

servirse de las cosas ajenas sin consentimiento del propietario. Siguese de esto, dice Pothier, que siempre está prohibido á los depositarios de dinero servirse de él para sus negocios. En vano se invocaría la certidumbre moral que tuvieron de poder devolver la suma depositada cuando la reclamara el depositante; no es esta una razón para disculpar el robo que cometen usando del dinero. Pothier califica de robo el uso que el depositario hace de la cosa; esta era la antigua doctrina, como lo diremos más adelante. Esto no impide que un teólogo contemporáneo de Pothier y autor de una obra de teología moral, sostuviera que un depositario podía lícitamente y sin *pecado* servirse para su negocio del dinero que tuviera en depósito cuando tiene la certeza moral de poderlo devolver, siempre que el depositante no le haya dicho que no quería que el depositario se sirviera del depósito. A este propósito Pothier hace notar que «es muy falso que baste al depositario no haberle sido prohibido el uso del dinero; es necesario que tenga el consentimiento de aquel que le dió el depósito ó que tenga justo motivo de presumirlo (volveremos á este punto), sin lo que es un *ladrón* si se sirve de él.» (1) Así lo que es un robo para el legista ni siquiera era un pecado para el teólogo. ¿Quién dirá verdad? La conciencia moderna, de la que Pothier es el órgano, se levanta contra la inmoralidad de la moral de los teólogos. Pascal la había fustigado en el siglo XVII, pero nadie es tan incorregible como los intérpretes de la pretendida verdad revelada. ¡Tienen la pretensión de enseñar la única moral verdadera y encuentran legítimo el robo! Sucede frecuentemente á Pothier el combatir á este teólogo moral y siempre lo hace con una dureza que no es costumbre suya. Esto es porque Pothier no sólo era un gran jurisconsulto, era ante todo un espíritu concienzudo, y su conciencia no había sido viciada por la enseñanza de la teo-

1 Pothier, *Del depósito*, núm. 37. Compárese Duvergier, p. 536, núm. 443.

logía católica; esto es un cierto catolicismo muy de moda en nuestros días, lo que Pothier ataca y que atacamos también después de nuestros maestros los legistas franceses de los siglos XVI y XVII, los Dumoulin, los Guy Coquille, los Domat, y Pothier, su discípulo y émulo.

102. El art. 1930 agrega que el depositario puede servirse de la cosa depositada con el permiso expreso ó presumido del depositante. Cuando hay permiso expreso el derecho del depositario es seguro, sólo que en este caso nace la cuestión de saber si el contrato de depósito no se convierte en contrato de arrendamiento. Traducimos á lo que hemos dicho más atrás (núm. 73). El permiso presumido da lugar á una dificultad de hecho y de derecho. ¿Cuándo puede decirse que hay presunto consentimiento? No basta, dice Pothier, que el depositario, para alhagarse ó hacerse ilusiones, se persuada de que el depositante hubiera consentido el uso de la cosa depositada si le hubiese pedido el permiso, es necesario que tenga un justo motivo de creer que se lo hubiera concedido, como si la cosa que le hubiese sido dada en depósito fuera una cosa que le hubiera prestado en anterior ocasión en que se la pidió prestada. Esto es muy vago. Pothier da este ejemplo. No pudiendo un sabio tener en su casa sus libros por falta de local los pone en depósito en casa de un amigo suyo; en este caso se debe presumir su consentimiento en el uso que podrá hacer este amigo leyéndolos, pues un verdadero sabio á quien se debe suponer amigo de la verdad nada desea tanto como facilitar á los demás los conocimientos que adquirirán con la lectura de sus libros. (1)

Esto es sin duda muy probable cuando se trata de un verdadero sabio que ama la verdad, pero la probabilidad, por grande que se suponga, no es una certeza, y la certeza es la que se necesita cuando se trata de un contrato. Aquí na-

1 Pothier, *Del depósito*, núms. 36 y 37.

ce la dificultad de derecho. Que el consentimiento pueda ser tácito esto es incontestable, pues el consentimiento tácito es tan seguro como el expreso; resulta de los hechos que no pueden tener otra interpretación que la del consentimiento de quien los hizo. Otra cosa es el consentimiento presumido: yo deposito mis libros en casa de un amigo, no se trata de un préstamo ni por palabras ni por otro hecho cualquiera, sólo que es muy probable que consintiera en el préstamo si el depositario me lo pidiera. Esta probabilidad no es un hecho, luego no hay consentimiento tácito. ¿Hay además del consentimiento tácito un consentimiento presumido? En principio esto es inadmisibile. ¿Quién aprecia las presunciones de que se trata en el caso? El juez. Bien puede, en los casos determinados por la ley, recurrir á las presunciones para inducir de ellas lo que se ha convenido, pero no puede hacerlo para crear convenciones suponiendo un consentimiento que nunca ha sido dado. Esto nos parece evidente. ¿Qué debe concluirse? Que Pothier se apartó del rigor de los principios admitiendo un consentimiento presumido y que los autores del Código se han equivocado después de él.

103. Si apesar de la prohibición de la ley el depositario se sirve de la cosa depositada falta á sus obligaciones y, por consiguiente, tendrá que pagar daños y perjuicios si hay lugar. Si, pues, la cosa llegara á perecer por caso fortuito durante este uso ilícito habría que aplicar lo que acabamos de decir del apremio; el depositario respondería del caso fortuito porque el accidente fué ocasionado por su culpa, á reserva de probar que su culpa fué extraña á la pérdida y que la cosa hubiera perecido igualmente si no se hubiera servido de ella.

Además de la responsabilidad civil el depositario que se sirve de la cosa sin permiso del depositante está también sometido á la responsabilidad penal. En el derecho antiguo

se decidía que el depositario que se sirve de la cosa depositada sin el consentimiento del que se la confió se hace culpable de robo; se admitía un robo del uso de la cosa. Es seguro que este caso es un hecho ilícito, es la violación de la propiedad; el uso de la cosa ajena, dice Pothier, no nos pertenece, como no nos pertenece la cosa misma; es un bien ajeno al que la ley natural no nos permite tocar. Nuestro derecho no admite ya el robo de uso; el Código Penal castiga como abuso de confianza el uso fraudulento de la cosa depositada (art. 403 y Código Penal belga, art. 491). Si el depositario sustrajo la cosa ajena vendiéndola á un tercero el depositante, si es propietario, tendrá en principio el derecho de reivindicarla, á reserva de que el tercer posesor invoque la máxima de que en cuanto á mueble la posesión vale título. Se ha preguntado si la excepción que el art. 2279 hace para las cosas robadas podría aplicarse en caso de abuso de confianza; basta poner la cuestión para resolverla. Si la sustracción fraudulenta de la cosa depositada fuera todavía un robo como en la jurisprudencia antigua el art. 2279 sería seguramente aplicable, pero no siendo ya castigada la sustracción á título de robo el depositante no puede prevalecerse de la excepción, pues las leyes penales no se extienden por motivo de analogía; no se puede, pues, aplicar al abuso de confianza lo que el art. 2279 dice del robo. (1)

Se entiende que en caso de venta fraudulenta el depositante tiene una acción por daños y perjuicios contra el depositario infiel. Fue sentenciado que el depositario de acciones industriales que dispone abusivamente de ellas tiene que indemnizar al depositante desde la sustracción. En el caso el depositario infiel cayó en quiebra; la Corte de Bruselas decidió que los daños y perjuicios que el depositante podía reclamar contra la masa se limitaban al va-

1 Pothier, *Del depósito*, núm. 34. Pont, t. I, p. 199, núm. 447.

lor de las acciones cuando la apertura de la quiebra. La decisión nos parece en oposición con el principio que sienta la sentencia. (1)

104. Según el art. 1931 "el depositario no debe tratar de conocer cuáles son las cosas que le fueron depositadas, si le fueron confiadas en un bulto cerrado ó bajo cubierta lacrada." Esta disposición fué tomada de Pothier, pero los autores del Código han hecho mal en limitar una regla de delicadeza que Pothier formula en términos más generales; transcribiremos lo que dice: "La fidelidad que el depositario debe tener para el depósito le obliga á no tratar de conocer las cosas que le fueron dadas en depósito cuando aquel que se las entregó quiso mantenerlas ocultas." Tal es el principio. Pothier da después como ejemplo el caso del que hace una regla el Código Napoleón: la regla recibiría su aplicación aunque no hubiera bulto cerrado ni sobre lacrado; estas marcas exteriores sólo denuncian la voluntad del depositante. La misma naturaleza de la cosa depositada basta: tal sería un testamento. Pothier agrega que si el depositante que depositó cosas de naturaleza á ser mantenidas ocultas quiso para demostrar confianza en el depositario darle conocimiento de la cosa, la fidelidad que debe tener el depositario le obliga á no comunicar este conocimiento á nadie. Si alguien me da en depósito su testamento sin que esté cerrado, ¿podré tomar conocimiento de él? Pothier contesta que el depositante me da el permiso tácito dándome el testamento abierto; hubiéramos preferido la decisión contraria más conforme al sentimiento de delicadeza que debe reinar en todo contrato de depósito; en todo caso debe decirse con Pothier que cometería una infidelidad enorme si daba el testamento para que otros lo leyeran. (2)

1 Bruselas, 10 de Marzo de 1866 (Pasicrisia, 1868, 2, 364).

2 Pothier, *Del depósito*, núms. 38 y 39.

SECCION II.—De la restitución.

Núm. 1. De las cosas que deben ser restituidas.

105. "El depositario debe devolver idénticamente la misma cosa que recibió" (art. 1932). No hay que distinguir cuál es la naturaleza de la cosa dada en depósito; aunque fueran cosas consumibles, dice Pothier, el depositario no estaría admitido á devolver cosas de la misma calidad, especie y cantidad; debe restituir las mismas que recibió y á las que no le está permitido tocar. Esto es decir que las cosas, aunque consumibles, no lo son en materia de depósito; las cosas se entregan al depositario para que las guarde y las devuelva tal como le fueron confiadas.

106. El art. 1932 aplica el principio al depósito de una suma de plata. En general el dinero es la cosa más consumible; no obstante, la ley decide que "el depósito de las sumas acuñadas debe ser devuelto con las mismas monedas que se depositaron, ya que aumente ó disminuya su valor." Sería más exacto decir que las monedas recibidas por el depositario son las que debe devolver al depositante; de modo que la cuestión de aumento y disminución de valor ni siquiera puede ser suscitada. Si la ley dice que el depósito de dinero debe ser devuelto en las mismas monedas que fué hecho es porque generalmente el depositante no está interesado en recibir idénticamente las mismas monedas que entregó en depósito. Pero bajo el punto de vista de los principios importa mantener el rigor de la regla, pues autorizar al depositario á devolver la suma con monedas de la misma especie sería permitirle tocarlas, y no tiene el derecho de tocar el depósito; la opinión contraria conduciría fácilmente á la moral inmoral de los teólogos católicos; mantengamos nuestra moral laica, esta es inmutable, como lo es la conciencia.