

por esto no debe entenderse que á la sombra de semejante derecho pueda el comodante causar daños al comodatario; el juez, en su caso, deberá ordenar el modo de que no sufra perjuicios indebidos (1).

## TITULO XI.

### Del depósito.

#### § I.

##### Depósito en general.

363. El depósito, llamado en las Partidas *condesijo* (2), es un contrato real, intermedio, por el que se recibe de otro una cosa para custodiarla, y con obligación de restituirla cuando la reclame el que la entregó. No hay obligación más sagrada que la que nace de esta convencion, que descansando en la confianza, debe ser guardada con escrupulosidad religiosa. El que hace el depósito se llama *deponente*, y *depositario* el que le recibe.

364. Sus requisitos esenciales son la tradición verdadera ó fingida, la custodia, y la devolucion de la misma cosa; y aunque por regla general es gratuito (3) para que no degenera en arrendamiento, no debe dejarse de reputar como depósito aquel en que intervenga alguna corta remuneracion en recompensa de los gastos y daños que ocasione (4).

365. Cuando el depósito consiste en cosas fungibles y es entregado por peso, número ó medida, es irregular; y en su esencia, aunque no en todos sus accidentes, viene á convertirse en mútuo, quedando dueño de las mismas cosas el depositario, y

(1) Navarra.—Como el derecho romano es supletorio del navarro, creemos que se prestará en el precario la culpa lata.

(2) Ley 1.<sup>a</sup>, tít. III, Part. V. *Poner en guarda de otro lo que quiere condessar*, palabra antigua, que significa dar en custodia. Gregorio Lopez glosa 2.<sup>a</sup>

(3) Ley 2.<sup>a</sup> del mismo título y Partida.

(4) Ley 3.<sup>a</sup> del mismo título y Partida.

obligado á restituir otro tanto de igual especie y calidad (1). Mas si estas mismas cosas se entregan no pesadas, contadas ni medidas, sino cerradas ó selladas, ó con otras señales que acrediten su identidad para el caso de la devolucion, entónces deberá decirse que es un depósito regular (2). Estos diferentes efectos que produce, hacen que se le distinga en *regular é irregular*, pero en realidad, solamente el primero es el que merece el nombre de depósito.

366. Hay *depósito*, propiamente así llamado, y *secuestro* (3); trataremos de ellos con separacion.

#### § II.

##### Depósito propiamente dicho.

367. El depósito propiamente dicho puede ser *voluntario* ó *necesario* (4).

368. *Depósito voluntario*.—El *depósito voluntario* depende sólo y exclusivamente de la voluntad libre y espontánea del que da y del que recibe, y como éste se obliga, es claro que si tiene incapacidad para contraer, la tiene tambien para ser depositario. Cuando sea incapaz el deponente, no se libertará de la obligación el depositario, porque las personas hábiles para contraer no pueden objetar incapacidad á aquellas con quienes contrajeron.

369. *Depósito necesario*.—El *depósito necesario*, llamado comunmente *miserable*, es el que se hace por acontecimientos desgraciados é imprevistos. A esta clase pertenece el que se efectúa con motivo de incendios, ruinas, saqueos, naufragios ú otras calamidades semejantes. Llámase necesario este depósito, por la necesidad con que los hombres son compelidos á hacerlo. En estos casos, aunque no hay siempre un consentimiento expreso, le hay tácito ó presunto al ménos, fundado en los principios que oportunamente exponremos; mas como sus reglas siempre son

(1) Ley 2.<sup>a</sup> del mismo título y Partida.

(2) Aragon.—En Aragon el depósito de dinero se prueba solamente con instrumento. (Obs. 17, *De probat.*, lib. II.)

(3) Ley 1.<sup>a</sup>, tít. III, Part. V.

(4) Ley 1.<sup>a</sup> del mismo título y Partida.

las mismas que las de los demás depósitos, le comprendemos en este lugar. Los romanos castigaban con mayor severidad su violación; medida justa y política que vemos en nuestras leyes (1), en las que además de la responsabilidad criminal en que incurre el que niega cualquier depósito consistente en dinero en la forma en que puede hacerse, ó en otra cosa mueble, hecho que nuestro anterior Código penal (2) calificó de hurto, vemos la obligación de restituir el duplo, impuesta al que en el depósito miserable incurre en tal acto de baja; fundándose la ley para este rigor extraordinario, en que á las tristes circunstancias que motivan el depósito, se agrega la imposibilidad que el deponente suele tener de elegir en momentos de angustia otro más fiel depositario.

370. *Obligaciones del depositario.*—Las obligaciones del depositario son:

*Primera.* Cuidar de la cosa y de los frutos que produzca, prestando en su conservación la culpa lata, porque la utilidad es del que da. Cesa, sin embargo esta doctrina, y la regla general admite algunas excepciones en virtud de las cuales el depositario prestará la culpa leve y aun la levísima, en diferentes casos.

Prestará la culpa leve:

1.º En los casos en que así se haya estipulado, porque aquella circunstancia, como natural al contrato, puede variarse por la voluntad de los contratantes.

2.º Si el depositario solicitó que en él se hiciera el depósito, por la presunción de que en ello puede tener interés.

3.º Si recibiere premio por el depósito (3).

Prestará la culpa levísima, y aún también el caso fortuito:

1.º Si así lo hubiesen pactado los contratantes.

2.º Por mora ó tardanza en la restitución de la cosa.

3.º Cuando la cosa depositada se hubiese perdido ó deteriorado por culpa del depositario.

4.º Cuando el depósito fué hecho en utilidad del que le recibe. Y aunque en este último caso parece que sólo debía estar obligado á la culpa levísima, siguiéndose las reglas generales so-

(1) Ley 8.ª, tít. III, Part. V.

(2) Artículo 437 del Código penal de 1850.

(3) Ley 3.ª, tít. III, Part. V.

bre la prestación de culpas, la ley está terminante en hacerle responsable, aún mediando el caso fortuito (1).

*Segunda.* Restituir con sus accesiones la misma cosa que se le entregó. Aplicable es al depósito lo que hemos dicho respecto al comodato, en los casos en que el depositario liberta de un incendio, ruina, naufragio ó en otro acontecimiento fortuito lo suyo y pierde lo ajeno, ó por el contrario, salva lo ajeno y pierde lo suyo (2). No puede retener la cosa depositada á título de compensación por deuda ó de expensas que hubiese hecho en ella, las que pedirá separadamente (3). No deberá volver al loco, mientras lo esté, la espada depositada; ni la cosa al depositante que la hurtó ó robó, sino que deberá avisar al dueño para que acuda al juez con objeto de que mande la retención del depósito; mas si la cosa hurtada ó robada es del depositario, éste podrá retenerla como suya (4). Es claro que en caso de que el depositario haya enajenado la cosa, tendrá el dueño facultad de reivindicarla de cualquier poseedor en quien se halle.

*Tercera.* Hacer la restitución en el lugar convenido, y en su defecto en el del contrato, y al tiempo prefijado, ó ántes si quiere el depositante, porque éste puede renunciar á un contrato introducido en su favor, que no da al depositario uso, dominio ni verdadera posesión de la cosa (5).

(1) Ley 4.ª del mismo título y Partida.

(2) Ley 5.ª, tít. V, lib. V del Fuero Juzgo.

(3) Leyes 5.ª y 10, tít. III, Part. V.

*Aragon.*—Es tan privilegiado en Aragon el depósito, que para garantizar la obligación que tiene de restituirlo el depositario, siempre que se pida (Obs. ún., título *Comm.*, lib. IV), está determinado que no puede alegarse ausencia por causa pública (Obs. 3, *De privil. absent.*); y que cuando el citado para este efecto no comparece, debe el juez mandar vender sus bienes hasta la cuantía del depósito. (Obs. 16, *De contum.*, lib. VIII.)

*Navarra.*—El fuero de Navarra (cap. II, tít. XI, lib. III), establece también que no pueda oponer el depositario la compensación ó retención cuando le reclaman el depósito (cap. I, tít. XVI, lib. III), y que no pueda hacerse por nadie prenda de la cosa depositada.

(4) Ley 6.ª, tít. III, Part. V.

(5) Leyes 2.ª y 5.ª, tít. III, Part. V. Los depósitos que se hacían ántes en la Caja del Estado, se habrían podido considerar como excepción de esta regla, si hasta cierto punto no hubieran sido más bien préstamos con inte-

371. *Obligaciones del que deposita.*—No puede exigir el depositante que el depositario prolongue su oficio: debe manifestarle los vicios ó defectos que tenga la cosa, indemnizándole, si los ocultare, de los perjuicios que se le irrogasen; y satisfacer los gastos y pérdidas que ocasione la conservacion de aquélla (1).

372. Manifestadas las obligaciones del depositante y del depositario, conocidas son tambien las acciones directa y contraria que nacen de este contrato, como intermedio. Ambas son para su ejecucion: por la primera, que es la que nace inmediatamente del contrato, se hace efectiva la responsabilidad del depositario; la segunda, que sólo puede tener origen por un hecho posterior, se da como todas las de su clase para la indemnizacion á que, como hemos visto, puede ser compelido el depositante.

373. Al terminar este párrafo, debemos hacer mencion de las obligaciones que los fondistas y posaderos tienen de custodiar con cuidado y diligencia los efectos que los viajeros depositan en sus establecimientos. Mas para que pueda exigírseles la correspondiente responsabilidad por falta de su cumplimiento, es indispensable que los que se hospedan en sus casas hayan dado conocimiento anticipado á ellos ó á sus dependientes del depósito de aquellos efectos en la posada, pues de lo contrario, no tendrán la responsabilidad subsidiaria que el Código penal y otras leyes les imponen, con especialidad en casos de robo ó de hurto (2).

### § III.

#### Secuestro.

374. El secuestro es, ó *convencional* ó *judicial*.

375. *Secuestro convencional.*—El secuestro convencional es *el depósito de una cosa litigiosa, hecho con voluntad de los colitigantes en manos de persona lega, llana y abonada* (3), que se obli-

rés que verdaderos depósitos. Los que se hacen á bancos establecidos con autorizacion legal, se rigen tambien por disposiciones especiales.

(2) Ley 10 del mismo título y Partida.

(3) Ley 26, tít. VIII, Part. V, y art. 20 del Código penal.

(4) Ley 1.<sup>a</sup>, tít. IX, Part. III.

*ga á restituirla á aquel á cuyo favor el pleito se decida.* Es, pues, indispensable el consentimiento previo de los que tienen pendiente un litigio para que este depósito se verifique, y despues el del depositario; de cuyas circunstancias no tiene lugar la primera en los depósitos comunes, pues en ellos basta que convengan dos personas, á saber, el depositante y el depositario. Su objeto es evitar los inconvenientes que se originarian si una de las partes se apoderase violentamente de la cosa y excluyera de su disfrute á los demás colitigantes; su fin, la conservacion del derecho que cada uno puede tener, reservando tanto la misma cosa como sus productos á aquel que salga vencedor en el litigio. La admision de este depósito es voluntaria, pero una vez admitido, no puede el depositario dejarlo sino por consentimiento de ambas partes ó por justa causa aprobada por el juez (1).

376. *Secuestro judicial.*—Cuando el secuestro se hace por auto de un juez, se llama *judicial*. En rigor no es este el lugar oportuno para tratar de él, porque no es efecto de la voluntad de las partes, sino del mandamiento del juez, bajo cuyo concepto corresponde á los procedimientos; así es que sólo hacemos aquí una ligera indicacion por las afinidades que tiene con los demás depósitos, reservándonos tratar de esta materia en otra obra con la conveniente extension. El depósito judicial puede ser reclamado por una de las partes en el juicio, y se decreta cuando es sospechoso de mala fe, de malversacion, de pérdida ó de ocultacion de la cosa el que la posee (2): procede tambien en aquellos casos en

(1) Algunos escritores sostienen que entre el secuestro convencional y el depósito hay la diferencia de que en el primero pasa al depositario ó secuestrario la posesion de los bienes, y en el segundo, el deponente conserva posesion y propiedad. No podemos asentir á semejante opinion, contraria, á nuestro parecer, á los principios legales, pues, segun ellos, la posesion supone en el que posee, creencia de ser dueño de la cosa, y ésta no puede presumirse de ningun depositario, que sólo tiene lo depositado á nombre de otro y no en virtud de *tenencia derecha*, ó sea de justo título traslativo de dominio.

(2) La ley 1.<sup>a</sup>, tít. IX, Part. III, señala varios casos en que ha de tener lugar el depósito judicial, siendo los principales y en su mayor número los siguientes: 1.<sup>o</sup> Cuando es mueble la cosa objeto del litigio, y el demandado persona sospechosa de quien se teme que la ocultará ó trasladará á otro punto. 2.<sup>o</sup> Si habiéndose dado sentencia contra el poseedor de la cosa, éste

que se teme que las partes lleguen á vías de hecho para sostener sus pretensiones, lo cual apreciará prudencialmente el juez. A su admision puede ser compelido todo el que no tenga justo motivo para excusarse; pero el escribano de la causa y el juez están inhabilitados (1).

377. Uno y otro secuestro producen iguales obligaciones que el depósito propiamente dicho, á excepcion de que ni los deponentes pueden exigir, ni el depositario entregar la cosa, sino por consentimiento de las partes ó por providencia judicial en sus casos respectivos.

378. Réstanos sólo advertir, que aunque el depósito y secuestro pueden ser tanto de cosas muebles como de inmuebles, lo que en nada altera su diversa naturaleza, es más comun aplicar la palabra *depósito* á las muebles (2), y la de *secuestro* á las inmuebles.

## TÍTULO XII.

### De los contratos aleatorios (3).

#### § I.

##### Contratos aleatorios en general.

379. Queda en otro lugar expuesto lo que se entiende por contrato aleatorio. De esencia suya es que sea incierto el acontecimiento á que se subordine, y que tenga un objeto lícito. General-

apela, y hay sospecha de que la deteriorará ó disipará sus frutos. 3.º Cuando el marido es disipador de los bienes de su mujer ó va cayendo en pobreza por su culpa; pues en estos casos, podrá pedir ella que se la entreguen sus bienes ó que se depositen en persona de garantía á quien se confie la administracion. Cuando el padre ó la madre pretiere ó deshereda injustamente á un hijo, ó instituye á otro heredero de todos sus bienes; en cuyo caso, si el desheredado pide la parte que le toca, ofreciendo llevar á colacion los bienes recibidos de su padre y lo cumpliere, se le entregará la porcion que le corresponde; mas si no lo cumpliere, se ha de poner esta parte de bienes en secuestro, y el juez le señalará plazo para que lleve á efecto la colacion de lo recibido.

(1) Ley 1.ª, tit. XXVI, lib. XI de la Novísima Recopilacion.

(2) Mas, propiamente, usan á dar más en condessijo las cosas muebles que las otras. (Ley 2.ª, tit. III, Part. V.)

(3) Al fin la Academia Española ha dado carta de naturaleza al adjetivo

mente corren en él ambas partes un riesgo igual, pero sucede tambien que sólo una se expone al riesgo en beneficio de la otra, recibiendo en compensacion una cantidad cierta por este peligro eventual.

380. En rigor, son contratos aleatorios todos aquellos *cuyas ganancias ó pérdidas dependen de un acontecimiento incierto*. De aquí es que cuando alguno de los contratantes tenga certeza de lo que para los otros es incierto, no podrá llamarse aleatorio el contrato que tan desigual es para los que lo celebran: en este caso será frecuentemente una estafa.

381. La equidad y la justicia aconsejan que la condicion de los contratantes sea tambien igual respecto á la esperanza de las ganancias y al riesgo de las pérdidas. Esta igualdad debe calcularse, atendiendo á las probabilidades que hay entre lo que efectivamente se arriesga y lo que se puede ganar.

382. Cuando estos contratos se celebran entre personas que tienen capacidad general para contraer y versan sobre objetos que son conformes á las buenas costumbres y á las leyes, producen su eficacia, como demostraremos en este título.

383. De lo dicho se infiere que son varios los contratos á que puede darse la denominacion de aleatorios. Mas aquí trataremos sólo, y con separacion, de los más usuales, y que por su especialidad merecen ser examinados, aunque sea sucintamente. Estos son, la compra de esperanza, el contrato de seguro, el de censo ó renta vitalicia, el de decision á la suerte, el de juego y la apuesta.

#### § II.

##### Compra de esperanza.

384. Entiéndese por compra de esperanza, el contrato de compra y venta de una cosa, cuya existencia es incierta y even-

*aleatorio*. En el uso comun se habia ido generalizando mucho ántes, y más entre los juristas. Esta circunstancia; su origen latino de la palabra *alea*, por la que se significa juego de azar, suerte, fortuna, incertidumbre y riesgo; la comodidad que presta para evitar perifrasis, y más que todo, el ejemplo de los redactores del proyecto del Código civil que han admitido sin escrúpulo esta palabra, nos movieron ya á emplearla en ediciones anteriores, procurando darle la fijeza y precision con que no siempre se ha usado.