

Observaciones sobre el depósito de la cosa debida en caso de *mora creditoris*

por Elena QUINTANA ORIVE

(Universidad Autónoma de Madrid)

I. El principal efecto que los juristas republicanos atribuyeron a la mora del acreedor era la facultad del deudor de liberarse del vínculo obligatorio con el abandono del objeto debido. Concretamente, en D.18.6.1.4 ⁽¹⁾ Ulpiano refiere un principio enunciado por los *veteres* en virtud del cual el vendedor de unos toneles de vino (*doliare vinum*) quedaba liberado de toda responsabilidad en caso de que el comprador no se encargase de recoger el vino a su tiempo, y se le facultaba para *effundere*

1) D.18.6.1.4 (Ulpianus lib. XXVIII ad Sabinum): *Si doliare vinum emeris nec de tradendo eo quicquam convenerit, id videri actum, ut ante evacuantur quam ad vindimiam opera eorum futura sit necessaria: quod si non sint evacuata, faciendum, quod veteres putaverunt, per corbem venditorem mensuram facere et effundere: veteres enim hoc propter mensuram suaserunt, si, quanta mensura esset, non appareat, videlicet ut appareret, quantum emptori perierit.*

vinum con la finalidad de que los recipientes quedaran libres para otros usos (2).

RICCOBONO JR. considera que este principio referido por los *veteres* en orden a la compraventa del vino sería susceptible de extensión analógica a toda relación obligatoria, y considera que el rigor de esta regla sería fruto de un ambiente condicionado por el sistema económico — el comercio del vino constituía el principal producto de la economía romana desde las guerras púnicas — y, la falta de una institución — el depósito liberatorio — susceptible de preservar los intereses del acreedor sin lesionar al deudor (3).

2) Catón recoge en algunos de sus pasajes (*De agricultura* 147 y 148 : *...dominus vino quid volet faciet*) esta antigua práctica, y señala en el cap.148 como en caso de mora del comprador, el vino podía quedar en depósito en poder del vendedor hasta el 1 de octubre, que sería la fecha en la que, una vez realizada la vendimia y las tareas de elaboración del mosto, serían imprescindibles las tinajas ocupadas para llenarlas. Desde este momento, el vendedor está facultado para disponer del vino, pudiendo en último caso, derramarlo. Véase M. BENITEZ, *La venta de vino y otras mercancías en la jurisprudencia romana*, Madrid 1994, p.176. O. GRADENWITZ [*Das Ausgießen des Weines und L. 1 § 3 de periculo et commodo*, BIDR 37 (1929) p.53-56] contempla la posibilidad de que se tratase de un vertido del líquido en recipientes construidos en el suelo, como los descubiertos en Ostia, en este caso el *effundere* no significaría una pérdida del vino sino un empeoramiento de la calidad. R. ASTOLFI (*I libri tres iuris civilis di Sabino*, Padua 1983, p.120-121) destaca como esta regla de D.18.6.1.4 es recogida y complementada en las *res cottidianae* de Gaius (D.18.6.2). En relación a este último fragmento véase la exégesis que al mismo realiza J.M. COMA FORT, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, Madrid 1996, p.96-100.

3) RICCOBONO Jr., *Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano*, Annali Palermo 29 (1962) p.126-129. Véase JÖRS-KUNKEL (*Römisches Privatrecht*, Berlin 1935, p.186, n.9) a propósito de D.33.6.8 que se refiere a un legado de vino.

Este principio de irresponsabilidad del vendedor-deudor en caso de *mora creditoris* se recoge también en D.18.6.13 (4), aquí Paulo nos refiere la opinión del jurista republicano Alfeno Varo: el daño, en este caso, destrucción por el edil de las camas colocadas en la vía pública por el vendedor tras la negativa del comprador a recibirlas, recae sobre el acreedor moroso (*per eum stetisset quo minus traderentur*); y esto es así porque en esta época la *mora creditoris* libera al deudor de toda responsabilidad. El deudor no tiene el deber de colocar las camas en lugar seguro, y en este sentido RICCOBONO JR. considera que la solución adoptada por el vendedor sería un acto necesario al no poder tener ya las camas en su propia tienda, y al no conocerse en época republicana la institución del depósito liberatorio (5).

4) D.18.6.13(12) (Paulus lib. III Alfeni Epitomarum): *Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet*. E. BETTI (“*Periculum*”. *Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, Studi in onore di P. de Francisci I, p.174-175) al estudiar este fragmento observa como es equiparada a la *traditio* — momento decisivo para el traspaso del riesgo del vendedor al comprador — la *mora* del acreedor (*emptor*). BETTI considera que el sentido del término *periculum* en D.18.6.13 es el de “rischio contrattuale” y no el de responsabilidad por custodia como defiende ARANGIO-RUIZ; en este sentido, BETTI excluye la clasicidad de una responsabilidad por custodia del vendedor. Véase también M. TALAMANCA, *Considerazione sul “periculum rei venditae”*, Seminarios Complutenses de Derecho Romano VII, Madrid 1995, concretamente p.226-337. Sobre D.18.6.13(12): J.A.C. THOMAS, *Sale Actions and other Actions*, RIDA 26 (1979) p.421-422; G. MACCORMACK, *Alfenus Varus and the Law of the Risk in Sale*, LQR 101 (1985) p.583ss.; G. THIELMANN, *Traditio und Gefahrübergang*, ZSS (1989) p.301-304; R. CARDILLI, *L’obbligazione di “praestare” e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C- II sec. d.C)*, Milano 1995, p.295ss.

5) RICCOBONO Jr., *Profilo storico*, op. cit., p.167.

En esta época el deudor no está obligado a garantizar la prestación después de la mora del acreedor, de tal forma que la eventual conservación de la misma sería meramente facultativa y no crearía a cargo del acreedor la obligación de indemnizar los gastos realizados por el deudor; si bien a estos efectos hay que señalar la opinión de los juristas republicanos Sesto Elio y Livio Druso recogida por Celso en D.19.1.38.1 (6), los cuales sostienen que *pro cibariis per arbitrium indemnitate posse*; ahora bien la *sententia* de estos juristas republicanos estaría fundada en motivos de equidad y sería una solución a un caso particular: el motivo de esta opinión sería que todavía en esta época no se puede hablar de un principio de resarcimiento del daño causado por la mora.

Será en época clásica cuando Masurio Sabino construya la doctrina de la mora del acreedor en función de la norma-límite de la responsabilidad del deudor; así en D.45.1.105 (7), el deudor queda liberado no porque el acreedor se haya retrasado en la

6) D.19.1.38.1 (Celsus lib. VIII digestorum): *Si per emptorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitate posse servari Sextus Aelius, Drusus dixerunt, quorum et mihi iustissima videtur esse sententia.* Véase sobre D.19.1.38.1: RICCOBONO Jr., *op. cit.*, p.142-146; S. WEYAND, *Kaufverständnis und Verkäuferhaftung im Klassischen römischen Recht*, TR 51 (1983) p.251-252.

7) D.45.1.105 (Iavolenus lib. II epistularum): *Stipulatus sum Damam aut Erotem servum dari: cum Damam dares, ego quo minus acciperem, in mora fui: mortuus est Dama: an putes me ex stipulatu actionem habere? respondit: secundum Massurii Sabini opinionem puto te ex stipulatu agere non posse nam is recte existimabat, si per debitorem mora non esset, quo minus is quod debebat solveret, continuo eum debito liberari.*

recepción del objeto sino porque durante la mora la prestación debida ha quedado destruída (8).

Un ejemplo del debilitamiento de la regla de la liberación del deudor por abandono del objeto debido en esta etapa lo recoge Labeón en D.18.1.50 (9): se trata de un supuesto de compraventa de una biblioteca sometida a una condición potestativa (*si decuriones Campani locum mihi vendidissent*), la cual no puede realizarse por culpa del comprador (*per me stet, quominus id a Campanis impetrem*); en este caso el vendedor podrá actuar como si la condición se hubiese verificado (*quasi impleta condicione*) (10). El hecho aquí de no procurar el acreedor un local en el que colocar la biblioteca adquirida constituye una violación del deber de cooperación que incumbe al acreedor (comprador de los libros) y que da lugar a un caso de *mora creditoris*. El deudor tiene, en este caso, derecho a obtener el precio y es que a diferencia de la época anterior, Labeón da el medio procesal para

8) Véase M. NITSCHKE, *Die Hinterlegung der geschuldeten Leistung*, SDHI 24 (1958) p.206.

9) D.18.1.50 (Ulpianus lib. XI ad edictum): *Labeo scribit, si mihi bibliothecam ita vendideris, si decuriones Campani locum mihi vendidissent, in quo eam ponerem, et per me stet, quo minus id a Campanis impetrem, non esse dubitandum, quin praescriptis verbis agi possit. Ego etiam ex vendito agi posse puto quasi impleta condicione, cum per emptorem stet, quo minus impleatur*. Véase sobre este fragmento: D. DAUBE, *Slightly different*, IVRA 12 (1961) p.109ss.; M. SARGENTI, *Labeone: La nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, IVRA 38 (1987) p.66-67.

10) RICCOBONO Jr (*Profilo storico, op. cit.*, p.219, n.53) señala como Ulpiano aplica un principio general en materia de incumplimiento de una condición potestativa que se va formando durante el Principado y que permite al vendedor, en caso de una compraventa sometida a una condición potestativa y que no ha podido realizarse por culpa del comprador, actuar como si tal condición se hubiese verificado.

obtener dicho precio (*ego etiam ex vendito agi posse*), pero no habla de abandono del objeto debido.

Podemos constatar como en época altoclásica (Siglo I d.C.), la responsabilidad por dolo del deudor y la obligación de conservación de la cosa debida, constante la mora del acreedor, atenúan la regla mencionada del abandono del objeto debido como medio de liberación ya que ahora la extinción de la responsabilidad del deudor será resultado de un hecho del acreedor y del *per eum non staret quominus daret* del deudor (11).

II. Es unánime en la doctrina — ante el silencio de las fuentes jurídicas — la inexistencia en Roma de un depósito liberatorio en época preclásica, si bien es cierto que Cicerón en algunos de sus escritos menciona el depósito, pero como una

11) En este sentido y a modo de ejemplo : D.18.6.5 (Paulus lib. V ad Sabinum): *Si per emptorem steterit, quo minus ad diem vinum tolleret, postea, nisi quod dolo malo venditoris interceptum esset, non debet ab eo praestari ...* ; D.24.3.9 (Pomponius lib. XIV ad Sabinum): *Si mora per mulierem fuit, quo minus dotem reciperet, dolum malum dumtaxat in ea re, non etiam culpam maritus praestare debet, ne facto mulieris in perpetuum agrum eius colere cogatur: fructus tamen, qui pervenissent ad virum, redduntur.* El único código civil europeo que recoge la facultad del abandono liberatorio es el alemán en su parágrafo 303: “Si el deudor está obligado a la entrega de una finca, puede abandonar la posesión después de la mora del acreedor. El abandono debe ser antes notificado al acreedor, a no ser que la conminación sea irrealizable”, el resto de los códigos europeos no reconocen esta facultad al deudor. Véase CATTANEO, *La mora del creditore. Commentario del Codice Civile*, dirigido por A. SCIALOJA y G. BRANCA, Bolonia-Roma 1973, p.54 y J.M. CABALLERO LOZANO, *La mora del acreedor*, Barcelona 1992, p.326.

solución imaginada por los gobernadores de Asia Menor para proteger a los deudores en caso de intereses convencionales ⁽¹²⁾.

Por otro lado, el papel que cumple el depósito de la cosa debida en el derecho clásico ha sido objeto de discusión en la doctrina romanística ⁽¹³⁾: DE RUGGIERO admite la existencia en el derecho clásico de un depósito público que tenía como consecuencia la liberación del deudor, prueba de ello sería que al depositante no le correspondía la *actio depositi* ⁽¹⁴⁾. En contra, SOLAZZI ⁽¹⁵⁾ sostiene la interpolación de los fragmentos en los que se exige un depósito público y niega su existencia en época clásica, ya que para este autor el depósito de la cosa debida no puede considerarse en esta época distinto del ordinario; sólo en el derecho justinianeo se atribuirá relevancia al depósito *in publico loco*, caracterizado por su irrevocabilidad y su eficacia liberatoria. Frente a estas dos tesis contrapuestas, otros autores (NITSCHKE,

12) Cic., *ad fam.*, 13.56.13; Cic., *ad Att.*, 5.21.12 y 6.1.7. Véase R. VIGNERON, *Offerre aut deponere. De l'origine de la procédure des offres réelles suivies de consignation*, Liège 1979, p.35ss. y p.50: " Nous constaterons à la fin de notre étude (p.190ss.), que la première source faisant clairement état d'une *depositio* en matière d'intérêts conventionnels date du III^e siècle de notre ère."

13) DE RUGGIERO, *Note sul cosiddetto deposito pubblico o giudiziale in diritto romano*, St. Cagliari I (1909); A. GUARNIERI CITATI, *Contributi alla dottrina della mora*, Annali Palermo 2 (1923); S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, Napoli 1935; P. CATALANO, *Sul deposito della cosa dovuta in diritto romano*, Annali Catania 3 (1949); L. Bove, *Gli effetti del deposito della cosa dovuta*, LABEO 1 (1955); H. VIDAL, *Le dépôt in aede*, RHD 43 (1965); así como, entre otros, los autores ya citados NITSCHKE, RICCOBONO Jr. y VIGNERON.

14) DE RUGGIERO, *op. cit.*, p.121ss.

15) SOLAZZI, *op.cit.*, p.140ss.

RICCOBONO Jr., BOVE y VIGNERON) adoptan posturas no tan radicales. Todo esto nos lleva a un análisis de los diferentes textos en los que el depósito aparece en el derecho clásico como una solución al deudor en caso de mora del acreedor.

Así, en D.16.3.1.37 ⁽¹⁶⁾ Ulpiano refiere el pensamiento de Juliano en caso de incerteza de la persona del acreedor, que en este supuesto sería alguno de los herederos del propio depositante de un objeto determinado, ya que con la muerte de éste sus herederos, cada uno afirmando ser el único heredero, reclaman al depositario la restitución de la cosa. ¿A quién debe devolver el depositario la cosa para quedar liberado de la obligación asumida con el contrato de depósito?. Juliano nos da la solución: La cosa deberá ser consignada a quien dé caución de *defendere adversus alterum reum*; es decir, a aquél de los contendientes que esté dispuesto a defender al depositario frente a la reclamación del otro heredero. Por tanto (*igitur*), en caso de que ninguno *hoc onus suscipiat*, el depositario (deudor) deberá entregar la cosa en un templo hasta que el magistrado se pronuncie sobre la contienda hereditaria, con lo que dicho depósito tendrá efecto liberatorio para el depositario (deudor).

16) D.16.3.1.37 (Ulpianus lib. III ad edictum): *Apud Iulianum libro tertio decimo digestorum talis species relata est: ait enim, si depositor decesserit et duo existant, qui inter se contendant unusquisque solum se heredem dicens, ei tradendam rem, qui paratus est adversus alterum reum defendere, <hoc est eum qui depositum suscepit>: quod si neuter hoc onus suscipiat, commodissime dici ait non esse cogendum a praetore iudicium suscipere: oportere igitur **rem deponi in aede aliqua**, donec de hereditate iudicetur.*

Esta solución del depósito *in aedem* ha sido objeto de debate por parte de la doctrina romanística. Algunos autores ⁽¹⁷⁾ consideran que el texto ha sido objeto de interpolación y que el depósito no funciona en este caso como medio de liberación sino que éste tendría más bien la finalidad de exonerar al depositario de la obligación de custodia e impedir la *mora debitoris*; y así se afirma que la liberación de la obligación de restitución no depende del depósito realizado en el templo ya que el depositario sólo podía quedar liberado con la resolución de la contienda hereditaria

17) A. MONTEL. *La mora del debitore. Requisiti nel diritto romano e nel diritto italiano*, Padua 1930, p.205ss., 213 y 216, considera el fragmento como un testimonio del principio *in illiquidis non fit mora* y como un caso de exclusión de la *mora debitoris* en caso de incerteza de la persona del acreedor. El deudor si no deposita incurrirá en mora. NITSCHKE (*op. cit.*, p.187-189) considera que la frase final (*oportere ...iudicetur*) ha sido objeto de interpolación. Según NITSCHKE (p.188) no hay una necesidad real de depositar el objeto (eine sachliche Notwendigkeit, die Sache zu hinterlegen, ergibt sich nicht); Justiniano, tal vez, habría exigido aquí el depósito como una seguridad adicional para posibilitar a los contendientes tomar la cosa y entregarla a un *sequester* (Justinian hat die Hinterlegung hier als eine zusätzliche Sicherheit gefordert, vielleicht um damit den Streitenden zu ermöglichen, die Sache gemeinsam an sich zu nehmen und einem Sequester zu übergeben). Además — NITSCHKE — no olvidemos que en el derecho clásico el depositario se obligaba a devolver la cosa pero no a su custodia. Véase también RICCOBONO Jr., *op. cit.*, p.342; A. GUARNIERI CITATI, *Contributi alla dottrina della mora*, Annali Palermo 2 (1923) p.212. Otros autores alegan diversas razones para negar la autenticidad del texto: SOLAZZI (*op. cit.*, p.147-148) considera que admitir la clasicidad del texto sería aceptar una *depositio sin oblatio* (ofrecimiento) previa “perchè il debitore non saprebbe a chi farla dei due contendenti e non vorrebbe sopportare il rischio della scelta sbagliata”; LEVY (*Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*, Weimar 1962, p.32) hace una crítica del texto pero desde un plano procedimental y duda de su autenticidad; pero en relación con este aspecto, el propio NITSCHKE (p.187) opina que, con esta medida (*rem deponi in aede aliqua*), lo que se pretendía era que las partes no iniciasen un proceso sobre la legitimidad de sus pretensiones a la herencia si ya estaba en marcha otro para conseguir la entrega de la cosa, con ello se evitaban los efectos desfavorables que tendría la consumación de la acción.

por el juez (*donec de hereditate iudicetur*); en este caso el depositario debería restituir la cosa o, en caso contrario, *suscipere iudicium*.

Otro supuesto en el que aparece mencionado el *deponere in aedem* es en el campo de la *manumisiones testamentarias*, concretamente en D.40.7.4pr ⁽¹⁸⁾ y D.40.5.47.2 ⁽¹⁹⁾. En el primer texto, en el que Sabino desarrolla el pensamiento de Trebacio referido por Ulpiano en D.40.7.3.12 ⁽²⁰⁾, nos encontramos ante un caso de manumisión testamentaria directa (*libertas directo data*) ⁽²¹⁾: el heredero (acreedor) está ausente en interés del Estado y el *statuliber* tiene el dinero que ha de pagar al

18) D.40.7.4 pr (Paulus lib. V ad Sabinum): *Cum heres rei publicae causa abisset et pecuniam statuliber haberet: vel exspectari eum debere, donec redeat is cui dare debet, vel **deponere in aedem pecuniam consignatam oportet**, quo subsecuto statim ad libertatem pervenit.*

19) D.40.5.47.2 (Iulianus lib. XLII digestorum): *Si Stichus libertas per fideicommissum data fuerit sub condicione, si rationes reddidisset, et is absente herede paratus sit reliqua solvere, praetoris officio continetur, ut virum bonum eligat, cuius arbitrio rationes computentur, et pecuniam, quae ex computatione colligitur, **deponat**, atque ita pronunciet libertatem ex causa fideicommissi deberi. Haec autem fieri conveniet, si heres **ex iusta causa** aberit: nam si **latitabit**, satis erit liquere praetori **per servum non stare, quo minus condicione pareat**, atque ita pronuntiare de libertate oportebit.*

20) D.40.7.3.12 (Ulpianus lib. XXVII ad Sabinum): *Si quis sic acceperit libertatem" cum decem dare poterit, liber esto", Trebatius ait, licet habuerit decem ... tamen non alias ad libertatem perventurum, nisi dederit aut per eum non steterit, quo minus det: quae sententia vera est.*

21) La *manumissio directa* podía ser ordenada bajo condición o término y, el *servus*, en este período intermedio en el que está pendiente el cumplimiento de la condición, quedaba en la situación especial de *statuliber*, es decir, persona que puede ser transmitida o enajenada durante este estado de pendencia y que se hace automáticamente libre en el momento en que se cumpla la condición.

heredero (cumplimiento de la condición) para conseguir su libertad; en este caso se le ofrecen al *statuliber* dos posibilidades: ó esperar a que el heredero regrese o depositar la suma en un templo.

Para FREZZA (22), Sabino construye en D.40.7.4pr. un principio general que modifica la disciplina jurídica de la *statulibertas* desde las XII Tablas (23); en virtud de este principio si el heredero *moram facit libertati* entonces, el *statuliber* adquirirá la libertad en caso de que *per eum non staret quo minus daret*, es decir, si no ha podido cumplir sin mediar culpa la *condicio libertati*. En la concepción sabiniana — para estos autores — el depositar *in aedem* la prestación debida en caso de ausencia justificada (24) (*reipublicae causa abesset*) es solamente uno de los supuestos en los que *per eum non staret quo minus daret*. El depósito aparece en este caso empleado con efectos limitados, similares a los del depósito común y no como medio de liberación.

22) P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, vol. I, Padua 1962, p. 355ss.

23) Según el antiguo derecho si el incumplimiento no dependía de un acto del heredero, el *statuliber* no conseguía la libertad: Festo., 314: “*Statu liber est, qui testamento certa condicione proposita iubetur esse liber. Et si per heredem est, quominus statu liber praestare possit quod praestare debet, nihilominus liber esse videtur*”.

24) Sabemos que ya con Trebacio la ausencia se configura como un supuesto de *mora creditoris*: RICCOBONO Jr., *op. cit.*, p.337.

Otros autores como DONATUTI, SOLAZZI y BOVE ⁽²⁵⁾ consideran que el fragmento ha sido objeto de interpolación por parte de los Compiladores en virtud del contraste con otro texto de Sabino recogido por Paulo en D.40.7.20.3 ⁽²⁶⁾, en donde no se requiere el depósito sino que basta que al *statuliber* le haya sido imposible sin culpa cumplir la condición. En contra de esta tesis interpolacionista, destaca la opinión de RICCOBONO JR ⁽²⁷⁾, el cual apunta que tal contradicción entre el texto de Ulpiano y el de Paulo — recogiendo ambos la opinión de Sabino — es aparente, ya que en D.40.7.4pr la *mora creditoris* se debe a una ausencia justificada del acreedor, y de esta forma con el depósito *in aedem* se protegen los intereses de ambas partes. En este sentido, NITSCHKE ⁽²⁸⁾ aduce que si el depositario hubiese sido un particular, podían darse circunstancias como que éste muriese o por otro motivo estar ilocalizable; en este caso el *statuliber* no adquiriría la libertad ya que él no disponía de la *actio depositi* y no podía entonces recuperar lo depositado, por ejemplo, del

25) G. DONATUTI, *Lo Statulibero*, Milano 1940, p.267; SOLAZZI, *op. cit.*, p.153; BOVE, *op. cit.*, p.188.

26) D.40.7.20.3 (Paulus lib. XVI ad Plautium): *Is, cui servus pecuniam dare iussus est ut liber esset, decessit. Sabinus, si decem habuisset parata, liberum fore, quia non staret per eum, quo minus daret.*

27) RICCOBONO, *op. cit.*, p.244.

28) NITSCHKE, *op. cit.*, p.168: In der Zwischenzeit konnte der private Depositar sterben, wegziehen oder auf andere Weise unerreichbar werden. In einem solchen Fall war es auch dem Freigelassenen nicht möglich, die private Hinterlegungsstelle zu wechseln; denn er hatte nicht, wie sonst regelmässig der Hinterleger, mit der Hinterlegung eine *actio depositi* erworben.

heredero del depositario. Otra opinión es la de VIGNERON ⁽²⁹⁾, que atribuye más bien la paternidad de D.40.7.4pr a Paulo, y salva así la contradicción entre los fragmentos estudiados.

Un siglo más tarde, Juliano en D.40.5.47.2 ⁽³⁰⁾ contempla el siguiente supuesto: Se promete al esclavo Stico la libertad bajo la condición de rendir cuentas al heredero de su gestión al frente de los negocios del testador; en este supuesto el jurista hace una distinción entre ausencia justificada y ausencia injustificada ⁽³¹⁾. En este segundo caso bastaría para obtener la libertad que el deudor demostrase que estaba ya preparado para el pago pero que le ha sido imposible por la *latitatio* del heredero. En caso de que el heredero esté ausente *ex iusta causa*, Juliano encuentra la solución en el depósito de las cantidades debidas (*deponat, atque ita pronunciet libertatem ex causa fideicommissi deberi*), y ello a diferencia del supuesto que contemplamos anteriormente en D.40.7.4pr., que recogía la opinión de Sabino, en donde el depósito era sólo uno de los posibles remedios ofrecidos por el pretor al siervo (*vel expectari ... vel deponere*).

Por lo que hace al valor y efectos de este depósito contemplado por Juliano, hay diferentes posturas: DE RUGGIERO

29) VIGNERON, *cit.*, p.77: “Mais absolument rien, dans le fragment 4 pr., ne permet de deviner que son contenu provient plutôt de Sabinus que de Paul”.

30) Veáse n.19 en donde se recoge el texto de dicho fragmento.

31) Esta distinción encuentra su precedente en dos senadoconsultos del Siglo II d.C. : el S.C. *Rubrianum* (D.40.5.26.7) y el S.C. *Dasummianum* (D.40.5.28.5). Ver: VOCI, *Diritto ereditario romano* II, p.412; NITSCHKE, *op. cit.*, p.164; CATALANO, *op. cit.*, p.514; RICCOBONO Jr., *op. cit.*, p.338.

y CATALANO ⁽³²⁾ consideran que en el texto examinado nos encontramos ante un depósito público en tanto que interviene el pretor; NITSCHKE ⁽³³⁾, por su parte, reconoce que es verdad que el pretor en estos casos coopera, ya que el manumitido por fideicomiso no queda liberado ni por la muerte del heredero ni por el cumplimiento de la condición, sino que debe ser liberado por el heredero mediante un acto de manumisión; por tanto, en caso de ausencia de éste, la liberación deberá ser efectuada a través del procedimiento cognitorio ⁽³⁴⁾ ante el *praetor fideicommissarius*; pero aún así el autor alemán entiende que en D.40.5.47.2 no se establece que el depósito sea público, ya que el magistrado — que no solía ocuparse de los asuntos del heredero — se limita aquí a encargar a un *vir bonus* el cálculo del dinero (*cuius arbitrio rationes computentur*) y que éste lo tuviese en depósito o lo depositase a un tercero.

Después de analizar este texto podemos afirmar que se trata de un caso particular en el que opera más el principio del *favor libertatis* que el principio de la eficacia del depósito público o

32) DE RUGGIERO, *op. cit.*, p.163; CATALANO, *op. cit.*, p.515. Ha dado lugar a discusión la frase *et pecuniam ... deponat*, ya que el verbo se está refiriendo al magistrado: SOLAZZI (p.152) considera que el texto está interpolado; DE RUGGIERO (p.163) para excluir la interpolación propone sustituir *deponat* por *deponatur*, ya que posiblemente — según él — estaríamos ante un error de transcripción del copista.

33) NITSCHKE, *op.cit.*, p.165-166.

34) No olvidemos que el esclavo no puede exigir su propia libertad con arreglo al *ius civile*, por carecer de capacidad.

judicial ⁽³⁵⁾, y además también es cierto — NITSCHKE ⁽³⁶⁾ — que en estos casos no se trata de un depósito de la cantidad debida, ya que el esclavo no debe al testador esa suma sino que el depósito aparece aquí como un requisito necesario para el cumplimiento de la condición, aunque también es verdad que la posición del *statuliber* frente al retraso del heredero es similar a la del común deudor en caso de mora de acreedor.

Otros textos del Digesto discutidos por la doctrina a la hora de considerar los efectos liberatorios del depósito en época clásica son: D.17.1.56.1 ⁽³⁷⁾ y D.46.1.64 ⁽³⁸⁾, en ambos fragmentos se sanciona que el *fideiussor* que hubiese ofrecido el dinero al acreedor y que, por la minoría de edad de éste y el temor a una posible *restitutio in integrum*, lo hubiese sellado y depositado en un lugar público, puede dirigirse contra el deudor principal por la acción de *mandati contraria*. Para NITSCHKE ⁽³⁹⁾ la concesión de dicha acción implica que el depósito realizado por el fiador es irrevocable (no dispone del ejercicio de la *actio depositi*) y contempla la posibilidad de que nos encontremos aquí ante

35) En este sentido véase: RICCOBONO Jr., *op. cit.*, p.458 y VIGNERON, *op. cit.*, p.78.

36) NITSCHKE, *op. cit.*, p.162.

37) D.17.1.56.1 (Papinianus lib. III responsorum) : *Fideiussor qui pecuniam in iure optulit et propter aetatem eius qui petebat obsignabit ac publice deposuit, confestim agere mandati potest.*

38) D.46.1. 64 (Hermogenianus lib. II iuris epitomarum): *Fideiussor, qui minori viginti quinque annis pecuniam optulit et in publico loco metu in integrum restitutionis consignatam deposuit, confestim experiri mandati poterit.*

39) NITSCHKE, *op. cit.*, p. 170 ss.

soluciones derogatorias del principio de la revocabilidad del depósito en época clásica, imaginadas por la jurisprudencia, para casos especiales. Por el contrario, VIGNERON ⁽⁴⁰⁾ considera que de estos fragmentos no se puede deducir la irrevocabilidad del depósito realizado porque se entiende que el deudor principal puede, no obstante, ejercitar la *actio mandati directa* ante cualquier actuación del fiador como, por ejemplo, revocar el depósito después de ejercitar la *actio mandati contraria* y retirar lo depositado.

IV. Otra cuestión de interés es el papel que el depósito cumple en relación a los intereses y al derecho de prenda. Y así podemos constatar que en época preclásica y en época altoclásica el deudor se liberaba del pago de los intereses sólo en el caso de que *non per eum stetit, quo minus solveretur*. En este sentido D.26.7.28.1 ⁽⁴¹⁾, que recoge la opinión del jurista Marcelo, nos dice que basta la oferta infructosa para que se interrumpa el devengo de los intereses; si bien Ulpiano que anotó los *Digesta* de Marcelo reclama, en la parte final del fragmento, el depósito

40) R. VIGNERON, *Fideiussor, qui pecuniam deposuit, confestim agere mandati potest*. BIDR 45 (1974): “L’exercice de l’*actio mandati contraria* ne mettait cependant pas fin aux relations des parties. Selon le sort que connaîtraient dans la suite les valeurs déposées, d’autres actions seraient intentées: *actio mandati directa* du débiteur principal contre la caution, seconde *actio contraria* de cette dernière contre le débiteur ou, contre celui-ci encore, action de la créance originaire “vendue” à la caution par le créancier”.

41) D.26.7.28.1 (Marcellus lib. VIII digestorum): *Tutor, qui post pubertatem pupilli negotiorum eius administratione abstinuit, usuras praestare non debet ex quo optulit pecuniam: quin etiam iustius mihi videtur eum per quem non stetit, quo minus conventus restitueret tutelam, ad praestationem usurarum non compelli. Ulpianus notat: non sufficit optulisse, nisi et deposuit obsignatam tuto in loco.*

como instrumento necesario para interrumpir el curso de las usuras.

Este contraste jurisprudencial parece deberse a que en época clásica existieron, al menos, dos opiniones: una representada por Marcelo, la otra sugerida por otros juristas (42), entre los cuales se encontraba Papiniano, y que es recogida por Ulpiano (43).

SIBER (44) considera que los intereses a los que se refiere Ulpiano son seguramente los que el tutor debe por la utilización que hizo del patrimonio del pupilo en su propio provecho y, en cambio, cuando se trata de los intereses de demora estos cesan en el momento en que el deudor ofrece la cantidad adeudada (*non per debitorem stat, quominus solvatur*), ya que sería injusto que el deudor estuviese obligado a pagar los intereses de demora hasta el depósito.

42) D.22.1.1.3 (Papinianus lib. II Questionum): *Si tutelae iudicio nolentem experiri tutor ultro convenerit et pecuniam optulerit eamque obsignatam deposuerit, ex eo tempore non praestabit usuras*. En este sentido, VIGNERON (*Offerre aut deponere ... op.cit.*, p.180) reconoce que “ la *restitutio tutelae* était un domaine où la nécessité d’un procédé (la *depositio*) conciliant les intérêts du créancier et du débiteur avait dû être impérieuse”.

43) NITSCHKE, *op. cit.*, p.136.

44) H. SIBER, *Römisches Recht*, Darmstadt 1968, p.260: “ ... durch versiegelte Hinterlegung wird auch ihr Lauf abgebrochen”.

45) D.4.4.7.2 (Ulpianus lib. XI ad edictum): *Sed et si ei pecunia a debitore paterno soluta sit vel proprio et hanc perdidit, dicendum est ei subveniri, quasi gestum sit cum eo, et ideo si minor conveniat debitorem, adhibere debet curatores, ut ei solvatur pecunia: ceterum non ei compelletur solvere. Sed hodie solet pecunia in aedem deponi, ut Pomponius libro vicensimo*

Por otro lado vemos que en D.4.4.7.2 ⁽⁴⁵⁾, texto que es considerado genuino por la doctrina más reciente ⁽⁴⁶⁾, Ulpiano recoge un supuesto en el que un menor recibe un pago de un deudor de su padre o de uno propio, perdiendo después el dinero; en este caso — dice Ulpiano — se le protegerá como si el negocio hubiese sido concluído con él; por ello cuando un menor demande a su deudor el pago deberá hacer intervenir a sus curadores para que la suma le sea entregada. En caso de que el acreedor no tuviese o no presentase a sus curadores, Ulpiano constata al final del fragmento una cita de Pomponio que relata la práctica (*sed hodie solet*) del depósito *in aedem* en estos supuestos con la finalidad de que el deudor no tuviese que sufrir desde entonces la carga de los intereses y que el acreedor, si es un menor, no perdiese el dinero ⁽⁴⁷⁾ — no olvidemos el temor del deudor a una posible *restitutio in integrum* en caso de que el menor (acreedor) pierda o dilapide el dinero ya entregado —.

octavo scribit, ne vel debitor ultra usuris oneretur vel creditor minor perdat pecuniam, aut curatoribus solvi, si sunt.

46) DE RUGGIERO, *op. cit.*, p.132, n.2; VIGNERON; *Offerre aut deponere ... op. cit.*, p.99; NITSCHKE, *op. cit.*, p.144, n.156, defienden la autenticidad del texto y señalan como ya en época clásica se utilizaba en textos no jurídicos el verbo *deponere*+acusativo (Livius, *Ab urbe condita cond.* 23.11.5s. : “... *coronam Romae in aram Apollinis depossuisse*”).

47) En el siglo II d.C. se manifiesta una tendencia jurisprudencial favorable al menor. Uno de los efectos de este *favor minoris aetatis* será la posibilidad de que el menor tenga derecho, en caso de fideicomiso o legado, a los intereses de las sumas debidas a partir del día siguiente al *dies cedens* sin que se requiriese una previa interpelación al heredero; véase en este sentido A. MONTEL, *La cosiddetta mora ex re in favore dei minori*, Studi Urbinati 3 (1929) p.62ss. y 72ss.

En relación a los efectos que la mora del acreedor tiene en la obligación del pago de intereses podemos constatar, después del examen de varios textos (D.22.1.18.1 (48); C.4.32.2 (49); D.22.1.7 (50); C.4.32.6 (51), C.4.32.9 (52)) que en época clásica

48) D.22.1.18.1 (Paulus lib. III responsorum): *Post traditam possessionem defuncto venditore, cui successor incertus fuit, **medii quoque temporis usurae pretii, quod in causa depositi non fuit, praestabuntur.***

Véase: NITSCHKE, *op. cit.*, p.141; BOVE, *op. cit.*, p.183; G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle "usurae" c.d. legali nel diritto romano*, Milano 1969, p.28: "l'impossibilità materiale di compiere l'*oblatio*, dovuta all'incertezza sulla persona del creditore, non esime il debitore dall'onere di effettuare il deposito della somma dovuta, al fine di ottenere l'interruzione degli interessi".

49) C.4.32.2 (Impp. Severus et Antoninus AA. Lucio): *Usuras emptor, cui possessio rei tradita est, si pretium venditori non obtulerit, quamvis **pecuniam obsignatam in depositi causa habuerit, aequitatis ratione praestare cogitur.***

50) D.22.1.7 (Papinianus lib. II responsorum): *Debitor usurarius creditori pecuniam optulit et eam, cum accipere noluisset, obsignavit ac **deposuit:** ex eo die ratio non habebitur usurarum, quod si postea conventus ut solveret moram fecerit, nummi steriles ex eo tempore non erunt.*

51) C.4.32.6 (Imp. Antoninus A. Antigono): *Si creditrici, quae ex causa pignoris obligatam sibi rem tenet, pecuniam debitam cum usuris testibus praesentibus obtulisti eaque non accipiente obsignatam eam deposuisti, usuras ex eo tempore quo obtulisti praestare non cogaris absente vero creditrice praesidem super hoc interpellare debueras.* P. APATHY (*Mora creditoris und pignus, Iuris professio*, 1986, p.14-15) señala: "Denn schon unter den Klassischen Juristen hat sich zunehmend durchgesetzt, daß der Zinsenlauf nicht schon mit dem Annahmeverzug, sonder erst mit der Hinterlegung endet". VIGNERON (*Offerre aut deponere ... op. cit.*, p.192) después de un análisis de los textos citados, considera que los jurisconsultos clásicos han debido tratar la *stipulatio usurae* de la misma manera que la *stipulatio poenae*.

52) C.4.32.9 (Imp. Antoninus A. Canio Probo): *Si per te non stetit quominus intra tempora praefinita pecuniam minorum usurarum solves, sed per tutores filiorum creditoris, qui eam accipere noluerunt, idque apud iudicem datum probaveris, eius temporis, quo per te non stetisse apparuerit, usurae*

los intereses de demora cesan con el simple ofrecimiento, mientras que el depósito de las cantidades debidas detiene solamente el curso de los intereses pactados en una relación contractual (53). Respecto de este último no es requisito en época clásica que se realice en un templo ya que la elección del lugar del depósito quedaba a la libre elección del deudor a no ser que, como en el caso visto anteriormente, se requiera que el depósito tenga lugar en un templo, pero en este caso el fundamento del mismo no sería la negativa de recibir el dinero el acreedor sino la minoría de edad de éste.

Por lo que hace a los efectos que el depósito tiene sobre el derecho de prenda podemos señalar que en época clásica bastaba la disponibilidad para el pago, manifestada con el mero ofrecimiento, para que el deudor quedase libre de la misma. El deudor podía reclamar del acreedor moroso la prenda, mediante la *actio pigneraticia*, en caso de que le hubiese dado alguna

maiores non exigentur. Quod si etiam sortem deposuisti, exinde, ex quo id factum apparuerit, in usuras non convenieris. VIGNERON (*Offerre aut deponere ... op. cit.*, p.192-193) considera que esta constitución (s. III d.C.) recoge por primera vez de forma inequívoca la práctica de la *depositio* en materia de intereses convencionales.

53) BOVE, *op. cit.*, p.176: “in epoca classica, il deposito della cosa dedotta in obbligazione — senza alcuna particolare caratteristica differenziale e per nulla diverso da quello ordinario — aveva come sicuro effetto la cessazione del corso delle usure”.

seguridad para el pago ⁽⁵⁴⁾; mientras que el acreedor, según el principio expresado en la fórmula de la acción *pigneraticia* y *serviana*, sólo conservaba el derecho sobre la cosa pignorada en tanto que *non per eum stetit, quominus solveretur*⁽⁵⁵⁾.

Desde Gordiano el depósito de la cosa debida supone la imposibilidad para el acreedor pignoraticio de ejercitar su *ius distrahendi*, siendo nula desde ese momento la venta de la prenda por el acreedor (*pignoris distractio non valet*), como se recoge en C.8.27.8 ⁽⁵⁶⁾ y C.8.28.2 pr ⁽⁵⁷⁾.

54) D.13.7.20.2 (Paulus lib. XXIX ad edictum): *Si per creditorem stetit, quo minus ei solvatur, recte agitur pigneraticia ...*; D.13.7.9.5 (Ulpianus lib. XXVIII ad edictum): *Qui ante solutionem egit pigneraticia, licet non recte egit, tamen, si offerat in iudicio pecuniam, debet rem pigneratam et quod sua interest consequi*; D.13.7.10 (Gaius lib. IX ad edictum provinciale): *Quod si non solvere, sed alia ratione satisfacere paratus est, forte si expromissorem dare vult, nihil ei prodest*.

55) En este sentido véase NITSCHKE, *op. cit.*, p.149 y 161.

56) C.8.27.8 (Imp. Gordianus A. Maximo): *Si prius, quam distraheretur pignorata possessio, pecuniam creditori obtulisti, eoque non accipiente contestatione facta eam deposuisti et hodieque in aedem causa permanet, pignoris distractio non valet. Quod si prius, quam offerres, legem venditionis exercuisti, quod iure subsistit revocari non debet*.

Esta es la opinión sostenida, entre otros, por: SIBER, BOVE, NITSCHKE y KASER, para estos autores el acreedor pierde el derecho de venta de la prenda en el momento de la *depositio*; otros autores como BURDESE, FREZZA, VIGNERON (*Offerre aut deponere... op. cit.*, p.195) consideran que el momento decisivo para apreciar la validez de la venta era el ofrecimiento del deudor y no el depósito, ya que en la última frase se dice: *prius quam offerres* y no *prius quam deponeres*.

57) C.8.28.2 pr (Imp. Gordianus A. Nepoti): *Debitoris denuntiatio, qui creditori suo, ne sibi rem pignori obligatam distrahat, vel his qui ab eo volunt comparare denuntiat, ita demum efficax est, si universum tam sortis quam usurarum offerat debitum creditori eoque non accipiente idonea fide probationis ita ut oportet depositum ostendat*. Una opinión diferente es la de VIGNERON (*Offerre aut deponere...op. cit.*, p.196), para quien la exigencia

III. En cuanto a la liberación del deudor en caso de mora del acreedor se produce desde Diocleciano un importante cambio que se recoge en diferentes rescriptos de este emperador como son, entre otros, C.8.42.9 (58), C.4.24.10 (59), C.4.31.12 (60); si bien

del depósito en esta constitución “ est destinée à assurer la preuve que l'intégralité de la dette a bien été offerte et que cette offre est toujours maintenue”.

Véase NITSCHKE, *op. cit.*, p.158-159 y BOVE, *op. cit.*, p.181.

58) C.8.42.9 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Cassio): *Ob signatione totius debitae pecuniae sollemniter facta liberationem contingere manifestum est. Sed ita demum oblatio debiti liberationem parit, si eo loco, quo debetur solutio, fuerit celebrata.* Este rescripto se encuentra ubicado en el título C.8.42 “*De solutionibus et liberatoribus*” y aunque en él no se menciona de forma expresa el depósito, algunos autores como CATALANO (*op. cit.*, p.516) y BOVE (*op. cit.*, p.177) entienden que el término *obsignare* indica aquí también la *depositio*; NITSCHKE (*op. cit.*, p.199), sin embargo, considera interpoladas las dos frases.

59) C.4.24.10 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Apollodora): *Nec creditores nec qui his successerunt adversus debitores pignori quondam res nexas petentes, reddita iure debita quantitate vel his non accipientibus oblata et consignata et deposita, longi temporis praescriptione muniri possunt ...2. ...per vindicationem pignoris hoc idem inducitur et tibi non erit difficilis vel solutione vel oblatione atque solemni depositione pignoris liberatio.* BOVE (*op. cit.*, p.181) señala que este rescripto recoge, de forma más explícita que los anteriores, la facultad del deudor de recuperar la prenda mediante el depósito de la cosa debida.

60) C.4.31.12 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Lucio Corneliano): *Invicem debiti compensatione habita, si quod amplius debeas, solvens vel accipere creditore nolente offerens et consignatum deponens de pignoribus agere potes.*

será C.4.32.19 ⁽⁶¹⁾ el que innova, para la mayoría de la doctrina ⁽⁶²⁾, el régimen clásico sancionando la necesidad del elemento “lugar público u orden del magistrado” en el depósito de la cosa debida para que éste produjese la extinción de la relación obligatoria. Por otra parte, BOVE ⁽⁶³⁾ señala que Diocleciano en este rescripto otorgó una *actio utilis* en favor del acreedor contra el depositario o el tercero poseedor para obtener la cosa depositada por el deudor, pero no para dirigirse contra éste último (*vel contra depositarium vel ipsas competente pecunias*). En relación con la frase *nisi forte eas receperit*, se considera interpolada, lo que ha llevado a la mayoría de los autores ⁽⁶⁴⁾ a la

61) C.4.32.19 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aureliae Irenaeae): *Acceptam mutuo sortem cum usuris licitis creditori post testationem offer ac, si non suscipiat, consignatam in publico depone, ut cursus usurarum legitimarum inhibeat. 1. In hoc autem casu publicum intellegi oportet vel sacratissimas aedes vel ubi competens iudex super ea re aditus deponi eas disposuerit. 2. Quo subsecuto etiam periculo debitor liberabitur et ius pignorum tollitur, cum Serviana etiam actio manifeste declarat pignoris inhiberi persecutionem vel solutis pecuniis vel si per creditorem steterit, quominus solvatur. 3. Quod etiam in traiecticiis servari oportet. 4. Creditori scilicet actione utili ad exactionem earum non adversus debitorem, nisi forte eas receperit, sed vel contra depositarium vel ipsas competente pecunias.*

62) Entre otros autores véase: BOVE, *op. cit.*, 178-180; KASER, *Das römische Privatrecht I*, München 1971, p.640: “Daß der Schuldner bereits mit der Hinterlegung vollständig befreit wird, nimmt frühestens Diocletian an”.

63) BOVE, *op. cit.*, p.185.

64) SOLAZZI, *op. cit.*, p.142: “ nello stesso diritto giustiniano la liberazione del debitore è condizionata”; NITSCHKE, p.210: “ Daß die Kompilatoren in der Hinterlegung noch Keinen Ersatz der Zahlung gesehen haben, durch die sich der Schuldner ohne weiteres von seiner Schuld hätte befreien können, sondern vielmehr als ein Mittel, das die wirkungen des Gläubigerverzuges hervorrufen sollte” y p.212: “Demgegenüber wird aus C.4.32.19 das justinianische Recht, sei es für das Recht im Zeitalter

conclusión de que el depósito de la cosa debida en el derecho justinianeo debió producir una liberación condicionada ya que la relación obligatoria quedaría en una situación de pendencia mientras el objeto debido permaneciese en depósito, y sólo en caso de que la cosa fuese retirada por el acreedor se extinguiría la obligación, mientras que si es el deudor el que retira lo depositado la obligación subsistiría.

Diocletians, wenn man die Stelle ihrem sachlichen Gehalt nach für echt ansieht, vielfach gefolgert, daß die Hinterlegung schlechthin Befreiung oder wenigstens eine auflösend bedingte Befreiung bewirkt haben müsse"; véase también CATALANO, *op. cit.*, p.520; BOVE, *Offerta reale*, ED XXIV, p.774; R. HERRERA, *El contrato de depósito en el derecho romano*, Granada 1987, p.447.