

el caso de mandato ¿Acaso los fondos sociales permanecen inactivos en la caja social como los fondos sociales en manos del depositario? Nó, seguramente; el perjuicio que el socio causa á la sociedad es, pues, seguro; por tanto, toda demanda, todo apremio era inútil. (1)

Troplong emplea otro argumento. El depositario que se sirve del dinero es culpable de robo, y el ladrón siempre está apremiado. Si viviéramos aún bajo el imperio de las leyes romanas esto sería verdad, pero según nuestro Código el depositario infiel ya no es culpable de robo, sólo lo es de abuso de confianza, ¿y en dónde está el texto que asimile el abuso de confianza al robo en lo que se refiere al apremio del deudor culpable? Troplong contesta: «*entiendo* que la palabra *robo* no debe tomarse en el art. 1302 con una significación restrictiva y que abarca todos los casos que el derecho romano comprendía en el *furtum*.» (2) ¿Por qué piensa esto Troplong? Esto es lo que se le olvidó decirnos, y, sin embargo, era la cosa esencial, pues decir tal cosa porque lo piensa es hacer una afirmación bastante extraña y que en todo caso no tiene ningún valor: en derecho no se afirma, se prueba, y afirmar sin probar no es decir nada. La argumentación de Troplong ha seducido, sin embargo, al último autor que escribió en esta materia; todo cuanto dice Pont se dirige al legislador, el intérprete está ligado por los textos y los principios.

*Núm. 2. ¿A quién se debe hacer la restitución?*

113. «El depositario sólo debe restituir la cosa depositada á quien se la entregó» (art. 1937), pues es con aquel con quien contrajo la obligación de devolver. Esta es la aplicación elemental del principio de que los contratos sólo tienen

1 Durantón, t. XVIII, p. 46, núm. 53. Aubry y Rau, t. IV, p. 623, nota 9, pfo. 403.

2 Troplong, *Del depósito*, núm. 104, seguido por Pont, t. I, p. 207, número 468.

efecto entre las partes. Queda por saber quién es el depositante; regularmente es el que ha hecho la tradición de la cosa al depositario; pero no siempre es él, puede suceder que el que figura en el contrato y que entrega la cosa al depositario sea el mandatario del propietario en cuyo nombre se hace el depósito; entonces el mandante es el verdadero depositante. En consecuencia el art. 1937 dispone que en este caso el depositario debe restituir la cosa á aquel en cuyo nombre el depósito fué hecho. Esto supone que el mandatario dió á conocer su mandato, pues si hubiera entregado la cosa al depositario sin decirle que era por parte de un mandante, éste no tendría acción contra el depositario, puesto que no trató con él, á reserva de hacer ceder la acción de su mandatario contra el depositario. (1)

114. El art. 1937 prevee también un caso en el que el depositario no tiene y no hace la restitución al que le entregó la cosa, aunque éste fuera el verdadero depositante; esto es, cuando el mismo depositante señaló un tercero para recibir la cosa. Aquí es necesario distinguir en interés de quién indica el contrato al tercero encargado de recibir el depósito. Si es en interés del depositante éste puede renunciar un derecho establecido sólo en su favor y exigir él mismo la restitución del depósito; el depositario no puede objetar que se trata de una condición del contrato y que una de las partes no la puede modificar sin el concurso de la otra. Esto es verdad en general, pero no lo es para la restitución del depósito, pues es de principio que debe hacerse esta restitución siempre que la pida el depositante. El depositario no podrá prevalecerse de la cláusula que señala á un tercero más que si lo hubiera estipulado en su interés para facilitar la restitución.

El tercero puede también haber sido indicado por su pro-

1 Pothier, *Del depósito*, núm. 49.

pio interés. En este caso el depositario no podría hacer la restitución al depositante, tendría que entregar la cosa al tercero. Esto supone que el tercero es parte en el contrato ó que aceptó el derecho que éste le da; si no se le podría apartar en virtud del principio de que las convenciones no aprovechan á los terceros ni los perjudican.

En jurisprudencia esto no está sentado. Se ha resuelto en principio por la Corte de Casación que el depósito hecho en interés de un tercero, *hacia el que el depositario se ha comprometido* para la conservación y la restitución de la cosa depositada, sólo puede ser devuelto al depositante con el consentimiento de todas las partes interesadas. En el caso un depósito había sido hecho á un notario por una suma de 2400 francos, en interés de terceros expertos, por aquel que había provocado la experticia; el notario depositario se había comprometido hacia los expertos á conservar la suma depositada para pagarlos. El depositante reclamó el depósito y el notario se lo devolvió sin el consentimiento de los terceros interesados y partes en causa. La Corte de París condenó al notario á pagar la suma depositada á los expertos, para con quienes la restitución hecha por el depositario era nula. En el recurso intervino una sentencia de denegada. (1)

Otra dificultad más singular fué llevada ante la Corte de Casación. Un notario confesaba haber recibido un billete de 800 francos en depósito; no sabía de quién ni para quién; decía que, tanto como podía recordarlo, el vale estaba subscripto en provecho de una persona cuyos herederos promovieron después en su contra. El notario opuso muchas objeciones á la demanda de restitución; entre otras invocaba el art. 1937, según el cual el vale no debía ser devuelto más

1 Denegada, 26 de Agosto de 1813 (Daloz, en la palabra *Depósito*, núm. 86, por informe de Lasagni). Compárese en el mismo sentido Nimes, 3 de Diciembre de 1822 (Daloz, *ibid.*, núm. 89).

que á la persona indicada para recibirlo. La Corte de Casación contesta que nada probaba que hubiera un tercero indicado para recibir el pago del vale; que resultaba de la confesión del notario que el vale había sido subscripto en favor del autor de los herederos; éstos, ó el curador de la sucesión vacante en su nombre, tenían, pues, calidad para exigir la restitución. (1)

115. La restitución no siempre puede hacerse al depositante. Si éste cambió de estado, es decir, si siendo capaz cuando el depósito se vuelve incapaz en el momento que deba hacerse la restitución, el depositario no puede devolver la cosa depositada, pues el deudor no puede pagar válidamente en manos de una persona incapaz; la restitución debe hacerse, en este caso, al administrador legal que tiene poder para recibir en nombre del incapaz. El art. 1940 pone el principio y da aplicaciones. Si la mujer, libre en el momento en que el depósito fué hecho, se casó después y se encuentra bajo potestad marital, la restitución no puede hacerse más que al marido, que tiene la administración de los derechos y de los bienes de la mujer. Esto es verdad cuando la mujer está casada bajo el régimen que da al marido la administración legal de sus bienes; de hecho esta es la regla, puesto que la comunidad es el derecho común en virtud de la ley y en las costumbres de los países de costumbres antiguas; en las provincias del Mediodía de Francia es el régimen dotal el que domina, y bajo este régimen el marido es también administrador de los bienes dotales. Lo mismo pasa con el régimen de exclusión de la comunidad. Pero si la mujer está separada de bienes administra por sí su patrimonio; tiene, por consiguiente, calidad para recibir la restitución de los depósitos que hubiera hecho antes de su matrimonio.

1 Denegada, 9 de Mayo de 1831 (Daloz, en la palabra *Depósito*, núm. 132, 3.º)

Si el mayor que hizo un depósito se encuentra interdicto en el momento en que el depósito debe ser restituido, el depositario no podrá devolver la cosa más que al tutor que representa al interdicto. Lo mismo sucedería si el depositante llegara á morir dejando un heredero menor.

116. La hipótesis inversa puede presentarse; el depósito fué hecho por un tutor, por un marido ó por un administrador, con una de estas calidades. Si la tutela ó la administración legal duran todavía cuando la restitución, al tutor ó al administrador es á quienes debe hacerse la restitución; esto no es dudoso. Así sucedería, aunque la persona del tutor ó del administrador no sería ya la misma, pues éste es el representante legal del incapaz; como tal, quien hizo el depósito, y es también al representante á quien se le restituye. Pero si la tutela ha cesado por la mayor edad del pupilo ó por su emancipación, es el menor emancipado ó el ya mayor de edad quienes tienen calidad para recibir la restitución. Lo mismo sucedería si la interdicción llegara á ser levantada; el depósito hecho por el tutor se restituiría al mayor vuelto al ejercicio de sus derechos. Asimismo la mujer casada, después de la muerte de su marido ó después del divorcio, tendría sola calidad para recibir el depósito; así sucedería con la separación de cuerpos, pues la mujer separada de cuerpo lo está también de bienes y, por consiguiente, vuelve á la libre administración de sus bienes.

117. "En caso de muerte de la persona que hizo el depósito no puede ser devuelto más que á su heredero" (artículo 1939). ¿Por qué está la ley concebida en términos restrictivos? Hay que ver cuál es la dificultad que el Código quiso decidir. El art. 1939 se liga al 1937. Según esta disposición el depósito debe ser restituido, ya sea el depositante, ya al tercero indicado para recibirlo. Si, en virtud del contrato, la restitución debe hacerse á quien hizo el depó-

sito y que éste llegue á morir no hay ninguna duda, la cosa será restituida al heredero. Esta es la aplicación de los principios elementales que rigen las obligaciones y las sucesiones. Contratamos para nosotros y para nuestros herederos, y éstos suceden á nuestros derechos como á nuestras obligaciones. Se entiende, pues, que después de la muerte del depositante el depósito debe ser devuelto á sus herederos. No es este el caso que se refiere á la disposición del art. 1939; es inútil decir que el heredero del depositante sucede al difunto. El mismo texto no recibe aplicación á esta hipótesis, pues al decir que en caso de muerte del depositante la cosa no puede ser devuelta más que á su heredero el art. 1939 supone que en vida del depositante hubiera podido y debido ser restituida á otra persona; es decir, que tiene en vista la segunda hipótesis prevenida por el art. 1937, en la que un tercero ha sido indicado para recibir el depósito. El depositante llega á morir: ¿puede el depósito ser entregado á un tercero? Esta es la cuestión prevista por el art. 1939, y la ley decide negativamente.

Que tal sea el objeto del art. 1939 no hay mucha duda si se lee el informe hecho al Tribunalado por Favard de Langlade; transcribimos sus palabras porque tienen una gran importancia en el debate: "El depositante muere antes que un depósito haya sido devuelto: ¿á quién debe hacerse la entrega? ¿Será al que estaba indicado para recibir el depósito? ¿Será al heredero del depositante? Parece á primera vista que la cosa debe ser entregada á la persona indicada para recibirla, porque parece tener una especie de derecho adquirido. Pero, pensándolo bien, se ve que el depositante conservó hasta su muerte la propiedad del depósito que pudo retirar á voluntad, y que no habiendo recibido su ejecución el destino proyectado resulta que el heredero del depositante le sucede en la plenitud de sus derechos; que así el depositario no puede, á excusas del heredero, dispo-

ner del depósito en favor de la persona que le había sido designada, porque el depósito sería un fideicomiso que tendría amenudo por objeto esconder disposiciones prohibidas." (1)

Esta exposición de los motivos del art. 1939 es demasiado absoluta é incompleta. El Relator del Tribunado supone que el depositante queda siempre dueño de la cosa depositada cuando un tercero ha sido nombrado para recibirla, de modo que el depositante podrá exigir la restitución del depósito sin el concurso del tercero y apesar suyo. Esto no es exacto. Así es cuando el tercero sólo es un intermediario simplemente encargado de recibir la cosa en nombre y cuenta del depositante. Pero la indicación de un tercero puede también tener lugar en su interés; ya hemos dado ejemplo de ello según nuestra jurisprudencia (núm. 114); puede, pues, suceder que el tercero tenga un derecho en la cosa, derecho que en la muerte del depositante no le puede quitar, pues se trata de un derecho contractual; el depositante, lejos de tener un derecho en la cosa depositada, está obligado á consentir la entrega que el depositario hace al tercero, cuando menos hasta concurrencia de los derechos de este último, y esta obligación pasa á sus herederos.

Pasemos á la hipótesis especialmente prevista por el Relator del Tribunado. El tercero no tiene ningún derecho en la cosa depositada, cuando menos un derecho actual. Es un simple mandatario. ¿Puede aún recibir la cosa después de la muerte del mandante? Nó, hay una primera razón que Favard no da y, sin embargo, es decisiva: es que el mandato cesa por la muerte del mandante (art. 2003); el poder del tercero cesa, por consiguiente, de plano, ya no tiene ninguna calidad para recibir el depósito. A la muerte del depositante la propiedad de la cosa depositada pasa á su heredero; desde luego á éste es á quien debe restituirse la co-

1 Favard, Informe núm. 10 (Loché, t. VII, p. 323).

sa. El tercero, lo suponemos, no tenía derecho en la cosa á la muerte del depositante; no puede adquirir derechos después de esta muerte, pues pasando la propiedad de la cosa á los herederos del depositante sólo pertenece á éstos disponer de ella. Luego los herederos solos tienen derecho á la restitución de la cosa.

118. Hasta aquí no hay dificultad, la doctrina y la jurisprudencia están acordes. (1) Pero hay una hipótesis que el texto del Código no prevee especialmente y que no está prevista tampoco en el informe de Favard. El acta de depósito dice expresamente que la entrega del objeto depositado se hará, después de la muerte del depositante, á un tercero señalado. Se pretende que esta cláusula debe recibir su ejecución. No está prohibido terminantemente en el título *Del Depósito*, se dice; y el principio de que el mandato acaba con la muerte del mandante no es aplicable al caso en que el mandante declara terminantemente que el mandato será ejecutado después de su muerte. Este mandato era válido en derecho romano y debe serlo en derecho francés; ningún texto, ningún principio se opone á ello. (2) Creemos que toda esta teoría es falsa. Tratando de la ejecución testamentaria hemos establecido el principio de que el poder del hombre en sus bienes cesa á su muerte; si la ley le permite nombrar un executor testamentario, es decir, una especie de mandatario cuyo poder comienza á la muerte del testador, es por excepción; y si hay una excepción estricta es seguramente ésta, puesto que conduce á considerar como vivo y capaz de voluntad á aquel que murió y que al morir dió á sus herederos todos sus bienes. En este orden de ideas no se concibe que, por contrato, se nombre á un man-

1 Pont, t. I, p. 213, núm. 480 y las autoridades que cita. Denegada, 22 de Noviembre de 1819 (Dalloz, en la palabra *Donación*, núm. 1646, 1.º) y 16 de Agosto de 1842 (*ibid.*, núm. 1646, 6.º) Casación, 29 de Abril de 1846 (Dalloz, 1846, 1, 244).

2 Pont, t. I, p. 213, núms. 481 y 482 y las autoridades que cita.