35, rub. *De deposito*: “*Venit autem in hac actione restitutio rei depositae et quod rei deposite accesit, ut partus ancille et equulus qui comitabatur iumentum depositum. item dolus et lata culpa, quae dolo comparatur. periculum item levis culpa non prestatur nisi ex pacto speciali. set in hoc actum est, ne dolus malus prestetur, hoc pactum non admittitur*”. Criterio que será recogido en la *Summa Trecensis*. Ed. FITTING. IV,35. *De deposito: Venit autem in hac actione restitutio rei deposite et quod rei deposite accesit ... item dolus et lata culpa, que dolo comparatur. periculum item levis culpa non prestatur nisi ex pacto speciali. set si hoc actum est, ne dolus malus prestetur, hoc pactum non admittitur*”.

³³ ACURSIO, *Glossa in Digestum Vetus. Corpus Glossatorum Juris Civilis*. VII. Ed. VIORA, M., *Liber XVII, rub. Depositum, glosa Quod Nerva*: “*id est dolo comparari, ut est, ubi quis de dolo tenetur, ibi tenetur, et de lata culpa. Non autem est idem, cum dolus fiat ex fraude, et lata culpa ex fortuitae. praete-rea dicitur similis esse ... ergo non est idem, cum dicta Aristoteles: nihil est idem, cui id ipsum simile est*”.

*propriis, fraude non caret*³⁴, por cuanto, como afirmara Placentino, “*Dolus, & lata culpa venit ex natura depositi*”³⁵; de ahí que se concluya que todo pacto que excluya ambos elementos debía de ser rechazado —“*Si vero conveniat ne dolus praestetur non valet pactio*”³⁶—.

Fijado el criterio general, la propia doctrina establecerá numerosas excepciones a este principio, planteándose la posibilidad de extender la responsabilidad del depositario más allá del dolo y la culpa lata³⁷.

En concreto, Azón, sistematizando el sentir mayoritario de la doctrina, sostiene que se debe responder excepcionalmente por culpa leve cuando el contrato de depósito hubiere sido constituido en interés del depositario, cuando éste hubiera asumido tal responsabilidad o cuando mediare pacto o merced: “*Sed nec levis veniet culpa, nisi aliter convenerit, vel nisi depositarius se obtulit deposito (ut D.16,3,1,35) vel nisi sui tantum gratia apud eum deponam (ut D.12.1.4), nec forte et tunc veniret levissima culpa sicut diximus supra (D. 12.1.4)*”³⁸; siendo admitida únicamente la *levissima culpa* —“*non venit*”— por Vacario³⁹; no en vano, Andrae, en su comentario a las Decretales, afirma: “*istum non teneri de levissima, maxime cum contractus ist fiat gratia*”⁴⁰.

Contrariamente al criterio seguido con la culpa levísima, tanto los glosadores como los decretalistas admitieron, aún no sin reservas, la posibilidad de responder

³⁴ AZONIS, *Summa Super Codicem. Corpus Glossatorum Juris Civilis*. II. Ed. VIORA, M. IV, rub. *De depositis*: “*non sia adeo diligens, ut natura desiderat, vel ut homines consueverunt esse diligentes, si tamen curam in deposito non praestet ad modum suum, id est, quem observat in rebus suis propriis, fraude non caret. ... Sin enim similis est dolo, ergo impossibile est eam dolum esse. Nam et Aristoteles ait: Nihil est id, cui ipsum sit simile*”. Asimismo, en su *Lectura Super Codicem. Corpus Glossatorum Juris Civilis*. III. Reed. VIORA, M. 1961, rub. 34, *De depositis*, podemos leer: “*Non excludit latam culpam, sed casum fortuitum. & videtur contra. ei quod dicit dolum & latam culpa ff eodem libro I. & in aliis legibus in titulo illo positus, ubi fit mentio de dolo, & non de lata culpa. sed lata culpa & dolus idem est: ut ff. Eodem quod Nerva. unde non differt utrum dicatur de dolo solo, an de dolo & lata culpa*”.

³⁵ PLACENTINO, *Summa Institutionum. Corpus Glossatorum Juris Civilis*. Ed. VIORA, M. 1973, III, 10, rub. *In deposito quid veniat*.

³⁶ PLACENTINO, *Summa*, III,10.

³⁷ Vid. MAFFEI, D., *Caso fortuito*, ob. cit., pp. 41-44.

³⁸ AZONIS, *Summa*, rub. *Depositum*, n. 28-29: “*Si autem depositarius recipiat mercedem in quantitate pro custodia, tenetur quidem de levi culpa, sed non per actionem istam, immo per actionem conducti: quia videor operas eius conduxisse. Si autem accipiat non quantitatem, sed speciem pro custodia, vel exhibentur ei operae pro custodia, veniet levis culpa per actionem praescriptis verbis ex innominato contractu*”.

³⁹ La extensión de la responsabilidad por levísima culpa fue acogida tanto por los Comentaristas como posteriormente por el humanismo jurídico, tal y como podemos ver en la obra de BARTOLO DE SAXOFERRATO, *In Secundam Digestum Vetus Partem Comentaria*. Augustae Taurinorum, 1589, lex XXII *Quod Nerva*, como en ZASIUS, V., *Opera Omnia*. Lyon, 1550, reed. Aalen, 1966, rub. *Depositum*, III, *L. Obligationes*, n. 23, p. 965, quien, tras reconocer que, como criterio genérico, únicamente se debía de sancionar por un supuesto de dolo y culpa lata: “*Eius rei ratio est, quia depositarius accepit rem custodiendam, non propter summa utilitatem, sed propter utilitatem deponentis: unde merito depositarius non debet plus obligari quam de dolo & lata culpa*”, concluye admitiendo la posibilidad de extender ésta aún al supuesto de culpa levísima —II., *L. Si mora*, n. 62,6— “*Aliquando contractus celebratus gratia recipientis tantum, & non gratia dantis, ..., hoc casu tenent non solum de dolo & culpa lata & levis, sed etiam levissima, ...*”.

⁴⁰ ANDRAE, I., *Decretalium novella comentaria*. Venetiis, 1581. Rub. *De deposito, caput II*.

por caso fortuito. En concreto, en la glosa *saepe evenit* (D. 16,3,1,35) de Basiano y en una decretal de Inocencio III -c. 2, X,3,16: *Pacto vero, culpa vel mora praecedentibus, casus etiam fortuitus imputatur ...*⁴¹- se establece la hipótesis de que pudiera prosperar la responsabilidad por la pérdida fortuita de la cosa cuando previamente se diera un pacto expreso, cuando se constituyera en beneficio del depositario, o cuando mediara mora, dolo o culpa ; no en vano, concluirá Cáncer, que ante tales supuestos “*nullo casu fortuito liberatur*”⁴².

La difusión de las definiciones romanas así como los criterios fijados por la Glosa y los Decretalistas se harán palpables, aunque de forma desigual, en los sistemas normativos de los reinos hispánicos durante los siglos XIII al XV.

Siguiendo el esquema establecido, los distintos ordenamientos que contemplan la institución del depósito no cuestionan el criterio general que establece que “*dolo et lata culpa in omnibus contractibus praestatur*”⁴³, por cuanto, a juicio de Molina, “*Depositarius quando depositum in gratiam solius deponentis fit, ut regulariter fieri solet, si res deposita pereat, aut deterior reddatur, solum tenetur de dolo &*

⁴¹ *Corpus Iuris Canonici. Pars secunda, Decretalium collections.* Ed. FRIEDBERG, A., Lipsiae, 1881. Frente a esta concepción, los Decretalistas mantuvieron una postura más ambigua, por cuanto parecen dar a entender, aunque no de forma expresa, que el depositario podría llegar a responder incluso en caso fortuito. En este sentido se manifiesta GOTTFREDO DA TRANI en su *Summa super titulis Decretalium*. Lyon, 1519, reed. Aalen, 1992, rub. *Deposito*, fo. 134 r. n. 9, p. 274, al afirmar que cuando el depósito es *gratia sui* podría el depositario verse compelido a responder por caso fortuito: “*Sed dominus azzo dixit in summa depositarium et quemlibet debitorem teneri de casu fortuito ex mora quia satis est .. Sunt & alii casus in quibus tenetur depositarius de casu si gratia sui fiat depositum ...*”; postura que, aún con mayor vaguedad, puede verse en el HOSTIENSIS, H. C., *Decretalium comentaria in tertium Decretalium librum*. Venetii, 1581, reed., Torino, 1965, rub. *De Deposito*, el cual, tras afirmar que hay culpa – Cap. I, n. 8- “*si esset in dolo vel lata culpa*” concluye –Cap. II, ns. 3 y 6- “*Item in alio casu tenetur etiam de fortuito, quando F. Gratia sui tantum recepit depositum depositarius ... De fortuitis tamen casibus, vel culpa levissima non tenentur depositarius, nisi in casibus superius ...*”; *Summa Aurea*. Lugduni, 1568, fo. 215 v. “*... ergo non casu fortuito, nisi sit in mora vel in culpa, vel nisi obtulerit se deposito, vel nisi receperit aliquid pro custodia, vel nisi gratia depositarii fiat depositum ... Et hoc intelligas quando culpa praecessit casum alias si violenter auferretur non tenetur depositarius nisi in duobus casibus, scilicet quando recipit mercem, vel quando obtulit licet in aliis casibus de omni casu fortuito, et in his, de in aliis de culpa etiam levissima teneatur ...*”.

⁴² CANCER, I, *Variae resolutiones, pars III, cap. VIII, De deposito et commenda*, n. 53-54. Criterio que será recogido por la mayoría de la doctrina jurídica. Entre otros, MORLA, P. A., *Emporium utriusque iuris quaestionum in usu forensi admodum frequentium ...* Valentiae, 1599. T. VIII, *De rebus*, 29: “*Ex eo enim, quod pecuniae dominium transit in accipientem, generis debitor efficitur, & nullo casu fortuito liberatur*”; GÓMEZ, A., *Variae resolutiones juris civilis, communis, et regii, Matriti*, 1768, *Caput 7, De comodato, & deposito*, 3; LÓPEZ, G., Glosa a *Partidas* 5,3,2, *verb. fueras ende, vers. tunc periculum*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum Iurisprudenciae forensis valentinae. Romanorum iuri mirifice accommodatae*. Valentiae, 1742, I, 48,5: “*..., nec obligatur ex casu fortuito, ... Et semper solent similes casus fortuiti cedere damno dominorum proprietatis ...*”.

⁴³ CUENCA, I. F., *Ad comandae, sive depositi, clausula 10, additio num. 3 et 4*; CÁNCER, I., *Variae resolutiones*, 3,8,67: “*Depositarius tantum tenetur de dolo, et lata culpa*”; FONTANELLA, I. P., *Decisiones Sacri Regii Senatus Cathaloniae*. Lugduni, 1664, II, *Decisio* 533,5; GÓMEZ, A., *Variae resolutiones. II. Juris civilis communis, et regii*. Lugduni, 1744. II. Cap. VII, *De comodato, & Deposito*, 3: “*Item adde etiam, quod quando contractus fit & celebratur gratia solius dantis ut depositum, venit tantum dolus, & lata culpa, ... Si vero contractus fiat gratia solius recipientis, venit dolus, lata culpa, levis & levissima*”; LÓPEZ, G., *Las siete Partidas*, 1844, glosa 5,3,3; BERNI Y CATALA, J., *Apuntamiento sobre las leyes de Partidas: al tenor de las leyes recopiladas ...* Valencia, 1759, comentario a *Partidas* 5,3,4.

*lata culpa, quae dolo aequiparatur. L. Quod Nerva. ff. depos. non vero de levi, aut levissima, & multo minus de casu fortuito*⁴⁴:

*Partidas 5,3,3: Pero aquel que recibio la cosa, tenuto es de gela guardar bien e lealmente, de guisa que non se pierda, nin se empeore por su culpa, nin por su engaño*⁴⁵.

Fori Antiqui Valentiae 78,4: Immobiles vel mobiles commande concremate sine culpa illius qui tenuerit comandam, non restituantur; si culpa vel negligentia fuerint cremate, emendentur.

*Fori Antiqui Valentiae 78,32: Depositum est ...; et ideo, non tenetur nisi de dolo et lata culpa, in quo casu versatur tantum dantis utilitas*⁴⁶.

*Costums de Tortosa 17,4: Mas si per colpa sua les coses desus dites eren perdudes o afollades es tengut de restituir e denmenar aqueles. Mas si per negligencia les dites coses se perdien o qualque comanda ço es deposit se perdia: aquel qui aqueles coses reeb en deposit non es tengut en re; si doncs ell aqueles coses no reebra a son reec e a fa ventura car la doncs nes tengut e obligat.*⁴⁷

Admitida esta realidad, la Doctrina legal y la literatura jurídica se plantean hasta qué grado puede esta responsabilidad ser excepcionada, y en virtud de qué criterio⁴⁸, esto es, si aún prestando una diligencia *quam suis* puede verse obligado el depositario por una culpa leve, levísima o, incluso, por caso fortuito⁴⁹.

⁴⁴ MOLINA, A., *De justitia*, II. Conchae, 1593. Disp. 527.

⁴⁵ Entendiéndose por culpa la culpa lata. Vid Gregorio López, Glosa a la *lex III*, N. 7: "*Culpa. Intellige de lata culpa, ut hic, et in l. quod Nerva 32. D. eod. et Cod. eod. l. 1.*". Con relación al depósito en Partidas, ARIAS BONET, J. A., "El depósito en las Partidas". *AHDE*, 32 (1962), pp. 548-550.

⁴⁶ *Fori Antiqui Valentiae*. Ed. Dualde Serrano, M., Madrid-Valencia, 1950-1967. En este sentido, TARRAZA, G., *Compendium sive epithome theoricæ artis notariæ, ... Valentiae*, 1636, *De deposito iuxta foros Regni*. Cap. 56: "*Item ut si dolum commisit, vel latam culpam, quae dolo aequiparatur; teneatur. Non autem tenentur de culpa levi, nec levissima, nec de casibus fortuitis, regulariter loquendo*".

⁴⁷ *Costums de Tortosa*. Ed. FOGUET, R. Tortosa, 1912.

⁴⁸ Un criterio genérico lo hallamos en JORDÁN DE ASSO Y DEL RIO, I, y RODRÍGUEZ, M. de M., *Instituciones del Derecho civil de Castilla*. 1792. Título X. Del depósito, y prestamo, p. 181: "Para determinar, y estimar la obligacion, que nace de cada una de estas culpas, se atiende á la utilidad, ó perjuicio, que cada qual de los contrayentes percibe de la cosa por razón el contrato; cuya doctrina está fundada en estas dos reglas: I. Que por el contrato util á una sola parte, esta á quien es util se obliga á la culpa levísima, la otra á sola la culpa lata, ó engaño. II. Que si es igual la utilidad á una, y otra parte, ambas están obligadas al dolo, y culpa leve.

Esto supuesto, del tercer principio deducimos: I. Que consistiendo la lealtad del depositario en guardar la cosa, de que no recibe utilidad, no se obligará á pechar si se perdiere por culpa leve; salvo si se pactó lo contrario, ó si se depositó á instancia; ó suplica suya, ó bien recibe interés por guardarla, d. l. 3. tit. 3. part. 5. II. Que mucho menos estará obligado á pagar el daño causado por caso fortuito, á no ser que hubiese sobrevivido en tiempo de demora, dilatando la entrega de la cosa, d. l. 4. allí. III."

⁴⁹ En este sentido, GARCÍA, F., *Del tratado de todos los contratos, quantos en los negocios humanos se suelen ofrecer*. Valencia, 1583, pp. 34-35.

El criterio seguido no es unívoco. Así, frente a la clasicidad de la postura adoptada por el legislador en los *Furs* y en las *Costums de Tortosa*,⁵⁰ al excluir toda responsabilidad más allá del dolo y la culpa lata, vemos cómo el legislador extiende la responsabilidad aún cuando el grado de culpa que se le impute sea leve o muy leve. Principio que hallamos, con carácter genérico, en el *Vidal Mayor* 5,16 y en el *Fuero General de Navarra* 3,16,1⁵¹ y, fundamentalmente en *Partidas* 5,5,3, donde se admite la responsabilidad por culpa leve cuando medie acuerdo expreso de las partes, cuando haya un ofrecimiento del depositario, y, por último, “*quando recibe precio por guardar la cosa que le dan en condessijo*”; definiendo la culpa leve “*quando aquel que la tiene, non pone toda aquella acucia, e femencia, que otro ome acucioso, e sabidor, deuia poner*”⁵². Responsabilidad que la Doctrina, siguiendo a Juan Basiano, ampliará a la culpa levísima, y por extensión al caso fortuito, cuando el contrato se constituya en beneficio del depositario, cuando medie pacto expreso, o cuando venga precedido de dolo o mora del depositario: “... *quod pactum interveniant ut de levitori culpa teneatur, id servandum erit, & idem de casu fortuito: & similiter tenebitur si mora interveniente res pereat, aut deterior reddatur, quod non contigisset apud dominum ...*”⁵³:

Partidas 3,4,4: *Ocasión acaece a las vegadas, en las cosas que ome tiene en guarda de otri, de manera que se han de menoscabar, o perder. E esto seria, quando se muriessse la cosa encomendada, de su muerte natura, o la matasse otro, sin su culpa de aquel que la tuuiesse en guarda, o si gela robasen, o gela furtassen. Ca en qualquier destos casos, o en otros semejantes dellos, non seria tenuto de pechar, aquel que la touiesse en guarda, fueras ende por quatro razones. La primera, si quando el que la recibe en guarda, se obliga a pecharla, si se perdier en qualquier manera. La segunda es, quando aquel que recibe la cosa en consessijo, non la quiere tornar a su dueño, podiendolo fazer. ... La tercera es, si por su culpa, de aquel que tiene en condessijo, o por su engaño, acaeciò la ocasión, por que se*

⁵⁰ FAV 68,4 y 22: *Cum incurso latronum vel alio quolibet fortuito casu res deposite penes illum, penes quem deponuntur, perierint, detrimentum illarum ad deponentem et non ad depositarium vel eius heredem pertinet. Fortuitos casus vocamus incendium, ruinam, naufragium latronumve incursum*; CT 4,17,2 y 5: “*Aquel es dit depositari: que reeb les coses en comanda. on si lo depositari per les coses que a el son meses en deposit per cas dauentura: tengut de restituir aqueles no e: ne re obligat non roman.*”

⁵¹ *Fuero General de Navarra* 3,16,1: *Et si el furto es fecho por la puerta, el seynor de la casa debe emendar la cosa agena que es perdida de su casa.*

⁵² Criterio que vemos asumido plenamente por la doctrina. Vid. SALGADO DE SOMOZA, F., *Ad decisiones labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem Inter. Illos causatam*. Lugduni, 1672, III,2,38: “... *quod etiam tenetur de levi culpa quando in rebus depositi non adhibuit eandem diligentiam quam in suis, vel si pro custodia mercedem recipit*”; GÓMEZ, A., *Variae resolutiones, Caput VII, De comodato, & deposito*, 2, Additiones, 3.

⁵³ GÓMEZ, A., *Variae resolutiones, Caput VII, De comodato, & deposito*, 2, Additiones, 3; MOLINA, A., *De justitia, Disp.* 527: “... *Si vero pactum intervenit, ut deteriori culpa teneatur, aut etiam de casu fortuito ... eod titu. & l 3 & 4 tit 3 part 5. Si depositarius in mora fuit restituendi rem depositam, aut utendo re deposita contra deponentis beneplacitum, aut alia ratione ei non permissa, res deposita pereat, aut deterior reddatur, ita quod res alioquin simili modo peritura non era deponenti, tenetur etiam de casu fortuito, l. 4 tit. 3. part.*”.

perdio; o se murio. La quarta es, quando la cosa es dada en guarda, pricipalmente por pro de aquel que la recibe en deposito, e non por el que la da: en aqualquier destos casos, maguer la cosa que es dada en condessijo, se pierda, o muera, o se empeore por ocasión, tenuto es aque que la recibio en guarda, de la pechar a aque que gela dio en condessijo, o en guarda, o a su heredero.