

Un testimonio del carácter proteiforme del depósito: la transmisión de la acción a los herederos

Jean CHARRIAUD

jeancharriaud@yahoo.fr

Doctor en Historia del Derecho (Université Paris II Panthéon-Assas)

Docente (Université Cergy-Pontoise)

La calificación del depósito como contrato plantea ciertos interrogantes, hasta el punto de haber llevado recientemente a algunos juristas franceses a preguntarse si el depósito lo es realmente¹. Este cuestionamiento, que nace de la enorme diversidad de depósitos, y de la proximidad de algunas de sus variantes con otros contratos, es positivo. Sin embargo, en cierta medida, la doctrina jurídica francesa lo ha ignorado ampliamente, atrincherándose en la mención de las disposiciones del Código Civil francés, alegando ocasionalmente una inquietud respecto a una variante tan particular del depósito como el depósito irregular.

Este interrogante que crispa actualmente a la doctrina positivista francesa ha despertado más precozmente el interés de la doctrina española, con los estudios de Jesús Huerta de Soto² y de David Pérez-Bustamante³. Este nuevo interés por la cuestión nace desgraciadamente de la crisis financiera de 2007, llamada crisis de las *subprimes*.

Una de las explicaciones de esta crisis reside, efectivamente, en la práctica de los establecimientos bancarios de prestar sumas que van más allá del importe total de los activos líquidos de los que disponen. El principio del Derecho bancario actual es el de la reserva fraccionaria. El banco solo necesita disponer realmente de un determinado porcentaje del dinero depositado para responder a las necesidades de activos líquidos de los depositantes. En ocasiones, los bancos se ven obligados a tomar

¹ *Revue des contrats*, núm. 1, L.G.D.J., 2014.

² J. HUERTA DE SOTO, *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, Madrid, Unión Editorial, 2011.

³ D. PÉREZ-BUSTAMANTE, *Depósitos bancarios y crisis financieras*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, Dykinson S. L., 2009.

en préstamo para devolver los depósitos. De esta forma, la norma tradicional de conducta propio del contrato de depósito llamado «irregular», que determinaba la necesidad de mantener el equivalente de la suma de dinero depositada (el *tantundem*), con el fin de poder restituirla en todo momento, se ve así reducida a la nada. Por consiguiente, la violación de este principio jurídico tradicional —que descansa sin embargo en la ambigüedad inherente al depósito irregular, a saber, el traspaso de propiedad del depósito— solo puede conducir a una inestabilidad endémica del sistema financiero.

Se plantea así la cuestión de la determinación de la naturaleza real de este contrato, pues al contrario de lo que alegan los economistas que asimilan el depósito irregular al préstamo, algunos juristas intentan salvaguardar la categoría del depósito, a pesar de su aspecto proteiforme. Estos autores creen encontrar en los principios que regulan el depósito (confianza, necesidad de conservar el equivalente) soluciones para la inestabilidad del sistema financiero.

De esta forma se plantea una reflexión sobre el carácter de depósito del depósito irregular. No obstante, este interrogante se puede plantear en distintos grados respecto al conjunto de tipos de depósitos.

Es necesario pues un retrato histórico con el fin de ilustrar este aspecto proteiforme. Este análisis permitirá destacar lo que constituye la unidad, pero también la diversidad, de esta categoría contractual, sobre todo porque sus límites pueden fluctuar de una época a otra. Además, a contracorriente de la idea más extendida en la actualidad, el más irregular de los depósitos parece ser el depósito hotelero, que lleva a una singularidad particular de su régimen jurídico. En el seno de este, la cuestión de la transmisión de la acción del depósito a los herederos, punto que podría parecer anecdótico frente a los importantes desarrollos consagrados al depósito por la doctrina medieval y de comienzos de la Edad Moderna, es un ejemplo llamativo.

Conviene así analizar la tentativa medieval y moderna de delimitar la noción de depósito, con el fin de evidenciar la unidad, pero también la plasticidad (I) de este contrato. Este es el paso previo necesario para el análisis del régimen de la transmisión de la acción del depósito, que revela a un tiempo la unidad y la diversidad de los depósitos y el vínculo progresivo y cuestionable que se plantea respecto de algunas figuras contractuales, sin embargo originariamente muy alejadas de este (II).

I. UNA TIPOLOGÍA DE LOS DEPÓSITOS

Con el fin de establecer una tipología de los depósitos, es necesario analizar previamente la noción de depósito regular, depósito tipo que sirve de criterio de referencia en el seno de la categoría del depósito (1), antes de poder examinar los depósitos que presentan en distintos grados de irregularidad con respecto a este depósito estándar (2).

1. La noción de depósito ordinario

La definición romana que ha atravesado la historia es la de Ulpiano⁴, que recuerda ante todo que: «*Depositum est, quod custodiendum alicui datum*». Tenemos pues un depósito cuando celebramos un contrato mediante el cual confiamos algo a alguien para que lo custodie. Esta primera parte de la definición será la que más se utilice más adelante, pues a pesar de ser evidente, insiste en la sustancia misma del depósito: la custodia. La segunda parte de esta definición es etimológica. Tiene sentido, pues el *de-positum* traduce bien la situación que produce este contrato. Como indica el diccionario francés-latín Gaffiot, «de» es una preposición latina que marca «la separación, el alejamiento de un objeto con el que había contacto, unión, asociación». «Ponere» significa colocar, posar, disponer. El *Digesto* pone en evidencia que el depositante, al poner en custodia el bien objeto de este contrato, ve cómo su tenencia de este se aleja. Este alejamiento entre el individuo y el bien que desea conservar preciosamente es lo que fundamenta la responsabilidad del depositario, es decir, entra en juego su fe, su confianza, es decir, la *fides*.

Esta definición permitirá a la doctrina distinguir entre diversos rasgos característicos constitutivos de este contrato, a saber: la custodia, la *fides*, la ausencia de transferencia de la posesión al custodio y la gratuidad del contrato.

Ramón Herrera Bravo subraya que, en Derecho romano, las nociones de *fides* y de *amicitia*⁵ rigen el conjunto de los contratos reales, pero este rasgo característico es especialmente acusado en lo que se refiere al depósito, diferenciándolo en el seno de esta categoría. A partir del renacimiento del estudio del Derecho romano, la doctrina tomará conciencia progresivamente de esta característica del depósito.

Aunque inicialmente, la noción de depósito descansa esencialmente en la noción de custodia⁶, la doctrina jurídica considerará cada vez más

⁴ D. 16,3,1 pr: «*Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dicitur ex eo quod ponitur: praepositio enim de auget depositum, ut ostendat totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet*».

⁵ Gérard Freyburger, que se ha ocupado del análisis semántico y religioso del término *fides*, subraya que la noción de *fides* se presenta en instituciones tan variadas como el matrimonio, la amistad o también la hospitalidad (G. FREYBURGER, *Fides. Étude sémantique et religieuse depuis les origines jusqu'à l'époque augustéenne*, Paris, Les Belles Lettres, 1986, pp. 167 y ss.). Así pues, el Derecho romano ha institucionalizado jurídicamente la relación de amistad (*amicitia*).

⁶ *Brachylogus*, liber III, titulus VI, De deposito: «*Depositum vero est quod datur custodiendum gratuito*» (Ed. BÖKING, *Corpus legum sive Brachylogus iuris civilis et incerti scriptoris Epitome Iuris civilis ex codice Tubingensi nunc primum edita*, Berlin, Impensis Ferd; Dümmleri, 1829, p. 85). *Liber Florentinus*, titulus IV, núm. 40: «*Depositum est quod alicui causa custodie committitur*» (ed. M. CONRAT, *Das Florentinische Rechtsbuch ein system römisches recht aus der Gossatorenzeit*, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1882, p. 114). ODOFREDUS, *Lectura ad D. 16,3,1*: «*Depositum est quod custodes*» (*Lectura super Digesto Veteri*, II, Lyon, 1552, reimp. anast., Forni Editore, Bologne, 1968, f. 77 vº). Bernardus PAPIENSIS († 1213), «*depositum est quod alicui custodiendum committitur*», *Summa decretalium*, liber III, titulus XIV, ed. Ern. Ad. Theod. Laspeyres, Akademische Druck - U. Verlagsanstalt, Graz, 1956, p. 79. Paulus CASTRENSIS, *Com ad D. 16,3,1*: «*Depositum est qui rem deponit abdicat a se ex toto custodiam, et in depositarium transfertur*» (*In*

que la noción de *fides* es el elemento que caracteriza el depósito, lo que destacarán esencialmente los autores del Renacimiento⁷. No obstante, en los siglos anteriores, los autores no dejarán de afirmar que el depósito es un servicio prestado por el depositario al depositante⁸, acercando así el depósito, si no a la noción de *fides*, al menos a la muy cercana de *amicitia*, que solo mencionan explícitamente los autores del Renacimiento.

El depositario presta pues un servicio de «amigo» en el interés exclusivo del depositante. Estas dos cualidades (*fides*, *amicitia*) deben ser aplicadas por el depositario con el fin de cumplir con la finalidad del depósito: la custodia. De estas características se derivan otros rasgos característicos de este contrato, que son la ausencia de transferencia de la posesión al custodio⁹ y la gratuidad de la ejecución del contrato. La exigencia de gratuidad es una cuestión compleja que se sale del marco de este artículo. Nos contentaremos aquí con recordar que, siguiendo el Derecho romano, la doctrina recordará que el depositante puede percibir intereses a causa del retraso en la devolución del depósito, pero también cuando el depositario ha utilizado el depósito¹⁰. En el depósito ordinario, el custodio, personaje abnegado, debe cumplir con su misión sin obtener ventaja alguna sobre un bien que no es susceptible de apropiación por su parte.

Secundam Digesti Veteris partem Commentaria, Venise, 1575, f. 103 r^o). No obstante, podemos mencionar que en la decretal de Gregorio IX, uno de los dos textos fundamentales que rigen el contrato de depósito en el Derecho canónico, se recuerda que este contrato se rige por el principio de *bona fide*: «*Ut contractus, qui ex bona fide oritur*» (X. 3,16,2, *Corpus juris canonici*, in *Decretalium collectiones*, t. 2, Graz, Akademische druck-u. Verlagsanstalt, 1955, c. 517).

⁷ L. DE PONTANO, *Consilia cum tabula et allegationes, consilium 500*: «*Fit debito amicitie ex qua non inducitur remunerationis necessitas sed spontanea voluntas*» (Papiae, 1504, f. 153 v^o). J. CUJACIUS, *Com. ad C. 4,34*: «*Depositum numeratur inter eos contractos qui ex amicitia originem ducunt*» (In libros IV Priores Codicis Justiniani, in *Opera omnia*, vol. 10, Nápoles, 1758, c. 985-886).

⁸ *Brachylogus*, liber III, titulus VI, De deposito: «*Depositum vero est quod datur custodiendum gratuito. In hoc autem contractu quia nulla utilitas depositarii*» (ed. cit., p. 85). PLACENTINUS, *Sum. ad. C. 4,34*: «*Expositis contractibus re celebratis accipientis gratia, vel utriusque de deposito audiamus, quod regulariter tantum gratia deponentis celebratur*» (*Summa Codicis*, Moguntiae, 1586, reimp. anast. Bottega d'Erasmus, Torino, 1962, p. 168). ODOFREDUS, *lectura ad C. 4,34,1*: «*De contractibus qui contrahuntur gratia utriusque, ut mutuum et gratia accipientis, ut commodatum [...] Verum quia depositum contrahitur gratia dantis*» [*Lectura super Codice* (1), Lyon, 1552, reimp. anast., Forni Editore, Bologna, 1968, vol. 6, f. 238 r^o]; CYNUS PISTORIENSIS, *Com. ad C. 4,34,1*: «*Sciendo est, quod regulariter depositum fit gratia deponentis*» [*In codicem et aliquot titulos primi pandetorum tomi id est Digesti veteris. Doctissima Commentaria*, Fráncfort del Meno, 1578, reimp. anast. Bottega d'Erasmus, Torino, 1964, f. 250 v^o (p. 250 A)].

⁹ ACCURSIUS, *Gl. ad D. 16,3,1 pr*, V^o datum: «*Nam et proprietas et possessio penes deponentem manet*»; ODOFREDUS, *Com. ad D. 16,3,1 pr*, V^o datum: «*Rei deposite proprietas et possessio penes deponentem manet*» (*Lectura super Digesto veteri*, vol. 2, cit., f. 77 r^o). C. MOLINAE, *Com. ad C. 4,34*: «*Est autem depositum, unus ex his contractibus, quibus obligatio re ipsa, [...] ita autem deponitur res, ut interim tamen maneamus domini, et retineamus proprietatem dei depositae*» (*Commentarius in sex priores libros Codicis, Opera omnia*, t. 3, Paris, 1680, p. 666); J. CUJACIUS, *Com. ad librum II Pauli ad edictum lex VI Depositum*: «*Rei depositae proprietas et possessio [...] apud deponentem remanet*» (ed. cit., *Opera omnia*, vol. 5, Napoli, 1758, c. 25).

¹⁰ BARTOLUS, *Com. ad D. 16,3,28*: «*Qui promittit providentias pecunie deposite tenetur ad usuras si eas perceperit vel in suos usus convertit [...] Oppositum quod propter pactum debeantur usure simpliciter [...] ibi permisit usura hic vero permisit quod prospiciet ideo non tenetur ad usuras simpliciter, sed in duobus casibus*» (*Commentaria super secunda Digesti veteris, cit.*, f. 101 r^o). BALDUS, *Com. ad D. 16,3,28*: «*Promittens provisionem pecuniae depositae, tenetur ad usuras si eas percepit, vel pecuniae illae in suos usus convertit [...] quo casu ad usuras simpliciter non tenetur sed in duobus casibus hic expressis*» (*In secundam Digesti veteris partem Commentaria, cit.*, f. 105 r^o).

No obstante, muchos depósitos no corresponden exactamente con esta figura pura del depósito que es el depósito ordinario.

2. Depósitos de naturaleza problemática

Si tomamos el depósito ordinario como criterio de referencia, las numerosas variantes de este contrato pueden parecer problemáticas, especialmente aquellas que, al contrario de lo que ocurre con el depósito irregular, no llaman tanto la atención de los juristas, como son el secuestro y, especialmente, del depósito hotelero.

El secuestro es la variante del depósito que parece haber suscitado menos controversias, cuando en realidad hay numerosos elementos que cuestionan el fundamento de su vínculo con el depósito ordinario. En Derecho romano, el secuestro presenta la característica de ser una medida que se toma sobre una cosa objeto de litigio. El bien se entrega a un depositario, al que se transfiere la posesión, que se encargará de devolvérselo, no al que lo reclame, sino al que tenga derecho a reivindicarlo. Este secuestro puede ser convencional, si lo deciden las partes en litigio sobre la posesión de un bien, o judicial, si lo ordena un juez¹¹. Además, al contrario del depósito ordinario, que solo se puede referir a un bien mueble, el objeto del contrato puede ser tanto un mueble como un inmueble¹². Las diferencias entre el depósito ordinario y el secuestro son pues notables. No obstante, la doctrina, que se mantiene fiel al Derecho romano, asimila plenamente el secuestro al depósito ordinario, destacando ocasionalmente las diferencias que constituyen una variante. Por otra parte, algunas de estas diferencias se difuminarán parcialmente a partir de la época medieval.

Efectivamente, en esta época el secuestro tendrá un desarrollo formidable, por su utilización dentro del marco del procedimiento judicial, con

¹¹ La mayor parte de las disposiciones del *Digeste* contenidas en el libro sobre el contrato de depósito tratan del secuestro de forma general y no es posible saber si se trata de un secuestro convencional o judicial, como ocurre en los pasajes siguientes: D. 16,3,5,1-2; D. 16,3,12,2; D. 16,3,17,1. No obstante, el caso del secuestro convencional, decidido por las partes, se menciona claramente en el D. 16,3,6. Podemos encontrar en el *Digeste* pasajes consagrados al secuestro judicial, como: D. 24,3,22,8; D. 36,3,5,1; D. 37,6,1,10.

¹² Esta diferencia se recuerda ampliamente desde los primeros años del renacimiento de los estudios jurídicos, y hasta la Edad Moderna. AZO, *Sum. ad C.* 4,4,1-2: «*Consistit autem depositum in rebus mobilibus et se monentibus tamen nisi forte apud sequestrum deponitur*» (*Summa super Codicem*, réimp. anast., *Corpus Glossatorum Juris Civilis*, II, *Augustae Taurinorum*, Torino, *Ex officinal Erasmiana*, 1966, p. 142). ROLANDINUS RODULPHINI, *Summa Artis notariale*: «*Qui possunt deponere ? [...] Sed si quis absentet se, licet non possit res immobiles deponere*» (reimp. anast., *Corpus Glossatorum Juris Civilis*, II, *Augustae Taurinorum*, Torino, *Ex officinal Erasmiana*, 1966, p. 320). P. N. MOZZI, *Tractatus de contractibus ad theoricam, Tractatus de deposito, De substantiabilibus, seu essentialibus, et formalibus depositi, vel quomodo contrahatur depositum*, núms. 6-7: «*Secundo videtur requiri de substantia seu essentia depositi, ut res, quae deponitur et datur ad custodiendum, sit mobilis [...] quid immobilia non dicuntur deponi [...] sed in sequestrum dantur etiam immobilia*» (*Tractatus de contractibus ad theoricam, praximque utilissimi, in quibus etiam contrariarum inter se pugnantium opinionum octoginta Conciliationes, veraeque Resolutiones explicantur*, Colonia, 1614, p. 155).

el fin de afianzar el desarrollo de la instancia¹³. De esta forma, el secuestro se referirá también a cosas que no son objeto de litigio, lo que denunciarán los juristas del Renacimiento como desnaturalización de la noción misma de secuestro¹⁴.

Además, durante el periodo medieval, la doctrina cuestionará el principio nacido del Derecho romano según el cual el secuestro conduce a la transferencia de la posesión al custodio, al contrario de lo que ocurre en el depósito ordinario¹⁵. De esta forma, el secuestro se acercará algo más al depósito ordinario, al tiempo que se aleja de él por el uso que hacen de él las autoridades judiciales.

Hay otra figura contractual que hizo correr ríos de tinta: el depósito llamado «irregular». Según el Derecho romano, las partes pueden llevar a cabo un acto jurídico *a priori* materialmente similar en todo punto al *mutuum*, pero sometido al régimen del depósito. La dificultad de distinguir entre estos dos contratos es tal que el Derecho romano convirtió este error en el ejemplo tipo de *error in negotio*, es decir, error sobre la naturaleza del contrato¹⁶. Además, a través de sus contradicciones, el *Corpus Juris Civilis* lleva la huella de la voluntad de armonización a veces torpe de los compiladores. Es así en el D. 16,3,26,2¹⁷, en el que el depósito irregular con intereses se presenta como irreconciliable con la noción de depósito, aunque la acción del depósito sanciona la operación, o en los fragmentos D. 12,1,9,9 y D. 12,1,10¹⁸, que presentan ejemplos de transformaciones de depósito en préstamo.

Frente a fuentes romanas que pueden ser contradictorias, era necesario para la doctrina de la Edad Media y la Edad Moderna elaborar un

¹³ L. MASMEJAN, *La protection du possesseur en droit romano-canonique médiéval (XIII^e-XV^e siècle)*, Montpellier, Publications de la société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit, 1990, pp. 34 y ss. L. TUTTLE, «La main du Roi, ou les origines médiévales du séquestre judiciaire d'après la jurisprudence du Parlement de Paris (XII^e-XIV^e siècles)», *Le Parlement en sa Cour. Études en l'honneur du Professeur Jean Hilaire*, Paris, Honoré Champion, 2012, pp. 495-527.

¹⁴ V. CAROCCI, *Novi tractatus et practicabiles, de deposito...*, *De sequestro*, pars II, quaestio III, núms. 1-2: «Quero, in quibus differeat sequestrum a deposito, et quomodo unum ab alio cognoscatur? Et multae sunt differentiae: Prima sequestrum non fit nisi de re litigiosa, depositum de re non litigiosa» (*Tractatus practicabiles de deposito, oblationibus et sequestro*, Cologne, 1593, p. 519).

¹⁵ L. MASMEJAN, *La protection possessorie...*, cit., p. 366.

¹⁶ D. 12,1,18,1: «Si ego quasi deponens tibi dederò, tu quasi mutuam accipias, nec depositum nec mutuum est: idem est et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accepi: sed in utroque casu consumptis nummis condictioni sine doli exceptione locus erit».

¹⁷ D. 16,3,26,2: «Titius Sempronius salutem. Habere me a vobis auri pondo plus minus decem et discos duos saccum signatum: ex quibus debetis mihi decem, quos apud Titium deposuistis: item quos trophimati decem: item ex ratione patris vestri decem et quod excurrit. Quaero, an ex huiusmodi scriptura aliqua obligatio nata sit, scilicet quod ad solam pecuniae causam attinet. Respondit ex epistula, de qua quaeritur, obligationem quidem nullam natam videri, sed probationem depositarum rerum impleri posse: an autem is quoque, qui deberi sibi cavit in eadem epistula decem, probare possit hoc quod scripsit, iudicem aestimaturum».

¹⁸ 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»; 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».

método de diferenciación. El reto está en la imposibilidad de diferenciar entre depósito irregular y *mutuum* basándose en la naturaleza del bien objeto del contrato, y sobre el uso del depósito concedido al depositario. La única opción está pues en el examen de la finalidad perseguida por las partes, ya que el depósito tiene como finalidad la custodia, al contrario del *mutuum*, que tiene como objeto principal la concesión del derecho de uso. La doctrina jurídica medieval elaborará técnicas dirigidas a determinar la intención de las partes, lo que lleva a transformar la operación en uno o en otro contrato¹⁹.

No obstante, a partir del final del periodo medieval, este poder de cualificación de las partes de la naturaleza del contrato se cuestionará parcialmente. Efectivamente, algunos autores prefieren limitarse a las características materiales del contrato para determinar su naturaleza²⁰. Estas tentativas de cualificación, que presentamos aquí a grandes rasgos, evidencian toda la dificultad de la cualificación jurídica.

Conviene ahora abordar dos tipos de depósito que nuestro Derecho civil presenta como vinculados: el depósito necesario y el depósito hotelero²¹.

La mera denominación de este tipo de depósito pone en evidencia lo que constituye su carácter específico: la realización de hechos irresistibles, enumerados por el *Digeste*: *tumultus, incendii, ruinae, naufragii*²², que obligan al depositante a confiar su bien. Lo que distingue este tipo de depósito del depósito ordinario es la necesidad, pues en este último el bien se entrega en depósito voluntariamente. No obstante, su vinculación a la categoría de contrato de depósito nunca ha sido objeto de un cuestionamiento, ni en la doctrina jurídica ni en la práctica francesa. Esta última llega a ignorar esta variante del depósito, regulando esta situación a través de las disposiciones del depósito ordinario.

La historia del depósito hotelero es más sorprendente. El vínculo entre el depósito y la puesta en custodia de un bien ante hoteleros no es realmente el producto del Derecho romano, sino que bebe en las fuentes de una asimilación realizada por los *jura propria* y, en cierta medida, por algunos jurisconsultos.

¹⁹ De esta forma, a modo de ejemplo, Azón estima que conviene examinar la voluntad tácita o expresa de las partes de celebrar un contrato de depósito o un «*mutuum*», mientras que Accursius estima que las partes deben declarar expresamente que se trata de un depósito para que lo sea, aunque se ponga a disposición un bien.

²⁰ Será el caso, en el Renacimiento, de Charles du Moulin, que insiste en el hecho de que los depósitos irregulares no son sino *mutuum*.

²¹ Art. 1.952 del CC francés: «*Les aubergistes ou hôteliers répondent comme dépositaires, des vêtements, bagages et objets divers apportés dans leur établissement par le voyageur qui loge chez eux, le dépôt de ces sortes d'effets doit être regardé comme un dépôt nécessaire*»; art. 1.783 del CC español: «Se reputa también depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones. Los fondistas o mesoneros responden de ellos como tales depositarios».

²² D. 16,3,1,1: «*Praetor ait: Quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum, in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicetur qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum iudicium dabo*».

Así es como en el seno de las compilaciones de Justiniano, las disposiciones que rigen el depósito en general se diferencian muy bien de las consagradas al depósito hotelero. Los pasajes dedicados al depósito se encuentran en el D. 16,3, mientras que las dos acciones consagradas a lo que los romanos llaman no «depósito hostelero», sino «receptum nautarum, caupones, stabularios» se encuentran en el D. 4,9 y en el D. 47,5. Estos dos pasajes del *Digeste* incluyen acciones que permiten sancionar a los posaderos, capitanes de navío y propietarios de establos por la desaparición de bienes que sus clientes han depositado en el seno de su establecimiento o buque. No obstante, desde el Derecho romano asoma la posibilidad de relacionar estas acciones con la del depósito, especialmente en Ulpiano, que relata la reflexión de Pomponio (D. 4,9,3,1) según la cual este caso hubiera podido ser sancionado, bien por la acción del depósito, bien por la acción de arrendamiento de obra²³. Sería en realidad la acción del Pretor la que lleva a alejar la figura del depósito hotelero del depósito ordinario (y de la *locatio*), con el fin de aumentar la responsabilidad de estos profesionales, que siempre tuvieron una reputación muy desfavorable.

En la Edad Media, los autores, como Accursius, evidenciarán una diferencia fundamental entre este «receptum nautarum» y el «depositum». Efectivamente, a contrario de lo que ocurre con el depósito, estos profesionales no están obligados a título principal a la custodia²⁴. No obstante, en el seno mismo de la doctrina, un acercamiento al depósito se esbozará desde el comienzo de la Edad Moderna. El jurista flamenco Matheus de Wesenbeck († 1586)²⁵ y el jurista y teólogo español Luis de Molina († 1600)²⁶ consideran que el *receptum nautarum* tiene tanto de *location conductio* como de depósito. La posibilidad de relacionarlo con el depósito necesario también aparece en el jurisconsulto francés François Douaren, que no se pronuncia no obstante a favor de una estricta asimilación²⁷.

²³ D. 4,9,3,1: «*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 conveniunt: sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse*».

²⁴ ACCURSIUS, *Gl. ad D. 4,9,3,3, V^{is} non tenebuntur*: «*Nauta non per custodia principaliter*», [ed. cit., f° 100 (p. 197)].

²⁵ M. WESENBECIUS, *Paratitla ad C. 4,9, núm. 7*: «*Probabile autem est, hanc actionem tantum in simplum fuisse conceptam: cum quia tanquam ex contractu, quasi conducto vel deposito competeat, tum quod Iacobus Cuiacus ait, rei tantum persecutionem ea contineri eoque in haereditatem et perpetuo dari*» (*Paratitla in pandectas iuris civilis*, Basilea, 1566, p. 155).

²⁶ L. DE MOLINA, *De Justitia et iure*, disp. DXXII: «*Item depositum quoddam omnino ac proprie est tale: quoddam non item sed transfit in alium contractum, aut illum habet admixtum. Quod sane duobus modis evenit. Uno, quia pro deposito, seu rei custodia, pretium, aut emolumentum aliquod accipitur, et tunc transit in contractum locati et conducti, aut illum aliquo modo admiscet, [...] ut quando vestes suendae traduntur fratri, aut lavandae fulloni. Item quod est custodiendum traditur stabulario, aut nautae: licet enim ea de causa peculiare pretium non tribuatur, pretium tamen traditur pro hospitio, et transportatione, quae annexam habent custodiam eorum, quae in stabulam, aut navim inferuntur: unde hi actius ad custodiam, de minorique culpa tenentur*» (*Opera omnia*, cit., t. 2, tract. 2, p. 685).

²⁷ F. DUARENUS, *Com. ad D. 4,9*: «*Quia necesse est hominibus in caupona, in navibus, nautarum, cauponum fidem sequi, ideo magis eis est consulendum, qui coacti fidem alienam sequuntur*.

En realidad, la asimilación del antiguo *receptum nautarum* al depósito debe buscarse en los Derechos propios de Europa Occidental. Estos conceden un lugar central a dicho depósito hotelero, pero en su conjunto (*Coutumier d'Artois*, *Les Assises de Jérusalem*, *Coutumes de Beauvaisis*, *Somme Rural*, *Statuti di Monza*)²⁸, a pesar de algunas excepciones notables (*Livre de Jostice et de Plet*, *Siete Partidas*)²⁹, asimilan claramente el *receptum nautarum* al depósito ordinario.

Este vínculo, originariamente tenue, explica el carácter específico del depósito hotelero en el campo de la transmisión de la acción a los herederos.

II. LA TRANSMISIÓN Y EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACTUAR RESPECTO A LOS DEPÓSITOS DE LOS HEREDEROS: UNA ILUSTRACIÓN DE LA SINGULARIDAD DEL DEPÓSITO HOTELERO

El examen de las reglas de transmisión de la acción del depósito a los herederos lleva a plantear la gran unidad del régimen de los depósitos en este aspecto (1). No obstante, la figura de depósito más alejada del depósito en lo que se refiere a la historia del Derecho, el depósito hotelero, es la que tiene mayores particularismos. No obstante, la historia de la asunción por parte de la doctrina de la transmisión de la acción a los herederos también muestra el acercamiento progresivo entre el antiguo «*receptum nautarum*» y el «*depositum*» (2). En la práctica, el ejercicio efectivo de la acción del depósito por parte de los herederos pertenece a un marco jurídico común al conjunto de los depósitos, lo que certifica su unidad (3).

Simile est in l. 1. Depositum [D. 16,3,1] *Actio depositi datur in simplum sed ex certis causis datur in duplum, cum qui coactus deposuit*» (In *Digestorum priores quatuor partes et un Justinianeus codicis titulos aliquot Commentarii Continentur*, *Opera omnia*, Luca, 1765, p. 273).

²⁸ *Coutumier d'Artois*, ed. A. TARDIF, Alphonse Picard, Paris, 1883, pp. 143-144; *Assises de Jérusalem*, capítulo CVIII, t. 2, ed. A. Beugnot, Paris, Imprimerie Royale, 1843, p. 77; Ph. DE BEAUMANOIR, *Les coutumes de Beauvaisis*, § 1109, ed. A. SALMON, t. 2, Paris, Alphonse Picard et fils éditeurs, 1900, pp. 65 y ss. J. BOUTILLIER, *Somme rurale...*, Paris, 1603, p. 373. Los *Statuts de Monza* que datan del siglo XIV asimilan claramente al depósito la entrega de bienes al hotelero, pues incluyen un título «De remuneratione hospitum pro bestiis derrobatis contestatis vel in depositum positus» (*Liber statutorum communis modoetiae*, Mediolani, 1579, reimp. Anast., *Gli Statuti medievali di Monza*, ed. A. PADOA SCHIOPPA, Milano, Motta, 1993, s.p.).

²⁹ En las *Siete Partidas*, las disposiciones que regulan el contrato de depósito hotelero se encuentran en el Título 8 de la Parte 5 y se tratan de forma diferente de las que rigen el depósito en general, que se encuentran en la misma parte, pero en el Título 3: P. 5,8,26: «Cavalleros, o mercaderes o otros omes que van camino: acaesçe muchas vegadas, que han de posa en sasa de los ostaleros, y en las tavernas, de manera que han de dar sus cosas a guardar a aquellos que y fallaren, fiandose en ellos, sin testigos, y sin otro reabdo ninguno». El *Livre de Jostice et de Plet* opta por separar el capítulo consagrado al contrato de depósito (Libro VII), del que se ocupa de la responsabilidad de los hoteleros, posaderos y taberneros (Libro III).

1. Las reglas usuales de la transmisión de la acción del depósito

La cuestión de la transmisión de la acción a los herederos se puede plantear, tanto desde el punto de vista de los herederos del depositante como de los del depositario, y además tanto a favor como en contra de dichos herederos. Como subraya el glosista catalán Pontius de Ylerda († 1217) en su *Summa arboris actionum* de 1213, todas las acciones son, bien transmisibles a los herederos, bien intransmisibles. Ahora bien, hablamos de acción transmisible, tanto para las que se dan a favor como para las que van en desfavor de los herederos³⁰.

Los herederos del depositario deben cumplir la obligación contraída por el *de cuius* respecto al depositante, en virtud de los pasajes siguientes del *Corpus juris civilis*: D. 16,3,9, D. 16,3,10, D. 16,3,22, C. 4,34,12³¹. La acción del depósito (*actio depositi*) ordinaria (subdividida, en función de la persona que la ejerce, en *actio depositi directa* y *actio depositi contraria*) es transmisible a los herederos. De la misma forma, la acción del secuestro (*actio depositi sequestraria*), que, a pesar de los rasgos específicos de este contrato, solo es una subcategoría de la acción de depósito³², es también transmisible a los herederos (D. 16,3,12,2)³³.

Así presentado, el tema no parece prestarse a discusión. No obstante, aunque la doctrina no se haya interesado por ello, algunos de estos textos presentan contradicciones. Efectivamente, el principio heredado del Derecho romano es que los herederos del depositario son responsables de la acción de depósito, causada por dolo del difunto, pero solo proporcio-

³⁰ PONTIUS DE YLERDA, *La summa arboris actionum, De divisionibus, Septima divisio*: «*Actionum omnium alie sunt transitoris ad heredes, alie non. Dicuntur autem transitorie ad heredes actiones que dantur heredibus, vel contra heredes*» (ed. G. ROSSI, Milano, Giuffrè, 1951, p. 68).

³¹ D. 16,3,9: «*In depositi actione si ex facto defuncti agatur adversus unum ex pluribus heredibus, pro parte hereditaria agere debeo: si vero ex suo delicto, pro parte non ago: merito, quia aestimatio refertur ad dolum, quem in solidum ipse heres admisit*»; D. 16,3,10: «*Nec adversus coheredes eius, qui dolo carent, depositi actio competit*»; D. 16,3,22: «*Si duo heredes rem apud defunctum depositam dolo interverterint, quodam utique casu in partes tenebuntur*»; C. 4,34,12: «*Supervacuam veterum differentiam e medio tollentes, si quis certum pondus auri vel confecti vel in massa constituti deposuerit et plures scripsit heredes et unus ex his contingentem sibi portionem a depositario accepit, alter supersederit vel alias fortuito casu impeditus hoc facere non potuerit, et postea depositarius in adversam inciderit fortunam vel sine dolo depositum perdiderit, sancimus non esse coheredi eius licentiam venire contra coheredem suum et ex eius parte avellere, quod ipse ex sua parte consequi minime potuerit, quasi eo quod coheres accepit communi constituto, cum, ubi certae pecuniae depositae fuerant et suam partem unus ex heredibus accepit, nemini veniret in dubium bene eum accepisse partem suam et non debere aliam partem attingere. Nobis etenim non videtur esse homo obnoxius neque in massa neque in specie neque in pecunia numerata qui suam partem suscepit, ne industria poenas desidia solvat. Si enim et alius heres tempora opportuna quemadmodum coheres eius observasset, et suum uterque recipiebat et sequentibus altercationibus minime locus relinquebatur*».

³² D. 16,3,5,1: «*In sequestre depositi actio competit. Si tamen cum sequestre convenit, ut certo loco rem depositam exhiberet, nec ibi exhibeat, teneri eum palam est: quod si de pluribus locis convenit, in arbitrio eius est, quo loci exhibeat: sed si nihil convenit, denuntiandum est ei, ut apud praetorem exhibeat*».

³³ D. 16,3,12,2: «*Cum sequestre recte agatur depositi sequestraria actione, quam et in heredem eius reddi oportet*».

nalmente a su parte en la masa sucesoria (D. 16,3,9)³⁴. La acción del depósito debe llevarse a cabo contra el conjunto de los herederos, que todos responden de la obligación de devolver el depósito que le ha sido confiado a su *de cuius* y reparar el dolo cometido por este.

Bartolus, uno de los escasos autores que se ha ocupado de esta cuestión, justifica la transmisibilidad por el hecho de que es una característica de las acciones de buena fe, al contrario de las acciones de derecho estricto³⁵. Esta explicación será retomada por su alumno Baldus, que precisará que en este punto las acciones de buena fe se diferencian de las acciones de derecho estricto pretorianas³⁶. Estas distinciones retoman la dicotomía de las clasificaciones de los *arborum actionum* que contraponen acción de derecho estricto y acción de buena fe. La explicación que da Baldus no parece aportar nada en realidad a la de Bartolus. El carácter de la acción de buena fe explica la transmisibilidad de la acción. Efectivamente, como subraya Pontius de Ylerda, la mayor parte de las obligaciones contractuales son transmisibles a los herederos y además las acciones basadas en el dolo siempre son transmisibles³⁷. Ahora bien, el contrato de depósito pertenece a la categoría de contratos de buena fe, ya que es sancionado por una acción de buena fe. Por tanto, según el Derecho romano, el depositario debe abstenerse de todo aquello que vaya contra la buena fe, en otros términos, abstenerse de todo dolo.

No obstante, un texto del *Digesto* (D. 16,3,10) parece contradictorio en este punto y priva en gran parte al texto anteriormente mencionado (D. 16,3,9) de sus efectos. El D. 16,3,10 declara efectivamente que la acción del depósito no tiene lugar contra los coherederos que no sean culpables de mala fe. No obstante, los autores medievales no parecen tenerlo en cuenta. Por ejemplo, Accursius, en su glosa al D. 16,3,10 recuerda que los coherederos son responsables de su dolo, lo que parece plantear esta regla como un principio general y absoluto³⁸. Bartolus y Baldus ni siquiera mencionan esta disposición del *Digesto*³⁹. Ahora bien, si los herederos del depositario son responsables del dolo que ellos mismos han realizado

³⁴ D. 16,3,9: «*In depositi actione si ex facto defuncti agatur adversus unum ex pluribus heredibus, pro parte hereditaria agere debeo: si vero ex suo delicto, pro parte non ago: merito, quia aestimatio refertur ad dolum, quem in solidum ipse heres admisit*».

³⁵ BARTOLUS, *Com. ad D. 16,3,9*: «*In actionibus bone fidei quodlibet heredibus tenentur insolidum ex dolo seu facto proprio ex facto autem defuncti pro hereditaria portione. Hoc dicit est verum in actionibus bone fidei secus in actionibus stricti iuris*» (*Commentaria*, vol.1, reimp. Anasta. Istituto Giuridico Bartolo da Sassoferrato Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 1996, f. 99 v°).

³⁶ BALDUS, *Com. ad D. 16,3,9*: «*Contra heredes ex dolo defuncti datur actio pro portione hereditaria*» (*Commentaria*, vol. 2, Venecia, 1599, reimp. anast., *Commentaria omnia*, II, Keip Verlag, Goldbach, 2004, f. 104 r°).

³⁷ PONTIUS DE YLERDA, *La summa arboris actionum, De divisionibus, Septima divisio*: «*Si autem ex contractu, vel quasi, sint, semper dantur heredi, nisi aliquid speciale inveniatur, ut ex suprascriptis notari potest. Sed et contra heredes, vel in heredes, dantur semper et ex doli clausola, ut ff. De actionibus et obligationibus*» (ed. cit., pp. 68-69).

³⁸ ACCURSIUS, *Gl. ad D. 16,3,10, V^{ts} nec adversus*: «*Competit per dolo coheredis*» (*Glossa in Digestum Vetus*, Torino, Ex officina Erasmina, 1969, f. 251 r°).

³⁹ BARTOLUS, *Com. ad D. 16,3,7,2, Commentaria, cit.*, f. 99 v°; BALDUS, *Com. ad D. 16,3,7,2 (In secundam Digesti veteris partem, cit.)*, f. 104 r°).

en el marco del depósito, lo que el Derecho romano regula con precisión en el D. 16,3,22, la observación de Accursius, aunque hace eco a esta última disposición, no pone de relieve el vínculo complejo entre estos dos artículos. El D. 16,3,9 plantea el principio de la responsabilidad de los herederos por el dolo del causante de la herencia, mientras que el D. 16,3,10 parece plantear el requisito de mala fe de los herederos como paso previo para alegar su responsabilidad.

Como subraya Azón, los casos en los que los herederos del depositario deben responder *in solidum* ante la acción ejercitada por la otra parte son accidentales⁴⁰. Así es como, cuando se ejercita una acción contra el conjunto de los herederos del depositario, hay dos casos en los que estos últimos solo responden de la acción proporcionalmente a su parte en la sucesión.

En primer lugar, citemos el caso de dolo cometido por los herederos respecto a un depósito confiado al difunto: sobre este punto, los herederos solo responderán proporcionalmente a su parte en la sucesión. No obstante, la naturaleza misma del bien condiciona el alcance de la acción del depósito ejercitada contra él (D. 16,3,22). Si el objeto del depósito no es individualizable, entonces el conjunto de los herederos responde solidariamente de forma indiferenciada. Por el contrario, si este bien es divisible, los herederos responderán en función de su participación en la sucesión.

A la inversa, basta que uno solo de los herederos del depositante reclame la devolución del depósito para que esta se pueda ejercitar, lo que se inscribe en la regla más general según la cual, en caso de pluralidad de depositantes, uno solo puede actuar en nombre de todos⁴¹.

Si bien la acción del depósito ordinario es perpetua respecto al depositario y de sus herederos, la cuestión es más compleja en caso del depósito necesario. Dentro del marco del depósito necesario, respecto al depositario infiel, la acción es del doble y será perpetua, mientras que respecto a sus herederos será simple y solo se podrá ejercitar en el plazo de un año⁴². Al parecer, el Derecho romano ha dado muestras de una cierta manse-dumbre respecto a los herederos del depositario.

No obstante, en el marco de este contrato tan difícil de vincular con el depósito que es el depósito hotelero, la transmisibilidad de la acción a los herederos parece presentar un particularismo muy especial.

⁴⁰ AZÓN, *Sum. ad C. 4,34*: «*Nam quod ibi dicit unusquisque heredibus depositarii teneri in solidum casuale est*» [*Summa super Codicis, Depositi rubrica, cit.* (p. 143)].

⁴¹ AZÓN, *Sum. ad C. 4,34*: «*Ubi autem deposuerunt plures siquidem sic deposuerunt, ut vel unus tollat totum potest insolidum agere*» [ed. cit., *depositi rubrica* (p. 143)].

⁴² D. 16,3,1: «*Praetor ait: Quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum, in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicetur qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum iudicium dabo*». D. 16,3,18: «*De eo, quod tumultus incendii ruinae naufragii causa depositum est, in heredem de dolo mortui actio est pro hereditaria portione et in simplum et intra annum quoque: in ipsum et in solidum et in duplum et in perpetuum datur*».

2. El caso particular de la transmisión de la acción del «depósito» hotelero a los herederos

En Derecho romano, la acción, o más bien las acciones, del «depósito hotelero» son diferentes de las del depósito propiamente dicho. Se trata de un conjunto de tres acciones contra capitanes de navío, posaderos y propietarios de establos. La transmisibilidad de la acción varía en función del tipo de acción. Cabe distinguir la acción simple de la acción reimpersecutoria de *recepto nautarum cauponum stabularium* y las acciones penales *furti* y *damni adversus nautas caupones stabularios*, sancionadas con el doble.

Las acciones penales *furti* y *damni adversus nautas caupones stabularios* permitían, en determinadas condiciones, a un cliente que hubiera sufrido un robo o un daño en una posada, un barco o un establo, obtener del responsable una reparación del doble del valor del bien perdido. Por tanto, es necesario detallar estas acciones.

La acción *furti* es la prevista en el D. 47,9, que prevé invocar la responsabilidad penal del hotelero, al margen de cualquier cuestión de celebración de un «receptum» y no sobre la base de la responsabilidad por la «custodia», sino en virtud exclusivamente de su responsabilidad penal personal por sus empleados.

La acción *damni adversus nautas caupones stabulario*, esta acción cuyo alcance se precisa en D. 4,9,7,6 y ss., prevé que se invoque la responsabilidad para el conjunto de los casos más graves de responsabilidad no afectados por la acción simple. Se trata de sancionar los casos de responsabilidad directa de los hoteleros, pero también la posible retribución del depósito.

Si bien la acción simple es perpetua y transmisible a los herederos⁴³, la acción doble, aunque se considere perpetua, no puede ser ejercitada por los herederos⁴⁴.

El resultado es que Pontius de Ylerda denuncia como un «absurdo» el hecho de que la acción contra los marinos, posaderos y propietarios de establos, siendo doble, no sea transmisible a los herederos, pues forma parte de las acciones perpetuas, es decir, de las acciones que se pueden ejercitar sin límite de tiempo⁴⁵. Esta no transmisibilidad a los herederos de una acción perpetua no es automática, ya había sido evidenciada por

⁴³ D. 4,9,3,4: «Haec autem rei persecutionem continet, ut Pomponius ait, et ideo et in heredem et perpetuo datur».

⁴⁴ D. 4,9,7,6: «Haec iudicia quamvis honoraria sunt, tamen perpetua sunt: in heredem autem non dabuntur».

⁴⁵ Pontius DE YLERDA, *La summa arboris actionum, Actiones praetoriae, De actione in factum in duplum adversus nautas caupones stabularios*: «Quod perpetua probatur ff., eodem l. ultima, § Hec iudicia [D. 4,9,7,6]; quod intelligas quantum ad rei persecutionem, alioquin sequeretur absurditas: vel referas illud ad eam quod datur in simplum. Quod heredi repete generalem probationem. In heredem non» (ed. cit., pp. 175-177).

Johannes Bassianus en su *Arbor actionum*, que le conduce a añadir una glosa al término *perpetua*, precisando que si la acción es perpetua, la pena que se puede derivar no lo es, al igual que la acción, que no es transmisible a los herederos⁴⁶. Efectivamente, el *Digesto* (D. 4,9,7,1) dispone respecto a estas acciones que, aunque sean pretorianas, no dejan de ser perpetuas, pero no se pueden entablar contra los herederos⁴⁷.

Este tema no atraerá en absoluto la atención de la doctrina. No obstante, observamos que la doctrina acabará rechazando esta concepción nacida del Derecho romano, pronunciándose a favor de la transmisibilidad de la acción del depósito frente a los herederos de estos profesionales, tomando partido a favor de una auténtica naturaleza perpetua de dicha acción. Se trata, en particular de la posición que defiende Johannes Ulrichus Zasius⁴⁸, o también el jurista español de finales del siglo XVI y comienzos del XVII, Antonio Pérez⁴⁹. Es importante destacar además que el régimen de la acción *adversus nautas caupones stabularios* se acerca a la del depósito ordinario, mientras que la asimilación del *receptum al depositum* se impone cada vez más a partir del Renacimiento.

La transmisión de la acción del depósito hotelero a los herederos muestra a las claras estos dos fenómenos históricos que marcan la historia de este tipo de depósito. Evidencia esta primera fase, la del Derecho romano, que es la de la distinción entre el «receptum nautarum» y el «depositum». No obstante, es también la ilustración de una evolución que comienza en la época medieval a través de los diferentes derechos propios y asume más tardíamente —con una clara reticencia— a partir del siglo XVI la doctrina jurídica: la asimilación del «receptum nautarum» al «depositum». Sin embargo, esta asimilación no es evidente ya que, como ya destacaba Accursius, el «receptum nautarum» no tiene como finalidad principal la custodia. Solo podía llevar a difuminar las diferencias en materia de transmisión de la acción a los herederos.

Observamos pues una difuminación de los rasgos específicos en materia de transmisión de la acción de contratos, en la práctica considerados como parte de un mismo conjunto, regulado por las mismas normas en materia de ejercicio de la acción así transmitida.

⁴⁶ «Hoc intellige quoad rem [...] quo ad poenam non dabitur perpetuo vel heredi» (IOHANNES BASSIANUS, *Arbor actionum*, éd. A. BRINZ, Erlangen, Typis Adolphi Ernesti Junge, 1854, p. 34).

⁴⁷ D. 4,9,7,1: «Haec iudicia quamvis honoraria sunt, tamen perpetua sunt: in heredem autem non dabuntur».

⁴⁸ J. ULRICHUS ZASIUS, *Com. ad C. 4,9*, núm. 7: «Uno modo, cum recepta ex contractu restitui petuntur; quae perpetua est, haeredique et contra heredem datur» (*Commentaria*, t. 1, Lyon, 1550, reimp. anast., Scientia Verlag Aalen, 1965, c. 126).

⁴⁹ A. PEREZUS, *Com. ad C. 4,9*: «Estque actio haec perpetua [...] ita ut etiam haerdi detur [...] debent enim eae res, quae nautarum custodiae sunt commissae, fideliter ab iis custodiari» (*Commentarius in quinque et viginti Digestorum libros*, t. 5, Venecia, 1773, p. 33).

3. El ejercicio efectivo del derecho de acción por parte de los herederos

La transmisión efectiva de la acción del depósito, entendida en sentido estricto, y de las que se le asimilan en la práctica, depende también de la condición del heredero. Conviene pues examinar los casos difíciles de la mujer y de los menores herederos.

Si el heredero es una mujer, puede plantearse tanto la cuestión del ejercicio de la acción a su respecto como el de su capacidad para actuar dentro del marco del depósito en el que participa por su *de cujus*. En Derecho francés antiguo, si bien la mujer mayor de edad no casada o viuda se considera capaz, el principio general es la incapacidad de la mujer casada en materia contractual y judicial.

En cualquier caso, la mujer es responsable de los delitos que comete. El depositante y sus herederos podrán invocar la responsabilidad de la mujer heredera de un depósito que hubiera cometido un delito dentro de este marco. La cuestión inversa, la responsabilidad de la mujer heredera del depositante también se puede plantear. No obstante, esta cuestión no deja de ser anecdótica, pues las obligaciones que descansan en el depositante son una mera eventualidad (contribución a los gastos que supone la custodia).

Fuera del marco del delito, la mujer casada que desea actuar judicialmente tiene una capacidad muy reducida. Inicialmente, se exige «únicamente» la presencia de su marido en la acción, pero a partir del siglo XVI el principio será, como recuerda el art. 224 de la *Coutume de Paris* (1580), que la mujer no puede entablar acciones judiciales sin el consentimiento de su marido, salvo autorización de este último, o de la justicia, o si está separada, aunque estos principios se van a modificar.

No obstante, los bienes heredados se consideran en general como bienes privativos de la mujer, lo que le permite entablar acciones judiciales sin la autorización de su marido o de la justicia. Así pues, la mujer heredera del depositante podrá entablar acciones judiciales. Lógicamente, eso no podía ser así para la heredera del depositario ya que, salvo en caso de depósito irregular, el depósito no se incorpora al patrimonio del depositario. En este caso particular, la mujer era capaz exclusivamente si quedaba viuda. En caso de que se casase de nuevo, debía obtener autorización de su nuevo marido o de la justicia.

Finalmente, se podía plantear otro caso específico: la transmisión efectiva de la acción al menor. Era posible que el menor viera comprometida su responsabilidad con respecto a un depósito que hubiera heredado. Este caso está expresamente regulado por el Derecho romano (D. 16,3,1,15), que precisa que la acción del depósito puede entablarse contra un menor depositario si su edad le permite ser culpable de dolo. La solución romana era perfectamente lógica, dado que la acción del depósito, como acción de buena fe, tiene su fuente en la violación de dicha buena fe. No

obstante, si no fuera el caso, no se podría entablar una acción del depósito contra el menor, pero sí la de enriquecimiento sin causa. No obstante, el menor no podrá actuar ante la justicia, lo hará su representante legal.

Si el contrato de depósito puede parecer disociado en multitud de variantes, lo que constituye su unidad, el cimiento que une los diferentes componentes de esta categoría contractual se pone de manifiesto en las condiciones de su aplicación, ilustradas aquí por la transmisión de su acción.