

SOBRE LA *ACTIO DEPOSITI CONTRARIA* Y  
 EL DENOMINADO ‘SISTEMA CONTRACTUAL ROMANO’  
 [On the *actio depositi contraria* and the so called ‘Roman contract system’]

Adolfo WEGMANN STOCKEBRAND\* 

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto el estudio de la *actio depositi contraria* o *iudicium contrarium* concedido al depositario en contra del depositante, de lo cual dan testimonio muy pocas fuentes, para sobre esa base ofrecer algunas reflexiones sobre la construcción de categorías dogmáticas anacrónicas en el ámbito del derecho contractual romano que descansan en parte en la forma de perfeccionamiento de los contratos y en la naturaleza de sus instrumentos de tutela. En concreto, se trata de la relación del depósito con los así llamados contratos reales, las causas crediticias y los contratos sinalagmáticos imperfectos.

PALABRAS CLAVE

contrato real – *creditum* – depósito – *iudicium contrarium* – sistema contractual.

ABSTRACT

The purpose of this article is to study the *actio depositi contraria* or *iudicium contrarium* granted to the depositary against the depositor, of which there is evidence in very few sources, in order to offer some remarks on the construction of anachronistic dogmatic categories in the field of Roman contract law that partially are based on the formation of contracts and on the nature of their procedural protection instruments. Specifically, it is the relationship between the deposit and the so-called real contracts, the credit causes and the imperfect synallagmatic contracts.

KEY WORDS

real contract – *creditum* – deposit – *iudicium contrarium* – contract system.

ENVIADO el 30 de abril de 2024 y ACEPTADO el 30 de noviembre de 2024

---

\* Doctor en Derecho, Universidad de Heidelberg, Alemania. Profesor de derecho civil y derecho romano en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Avenida Libertador Bernardo O'Higgins 340, Santiago, Chile. Correo electrónico: aawegman@uc.cl. Este artículo forma parte del proyecto Fondecyt Regular N° 1220649, del cual el autor es investigador responsable.  <https://orcid.org/0000-0001-8741-2099>

INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

La doctrina romanística está de acuerdo en considerar las así llamadas “acciones contrarias” (*actiones contrariae*, aunque la denominación más fiel a las fuentes sea *iudicia contraria*)<sup>2</sup> como aquellas que, en el marco del procedimiento formulario, permitían a una parte demandar el reembolso de los gastos en que había incurrido o el resarcimiento de los daños sufridos en el contexto de determinadas relaciones obligatorias de naturaleza contractual o extracontractual<sup>3</sup>, específicamente, en la tutela, la gestión de negocios, la *fiducia*, el mandato, el comodato, la prenda y el depósito. Se trata, como es sabido, de figuras que, según la nomenclatura moderna, suelen ser calificadas como sinalagmáticas (bilaterales)<sup>4</sup> imperfectas, en el entendido que, por regla general, engendran obligaciones solo para una de las partes, mientras que la otra solo eventualmente puede verse obligada y, en este último caso, no a ejecutar una prestación, sino que, precisamente, a reembolsar gastos o indemnizar perjuicios sufridos por su contraparte en el cumplimiento de sus obligaciones.

<sup>1</sup> Lista de abreviaturas: *AG.* = Archivio Giuridico ‘Filippo Serafini’; *AUPA.* = Annali del Seminario Giuridico dell’Università di Palermo; *BIDR.* = Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano ‘Vittorio Scialoja’; *ED.* = Enciclopedia del Diritto; *Index* = Index. Quaderni camerti di studi romanistici; *Iura* = Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico; *Labeo* = Labeo. Rassegna di diritto romano; *REHJ.* = Revista de Estudios Histórico-Jurídicos; *RIDA.* = Revue internationale des droits de l’antiquité; *SDHI.* = Studia et Documenta Historiae et Iuris; *RGDR.* = Revista General de Derecho Romano; *TR.* = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis; *ZSS.* = Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (romanistische Abteilung).

<sup>2</sup> Así, por ejemplo, en Gai. 4,174: “*Actoris quoque calumnia coeretur modo calumniae iudicio, modo contrario, modo iureiurando, modo restipulatione*”; 4,177: “*Contrarium autem iudicium ex certis causis constituitur [...]*”; 4,178: “*Severior autem coercitio est per contrarium iudicium [...]*”; 4,179: “*Utique autem ex quibus causis contrario iudicio agi potest, etiam calumniae iudicium locum habet; sed alterutro tantum iudicio agere permittitur. qua ratione si iusiurandum de calumnia exactum fuerit, quemadmodum calumniae iudicium non datur, ita et contrarium non dari debet*”. Se advierte, en cambio, un uso atécnico del vocablo *iudicium contrarium* (o, al menos, uno distinto del que tendrá habitualmente en las obras jurisprudenciales, como se verá *infra*, § II.1) en *CIC.*, de *off.* 3,17,70.

<sup>3</sup> Véase últimamente SCIANDRELLO, Enrico, *Ricerche in tema di ‘iudicia contraria’* (Napoli, Jovene, 2017), *passim*. Con importantes diferencias en cuanto a la conceptualización de los *iudicia contraria* y a la interpretación de fuentes concretas, siguen siendo fundamentales en la materia los estudios (en cierta manera pioneros, atendida su amplitud monográfica) de PROVERA, Giuseppe, *Contributi alla teoria dei ‘iudicia contraria’* (Torino, Giappichelli, 1951), *passim*, y de SCHWARZ, Fritz, *Die Konträrklagen*, en *ZSS.*, 71 (Weimar, 1954), pp. 111 ss. Una apretada síntesis de la cuestión en KASER, Max; HACKL, Karl, *Das Römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup> (München, C.H. Beck, 1996), p. 344.

<sup>4</sup> Como es sabido, el uso del vocablo “sinalagmático” como sinónimo de bilateral, deriva de un famoso fragmento de Ulpiano, en el cual el jurista tardo-clásico cita la noción de *contrahere* de Labeón, identificada con un *ultra citroque obligatio*, lo que a su juicio los griegos habrían llamado *synállagma*. D. 50,16,19 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam ‘agantur’, quaedam ‘gerantur’, quaedam ‘contrahantur’: et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione; contractum autem ultra citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.*

Ahora bien, más allá de esta explicación global, que implícitamente tiende a presentar un esquema más bien rígido, una suerte de teoría general de los *iudicia contraria*, lo cierto es que aspectos procesales clave de estos mecanismos de tutela, tales como su estructura formular o su naturaleza autónoma o reconvencional, continúan siendo objeto de debate en la bibliografía especializada, la cual, por extraño que pueda parecer atendida la relevancia de la cuestión para una más profunda comprensión del procedimiento civil romano, es sorprendentemente escasa.

El presente artículo no busca ofrecer un tratamiento sistemático de los *iudicia contraria* en su devenir histórico ni en sus elementos estructurales. Nuestro objetivo es mucho más modesto, y se centra en el estudio del *iudicium contrarium* concedido al depositario en contra del depositante, de lo cual dan testimonio directo o indirecto muy pocas fuentes (tres en total, de las cuales solo una se refiere en términos explícitos a este instrumento procesal)<sup>5</sup>, para sobre esa base ofrecer algunas reflexiones sobre la construcción de categorías dogmáticas – a nuestro entender – anacrónicas en el ámbito del derecho contractual romano que, consciente o inconscientemente, descansan en la forma de perfeccionamiento de los contratos y en la naturaleza de sus instrumentos de tutela.

Por consiguiente, nuestro plan de trabajo exige, en primer lugar, exponer la estructura negocial del depósito en el derecho romano, con especial énfasis en su accionabilidad (I), para luego ofrecer una exégesis de los fragmentos jurisprudenciales que, explícita o implícitamente, parecen reconocer al depositario la facultad de ejercer un *iudicium contrarium* contra el depositante, así como analizar las consecuencias que ello trae consigo para la moderna comprensión del así llamado “sistema contractual romano” (II). Finalmente, se ofrecen conclusiones y perspectivas de investigación (III).

## I. ESTRUCTURA NEGOCIAL DEL DEPÓSITO EN EL DERECHO ROMANO

### 1. Aspectos generales

Por medio del contrato de depósito (*depositum*) una parte, llamada depositante, entrega una o más cosas muebles a otra, llamada depositario, quien se obliga a custodiarlas gratuitamente y a restituirlas a solicitud del primero<sup>6</sup>. Luego, el depósito se caracteriza por los siguientes requisitos: entrega de cosas muebles, custodia gratuita de las mismas y obligación restitutoria del depositario, que en cuanto tal aparece – al menos en principio – como único deudor<sup>7</sup>, quien además responde solo por dolo, aunque en época alto-clásica se reconozca también su responsabilidad por culpa, específicamente por falta de *diligentia quam in suis*.

<sup>5</sup> Para una exégesis de estas fuentes véase *infra*, § II.1.

<sup>6</sup> D. 16,3,1pr. (Ulp. 30 *ad ed.*): “*Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo quod ponitur: praepositio enim de auget depositum, ut ostendat totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet*”. Cfr. I. 3,14,3; PS. 2,12,2 = Coll. 10,7,2.

<sup>7</sup> Sobre la posibilidad de que el depositante pueda ser demandado por el depositario véase *infra*, §§ I.2; II.1.

En cuanto al primer requisito, la entrega de uno o más bienes de naturaleza mueble<sup>8</sup> desempeña una función constitutiva de la relación obligatoria; en otros términos, la entrega opera *contrahendi causa*, esto es, como (en terminología moderna) elemento perfeccionador del contrato, no *solvendi causa* (como cumplimiento de una obligación previamente contraída). De ahí que el acuerdo para custodiar una cosa que todavía no se entrega/recibe no configure propiamente un depósito, sino simplemente un *mandatum ad custodiendum*<sup>9</sup>. Por cierto, esta entrega representa una *traditio* en sentido amplio, en cuanto no transfiere el dominio sobre la cosa, sino únicamente su posesión natural o detentación (*possessio naturalis, possessio pro alieno*)<sup>10</sup>, a menos que se trate de un secuestro, en cuyo caso el secuestratario ostenta la calidad de poseedor *ad interdicta*<sup>11</sup>. Luego, el uso que ocasionalmente aparece en las fuentes del verbo *dare* respecto de la acción desplegada para el depositante para constituir la relación obligatoria (excluyendo, por cierto, los casos de *depositum irregulare*, en que sí hay transferencia de dominio atendida la naturaleza fungible de las cosas entregadas)<sup>12</sup>, representa sin duda un empleo atécnico del término<sup>13</sup>, ya que se encuentra ampliamente atestiguado en fuentes que abarcan la mayor parte del espectro temporal de la jurisprudencia romana, que el significado restringido o, si se quiere, técnico-jurídico de *dare* (*rem*) y *datio* (*rei*), corresponde a la transferencia de la propiedad civil sobre una cosa, no a su mera entrega material<sup>14</sup>.

<sup>8</sup> La expresión *id quod ponitur*, contenida en la definición ulpiana de D. 16,3,1pr. (Ulp. 30 *ad ed.*), supone lógicamente que la cosa sea susceptible de movimiento. De hecho, no hay fuentes que aludan a un depósito de bienes inmuebles.

<sup>9</sup> Véase D. 16,3,1,12-13 (Ulp. 30 *ad ed.*).

<sup>10</sup> Sobre el concepto de *possessio naturalis* véase p.ej. D. 10,3,7,11 (Ulp. 20 *ad ed.*); D. 10,4,3,15 (Ulp. 24 *ad ed.*); D. 22,1,38,10 (Paul. 6 *ad Plaut.*). Para el concepto de posesión *alieno nomine* véase Gai. 4,153; D. 41,2,9 (Gai. 25 *ad ed prov.*); D. 41,2,18pr. (Cels. 23 *dig.*); D. 41,3,31,3 (Paul. 32 *ad Sab.*). A este respecto, KASER, Max, *Wesen und Wirkungen der Detention in den antiken Rechten*, en *Ausgewählte Schriften* (Napoli, Jovene, 1976), II, p. 5, habla de un sentido atécnico del concepto de *possessio* respecto del depositario. Cfr. para la posesión a nombre de otro o detentación ALBANESE, Bernardo, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano* (Palermo, Palumbo, 1985), pp. 56 ss.

<sup>11</sup> D. 50,16,110 (Mod. 6 *pandect.*): “*Sequester’ dicitur, apud quem plures eandem rem, de qua controversia est, deposuerunt: dictus ab eo, quod occurrenti aut quasi sequenti eos qui contendunt committitur*”. Cfr. D. 16,3,6 (Paul. 2 *ad ed.*). Sobre la posesión en el secuestro véase D. 16,3,17,1 (Flor. 7 *inst.*) y D. 41,2,39 (Iul. 2 *ex Min.*).

<sup>12</sup> Aunque esta denominación no es clásica, sino que tiene un origen bizantino (se califica el depósito como μη καθαρὸν, *impurum*, en Sch. 4 [6] a Bas. 13,2,26,1 [D. 16,3,26,1] [= Hb. 2,54; Sch. B2, 663]), sí lo es el tratamiento del problema del depósito de cosas fungibles, en particular de dinero, y su relación con el mutuo. Véase p.ej. D. 12,1,9,9 (Ulp. 26 *ad ed.*); D. 12,1,10 (Ulp. 2 *ad ed.*); D. 16,3,1,34 (Ulp. 30 *ad ed.*); D. 16,3,24 (Pap. 9 *quaest.*); D. 16,3,26,1 (Paul. 4 *resp.*); D. 17,1,34pr. (Afr. 8 *quaest.*); D. 19,5,18 (Ulp. 30 *ad ed.*).

<sup>13</sup> Así ocurre, precisamente, con la noción de depósito que ofrece Ulpiano en D. 16,3,1pr. (Ulp. 30 *ad ed.*), cuyo contenido es citado *supra*, n. 6. Véase también D. 4,8,11,2 (Ulp. 13 *ad ed.*); D. 16,3,1,8 (Ulp. 30 *ad ed.*); D. 24,1,52pr. (Pap. 10 *quaest.*).

<sup>14</sup> Véase p.ej. Gai. 2,204; 4,4; D. 17,1,47,1 (Pomp. 3 *ex Plaut.*); D. 22,1,4pr. (Pap. 27 *quaest.*); D. 32,29,3 (Lab. 2 *post. a lav. epit.*); D. 45,1,75,10 (Ulp. 22 *ad ed.*) y, muy especialmente, D. 50,17,167pr. (Paul. 49 *ad ed.*): “*Non videntur data, quae eo tempore quo dentur*

El depositario, quien puede ser cualquier persona distinta del dueño de la *res deposita*<sup>15</sup>, practica la detentación a nombre del depositante (*alieno nomine*), de manera que puede hablarse de un *corpore possidere*, no así de un *animus rem sibi habendi*; el depositante, por su parte, conserva la propiedad o posesión (civil o interdictal) de la cosa, según el caso: *rei depositae proprietates apud deponentem manent, (sicut) et possessio*<sup>16</sup>. Del hecho que el depósito no transfiere propiedad se sigue que el depositante bien puede no ser dueño de la cosa; conceptualmente solo se exige que haya tenido la tenencia material de la cosa, ya que de lo contrario no sería posible entregarla<sup>17</sup>. Por lo mismo, el depositario puede, a su vez, subdepositar la *res*<sup>18</sup>, sin alterar con ello en nada la posición jurídica del propietario o el poseedor civil o interdictal sobre ella.

En este contexto, el depositario se encuentra impedido de utilizar la *res deposita*, so pena de incurrir en *furtum usus*<sup>19</sup>. Cuestión más compleja es la calificación jurídica de la negativa del depositario a restituir la cosa una vez que ha sido requerida por el depositante. Si bien la doctrina tiende a ver aquí un supuesto de *furtum*<sup>20</sup>, las fuentes ofrecen suficiente apoyo textual para sostener que ello no es necesariamente así, toda vez que la configuración de una hipótesis delictual (en la especie: una *contractatio* como modalidad de hurto)<sup>21</sup> supondría la concurrencia

---

*accipientis non funt*”. Cfr. GROSSO, Giuseppe, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione, obbligazioni alternative e generiche*<sup>2</sup> (Torino, Giappichelli, 1955), pp. 19 ss.; PASTORI, Franco, *Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano* (Milano, Cisalpino, 1985), pp. 131 ss. Más recientemente, WEGMANN STOCKE BRAND, Adolfo, *Obbligatio re contracta. Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im römischen Recht* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2017), pp. 117 ss.; WEGMANN STOCKE BRAND, Adolfo, *Zur Stellung der Obligation im Vermögensrecht*, en BABUSIAUX, Ulrike; BALDUS, Christian; ERNST, Wolfgang; MEISSEL, Franz-Stefan; PLATSCHEK, Johannes; RÜFNER, Thomas (eds.), *Handbuch des Römischen Privatrechts* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2023), II, pp. 1890 ss.

<sup>15</sup> Cfr. D. 16,3,15 (Iul. 13 dig.); D. 50,17,45pr. (Ulp. 30 ad ed.). Véase también D. 16,3,31,1 (Tryph. 9 disp.) respecto del caso de la persona que desconoce su propiedad sobre la cosa recibida en depósito.

<sup>16</sup> D. 16,3,17,1 (Flor. 7 inst.). Cfr. Gai. 4,153; D. 6,1,9 (Ulp. 16 ad ed.); D. 16,3,7,1 (Ulp. 30 ad ed.); D. 41,2,3,20 (Paul. 54 ad ed.).

<sup>17</sup> Cfr. PS. 2,12,1 = Coll. 10,7,1.

<sup>18</sup> En este sentido, D. 16,3,16 (Afr. 7 quaest.); D. 41,2,30,6 (Paul. 15 ad Sab.).

<sup>19</sup> Gai. 3,196. Véase también D. 13,1,16 (Pomp. 38 ad Q. Muc.); D. 47,2,77pr. (Pomp. 38 ad Q. Muc.). Esta doctrina parece remontarse al tiempo de los *veteres*, no solo por el hecho que Pomponio se haga cargo de la cuestión en su comentario a la obra de Quinto Mucio Escévola, sino también porque conocemos un texto atribuido por Aulo Gelio a Quinto Mucio, según el cual el jurista tardo-republicano habría sostenido que comete hurto quien utiliza la cosa que le ha sido entregada para que la custodie, o bien, cuando la utiliza de un modo distinto de aquel para el cual le fue entregada: Gell. Noct. Att. 6,15,2: “Itaque Q. Scaevola in librorum, quos de iure civili composuit, XVI. verba haec posuit: Quod cui servandum datum est, si id usus est, sive, quod utendum accepit, ad aliam rem, atque accepit, usus est, furti se obligavit”.

<sup>20</sup> Así, por ejemplo, ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford, Oxford University Press, 1996), p. 924 (n. 19), el cual, a propósito del *furtum* y la consiguiente posibilidad de ejercer la *actio furti*, afirma que “the same must have applied if somebody refused to restore a deposit”.

<sup>21</sup> D. 47,2,1,3 (Paul. 39 ad ed.): “Furtum est contractatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere”.

de una serie de requisitos que van más allá de la mera negativa (incluso dolosa) a restituir (*infinitio*). En efecto, sabemos por Celso que nadie comete hurto por el solo hecho de negarse a restituir la cosa depositada (*infitiando depositum nemo facit furtum*), aunque se trate de una situación (al menos externamente) muy parecida (*nec enim furtum est ipsa infitatio, licet prope furtum est*); lo anterior, porque el hurto exige, como requisito indispensable, que se tome posesión (*naturalis*, se entiende) de la cosa depositada con la intención específica de defraudar<sup>22</sup>. En otros términos: con independencia de que el supuesto de hecho descrito por el jurista adrianeo se asemeje al hurto en su aspecto material, sigue siendo imprescindible que se conecte con un elemento espiritual (*intervertendi causa*)<sup>23</sup>, no bastando el *destinare habere pro suo*, si este no se exterioriza en alguna modalidad de *contractare* (aquí: *possessionem apisci*)<sup>24</sup>.

En cuanto al segundo requisito, el depositario contrae la obligación de custodiar la *res deposita*, a fin de restituirla sin daño al término de la relación contractual. En efecto, las fuentes hablan a este respecto habitualmente de *custodire*<sup>25</sup>,

<sup>22</sup> Así se desprende de D. 47,2,68pr. (Cels. 12 dig.): “*Infitiando depositum nemo facit furtum (nec enim furtum est ipsa infitatio, licet prope furtum est): sed si possessionem eius apiscatur intervertendi causa, facit furtum. nec refert, in digito habeat anulum an dactyliotheca quem, cum deposito teneret, habere pro suo destinaverit*”. Véase también D. 47,2,1,1-2 (Paul. 39 ad ed.): “*Inde sola cogitatio furti faciendi non facit furem. 2. Sic is, qui depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur, sed ita, si id interceptiendi causa occultaverit*”; D. 41,2,3,18 (Paul. 54 ad ed.): “*Si rem apud te depositam furti faciendi causa contractaveris, desino possidere. Sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt possessorem me manere, quia furtum sine contractatione fieri non potest nec animo furtum admittatur*”. Sobre el carácter no necesariamente furtivo del *non reddere* véase recientemente PENNITZ, Martin, *Das ‘non reddere’ als Deliktstatbestand – Juristendiskurse zu Besitz, Detention und Diebstahl*, en *Index*, 46 (Napoli, 2018), pp. 201 ss.

<sup>23</sup> Cfr. D. 47,2,43,10 (Ulp. 41 ad Sab.).

<sup>24</sup> En este orden de cosas, la *condictio* otorgada por Paulo al depositante contra el depositario que se niega dolosamente a restituir la *res deposita*, puede entenderse como un supuesto de *condictio sine datione* no furtiva. Así se lee en D. 16,3,13,1 (Paul. 31 ad ed.): “*Competit etiam condictio depositae rei nomine, sed non antequam id dolo admissum sit: non enim quemquam hoc ipso, quod depositum accipiat, conditione obligari, verum quod dolum malum admiserit*”. El fragmento citado no ofrece apoyo textual alguno en favor de la tesis según la cual, en la especie, Paulo habría querido aludir implícitamente a un hurto. Para una exégesis detallada de la fuente nos remitimos a WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *¿Ex causa depositi condicere? Observaciones sobre credere y deponere en el pensamiento de Paulo*, en REHJ., 42 (Valparaíso, 2020), pp. 193 ss., con amplia bibliografía. Una situación hasta cierto punto análoga se aprecia en D. 12,1,4,1 (Ulp. 34 ad Sab.): “*Res pignori data pecunia soluta condici potest. et fructus ex iniusta causa percepti condicendi sunt: nam et si colonus post lustrum completum fructus perceperit, condici eos constat ita demum, si non ex voluntate domini percepti sunt: nam si ex voluntate, procul dubio cessat condictio*”. Aquí, el jurista severiano reconoce en favor del deudor pignoraticio la ejercitabilidad de la *condictio* contra el acreedor que no restituye la prenda una vez satisfecho el crédito, supuesto de hecho que, en principio, se encuentra fuera de los márgenes del *furtum*. Para esto último véase WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Res pignori data pecunia soluta condici potest: Observaciones sobre D. 12,1,4,1 (Ulp. 34 ad Sab.)*, en REHJ., 45 (Valparaíso, 2023), pp. 29 ss.

<sup>25</sup> Véase p.ej. D. 16,3,1pr. (Ulp. 30 ad ed.); D. 16,3,1,9 (Ulp. 30 ad ed.); PS. 2,12,3 = Coll. 10,7,3. Por cierto, aquí se trata de un uso del vocablo en el sentido genérico de cuidar una cosa, no como criterio estrictísimo de atribución de responsabilidad que solo exime de *vis*

excepcionalmente de *servare*<sup>26</sup>. Y esta custodia es gratuita, vale decir, el depositario no obtiene a cambio remuneración alguna, lo cual constituye un elemento de la esencia del contrato ampliamente documentado en las fuentes<sup>27</sup> que permite distinguirlo del arrendamiento (*locatio-conductio*), figura esencialmente onerosa<sup>28</sup>. Lo anterior implica que, si recurrimos a la nomenclatura moderna, el depósito debe ser calificado como un contrato unilateral, en el sentido que engendra obligaciones solo para una de las partes (el depositario), mientras que la otra (el depositante) ostenta únicamente la calidad de acreedor<sup>29</sup>. De hecho, como ya se vio, ni siquiera puede decirse que el depositante se obligue a entregar la cosa, puesto que la entrega representa el acto de perfeccionamiento del contrato, esto es, opera *contrahendi causa*. Solo excepcionalmente podría el depositante contraer ciertas obligaciones eventuales ante el depositario, por concepto de gastos en que este último haya incurrido o daños que haya sufrido como consecuencia del cumplimiento de su obligación de custodiar gratuitamente la cosa recibida, cuestión en la que nos detendremos en el capítulo siguiente y que ha motivado la anacrónica calificación del depósito como contrato sinalagmático imperfecto<sup>30</sup>.

Por ahora, valga agregar que la unilateralidad obligacional del depósito, unida a la gratuidad de la prestación ejecutada por el depositario, justifica la limitación de la responsabilidad de este último por incumplimiento al solo dolo (*dolus*)<sup>31</sup>, sin perjuicio de la posibilidad de que las partes acuerden un régimen más estricto. En efecto, al margen de la circunstancia que la limitación de la responsabilidad del depositario al dolo hunde sus raíces en el derecho romano arcaico, cuando la tutela del depositante era de naturaleza penal (por medio de la concesión de una *actio in duplum*), para luego dar lugar en el edicto pretorio a una obligación estrictamente restitutoria del depositario (por el *simplum*)<sup>32</sup>, lo cierto es que el

---

*maior* (aplicable, por ejemplo, al comodatario), ya que el depositario *custodiam non praestat* (Gai. 3,207). En efecto, como se indica a continuación, el depositario responde – en principio – solo de *dolus*. Al respecto, véanse las fuentes citadas *infra*, n. 31.

<sup>26</sup> D. 16,3,1,8 (Ulp. 30 *ad ed.*).

<sup>27</sup> Así, por ejemplo, en D. 4,9,3,1 (Ulp. 14 *ad ed.*); D. 16,3,1,8-9 (Ulp. 30 *ad ed.*); D. 47,8,2,23 (Ulp. 56 *ad ed.*); en términos generales (*ut generaliter dixerimus...*) en I. 3,26,13. Por este motivo, se estima que las referencias a una remuneración del depositario en D. 13,6,5,2 (Ulp. 28 *ad ed.*) y D. 47,8,2,23 (Ulp. 56 *ad ed.*) corresponderían más bien al derecho justiniano.

<sup>28</sup> D. 16,3,1,8-10 (Ulp. 30 *ad ed.*).

<sup>29</sup> Sobre la importancia de esta cuestión para la relación entre el depósito y las causas crediticias véase *infra*, § II.2.

<sup>30</sup> En este sentido, por todos, KASER, Max, *Das Römische Privatrecht*<sup>2</sup> (München, C.H. Beck, 1971), I, p. 528.

<sup>31</sup> Esto se advierte en la aplicación al dolo de expresiones tales como *solus, tantum, dumtaxat, non ultra*, las cuales manifiestan la idea de que el depositario no responde más allá de un comportamiento doloso. Véase p.ej. Gai. 3,107; D. 4,9,3,1 (Ulp. 14 *ad ed.*); D. 13,1,16 (Pomp. 38 *ad Q. Muc.*); D. 16,3,1,1, 18 y 33 (Ulp. 30 *ad ed.*); D. 16,3,13pr. (Paul. 31 *ad ed.*); D. 16,3,20 (Paul. 18 *ad ed.*); D. 19,5,17,2 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 47,2,14,3 (Ulp. 29 *ad Sab.*); D. 50,17,23 (Ulp. 29 *ad Sab.*).

<sup>32</sup> Así se desprende de su regulación en las Ley de las XII Tablas, según un testimonio de tradición paulina, PS. 2,12,11 = Coll. 10,7,11: “*Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum*”. Al respecto, véase *infra*, § I.2.



*dolus* se mantuvo como criterios de imputación de responsabilidad de este último durante toda la época clásica, cuando ya se había emancipado de su connotación penal originaria y obedecía más bien a la regla de la *utilitas contrahentium*, habida consideración de que el depositario es el único obligado por este contrato, sin reportar por ello utilidad alguna, lo que justifica que se le exija un estándar mínimo de diligencia en la ejecución de la prestación debida<sup>33</sup>. Así consta, por lo demás, en la fórmula de la *actio depositi in factum*, reconstruida principalmente sobre la base del testimonio de Gayo, y que se refiere expresamente a la falta de restitución por dolo<sup>34</sup>.

En cuanto al tercer requisito, el depositario se encuentra obligado a restituir (*reddere*) en especie la misma cosa (*res ipsa*) recibida, por lo que se trata de una obligación de *facere* (mera entrega), no de *dare*<sup>35</sup>, que en cuanto tal se incumple no solo por la falta de restitución, que es el supuesto de lesión del interés del acreedor más simple y evidente según se desprende de la fórmula de la acción honoraria<sup>36</sup>, sino también por la restitución de la cosa con daños (que implica que se mire

<sup>33</sup> Así lo expresa con nitidez Ulpiano en D. 13,6,5,2 (Ulp. 28 ad ed.): “Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus an et culpa an vero et omne periculum. et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus: nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur. sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur”; D. 50,17,23 (Ulp. 29 ad Sab.): “Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. dolum tantum: depositum et precarium. dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. societas et rerum communio et dolum et culpam recipit [...]”. En detalle sobre la regla de responsabilidad contractual que de aquí se desprende TAFARO, Sebastiano, *Regula e ius antiquum in D.50.17.23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale* (Bari, Cacucci, 1984). Una visión de conjunto sobre el desarrollo histórico de la regla de la *utilitas contrahentium* desde el derecho romano hasta las modernas codificaciones civiles en SANTUCCI, Gianni, *Il principio dell'utilità dei contraenti, in Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*<sup>2</sup> (Bologna, Il Mulino, 2018), pp. 69 ss., con bibliografía.

<sup>34</sup> Gai. 4,47: “[...] at illa formula, quae ita concepta est: IVDEX ESTO. SI PARET AVLVM AGERIVM APVD NVMERIVM NEGIDIVM MENSAM ARGENTEM DEPOSVISSE EAMQVE DOLO MALO NVMERII NEGIDII AVLIO AGERIO REDDITAM NON ESSE, QVANTI EA RES ERIT, TANTAM PECVNIAM, IVDEX, NVMERIVM NEGIDIVM AVLIO AGERIO CONDEMNATO. SI NON PARET, ABSOLVITO, in factum concepta est [...]”. Cfr. LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*<sup>3</sup> (Leipzig, Tauchnitz, 1927), p. 289; MANTOVANI, Dario, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup> (Padova, Cedam, 1999), p. 66.

<sup>35</sup> Así se lee en D. 16,3,1,33 (Ulp. 30 ad ed.): “[...] aliud est enim reddere, aliud quasi de suo dare”. Esta fuente confirma el uso atécnico que hace Ulpiano de *dare* al definir este contrato en D. 16,3,1pr. (Ulp. 30 ad ed.). Cfr. D. 16,3,12,3 (Pomp. 22 ad Sab.), donde el jurista alto-clásico distingue entre una obligación de *dare* nacida de estipulación o testamento, y la obligación restitutoria del depositario: “Quemadmodum quod ex stipulatu vel ex testamento dari oporteat, post iudicium acceptum cum detrimento rei periret, sic depositum quoque eo die, quo depositi actum sit, periculo eius apud quem depositum fuerit est, si iudicii accipiendi tempore potuit id reddere reus nec reddidit”.

<sup>36</sup> Gai. 4,47. Cfr. D. 16,3,1,21 (Ulp. 30 ad ed.).



como no devuelta)<sup>37</sup>, o cuando no es posible restituir por un hecho imputable a dolo del depositario<sup>38</sup>. A diferencia del comodatario, quien puede hacer valer el plazo acordado para diferir la restitución, el depositario debe restituir la cosa tan pronto como ello sea exigido por el depositante<sup>39</sup>, con independencia de que inicialmente se haya fijado un término para la exigibilidad del *reddere*<sup>40</sup>.

Como ya se adelantó, el régimen clásico de la responsabilidad del depositario estaba radicado en el criterio del dolo<sup>41</sup>, cuando este constituye la causa de que el deudor no quiera restituir la cosa, la restituya con daños o no la pueda restituir, lo que se deduce con meridiana claridad de la fórmula honoraria de la acción del depositante<sup>42</sup>. Esto se advierte, además, en el empleo en las fuentes de expresiones tales como *dolus solus*, *dolus tantum* o *dolus dumtaxat*<sup>43</sup>; lo anterior, al punto que la condena del depositario (no así, como veremos más adelante, la del depositante en el contexto del ejercicio de un *iudicium contrarium*) lleva aparejada nota de infamia<sup>44</sup>. En este sentido, puede sostenerse que la limitación de la responsabilidad del depositario al dolo se justifica no solo en el origen penal de la protección del depositante, sino también en el principio de utilidad de los contratantes (*utilitas contrahentium*) y en el carácter infamante de la acción<sup>45</sup>.

Sobre este punto, no es seguro que la acción de depósito concebida en el derecho y de buena fe (*actio depositi in ius ex fide bona*) haya extendido la responsabilidad del depositario a la culpa grave (concepto que, en todo caso, se equipara al dolo)<sup>46</sup>, aunque las *res cottidianae* se refieren explícitamente a una *magna negligentia*<sup>47</sup>. En este orden de cosas, Celso nos informa que el hecho que una persona se comporte de distinta manera respecto de las cosas propias y de las recibidas en depósito, sería constitutivo de una actitud dolosa (en concreto: *fraus*); en este sentido, un depositario particularmente negligente en los asuntos propios podría llegar a eximirse de responsabilidad ante el depositante, si no se presenta esta diferencia en el comportamiento respecto de lo propio y de lo aje-

<sup>37</sup> D. 16,3,1,16 (Ulp. 30 *ad ed.*): “*Si res deposita deterior reddatur, quasi non reddita agi depositi potest: cum enim deterior redditur, potest dici dolo malo redditam non esse*”.

<sup>38</sup> D. 16,3,1,32 (Ulp. 30 *ad ed.*).

<sup>39</sup> D. 16,3,1,22 (Ulp. 30 *ad ed.*). Para la regla del comodato véase D. 13,6,17,3 (Paul. 29 *ad ed.*).

<sup>40</sup> D. 16,3,1,45-46 (Ulp. 30 *ad ed.*).

<sup>41</sup> Sobre la cuestión, véase especialmente ROTONDI, Giovanni, *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano. La misura della responsabilità nell’actio depositi*, en *Scritti Giuridici* (Milano, Giuffrè, 1922), II, pp. 91 ss.; LONGO, Carlo, *Corso di diritto romano. Il deposito* (Milano, Giuffrè, 1933), pp. 30 ss.; LITEWSKI, Wieslaw, *Depositary’s liability in Roman Law*, en *AG.*, 190 (Modena, 1976), pp. 4 ss.; WALTER, Tom, *Die Funktionen der actio depositi* (Berlin, Duncker & Humblot, 2012), pp. 157 ss.

<sup>42</sup> Véase Gai. 4,47, cuyo texto es citado, en lo pertinente, *supra*, n. 34.

<sup>43</sup> Véase *supra*, n. 31.

<sup>44</sup> Gai. 4,182; D. 3,2,1 (Iul. 1 *ad ed.*); Mod. 2 *diff.* = Coll. 10,2,4.

<sup>45</sup> Cfr. WALTER, Tom, *Die Funktionen*, cit. (n. 41), p. 157.

<sup>46</sup> Así, expresamente, Ulpiano en D. 11,6,1,1 (Ulp. 24 *ad ed.*): “[...] *lata culpa plane dolo comparabitur* [...]”. En términos similares Paulo en D. 50,16,226 (Paul. 1 *manual.*): “*Magna negligentia culpa est: magna culpa dolus est*”.

<sup>47</sup> D. 44,7,1,5 (Gai. 2 *aur.*). Cfr. C. 4,34,1 (Sev. Alex., a. 234).

no<sup>48</sup>. De aquí arranca el factor de imputación de la así llamada falta de *diligentia quam in suis*<sup>49</sup>. En cambio, una ampliación de la responsabilidad del depositario a la custodia en sentido técnico sólo puede advertirse en el ámbito del correspondiente *bonae fidei iudicium*<sup>50</sup>. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de que las partes, en el ejercicio de su autonomía, pudieran acordar un régimen especial de responsabilidad por incumplimiento en el contexto de la acción de buena fe<sup>51</sup>, con la sola excepción de la liberación de responsabilidad por dolo, acuerdo que es visto como contrario a la buena fe y a las buenas costumbres<sup>52</sup>.

## 2. Accionabilidad del depósito

El derecho romano arcaico no conoció un mecanismo de tutela autónomo destinado a hacer valer el interés de quien entrega gratuitamente una o más cosas muebles a otra, para que esta última las custodie y restituya en especie. Por cierto, se puede asumir que desde un comienzo el depositante propietario estuvo legitimado para ejercer la acción reivindicatoria (en su forma arcaica de *legis actio sacramenti* o de *rei vindicatio* formularia, según la época) contra el depositario, en la medida que este último siguiera detentando la cosa<sup>53</sup>. A esto se agrega que las fuentes dan testimonio de que el depositante habría podido ejercer en ciertos casos la *actio legis Aquiliae*<sup>54</sup> o la *actio furti*<sup>55</sup>, lo que da cuenta de un particular y originario reproche de ilicitud penal de la conducta del depositario infiel.

<sup>48</sup> D. 16,3,32 (Cels. 11 dig.): “*Quod Nerva diceret latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit*”. Cfr. I. 3,14,3.

<sup>49</sup> Una visión de conjunto sobre el desarrollo histórico de este criterio de atribución de responsabilidad en la tradición romanística en SANTUCCI, Gianni, *La diligentia quam in suis*, en *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche* (Bologna, Il Mulino, 2018), pp. 111 ss., con bibliografía.

<sup>50</sup> Así parece desprenderse de D. 16,3,1,35 (Ulp. 30 ad ed.): “[...] *non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet* [...]”. Al respecto, véase por ejemplo BETTI, Emilio, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano* (Roma, Edizioni Ricerche, 1958), pp. 115 ss.; METRO, Antonino, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1966), pp. 127 ss.; CANNATA, Carlo Augusto, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un corso di diritto romano* (Catania, Libreria Editrice Torre Catania, 1996), pp. 68 ss.

<sup>51</sup> Sobre esta posibilidad, véase p.ej. D. 2,14,7,15 (Ulp. 4 ad ed.); D. 2,14,27,3 (Paul. 3 ad ed.); D. 13,6,5,2 (Ulp. 28 ad ed.); D. 16,3,1,6 (Ulp. 30 ad ed.); D. 16,3,1,35 (Ulp. 30 ad ed.); D. 17,1,39 (Nerat. 7 memb.); D. 45,2,9pr. (Pap. 27 quaest.).

<sup>52</sup> D. 16,3,1,7 (Ulp. 30 ad ed.): “[...] *Illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit: nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est* [...]”. En el mismo sentido D. 50,17,23 (Ulp. 29 ad Sab.).

<sup>53</sup> Cfr. GANDOLFI, Giuseppe, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana* (Milano, Giuffrè, 1976), pp. 62 ss.

<sup>54</sup> D. 9,2,42 (Iul. 48 dig.); D. 13,6,18,1 (Gai. 9 ad ed prov.). Cfr. LEVY, Ernst, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht* (Berlin, Vahlen, 1922), II.1, pp. 65 ss.; GANDOLFI, Giuseppe, *Il deposito*, cit. (n. 53), pp. 63 ss.

<sup>55</sup> Gell. *Noct. Att.* 6,15,2, cuyo texto es citado *supra*, n. 19. Al respecto, véase GANDOLFI, Giuseppe, *Il deposito*, cit. (n. 53), pp. 54 ss.

La noticia más antigua con la que contamos sobre el reconocimiento de un instrumento de tutela procesal autónomo para el depositante nos remonta a la legislación decenviral, que habría concedido una acción *ex causa depositi* por el doble del valor de la cosa; posteriormente, el edicto pretorio la habría limitado al *simpulum*<sup>56</sup>. Tanto del carácter *in duplum* de la acción decenviral como de la fundamental limitación de la responsabilidad del depositario al dolo y del efecto infamante de la condena, puede sostenerse que, en sus orígenes, la infidelidad del depositario era constitutiva de un ilícito civil<sup>57</sup>. De hecho, la introducción de una acción pretoria por el simple valor de la *res deposita* no trajo consigo la completa exclusión de la *actio furti* de supuestos de incumplimiento (así, por ejemplo, en hipótesis de *furtum usus*)<sup>58</sup>; ambas acciones coexistieron hasta la época de Justiniano<sup>59</sup>.

Pues bien, según el magisterio paulino, el pretor introdujo en su edicto una *actio in factum* destinada a proteger el interés del depositante por la restitución de la cosa, lo que implicaba que el *deponere* fuera todavía una cuestión de hecho más que de derecho<sup>60</sup>. Gracias al magisterio de Gayo conocemos la estructura fundamental de la fórmula de esta acción<sup>61</sup>, cuya época de introducción en el albo pretorio no es fácil de determinar: es dudoso si fue conocida ya a fines de la república por Alfeno Varo<sup>62</sup>, Trebacio Testa<sup>63</sup> y Aulo Ofilio<sup>64</sup>; si nos atenemos al

<sup>56</sup> XII Tab. 8,19; PS. 2,12,11 = Coll. 10,7,11: “*Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simpulum*”. Para un análisis diacrónico de la accionabilidad del depósito, principalmente en lo que concierne a su originario carácter penal, véase, por ejemplo, GANDOLFI, Giuseppe, *Il deposito*, cit. (n. 53), pp. 46 ss.; EVANS-JONES, Robin, *The action of the XII Tables ‘ex causa depositi’*, en *Labeo*, 34 (Napoli, 1988), pp. 188 ss.; SCHEIBELREITER, Philipp, *Zwischen furtum und Litiskreszenz: Überlegungen zur poena dupli der actio ex causa depositi*, en *RIDA.*, 56 (Liège, 2009), pp. 131 ss.; SCHEIBELREITER, PHILIPP, *Der ‘ungetreue’ Verwahrer. Eine Studie zur Haftungsbegründung im griechischen und frühen römischen Depositenrecht* (München, C.H. Beck, 2020), pp. 109 ss., 154 ss.; WALTER, Tom, *Die Funktionen*, cit. (n. 41), pp. 203 ss. Una visión de conjunto sobre la evolución histórica del contrato de depósito y su tutela procesal en ASTUTI, Guido, *Deposito (storia)*, en *ED.*, 12 (Milano, Giuffrè, 1964), pp. 212 ss.

<sup>57</sup> En este sentido ampliamente GANDOLFI, Giuseppe, *Il deposito*, cit. (n. 53), pp. 50 ss.; SCHEIBELREITER, Philipp, *Der ‘ungetreue’ Verwahrer*, cit. (n. 56), pp. 224 ss.

<sup>58</sup> *Cfr.* Gai. 3,196; D. 13,1,16 (Pomp. 38 *ad Q. Muc.*); D. 47,2,77pr. (Pomp. 38 *ad Q. Muc.*).

<sup>59</sup> Véase D. 16,3,29pr. (Paul. 2 *sent.*); I. 4,1,6. Según LIEBS, Detlef, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadenersatz und Privatstrafe* (Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1972), p. 91 (n. 27), del fragmento de Paulo puede deducirse que, si bien ambas acciones coexistieron, solo podía ejercerse una u otra alternativamente, sin que concurrieran entre sí. En este sentido también WALTER, Tom, *Die Funktionen*, cit. (n. 41), p. 328 (n. 640).

<sup>60</sup> *Cfr.* D. 16,3,1,1 (Ulp. 30 *ad ed.*).

<sup>61</sup> Gai. 4,47, citado *supra*, n. 34. Para la fórmula de la acción *in factum* véase especialmente LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum*, cit. (n. 34), pp. 288 ss.; MANTOVANI, Dario, *Le formule*, cit. (n. 34), p. 66.

<sup>62</sup> Véase D. 46,3,35 (Alf. 2 *dig. a Paul. epit.*).

<sup>63</sup> Véase D. 16,3,1,41 (Ulp. 30 *ad ed.*); D. 16,3,21,1 (Paul. 60 *ad ed.*); D. 41,4,2,7 (Paul. 54 *ad ed.*).

<sup>64</sup> Véase D. 34,2,39,1 (Iav. 2 *post. Lab.*).

testimonio de Aulo Gelio ya citado, es probable que Quinto Mucio no la haya conocido, en la medida que afirma que el depositario infiel *furti se obligavit*<sup>65</sup>. No obstante, el uso de la forma pretérita *obligavit* podría implicar, como sostiene Gandolfi, que con esto Quinto Mucio pretendiera distinguir entre la protección judicial del depositante antes y después de la introducción de la *actio in factum*<sup>66</sup>. En este orden de cosas, se puede afirmar con cierta verosimilitud que la acción honoraria de depósito se remonta al primer siglo antes de Cristo.

Esta acción tenía por objeto hacer valer la pretensión restitutoria del depositante, cuyo incumplimiento doloso traía consigo la condena del depositario sobre la base del criterio *quanti ea res erit* (cuanto sea que valdrá la cosa al momento de la dictación de la sentencia). En este sentido puede hablarse de una acción estrictamente restitutoria o, según el término acuñado por Pernice, una *kondiktionenartige Klage*, una acción construida según el modelo de la *condictio*<sup>67</sup>. Sin embargo, y como se explicará en el capítulo siguiente, del carácter estrictamente restitutorio de la acción pretoria del depositante, unido al nacimiento de la relación obligatoria por medio de la entrega de una cosa, no puede concluirse sin más la pertenencia del depósito a una supuesta categoría de los contratos reales junto con el mutuo, el comodato y la prenda. El testimonio de las fuentes autoriza a sostener más bien lo contrario<sup>68</sup>.

Con toda verosimilitud, al comienzo de la época clásica de la jurisprudencia romana se introdujo adicionalmente una acción de depósito concebida en el derecho y que remitía a la buena fe: la *actio depositi in ius ex fide bona*<sup>69</sup>. A diferencia de lo que ocurría en el marco de la acción pretoria, en el ámbito de la acción civil se confiere al juez un mayor margen de apreciación de las circunstancias del caso, en la medida que ya no se encuentra atado a que se configure un supuesto de falta de restitución dolosa de la *res deposita* para condenar al demandado, sino que está expresamente autorizado a tomar en consideración el interés del demandante (*id quod interest actoris*) y el comportamiento del depositario, que para ser absuelto

<sup>65</sup> Gell. *Noct. Att.* 6,15,2, cuyo texto es citado *supra*, n. 19.

<sup>66</sup> GANDOLFI, Giuseppe, *Il deposito*, cit. (n. 53), p. 91.

<sup>67</sup> PERNICE, Alfred, *Labeo. Römisches Recht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit* (Halle, 1873, reimpr. Aalen, Scientia, 1963), I, pp. 429 ss. Cfr. KASER, Max, *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht* (München, C.H. Beck, 1935), pp. 69 ss.

<sup>68</sup> Véase *infra*, § II.2.

<sup>69</sup> Gai. 4,47: “*Sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, ueluti depositi et commodati. illa enim formula, quae ita concepta est: IVDEx ESTO. QVOD AVLVS AGERIVS APVD NVMERIVM NEGIDIVM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUIT, QVA DE RE AGITVR, QVIDQVId OB EAM REM NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA, EIVS, IVDEx, NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO CONDEMNATO. SI NON PARET, ABSOLVITO, in ius concepta est [...]*”. Cfr. Gai. 4,62: “*Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto uendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae*”. Véase también, por ejemplo, D. 13,4,7pr. (Paul. 28 *ad ed.*); D. 16,3,12,1 (Pomp. 22 *ad Sab.*); D. 16,3,24 (Pap. 9 *quaest.*); D. 16,3,29,1 (Paul. 2 *sent.*); D. 17,2,38pr. (Paul. 6 *ad Sab.*). Para la fórmula *in ius ex fide bona* véase especialmente LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum*, cit. (n. 34), pp. 288 ss.; MANTOVANI, Dario, *Le formule*, cit. (n. 34), p. 51. Cfr. GANDOLFI, Giuseppe, *Il deposito*, cit. (n. 53), pp. 69 ss.; WALTER, Tom, *Die Funktionen*, cit. (n. 41), pp. 33 ss.

debe haber hecho todo aquello que, en las circunstancias concretas del caso, exigía la buen fe. La introducción de la acción civil *ex deposito* no trajo consigo una sustitución de la acción honoraria; por el contrario, ambos mecanismos de tutela subsistieron durante el resto de la historia de la experiencia jurídica romana<sup>70</sup>.

Si bien, como ya adelantamos, el depósito representa fundamentalmente una relación obligatoria unilateral, donde el depositario resulta el único obligado, ello no obsta a que, en circunstancias muy particulares, el depositante también pueda – eventualmente – resultar obligado, a saber, a reembolsar los gastos o a indemnizar los perjuicios en que haya incurrido el depositario con ocasión de la custodia de la cosa. De ahí que se distinga a este respecto entre una *actio depositi directa*, que es aquella de la que venimos hablando, concedida en favor del depositante, y una – puramente eventual – *actio depositi contraria* (o, para ser fieles al lenguaje de los clásicos: un *iudicium contrarium*) del depositario<sup>71</sup>. Con todo, las fuentes que dan testimonio de lo anterior son escasísimas y de no fácil interpretación, cuestión en la que nos centramos a continuación.

## II. EL *IUDICIUM CONTRARIUM* DEL DEPOSITARIO

### 1. Fuentes

El *corpus* de fuentes jurídicas romanas que han llegado hasta nosotros contiene un único texto en el cual, en términos explícitos y directos, se reconoce la ejercitabilidad de un *iudicium contrarium* por parte del depositario en contra del

<sup>70</sup> Ampliamente sobre la duplicidad accional del depósito KRANJC, Janez, *In ius und in factum konzipierte Klageformel bei der Leihe und bei der Verwahrung*, en ERNST, Wolfgang; JAKAB, Eva (eds.), *Usus antiquus juris romani. Antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung* (Heidelberg, Springer, 2005), pp. 127 ss.; VERONESE, Benedetta, *Buona fede e duplicità delle tutele processuali nei contratti di deposito e comodato*, en GAROFALO, Luigi (ed.), *‘Actio in rem’ e ‘actio in personam’*. *In ricordo di Mario Talamanca* (Padova, Cedam, 2011), II, pp. 239 ss., 253 ss. Véase también BURILLO, Jesús, *Las fórmulas de la ‘actio depositi’*, en *SDHI.*, 28 (Città del Vaticano, 1962) pp. 233 ss.; CASTRO SÁENZ, Alfonso, *Responsabilidad y duplicidad formularia: los casos del depósito y el comodato en la época clásica*, en MURILLO, Alfonso (ed.), *La responsabilidad civil: de Roma al derecho moderno* (Burgos, Universidad de Burgos, 2001), pp. 187 ss.; recientemente WALTER, Tom, *Klage aus Verwahrung (actio depositi)*, en BABUSIAUX, Ulrike; BALDUS, Christian; ERNST, Wolfgang; MEISSEL, Franz-Stefan; PLATSCHEK, Johannes; RÜFNER, Thomas (eds.), *Handbuch des Römischen Privatrechts* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2023), II, pp. 2443 ss. Sigue siendo relevante en la materia el estudio de ROTONDI, Giovanni, *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano. Le due formule classiche dell’actio depositi*, en *Scritti giuridici* (Milano, Giuffrè, 1922), II, pp. 1 ss.

<sup>71</sup> Lo anterior, al margen de los casos de *retentio* de la cosa por parte del depositario, la que se hacía valer a través de una *exceptio* en el contexto de un juicio iniciado por el depositante, no de una acción entablada contra este último. Al respecto, véase BÜRGE, Alfons, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (Zürich, Schulthess, 1979), pp. 179 ss. La *compensatio*, en cambio, estaba descartada. PS. 2,12,2: “*In causa depositi compensationi locus non est, sed res ipsa reddenda est*”. Cfr. WALTER, Tom, *Die Funktionen*, cit. (n. 41), pp. 345 ss.; PICHONNAZ, Pascal, *L’interdiction de compenser dans le contrat de dépôt*, en *RIDA.*, 46 (Liège, 1999), pp. 393 ss. BIONDI, Biondo, *Iudicia bonae fidei*, en *AUPA.*, 7 (Palermo, 1918), pp. 128 s., considera esta fuente expresión de una doctrina postclásica, ya que, según el testimonio de Gayo, la compensación habría sido admisible en el marco de la *actio depositi (directa) in ius concepta ex fide bona*.

depositante. En efecto, el tercer título del décimo sexto libro del Digesto, cuya rúbrica reza, precisamente, (*actio depositi vel contra*)<sup>72</sup>, contiene un fragmento que, según su *inscriptio*, habría sido tomado por los compiladores del trigésimo libro del comentario de Ulpiano al edicto perpetuo, en el cual el jurista severiano afirma lo siguiente:

D. 16,3,5pr. (Ulp. 30 *ad ed.*): “*Ei, apud quem depositum esse dicitur, contrarium iudicium depositi datur, in quo iudicio merito in litem non iuratur: non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate eius qui depositum suscepit*”.

A fin de explicitar desde ya nuestra comprensión del texto, acompañamos una traducción del mismo: “A aquel respecto del cual se dice que se depositó, se concede la acción de depósito contraria, en cuyo juicio con razón no se hace el juramento estimatorio, porque no se demanda haber faltado a la (buena) fe, sino que se trata de indemnizar al depositario”.

Como adelantamos, estamos en presencia de la única fuente jurídica romana en la que expresamente se concede al depositario un *iudicium contrarium* respecto del depositante, mecanismo de tutela que parece haber estado concebido en el hecho, esto es, habría estado dotado de una fórmula *in factum concepta*<sup>73</sup>, ya que el jurista afirma que *merito in litem non iuratur*<sup>74</sup>, puesto que no se está actuando *de fide rupta, sed de indemnitate*, vale decir, no por una deslealtad del depositante, sino con respecto al resarcimiento de los daños sufridos por el depositario con ocasión de la custodia de la cosa. En efecto, no procede el juramento estimatorio en el ámbito de acciones cuyo objeto es obtener la restitución de una suma de dinero, en la medida que falta el requisito de la incerteza sobre el valor<sup>75</sup>, y tampoco en el marco de acciones en las cuales el dolo del demandado carece de relevancia para condenarlo<sup>76</sup>. En cambio, sería procedente el juramento en el contexto de la *actio depositi (directa) in ius ex fide bona*<sup>77</sup>. Hasta aquí, por tanto,

<sup>72</sup> Cfr. LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis* (Leipzig, ex officina Bernhardi Tauschnitz, 1889), II, c. 617.

<sup>73</sup> Cfr. LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum*, cit. (n. 34), p. 289; PROVERA, Giuseppe, *Contributi*, cit. (n. 3), p. 33, 114; SCHWARZ, Fritz, *Die Konträrklagen*, cit. (n. 3), p. 196, 205 s.; SCIANDRELLO, Enrico, *Ricerche*, cit. (n. 3), pp. 118 ss.

<sup>74</sup> El juramento estimatorio procede respecto de las acciones de buena fe, que en cuanto tales son civiles. Así se lee, por ejemplo, en D. 13,6,3,2 (Ulp. 28 *ad ed.*), en términos excesivamente generales, aunque a propósito de la acción de buena fe nacida de comodato: “*In hac actione sicut in ceteris bonae fidei iudiciis similiter in litem iurabitur: et rei iudicandae tempus, quanti res sit, observatur, quamvis in stricti litis contestatae tempus spectetur*”.

<sup>75</sup> Por este mismo motivo, no procede el juramento en el caso del depósito de dinero, *cum certa sit nummorum aestimatio*. D. 12,3,3 (Ulp. 30 *ad ed.*): “*Nummis depositis iudicem non oportet in litem iusiurandum deferre, ut iuret quisque quod sua interfuit, cum certa sit nummorum aestimatio*”. Cfr. MEDICUS, Dieter, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes* (Köln-Graz, Böhlau, 1962), p. 260.

<sup>76</sup> BERTOLINI, Cesare, *Il giuramento nel diritto privato romano* (Roma, ‘L’Erma’ di Bretschneider, 1967), p. 209 (n. 5). Más recientemente HARKE, Jan Dirk, *Der Eid im klassischen Privat- und Zivilprozessrecht* (Berlin, Duncker & Humblot, 2013), p. 173.

<sup>77</sup> D. 16,3,1,26 (Ulp. 30 *ad ed.*): “*In depositi quoque actione in litem iuratur*”. Cfr. PROVERA, Giuseppe, *Contributi allo studio del iusiurandum in litem* (Torino, Giappichelli, 1953), p. 43; HARKE, Jan Dirk, *Der Eid*, cit. (n. 76), p. 172.



no habría diferencias con la situación del comodatario, a quien inicialmente se otorgó una acción honoraria destinada a satisfacer su pretensión indemnizatoria contra el comodante<sup>78</sup>.

Más compleja es la cuestión relativa a la posibilidad de que, adicionalmente a la acción contraria pretoria del depositario, haya existido una concebida en el derecho y de buena fe. Si bien ello, en abstracto, no es imposible<sup>79</sup>, si se tiene en cuenta que en época clásica el depositante contó con la protección de una acción civil<sup>80</sup>, no se encuentran en las fuentes argumentos textuales que autoricen a afirmar esta dualidad con cierto grado de verosimilitud<sup>81</sup> y, de hecho, quienes sugieren la existencia de una acción contraria civil de buena fe para el depositario justifican su conjetura únicamente en la estrecha vinculación e incluso paralelismo que la doctrina romanística, con demasiada soltura, tiende a ver entre el comodato y el depósito, como si se tratara de instituciones jurídicas hermanas, lo cual va mucho más allá de lo que permite asumir el testimonio de las fuentes.

En efecto, si el *iudicium contrarium* del comodatario buscaba no solo el reembolso de los gastos en que hubiera incurrido o los daños sufridos, sino también garantizarle un mecanismo de tutela contra el comodante que, no manteniéndose fiel al acuerdo entre las partes, impedía al primero el uso de la cosa en los términos convenidos<sup>82</sup>, lo que permite pensar en un ámbito de protección del interés del comodatario que llegó a estar cubierto bajo el manto de la *bona fides*<sup>83</sup>, por

<sup>78</sup> Cfr. MILAZZO, Antonio, *Il contratto di comodato. Modelli romani e disciplina moderna* (Torino, Giappichelli, 2018), pp. 201 ss.; SCIANDRELLO, Enrico, *Ricerche*, cit. (n. 3), pp. 93 ss.; PASTORI, Franco, *Il commodato in diritto romano* (Milano, Cisalpino, 1995), pp. 426 ss.; PROVERA, Giuseppe, *Contributi*, cit. (n. 3), pp. 103 ss.

<sup>79</sup> Cfr. LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum*, cit. (n. 34), pp. 289 ss.; SCIANDRELLO, Enrico, *Ricerche*, cit. (n. 3), p. 120.

<sup>80</sup> Cfr. Gai. 4,47; 62.

<sup>81</sup> ASTUTI, Guido, *Deposito*, cit. (n. 56), p. 220, se inclina decididamente por una única *actio depositi contraria* con fórmula *in factum concepta*.

<sup>82</sup> Véase D. 13,6,17,3 (Paul. 29 ad ed.): “*Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit. cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio interdandum accipiendumque. geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nuda voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles. ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit: neque enim impune peritura deseret: suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset: voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo: nam si negasses, vel emissem vel testes adhibuissem. idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti aut etiam sciens vitiosa commodaveris: adiuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet. ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est*”. Cfr. SCIANDRELLO, Enrico, *Ricerche*, cit. (n. 3), pp. 108 ss.; MILAZZO, Antonio, *Il contratto di comodato*, cit. (n. 78), pp. 171 ss.; PASTORI, Franco, *Il commodato*, cit. (n. 78), pp. 435 ss.; CERAMI, Pietro, *Il comodato*, en PARICIO, Javier (ed.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994), pp. 325 ss.

<sup>83</sup> Cfr. SCIANDRELLO, Enrico, *Ricerche*, cit. (n. 3), pp. 106 ss.; PASTORI, Franco, *Il commodato*, cit. (n. 78), pp. 448 ss.



la naturaleza misma del contrato de depósito, en cambio, el único interés que el depositario podría querer satisfacer por medio del ejercicio de este instrumento procesal sería su indemnidad ante eventuales daños sufridos o gastos en los que haya incurrido con ocasión de la custodia de la *res*, con independencia de un reproche de ilicitud al comportamiento del depositante. Lo anterior autoriza a vincular nuestro fragmento con otro texto del mismo Ulpiano, en el cual el jurista (sin remisión expresa al depósito ni a ninguna otra figura concreta, al menos en la versión que llegó hasta nosotros) se refiere en términos generales a la ausencia en los *iudicia contraria* del efecto infamante (se entiende: a pesar de la infamia que trae consigo la condena del demandado con la *actio directa*)<sup>84</sup>, toda vez que en estas acciones *non de perfidia agitur, sed de calculo*<sup>85</sup>, expresión similar al *non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate*, de D. 16,3,5pr.

En este sentido, estamos de acuerdo con Sciandrello, cuando concluye que, a causa de las lagunas que encontramos en las fuentes recién analizadas y de su carácter fragmentario, no es posible dar una respuesta definitiva al problema de la posibilidad de que, junto con la *actio depositi contraria in factum*, el depositario haya contado igualmente con la protección de una acción *in ius ex fide bona*<sup>86</sup>. De todos modos, los escasos testimonios textuales de que disponemos, ninguno de los cuales conduce ni aun implícitamente al criterio de la buena fe, justifican decantarse con razonable verosimilitud más bien por la negativa<sup>87</sup>.

Fuera del testimonio explícito – aunque excesivamente escueto – contenido en D. 16,3,5pr. (en relación con D. 3,2,1) sobre la posibilidad del depositario de ejercer un *iudicium contrarium* contra el depositante, las fuentes nos ofrecen una ulterior referencia meramente implícita a este expediente procesal atribuida a Modestino, discípulo de Ulpiano<sup>88</sup> y uno de los últimos juristas que merecen ser considerados clásicos. En efecto, en un fragmento de doble tradición textual, extraído por los compiladores justinianos del segundo de los *libri differentiarum*

<sup>84</sup> En este sentido, D. 3,2,1 (Ulp. 1 *ad ed.*): “*Praetoris verba dicunt: infamia notatur qui [...] pro socio, tutelae, mandati depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit [...]*”. Lo anterior supone que D. 3,2,6,7 (Ulp. 6 *ad ed.*), cuyo texto es citado en la nota siguiente, en su versión original (manipulada por los compiladores justinianos para dar la apariencia de un discurso generalizante) debió haberse referido únicamente a figuras que implicaban la infamia del condenado en el contexto del ejercicio de la acción directa, como es el caso, precisamente, del depósito o el mandato, no así, por ejemplo, del comodato. De lo contrario, la explícita referencia a la exclusión del efecto infamante habría sido innecesaria. Cfr. SCIANDRELLO, Enrico, *A proposito di D. 3.2.1 (Ulp. 1 ad ed.)*, en ZUCCOTTI, Ferdinando; FENOCCHIO, Marco (eds.), *A Pierluigi Zammì. Scritti di diritto romano e giusantichistici* (Milano, Ledizioni, 2018), pp. 283 ss. Un amplio estudio de la cuestión, aunque centrado en el problema del mandato, en ALBANESE, Bernardo, ‘*Iudicium contrarium*’ e ‘*ignominia*’ nel mandato, en MARRONE, Matteo (ed.), *Scritti Giuridici* (Palermo, Palumbo, 1991), I, pp. 921 ss. En general sobre la infamia y la ignominia, KASER, Max, *Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen*, en ZSS., 73 (Weimar, 1956), pp. 220 ss.

<sup>85</sup> D. 3,2,6,7 (Ulp. 6 *ad ed.*): “*Contrario iudicio damnatus non erit infamis: nec immerito. nam in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo, qui fere iudicio solet dirimi*”.

<sup>86</sup> SCIANDRELLO, Enrico, *Ricerche*, cit. (n. 3), pp. 121 s.

<sup>87</sup> Cfr. ASTUTI, Guido, *Deposito*, cit. (n. 56), p. 220.

<sup>88</sup> Véase D. 47,2,52,20 (Ulp. 37 *ad ed.*).

de Modestino, y que fue incorporado al título X (*de deposito*) de la *Mosaicorum et Romanorum Legum Collatio*<sup>89</sup>, el jurista señala lo siguiente:

Coll. 10,2,5 = D. 16,3,23 (Mod. 2 *diff.*): “*Actione depositi conventus*<sup>90</sup> *cibariorum nomine apud eundem iudicem utiliter experitur*<sup>91</sup>; *at is cui res commodata est inprobe cibariorum exactionem intendit. Impensas tamen necessarias iure persequitur, quas forte in aegrum vel alias laborantem inpendit*”.

En la versión transmitida por medio de la *Collatio*, considerablemente más extensa que aquella incorporada por los compiladores en los *Digesta* de Justiniano, Modestino afirma que el demandado por la acción de depósito reclama útilmente, ante el mismo juez, los gastos en los que incurrió para alimentar al esclavo recibido a este título<sup>92</sup>; en cambio, el comodatario malamente exige el cobro de los mismos. Sin embargo, justificadamente puede reclamar las impensas necesarias en que casualmente haya incurrido por un esclavo enfermo que trabaja u otros, o que haya padecido en otras circunstancias<sup>93</sup>.

Si bien el texto citado no utiliza expresamente el término *iudicium contrarium* ni ninguno semejante, del hecho que se reconozca tanto al depositario como al comodatario la posibilidad de reclamar judicialmente ciertos rubros a su contraparte contractual, resulta claro que, implícitamente, se está aludiendo a un *iudicium contrarium depositi*, por una parte, y a un *iudicium contrarium commodati*, por la otra, donde el interés de cada actor tendría sus propios márgenes. Como sea, lo cierto es que de aquí se desprende que tanto el depositario como el comodatario podían, ante el mismo juez (*apud eundem iudicem*) ante el cual se substanció un proceso iniciado por el ejercicio de una acción que llamaríamos *directa* (y, por ende, en sede reconventional), hacer valer una pretensión resarcitoria contra el demandante principal<sup>94</sup>. Con todo, la fuente plantea más preguntas que respuestas respecto de la estructura de la acción a ejercer por el depositario o el comodatario, según el caso, al punto que no puede descartarse que el contexto procesal sea no el del *agere per formulas*, sino más bien la(s) *cognitio(nes) extra ordinem*<sup>95</sup>.

<sup>89</sup> Para un estudio general sobre el tratamiento del contrato de depósito en la *Collatio* véase OLIVER SOLA, María Cruz, *La regulación del contrato de depósito en la Mosaicarum et Romanarum Legum Collatio. Estudio comparativo de fuentes: Hebraicas -Misphatim, Romanas y de Derecho de Navarra*, en *RGDR*, 12 (Madrid, 2009), pp. 1 ss.

<sup>90</sup> En el texto conservado en D. 16,3,23 se agregan aquí las palabras *servo constituto*.

<sup>91</sup> Aquí se interrumpe el texto conservado en D. 16,3,23.

<sup>92</sup> A esto se refiere con *cibaria*, concepto técnico que alude a la alimentación de los esclavos. Véase, también para el depósito, D. 16,3,1,9-10 (Ulp. 30 *ad ed.*). El derecho del depositario a reclamar por las impensas realizadas sobre la *res deposita* se encuentra atestiguado, por ejemplo, en D. 16,3,12pr. (Pomp. 22 *ad Sab.*) y D. 16,3,5pr. (Ulp. 30 *ad ed.*).

<sup>93</sup> Se sigue aquí muy de cerca la traducción de MONTEMAYOR ACEVES, Martha Elena, *Comparación de leyes mosaicas y romanas* (Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006), p. 28.

<sup>94</sup> Cfr. PROVERA, Giuseppe, *Contributi*, cit. (n. 3), p. 16; SCIANDRELLO, Enrico, *Ricerche*, cit. (n. 3), p. 34.

<sup>95</sup> Cfr. SCIANDRELLO, Enrico, *Ricerche*, cit. (n. 3), p. 118.

## 2. El “*iudicium contrarium*” del depositario y el denominado ‘sistema contractual romano’

El reconocimiento en las fuentes de la posibilidad de que el depositario ejerza una acción contraria respecto del depositante, unido al valor *contrahendi causa* de la entrega realizada por este último, ha conducido a que la doctrina romanística vea con demasiada soltura una afinidad dogmáticamente relevante entre el depósito, por una parte, y el comodato y la prenda, por la otra, al punto de elaborar en torno a estas figuras (aunque no siempre exclusivamente en torno a ellas) categorías dogmáticas funcionales a la construcción de una suerte de “sistema contractual romano” que, a decir verdad, no encuentran suficiente apoyo textual en las fuentes de que disponemos.

En primer lugar, constituye prácticamente un *locus communis* en doctrina asignar al comodato, el depósito y la prenda la calidad de “contratos reales”, a la saga del mutuo. Sin embargo, lo cierto es que del *commodatum*, el *depositum* y el *pignus* como causas de una *obligatio re contracta* en sentido propio, es decir, como supuestos de *re contrahere*, no hay rastro alguno en las fuentes jurídicas romanas, ya sea dentro o fuera de la compilación justiniana. En efecto, el único texto clásico del cual podría llegar a creerse – equivocadamente, a nuestro juicio – que la categoría romana del *re contrahere* incluía no solo al mutuo, como se desprende de Gai. 3,90<sup>96</sup>, sino que también a estas tres figuras, procedería de las *res cottidianae*, obra en la cual se afirma categóricamente que la obligación real se contrae por medio de la dación en mutuo (*re contrahitur obligatio mutui datione*)<sup>97</sup>, para luego señalar que el comodatario, el depositario y el acreedor pignoraticio también se encontrarían obligados *re*, aunque sin jamás emplear el verbo *contrahere*, sino recurriendo a expresiones ciertamente genéricas y ambiguas, tales como *re obligatur* (respecto del comodato, al igual que en Gai. 3,91 a propósito de la *solutio indebiti*)<sup>98</sup> o *re tenetur* (de clara impronta pretoria, para el depósito y la prenda)<sup>99</sup>.

Como no cabe duda de que Gayo reconocía el carácter contractual del *commodatum*, el *depositum* y el *pignus*<sup>100</sup>, la razón por la cual el jurista evita utilizar el verbo *contrahere* (y, por consiguiente, la construcción *re contrahitur obligatio*)

<sup>96</sup> Gai. 3,90: “*Re contrahitur obligatio velut mutui datione [...]*”. Una amplia exégesis de la fuente en WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Obligatio re contracta*, cit. (n. 14), pp. 115 ss.; WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Sobre el así llamado contrato real en las Instituciones de Gayo*, en REHJ., 40 (Valparaíso, 2018), pp. 97 ss.

<sup>97</sup> D. 44,7,1,2 (Gai. 2 aur.).

<sup>98</sup> Gai. 3,91: “*Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur [...]*”.

<sup>99</sup> D. 44,7,1,3-6 (Gai. 2 aur.): 3. “*Is quoque, cui rem aliquam commodamus, re nobis obligatur [...]*”. 5. “*Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur [...]*”. 6. “*Creditor quoque, qui pignus accepit, re tenetur [...]*”.

<sup>100</sup> Véase, en este sentido, Gai. 2,50; 3,206-207; 4,33; 4,47; D. 20,1,4 (Gai. *l.s. form. hyp.*); D. 22,4,4 (Gai. *l.s. form. hyp.*). Yerran, pues, ROTONDI, Giovanni, *Le due formule classiche dell'actio depositi*, cit. (n. 70), pp. 39 ss., y más recientemente PASTORI, Franco, *Il commodato*, cit. (n. 78), pp. 152 ss., cuando justifican la reducción del *re contrahere* a la *mutui datio* en Gai. 3,90 en el hecho que Gayo solo habría considerado en su manual los contratos civiles, lo que supone, por tanto, la falsa creencia de que el depósito y el comodato no lo eran en tiempos del maestro antoniniano.

para estas tres figuras, como asimismo, que se centre en la posición de los respectivos deudores que son demandados de restitución y no en la constitución de la relación jurídica misma, no puede ser la misma que en Gai. 3,91, donde el maestro antoniniano pone en entredicho la naturaleza contractual del pago de lo no debido por falta de intención vinculativa<sup>101</sup>. En cambio, creemos que el motivo radica más bien (como hemos intentado demostrar en anteriores trabajos sobre esta cuestión)<sup>102</sup> en que las fórmulas de las *actiones commodati, depositi y pignoratitia in factum conceptae* (acciones directas, por cierto) fueron construidas según el modelo de la *condictio* y, por consiguiente, la posición jurídica del comodatario, el depositario y el acreedor pignoraticio contra el cual se ejerce, respectivamente, una acción honoraria de comodato, depósito o prenda, es análoga a aquella en la cual se encuentra el mutuario o el falso acreedor en supuestos de pago de lo no debido, ya que todos ellos están obligados a restituir el simple valor de las cosas recibidas en dominio (*mutuum y solutio indebiti*), posesión *ad interdicta* (*pignus*) o natural (*commodatum y depositum*), según el caso. Asimismo, cabe señalar que el verbo *teneri* (*actione teneri* o, aquí, *re tenetur*) es propio de situaciones en las cuales corresponde el ejercicio de una acción *in factum concepta* en vez de una civil.

En otras palabras: únicamente en la medida que el comodatario, el depositario y el acreedor pignoraticio reciben una cosa y, por ello, se obligan a la restitución de la misma (*res ipsa*), y, en caso de no hacerlo espontáneamente, pueden ser demandados por medio de una acción honoraria estrictamente restitutoria, construida según el modelo de la *condictio*, sería posible llegar a afirmar que, en un sentido amplísimo del término, se encuentran obligados *re*, mas en ningún caso que “se contrae *re*” una relación obligatoria (*re contrahitur obligatio*), ya que este *genus obligationis* exige estructuralmente una transferencia de dominio (*datio rei*), la cual no concurre en ninguno de estos supuestos. Solo en este extremadamente débil y atécnico sentido del término podría decirse que el comodatario, el depositario y el acreedor pignoraticio se obligan *re*, como el mutuario<sup>103</sup>.

Gayo, por cierto, se cuidó mucho de no confundir las cosas, lo cual se aprecia en la forma en la cual se expresa para referirse al mutuo (*re contrahitur obligatio mutui datione*), muy distinta de la utilizada para las otras tres figuras. De *obligationes re contractae*, así, en plural, no hay rastro alguno en el corpus gayano ni en ningún otro texto de época clásica, como tampoco encuentra sustento en las

<sup>101</sup> Gai. 3,91: “[...] *quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere*”.

<sup>102</sup> WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Obligatio re contracta*, cit. (n. 14), pp. 183 ss., 218 ss.; WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Causae credendi y obligatio re contracta en las res cottidianae*, en *REHJ.*, 41 (Valparaíso, 2019), pp. 87 ss.; por último WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Rilievi minimi su re contrahere e credere nelle res cottidianae*, en FARGNOLI, Iole (ed.), *Scripta extravagantia. Studi in ricordo di Ferdinando Zuccotti* (Milano, Led, 2024), pp. 831 ss.

<sup>103</sup> En este sentido ya WUBBE, Felix, *I contratti reali alla fine della repubblica*, en MILAZZO, Francesco (ed.), *Contractus et pactum. Tipicità e libertà negoziale nell’esperienza tardo-repubblicana* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990), p. 119: “depositario, comodatario e creditore pignoratizio potrebbero, a partire dal momento in cui ricevono la cosa, essere considerati debitori, *obligati re* in un senso debolissimo di tale espressione”. Cfr. WUBBE, Felix, *Gaius et les contrats réels*, en *TR.*, 35 (Leiden, 1967), pp. 504 ss.

fuentes la idea, basada en una mera anticipación histórica, de que los romanos habrían incluido en una misma categoría contractual figuras cuyo único elemento en común consistiría en que se “perfeccionan” (noción ajena a la jurisprudencia romana) por medio de la entrega de una cosa (*traditio* en sentido lato)<sup>104</sup>, lo cual desde la perspectiva de los antiguos romanos no debió significar jurídicamente nada en concreto<sup>105</sup>. En síntesis: nada hay en las fuentes que autorice a calificar al depósito como parte de una supuesta categoría de los contratos reales en el derecho romano, junto con el mutuo, el comodato y la prenda.

En segundo lugar, y en estrecha relación con lo recién expuesto, la doctrina romanística ha creído ver un enigma en la exclusión del depósito de la categoría edictal de las *causae credendi*, en la medida que en este contrato faltaría el *adsentiri rei alienam fidem secuti* que caracterizaría al mutuo, al comodato y a la prenda como causas crediticias. Lo anterior, sobre la base de un fragmento ulpiano, en el cual el jurista severiano implícitamente margina al depósito de la noción edictal de *credutum*. Se trata de D. 12,1,1,1 (Ulp. 26 *ad ed.*): “[...] *nam, ut libro primo quaestionum Celsus ait, credendi generalis appellatio est: ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit. nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur. rei quoque verbum ut generale praetor elegit*”<sup>106</sup>. Pues bien, al margen del problema de la construcción

<sup>104</sup> Como acertadamente ha señalado BRASIELLO, Ugo, *In tema di categorie contrattuali*, en *SDHI.*, 10 (Città del Vaticano, 1944), p. 103 s.: “Il fondare infatti la partizione sull’elemento perfezionatore, come apparirà anche in questo studio, non può essere frutto che di uno sforzo che i giuristi classici non avrebbero motivo di fare, mentre si impone – e, come vedremo, nemmeno sempre – ai compilatori, i quali, pure considerando tutti i contratti come consensuali, volevano ancora inquadrali negli schemi classici”.

<sup>105</sup> En este sentido ya PEROZZI, Silvio, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup> (Roma, Athenaeum, 1928), II, p. 32 (n. 1): “La frase: contratto che si fa colla cosa (*re*) non significa infatti nulla; ed è enorme in ogni caso riassumere in un’unica categoria per il modo di perfezionamento contratti che si perfezionano colla trasmissione del dominio e contratti che si perfezionano dando una cosa, di cui il dante conserva la proprietà e il possesso o sempre o agli effetti almeno dell’usucapione come nel pegno”. Este problema ya lo había notado SCHULZ, Fritz, *Classical Roman Law* (Oxford, Clarendon Press, 1951), p. 469, aunque sin llevarlo hasta sus últimas consecuencias, al afirmar que “[...] otherwise the contracts assembled in this group have nothing in common”. Cfr. QUADRATO, Renato, *Le Institutiones nell’insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvii* (Napoli, Jovene, 1979), p. 78.

<sup>106</sup> Véase también D. 42,5,24,2 (Ulp. 63 *ad ed.*), donde la distinción entre *credere* y *deponere* es explícita: “[...] *aliud est enim credere, aliud deponere* [...]”. Al respecto, véase especialmente ALBANESE, Bernardo, *Per la storia del creditum*, en *AUPA.*, 32 (Palermo, 1971), pp. 5 ss. Cfr. ALBANESE, Bernardo, *Tre studi celsini. Ancora su D. 12, 1, 1, 1: Celso e il credere*, en *AUPA.*, 34 (Palermo, 1973), pp. 77 ss.; ALBANESE, Bernardo, *Credito e credere*, en MARRONE, Matteo (ed.), *Scritti Giuridici* (Palermo, Palumbo, 1991), II, pp. 1171 ss.; ALBANESE, Bernardo, *Rilievi minimi sul ‘credere’ editale*, en MARRONE, Matteo (ed.), *Scritti Giuridici* (Palermo, Palumbo, 1991), II, pp. 1551 ss. Sobre los fragmentos ulpianos citados nos remitimos a lo expuesto en WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Aliud est enim credere, aliud deponere. Sobre la relación entre causas crediticias y depósito en el pensamiento de Ulpiano*, en *REHJ.*, 43 (Valparaíso, 2021), pp. 135 ss. Para Paulo, en cambio, *creditum* y *depositum* no parecieran ser categorías netamente contrapuestas. Al respecto, remitimos nuevamente a lo dicho en WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *¿Ex causa depositi condicere?*, cit. (n. 24), pp. 193 ss.

del sistema edictal en general y del título XVII (según Lenel) *de rebus creditis* en especial, cuestión que excede con creces los márgenes de este trabajo, lo cierto es que estamos en presencia de un falso enigma que parte de la base de un pre-concepto, cual es la suposición apriorística de que causas crediticias y contratos reales serían categorías esencialmente coincidentes, por lo cual la (erróneamente supuesta como hecho indubitado) inclusión del *deponere* en la noción del *re contrahere* estaría en contradicción con su exclusión de las *causae credendi*. En efecto, como ya notó Albanese, a la base de las dificultades planteadas en doctrina sobre la relación entre *credere* y *deponere* se encuentra la infundada convicción de que existiría una coincidencia o, en todo caso, una estrecha relación entre el *credere* edictal y la formación de una supuesta categoría de los contratos reales compuesta por mutuo, comodato, depósito y prenda, de lo cual, como ya se vio, no hay testimonio en las fuentes jurídicas romanas a nuestra disposición<sup>107</sup>.

En tercer y último lugar, los esfuerzos que se encuentran en doctrina en torno a elaborar una suerte de teoría o, al menos, una categoría general de los *iudicia contraria* en el derecho romano<sup>108</sup>, han sido funcionales – consciente o inconscientemente, explícita o implícitamente – a la construcción de una categoría de los así llamados contratos sinalmáticos (o bilaterales) imperfectos, esquema preconcebido respecto del cual debería resultar ocioso destacar que carece de todo sustento textual en las fuentes. Especialmente, la *communis opinio* romanística ha querido ver en el comodato y el depósito instituciones jurídicas que guardarían un claro paralelismo, al punto de considerárseles como contratos hermanos<sup>109</sup>, lo cual ha motivado su inclusión en las (supuestas) categorías de los contratos reales y de los contratos sinalmáticos imperfectos, por una parte, y la perplejidad de la doctrina respecto a la exclusión del *deponere* de la noción edictal de *credere*, por la otra, aunque la jurisprudencia romana nada haya dicho al respecto<sup>110</sup>. Igualmente carente de apoyo textual es la conjetura, habitualmente expuesta en doctrina, consistente en que los desarrollos históricos del comodato servirían para explicar los del depósito, o viceversa<sup>111</sup>, como de hecho ha ocurrido a propósito del *iudicium contrarium* del depositario, donde el único (pseudo)argumento a

<sup>107</sup> ALBANESE, Bernardo, *Per la storia del creditum*, cit. (n. 106), p. 33 (n. 13): “alla base di tutte le difficoltà sta chiaramente la convinzione, a nostro avviso infondata, di una coincidenza, o comunque di una stretta relazione, tra il *credere* edittale e la formazione della categoria dei c.d. contratti reali comprensiva del mutuo, commodato, deposito e pegno”.

<sup>108</sup> Paradigmático es, en este sentido, el título de la monografía de Provera, que alude a una “teoría dei *iudicia contraria*”.

<sup>109</sup> De Gai. 4,47, fuente habitualmente mencionada para sustentar esta tesis, no puede extraerse nada más que tanto el depositante como el comodante habrían contado en época clásica con la protección no solo de una acción honoraria estrictamente restitutoria, sino también de una acción civil de buena fe.

<sup>110</sup> Cfr. PASTORI, Franco, *Il commodato*, cit. (n. 78), pp. 117 ss.; DE RUGGIERO, Roberto, *Depositum vel commodatum. Contributo alla teoria delle interpolazioni*, en *BIDR*, 19 (Roma, 1907), pp. 5 ss.

<sup>111</sup> En este sentido, véase por ejemplo FERRINI, Contardo, *Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano*, en *Opere* (Milano, Giuffrè, 1929), III, pp. 81 ss. Cfr. TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1990), p. 549; ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations*, cit. (n. 20), p. 205.



favor de su eventual carácter de buena fe radica en la infundada suposición de que, si el comodatario contó con una acción de esta clase, también debió hacerlo el depositario, como si necesariamente lo que vale para un contrato deba valer también para el otro<sup>112</sup>.

### III. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS

Como se indicó en la introducción, las páginas precedentes no han tenido por objeto ofrecer un tratamiento sistemático de los *iudicia contraria*, sino más bien llamar la atención ante posibles interpretaciones anacrónicas o anticipaciones históricas sobre la posición del depósito en el derecho romano de contratos, a partir del otorgamiento al depositario de un *iudicium contrarium* del que hay escasísimos testimonios textuales y respecto de cuya estructura formularia hay todavía más interrogantes que respuestas. Si nos atenemos estrictamente a la información fidedigna que nos entregan las fuentes, lo cierto es que la accionabilidad del depósito, ya sea a favor del depositante o del depositario, no ofrece apoyo suficiente para la inclusión del *depositum* en una fantasiosa categoría de los contratos sinalagmáticos imperfectos (categoría conceptual carente de todo valor práctico que, por tanto, los *prudentes* jamás tuvieron la necesidad ni el interés de concebir), como tampoco en una supuesta categoría de los contratos reales “a la moderna” (conformada por mutuo, comodato, prenda y depósito), ni siquiera en la noción (esta sí clásica) de *credere*, tal como se desprende de la estructura de las *causae credendi* en el edicto pretorio, según nos enseña Ulpiano.

En definitiva, y en la línea de lo dicho por D’Ors en su recensión a la tercera edición del *Sistema romano dei contratti* de Grosso, podemos concluir señalando que el fundamento de todas estas problemáticas radica en que, a partir de testimonios dispersos sobre la accionabilidad del depósito que a veces, pero no siempre, coincide con el comodato, la doctrina romanística ha buscado insatisfactoriamente insertar esta figura – casi *more geometrico* – en una suerte de “sistema contractual romano” unitario, a pesar de que este, con toda probabilidad, nunca existió, muy preocupada como está la dogmática moderna por la sistemática de las figuras y poco por las acciones, que es lo que verdaderamente debió interesar a los *prudentes*<sup>113</sup>.

### BIBLIOGRAFÍA

- ALBANESE, Bernardo, *Per la storia del creditum*, AUPA, 32 (Palermo, 1971), pp. 5-179.  
 ALBANESE, Bernardo, *Tre studi celsini. Ancora su D. 12, 1, 1: Celso e il credere*, en AUPA., 34 (1973), pp. 77-162.

<sup>112</sup> Cfr. SCIANDRELLO, Enrico, *Ricerche*, cit. (n. 3), p. 120.

<sup>113</sup> D’ORS, Álvaro, *Recensión a Grosso, Giuseppe, Il sistema romano dei contratti* (Torino, Giappichelli, 1963), en *Iura*, 15 (Napoli, 1964), p. 397: “[...] si se me permite una observación general a la ‘impostazione’ de Grosso, diría que se preocupa demasiado de la sistemática de las figuras (como ya Gayo) y demasiado poco de las acciones, que es lo que realmente interesaba a los clásicos”.

- ALBANESE, Bernardo, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano* (Palermo, Palumbo, 1985).
- ALBANESE, Bernardo, '*Iudicium contrarium*' e '*ignominia*' nel mandato, en MARRONE, Matteo (ed.), *Scritti Giuridici* (Palermo, Palumbo, 1991), I, pp. 921-971.
- ALBANESE, Bernardo, *Credito e credere*, en MARRONE, Matteo (ed.), *Scritti Giuridici* (Palermo, Palumbo, 1991), II, pp. 1171-1188.
- ALBANESE, Bernardo, *Rilievi minimi sul 'credere' editale*, en MARRONE, Matteo (ed.), *Scritti Giuridici* (Palermo, Palumbo, 1991), II, pp. 1551-1563.
- ASTUTI, Guido, s. v. *Deposito (storia)*, en *ED.*, 12 (Milano, Giuffrè, 1964), pp. 212-236.
- BERTOLINI, Cesare, *Il giuramento nel diritto privato romano* (Roma, 'L'Erma' di Bretschneider, 1967).
- BETTI, Emilio, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano* (Roma, Edizioni Ricerche, 1958).
- BIONDI, Biondo, *Iudicia bonae fidei*, en *AUPA.*, 7 (Palermo, 1918), pp. 3-280.
- BRASIELLO, Ugo, *In tema di categorie contrattuali*, en *SDHI.*, 10 (Città del Vaticano, 1944), pp. 101-149.
- BÜRGE, Alfons, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (Zürich, Schulthess, 1979).
- BURILLO, Jesús, *Las fórmulas de la 'actio depositi'*, en *SDHI.*, 28 (Città del Vaticano, 1962) pp. 233-291.
- CANNATA, Carlo Augusto, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un corso di diritto romano* (Catania, Libreria Editrice Torre Catania, 1996).
- CASTRO SAENZ, Alfonso, *Responsabilidad y duplicidad formularia: los casos del depósito y el comodato en la época clásica*, en MURILLO, Alfonso (ed.), *La responsabilidad civil: de Roma al derecho moderno* (Burgos, Universidad de Burgos, 2001), pp. 187-208.
- CERAMI, Pietro, *Il comodato*, en PARICIO, Javier (ed.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994), pp. 301-332.
- DE RUGGIERO, Roberto, *Depositum vel commodatum. Contributo alla teoria delle interpolazioni*, en *BIDR.*, 19 (Roma, 1907), pp. 5-84.
- D'ORS, Álvaro, *Recensión a Grosso, Giuseppe, Il sistema romano dei contratti* (Torino, Giappichelli, 1963), en *Iura*, 15 (Napoli, 1964), pp. 390-397.
- EVANS-JONES, Robin, *The action of the XII Tables 'ex causa depositi'*, en *Labeo*, 34 (Napoli, 1988), pp. 188-208.
- FERRINI, Contardo, *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*, en *Opere* (Milano, Giuffrè, 1929), III, pp. 81-203.
- GANDOLFI, Giuseppe, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana* (Milano, Giuffrè, 1976).
- GROSSO, Giuseppe, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione, obbligazioni alternative e generiche*<sup>2</sup> (Torino, Giappichelli, 1955).
- HARKE, Jan Dirk, *Der Eid im klassischen Privat- und Zivilprozessrecht* (Berlin, Duncker & Humblot, 2013).
- KASER, Max, *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht* (München, C.H. Beck, 1935).
- KASER, Max, *Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen*, en *ZSS.*, 73 (Weimar, 1956), pp. 220-278.
- KASER, Max, *Das Römische Privatrecht*<sup>2</sup> (München, C.H. Beck, 1971), I.

- KASER, Max, *Wesen und Wirkungen der Detention in den antiken Rechten*, en *Ausgewählte Schriften* (Napoli, Jovene, 1976), II, pp. 3-47.
- KASER, Max – HACKL, Karl, *Das Römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup> (München, C.H. Beck, 1996).
- KRANJC, Janez, *In ius und in factum konzipierte Klageformel bei der Leihe und bei der Verwahrung*, en ERNST, Wolfgang; JAKAB, Eva (eds.), *Usus antiquus juris romani. Antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung* (Heidelberg, Springer, 2005), pp. 127-161.
- LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis* (Leipzig, ex officina Bernhardi Tauschnitz, 1889), II.
- LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*<sup>3</sup> (Leipzig, Tauchnitz, 1927).
- LEVY, Ernst, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht* (Berlin, Vahlen, 1922), II.1.
- LIEBS, Detlef, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadenersatz und Privatstrafe* (Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1972).
- LITEWSKI, Wieslaw, *Depositary's liability in Roman Law*, en AG., 190 (Modena, 1976), pp. 3-78.
- LONGO, Carlo, *Corso di diritto romano. Il deposito* (Milano, Giuffrè, 1933).
- MANTOVANI, Dario, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup> (Padova, Cedam, 1999).
- MEDICUS, Dieter, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes* (Köln-Graz, Böhlau, 1962).
- METRO, Antonino, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1966).
- MILAZZO, Antonio, *Il contratto di comodato. Modelli romani e disciplina moderna* (Torino, Giappichelli, 2018).
- MONTE MAYOR ACEVES, Martha Elena, *Comparación de leyes mosaicas y romanas* (Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006).
- OLIVER SOLA, María Cruz, *La regulación del contrato de depósito en la Mosaicarum et Romanarum Legum Collatio. Estudio comparativo de fuentes: Hebraicas -Mishpatim, Romanas y de Derecho de Navarra*, en RGDR., 12 (Madrid, 2009), pp. 1-94.
- PASTORI, Franco, *Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano* (Milano, Cisalpino, 1985).
- PASTORI, Franco, *Il commodato in diritto romano* (Milano, Cisalpino, 1995).
- PENNITZ, Martin, *Das 'non reddere' als Deliktstatbestand – Juristendiskurse zu Besitz, Detention und Diebstahl*, en Index, 46 (Napoli, 2018), pp. 201-225.
- PERNICE, Alfred, *Labeo. Römisches Recht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit* (Halle, 1873, reimp. Aalen, Scientia, 1963), I.
- PEROZZI, Silvio, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup> (Roma, Athenaeum, 1928), II.
- PICHONNAZ, Pascal, *L'interdiction de compenser dans le contrat de dépôt*, en RIDA., 46 (Liège, 1999), pp. 393-425.
- PROVERA, Giuseppe, *Contributi alla teoria dei 'iudicia contraria'* (Torino, Giappichelli, 1951).
- PROVERA, Giuseppe, *Contributi allo studio del iusiurandum in litem* (Torino, Giappichelli, 1953).
- QUADRATO, Renato, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvii* (Napoli, Jovene, 1979).

- ROTONDI, Giovanni, *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano. Le due formule classiche dell'actio depositi*, en *Scritti giuridici* (Milano, Giuffrè, 1922), II, pp. 1-55.
- ROTONDI, Giovanni, *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano. La misura della responsabilità nell'actio depositi*, en *Scritti Giuridici* (Milano, Giuffrè, 1922), II, pp. 91-136.
- SANTUCCI, Gianni, *Il principio dell'utilità dei contraenti*, en *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*<sup>2</sup> (Bologna, Il Mulino, 2018), pp. 69-109.
- SANTUCCI, Gianni, *La diligentia quam in suis*, en *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*<sup>2</sup> (Bologna, Il Mulino, 2018), pp. 111-143.
- SCIANDRELLO, Enrico, *Ricerche in tema di 'iudicia contraria'* (Napoli, Jovene, 2017).
- SCIANDRELLO, Enrico, *A proposito di D. 3.2.1 (Ulp. 1 ad ed.)*, en ZUCCOTTI, Ferdinando; FENOCCHIO, Marco (eds.), *A Pierluigi Zannini. Scritti di diritto romano e giusantichistici* (Milano, Ledizioni, 2018), pp. 283-294.
- SCHIEBELREITER, Philipp, *Zwischen furtum und Litiskreszenz: Überlegungen zur poena dupli der actio ex causa depositi*, en *RIDA.*, 56 (Liège, 2009), pp. 131-154.
- SCHIEBELREITER, Philipp, *Der 'ungetreue' Verwahrer. Eine Studie zur Haftungsbegründung im griechischen und frühen römischen Depositenrecht* (München, C.H. Beck, 2020).
- SCHULZ, Fritz, *Classical Roman Law* (Oxford, Clarendon Press, 1951).
- SCHWARZ, Fritz, *Die Konträrklagen*, en *ZSS.*, 71 (Weimar, 1954), pp. 111-220.
- TAFARO, Sebastiano, *Regula e ius antiquum in D.50.17.23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale* (Bari, Cacucci, 1984).
- TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1990).
- VERONESE, Benedetta, *Buona fede e duplicità delle tutele processuali nei contratti di deposito e comodato*, en GAROFALO, Luigi (ed.), *'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di Mario Talamanca* (Padova, Cedam, 2011), II, pp. 239-278.
- WALTER, Tom, *Die Funktionen der actio depositi* (Berlin, Duncker & Humblot, 2012).
- WALTER, Tom, *Klage aus Verwahrung (actio depositi)*, en BABUSIAUX, Ulrike; BALDUS, Christian; ERNST, Wolfgang; MEISSEL, Franz-Stefan; PLATSCHKE, Johannes; RÜFNER, Thomas (eds.), *Handbuch des Römischen Privatrechts* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2023), II, pp. 2441-2470.
- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Obligatio re contracta. Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im römischen Recht* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2017).
- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Sobre el así llamado contrato real en las Instituciones de Goyo*, en *REHJ.*, 40 (Valparaíso, 2018), pp. 97-122.
- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Causae credendi y obligatio re contracta en las res cotidianae*, en *REHJ.*, 41 (Valparaíso, 2019), pp. 87-109.
- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *¿Ex causa depositi condicere? Observaciones sobre credere y deponere en el pensamiento de Paulo*, en *REHJ.*, 42 (Valparaíso, 2020), pp. 193-216.
- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Aliud est enim credere, aliud deponere. Sobre la relación entre causas crediticias y depósito en el pensamiento de Ulpiano*, en *REHJ.*, 43 (Valparaíso, 2021), pp. 135-161.
- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Zur Stellung der Obligation im Vermögensrecht*, en BABUSIAUX, Ulrike; BALDUS, Christian; ERNST, Wolfgang; MEISSEL, Franz-Stefan;

PLATSCHEK, Johannes; RÜFNER, Thomas (eds.), *Handbuch des Römischen Privatrechts* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2023), II, pp. 1883-1897.

WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Res pignori data pecunia soluta condici potest: Observaciones sobre D. 12,1,4,1 (Ulp. 34 ad Sab.)*, en REHJ., 45 (Valparaíso, 2023), pp. 29-54.

WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Rilievi minimi su re contrahere e credere nelle res cottidianae*, en FARGNOLI, Iole (ed.), *Scripta extravagantia. Studi in ricordo di Ferdinando Zuccotti* (Milano, Led, 2024), pp. 831-852.

WUBBE, Felix, *Gaius et les contrats réels*, en TR., 35 (Leiden, 1967), pp. 500-525.

WUBBE, Felix, *I contratti reali alla fine della repubblica*, en MILAZZO, Francesco (ed.), *Contractus e pactum, Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990), pp. 109-121.

ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford, Oxford University Press, 1996).