

¿*EX CAUSA DEPOSITI CONDICERE*? OBSERVACIONES SOBRE
CREDERE Y *DEPONERE* EN EL PENSAMIENTO DE PAULO
 [Ex causa depositi condicere? Remarks on credere and deponere in Paulus's
 thought]

Adolfo WEGMANN STOCKEBRAND*
 Pontificia Universidad Católica de Chile

RESUMEN

Este artículo tiene por objeto ofrecer nuestra interpretación de D. 16,3,13,1 (Paul. 31 *ad ed.*), a partir de una exégesis detallada del fragmento. En concreto, se busca demostrar que la dolosa falta de restitución de la *res deposita* por parte del depositario (*non reddere*) a que se alude en la fuente, no constituye un supuesto de *furtum* y, por consiguiente, la *condictio* que Paulo concede al depositante no corresponde a la así llamada *condictio ex causa furtiva*, sino más bien a una hipótesis de *condictio sine datione* no furtiva. Por tanto, la fuente analizada se inserta en el original pensamiento del jurista tardo-clásico sobre la relación del *deponere* con la *condictio* y el *credere* edictal.

ABSTRACT

The purpose of this article is to offer our interpretation of D. 16,3,13,1 (Paul. 31 *ad ed.*), based on a detailed exegesis of the fragment. Specifically, it seeks to demonstrate that the willful lack of restitution of the *res deposita* by the depositary (*non reddere*) alluded at the source, does not constitute an instance of *furtum* and, therefore, the *condictio* that Paulo grants to the depositor it does not correspond to the so-called *condictio ex causa furtiva*, but rather to a hypothesis of non-furtive *condictio sine datione*. Therefore, the analyzed source is inserted in the original thought of the late-classical jurist on the relationship between *deponere*, *condictio* and the edictal *credere*.

PALABRAS CLAVE

Condictio – depositum – credere.

KEY WORDS

Condictio – depositum – credere.

RECIBIDO el 29 de abril de 2020 y ACEPTADO el 13 de junio de 2020

* Doctor en Derecho, Universidad de Heidelberg, Alemania. Profesor de derecho civil y derecho romano en la Facultad de Derecho de 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 de Iniciación en Investigación N° 11170478 "*Aliud est enim credere, aliud deponere. Sobre la relación entre causas crediticias y depósito en el derecho romano clásico*", del cual el autor es investigador responsable.

INTRODUCCIÓN¹

El régimen jurídico de la *condictio* romana ha sido calificado, no sin razón, como una “selva salvaje”²; la bibliografía sobre este importante tópico del derecho de obligaciones es muy abundante y, sin embargo, las cuestiones que quedan por esclarecer son tantas como aquellas respecto de las cuales la moderna romanística puede decir que pisa sobre suelo más o menos seguro. La abstracción formular de esta acción, con la consiguiente amplitud y diversidad de situaciones en las que se puede ejercer, teniendo como común denominador la *retentio sine causa* de una cosa o supuestos analogables a ella, ciertamente favorece esta dispersión, al punto que bien cabe aplicar en la especie el viejo y conocido refrán popular, de que los árboles no dejan ver el bosque (o, en palabras de Perozzi, la selva).

El presente artículo no busca ofrecer una exposición sistemática del régimen de la *condictio* en el derecho romano; tal propósito se develaría ya desde el comienzo como una quimera. Nuestra intención, mucho más modesta, consiste en plantear una nueva interpretación de una fuente escasamente estudiada en doctrina, en la cual el jurista tardo-clásico Julio Paulo reconoce al depositante la facultad de ejercer una *condictio* contra el depositario que, dolosamente, no ha restituido la *res deposita*³, situación que, a primera vista, pareciera ser incompatible con la estructura del edicto pretorio.

Por consiguiente, nuestro plan de trabajo exige, ante todo, llevar a cabo una exégesis del fragmento paulino recién aludido (I), para luego comparar su sentido y alcance con la estructura del edicto pretorio, en particular con el título edictal *de rebus creditis* y la interpretación del mismo por parte de Paulo (II). Finalmente, se ofrecen conclusiones y perspectivas de investigación (III).

I. LA *CONDICTIO* DEL DEPOSITANTE SEGÚN EL TESTIMONIO DE PAULO1. *La fuente. Consideraciones generales.*

En el título tercero del décimo sexto libro del Digesto, relativo a la protección procesal del depósito (*depositi vel contra*), los compiladores justinianeos insertaron

¹ Lista de abreviaturas: *AG.* = Archivio Giuridico ‘Filippo Serafini’; *AHDE.* = Anuario de Historia del Derecho Español; *AUPA.* = Annali del Seminario Giuridico dell’Università di Palermo; *ED.* = Enciclopedia del Diritto; *Index* = Index. Quaderni camerti di studi romanistici; *Iura* = Iura: Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico; *Jus* = Jus. Rivista di Scienze Giuridiche; *JZ.* = JuristenZeitung; *Labeo* = Labeo. Rassegna di diritto romano; *LQR.* = Law Quarterly Review; *REHJ.* = Revista de Estudios Histórico-Jurídicos; *RIDA.* = Revue internationale des droits de l’antiquité; *SDHI.* = Studia et Documenta Historiae et Iuris; *TR.* = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis; *ZSS.* = Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte (romanistische Abteilung).

² La expresión fue acuñada por PEROZZI, Silvio, *Le obbligazioni romane. Prolusione letta il 14 aprile 1902 con note* (Bologna, Zanichelli, 1903), p. 100 (n. 1): “Non intendo di entrare nella selva selvaggia dell’argomento delle condictiones”. Cfr. VAN OVEN, Julius Christian, *La ‘forêt sauvage’ de la condictio classique*, en *TR.*, 22/3 (Leiden, 1954), pp. 267 ss.; SANTORO, Raimondo, *Studi sulla condictio*, en *AUPA.*, 32 (Palermo, 1971), p. 181.

³ D. 16, 3, 13, 1 (Paul. 31 *ad ed.*). Transcripción y exégesis de la fuente *infra*, I.

un fragmento extraído del trigésimo primer libro del comentario de Julio Paulo al edicto del pretor urbano⁴, que reza como sigue: 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, condictione obligari, verum quod dolum malum admiserit*”.

A fin de explicitar desde ya nuestra comprensión del texto, acompañamos una traducción propia del mismo: “También compete la *condictio* en razón de la cosa depositada, pero no antes de que se haya cometido algo con dolo; en efecto, uno no se obliga por la *condictio* por el solo hecho de haber recibido un depósito, sino porque ha cometido algo con dolo malo”.

El contexto palinogenésico de la fuente es el tratamiento de los contratos protegidos por acciones de buena fe (*bonae fidei iudicia*), específicamente el *depositum* y la *fiducia*, en el marco del comentario al título XIX (*de bonae fidei iudiciis*) del *edictum perpetuum*, según la reconstrucción de Lenel⁵. Lamentablemente, no es posible decir mucho más al respecto, ya que en el Digesto solo se conservan, en total, seis fragmentos procedentes de este libro del monumental comentario paulino: tres para el *depositum* y tres para la *fiducia*. Evidentemente, con esto no queremos decir que Paulo haya dedicado un solo libro a las acciones de buena fe, ni que éste estuviera consagrado únicamente al depósito y a la fiducia; lo que decimos es que dentro del tratamiento más amplio de los *bonae fidei iudicia*, que sin duda demandaba un esfuerzo mayor distribuido en varios libros, el trigésimo primer libro *ad edictum* habría estado abocado, según los escasos testimonios de que disponemos, exclusivamente a las acciones de buena fe del depositante y el fiduciante, no a los demás negocios protegidos por acciones de esta misma naturaleza.

A lo anterior, hay que agregar que los textos relativos a la *fiducia* muy probablemente se encuentran interpolados, atendida la sistemática sustitución bizantina de las referencias a este negocio —en desuso ya en tiempos de Gayo— por el *pignus* (cuando se trataba de la *fiducia cum creditore*) o por el *commodatum* o el *depositum* (en casos originales de *fiducia cum amico*)⁶. Y si a esto se añade que la fuente nos ha sido transmitida desprovista de detalles sobre la cuestión concreta que llamó la atención del jurista, sin que podamos afirmar con certeza si ello se debe a una manifestación del fenómeno de la *Isolierung* de la que hablaba Schulz⁷, o más bien a una reducción justinianea de la extensión original del texto, limitando las palabras de Paulo a su contenido dogmático esencial (consideramos más probable

⁴ Para el comentario *ad edictum* de Paulo en general, véase por todos SCHULZ, Fritz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (Weimar, H. Böhlau Nachfolger, 1961), pp. 239 ss. Además de los fragmentos incluidos en el Digesto, contamos con trece más, contenidos en los *Fragmenta Vaticana*.

⁵ Cfr. LENEL, Otto, *Palinogenesia Iuris Civilis* (Leipzig, ex officina Bernhardi Tauchnitz, 1889), I, c. 1027 s.; ÉL MISMO, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³ (1883, Leipzig, Tauchnitz, 1927), pp. 288 ss.

⁶ Véase p. ej. NOORDRAVEN, Bert, *Die Fiduzia im römischen Recht* (Amsterdam, Gieben, 1999), pp. 17 ss.; ZANNINI, Pierluigi, *Spunti critici per una storia del commodatum* (Milano, Giuffrè, 1983), pp. 9 ss., con exégesis de las fuentes principales.

⁷ SCHULZ, Fritz, *Prinzipien des römischen Rechts* (München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1934), pp. 13 ss.

lo segundo), el resultado es, a fin de cuentas, una grave dificultad para interpretar el fragmento, situación que se refleja en su escasísimo tratamiento por parte de la doctrina, tanto de la relativa a la *condictio* como al *depositum*, alimentando así —excesivamente, a nuestro entender— la especulación de algunos de los pocos autores que lo han estudiado.

Pues bien, la información segura con la que contamos, y sobre cuya base debemos construir nuestra exégesis, consiste en que, a juicio de Paulo, el depositante se encuentra (también) facultado para ejercer la *condictio* contra el depositario que no ha restituido la *res deposita* (*competit etiam condictio depositae rei nomine [...] quod depositum accipiat, conductione obligari [...]*), pero solo una vez que este último ha incurrido en un comportamiento doloso (*sed non antequam id dolo admissum sit [...] verum quod dolum malum admiserit*). Al respecto, merece destacarse desde ya la circunstancia (cuyas implicancias analizaremos más adelante)⁸ de que Paulo se refiere a esta cuestión en su comentario *ad edictum*, y no en otra obra de su autoría, sea ésta de naturaleza práctica o didáctica, lo que permite asumir que el contenido de la fuente arranca de su interpretación del albo pretorio, y no, por ejemplo, de una ley, un senadoconsulto o la opinión de un jurista precedente, como podría haber sido el caso del gran Masurio Sabino, o de los más oscuros Vitelio y Plaucio, todos ellos comentados por Paulo. De ahí que la perspectiva metodológica a partir de la cual llevaremos a cabo nuestra exégesis de D. 16, 3, 13, 1 supone tener a la vista, ante todo, este dato fundamental: la ejercitabilidad de la *condictio* por parte del depositante es una manifestación del carácter accional del derecho privado romano en general y de la *forma mentis* de los *iuris prudentes* en especial⁹, fenómeno que se aprecia con particular nitidez en el ámbito del derecho de las obligaciones¹⁰ y del cual el edicto del pretor es el gran articulador.

2. ¿“Non reddere” como supuesto de “furtum”?

Como ya adelantamos, la fuente objeto del presente artículo no ha llamado mayormente la atención de la romanística moderna, que rara vez la cita o analiza, ya sea a propósito de la *condictio* o de la protección procesal del *depositum*¹¹. Lo anterior, a pesar de que se trata de —hasta donde sabemos— la única fuente jurídica romana, dentro o fuera de la compilación justiniana, en la que se reconoce la ejercitabilidad de la *condictio* a favor del depositante para obtener la finalidad económico-práctica del contrato, vale decir, la restitución de la *res deposita* o, para ser más precisos, de su valor económico, atendido el carácter estrictamente pecuniario de la *condemnatio* en el marco del *agere per formulas*¹². En este sentido, estaríamos en presencia de una suerte de *hápax legómenon* jurídico, aunque no

⁸ *Infra*, II.

⁹ Véase por todos SCHULZ, Fritz, *Prinzipien*, cit. (n. 7), pp. 28 ss.

¹⁰ *Cfr.* PROVERA, Giuseppe, *Diritto e azione nell'esperienza giuridica romana*, en PASTORI, Franco (ed.), *Studi in onore di Arnaldo Biscardi* (Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1983), IV, pp. 325 ss.

¹¹ *Cfr.* SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle condictiones giustinianee* (Milano, Giuffrè, 2002), p. 136.

¹² Gai. 4,48.

se trate propiamente de una palabra aislada, sino más bien de un conjunto de ellas que, en todo caso (y eso es lo que importa para efectos de nuestro estudio), expresan una doctrina única en el marco de la jurisprudencia romana, según el material del que disponemos.

Pues bien, la escasa literatura existente sobre D. 16, 3, 13, 1 encuentra aquí un supuesto delictivo, en concreto, un hurto, por lo cual se afirma que Paulo, al referirse a una *condictio depositae rei nomine*, estaría aludiendo (implícitamente) a la así llamada *condictio ex causa furtiva*¹³. Lo anterior, en el contexto más general de la consideración del *non reddere* en sus distintas manifestaciones como una hipótesis delictual, tesis que ha obtenido cierta carta de ciudadanía en la manualística¹⁴, aunque, como veremos, no cuente con suficiente apoyo textual en las fuentes¹⁵. Por ello es que, para una correcta inteligencia del sentido y alcance del *ex causa depositi condicere* paulino, es preciso ante todo tener a la vista la definición de *furtum* que el mismo jurista, en su comentario *ad edictum*¹⁶, nos ofrece: D. 47, 2pr.-3 (Paul. 39 *ad ed.*): “*Furtum a furvo, id est nigro dictum Labeo ait, quod clam et obscuro fiat et plerumque nocte: vel a fraude, ut Sabinus ait: vel a ferendo et auferendo: vel a Graeco sermone, qui furas appellant fures: immo et Graeci apo tou ferein furas dixerunt. 1. Inde sola cogitatio furti faciendi non facit furem. 2. Sic is, qui depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur, sed ita, si id intercipiendi causa occultaverit. 3. Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere*”.

Con independencia de las consideraciones generales sobre el origen etimológico de los vocablos *furtum* (hurto) y *fur* (ladrón) y sus equivalentes griegos, contenidas en el *principium* del fragmento, y para lo cual se recurre a las opiniones de Labeón y Masurio Sabino¹⁷, Paulo explica que la sola intención de cometer hurto (*sola cogitatio furti faciendi*) no nos hace ladrones (*non facit furem*), y es por este motivo que, a título ejemplar, quien niega el depósito (*qui depositum abnegat*), expresión que debe ser entendida como negarse a restituir la cosa recibida en custodia (*non reddere*), no queda por esta simple circunstancia sujeto a la *actio furti* (*non statim etiam furti tenetur*), lo que es lo mismo que decir que no incurre en hurto, a menos que oculte la *res deposita* para apropiarse de ella (*si id intercipiendi causa occultaverit*). Lo dicho no es sino la expresión de una noción de hurto ya

¹³ WALTER, Tom, *Die Funktionen der actio depositi* (Berlin, Duncker & Humblot, 2012), pp. 329 ss. Sin embargo, cabe destacar que la fuente no es objeto de comentario por parte de la literatura especializada sobre este supuesto de *condictio*. Así, por ejemplo, ΠΙΚΑ, Wolfram, *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht* (Berlin, Duncker & Humblot, 1988), ni siquiera la cita.

¹⁴ Así, por ejemplo, ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford, Oxford University Press, 1996), p. 924 (n. 19), quien 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”.

¹⁵ Cfr. recientemente PENNITZ, Martin, *Das ‘non reddere’ als Deliktstatbestand – Juristendiskurse zu Besitz, Detention und Diebstahl*, en *Index*, 46 (Napoli, 2018), pp. 201 ss.

¹⁶ Cfr. LENEL, Otto, *Paling. I*, cit. (n. 5), c. 1046.

¹⁷ Véase NIEDERLÄNDER, Hubert, *Die Entwicklung des furtum und seine etymologischen Ableitungen*, en *ZSS.*, 67 (Graz, 1950), pp. 184 ss.

consolidada en el seno de la jurisprudencia romana en la época en que escribe Paulo, a saber, el apoderamiento fraudulento de una cosa ajena con intención de lucro, lo que también incluye su uso indebido (*furtum usus*, como puede ocurrir, de hecho, en el marco del depósito, ya que el depositario, en principio, no puede utilizar la cosa)¹⁸, lo que se encontraría prohibido –según el jurista– nada menos que por la ley natural, y que se resume en la siguiente frase: *furtum est contractatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia*¹⁹.

Luego, la comisión del delito de hurto requiere la concurrencia de dos elementos copulativos, por así decirlo, uno material y otro espiritual: el hecho objetivo de la *contractatio*²⁰ (que podemos traducir como apoderamiento de la cosa, sin que necesariamente implique un acto de sustracción), por una parte, y el *animus lucri faciendi (animus furandi)*²¹, por la otra²². Paulo reitera esta doctrina en varias ocasiones y en distintos contextos²³, lo que autoriza a formarse una idea relativamente clara de su noción de *furtum* y, en especial, de los requisitos para su procedencia. A mayor abundamiento, la doctrina recién esbozada encuentra su debida aplicación

¹⁸ Véase p. ej. Gai. 3, 196; D. 13, 1, 16 (Pomp. 38 *ad Q. Muc.*); D. 47, 2, 77pr. (Pomp. 38 *ad Q. Muc.*). Cfr. PENNITZ, Martin, *Acria et severa iudicia de furtis habita esse apud veteres ... (Gellius 6,15,1). Überlegungen zum furtum usus*, en ZSS., 134 (Graz, 2017), pp. 147 ss. y 153 ss.

¹⁹ Cfr. I. 4, 1, 1: “*Furtum est contractatio rei fraudulosa vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve [...]*”. Sobre la noción romana de *furtum* y su evolución histórica, desde la *amotio rei* hasta la *contractatio*, véase especialmente ALBANESE, Bernardo, *La nozione di furtum fino a Nerazio*, en AUPA., 23 (Palermo, 1953), pp. 5 ss; ÉL MISMO, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, en AUPA., 25 (Palermo, 1956), pp. 85 ss.; ÉL MISMO, *La nozione del furtum nell'elaborazione dei giuristi romani*, en Jus, 9 (Milano, 1958), pp. 315 ss. Una síntesis de la cuestión en ÉL MISMO, *Furto (introduzione storica)*, en ED., 18 (Milano, Giuffrè, 1969), pp. 313 ss.; ZIMMERMANN, Reinhard, *Furtum*, en PARICIO SERRANO, Javier (ed.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994), pp. 753 ss. Para las distintas hipótesis de ejercitabilidad de la *actio furti* véase recientemente GIGLIO, Francesco, *The Taxonomy of the actio furti. Between Ownership and Commerce*, en ZSS., 134 (Graz, 2017), pp. 106 ss.

²⁰ El carácter esencial de la *contractatio* para la configuración del delito de hurto es destacado por Ulpiano en D. 47, 2, 52, 19 (Ulp. 37 *ad ed.*): “*Neque verbo neque scriptura quis furtum facit: hoc enim iure utimur, ut furtum sine contractatione non fiat. quare et opem ferre vel consilium dare tunc nocet, cum secuta contractatio est*”. Cfr. WATSON, Alan, *Contractatio as an Essential of furtum*, en LQR., 77 (London, 1961), pp. 526 ss.; ÉL MISMO, *The Definition of furtum and the Trichotomy*, en TR., 28 (Leiden-Boston, 1960), pp. 197 ss.; BUCKLAND, William Warwick, *Contractatio*, en LQR., 57 (London, 1941), pp. 467 ss. En las fuentes aparecen también como sinónimos de *contractare*, según el contexto, los verbos *adtractare* en Gell. Noct. Att. 11,18,20, *attingere* en D. 47, 2, 46, 7 (Ulp. 42 *ad Sab.*) y *amovere* en Gai. 3, 195.

²¹ Véase THOMAS, Joseph Anthony Charles, *Animus furandi*, en Iura, 19 (Napoli, 1968), pp. 1 ss.

²² Cfr. SCHEIBELREITER, Philipp, *Infuriando depositum nemo facit furtum? Zu den Ursprüngen der Verwahrhaftung*, en BUONGIORNO, Pierangelo; LOHSSE, Sebastian (eds.), *Fontes Iuris. Atti del VI Jahrestreffen Junger Romanistinnen und Romanisten. Lecce, 30-31 marzo 2012* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013), pp. 187 ss.

²³ Así, especialmente, en D. 47, 7, 8, 2 (Paul. 39 *ad ed.*): “*Igitur si ceciderit et lucri faciendi causa contractaverit, etiam furti tenebitur lignorum causa et conditione et ad exhibendum*”. Cfr. también D. 25, 2, 21, 1 (Paul. 37 *ad ed.*); D. 41, 2, 3, 18 (Paul. 54 *ad ed.*); D. 47, 2, 6pr. (Paul. 9 *ad Sab.*); D. 47, 2, 22pr. (Paul. 9 *ad Sab.*).

en un interesante fragmento, esta vez incorporado al Digesto por los compiladores justinianeos –al igual que la fuente objeto de nuestro análisis– en *sedes materiae* de la protección procesal del depósito (D. 16, 3), en el que se expresa que, ante un supuesto de *contractatio* de la *res deposita* contra la voluntad del depositante (*invito domino contractare*), este último se ve favorecido por una concurrencia de acciones, pudiendo ejercer contra el depositario infiel tanto la *actio depositi* como la *actio furti*: D. 16, 3, 29pr. (Paul. 2 *sent.*): “*Si sacculum vel argentum signatum deposuero et is penes quem depositum fuit me invito contractaverit, et depositi et furti actio mihi in eum competit*”. Del texto citado se deduce que la *contractatio* da lugar a un hurto y, consecuentemente, autoriza al depositante a ejercer la *actio furti*; pero como, además, el comportamiento del depositario representa, al mismo tiempo, un incumplimiento de su obligación restitutoria, el depositante se encuentra legitimado para ejercer igualmente la acción contractual, a saber, la *actio depositi*, sin que se especifique cuál de ellas, si la concebida en el derecho y de buena fe (*actio depositi in ius concepta ex fide bona*), o la de origen pretorio (*actio depositi in factum*)²⁴.

Ahora bien, los autores que quieren encontrar en D. 16, 3, 13, 1 un supuesto de *condictio ex causa furtiva*, relacionan la fuente con un texto extraído del comentario de Pomponio al *ius civile* de Quinto Mucio Escévola, donde aparece que se puede ejercer la *condictio* contra el comodatario o el depositario que ha utilizado indebidamente la cosa recibida, ya que ello constituiría un hurto²⁵: D. 13, 1, 16 (Pomp. 38 *ad Q. Muc.*): “*Qui furtum admittit vel re commodata vel deposita utendo, condicione quoque ex furtiva causa obstringitur: quae differt ab actione commodati hoc, quod, etiamsi sine dolo malo et culpa eius interierit res, condicione tamen tenetur, cum in commodati actione non facile ultra culpam et in depositi non ultra dolum malum teneatur is, cum quo depositi agetur*”²⁶. El fragmento muciano/pomponiano versa sobre la concurrencia, ampliamente reconocida por la jurisprudencia

²⁴ Para la dualidad accional del depósito, atestiguada en múltiples fuentes, entre las que destaca la explicación general de Gai. 4,47, y sus implicancias en el régimen de responsabilidad del depositario, véase especialmente WALTER, Tom, *Die Funktionen*, cit. (n. 13), pp. 33 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.; 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-Verlag, 2005), pp. 127 ss.; CASTRO SÁENZ, Alfonso, *Responsabilidad y duplicidad formularia: los casos del depósito y el comodato en la época clásica*, en MURILLO VILLAR, Alfonso (ed.), *La responsabilidad civil: de Roma al derecho moderno* (Burgos, Universidad de Burgos, 2001), pp. 187 ss.; GANDOLFI, Giuseppe, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana* (Milano, Giuffrè, 1976), pp. 69 ss.; BURILLO LOSHUERTOS, Jesús, *Las fórmulas de la ‘actio depositi’*, en *SDHI.*, 28 (Città del Vaticano, 1962) pp. 233 ss.; ROTONDI, Giovanni, *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano. Le due formule classiche dell’actio depositi*, en ARANGIO-RUIZ, Vincenzo; ALBERTARIO, Emilio; DE FRANCISCI, Pietro (eds.), *Scritti giuridici* (Milano, Ulrico Hoepli, 1922), II, pp. 1 ss.

²⁵ En este sentido WALTER, Tom, *Die Funktionen*, cit. (n. 13), pp. 329 ss. Notablemente PIKA, Wolfram, *Ex causa furtiva condicere*, cit. (n. 13), pp. 46 ss., comenta esta fuente únicamente con relación al comodato, omitiendo toda referencia al depósito.

²⁶ Para la fuente en el contexto de la obra muciana, véase recientemente FERRARY, Jean-

romana, entre *actio furti* y *condictio*²⁷, a fin de otorgar una protección más eficaz a la víctima del delito de *furtum*, como enseña Gayo en sus Instituciones (*quo magis pluribus actionibus teneantur*), quien recurre al curioso fundamento (que más bien parece ser una simple excusa) del *odio furum*, el odio a los ladrones²⁸. Específicamente, aquí se trataría de la modalidad del *furtum usus*, el hurto de uso, advirtiéndose una continuidad temática con otro texto no conservado en el Digesto, pero 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*”.

Las dos fuentes de impronta muciana citadas precedentemente se refieren en términos explícitos y directos a supuestos de hurto, y la primera de ellas también a la ejercitabilidad de la *condictio (ex furtiva causa)*. La segunda, en cambio, nada dice sobre la acción a impetrar por quien entregó las cosas en custodia, por lo que se puede dudar sobre si ésta sería la *actio furti*, o bien, la *condictio*, o cualquiera de ellas, partiendo de la base de la concurrencia recién mencionada. Como es sabido, la procedencia de la *actio furti* en supuestos como el descrito, donde no se ha configurado la sustracción ilícita de una cosa mueble ajena (*amotio rei*), sino solo su utilización indebida, supone la ampliación de la noción originaria de hurto a casos de *contractatio* y, con ello, también al denominado *furtum usus*. Del tenor de los textos transcritos se desprende que en ambos se discurre sobre la base de la idea de un hurto que se ha verificado bajo la forma de utilización indebida de la cosa recibida en custodia, ya sea porque no se podía utilizar en absoluto (como ocurre, en principio, en el depósito)²⁹, o porque, pudiendo usarse, se le dio un uso distinto del convenido (posibilidad que admite el comodato, en cuanto préstamo de uso)³⁰.

Sin embargo, lo cierto es que de D. 16, 3, 13, 1 no puede extraerse argumento textual alguno que autorice a relacionar dicho fragmento con las fuentes de origen muciano recién citadas, en el sentido de concebir la *condictio depositae rei nomine* de Paulo como una alusión implícita a la *condictio ex causa furtiva* y, por lo mismo, a una eventual equiparación del *non reddere* doloso del depositario con el *furtum*,

Louis; SCHIAVONE, Aldo; STOLFI, Emanuele, *Quintus Mucius Scaevola. Opera* (Roma, “L’Erma” di Bretschneider, 2018), pp. 350 ss.

²⁷ A juicio de WALTER, Tom, *Die Funktionen*, cit. (n. 13), pp. 214 ss., p. 217, no sería, en cambio, un supuesto de concurrencia con (además) la *actio depositi*.

²⁸ Gai. 4, 4: “[...] *plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, receptum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur: si paret eos dare oportere, quamvis sit etiam adversus eos haec actio, qua rem nostram esse petimus*”. Sobre esta curiosidad gayana véase D’ORS, Álvaro, *The ‘odio furum’ of Gaius 4,4*, en RIDA., 12 (Liège, 1965), pp. 453 ss.

²⁹ Cfr. Gai. 3, 196; D. 13, 1, 16 (Pomp. 38 *ad Q. Muc.*); D. 47, 2, 77pr. (Pomp. 38 *ad Q. Muc.*).

³⁰ Cfr. Gai. 3, 197; D. 13, 6, 5, 8 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 47, 2, 77pr. (Pomp. 38 *ad Q. Muc.*).

probablemente en la forma de *furtum usus*. Como veremos a continuación, la potencial identificación del *non reddere* con el delito de hurto *tout court*, solo se justificaría en la medida que la negativa (incluso dolosa) del depositario a restituir la *res deposita*, constituya una modalidad de *contractatio* con *animus furandi* (*lucri faciendi*), y no una simple *infitiatio-abnegatio*.

En efecto, contra la muy difundida idea de que el *non reddere* de parte del depositario representaría *sic et simpliciter* un supuesto de hurto, conspira un texto del propio Paulo, precedentemente citado a propósito de la definición de *furtum*, en el cual sostiene que quien niega el depósito (se entiende: quien se niega a restituir la *res deposita*) no está sujeto a la *actio furti* (vale decir, no comete *furtum*), a menos que lo oculte. Lo anterior, en concordancia con el principio de que la sola intención de cometer hurto no nos convierte en ladrones: 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 intercipiendi causa occultaverit*”.

Este texto es de la mayor relevancia. Según el jurista, la mera intención de hurtar (*sola cogitatio furti*), la que se manifiesta en un *abnegare* por parte del depositario, sin que se llegue a poner dicha voluntad por obra mediante un *occultare* (u otra especie de *contractare*), no convierte al depositario inmediatamente en ladrón (*non statim etiam furti tenetur*). Aquí, la partícula *etiam* (también) debe ser entendida en el sentido que el depositante de todos modos se encuentra amparado, además, por la acción contractual, la *actio depositi*³¹. Por cierto, la exclusión de la *actio furti* (ya que no se ha cometido un hurto) implica asimismo la improcedencia de la *condictio* en su modalidad *ex causa furtiva*., puesto que ambas acciones encuentran su fundamento en el mismo hecho ilícito. Asimismo, Paulo reitera en lo sustancial la misma idea en el marco de su comentario al edicto en materia de *possessio* y *usucapio*³², al afirmar que el depositante no pierde la posesión de la *res deposita* por el solo hecho que el depositario la haya tocado con ánimo furtivo (*furti faciendi causa contractaveris*), porque la intención de negarla (*animus infitiandi*) no basta para configurar el delito: 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*”³³.

En términos muy similares a Paulo se expresa el jurista alto-clásico Juvencio Celso, según el cual nadie comete hurto por el solo hecho de negarse a restituir la cosa depositada (*infitiando depositum nemo facit furtum*), aunque reconoce que es una situación similar (*prope furtum*); lo anterior, porque el hurto exige, como

³¹ PENNITZ, Martin, *Das ‘non reddere’ als Deliktstatbestand*, cit. (n. 15), pp. 211 s. Cfr. D. 16, 3, 11 (Ulp. 41 *ad Sab.*).

³² Cfr. LENEL, Otto, *Paling. I*, cit. (n. 5), c. 1063 ss.

³³ Se refleja en lo fundamental la misma idea en D. 41, 2, 47pr. (Pap. 26 *quaest.*): “*Si rem mobilem apud te depositam aut ex commodato tibi, possidere neque reddere constitueris, confestim amisisse me possessionem vel ignorantem responsum est*”. Cfr. SCHEIBELREITER, Philipp, *Infitiando depositum nemo facit furtum?*, cit. (n. 22), p. 193; WALTER, Tom, *Die Funktionen*, cit. (n. 13), p. 326.

requisito indispensable, que el agente tome posesión de la cosa depositada con la intención de defraudar: D. 47, 2, 68pr. (Cels. 12 dig.): “*Infitiando depositum nemo facit furtum (nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum est): sed si possessionem eius apiscatur intervertendi causa, facit furtum. nec refert, in digito habeat anulum an dactyliotheca quem, cum deposito teneret, habere pro suo destinaverit*”³⁴. Celso, en sintonía con Paulo, rechaza la idea de que la simple negación de restituir la *res deposita* represente una hipótesis de *furtum*, aunque fácticamente se trate de una situación (al menos externamente) parecida (*nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum est*)³⁵. La clave para comprender el texto celsino se encuentra, en nuestra opinión, en la frase final: con independencia de que el supuesto de hecho descrito por el jurista se asemeje bastante a un hurto en su aspecto material, sigue siendo imprescindible que se conecte con el elemento espiritual (*intervertendi causa*)³⁶, no bastando el *destinare habere pro suo*, si éste no se exterioriza en alguna modalidad de *contrectare* (aquí: *possessionem apisci*)³⁷.

Una línea interpretativa semejante es seguida también por Papiniano, aunque en el ámbito del mandato, cuando señala en sus *libri responsorum* que el procurador que no sustrajo las cosas guardadas, pero tampoco las restituyó (*non reddit*), queda sujeto a la *actio mandati*, no así a la *actio furti*: D. 17, 1, 55 (Pap. 1 resp.): “*Procurator, qui non res inclusas subtraxit, sed traditas non reddidit, iudicio mandati, non furti tenetur*”. Papiniano destaca que aquí solo es posible ejercer de la acción contractual (la *actio mandati directa*), lo que permite asumir que la improcedencia de la acción delictual (la *actio furti*) obedece a que la falta de restitución por parte del procurador no configura (de suyo) un hurto. Lo mismo debiera poder decirse del depositario, quien es igualmente un mero detentador de las cosas recibidas en custodia³⁸.

Habida consideración de lo expuesto precedentemente, los fragmentos tenidos a la vista permiten formarse una imagen suficientemente nítida de la calificación jurídica otorgada por la jurisprudencia clásica (representada aquí principalmente por Paulo, Celso y Papiniano) al *non reddere* en que incurre el depositario: la negativa de este último a restituir la cosa cuya custodia le ha sido encomendada, no es suficiente para configurar el delito de *furtum*, en la medida que el *non reddere*, bajo la forma de *abnegare depositum*, no representa en sí mismo un supuesto de *contrectatio* en general, ni tampoco uno de *furtum usus* en especial³⁹. A este

³⁴ Sobre la fuente véase p.ej. ALBANESE, Bernardo, *La nozione del furtum da Nerazio*, cit. (n. 19), pp. 179 ss.; THOMAS, Joseph Anthony Charles, *Infitiando depositum nemo facit furtum*, en *Studi in onore di Edoardo Volterra* (Milano, Giuffrè, 1971), II, pp. 759 ss.; más recientemente SCHEIBELREITER, Philipp, *Infitiando depositum nemo facit furtum?*, cit. (n. 22), pp. 179 ss.

³⁵ Cfr. SCHEIBELREITER, Philipp, *Infitiando depositum nemo facit furtum?*, cit. (n. 22), p. 192; WALTER, Tom, *Die Funktionen*, cit. (n. 13), p. 326.

³⁶ Véase también D. 47, 2, 43, 10 (Ulp. 41 *ad Sab.*). Cfr. ALBANESE, Bernardo, *La nozione del furtum da Nerazio*, cit. (n. 19), pp. 100 ss.

³⁷ Cfr. PENNITZ, Martin, *Das ‘non reddere’ als Deliktstatbestand*, cit. (n. 15), pp. 222 ss.; WALTER, Tom, *Die Funktionen*, cit. (n. 13), p. 326.

³⁸ PENNITZ, Martin, *Das ‘non reddere’ als Deliktstatbestand*, cit. (n. 15), p. 225.

³⁹ Cfr. WALTER, Tom, *Die Funktionen*, cit. (n. 13), p. 327; PENNITZ, Martin, *Actia et severa iudicia*, cit. (n. 18), pp. 153 ss.

respecto, discrepamos con Scheibelreiter, quien estima que el *non reddere* consistiría en un comportamiento distinto de la simple *infitiatio* o *depositum abnegare* y que, en cuanto tal, bien podría dar lugar a un hurto⁴⁰. No logramos comprender en qué podría consistir la diferencia fáctica (más allá de los conceptos) entre una y otra actitud del depositario, quien en última instancia (esto es lo que importa) se está negando a cumplir con la obligación de restitución al solo requerimiento del depositante, que es de la esencia del depósito⁴¹.

Así las cosas, el *furtum* y, consecuencialmente, la ejercitabilidad de la *actio furti* (y, podríamos añadir, de la *condictio ex causa furtiva*, atendida la concurrencia entre ambas acciones y el hecho que ambas proceden del mismo hecho ilícito), solo se configura en supuestos de *possessionem apisci, intervertendi causa, intercipiendi causa occultare, furti faciendi causa*, en cuanto especies de *contractare*. En cambio, no se incurre en un hurto en casos de *infitiatio* (*depositum infitiari*), de *depositum abnegare* o de *loco non movere et infitiandi animus habere*, al no constituir eventos de *contractatio* con *animus lucri faciendi* (*animus furandi*)⁴². Luego, el testimonio de las fuentes de que disponemos no autoriza a ver en el mero *infitiari/abnegare* una *contractatio* en sentido propio, cuestión que es de suma importancia a la hora de interpretar el sentido y alcance del otorgamiento de una *condictio* al depositante en D. 16, 3, 13, 1.

3. La “*condictio depositae rei nomine*” como supuesto de “*condictio sine datione*” no *furtiva*.

Volvamos a nuestra fuente, 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, conductione obligari, verum quod dolum malum admiserit*”. De lo expuesto en el acápite precedente resulta que las fuentes analizadas no ofrecen suficiente apoyo textual a la tesis según la cual la *condictio depositae rei nomine* a que alude Paulo sería, en realidad, un supuesto de *ex causa furtiva condicere*, ya que el *non reddere* no representa necesariamente una *contractatio* con *animus lucri faciendi* ni, por ende, un *furtum*. Tampoco debe inducir a equívoco la explícita referencia paulina al dolo del depositario, cuyo significado, tomado a la ligera, pudiera ser considerado como una prueba del contenido delictual del fragmento. En el derecho romano, el *dolus* tenía múltiples significados, según el contexto de aplicación, no todos los cuales se identificaban con el elemento subjetivo de un delito⁴³. En lo que concierne al presente artículo, el dolo consiste, precisamente, en el criterio de valoración del comportamiento del depositario, que debe ser entendido en términos más bien amplios, esto es, como

⁴⁰ SCHEIBELREITER, Philipp, *Infitiando depositum nemo facit furtum?*, cit. (n. 22), p. 195.

⁴¹ Cfr. D. 16, 3, 1, 22 (Ulp. 30 *ad ed.*).

⁴² Cfr. WALTER, Tom, *Die Funktionen*, cit. (n. 13), p. 326.

⁴³ Cfr. GARCÍA CAMIÑAS, Julio, *La problemática del dolo en el derecho romano clásico*, en PARICIO SERRANO, Javier (ed.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994), pp. 945 ss.

un actuar desleal de su parte⁴⁴, y no únicamente como un deliberado propósito de perjudicar al depositante⁴⁵, ni mucho menos como un *animus furandi*.

Al margen de la circunstancia que la limitación de la responsabilidad del depositario al solo dolo⁴⁶ 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*)⁴⁷, lo cierto es que el *dolus* se mantuvo como criterio de imputación de responsabilidad del depositario 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 el cumplimiento de sus obligaciones⁴⁸. Así consta, por

⁴⁴PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *El depósito*, en PARICIO SERRANO, Javier (ed.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994), p. 273. Más ampliamente ÉL MISMO, *Deponere y reddere en la actio depositi in factum* (Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1989).

⁴⁵Cfr. ROTONDI, Giovanni, *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano. La misura della responsabilità nell'actio depositi*, en ARANGIO-RUIZ, Vincenzo; ALBERTARIO, Emilio; DE FRANCISCI, Pietro (eds.), *Scritti Giuridici* (Milano, Ulrico Hoepli, 1922), II, p. 95.

⁴⁶Lo cual se aprecia 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.*). Cfr. LITIEWSKI, Wieslaw, *Depositary's liability in Roman Law*, en *AG.*, 190 (Modena, 1976), pp. 4 ss.

⁴⁷Así 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*". Cfr. GANDOLFI, Giuseppe, *Il deposito*, cit. (n. 24), pp. 46 ss.; EVANS-JONES, Robin, *The action of the XII Tables 'ex causa depositi'*, en *Labeo*, 34 (Napoli, 1988), pp. 188 ss.; TALAMANCA, Mario, *Le Dodici Tavole ed i negozi obbligatori*, en HUMBERT, Michel (ed.), *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti* (Pavia, Pavia University Press, 2005), p. 344 (n. 39); SCHEIBELREITER, Philipp, *Zwischen furtum und Litiskreszenz: Überlegungen zur poena dupli der actio ex causa depositi*, en *RIDA.*, 56 (Liège, 2009), pp. 131 ss.; ÉL MISMO, *Infittando depositum nemo facit furtum?*, cit. (n. 22), pp. 179 ss. Una visión de conjunto sobre la evolución histórica del contrato de depósito en ASTUTI, Guido, *Deposito (storia)*, en *ED.*, 12 (Milano, Giuffrè, 1964), pp. 212 ss.

⁴⁸Así 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 substitutum, 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 mandatam, 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*

lo demás, en la fórmula de la *actio depositi in factum*, reconstruida principalmente sobre la base del testimonio de Gayo: “*C. Aquilius iudex esto. Si paret A. Agerium apud N. Negidium mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo N. Negidii A. Agerio redditam non esse, quanti ea res erit tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvido*”⁴⁹.

De la fórmula de la acción honoraria de depósito se desprende que el supuesto de hecho para la condena del *reus* es, precisamente, la falta de restitución de la *res deposita* (*redditam non esse*) por dolo (*dolo malo*) del depositario. Lejos de constituir un delito, la negativa dolosa de éste a restituir la cosa cuya custodia le fue encomendada⁵⁰, no representa sino el presupuesto para que la acción pueda prosperar, al ser el dolo malo la causa del *non reddere*⁵¹. De lo contrario, habría que asumir que el incumplimiento del contrato sería siempre una hipótesis delictual, lo que no es efectivo. En concreto, el comportamiento (activo o pasivo) doloso del depositario que lo hace responsable puede consistir en no conducirse respecto de la *res deposita* del mismo modo que respecto de las suyas propias, situación asimilable al dolo (así llamada *diligentia quam suis*)⁵²; en restituir la cosa deteriorada o de alguna manera que afecte su integridad⁵³; o, en términos generales, en no restituir la cosa en absoluto, situación expresamente mencionada en las fuentes como desencadenante de responsabilidad –por así decirlo– contractual, no delictual⁵⁴.

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*, en *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*² (2010, Bologna, Il Mulino, 2018), pp. 69 ss.

⁴⁹ Gai. 4, 47. Cfr. LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum*, cit. (n. 5), p. 289; MANTOVANI, Dario, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*² (1992, Padova, CEDAM, 1999), p. 66.

⁵⁰ Utilizamos aquí el término custodia en sentido amplio, como guarda de la cosa, no en sentido técnico-jurídico (como criterio de atribución de responsabilidad), ya que el depositario *custodiam non praestat* (Gai. 3, 207).

⁵¹ PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *El depósito*, cit. (n. 44), pp. 270 ss. Cfr. también ROTONDI, Giovanni, *La misura della responsabilità*, cit. (n. 45), pp. 91 ss.; GANDOLFI, Giuseppe, *Il deposito*, cit. (n. 24), p. 94; WALTER, Tom, *Die Funktionen*, cit. (n. 13), pp. 159 ss. Una visión de conjunto sobre el dolo como criterio de imputación de responsabilidad en RODRÍGUEZ MONTERO, Ramón, *Responsabilidad contractual y extracontractual en derecho romano. Una aproximación con perspectiva histórica* (Santiago de Compostela, Andavira, 2015), pp. 55 ss.

⁵² 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*”.

⁵³ Así p. ej. según Ulpiano en 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*”.

⁵⁴ Particularmente claro en este sentido es Ulpiano en D. 16, 3, 1, 21-22 (Ulp. 30 ad ed.): “*Inde scribit Neratius, si res deposita sine dolo malo amissa sit et post iudicium acceptum reciperaretur, nihilo minus recte ad restitutionem reum compelli nec debere absolvi, nisi restituat. idem Neratius ait, quamvis tunc tecum depositi actum sit, cum restituendi facultatem non habeas horreis forte clusis, tamen si ante condemnationem restituendi facultatem habeas, condemnandum te nisi restituas, quia res apud te est: tunc enim quaerendum, an dolo malo feceris, cum rem non habes. 22. Est autem et*

En cuanto a la *actio depositi in ius ex fide bona* (*directa*), ésta no encuentra su presupuesto en la no restitución de la cosa depositada, como tampoco en el *dolus malus* del depositario; por el contrario, la acción se remite genéricamente a todo aquello que éste debe dar o hacer según el criterio de la buena fe, motivo por el cual la condena no se vincula al simple valor de la *res deposita* (*quanti era res erit*), como ocurre en la fórmula *in factum*, sino que al interés del acreedor (*quod interest actoris*), circunstancia que amplía notablemente los supuestos de incumplimiento y el margen de apreciación del *iudex* para condenar al *reus*⁵⁵. Así se lee en la reconstrucción de la fórmula *in ius ex fide bona*, también sobre la base del magisterio de Gayo: “*C. Aquilius iudex esto. Quod A. Agerius apud N. Negidium mensam argentream deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvo*”⁵⁶.

De esta manera, la situación planteada por Paulo en D. 16, 3, 13, 1 se acerca más al presupuesto de la *condemnatio* según la fórmula *in factum* que a la fórmula *in ius ex fide bona*, aunque el contexto palingénico del fragmento (el trigésimo primer libro del comentario *ad edictum*) sea el tratamiento de esta última, por lo que es probable que nos encontremos en presencia de un excurso, una desviación de la temática general del libro, a propósito de las consecuencias del comportamiento doloso del depositario, el que en sí mismo no es imprescindible en el marco de la acción de buena fe. Pues bien, en vista tanto del contenido de la fórmula de la *actio depositi in factum concepta* como de los criterios jurisprudenciales recién mencionados para la condena del *reus* en dicho contexto, no se aprecian en la situación planteada por Paulo elementos que permitan asumir que aquí el jurista se habría querido referir a un hecho delictual, específicamente a un hurto y, con ello, al otorgamiento de una *condictio ex causa furtiva*. En efecto, Paulo se limita a afirmar que la *condictio* también (*etiam*) compete en razón de la cosa depositada, pero no antes de que se haya cometido algo con dolo, ya que uno no se obliga por la *condictio* por el solo hecho de haber recibido un depósito, sino porque ha cometido algo con dolo malo; hipótesis que, considerada en sí misma, es, como ya dijimos, el presupuesto de condenación del depositario en sede de *actio depositi in factum*.

Creemos que la clave para la comprensión del fragmento paulino se encuentra en el carácter estrictamente restitutorio de la acción pretoria de depósito, en cuanto la *condemnatio* está limitada al simple valor de la *res deposita* (*quanti era res erit* [...] *tantam pecuniam condemnato*): tanto la *actio depositi in factum* como la *condictio*

apud Iulianum libro tertio decimo digestorum scriptum eum qui rem deposuit statim posse depositi actione agere: hoc enim ipso dolo facere eum qui suscepit, quod reposcenti rem non reddat. Marcellus autem ait non semper videri posse dolo facere eum, qui reposcenti non reddat: quid enim si in provincia res sit vel in horreis, quorum aperiendorum condemnationis tempore non sit facultas? vel condicio depositionis non exstiterit?. Cfr. también D. 16, 3, 12, 3 (Pomp. 22 *ad Sab.*); D. 16, 3, 13pr. (Paul. 31 *ad ed.*) y D. 16, 3, 21pr.-1 (Paul. 60 *ad ed.*).

⁵⁵ Cfr. PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *El depósito*, cit. (n. 44), pp. 276 ss.; GANDOLFI, Giuseppe, *Il deposito*, cit. (n. 24), p. 95.

⁵⁶ Gai. 4, 47. Cfr. LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum*, cit. (n. 5), p. 288; MANTOVANI, Dario, *Le formule*, cit. (n. 49), p. 51.

se encuentran ordenadas a la restitución del *simplum*, ya que tienen por objeto hacer valer una obligación de *reddere*, donde la principal diferencia entre una y otra está en la naturaleza puramente honoraria de la primera, y el carácter civil de la segunda. De ahí que no deba extrañar que ya Pernice se haya referido a las acciones honorarias estrictamente restitutorias (en concreto, las *actiones depositi, commodati* y *pigneraticia in factum conceptae*) como *kondiktionenartige Klage*, esto es, acciones construidas según el modelo de la *condictio*⁵⁷. Así las cosas, atendido que la *condictio* no exige un comportamiento doloso del *accipiens*, bastando el solo hecho objetivo de la *retentio sine causa* o una situación analogable a ella, Paulo es perfectamente coherente al establecer que, ante la falta de restitución de la *res deposita* por dolo malo del depositario, el depositante, además (*etiam*) de la *actio depositi in factum*, cuya ejercitabilidad se da por supuesta, es legitimado activo, *a fortiori*, de la *condictio*, a fin de reclamar el *simplum* del valor pecuniario de la *res deposita*. La afinidad procesal (que es lo que importaba a los clásicos) entre la acción de depósito pretoria y la condición civil, en cuanto acciones ejercitables en el evento de un *non reddere* injustificado, salta a la vista a la luz del testimonio de las fuentes: al aludir a una *condictio depositae rei nomine*, Paulo quería decir simplemente eso, una *condictio* por causa de depósito; en ningún caso se refería a una *condictio ex causa furtiva*, ya que la fuente nada dice al respecto, ni tal interpretación se condice con la noción paulina de *furtum*, como ya vimos. De hecho, cuando el jurista se refiere a la concurrencia entre la acción contractual y la *condictio* con motivo de *furtum*, lo dice así expresamente, como ocurre en materia de comodato, figura afín al depósito⁵⁸.

II. *CONDICERE*, *CREDERE* Y *DEPONERE* SEGÚN EL TESTIMONIO DE PAULO

Lo expuesto precedentemente implica considerar la *condictio depositae rei nomine* de D. 16, 3, 13, 1 como un supuesto de *condictio sine datione* no furtiva. La doctrina mayoritaria sostiene que la *datio rei* en sentido estricto, esto es, la transferencia de dominio quirritario sobre una cosa⁵⁹ (lo que ciertamente no acaece en el *depositum*, que consiste en el traspaso de la mera *detentio* o *possessio naturalis* sobre la *res deposita*)⁶⁰, es requisito indispensable para la ejercitabilidad de la *condictio*, contexto en el cual la así llamada *condictio ex causa furtiva* representaría

⁵⁷ PERNICE, Alfred, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit* (Halle, 1873, reimp. Aalen, Scientia, 1963), I, pp. 429 ss. Cfr. también KASER, Max, *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht* (München, C. H. Beck, 1935), pp. 69 ss. para la *actio depositi in factum*.

⁵⁸ En este sentido D. 44, 7, 34, 1 (Paul. *l.s. de concurr. act.*), texto extraído de la monografía escrita por Paulo sobre la concurrencia de acciones, lo que demuestra el interés del jurista por esta temática: “*Si is, cui rem commodavero, eam subripuerit, tenebitur quidem et commodati actione et condicione, sed altera actio alteram peremit aut ipso iure aut per exceptionem, quod est tutius*”. Cfr. PIKA, Wolfram, *Ex causa furtiva condicere*, cit. (n. 13), p. 48.

⁵⁹ Este significado de *datio rei* se aprecia con especial nitidez, por ejemplo, en Gai. 2, 204; Gai. 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 Iav. epit.*); D. 45, 1, 75, 10 (Ulp. 22 *ad ed.*); D. 50, 17, 167pr. (Paul. 49 *ad ed.*).

⁶⁰ Cfr. D. 16, 3, 1, 33 (Ulp. 30 *ad ed.*), respecto de la obligación de *reddere* del depositario,

una situación anómala, excepcionalísima, en cuanto no conlleva una *datio*⁶¹. Sin embargo, lo cierto es que en el Digesto se conservan una serie de textos de los cuales se desprende que el derecho romano clásico habría conocido casos de *condictio sine datione* más allá de la *ex causa furtiva*⁶²; lo anterior, sobre la base de la *opinio veterum* atestiguada por Ulpiano en torno a la general aceptación de la *condictio ex iniusta causa*⁶³, nomenclatura lo suficientemente amplia como para abarcar hipótesis en las que ninguna transferencia de dominio ha tenido lugar, como ocurre, por ejemplo, con el comodato, negocio casi en todo afín al depósito⁶⁴, y también con la prenda⁶⁵. Llegados a este punto, cabe plantear la siguiente

que consecuentemente tampoco implica una *datio rei*: “[...] *aliud est enim reddere, aliud quasi de suo dare*”.

⁶¹ Véase especialmente DONATUTI, Guido, *Le causae delle condictiones*, en *Studi Parmensi*, 1 (Milano, 1951), pp. 33 ss.; SCHWARZ, Fritz, *Die Grundlage der Condictio im klassischen römischen Recht* (Münster-Köln, Böhlau, 1952); VON LÜBTOW, Ulrich, *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht* (Berlin, Duncker & Humblot, 1952); SANTORO, Raimondo, *Studi sulla condictio*, cit. (n. 2), pp. 181 ss.; más recientemente SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur*, cit. (n. 11), esp. pp. 234 ss.; HÄHNCHEN, Susanne, *Die causa condictionis. Ein Beitrag zum klassischen römischen Kondiktionenrecht* (Berlin, Duncker & Humblot, 2003). Una sintética exposición de conjunto en HARKE, Jan Dirk, *Das klassische römische Kondiktionensystem*, en *Iura*, 54 (Napoli, 2003), pp. 49 ss. En este contexto destaca D’ORS, Álvaro, *Réplicas Panormitanas IV. Sobre la supuesta ‘condictio’ sin ‘datio’*, en *Iura*, 25 (Napoli, 1974), pp. 1 ss.; ÉL MISMO, *Los precedentes clásicos de la llamada ‘condictio possessionis’*, en *AHDE.*, 31 (Madrid, 1961), pp. 629 ss., quien rechaza en absoluto la idea de una *condictio sine datione* en el derecho romano clásico. De ahí que en ÉL MISMO, *Observaciones sobre el ‘edictum de rebus creditis’*, en *SDHI.*, 19 (Città del Vaticano, 1953), pp. 149 ss., 151, plantee que incluso la *condictio ex causa furtiva* impone al ladrón una obligación de *dare*, ya que el ejercicio de esta acción por parte de la víctima presupone una renuncia a la *reivindicatio* y, con ello, la pérdida del dominio.

⁶² En detalle al respecto HEINE, Sonja, *Condictio sine datione. Zur Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung im klassischen römischen Recht und zur Entstehung des Bereicherungsrechts im BGB* (Berlin, Duncker & Humblot, 2006). Véase también VOCCI, Pasquale, *Conditiones e possesso*, en *SDHI.*, 71 (Città del Vaticano, 2005), pp. 17 ss.

⁶³ D. 12, 5, 6 (Ulp. 18 ad Sab.): “*Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est*”. Un detallado análisis del fragmento y sus implicancias en el régimen romano de la *condictio* en SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur*, cit. (n. 11), pp. 98 ss., con amplia bibliografía. Cfr. también HÄHNCHEN, Susanne, *Sab.-Ulp. D. 12,5,6 und die condictio ex iniusta causa*, en *ZSS.*, 121 (Graz, 2004), pp. 385 ss.

⁶⁴ Así, por ejemplo, el propio Paulo en D. 12, 5, 9pr. (Paul. 5 ad Plaut.): “*Si vestimenta utenda tibi commodavero, deinde pretium, ut reciperem, dedissem, condictione me recte acturum responsum est: quamvis enim propter rem datum sit et causa secuta sit, tamen turpiter datum est*”. Cfr. PASTORI, Franco, *Il comodato in diritto romano* (Bologna, Cisalpino, 1995), pp. 142 ss.; MILAZZO, Antonio, *Il contratto di comodato. Modelli romani e disciplina moderna* (Torino, Giappichelli, 2018), pp. 131 ss. También podría plantearse que en D. 13, 6, 21pr. (Afr. 8 quaest.) el jurista Africano alude implícitamente a la *condictio*. Cfr. SCHEIBELREITER, Philipp, *Konträrklage oder condictio? Marginalia zu D. 13.6.21 pr. (Afr. 8. quaest.)*, en PIRO, Isabella (ed.), *Scritti per Alessandro Corbino* (Tricase, Libellula, 2016), VI, pp. 621 ss. Sobre la originaria tutela del *commodatum* a través de la *condictio* véase CERAMI, Pietro, *Il comodato*, en PARICIO SERRANO, Javier (ed.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994), pp. 306 ss.

⁶⁵ D. 12, 1, 4, 1 (Ulp. 34 ad Sab.): “*Res pignori data pecunia soluta condici potest [...]*”. Cfr.

pregunta: ¿Podrá acaso considerarse una mera coincidencia que tanto el depósito, como el comodato y la prenda, negocios en los cuales la obligación de *reddere* se hace valer mediante acciones honorarias construidas según el modelo de la *condictio* (las *kondiktionenartige Klagen* de Pernice), admitan el ejercicio también (el *etiam* de Paulo) de esta última acción a efectos de exigir el *simpulum* del valor de la cosa *non reddita*, aunque no se haya incurrido en un *furtum*? Creemos que no, con mayor razón tratándose de un texto de Paulo.

Ahora bien, el Digesto contiene dos fragmentos de Ulpiano, de los cuales, en principio, puede desprenderse que el *depositum* habría estado excluido del catálogo de *causae credendi*: mientras en uno de ellos se distingue entre dar una cosa en crédito y entregarla en depósito⁶⁶, en el otro se explica la noción edictal de *credutum*, en la cual se incluyen las cosas entregadas por causa de *mutuum*, *commodatum* y *pignus*, omitiéndose toda referencia al *depositum*⁶⁷. Atendido que ambos textos del comentario ulpiano *ad edictum* distinguen —explícita o implícitamente— entre *credere* y *deponere*, pareciera que, *prima facie*, los instrumentos de tutela del interés del depositante en el derecho romano habrían sido construidos al margen del título edictal *de rebus creditis*⁶⁸, cuyo contenido gravita en torno a la *condictio* y otras acciones honorarias construidas según su modelo⁶⁹. Sin embargo, según el testimonio de D. 16, 3, 13, 1, el depositante no solo habría estado amparado por una acción modelada según la *condictio* (la *actio depositi in factum*), sino que de plano habría sido legitimado activo de tal acción civil en concurrencia con la acción pretoria de depósito, en iguales términos que el

SANTORO, Raimondo, *Studi sulla condictio*, cit. (n. 2), pp. 186 ss.; SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur*, cit. (n. 11), pp. 33 ss.

⁶⁶ Así aparece explícitamente en D. 42, 5, 24, 2 (Ulp. 63 *ad ed.*), en el contexto de la contraposición con el *mutuum*: “[...] *aliud est enim credere, aliud deponere* [...]”.

⁶⁷ 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*”. Una exégesis detallada del fragmento en ALBANESE, Bernardo, *Per la storia del creditum*, en *AUPA.*, 32 (Palermo, 1971), pp. 5 ss. Cfr. también ÉL MISMO, *Tre studi celsini. Ancora su D. 12, 1, 1, 1: Celso e il credere*, en *AUPA.*, 34 (Palermo, 1973), pp. 77 ss.; ÉL MISMO, *Credito e credere*, en MARRONE, Matteo (ed.), *Scritti Giuridici* (Palermo, 1991), II, pp. 1171 ss.; ÉL MISMO, *Rilievi minimi sul ‘credere’ edittale*, en MARRONE, Matteo (ed.), *Scritti Giuridici* (Palermo, 1991), II, pp. 1551 ss.; CANNATA, Carlo Augusto, ‘*Creditum*’ e ‘*obligationes*’, en *Labeo*, 20 (Napoli, 1974), pp. 104 ss.; MARTINI, Remo, *Due testi per la storia del c.d. ‘credere’ edittale*, en *Atti del II Seminario romanistico gardesano promosso dall’ Istituto milanese di diritto romano e storia dei diritti antichi, 12-14 giugno 1978* (Milano, Giuffrè, 1980), pp. 109 ss.

⁶⁸ Cfr. LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum*, cit. (n. 5), pp. 231 ss.

⁶⁹ Por el mismo motivo, D’Ors considera el depósito como parte de la categoría del *contractus*, la cual separa tajantemente del *credutum*. Véase D’ORS, Álvaro, *Re et verbis*, en MOSCHETTI, Guiscardo (ed.), *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto, Verona 27-28-29 IX 1948* (Milano, Giuffrè, 1951), III, pp. 265 ss.; ÉL MISMO, *Observaciones*, cit. (n. 61), pp. 134 ss.; ÉL MISMO, *Creditum y contractus*, en *AHDE.*, 26 (Madrid, 1956), pp. 6 ss.; ÉL MISMO, *Creditum*, en *AHDE.*, 33 (Madrid, 1963), pp. 345 ss.; ÉL MISMO, *Réplicas Panormitanas I. De nuevo sobre ‘credutum’ (Réplica a la crítica de Albanese)*, en *SDHI.*, 41 (Città del Vaticano, 1975), pp. 205 ss.

comodante y el deudor pignoraticio, ambos *creditores* en el sentido restringido que le da al concepto Ulpiano en D. 12, 1, 1, 1. Vale decir, la pretensión del depositante a la restitución de la *res deposita* estaría protegida por el instrumento procesal, por así decirlo, nuclear del *credere* edictal, como es la *condictio*, además de la *actio depositi in factum*, ejercitable esta última únicamente en el evento de un comportamiento doloso del depositario, según se expresa en su fórmula. Asimismo, esta asistematicidad (ningún pecado para los juristas clásicos) en el planteamiento de la cuestión de la relación del *credere* con el *deponere* se manifiesta a lo largo del libro vigésimo octavo del comentario de Paulo al edicto del pretor, cuyo objeto es, precisamente, el título *de rebus creditis*: aquí, el jurista discurre más de una vez sobre la base de la distinción entre el *mutuum* (*causa credendi* por antonomasia), por una parte, y el *commodatum* (causa de crédito según el texto de Ulpiano) y el *depositum* (aparentemente excluido por Ulpiano de esta categoría), por la otra.

Así, mientras leemos en el comentario paulino *ad edictum* que el *mutuum* es simplemente una especie del género *creditum*, ya que esta noción comprende no solo las cosas fungibles (*res, quae pondere numero mensura continentur*), que son objeto del mutuo, sino que también puede recaer sobre otras cosas ciertas (*res certae, certum*), como cuando se debe restituir la misma especie (*si eandem rem recepturi sumus, creditum est*)⁷⁰, se refuerza esta idea diciendo que no damos en mutuo para recibir la misma especie (*non eandem speciem quam dedimus [...] sed idem genus*), puesto que de lo contrario se trataría de un comodato o un depósito (*alioquin commodatum erit aut depositum*)⁷¹. Luego, la idea matriz de Paulo, en cuanto a que el *creditum* puede versar tanto sobre cosas fungibles como no fungibles, es explicada en términos muy similares dos veces a escasa distancia en el marco de su comentario al *edictum de rebus creditis*: una vez en abstracto, limitándose el jurista a plantear la cuestión sobre las diversas posibles naturalezas de las *res certae* (fungibles o no fungibles), y la otra en concreto, ejemplificando esta diferencia al ubicar el mutuo en contraposición con el comodato y depósito.

A nuestro entender, lo anterior autoriza para expresar cierta reserva respecto de la doctrina mayoritaria, que excluye por completo al *depositum* del ámbito de las *causae credendi*, ya que al menos Paulo pareciera pensar de otra forma. En efecto, se advierte en la obra de este jurista una vinculación implícita entre *credere* y *deponere*, la cual se manifiesta —como no podía ser de otra manera en el marco de la jurisprudencia clásica— en los medios procesales de tutela que se encuentran a disposición del depositante, entre los que se cuenta, precisamente, la *condictio*. Se trata de un fenómeno similar al que se presenta en la exposición gayana del

⁷⁰ D. 12, 1, 2, 3 (Paul. 28 *ad ed.*): “*Creditum ergo a mutuo differt qua genus a specie: nam creditum consistit extra eas res, quae pondere numero mensura continentur sic, ut, si eandem rem recepturi sumus, creditum est. item mutuum non potest esse, nisi proficiscatur pecunia, creditum autem interdum etiam si nihil proficiscatur, veluti si post nuptias dos promittatur*”. Sobre la noción romana de *res certa* o *certum* véase VARVARO, Mario, *Per la storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili* (Torino, Giappichelli, 2008), pp. 153 ss.

⁷¹ D. 12, 1, 2pr. (Paul. 28 *ad ed.*): “*Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum), sed idem genus: nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum*”.

mutuo, el comodato, el depósito y la prenda en cuanto tipos contractuales, ya que si por una parte Gayo restringe la noción de *re contrahere* en su sentido técnico al solo *mutuum*⁷², por la otra desarrolla un concepto amplio de *re obligari* *tenetur* que se extiende también al *commodatum*, al *depositum* y al *pignus*, sobre la base de las acciones honorarias (*actiones commodati, depositi y pigneraticia in factum conceptae*, respectivamente) construidas según el modelo de la *condictio*, que los hacen valer para efectos estrictamente restitutorios, cuando la cosa debida *redditam non esse*⁷³. Por este motivo, podemos afirmar que las *causae credendi* y el *re contrahere* se entrecruzan desde la perspectiva de las acciones ejercitables en las correspondientes figuras negociales.

En síntesis, no obstante las apariencias, la doctrina expresada por Paulo en D. 16, 3, 13, 1, lejos de aludir a una supuesta *condictio ex causa furtiva*, se encuentra en armonía con la *opinio veterum* referida por Ulpiano en D. 12, 5, 6, que autoriza a ejercer la *condictio* cada vez que alguien detenta una cosa por una causa injusta, lo que ciertamente no se restringe a supuestos de *datio rei*⁷⁴. La *condictio* de la fuente paulina es, por decirlo de alguna manera, de naturaleza contractual, no extracontractual, lo que al margen de dogmatismos acerca notablemente el *deponere* al *credere* por medio de su accionabilidad, según pareciera desprenderse del comentario del jurista *ad edictum de rebus creditis*.

III. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS

D. 16, 3, 13, 1 representa un *unicum* en el marco de la jurisprudencia romana, en cuanto autoriza al depositante para ejercer la *condictio* contra el depositario infiel que, dolosamente, no ha restituido la *res deposita*, sin que ello obedezca a la supuesta comisión de un *furtum*. El hecho que el propio Paulo conceda la misma acción al comodante, y que Ulpiano haga lo suyo respecto del deudor pignoraticio, en eventos de falta de restitución de la *res* (*non redditam esse*) que no dicen relación con un hurto, da cuenta de que muy probablemente las hipótesis de *condictio sine datione* en el derecho romano clásico iban más allá de la así llamada *condictio ex causa furtiva*, acercándose más bien a la noción de *condictio ex iniusta causa* según la *opinio veterum* atestiguada por Ulpiano en D. 12, 5, 6.

Desde esta perspectiva, en la fuente objeto de nuestro estudio se advierte una doctrina paulina sobre la *condictio* que no se condice con aquello que la literatura habitualmente califica como el régimen clásico de esta acción, supuestamente

⁷² Gai. 3, 90: “*Re contrahitur obligatio velut mutui datione [...]*”; D. 44, 7, 1, 2 (Gai. 2 aur.): “*Re contrahitur obligatio mutui datione [...]*”. Cfr. WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Obligatio re contracta. Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im römischen Recht* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2017), esp. pp. 115 ss.; ÉL MISMO, *Sobre el así llamado contrato real en las Instituciones de Gayo*, en *REHJ.*, 40 (Valparaíso, 2018), pp. 97 ss.

⁷³ 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 [...]*”. Cfr. WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Obligatio re contracta*, cit. (n. 72), pp. 218 ss.; ÉL MISMO, *Causae credendi y obligatio re contracta en las res cottidianae*, en *REHJ.*, 41 (Valparaíso, 2019), pp. 87 ss.

⁷⁴ Cfr. SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur*, cit. (n. 11), pp. 138 ss.

centrado en la *datio rei*, como asimismo, tiende a un acercamiento entre *credere* y *deponere* sobre la base de su accionabilidad, lo cual, a los ojos del jurista, pareciera no ser incompatible con la estructura del *edictum de rebus creditis*.

Se impone una última consideración: al margen de las cuestiones de detalle sobre *condicere*, *credere* y *deponere* tratadas en el presente artículo, el ejercicio de centrar la investigación en las ideas de un jurista concreto sobre un tema en particular, nos enseña que los romanistas debemos estar siempre alerta frente a la tentación de incurrir en esquemas ordenadores rígidos⁷⁵ y a la pretensión de encontrar –como diría Wieacker– una dignidad dogmática o metafísica allí donde no la hay⁷⁶. Una exposición sobre la *condictio* romana que aspire a ser convincente, debe tomar distancia del fenómeno estudiado y respetarlo en su historicidad⁷⁷. En este sentido, el pensamiento de Paulo sobre el *ex causa depositi condicere* se muestra como especialmente original y digno de interés.

BIBLIOGRAFÍA

ALBANESE, Bernardo, *La nozione di furtum fino a Nerazio*, en *AUPA.*, 23 (Palermo, 1953), pp. 5-207.

—*La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, en *AUPA.*, 25 (Palermo, 1956), pp. 85-300.

—*La nozione del furtum nell'elaborazione dei giuristi romani*, en *Jus*, 9 (Milano, 1958), pp. 315-326.

—*Furto (introduzione storica)*, en *ED.*, 18 (Milano, Giuffrè, 1969), pp. 313-318.

—*Per la storia del creditum*, en *AUPA.*, 32 (Palermo, 1971), pp. 5-179.

—*Tre studi celsini. Ancora su D. 12, 1, 1, 1: Celso e il credere*, en *AUPA.*, 34 (Palermo, 1973), pp. 77-162.

—*Credito e credere*, en MARRONE, Matteo (ed.), *Scritti Giuridici* (Palermo, Palumbo, 1991), II, pp. 1171-1188.

—*Rilievi minimi sul 'credere' edittale*, en MARRONE, Matteo (ed.), *Scritti Giuridici* (Palermo, Palumbo, 1991), II, pp. 1551-1563.

ASTUTI, Guido, *Deposito (storia)*, en *ED.*, 12 (Milano, Giuffrè, 1964), pp. 212-236.

AVENARIUS, Martin, *Tradition, Vorverständnis und Wirkungsgeschichte der Quellen. Vom Einfluß der geisteswissenschaftlichen Hermeneutik auf das romanistische Verstehen*, en ÉL MISMO (ed.), *Hermeneutik der Quellentexte des Römischen Rechts* (Baden-Baden, Nomos, 2008), pp. 9-29.

BALDUS, Christian, *Geschichte der Rechtsmethode – Methode der Rechtsgeschichte*, en *JZ.*, 74/13 (Tübingen, 2019), pp. 633-639.

⁷⁵ Cfr. ORESTANO, Riccardo, *Introduzione allo studio del diritto romano* (Bologna, Il Mulino, 1987), p. 420.

⁷⁶ WIEACKER, Franz, *Notizen zur rechtshistorischen Hermeneutik*, en *Ausgewählte Schriften I. Methodik der Rechtsgeschichte* (Frankfurt am Main, Metzner, 1983), p. 87. Recientemente sobre el método de la historiografía jurídica BALDUS, Christian, *Geschichte der Rechtsmethode – Methode der Rechtsgeschichte*, en *JZ.*, 74/13 (Tübingen, 2019), pp. 633 ss.

⁷⁷ Al respecto véase especialmente AVENARIUS, Martin, *Tradition, Vorverständnis und Wirkungsgeschichte der Quellen. Vom Einfluß der geisteswissenschaftlichen Hermeneutik auf das romanistische Verstehen*, en ÉL MISMO (ed.), *Hermeneutik der Quellentexte des Römischen Rechts* (Baden-Baden, Nomos, 2008), pp. 9 ss.

BUCKLAND, William Warwick, *Contractatio*, en *LQR.*, 57 (London, 1941), pp. 467-474.

BURILLO LOSHUERTOS, Jesús, *Las fórmulas de la 'actio depositi'*, en *SDHI.*, 28 (Città del Vaticano, 1962) pp. 233-291.

CANNATA, Carlo Augusto, '*Creditum*' e '*obligationes*', en *Labeo*, 20 (Napoli, 1974), pp. 104-125.

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. 187-208.

CERAMI, Pietro, *Il comodato*, en PARICIO SERRANO, Javier (ed.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994), pp. 301-332.

DONATUTI, Guido, *Le causae delle condictiones*, en *Studi Parmensi*, 1 (Milano, 1951), pp. 33-169.

D'ORS, Álvaro, *Re et verbis*, en MOSCHETTI, Guiscardo (ed.), *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto, Verona 27-28-29 IX 1948* (Milano, Giuffrè, 1951), III, pp. 265-303.

—*Observaciones sobre el 'edictum de rebus creditis'*, en *SDHI.*, 19 (Città del Vaticano, 1953), pp. 134-201.

—*Creditum y contractus*, en *AHDE.*, 26 (Madrid, 1956), pp. 6-29.

—*Los precedentes clásicos de la llamada 'condictio possessionis'*, en *AHDE.*, 31 (Madrid, 1961), pp. 629-650.

—*Creditum*, en *AHDE.*, 33 (Madrid, 1963), pp. 345-364.

—*The 'odium furum' of Gaius 4,4*, en *RIDA.*, 12 (Liège, 1965), pp. 453-467.

—*Répliques Panormitanas IV. Sobre la supuesta 'condictio' sin 'datio'*, en *Iura*, 25 (Napoli, 1974), pp. 1-45.

—*Répliques Panormitanas I. De nuevo sobre 'creditum' (Réplica a la crítica de Albanese)*, en *SDHI.*, 41 (Città del Vaticano, 1975), pp. 205-244.

EVANS-JONES, Robin, *The action of the XII Tables 'ex causa depositi'*, en *Labeo*, 34 (Napoli, 1988), pp. 188-208.

FERRARY, Jean-Louis; SCHIAVONE, Aldo; STOLFI, Emanuele, *Quintus Mucius Scaevola. Opera* (Roma, "L'Erma" di Bretschneider, 2018).

GANDOLFI, Giuseppe, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana* (Milano, Giuffrè, 1976).

GARCÍA CAMIÑAS, Julio, *La problemática del dolo en el derecho romano clásico*, en PARICIO SERRANO, Javier (ed.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994), pp. 945-975.

GIGLIO, Francesco, *The Taxonomy of the actio furti. Between Ownership and Commerce*, en *ZSS.*, 134 (Graz, 2017), pp. 106-146.

HÄHNCHEN, Susanne, *Die causa condictionis. Ein Beitrag zum klassischen römischen Kondiktionenrecht* (Berlin, Duncker & Humblot, 2003).

HÄHNCHEN, Susanne, *Sab.-Ulp. D. 12,5,6 und die condictio ex iniusta causa*, en *ZSS.*, 121 (Graz, 2004), pp. 385-395.

HARKE, Jan Dirk, *Das klassische römische Kondiktionensystem*, en *Iura*, 54 (Napoli, 2003), pp. 49-86.

HEINE, Sonja, *Condictio sine datione. Zur Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung im klassischen römischen Recht und zur Entstehung des Bereicherungsrechts im BGB* (Berlin, Duncker & Humblot, 2006).

KASER, Max, *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht* (München, C. H. Beck, 1935).

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-Verlag, 2005), pp. 127-161.

LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis* (Leipzig, ex officina Bernhardi Tauchnitz, 1889), 2 vols.

LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³ (1883, Leipzig, Tauchnitz, 1927).

LITEWSKI, Wieslaw, *Depositary's liability in Roman Law*, en *AG.*, 190 (Modena, 1976), pp. 3-78.

MANTOVANI, Dario, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*² (1992, Padova, CEDAM, 1999).

MARTINI, Remo, *Due testi per la storia del c.d. 'credere' editale*, en *Atti del II Seminario romanistico gardesano promosso dall' Istituto milanese di diritto romano e storia dei diritti antichi, 12-14 giugno 1978* (Milano, Giuffrè, 1980), pp. 109-121.

MILAZZO, Antonio, *Il contratto di comodato. Modelli romani e disciplina moderna* (Torino, Giappichelli, 2018).

NIEDERLÄNDER, Hubert, *Die Entwicklung des furtum und seine etymologischen Ableitungen*, en *ZSS.*, 67 (Graz, 1950), pp. 185-260.

NOORDRAVEN, Bert, *Die Fiduzia im römischen Recht* (Amsterdam, Gieben, 1999).

ORESTANO, Riccardo, *Introduzione allo studio del diritto romano* (Bologna, Il Mulino, 1987).

PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *Deponere y reddere en la actio depositi in factum* (Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1989).

—*El depósito*, en PARICIO SERRANO, Javier (ed.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994), pp. 251-281.

PASTORI, Franco, *Il commodato in diritto romano* (Bologna, Cisalpino, 1995).

PENNITZ, Martin, *Acria et severa iudicia de furtis habita esse apud veteres ... (Gellius 6,15,1). Überlegungen zum furtum usus*, en *ZSS.*, 134 (Graz, 2017), pp. 147-187.

—*Das 'non reddere' als Deliktstatbestand—Juristendiskurse zu Besitz, Detention und Diebstahl*, en *Index*, 46 (Napoli, 2018), pp. 201-225.

PERNICE, Alfred, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit* (Halle, 1873, reimp. Aalen, Scientia, 1963), 3 vols.

PEROZZI, Silvio, *Le obbligazioni romane. Prolusione letta il 14 aprile 1902 con note* (Bologna, Zanichelli, 1903).

PIKA, Wolfram, *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht* (Berlin, Duncker & Humblot, 1988).

PROVERA, Giuseppe, *Diritto e azione nell'esperienza giuridica romana*, en PASTORI, Franco (ed.), *Studi in onore di Arnaldo Biscardi* (Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1983), IV, pp. 325-348.

RODRÍGUEZ MONTERO, Ramón, *Responsabilidad contractual y extracontractual en derecho romano. Una aproximación con perspectiva histórica* (Santiago de Compostela, Andavira, 2015).

ROTONDI, Giovanni, *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano. Le due formule classiche dell'actio depositi*, en ARANGIO-RUIZ, Vincenzo; ALBERTARIO,

Emilio; DE FRANCISCI, Pietro (eds.), *Scritti giuridici* (Milano, Ulrico Hoepli, 1922), II, pp. 1-55.

—*Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano. La misura della responsabilità nell'actio depositi*, en ARANGIO-RUIZ, Vincenzo; ALBERTARIO, Emilio; DE FRANCISCI, Pietro (eds.), *Scritti giuridici* (Milano, Ulrico Hoepli, 1922), II, pp. 91-136.

SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur. Dalla conditio dei veteres alle conditiones giustinianeae* (Milano, Giuffrè, 2002).

SANTORO, Raimondo, *Studi sulla conditio*, en *AUPA.*, 32 (Palermo, 1971), pp. 181-512.

SANTUCCI, Gianni, *Il principio dell'utilità dei contraenti*, en *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*² (2010, Bologna, Il Mulino, 2018), pp. 69-109.

SCHIEBELREITER, Philipp, *Zwischen furtum und Litiskreszenz: Überlegungen zur poena dupli der actio ex causa depositi*, en *RIDA.*, 56 (Liège, 2009), pp. 131-154.

—*Infitiando depositum nemo facit furtum? Zu den Ursprüngen der Verwahrerhaftung*, en BUONGIORNO, Pierangelo; LOHSSE, Sebastian (eds.), *Fontes Iuris. Atti del VI Jahrestreffen Junger Romanistinnen und Romanisten. Lecce, 30-31 marzo 2012* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013), pp. 179-204.

—*Konträrklage oder conditio? Marginalia zu D. 13.6.21 pr. (Afr. 8. quaest.)*, en PIRO, Isabella (ed.), *Scritti per Alessandro Corbino* (Tricase, Libellula, 2016), VI, pp. 621-643.

SCHULZ, Fritz, *Prinzipien des römischen Rechts* (München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1934).

—*Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (Weimar, H. Böhlaus Nachfolger, 1961).

SCHWARZ, Fritz, *Die Grundlage der Conditio im klassischen römischen Recht* (Münster-Köln, Böhlau, 1952).

TAFARO, Sebastiano, *Regula e ius antiquum in D.50.17.23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale* (Bari, Cacucci, 1984).

TALAMANCA, Mario, *Le Dodici Tavole ed i negozi obbligatori*, en HUMBERT, Michel (ed.), *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti* (Pavia, Pavia University Press, 2005), pp. 331-375.

THOMAS, Joseph Anthony Charles, *Animus furandi*, en *Iura*, 19 (Napoli, 1968), pp. 1-32.

—*Infitiando depositum nemo facit furtum*, en *Studi in onore di Edoardo Volterra* (Milano, Giuffrè, 1971), II, pp. 759-768.

VAN OVEN, Julius Christian, *La 'forêt sauvage' de la conditio classique*, en *TR.*, 22/3 (Leiden, 1954), pp. 267-307.

VARVARO, Mario, *Per la storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili* (Torino, Giappichelli, 2008).

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.

VOCI, Pasquale, *Conditiones e possesso*, en *SDHI.*, 71 (Città del Vaticano, 2005), pp. 17-33.

VON LÜBTOW, Ulrich, *Beiträge zur Lehre von der Conditio nach römischem und geltendem Recht* (Berlin, Duncker & Humblot, 1952).

WALTER, Tom, *Die Funktionen der actio depositi* (Berlin, Duncker & Humblot, 2012).

WATSON, Alan, *The Definition of furtum and the Trichotomy*, en *TR.*, 28 (Leiden-Boston, 1960), pp. 197-210.

—*Contrectatio as an Essential of furtum*, en *LQR.*, 77 (London, 1961), pp. 526-532.

WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Obligatio re contracta. Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im römischen Recht* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2017).

—*Sobre el así llamado contrato real en las Instituciones de Gayo*, en *REHJ.*, 40 (Valparaíso, 2018), pp. 97-122.

—*Causae credendi y obligatio re contracta en las res cottidianae*, en *REHJ.*, 41 (Valparaíso, 2019), pp. 87-109.

WIEACKER, Franz, *Notizen zur rechtshistorischen Hermeneutik*, en *Ausgewählte Schriften I. Methodik der Rechtsgeschichte* (Frankfurt am Main, Metzner, 1983), pp. 84-102.

ZANNINI, Pierluigi, *Spunti critici per una storia del commodatum* (Milano, Giuffrè, 1983).

ZIMMERMANN, Reinhard, *Furtum*, en PARICIO SERRANO, Javier (ed.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994), pp. 753-783.

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