

EL CONTRATO DE CUSTODIA Y ADMINISTRACIÓN DE
VALORES

*SECURITY DEPOSITORY IN CUSTODY AND IN
ADMINISTRATION*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2168-2193



Rachele
MARSEGALIA

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Haciendo una distinción entre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones informativas a las que la legislación del sector obliga al gestor de cartera y la responsabilidad prevista por el código civil, que obliga al simple depositario de títulos en custodia y administración, el Autor individua tanto los márgenes dentro de los cuales se puede identificar el contrato de depósito de títulos en administración, cuanto la efectiva portada de las “obligaciones renovadas” del depositario.

Basándose en una connotación dualista del depósito de títulos, como contrato bancario y como servicio de inversión accesorio, el trabajo analiza las distintas hipótesis en las que la omisión de información al cliente configure o no la imputación de la responsabilidad del depositario.

PALABRAS CLAVE: Obligaciones informativas; depósito de títulos en custodia y administración.

ABSTRACT: *Separating the responsibilities for non-complying with information obligations to which the applicable regulation the portfolio's manager has to comply with, from the one which the Civil Code compels the simple custody and administration of securities client, the Author identifies the outlines of the agreement for administration of securities and which is the actual range of the “renewed obligations” of the client.*

Once recognized the dual connotation of the Securities deposit account as bank agreement and accessory investment service, the writing herein analyzes the different theories for which the non-feasance of information to a client could lead to the involvement of the escrow agent in the responsibility.

KEY WORDS: *Information obligations; deposit of titles in custody and administration.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. EL DEPÓSITO BANCARIO: UNA DIFÍCIL COLOCACIÓN.- II. EL CONTRATO DE CUSTODIA Y ADMINISTRACIÓN DE VALORES: LUCES Y SOMBRAS EN LA DISCIPLINA DEL CÓDIGO.- III. LA NATURALEZA JURÍDICA Y LA FUNCIÓN DEL CONTRATO. LA REVIVISCENCIA DE LA PRESTACIÓN DE CUSTODIA.- IV. EL OBJETO DEL CONTRATO Y SU CAPACIDAD PARA INCIDIR SOBRE LA NATURALEZA DEL MISMO: EL CONTRATO DE CUSTODIA Y ADMINISTRACIÓN DE VALORES, DE UN CONTRATO REAL A UN CONTRATO CONSENSUAL.- V. LAS OBLIGACIONES DEL BANCO. LA CUSTODIA.- I. Las obligaciones de la banca. los actos de gestión entre autonomía de la banca y la autorización del cliente.- VI. LOS DERECHOS DE COMISIÓN.- VII. LAS OBLIGACIONES DE SECTOR DEL DEPOSITARIO-GESTOR. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN. EL DEPÓSITO BANCARIO: UNA DIFÍCIL COLOCACIÓN.

El contrato de custodia y administración de valores representa una de las formas más importantes de administración de los instrumentos financieros¹.

Si tenemos en cuenta cuanto establecido en el Código, dicho contrato se caracteriza por ser el supuesto en el cual, el banco está obligado a custodiar y administrar los valores, los títulos de masa o títulos en serie, nominativos, al portador o al orden recibidos en depósito de sus clientes, adoptando la diligencia del profesional cualificado.

I El nacimiento del contrato en cuestión está fechado por MOLLE G.: "I contratti bancari", *Tratt. Dir. Civ. Comm.* (dirigido por CICU y MESSINEO), XXXV-t I, Giappichelli, Milano, 1981, p. 753, en la segunda mitad del 1800, cuando «la banca con la puesta en marcha de costosos establecimientos y con la organización de sus servicios, se gana la confianza del público, aceptando depósitos tanto cerrados como abiertos y éstos no limitados a cosas muebles de valor, sino ampliados a títulos de crédito dirigidos al ahorro. Con el tiempo, de hecho, es en los títulos de crédito que se concentran tales depósitos y en función a la variedad y multiplicidad de los mismos, emitidos con un crecimiento vertiginoso tanto por el estado como por entidades públicas y privadas, la banca se encuentra a ofrecer a los clientes prestaciones accesorias a la simple custodia, las cuales, con el aumento de su importancia, otorgan a la relación una fisonomía propia». Anteriormente, además, bajo la égida del *codice di commercio* derogado, el depósito bancario carecía de su propia disciplina, «al mismo se le aplicaban las reglas del *codice civile* que no preveían el depósito en administración, de modo que le venían aplicados los acuerdos particulares entre bancos y depositantes o las reglamentaciones específicas predisuestas por los propios bancos»: textualmente A. Venezia, 25 de mayo de 1954, *Giur. It.*, 1955, I, 2, p. 655, anotado por MORERA R.: *El depósito de valores bajo custodia y depósito en administración*.

Nuestro *codice civile* es, por lo tanto, la cuna de la primera regla que el legislador dedica a la regulación del contrato de depósito de valores bajo custodia y depósito en administración y la elección de tipificación, dada su "habitualidad" al día siguiente de la entrada en vigor del código del 42, permite concluir que el caso «merecía ser reconocido por el legislador» (así MOLLE G.: *Il deposito titoli in amministrazione secondo il nuovo codice civile*, Banca borsa, 1942, I, p. 3).

Para las evoluciones sucesivas de los esquemas de negociación concebidos para la administración de los instrumentos financieros, ver, *ex multis*, GIULIANI F.M.: *Intestazione fiduciaria e servizi di investimento*, *Giur. Comm.*, 1997, I, p. 31.

• Rachele Marsegalia

Professore Associato, Università telematica San Raffaele Roma. E-mail: rachele.marsegalia@uniroma5.it

Los valores objeto del contrato no tienen que ser necesariamente propiedad del cliente, siendo suficiente que este último tenga la disponibilidad de los mismos, tanto es así que la copropiedad del depósito no es prueba suficiente de la copropiedad de los títulos por parte de los cotitulares del mismo, siendo ésta desumible de ulteriores elementos.²

Teniendo en cuenta la colocación del contrato en cuestión en el código de 1942, *prima facie*, el contrato de custodia y administración de valores forma parte del *genus* más amplio del depósito bancario, que, analizado en una perspectiva más amplia, aunque carente de una definición legislativa propia, se reconduce al esquema típico del depósito ordinario³, diferenciándose en depósito “abierto⁴” o “cerrado⁵”, dependiendo de si el objeto depositado en el banco está identificado y descrito o al contrario, contenido en un paquete cerrado y sellado.

En la disposición del depósito bancario, el código civil sitúa el contrato de custodia y administración de valores junto al contrato de depósito de dinero, reglamentándolos respectivamente en el art. 1838 y en los artículos 1834-1836 c.c., aunque, en realidad, se trata de dos tipos de depósito completamente distintos: mientras que el depósito de dinero pertenece a la categoría de depósitos irregulares⁶, el contrato de custodia y administración de valores se describe tradicionalmente como un depósito regular, en el cual el tenedor de los bienes

2 Recoge esta precisión Cass. 22 septiembre 2000, n. 12552, *La Tribuna, Archivio Civile*, 2001, 6, p. 788.

3 La similitud es muy adecuada, en la práctica, para la mayoría de los contratos bancarios, dada la correspondencia de numerosos contratos bancarios típicos al paradigma del contrato ordinario. Basta pensar, por ejemplo, a la comparación entre los anticipos bancarios y los préstamos pignoratícios.

4 Con el depósito bancario abierto se incluyen en la disponibilidad material del banco valores bien identificados, revistiendo a éste de una obligación de custodia (es decir, depósito abierto de custodia simple) o de una obligación de gestión (es decir, depósito abierto de custodia en administración).

5 Con esta última operación accesoria, la banca asume la obligación de custodiar los paquetes sellados o los contenedores cerrados durante toda la relación, y devolverlos, con la garantía de integridad e identidad, al final del plazo acordado. A pesar de que, en la actualidad, la disciplina típica – a diferencia del anterior art. 1847 del código civil de 1865 que obligaba al custodio a no abrir el paquete sellado – no imponga expresamente la obligación del secreto para el custodio, el hecho de que el contenido tenga que permanecer desconocido es una de las *condiciones sine quae non* de este tipo de depósito – al igual que sucede con las cajas de seguridad – y deriva de la voluntad del inversor, implícitamente desumible de las modalidades mismas de entrega (en este sentido: MASTROPAOLO F.: voz *Custodia*, *Enc. Giur.*, Giuffrè, Roma, 1992, p. 11. Tanto es así que «lo que el depositante tiene intención de dejar en custodia en el banco no es el paquete sino el contenido de éste, es decir, un bien del cual el depositario ignora las características exactas y su efectivo valor, dado que el depositante no está obligado a suministrar al banco una exacta descripción del paquete y de los valores sellados y la declaración hecha por él al momento de la firma del contrato»: MOLLE G.: “I contratti bancari”, *cit.*, p. 782. Uniformemente sempre MOLLE G., COLAGROSSO E.: *Diritto Bancario*, 2 ed., Stamperia nazionale, Roma, 1960, p. 323. A la vez, surge de la observación de DI BENEDETTO G.: “Deposito e custodia di titoli”, *Contratti bancari*, (a cura di GABRIELLI E.), Giappichelli, Torino, 2002, p. 248, el hecho que «la obligación de conservar la clausura y no ver el contenido del depósito se distingue de la obligación de secreto del contenido legítimamente visto, obligación que pertenece a cada contrato de depósito y que forma parte de los deberes de corrección de la banca que lo definen».

6 El mismo art. 1834 c.c. prevé, de hecho, la adquisición de la propiedad de la suma de dinero depositada por parte del depositario, refiriéndose así al esquema del art. 1782 c.c.. Sobre esta distinción véase en doctrina: GALASSO A.: *Contratti di credito e titoli bancari*, Padova, 1971, p. 101; PORZIO C.: “I contratti bancari in generale, il conto corrente bancario, il deposito, la concessione di credito”, *Tratt. Rescigno*, XII, Torino, 1985, p. 907; *Id.*: “La disciplina generale dei contratti bancari”, *I contratti delle banche* (a cura de ANGELICI, BELLI, PORZIO, RISPOLI FARINA), Torino, 2006, p. 102. *Contra*, sostienen, en cambio, que el depósito bancario integra los extremos de un modelo contractual en sí: MOLLE G.: *Deposito bancario*, en *Noviss. Dig. It.*, Cedam,

depositados no adquiere la propiedad de los mismos y no está obligado a la, simple, restitución del *tantundem eiusdem generis*.

La colocación sistemática que llevó el legislador del código a unir las dos formas diferentes de depósito, colocándolos en la misma sección, está basada en razones de unidad y afinidad que, quizás ya desde entonces, no tenía un particular significado, y que, sobre todo actualmente, está llamada a confrontarse con las diferencias radicales que separan los dos supuestos, tanto por función como por disciplina, y, obviamente, por objeto.

En primer lugar, una de las diferencias más evidentes entre la colocación legislativa y los elementos esenciales que caracterizan nuestro caso en particular, surge del análisis de la evolución que ha afectado al objeto del contrato. Si bien, desde una perspectiva de análisis significativamente válida algunos autores han justificado la elección legislativa criticada en la actual desmaterialización del objeto del contrato, encontrando en la disciplina de las obligaciones escritas y electrónicas el puente útil para salvar las distancias entre dos tipos contractuales y en la renovada importancia adquirida por las nuevas formas de custodia de títulos una válida herramienta de unión⁷, es innegable que la realidad actual de los “nuevos instrumentos financieros” se mueve en clara antítesis con respecto a la lógica de la colocación unitaria del legislador de 1942, acentuando las diferencias entre los dos contratos de depósito en cuestión y haciendo hincapié en la diversidad del objeto. Por otro lado, intentar reconstruir lo contrario, chocaría con el importante obstáculo de la distinción tradicional entre actividades “intrínsecamente” bancarias y actividades “ocasionalmente” bancarias. Tradición que, más allá de cuestiones puramente teóricas, se reafirma principalmente en el Texto Unico de las disposiciones en materia de intermediación financiera, donde, haciendo una clara distinción entre actividades reservadas a los bancos y actividades que les son únicamente permitidas⁸, el legislador especial no enumera el contrato de custodia y administración de valores entre las actividades objeto de la reserva bancaria, sino que lo incluye en cambio, en la categoría de servicios accesorios de inversión y por lo tanto, en las actividades permitidas a sujetos distintos a los mismos.⁹ «De ahí

V, Torino, 1981, 521; e MAIMERI F., PIERRI R.: *Dei contratti bancari. Art. 1834, Comentario del código civil* (dirigido por E. GABRIELLI) artt. 1803 – 1860, (a cura de VALENTINO D.), Giappichelli, Torino, 2011, p. 340.

7 Véase entre todas la posición de DI BENEDETTO G.: “Deposito e custodia di titoli”, cit., p. 125.

8 Véase art. 10, del D. lgs. del 24 febrero 1998, n. 58, segundo y tercer párrafo respectivamente.

9 En concreto, por lo tanto, en opinión de MAIMERI F., PIERRI R.: *Dei contratti bancari*, cit., p. 429, mientras que el depósito de dinero «proporciona capital a los bancos y cumple la función propia de éstos (la recaudación del ahorro), situándose como función principal, el contrato de depósito de valores bajo custodia y depósito en administración (en cualquier forma) forma parte de las operaciones accesorias, es decir, aquellas cuya activación no integra la actividad bancaria reservada. Tampoco parece posible revertir esta configuración derrocando el término malentendido “reserva indirecta” para la recogida de valores (estando, junto a los depósitos a custodia y a custodia en administración, las diversas formas de gestión de ahorros) y por tanto, recuperando una especie de “bancariedad” reservada a la operación. Se sabe que a partir de los años 80, a la recaudación propiamente dicha de los bancos (que estaba disminuyendo), éstos - de forma completamente autónoma y sin encontrar ninguna confirmación en la disciplina de vigilancia – unieron aquella en títulos,

la imposibilidad de abandonar las categorías tradicionales, con la única advertencia que, en la actualidad, las fronteras entre la recaudación - concesión del crédito son mucho más difuminadas que en el pasado y que en la problemática general de los diversos negocios ha de tenerse en cuenta la importancia que hoy asume el uso masivo de los sistemas informáticos»¹⁰.

En referencia al elemento subjetivo, por otra parte, aunque en abstracto la lógica unitaria que acerca las dos especies de depósito bancario bajo la óptica de la tipicidad pareciese capaz de encontrar justificación sólo en la componente subjetiva, en razón de la presencia de la empresa bancaria entre los dos extremos negociales - o, como ya previsto, incluso de sujetos distintos - que desempeña el papel de depositaria¹¹, de hecho, no sería viable en razón del hecho que el depósito pecuniario constituye una operación típica bancaria pasiva, mientras que, por el contrario, el contrato de custodia y administración de valores funciona, en cambio, como una operación bancaria activa. Mientras que la primera operación termina con el resultado de un coste para el banco que lleva a cabo, esencialmente, la tradicional función de recaudación del ahorro, la segunda transacción, con frecuencia auxiliar o colateral, es llamada a la realización de la función de intermediación, revistiendo al banco de un abanico de obligaciones de custodia y gestión, que ciertamente, no se traducen en costes para el mismo. En la práctica contractual, por ejemplo, alejándose de la mera acepción de depósito que, *sic et simpliciter*, cumpliría una función evocadora del concepto real de custodia, el

que tenían ritmos de crecimiento mucho mayores de la otra; todo esto constituyó la llamada "recaudación total", cuyos valores así obtenidos atenuaron la tendencia a reducir las tasas de aumento de la financiación bancaria». Con el fin de rechazar el uso indebido del término que acabamos de mencionar, el autor cita a continuación BORRONI M., ORIANI M.: *Le operazioni bancarie*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 216, que especifica como «de hecho, sólo si se individúa una forma de recaudación cada vez que la banca, al momento del acto de recogida de las sumas, reconoce al depositante un derecho a su devolución, no hay duda de que incluso con referencia a las operaciones en cuestión, corresponde al cliente el derecho a la devolución de las sumas depositadas o de los valores depositados. Si, en cambio, más adecuadamente, la recaudación se entiende como momento instrumental del ciclo productivo del banco, especialmente cuando la provisión genera flujos de efectivo disponibles para financiar las actividades del banco, no es correcto definir las actividades de recaudación indirectas una forma verdadera de recaudación. De hecho, estas transacciones se asemejan más a servicios que forman parte de la intermediación financiera que a formas reales de provista. Por otro lado, el art. 1 del Testo Unico, distingue claramente la "recaudación de depósitos y otros fondos con obligación de restitución", de las operaciones por cuenta de clientes en valores mobiliarios, de la "gestión de la consuelia en la gestión del patrimonio" y de la "custodia y administración de valores mobiliarios».

10 En estos términos DI BENEDETTO G.: "Deposito e custodia di titoli", cit., p. 125.

11 Concretamente, el factor subjetivo -más que el objetivo- es el elemento esencial que determina: tanto la afinidad de los dos tipos de depósito bancario tipificados en el codice civile, como la especialidad con respecto al *genus* ordinario del depósito bancario. Sobre este aspecto, ver: ZANCHI G.: *Commento all'art. 1210 c.c., Commentario del Codice Civile* (dirigido por GABRIELLI E.), cuidado por CUFFARO V., I, Utet, Milano, 2012, p. 864, según el cual «si el objeto del depósito es dinero o títulos de créditos, en base a todo lo dicho sobre el perfil subjetivo, el depósito sólo puede tener lugar a favor de una entidad de crédito o Caja de depósitos y préstamos S.p.A., o de banqueros en sentido amplio»; y TONDO M.: "Dei contratti bancari", *Comm. teórico práctico* (dirigido por DE MARTINO V.), Pem, Roma, 1970, p. 142, donde el Autor, ponderando el peso asumido por el elemento subjetivo, sostiene que «de la calidad profesional del banco y del hecho de ser el servicio manifestación de la actividad, organizada en empresa, deriva que los depósitos en custodia tienen el carácter de contratos de masa y se rigen por condiciones generales del contrato destinadas a darles uniformidad y certeza, y que, por lo tanto, también se constituyen como contratos por adhesión». Sobre la relevancia del carácter bancario de los contratos de masa véase también GIORGIANNI F., LATE C.M.: *Diritto bancario*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 363.

el contrato de custodia y administración de valores presupone y contiene en sí mismo la apertura de una cuenta de apoyo en la institución bancaria, dentro de la cual se mueven las sumas invertidas, con el fin de permitir su gestión¹².

II. EL CONTRATO DE CUSTODIA Y ADMINISTRACIÓN DE VALORES: LUCES Y SOMBRAS EN LA DISCIPLINA DEL CÓDIGO.

Más allá de la errónea ubicación normativa, la disciplina del contrato de custodia y administración de valores se presta a ulteriores críticas.

En primer lugar, el análisis muestra que el art. 1838 c.c. parece una norma *agé* o incluso anacrónica con respecto a la realidad del fenómeno que concierne a dicho contrato. Ya desde sus orígenes y posterior difusión en la práctica bancaria, el contrato de custodia y administración de valores se manifiesta como una realidad contractual que, como su objeto, está llamado a un cambio continuo e inducido. Este particular tipo de contrato hereda la incapacidad de permanecer cristalizado dentro de un marco regulatorio señalado por el envejecimiento ya en salida, en razón de los frenéticos procesos de transformación que giran y que, de hecho, inciden sobre el objeto y que, hoy más que ayer, determinan la difícil, si no imposible, compatibilidad del marco regulatorio con la naturaleza real de una relación como la establecida entre un banco y el cliente depositante.

De hecho, para dinámicas como ésta, la de los contratos bancarios se configura como la historia de un mundo involucrado en un vórtice evolutivo a un ritmo creciente, que termina cada vez por ampliar sus fronteras. Y este fenómeno del “envejecimiento prematuro” es una enfermedad que aqueja a la mayoría de las normas concebidas para la regulación de los contratos bancarios, cuya capacidad de cambio y obsolescencia han sido puestas de manifiesto en las últimas tres décadas. «Desde hace muchos años [...]», de hecho, “las operaciones bancarias han aumentado la tendencia a separarse, allí donde existía un vínculo normativo, del marco legislativo, sobre la base de una abundante -aunque no siempre completa- disciplina convencional para su función en concreto. A partir de este fenómeno, probablemente, como opinan muchos, aunque no buscado deliberadamente por el legislador, derivó una modificación de la estructura de las relaciones concretas, una modificación a menudo facilitada también por la vagüedad tipológica y normativa del supuesto legal. Este mismo fenómeno ha provocado importantes dificultades en la calificación de ciertas relaciones negociales y, en no pocas ocasiones, cuando la necesidad de reconstrucción no se ha captado o ha sido mal

12 En general, el mecanismo en cuestión tiene un conexión automática con la suscripción de la inversión por parte del cliente, aunque, sin embargo, en la casuística contractual, no falten hipótesis en las que tenga lugar de oficio y al mismo tiempo que la apertura de la cuenta corriente.

satisfecha, la aplicación de reglas inadecuadas para un supuesto no (en su totalidad) reconducible al tipo legislativo»¹³.

En segundo lugar, desde el punto de vista de un estudio sobre el contenido de la disciplina, surge, en cambio, el límite de la norma en cuestión, con respecto a la definición de la disciplina del contrato de custodia y administración de valores. El art. 1.838 cc, de hecho, se limita a articular, en detalle, los procedimientos mediante los cuales nace el contrato en cuestión, enumerando los actos de gestión a los que está obligado el banco y agrupándolos en una lista que, por admisión del legislador - como puede apreciarse a partir de la locución por la cual el banco tiene «en general que tomar las medidas necesarias para la protección de los derechos inherentes a los valores» - es meramente ejemplificativa, teniendo en cuenta la variedad de la gama de valores que pueden ser objeto de depósito.

Por último, a los citados problemas se añade aquél sobre la definición de la naturaleza jurídica de los diversos contratos bancarios, lo que a su vez ha llevado a la aparición de dificultades de interpretación que se han incluido en la definición de la operación negocial que nos ocupa. Es cierto que en este ámbito, las dificultades de encuadramiento se derivan principalmente de la convivencia entre las obligaciones de custodia y de gestión bajo el techo de los servicios bancarios y de la relación de igualdad o de prevalencia que se da entre ellas, así como de la necesidad de individualizar la disciplina aplicable en razón de la función social subyacente al contrato.

Los límites del marco regulatorio dentro del cual el legislador del 1942 sitúa el contrato de custodia y administración de valores, entre otras cosas, han surgido sobre todo cuando, en la práctica contractual, se ha producido el alejamiento del caso en cuestión de la simple acepción de depósito que, *sic et simpliciter*, cumplía una función evocadora del concepto real de custodia. Tanto es así que, partiendo del hecho de que, a menudo en la práctica, la firma del contrato de custodia y administración de valores venía acompañada y vinculada a la estipulación previa de un contrato llamado marco, definido en el TUF como «contrato relativo a la prestación de servicios de inversión» por parte del intermediario en nombre y en el interés del cliente, el legislador especial ha catalogado el contrato de custodia y administración de valores como uno de los servicios accesorios de inversión enumerados en el art. 1, coma 6, del TUF, como modificado por el art. 1 del d.lgs. n. 164 del 17.9.2007¹⁴. En este sentido, se ha precisado, sin embargo, que la accesoriedad debe entenderse no simplemente referida a la relación auxiliar que

¹³ MACCARONE S.: *Le operazioni della banca tra norme e prassi*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 9.

¹⁴ Como para los servicios de inversión, también en este caso, la lista es de carácter imperativa, excepto la posibilidad para el ministro de Economía y Finanzas (art.18, párr. 5, de TUF) de individualizar, al fin de adaptarse a la evolución de los mercados financieros, nuevos servicios auxiliares.

la une a otra operación principal, sino en relación al tipo profesional de actividad bancaria, por lo tanto, a la misma organización del banco¹⁵.

De ahí que, aunque concebido como uno de los casos primordiales de administración de los instrumentos financieros tipificados por el legislador del codice civile, hoy, el contrato de custodia y administración de valores forma parte de los servicios bancarios de inversión, es decir, de las actividades, ni de financiación ni de uso de capital, que, sin embargo, satisfacen las necesidades de un cliente cada vez más necesitado y exigente¹⁶. Y, precisamente, esta “nueva” colocación/catalogación determina la necesidad de verificar que el operado de sujetos depositarios de valores en administración deba adecuarse sólo a las disposiciones del codice civile o además, a las normas del T.U.F.¹⁷ y de los reglamentos de actuación¹⁸.

III. LA NATURALEZA JURÍDICA Y LA FUNCIÓN DEL CONTRATO. LA REVIVISCENCIA DE LA PRESTACIÓN DE CUSTODIA.

El contrato que nos ocupa es un contrato de duración y sinalagmático, oneroso, en el que a la obligación de custodia, de gestión y de restitución de los valores recibidos por el banco, corresponde la obligación del cliente depositante de pagar el canon acordado a la entidad de crédito. En la dinámica contractual, en concreto, el cliente confía a la sociedad la custodia de los títulos objeto de administración, definiendo la ruta de inversión elegida y determinando los límites de la misma, ya sea cualitativamente, es decir, indicando los títulos e instrumentos financieros que pueden ser susceptibles de compra o de venta, ya sea cuantitativamente, esto es, definiendo los umbrales máximos de compras o ventas¹⁹. El cliente, por tanto,

15 Para la distinción entre operaciones principales y accesorias, véase, además de TONDO M.: “Dei contratti bancari”, cit., p. 142, también MOLLE G.: “I contratti Bancari”, cit., p. 32, que cataloga las operaciones bancarias auxiliares como aquellas transacciones en el que el banco ni da crédito, ni recibe crédito, sino que brinda servicios. La certeza de que el depósito de valores bajo custodia y depósito en administración pudiese tener una función “secundaria” respecto a la actividad principal del banco es sostenida, incluso antes de la entrada en vigor de nuestro codice civile actual, por GRECO P.: *Corso di diritto bancario*, II ed., Cedam, Padova, 1936, p. 35, que ya entonces registraba la presencia de: «transacciones bancarias que están estrechamente vinculadas a las operaciones de crédito, a pesar de no ser tales, y constituyen una fase preparatoria, un presupuesto o una consecuencia, a menudo aún actos de ejecución».

16 En este sentido véase CAPOBIANCO R.: “Commento alle norme bancarie uniformi. I depositi di titoli”, *Banca Borsa e tit.*, 1956, I, p. 252. Sobre el argumento véase, además, PONTIROLI L.: *Operazioni bancarie, Digesto comm.*, X, Utet, Torino, 1994, p. 340, quien, al investigar la relación de accesoriedad con la actividad principal, ha premiado su importancia desde un punto de vista económico-social, negando que este depósito pudiera ascender al rango de negociación, permaneciendo más bien relegado al rol de operación accesoria (aunque) típica.

17 Así como actualizado por las recientísimas modificaciones llevadas a cabo por la L. n. 208 del 28 diciembre 2015.

18 Que hoy se sustentan, dadas las frecuentes actualizaciones, en las normas del Reglamento que contiene las normas de actuación, adoptado por la Consob con deliberación n. 16190 del 29 octubre 2007 y sucesivamente modificado con deliberación n. 16736 del 18 diciembre 2008, n. 17581 del 3 diciembre 2010, n. 18210 del 9 mayo 2012 y n. 19094 dell'8 enero 2015.

19 Para la posibilidad de que las partes tomen la decisión de ampliar o limitar las obligaciones y los correlativos poderes del banco, normalmente establecidos *ex contractu*, v. *amplius* ya FIORENTINO A.: *Le operazioni*

conserva las riendas de la gestión. Esto mismo comporta la marcada distinción entre el contrato de custodia y administración de valores con otras formas de transacción bancarias diseñadas para administrar los títulos del cliente. Aunque las características que se desprenden de la mayoría de los esquemas negociales presentes en la casuística contractual presenten similitudes con el supuesto en cuestión y el servicio de gestión individual del patrimonio mobiliario, generalmente denominado como servicio de gestión de carteras de inversión, el *discrimen* radica en los “frenos” cualitativos y cuantitativos, en manos del cliente: en el contrato de depósito, de hecho, el alcance del mandato se circunscribe a las transacciones individuales, de venta o compra, autorizadas cada vez por el cliente, mientras que en la gestión de la cartera la amplitud del mandato es uno de los elementos que caracterizan el servicio y es instrumental a la ejecución de formas de inversión ponderadas con respecto a los riesgos asumidos.

De ahí que, ascendiendo al rango de aquellas, raras, operaciones negociales en las que el banco está gravado por la carga de administrar las cosas depositadas bajo custodia por los clientes, recibiendo a cambio una compensación, el contrato de custodia y administración de valores ve cohabitar en su trama causal tanto la función social del depósito como la del mandato²⁰.

El análisis de la convivencia/concurrencia de ambas funciones mencionadas anteriormente es el prólogo de una serie de cuestiones interpretativas que, aunque conservan un sabor antiguo - por estar concebidas en una fase histórica en muchos aspectos impreparadas a los desarrollos más recientes que han afectado al contrato en cuestión - siguen siendo hoy actuales²¹.

En el *excursus* interpretativo, aunque inicialmente fue pacífico que el tipo de contrato en esame tuviese la naturaleza jurídica del contrato real y produjese el doble efecto de obligar al banco a la custodia y a la gestión del objeto del depósito, no han encontrado un amplio seguimiento las posiciones que han reclamado su carácter unitario y autónomo en razón de la expresa previsión en el código²² y que han permitido la aplicación de las disciplinas propias de los dos tipos de

bancarie, II ed., Jovene, Napoli, 1952, p. 265.

- 20 De hecho, de la taxonomía de los contratos registrados en la práctica, está claro las intenciones que empujan a los clientes a firmar el contrato: la garantía de protección de los títulos contra pérdida, robo, daño o destrucción, es decir, la garantía de una custodia segura para cada tipo de título, el alivio de todas las tareas relacionadas con las transacciones de títulos y, por lo tanto, el abono inmediato de los ingresos acumulados en la cuenta corriente de las rentas maduradas o el automático cómputo de intereses transparente, dividendos y reembolsos, la provisión tempestiva de toda la información de la empresa, la rigurosa monitorización de los órdenes y encargos para la recepción de títulos a raíz de un aumento en el capital, ejercicio de opción o de derechos de conversión, así como la elaboración de split de acciones, dividendos o distribución de acciones gratuitas.
- 21 En el presente caso, la referencia mencionada se refiere a las opiniones expresadas sobre la importancia de la función de custodia en la estructura teleológica del contrato.
- 22 CAMPOBASSO G.: *Diritto commerciale*, III, Utet, Torino, 2008, 139.

obligaciones antes mencionadas sólo en vía analógica²³. Por el contrario, ha tenido mayor difusión la definición del contrato de custodia y administración de valores como «negocio compuesto, a contenido binario, donde, además del depósito, opera, con plena auto-eficacia, la relación de mandato (sin representación)»²⁴. La coexistencia al mismo tiempo de la función social del contrato de depósito ordinario y del contrato de mandato, de hecho, ha llevado sobre todo al desconocimiento de la connotación unitaria de este tipo de contrato, diseccionándolo en función de las dos diferentes funciones realizadas por el banco y, por lo tanto, a clasificarlo como un contrato mixto.

Según una primera corriente, la obligación de gestión tendría un carácter secundario y accesorio respecto a la obligación principal de custodia²⁵. Según otras corrientes, sin embargo, la obligación de gestión tendría el mayor peso causal, permitiendo reconocer en el negocio jurídico una relación de mandato preponderante en comparación con la relación de depósito, relegada en cambio al rango de herramienta de preparación, dada la voluntad prioritaria de las partes destinada a la administración - y no a la conservación estática - de los valores²⁶.

El reciente escenario que se abrió con posterioridad a la desmaterialización de los valores, sin embargo, ha permitido el fértil arraigo de la teoría de la prevalencia de la prestación del mandato dentro de este marco de bifuncionalidad del contrato. Tanto es así que, en la ponderación del valor de las dos prestaciones en relación con la voluntad efectiva de las partes -de la misma manera que sucedió con la connotación de la realidad, que se discutirá más adelante- la frecuente inexistencia de un objeto material, ha llevado a pensar a la despotenciación de la función de custodia que antes competía a la par con la obligación de la administración en el orden del depósito de valores.

Hoy, sin embargo, aceptar esta tesis significaría admitir que el cambio del objeto haya comportado la transformación de la causa del contrato mismo. Pensando detenidamente, parece difícil aceptar que la desmaterialización de valores haya sido capaz de reducir la importancia del papel causal que desempeña la custodia,

23 Considerando, además que en la práctica operativa, la disciplina legal está integrada por la disciplina convencional establecida por la ABI e adoptada por casi todos los bancos italianos.

24 Véase sobre el argumento, MOLLE F., COLAGROSSO E.: *Diritto Bancario*, cit., p. 310.

25 En cuanto a la relación de *genus a species* que mantiene la obligación de custodia a la obligación de la administración v. SCORDINO F.: *I contratti bancari*, Jovene, Napoli, 1965 p. 40: «el deber de administrar, [...] en la medida en que está diseñado para preservar un potencial económico ya adquirido y no para adquirir uno nuevo, forma parte del concepto de custodia más genérico, en el caso en cuestión no se limita a lo material de las cosas depositadas, sino que también refleja un concepto técnicamente diferente y particular, conectado a la función que los valores desempeñan con respecto al patrimonio del propietario. [...] la conexión entre las dos funciones, la genérica de la custodia, en la cual se especializa la otra de la administración es inevitable; Es más, debemos hablar de una función única, en el sentido de que la administración no es más que la función técnica de la otra, de custodia».

26 Sobre el argumento véase *amplius* MOLLE G.: "I contratti Bancari", cit., p. 772; *Id.*, *Il deposito in amministrazione*, cit., p. 202; SOTGIA SE.: *Appunti per un corso di diritto bancario*, Cedam, Padova, 1944, p. 52.

ya que el contrato, todavía hoy, se presenta en grado de cumplir con la vocación original de cumplimiento conjunto de ambas funciones, dejando indemne el equilibrio de ambos negocios, de depósito ordinario²⁷ y mandato, unidos por el doble objetivo perseguido por las partes.

Esto, por supuesto, no porque la custodia se refiera aun a un objeto material, al contrario, ya que: a pesar de que el objeto que se conserva sea un bien “virtual y fluido” apto para viajar/fluctuar en las más variadas “cajas”, la custodia de los nuevos valores privados del soporte cartáceo, se enriquece de prestacione distintas respecto al pasado, atribuyéndole una nueva vida bajo el perfil causal y renovando su significado e importancia. Evidentemente, hoy, la prestación típica de depósito no consiste simplemente en la mera custodia física del título material tal y como fue concebido en 1942, sino en un abacánico adicional de actividades esenciales, tales como: el control de la integridad de los títulos carentes de soporte cartáceo, hecho posible sólo mediante la vigilancia de los sistemas informáticos, el impedimento de eventuales ataques externos a los sistemas de seguridad del banco, sólo realizable a través de la adopción de escudos informáticos siempre actuales, o la garantía de la correspondencia entre la cuenta del cliente depositante, del banco depositario y del emisor, hecha posible sólo a través de la realización de un control contable constante y puntual²⁸.

Esta “reactivación” de la función de custodia así reelaborada está, por otra parte, en línea con lo que ya habían concebido el legislador y los intérpretes en otros ámbitos. Consideremos, por ejemplo, la función que la misma ley sobre el tratamiento de datos personales atribuye a la custodia de datos personales, sensibles o muy sensibles, tratados de forma informática: también en este caso estamos en presencia de datos/contenidos impalpables y virtuales, pero el legislador precisamente regula el alcance y el contenido de las obligaciones de custodia a las que se debe atener el “depositario”²⁹. La similitud podría ser correcta si se lleva a cabo con todos los tipos de *res* inmateriales que hoy constituyen el objeto de

27 En esta hipótesis, de hecho, la banca no adquiere la propiedad de los títulos, sino que puede sólo administrarlos, dado que está prohibido el comodato de títulos de crédito que consiente la transferencia de la propiedad a la banca.

28 Precisa, de hecho, DI BENEDETTO G.: “Deposito e custodia di titoli”, cit., p. 143, que: «en el caso de custodia en administración, la relevancia del dato económico y de su tratamiento, la alta exposición al riesgo delitos informáticos que tal relevancia económica genera, y el encargo a la banca de prestaciones de contenido informático [...] llevan a concluir que las medidas exigidas sean aquéllas “más avanzadas”, según cuanto en definitiva previsto por la [...] jurisprudencia en materia de robo». En relación a esto último, el autor cita, entre otras, Cass. 10 enero 1998, n. 158, *Giur. It.*, 1998, p. 489.

29 El d.lgs. n.º 196/2003 establece que las obligaciones de control y custodia de los datos tratados corresponden a la adopción de un conjunto de medidas de seguridad técnicas, informáticas, organizativas, logísticas y de procedimiento de seguridad - adoptadas también en relación con los conocimientos adquiridos en pasado en el progreso técnico, en la naturaleza de los datos y en las características de tratamiento específicas - que configuran el nivel de protección requerido en relación con los riesgos de violaciones de seguridad (como destrucción accidental, pérdida, modificación, acceso no autorizado o procesamiento no autorizado o no acorde con los propósitos de la recopilación, divulgación no autorizada o acceso a datos personales transmitidos, almacenados o procesados en el contexto del suministro de un servicio de comunicación accesible al público), y que se fundamentan en las medidas mínimas previstas en el art. 31.

un contrato (basta pensar a la custodia y a la integridad de las obras de ingenio virtuales o multimedia puestas a la venta en una plataforma *on line*)³⁰.

Desde esta perspectiva de análisis, esencialmente, la custodia asume diferentes connotaciones de la custodia material – a la que hubiéramos estado acostumbrados a pensar hasta hace algunas décadas - cada vez que nos encontramos con un objeto “desmaterializado”, “virtual”, “digital”, “electrónico”, “multimedia”, pero sin que este cambio/renovación pueda llevar a la despotenciación de su función. Y, con esta nueva imagen, en el contrato en cuestión, la custodia (re)encuentra la habitual importancia que se adapta bien a su rol causal.

Por otro lado, la lectura actualizada de los componentes de la obligación de custodia devolvería fuerza a la interpretación previa de quien, no queriendo someter la custodia a tal devaluación, teniendo en cuenta su enunciación en el art. 1838 c.c., ha resaltado que: «si el legislador hubiera sostenido prevalente la prestación de gestión, la mención expresa de la custodia no hubiera tenido utilidad, siendo ya suficiente el art. 1177 c.c. para dar vida a la citada obligación. Al mismo tiempo, el elenco, aunque significativo, de los principales actos de administración del banco demuestra que el legislador no considera la actividad del mismo puramente accesoria a la custodia; es revelador además el recurso al art.1710 c.c. que, con respecto al mandato, sanciona con la nulidad el pacto de exención de la observancia de la diligencia ordinaria»³¹.

Por lo tanto, debe evitarse el riesgo de aplicar estas dinámicas interpretativas al contrato de custodia y administración de valores entendiéndolo como un contrato típico, estipulado singularmente.

IV. EL OBJETO DEL CONTRATO Y SU CAPACIDAD PARA INCIDIR SOBRE LA NATURALEZA DEL MISMO: EL CONTRATO DE CUSTODIA Y ADMINISTRACIÓN DE VALORES, DE UN CONTRATO REAL A UN CONTRATO CONSENSUAL

La gama de títulos que pueden ser objeto del depósito y de administración hasta ahora analizados consiste sustancialmente en: títulos del Estado, acciones

30 Por ejemplo, en la práctica contractual consuetudinaria es obligación de la sociedad de gestión de la plataforma garantizar que estas nuevas obras de ingenio estén cubiertas por un escudo suficiente a evitar los ataques informáticos que puedan atentar contra su integridad, sea bajo el perfil de robo que bajo el perfil de la piratería, que bajo el perfil de la modificación. A este propósito vale la pena subrayar que, como afirmado puntualmente por TRAVOSTINO M.: “Le misure tecnologiche di protezione e la gestione dei diritti nell'ambiente digitale”, *Giur. it.*, 2011, p. 10: «el advenimiento de las tecnologías digitales ha ampliado, por un lado, las formas de explotación de las obras, por otro, ha aumentado el riesgo de violación de derechos: las medidas para combatir las fronteras pueden frenar la entrada de soportes materiales [...], pero no el flujo de información transmitido por las redes de telecomunicaciones».

31 En este sentido: MASTROPAOLO F.: *Deposito di titoli a custodia e in amministrazione*, *Digesto comm.*, IV, Utet, Torino, 1989, p. 270.

societarias, obligaciones, cuotas de fondos comunes de inversión, títulos representativos de mercancías y otros títulos normalmente negociados que permitan adquirir los instrumentos mencionados anteriormente.

Los valores objeto del contrato pueden ser tanto valores en soporte cartáceo como desmaterializados³² y hoy más que nunca, como prueba de su amplia difusión en el mercado, la mayoría de los contratos a los que se hace referencia en el art. 1838 c.c. se estructura sobre la base de la custodia y administración de valores desmaterializados. Títulos "nuevos", no sólo por los contenidos, sino también por el "tipo" y por las formas de uso y circulación, ya que están constantemente sujetos a procesos de evolución tecnológica y de transformación. Títulos que la doctrina desearía "sujetarlos" a los esquemas normativos existentes, dado el difícil encuadramiento en el ordenamiento, y evitar de este modo, el riesgo de convertirse en una especie de "colador" como resultado del impacto con las nuevas tecnologías informáticas y telemáticas. Títulos fáciles de transferir, tanto que a menudo escapan al control de la ley. Valores que, aunque no hayan podido alterar la estructura causal que mantiene el esqueleto del contrato en cuestión, teniendo en cuenta la renovada importancia adquirida por la prestación de custodia interpretada como un sinónimo de obligación de protección, han podido influir, alterándola, sobre una de las características esenciales de la naturaleza jurídica de este contrato.

Partiendo del dato normativo, la realidad con la que el legislador ha distinguido el caso objeto de estudio, contemplando el perfeccionamiento en la entrega al banco de los títulos y valores, no es, ciertamente, una característica capaz de soportar el ritmo acelerado que marca la circulación de valores desmaterializados: es innegable, por lo tanto, que al afectar al objeto del contrato, transformándolo de físico a virtual, la desmaterialización ha hecho imposible la conseña. En consecuencia, la inmaterialidad del "nuevo" objeto del contrato y, por lo tanto, de la entrega, ha terminado hoy impidiendo la posibilidad de una dación material y efectiva del depositante al depositario. Bajo esta específica perspectiva, situar en la (falsa) *traditio* de una *res* incorporal el momento útil para concretar el perfeccionamiento del contrato de custodia y administración de valores se presentaría como una *fictio iuris* diseñada para intentar sostener la realidad. En verdad y con toda franqueza, el problema de aceptar tal "maquinación" ni siquiera sería tan difícil de sostener si de la efectiva realización de la entrega no dependiese el nacimiento de obligaciones conexas de carácter causal, como es el caso de la custodia y la restitución de los valores³³. A este punto, sacrificando la realidad característica del contrato con el fin de determinar el momento en el que surgen

32 En argumento véase MARTORANO F.: "Titoli di credito. Titoli non dematerializzati", *Trattato di diritto civile e commerciale* (dirigido por CICU A., MESSINEO F.), XXXVIII, Giuffrè, Milano, 2002, p. 42.

33 En este sentido véase *amplius* FERRARA F.: *La teoria dei contratti*, Jovene, Napoli, 1940, 336 e NATOLI U.: *I contratti reali*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 23.

las obligaciones antes mencionadas para la banca depositaria, se puede negar la coincidencia entre el momento del nacimiento del contrato y de las obligaciones derivadas del mismo. Sin embargo, más concretamente, dada la inexistencia de frenos lógicos para subvertir la naturaleza real del contrato³⁴, podría reconocerse con mayor facilidad que, en este contexto, la entrega material no juegue un papel predominante, actuando en cambio como un elemento neutral e «incoloro»³⁵. El valor “reducido” de la entrega de bienes inmateriales, sin embargo, debe evaluarse caso por caso, en relación con la función que desempeña en el contexto de la operación contractual en su totalidad. Y la realidad del singular contrato podría ser, no ya indubiamente afirmada, sino evaluada en el caso concreto³⁶. Y, por lo tanto, el contrato podría cambiar -dada la inexistencia de preclusiones de orden lógico apenas tratadas - su naturaleza de contrato real en la de contrato consensuado, en el que en concreto el contrato precede a la entrega de cosas perfeccionándose sólo con la firma del formulario negocial.

Esta solución interpretativa permitiría además, contener bajo límites bien definidos las últimas dinámicas contractuales presentes en la práctica bancaria: en la mayoría de los casos, de hecho, el banco y el cliente optan por celebrar el contrato de custodia y administración de valores, incluso si los títulos aún no están a disposición de cliente, de hecho, éste manifiesta la sola voluntad de adquirirlos en el futuro. En estos casos, el contrato se perfecciona sólo con el consentimiento de las partes, ya que es imposible entregar bienes intangibles que, además, permanecen vinculados a la eventualidad de una futura adquisición³⁷.

V. LAS OBLIGACIONES DEL BANCO. LA CUSTODIA.

Al enumerar los actos a los cuales está obligado el mero depositario, el art. 1838 c.c. establece que el banco que se haga cargo del depósito de títulos bajo custodia y administración los custodie, exija los intereses o dividendos, verificando los sorteos para la atribución de premios o para el reembolso del capital, curando los cobros en nombre del depositante y, en general, proveyendo a la defensa de los derechos inherentes a los títulos, con el fin de acreditar al depositante las sumas recaudadas. La lista de las obligaciones no es taxativa.

34 MASTROPAOLO F.: *Deposito*, Enc. Giur., XII, Treccani, Roma, 1992, p. 3, por ejemplo, nel sondeo de las razones de eventuales impedimentos al reconocimiento de la naturaleza consensual del contrato, sostiene como símiles impedimentos sean totalmente inexistentes en otros ordenamientos europeos.

35 La expresión es de BENEDETTI G.: *Dal contratto al negozio unilaterale*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 69.

36 GABRIELLI E.: *Il pegno anomalo*, Cedam, Padova, 1990, p. 88; y ID., MAIMERI F.: *I contratti bancari*, Utet, Torino, 2002, p. 133.

37 El fenómeno es deducido por DI BENEDETTO G.: “Deposito e custodia di titoli”, cit., p. 132, el cual – dejando ilesa la naturaleza real del contrato de depósito de simple custodia, en cuanto no regido por la función de gestión que determina la necesidad de perfeccionamiento del contrato independientemente de la entrega – admite el perfeccionamiento consensual de la mayor parte de los contratos de depósito de títulos en administración.

Tanto es así que el legislador se refiere a los principales actos de gestión y precisa que el banco debería «en general proveer a la protección de los derechos inherentes a los títulos». La locución utilizada revela la necesidad de indicar un perímetro de márgenes flexibles, sobre todo capaz de incluir todas las actividades, incluso de orden material, a las que el banco debe proveer en razón de los diferentes y variados títulos que puedan ser objeto de depósito y administración al mismo tiempo³⁸.

La custodia, de hecho, debido al “remaquillaje” a la que ha sido sometida, asume hoy «la impalpable (“virtual”) función de verificar que no haya intervenciones externas que puedan ingresar en los sistemas de seguridad del banco y modificar dichos registros: ciertamente una obligación de custodia, pero muy diferente de aquella a la que el legislador del código»³⁹ pensó y que «en los depósitos de títulos en administración [...] se completa con un conjunto de prestaciones las cuales, aunque es cierto que atribuyen al banco el derecho a un compenso [...] implican para el mismo deberes de diligencia, que no pueden eludirse con pactos de exención»⁴⁰, sancionados por el legislador con la nulidad.

Enriqueciéndose con nuevos contenidos, por lo tanto, la custodia de estos objetos “desmaterializados”, “virtual”, “digital”, “electrónico”, “multimedia”, (re) conquista la habitual importancia de su papel causal, reforzando la interpretación de quien, no queriendo someter la custodia a tal devaluación, dada su enunciación en el art. 1838 cc, evidenciaba ya que «si el legislador hubiera sostenido prevalente la prestación de gestión, la mención expresa de la custodia no hubiera tenido utilidad, siendo ya suficiente el art. 1177 c.c. para dar vida a la citada obligación. Al mismo tiempo, el elenco, aunque significativo, de los principales actos de administración del banco demuestra que el legislador no considera la actividad del mismo puramente accesoria a la custodia; es revelador además el recurso al art.1710 c.c. que, con respecto al mandato, sanciona con la nulidad el pacto de exención de la observancia de la diligencia ordinaria»⁴¹. Por lo tanto, debe evitarse el riesgo de aplicar estas dinámicas interpretativas al contrato de custodia y administración de valores entendiéndolo como un contrato típico, estipulado singularmente.

38 Sobre la lista incompleta en cuestión véase entre otros, MOLLE G.: “I contratti Bancari”, cit. p. 775; TONDO M.: “Dei contratti bancari”, cit., p. 156.

39 En este sentido MAIMERI F., PIERRI R.: *Dei contratti bancari*, cit., p. 445.

40 Así, textualmente, la Relación del Ministro Guardasigilli Dino Grandi al Codice Civile del 4 aprile 1942, n. 729.

41 En este sentido: MASTROPAOLO F.: *Deposito di titoli a custodia e in amministrazione*, *Digesto comm.*, cit., p. 270.

I. Las obligaciones de la banca. Los actos de gestión entre autonomía de la banca y la autorización del cliente.

En segundo lugar, el art. 1838 c.c. continúa enumerando los actos de gestión, cuyo cumplimiento, de acuerdo con las reglas generales que rigen nuestro ordenamiento, prevede una banca orientada a la mejor atención de los intereses del sujeto según la ordinaria diligencia profesional⁴².

Entre los actos de gestión debidos por el banco se distinguen tradicionalmente aquellos que se pueden llevar a cabo por éste autónomamente y aquéllos que necesitan, en cambio, la intervención del depositante.

Entre los actos que provienen de la actividad autónoma del banco se encuentran todos los actos de gestión por razón de necesidad - hasta tal punto que en los formularios contractuales de depósitos en administración se prevé expresamente que el banco libere las cédulas anticipadamente con respecto al ejercicio de los relativos derechos - es decir, la recaudación de intereses y dividendos, la verificación de los sorteos para la asignación de primas o reembolsos de capital, su cobro, el retiro de certificados provisionales y cualquier nuevo título entregado tras un aumento de capital, el sellado, el tipo de cambio, así como la agrupación o la división de los valores si así lo han deliberado las sociedades que los emiten.

Entre las prestaciones a las que está obligado el banco se encuentra también la devolución de los valores al depositante o a sus herederos que se suceden en la titularidad de los mismos tras la defunción, o incluso a aquellos que se presenten legitimados para recibirlos sobre la base de circunstancias que parezcan unívocas de acuerdo con la buena fe (art. 1189 c.c.)⁴³.

Por el contrario, no forma parte de los actos autónomos de obligatorio cumplimiento para el banco la iniciativa procesal dirigida a promover, por ejemplo, medidas cautelares o acciones urgentes instrumentales a garantizar la custodia y la administración de los títulos depositados, dado que las actividades enumeradas en el segundo párrafo de la citada norma se encuadran como actividades de administración meramente "técnicas", esto es, carentes de discrecionalidad gestional⁴⁴.

42 Tanto es verdad que el mismo art. 1838 c.c. prevé, en el último párrafo la nulidad de un eventual pacto directo a excluir o limitar la responsabilidad del banco.

43 En merito, y propio en relación al papel de acreedor respecto a la posición de heredero testamentario, la jurisprudencia de legitimidad ha admitido la aplicación del art. 1189 c. c. – que reconoce efecto liberatorio al pago efectuado en buena fe a quien aparece legitimado a recibirlo – también al pago de las sumas depositadas en cuenta corriente efectuado por el banco tras la cancelación de la cuenta por la muerte del correntista. Cass., 4 diciembre 1992, n. 12921, *Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24*.

44 En concreto, ya sólo por el riesgo conexo a una eventual iniciativa procesal, este tipo de interventos queda excluido del programa de acción del banco, que, al contrario, cumplen suficientemente las obligaciones a las que está obligado, limitándose a informar al cliente con el fin de incitarlo a actuar en el interés

Asimismo, el ejercicio de votación en asamblea no rientra entre los actos autónomos a los que está obligado el banco. La mayoría de los formularios contractuales estandarizados en la práctica bancaria aclara, de hecho, que la representación de los intereses de los clientes en las asambleas generales está subordinada a la expresa voluntad del depositante⁴⁵.

A continuación, son actos para los que es necesaria la previa orden del cliente: el ejercicio del derecho de opción, la conversión, el pago de las décimas, y el sub-depósito de títulos e instrumentos financieros en organismos de depósito centralizados y otros depositarios autorizados. Por lo tanto, para los citados actos, el legislador prevé que el banco solicite en tiempo útil al depositante las instrucciones para ejecutarlos, una vez recibidos los fondos necesarios para ello. A falta de instrucciones, los derechos de opción deben ser vendidos en nombre del depositante por un corredor de bolsa. A pesar de esto, sin embargo, para todos aquellos actos en los que el banco tiene que actuar como representante de los valores depositados, cuando éstos sean nominativos (como, por ejemplo, para el cobro de dividendos en acciones, para el pago de capitales, para el pago del derecho de acción) o al orden (como, por ejemplo, para el cobro de una letra de cambio), la interpretación mayoritaria encuentra en la asunción del mandato de gestión la raíz del mandato sin representación (1705 c.c.) y la justificación del poder de intervención del banco incluso en ausencia de un poder especial⁴⁶.

La jurisprudencia ha catalogado las obligaciones de gestión como obligaciones de medios, imputando, por tanto, al banco la responsabilidad por la inobservancia de la pericia y de la diligencia técnica exigidas al *bonus argentarius* y no por el resultado de la gestión que, aunque positivo, no se considere suficiente por el cliente-mandante⁴⁷.

de la defensa de sus posiciones. La exclusión, sin embargo, tendría una excepción en el caso en que razonablemente previsible la imposibilidad de un intervento tempestivo del cliente: de la razonable inercia del cliente derivaría la necesidad del intervento de la empresa de crédito «para evitar un seguro perjuicio (por ejemplo, promoviendo una oposición a un derecho de amortización) cuando el plazo está a punto de vencer». En estos términos, ABBADESSA P.: "Gli obblighi di amministrazione nel deposito di titoli", *Le operazioni bancarie* (a cura di PORTALE G.B.), II, Giuffrè, Milano, 1978, p. 467.

45 Por lo tanto, la autorización del depositante-socio no reviste al banco de una obligación posterior de administración, sino que le confiere sólo el encargo preciso de actuar en asamblea en su interés y dentro de los márgenes de sus instrucciones. Así SCORDINO F.: *I contratti bancari*, cit., p. 46.

46 Una vez más, véase MOLLE G.: "I contratti bancari", cit., p. 779, el cual sostiene que la banca legitime su poder hacia terceros a través de la posesión de títulos que para ser gestionados necesitan del cumplimiento de actos que impliquen la representación de su titular. En el mismo sentido también TONDO M.: "Dei contratti bancari", cit., p. 156, que, sin embargo, reconduce el ejercicio del poder de representación, no al poder de gestión, si no a la estipulación del contrato de depósito que en sí contiene el poder mismo para el banco, así como se desprende del texto de las condiciones generales del contrato al que el cliente adhiere. El mismo autor, precisa, además, la forma escrita del contrato in esame excepto la exigencia de la forma escrita prepuesta por el art. 1392 c.c. para los casos en los que la actividad de gestión lleve a la conclusión de actos jurídicos para los cuales sea necesaria la escritura. En contra v., en cambio, FIORENTINO A.: *Le operazioni bancarie*, cit., p. 265.

47 Tribunal Roma 9 diciembre 1991, *Il Sole 24 Ore*, Mass. *Repertorio Lex*24.

Así, por ejemplo, ha sido calificado de negligente, por tanto, a causa de responsabilidad por incumplimiento, el comportamiento del banco depositario que ingrese en la cuenta corriente del cliente las sumas derivadas del cobro de dividendos de valores en custodia y administrados por el mismo con más de sesenta días de retraso respecto a la fecha de pago de la cédula⁴⁸.

Por otro lado se ha relevado que, frente a la declaración de nulidad de la orden de compra, el intermediario tiene derecho a la restitución de los títulos negociados y de las cédulas de intereses devengados, ya que si bien estas últimas se pagan por el emisor de la obligación y no desde el banco, es el mismo banco que, a causa del contrato de depósito de valores bajo custodia y depósito en administración, se encarga de su cobranza⁴⁹.

VI. LOS DERECHOS DE COMISIÓN.

El banco tiene derecho a una compensación en la medida establecida por la convención o, en su defecto, por los usos, así como al reembolso de los gastos necesarios sostenidos por el mismo. El crédito del banco por las comisiones maduradas tiene naturaleza de privilegio especial sobre los títulos depositados (art. 2761 c.c.). Por lo tanto, en caso de que el cliente no satisfaga el crédito por la contraprestación debida, el banco tiene el derecho de retener los valores y después venderlos, de acuerdo con las reglas que regulan la venta de la prenda.

Normalmente, por contrato, el banco tiene derecho a deducir los importes que se le adeudan a título de compenso y reembolso de los gastos de las sumas acreditadas al cliente en su cuenta bancaria, en ejecución del contrato (1852 c.c.).

Sin embargo, cabe señalar que la razón por la que el banco llega a la conclusión de un contrato de custodia y administración de valores va más allá de la recaudación de comisiones que, en realidad, alcanzan cifras reducidas. Para los bancos, de hecho, la operación nunca se limita a la custodia y administración simples: muy a menudo ésta se convierte en el embrión de nuevas relaciones adicionales y que, realmente, permiten al banco considerables ingresos. De hecho, el depósito de valores bajo custodia y depósito en administración: «representa para el banco una operación de contenido económico limitado, dada la pequeña cantidad de la suma cobrada, pero [...] le ofrece la ventaja de ser el punto de conexión para otras transacciones legales (compra y venta de títulos, riporto, adelantos, descuento de recibos, venta de divisas, depósitos en cuenta corriente, etc)»⁵⁰.

48 Tribunale Milano 23 febrero 1989, *Il Sole 24 Ore*, Mass. Repertorio Lex24.

49 T. Marsala, 21 marzo 2008, www.ilcaso.it, 2008.

50 MOLLE G., COLAGROSSO E.: *Diritto Bancario*, cit., p. 321.

VII. LAS OBLIGACIONES DE SECTOR DEL DEPOSITARIO-GESTOR. CONSIDERACIONES FINALES

Naturalmente, el discurso tomaría un tono completamente diferente si no hablásemos “simplemente” de un “mero” depósito de valores bajo custodia y depósito en administración, sino que hablásemos, en cambio, de la gestión de una cartera o consulencia. En este sentido, en principio, además de los servicios típicos “renovados” mencionados anteriormente, estaríamos ante una “amplificación” del alcance de los deberes de las empresas de depósito, tal como lo requieren la normativa de sector. Y, específicamente, en un marco de análisis invertido, basado en el criterio de prevalencia, la prestación de custodia dejaría un espacio mayor y predominante a la función administrativa - gestional de los títulos desmaterializados sujetos a depósito. Así, en consecuencia, al cambio de la perspectiva de investigación⁵¹ seguiría el impulso hacia una (más lógica) aplicación de las normas sobre el mandato⁵².

En realidad, en el mercado de contratos dirigidos a la realización de transacciones complejas así estructuradas, este tipo de supuesto contractual - registrado sobre todo después de la entrada en vigor de la l. 19 de junio de 1986, n. 289, que ha dado lugar a Monte Titoli S.p.A.⁵³ – se sustancia en la dinámica a través de la cual la entrega al intermediario habilitado se materializa con el registro contable de los instrumentos a nombre del cliente, así como la retirada, la transferencia o la sujeción de los títulos desmaterializados.

Casi a partir de la fecha de entrada en vigor del nuevo Reglamento de Emisores⁵⁴, especialmente la jurisprudencia que se ha pronunciado en el segundo semestre de 2000 ha ampliado necesariamente el círculo de obligaciones de información del depositario-gestor⁵⁵.

En este sentido, de hecho, al definir los criterios de comportamiento para las empresas de inversión y para los bancos las normas de la T.U.F. (art. 21), prevén, entre otras cosas, que estos sujetos, en la prestación, sea de servicios de inversión sea de servicios accesorios, actúen con diligencia, corrección y transparencia en interés de los clientes y con el fin de la integridad de los mercados, adquieran la

51 Véase MASI P., TIDU A.: *Servizi bancari, Enc. giuridica*, XXVIII, Treccani, Roma, 1992, pp. 4 e 5.

52 V. *amplius* AMBROSIO M.: “La dematerializzazione dei titoli di Stato ultimo atto”, *Riv. Dir comm.*, 2000, p. 80; MASI P., TIDU A., LENER R. e CARMIGNANI S.: “La gestione accentrata di strumenti finanziari”, en AA. VV.: *Intermediari finanziari, mercati e società quotate*, Utet, Torino, 1999, p. 492; CARRIERO A.M.: “La legge sulla dematerializzazione degli strumenti finanziari: tecniche giuridiche ed obiettivi”, *Foro it.*, 1998, V, c. 309.

53 Véase LENER R.: *Monte Titoli, Dig. Disc. Priv.*, Sez. comm, X, Torino, 1994, p. 88.

54 Se refiere al reglamento del 2007, aunque haya sido el del 1998 a diseñar el boceto normativo de referencia sobre el cual se ha estructurado la mayor parte de la jurisprudencia ya citada.

55 Pertenecen a este hilo interpretativo: T. Roma, 25 mayo 2005, *Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24*; T. Cosenza 1º marzo 2006; A. Brescia 20 junio 2007; e T. Pisa-Pontedera, 13 octubre 2008 (todas las sentencias están recogidas en *Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24*).

información necesaria para los mismos y operen en modo que estos últimos estén siempre adecuadamente informados, a fin de minimizar el riesgo de conflictos de interés y, en la eventualidad de una situación de conflicto, logren garantizar, e todo caso, a los clientes la transparencia y el trato *equo* para los mismos, utilicen comunicaciones publicitarias y promocionales correctas, claras y no engañosas, y dispongan de recursos y procedimientos, incluido de control interno, adecuados para garantizar el desarrollo eficiente de los servicios y actividades⁵⁶; mientras que el Reglamento de Intermediarios n. 16190/2007 – según cuanto establecido por el Reglamento anterior n. 11522/1998 (art. 28) - contiene ulteriores especificaciones de estos deberes de conducta, imponiendo la obligación de corrección, claridad y falta de equívocidad de “todas las informaciones, incluidas las comunicaciones publicitarias y promocionales, dirigida por los intermediarios a clientes o clientes potenciales.” (art. 27), para que puedan comprender razonablemente la naturaleza del servicio de inversión y el tipo específico de instrumentos financieros en cuestión y los riesgos asociados a ellos y, en consecuencia, puedan tomar decisiones conscientemente en materia de inversión (art. 27, párrafo 2).

Cuando se habla del depositario que también asume el papel de gestor, por lo tanto, el derecho del cliente «de obtener de la banca una copia de la documentación referente a la relación contractual», viene confirmado por la obligación de la banca de proporcionar información⁵⁷, cuya inobservancia no podría ser justificada ni siquiera por deliberaciones incidentales sobre los títulos que excluyan la facultad de elección o la posibilidad de ejercitar opciones de los depositarios⁵⁸.

Los derechohabientes, tienen siempre y en todo caso la facultad de decidir si desean o no disponer de los valores bajo custodia y depósito en administración y para que éstos puedan ejercer este derecho es necesario que el administrador

56 La norma impone al banco, por tanto, obligación de información de triple valencia: bajo el perfil activo (ilustrar los riesgos de la operación), bajo el perfil pasivo (recoger del cliente las informaciones útiles para evaluar la adecuación de la operación solicitada) y, en las condiciones y en una perspectiva más amplia dirigida a los contratos bancarios, también bajo el perfil omisivo (que le impone la abstención a la operación, por ser inadecuada para aquel cliente). Evidentemente «esta regla – sometiendo la prestación de servicios de inversión a una disciplina distinta y más intensa respecto a la derivante de la aplicación de las reglas de corrección previstas en el c.c., impone al operador el deber sea de hacerse parte activa en la petición al inversor de noticias sobre su experiencia y de su situación financiera, los objetivos de inversión y la propensión al riesgo, sea de informar adecuadamente el cliente al fin de poner al ahorrador en la condición de efectuar conscientes y razonadas elecciones de inversión o desinversión”. Asi Cass. 25 junio 2008, n. 17340, *Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24*.

57 Diversamente, el banco, de hecho, podría ser condenado a entregar la documentación solicitada. Véase, sobre el argumento T. Nocera Inferiore, 31 julio 2006, *Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24*.

58 Véase ya: ROPPO V.: *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio Bond e Tango Bond) a seguito della significativa diminuzione del valore dei titoli dovuto alle vicende che hanno travolto rispettivamente il gruppo Cirio e lo Stato argentino, Danno e Resp.*, 2005, 6, p. 604; GENTILI A.: *Disinformazione e validità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite, Giust. Civ.*, 2008, I, p. 2785; FIORIO P.: *Doveri di comportamento degli intermediari finanziari, suitability rule, conflitto di interessi e nullità virtuale del contratto di investimento in bond argentini, Giur. It.*, 2004, p. 2125; COTTINO G.: *La responsabilità degli intermediari finanziari. Ancora qualche divagazione sul tema, Giur. It.*, 2006, p. 1630.

depositario les informe puntual y tempestivamente según la buena fe de todas las circunstancias útiles para la decidir sobre la opción de la que tenga conocimiento.⁵⁹

Tanto es así que se considera negligente no sólo el comportamiento del banco depositario, que no respeta la obligación de informar al cliente en el momento de la inversión, de la eventual desinversión o del cambio de posiciones tomadas⁶⁰, sino también el comportamiento del banco, tras el lanzamiento de una oferta pública de cambio de los títulos accionarios depositados en administración, no informe al cliente de este hecho, (no ostandovi los reglamentos sectoriales que figura en el texto de intermediación financiera consolidada, porque la información a transmitir no puede ser considerada como una invitación para unirse a la oferta pública).⁶¹ El entendimiento está, sin duda, en línea con la connotación del contrato de custodia y administración de valores como contrato/servicio de duración y por ello, como un contrato al cual se podría unir sólo una obligación continua de información, en este caso de un propio monitoraje, que necesariamente persiste durante toda la relación y que ciertamente no se presta a reducirse a la sola etapa inicial de la inversión o al momento de adquisición de los valores.

59 Se piense, por ejemplo, al inicio de la operación de restructuración, con anexa oferta de cambio, por parte del emisor, que precluda al cliente la posibilidad de vender en aquel momento los propios valores a terceros legitimados a adherir a la oferta de cambio y por ello interesados a la adquisición.

60 Así, Tribunal Forlí 18 noviembre 2008, *Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24*, en la cual la obligación informativa es catalogada como obligación de contenido dinámico. V. también App. Milano 16 febbraio 2009, *Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24*.

61 En este sentido T. Padova, 25 noviembre 2008, *Foro It.*, 2009, 7-8, c. 2258.

BIBLIOGRAFIA

ABBADESSA P.: *Gli obblighi di amministrazione nel deposito di titoli, Le operazioni bancarie* (a cura di PORTALE G.B.), II, Giuffrè, Milano, 1978, p. 467.

AMBROSIO M.: *La dematerializzazione dei titoli di Stato ultimo atto*, Riv. Dir. comm., 2000, p. 80.

BORRONI M., ORIANI M.: *Le operazioni bancarie*, Il Mulino, Bologna, 2002.

CAMPOBASSO G.: *Diritto commerciale*, III, Utet, Torino, 2008.

CAPOBIANCO R.: *Commento alle norme bancarie uniformi. I depositi di titoli, Banca Borsa e tit.*, 1956, I, p. 252.

CARRIERO A.M.: *La legge sulla dematerializzazione degli strumenti finanziari: tecniche giuridiche ed obiettivi*, Foro it., 1998, V, c. 309.

COTTINO G.: *La responsabilità degli intermediari finanziari. Ancora qualche divagazione sul tema*, Giur. It., 2006, p. 1630.

DE BENEDETTI G.: *Dal contratto al negozio unilaterale*, Giuffrè, Milano, 1969.

DI BENEDETTO G.: *Deposito e custodia di titoli, Contratti bancari*, (a cura di GABRIELLI E.), Giappichelli, Torino, 2002, p. 248.

FERRARA F.: *La teoria dei contratti*, Jovene, Napoli, 1940.

FIORENTINO A.: *Le operazioni bancarie*, II ed., Jovene, Napoli, 1952.

FIORIO P.: *Doveri di comportamento degli intermediari finanziari, suitability rule, conflitto di interessi e nullità virtuale del contratto di investimento in bond argentini*, Giur. It., 2004, p. 2125.

GABRIELLI E.: *Il pegno anomalo*, Cedam, Padova, 1990.

GABRIELLI E., MAIMERI F.: *I contratti bancari*, Utet, Torino, 2002.

GALASSO A.: *Contratti di credito e titoli bancari*, Padova, 197.

GENTILI A.: *Disinformazione e validità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, Giust. Civ., 2008, I, p. 2785.

GIORGIANNI F., LATE C.M.: *Diritto bancario*, Giuffrè, Milano, 2006.

GIULIANI F.M.: *Intestazione fiduciaria e servizi di investimento*, *Giur. Comm.*, 1997, I, p. 31.

GRECO P.: *Corso di diritto bancario*, II ed., Cedam, Padova, 1936.

LENER R.: *Monte Titoli*, *Dig. Disc. Priv.*, Sez. comm, X, Torino, 1994, p. 88.

MACCARONE S.: *Le operazioni della banca tra norme e prassi*, Giuffrè, Milano, 1988.

MAIMERI F., PIERRI R.: *Dei contratti bancari. Art. 1834, Comentario del código civil* (dirigido por E. GABRIELLI) artt. 1803 – 1860, (a cura de VALENTINO D.), Giappichelli, Torino, 2011, p. 340.

MARTORANO F.: *Titoli di credito. Titoli non dematerializzati, Trattato di diritto civile e commerciale* (dirigido por CICU A., MESSINEO F.), XXXVIII, Giuffrè, Milano, 2002, p. 42.

MASI P., TIDU A.: *Servizi bancari, Enc. giuridica*, XXVIII, Treccani, Roma, 1992, p. 4.

MASI P., TIDU A., LENER R. e CARMIGNANI S.: "La gestione accentrata di strumenti finanziari", en AA. VV.: *Intermediari finanziari, mercati e società quotate*, Utet, Torino, 1999, p. 492.

MASTROPAOLO F.: *Deposito di titoli a custodia e in amministrazione, Digesto comm.*, IV, Utet, Torino, 1989, p. 270.

MASTROPAOLO F.: voz *Custodia*, *Enc. Giur.*, Giuffrè, Roma, 1992, p. 11.

MASTROPAOLO F.: *Deposito, Enc. Giur.*, XII, Treccani, Roma, 1992

MOLLE G.: *Il deposito titoli in amministrazione secondo il nuovo codice civile, Banca borsa*, 1942, I, p. 3.

MOLLE G., COLAGROSSO E.: *Diritto Bancario*, 2 ed., Stamperia nazionale, Roma, 1960

MOLLE G.: *Deposito bancario*, en *Noviss. Dig. It.*, Cedam, V, Torino, 1981, 521

MOLLE G.: "I contratti bancari", *Tratt. Dir. Civ. Comm.* (dirigido por CICU y MESSINEO), XXXV-t I, Giappichelli, Milano, 1981.

MORERA R.: *El depósito de valores bajo custodia y depósito en administración*, *Giur. It.*, 1955, I, 2, p. 655.

NATOLI U.: *I contratti reali*, Giuffrè, Milano, 1975

PONTIROLI L.: *Operazioni bancarie, Digesto comm.*, X, Utet, Torino, 1994, p. 340.

PORZIO C.: "I contratti bancari in generale, il conto corrente bancario, il deposito, la concessione di credito", *Tratt. Rescigno*, XII, Torino, 1985, p. 907;

PORZIO C.: "La disciplina generale dei contratti bancari", *I contratti delle banche* (a cura de ANGELICI, BELLI, PORZIO, RISPOLI FARINA), Torino, 2006, p. 102.

ROPO V.: *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio Bond e Tango Bond)) a seguito della significativa diminuzione del valore dei titoli dovuto alle vicende che hanno travolto rispettivamente il gruppo Cirio e lo Stato argentino, Danno e Resp.*, 2005, 6, p. 604.

SCORDINO F.: *I contratti bancari*, Jovene, Napoli, 1965.

SOTGIA SE.: *Appunti per un corso di diritto bancario*, Cedam, Padova, 1944.

TONDO M.: "Dei contratti bancari", *Comm. teórico práctico* (dirigido por DE MARTINO V.), Pem, Roma, 1970.

TRAVOSTINO M.: *Le misure tecnologiche di protezione e la gestione dei diritti nell'ambiente digitale*, *Giur. it.*, 2011, p. 10.

ZANCHI G.: *Commento all'art. 1210 c.c., Comentario del Codice Civile* (dirigido por GABRIELLI E.), cuidado por CUFFARO V., I, Utet, Milano, 2012, p. 864,

