

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.

¿Cómo puede saberse si las monedas devueltas por el depositario son las mismas que le fueron entregadas? Sólo hay un medio: es encerrarlas en un cofre ó bajo cualquiera sobre lacrado. Cuando las monedas se entregan descubiertas se hace imposible comprobar su identidad: lo que queda que hacer es, como lo aconsejan todos los autores, especificar en el acto del depósito ó en una factura la naturaleza de las monedas depositadas. (1)

107. «El depositario no está obligado á devolver la cosa depositada sino en el estado en que se encuentra en el momento de la restitución. Los deterioros que no sucedieron por su hecho están á cargo del depositante» (art. 1933). Esta es una consecuencia del principio establecido por el art. 1932. El depósito tiene por objeto un cuerpo cierto y determinado que el depositario debe devolver idénticamente; y el deudor de un cuerpo cierto queda libertado cuando devuelve la cosa no deteriorada por su culpa; desde que cumplió su obligación de conservar la cosa su responsabilidad no está comprometida. El art. 1302 aplica el principio á la pérdida de la cosa y decide que la obligación del deudor está extinguida cuando el cuerpo cierto y determinado que era su objeto llega á perecer sin culpa del deudor y antes que esté apremiado. Y el art. 1245 dice en términos generales que el deudor de un cuerpo cierto y determinado queda libertado por la entrega de la cosa en el estado en que se halla cuando la entrega, siempre que los deterioros sobrevenidos no procedan de su hecho ó de su culpa ó que antes de estos deterioros no esté apremiado. Hay una diferencia de redacción entre estas diversas disposiciones. El art. 1245 habla de un deterioro sobrevenido por el *hecho* ó la *culpa* del deudor; el art. 1302 sólo habla de la pérdida sucedida sin *culpa* del deudor, y el art. 1933 sólo habla de los deterioros sobrevenidos por el hecho del depositario.

1 Durantón, t. XVIII, p. 40, núm. 45 y todos los autores.

Traducimos al título *De las Obligaciones* para lo que se refiere á la explicación de esta dificultad de texto (tít. XVII, núm. 557).

108. Ya hemos dicho que el depositario no responde del caso fortuito (art. 1929). El art. 1934 supone que la cosa depositada fue quitada al depositario por una fuerza mayor y que recibió un precio ó alguna cosa en su lugar; en este caso debe restituir lo que recibió en cambio. Pothier da como ejemplo: en un tiempo de escasez el depositario de una gran cantidad de trigo está obligado por el magistrado á vender sus granos en el mercado; tendrá que devolver el precio que recibió al depositante, pues el precio pertenece al propietario y el depositario lo recibe en depósito en lugar del trigo. Pont agrega que este caso puede también citarse á título de ejemplo; que por excepcional que sea por fortuna puede suceder que la autoridad esté conducida á exigir por interés público que el propietario se despoje de sus granos alimenticios para mantener ejércitos. (1) Si Pont hubiera escrito algunos años más tarde hubiera podido citar requisiciones hechas no por el ejército francés sino por las autoridades de ejércitos extranjeros, dueños del suelo y á consecuencia de una guerra insensata emprendida por el elegido de la Nación.

El depositario que obedece á una requisición obligada tiene derecho á una indemnización. ¿Debe ceder la acción que tiene por este punto al depositante? El art. 1303 lo dice; es verdad que esta disposición está criticada por todos los autores; las acciones pertenecen al propietario, se dice, y es inútil que se cedan. (2) Sin duda cuando son acciones que el propietario puede ejercer en virtud de su derecho de propiedad. Pero en el caso la autoridad local se dirigió no al propietario sino al tenedor de granos; es el

1 Pothier, *Del depósito*, núm. 45 Pont, t. I, p. 205, núm. 459.

2 Pont, *De los pequeños contratos*, t. I, p. 205, núm. 400.

poseedor quien está requisicionado y que tiene una acción, á reserva de arreglar sus obligaciones con el propietario; éste no estaría, pues, admitido á ejercer la acción más que en virtud de una cesión que le hiciera el depositario.

109. Las obligaciones del depositario pasan á sus herederos. Hay, sin embargo, una diferencia. Según el art. 1933 el depositario es responsable de su *hecho* porque su hecho implica una culpa; debe conocer la cosa depositada y tener cuidado con ella; no se le admitiría, pues, á escudarse con su ignorancia si deteriorara la cosa creyéndola suya ó si disponía de ella. Los herederos, al contrario, que venden de buena fe la cosa que ignoraban ser un depósito pueden prevalecerse de su ignorancia. Desde luego su buena fe excluye toda idea de robo y no puede, pues, tratarse de una responsabilidad penal. La misma responsabilidad civil está limitada. Según el art. 1935 el heredero del depositario que vendió de buena fe la cosa depositada sólo está obligado á devolver el precio que recibió ó ceder su acción contra el comprador si no recibió el precio. El heredero debe devolver el precio que recibió porque no tiene ninguna derecho al precio de una cosa que no le pertenecía; si lo conservara se enriquecería sin causa en perjuicio del depositante. Además, como heredero tiene la obligación de restituir la cosa; sólo que esta obligación, por razón de su buena fe, está limitada al precio que tomó el lugar de la cosa; debe el precio y no el valor porque sólo se enriquece del precio. Si el heredero es todavía acreedor del precio debe ceder su crédito, dice el art. 1935. Se pretende que este es un error y que el depositante tendría una acción directa contra el comprador. Esto nos parece muy dudoso. El derecho al precio pertenece al vendedor, ya sea propietario ó no; el comprador nada debe al propietario porque no trató con él; para que el propietario pueda obrar es necesario que lo haga en lugar del depositario, luego en virtud

de una cesión. Duvergier dice que la cuestión es más que inútil, que es imposible. (1) ¿Por qué imposible? Entre el depositario y el tercer adquirente la venta es válida mientras la nulidad no esta pronunciada; luego el depositario tiene la acción que nace de la renta; puede cederla al depositante mismo, pues es ceder un derecho de crédito muy diferente del derecho de propiedad que pertenece al depositante.

110. "Si la cosa depositada ha producido frutos que hayan sido percibidos por el depositario éste queda obligado á restituirlos" (art. 1936). Aquí el depositante puede invocar su derecho de propiedad, pues los frutos pertenecen al propietario por derecho de accesión (art. 547); el depositario no tiene en ello ningún derecho; tiene, al contrario, obligación de conservar la cosa y los frutos que nacen de ella para restituirlos al depositante.

¿Qué debe decidirse de los intereses del dinero depositado? Si es una suma de dinero la que fué depositada el depositario no tiene que pagar el interés á título de accesorio pues el dinero no produce interés por sí mismo, sólo lo produce por colocación, y el depositario no está obligado á colocar el dinero que se le confía, ni siquiera tiene este derecho. No sucedería lo mismo si un crédito productivo de interés le hubiera sido confiado; en este caso hay que decir de los intereses lo que hemos dicho de los frutos: son accesorios del crédito y pertenecen con este título al depositante, á quien deben ser restituidos por el depositario si éste los percibió.

111. La cuestión de intereses se presenta también en las demás hipótesis. Desde luego se pregunta si el depositario que está apremiado á hacer la restitución de los fondos que tiene en depósito debe intereses. El art. 1936 responde que el depositario debe el interés desde el día en que fué apremia-

1 Duvergier, *Del préstamo*, p. 542, núm. 461. Pont, t. I, p. 206, núm. 462.

do á hacer la restitución. No basta, pues, que esté atrasado, este es el derecho común; el retraso solo no prueba que el acreedor sufra un perjuicio; esto pasa así, sobre todo, en caso de depósito; si el depositante coloca una suma de dinero en depósito es porque no tiene necesidad de ella. Pero basta el apremio para que el depositario deba los intereses; luego los debe en virtud de una simple notificación; mientras que en regla general los intereses no se deben sino desde el día de la demanda (art. 1153). ¿Es esta una excepción del derecho común, y cuál es el motivo? A decir verdad el depositario no está en el caso previsto por el art. 1153. Este artículo supone que se trata de una obligación que se limita al pago de cierta suma; y la obligación del depositario no consiste en pagar una suma de dinero sino en guardar la cosa para restituirla: esta es una deuda de cuerpo cierto. Por otra parte, la naturaleza del depósito exige una restitución inmediata de la cosa depositada desde que el depositante la reclama (art. 1944); se supone que la reclama porque tiene necesidad de ella, y desde que la necesidad está comprobada la falta de restitución causa un daño que el depositario debe reparar. ¿Qué se necesita para que se deban los intereses? Que se compruebe legalmente que la restitución se ha pedido. Desde luego debía bastar una notificación para que comenzaran á correr los intereses. La solución es la misma si el depositario había sido autorizado á servirse de la cosa; es verdad que en este caso su deuda es una deuda en dinero; es decir, de una cosa consumible; pero siempre es una deuda que nace del depósito, y éste no es una deuda de dinero. Se debe, pues, mantener el principio de que la notificación basta para hacer correr los intereses. (1)

1 Durantón, t. XVIII, p. 44, núms. 51 y 52. La doctrina y la jurisprudencia están conformes (Pont, t. I, p. 207, núm. 468 y Aubry y Rau, t. IV, página 623, nota 8, pfo. 403).

112. Hay una última hipótesis que da lugar á alguna duda. El depositario se sirve del dinero que ha sido confiado; ¿deberá los intereses de derecho plano? En nuestro concepto la negativa es cierta. No corren los intereses de plano sino en virtud de una ley terminante, y toda excepción es de estricta interpretación; el silencio de la ley decide, pues, la cuestión. No hay texto que someta al depositario al pago de interés cuando se sirve del dinero que tiene en depósito. Esto es decisivo. (1) Generalmente se enseña la opinión contraria. Se cita el art. 1996, según el cual el mandatario debe el interés de las sumas que empleó para su uso desde el momento de este empleo; la razón de decidirlo así, se dice, es cuando menos igual en materia de depósito. Podríamos apartar el argumento de analogía porque se trata en materias excepcionales, ¿pero será verdad que la razón es la misma? Sin duda bajo el punto de vista de la delicadeza aquel que se sirve de la cosa depositada es un depositario infiel; en el derecho antiguo se le asimilaba á un ladrón. En derecho hay que hacer á un lado esas consideraciones. Los intereses moratorios son debidos por razón del perjuicio que sufre el acreedor, y el mandante sufre un perjuicio cuando el mandatario en vez de servirse del dinero en provecho de su mandante, cuyo negocio tiene á su cargo, lo toma para su propio uso; siendo seguro el perjuicio es justo que el mandatario lo repare. No es tal la situación del depositario, no causa ningún perjuicio al depositante porque los fondos no estaban destinados á fructificar; entonces no puede tratarse de intereses moratorios, ni hay mora ni daño causado. ¿Con qué fundamento correrían los intereses por la ley?

Se invoca también el art. 1846, según el cual el socio debe los intereses de las sumas que tomó de la caja social á contar del día en que los tomó para su provecho particular. Nos parece evidente que la analogía es aún menor que en

1 Duvergier, *Del préstamo*, p. 546, núm. 470.