

datario cuyos poderes sólo comienzan á la muerte del mandante. El Código dice que el mandato cesa por la muerte, y no reproduce la teoría romana de un mandato *post mortem mandantis*. (1) Por otra parte, el art. 1939 está concebido en términos absolutos, y donde la ley no distingue no está permitido al intérprete distinguir, sobre todo cuando la distinción conduce á violar los principios fundamentales de nuestro derecho. (2)

La cuestión que discutimos tiene también otra faz. Favard insiste en su informe en los peligros que presentaría la ejecución de un depósito en provecho de un tercero después de la muerte del depositante; sería un medio fácil, dice, de hacer fideicomisos prohibidos. Se contesta que nada impide hacer una donación bajo la forma de depósito, como se puede, según la jurisprudencia, hacer una liberalidad disfrazada en toda clase de contrato oneroso. Sí, siempre que el mismo contrato oneroso sea válido. Y en el caso la liberalidad sólo tomaría nacimiento en la muerte del donante. Para esto hay dos obstáculos: primero, el depositario no tiene ya derecho de entregar la cosa al tercero designado para recibirla. Después la donación no se puede ya cumplir, pues el concurso de voluntades se hace imposible con la muerte del depositante. Traducimos, en lo relativo á estas dificultades, al título *De las Donaciones*.

119. La muerte de las partes contratantes da también lugar á dificultad cuando dejan varios herederos. Si el depositante deja varios herederos el derecho en la cosa depositada se divide entre ellos y, por consiguiente, debe ser devuelta á cada uno de ellos por su parte en la sucesión. El art. 1939 lo dice, y esto es evidente. Sin embargo, esta partición puede ser imposible: "Si la cosa depositada es indivisible los herederos deben entenderse entre sí para re-

1 Compárese lo que fué dicho en el título *Del Mandato*.

2 Aubry y Rau, t. IV, p. 624, nota 13, pfo. 403 y las autoridades que citan

cibirla." ¿Entiende la ley preveer la verdadera indivisibilidad? Nó, pues no se trata de una obligación indivisible en materia de depósito, se trata de la restitución de un cuerpo cierto y determinado; lo que es una deuda divisible. La palabra *indivisible* está, pues, tomada en su sentido vulgar; se trata de cosas que no pueden dividirse en partes materiales, aunque sean susceptibles de partes intelectuales: tales son unos cuadros; tal sería también una suma de dinero, lo más divisible de las cosas si estuviera encerrada en una caja cerrada. ¿A quién debe el depositario restituir estas cosas cuando hay varios herederos? La ley lo dice: los herederos deben entenderse. Se enseña, conforme á una ley romana, que el juez podrá, á pedimento de uno de los herederos, ordenar la apertura de la caja y entregar su parte al demandante. En nuestro concepto el juez no puede intervenir sino cuando hay contestación; es, pues, sólo cuando los herederos no se entienden cuando el debate estará al alcance del juez. (1)

La ley no prevee el caso en que el depositario llega á morir dejando varios herederos. Todos están obligados á la restitución; siendo esta obligación divisible el depositante podrá perseguir á cada uno por su parte. Pero tiene también acción por el todo contra aquel de los herederos que posee la cosa debida, á reserva del recurso de ésta contra sus coherederos. Esto es uno de los casos de la indivisibilidad del pago admitida por el art. 1221. Si la obligación de restitución se hubiera transformado en una deuda de dinero, como en los casos de los arts. 1934 y 1935, se aplicaría el principio general de la división de las deudas (artículo 1220). (2)

1 Pont, t. I, p. 217, núm. 485. Pothier, *Del Depósito*, núms. 64 y 65.

2 Aubry y Rau, t. IV, p. 624 y nota 14, pfo. 403. Pont, t. I, p. 216, número 484.

120. ¿Subsiste la obligación de restitución cuando el depositante no es propietario de la cosa? En los términos del art. 1938 el depositario no puede exigir al que hizo el depósito la prueba de que era el propietario de la cosa depositada. Es una consecuencia del principio de que el depósito puede ser hecho por el que no es propietario de la cosa. Esto es tan evidente que el legislador no se hubiera molestado en decirlo si la regla que establece no estuviera sujeta á una excepción que la ley ha tomado de Pothier. El depositario descubre que la cosa ha sido robada y quién es el verdadero propietario. En este caso, dice el art. 1938, está obligado á denunciar al propietario el depósito que le ha sido confiado y apremiarlo á reclamar en un plazo que él determina y suficiente para que pueda el propietario hacer su reclamación. Si el propietario reivindica su cosa como cosa robada el depositario demandará al depositante y el juez determinará á quién se deberá hacer la restitución. Si el propietario descuida reclamar el depósito el depositario será legalmente descargado por la entrega que haga al depositante. Esta disposición concilia los diversos intereses.

Se pregunta si la disposición del art. 1938 debe aplicarse al caso en que una cosa perdida se hubiera dado en depósito. ¿Estará obligado el depositario á advertir al propietario y tendrá, por consecuencia, el derecho de suspender la restitución de la cosa? En nuestro concepto el art. 1938 no es aplicable por razón de ser una disposición excepcional; deroga el derecho que el depositante tiene de reclamar cuando quiera la restitución del depósito y la obligación que incumbe al depositario de hacer la restitución al depositante (arts. 1944 y 1937); desde luego no se la puede extender á un caso que la ley no prevee. Se objeta que hay igual motivo para decidir; mal argumento cuando se trata de extender el derecho común, una excepción, y de romper el contrato. La analogía no existe. En caso de robo hay un

motivo de orden público que exige imperiosamente que la cosa sea restituida al propietario despojado por un crimen; devolviendo el depositario la cosa al depositante se convertirá en cómplice del robo, mientras que en caso de pérdida el orden público está fuera de causa. El legislador sólo podría, pues, extender á la pérdida lo que dice del robo, y no lo ha hecho; lo que es decisivo. (1)

Núm. 3. ¿Cuándo se debe hacer la restitución?

121. El art. 1944 expone el principio en estos términos: «El depósito debe ser entregado al depositante cuando lo reclame, aun cuando en el contrato hubiera un plazo fijo y determinado para la restitución.» Siempre hay un término expreso ó tácito durante el cual el depositario se obliga á guardar la cosa, pero el depositante no está ligado por el plazo, puesto que está únicamente estipulado en su favor; decir que el depositario restituirá la cosa después de un mes ó después de que el depositante esté de regreso de su viaje es decir que el depositario debe esperarlo hasta entonces si tal es el deseo del depositante, pero si éste reclama la cosa antes el depositario no tiene ningún motivo, ni de derecho ni de equidad, para rehusarse; no puede invocar como derecho un plazo que ha sido convenido á título de obligación; no puede invocar ninguna consideración de equidad, puesto que debe tener siempre la cosa á la mano, y sería un absurdo querer guardarla apesar del depositante; es decir, á hacer un servicio que el depositante no quiere. (2)

Se pregunta si por su parte el depositario puede restituir el depósito cuando quiera. Nó, en nuestro concepto. El depósito implica un término tácito durante el cual el depositante tiene interés en que el depositario guarde la cosa, lue-

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 625, nota 19, pfo. 403. Pont, t. I, p. 218, número 490. En sentido contrario Delvincourt, Durantón y Duvergier.
2 Pothier, *Del depósito*, núm. 58.

go este último se obliga tácitamente á guardarla durante este plazo: faltaría á su obligación y á su delicadeza devolviendo la cosa antes del tiempo. Se admite esta doctrina cuando hay un término estipulado, pero cuando no lo hay se enseña que el depositario puede, en cualquier momento, obligar al depositante á volver á tomar la cosa. (1) Esta distinción nos parece poco jurídica. Supone que no hay término tácito, lo que es un error; el depositario se obliga á guardar la cosa porque por un motivo ó por otro el depositante no puede hacerlo, ¿sería llenar esta obligación restituir la cosa inmediatamente después que la ha recibido? El depósito es un servicio de amistad: ¿es hacer un servicio al depositante y un acto de amistad obligarle á volver á tomar la cosa cuando se está en la imposibilidad de guardarla?

122. El art. 1944 hace una excepción al derecho del depositante en el caso en que tenga el depositario un embargo precautorio ó una oposición á la restitución y al desalojamiento de la cosa depositada. Todo acreedor puede embargar á un tercero, luego también al depositario las sumas y efectos que pertenecen á su deudor, ú oponerse á su entrega (Código de Procedimientos, art. 557). El tercero en quien se ejecuta el embargo no puede pagar en perjuicio de los acreedores embargantes. Nos trasladaremos á lo que se dijo en el título *De las Obligaciones* acerca del art. 1242; en cuanto á las formalidades que los acreedores deban llenar son extrañas á nuestro trabajo. Si las formalidades prescriptas para la validez del embargo con relación á los terceros no han sido observadas el depositario tendrá el derecho y la obligación de restituir la cosa al depositante. Sin embargo, esto no es verdad más que para el embargo ó la oposición propiamente dicha que se practica por un acreedor del depositante. La oposición puede también venir de un tercero que pretenda tener sobre la cosa depositada un derecho de

1 Pont, *De los pequeños contratos*, t. I, p. 221, núm. 494.

propiedad ú otro derecho real; puede oponerse, en virtud de su derecho, á que la cosa se devuelva al depositante. Esta oposición no está sometida á las formalidades del embargo; basta con notificar al depositario para que deba abstenerse de restituir la cosa depositada en perjuicio de los derechos que los terceros hagan valer en justicia. La doctrina y la jurisprudencia están en este sentido. (1)

Núm. 4. ¿En qué lugar debe hacerse la restitución?

123. «Si el contrato de depósito designa el lugar en el que debe hacerse la restitución el depositario está obligado á llenar allí la cosa depositada. Si hay gastos de transporte son á cargo del depositante» (art. 1942). Esta última disposición está fundada en el derecho y la equidad: el depositario se obliga á guardarla y á restituirla, pero no á soportar los gastos que pueden necesitarse en el depósito y en la restitución de la cosa. Este es el caso en que se aplica el viejo adagio que dice: *Officium suum nemini debet esse damnosum*. Es una regla de equidad y de derecho. El depositario no está cargado con el depósito sólo por cumplimentar al depositante, la justicia no permite que haga ó desembolse ningunos gastos. Pothier, que hace esta observación, agrega que si se ha convenido que la restitución se hará en el lugar en que se hizo el depósito, y si el depositario tiene un motivo justo para transportar la cosa depositada, el depositante deberá aún soportar los gastos del transporte. (2) La decisión es tan equitativa como jurídica. Es verdad que es por el hecho del depositario por lo que la cosa ha sido desalojada, pero este hecho, se supone, no constituye una falta, es el ejercicio de un derecho; desde luego es aplicable

1 Véanse las autoridades citadas por Pont, t. I, p. 222, núm. 496.

2 Pothier, *Del Depósito*, núm. 56. Durantou, t. XVIII, p. 55, núm. 66.

el adagio de que el servicio que presta el depositario no debe serle perjudicial. (1)

124. «Si el contrato no designa el lugar para la restitución ésta deberá hacerse en el lugar mismo del depósito» (artículo 1943). ¿Qué se entiende por lugar del depósito? ¿Es el lugar en que se hizo el contrato? ¿Es el lugar en que se encuentra la cosa cuando se deba hacer la restitución? El sentido es dudoso; es preciso atenerse á la tradición. Los autores del Código han tomado la disposición á Pothier, y éste dice que en el silencio del contrato la restitución se deberá hacer en el lugar en que se encuentra la cosa, aunque esté en un lugar muy lejano al en que fué entregada al depositario. Sin embargo, Pothier agrega una restricción: con tal de que sea sin malicia como la cosa haya sido transportada á otro lugar; por ejemplo, si el depositario se había mudado debería naturalmente transportar la cosa depositada con sus propios efectos; la necesidad misma de la conservación de la cosa lo exige.

Núm. 5. Del depositario infiel.

125. «El depositario infiel no está admitido al beneficio de cesión» (art. 1945). ¿Cuándo se puede decir que el depositario es infiel? La infidelidad implica el dolo, la mala fe; la simple falta no basta para que el depositario sea infiel. Todos los autores lo entienden así. (2) Lo que prueba que esta interpretación es exacta es la pena que impone la ley al depositario culpable de infidelidad; no lo admite al beneficio de cesión; se trata de la cesión judicial que en los términos del art. 1268 se concede al deudor desgraciado y de buena fe; decir que el depositario infiel no goza del beneficio de cesión es decir que es de mala fe. El depositario que usa de la cosa confiada á su depósito es infiel;

1 Pothier, *Del depósito*, núm. 57. Durantón, t. XVIII, p. 55, núm. 67.

2 Troplong, *Del depósito*, núm. 180 y todos los autores.

en el derecho antiguo se le consideraba como ladrón. Con mayor razón el depositario que negara el depósito sería infiel.

La cesión de bienes no da más ventaja al deudor que la de descargarlo del arresto (art. 1270). El arresto está abolido en Francia y en Bélgica; sin embargo, la ley belga de 27 de Julio de 1871 permite al juez pronunciarlo por *restituciones*, cuando el deudor es culpable de mala fe. Esta excepción se aplica al depositario infiel; puede ser arrestado, y en este caso no sería admitido al beneficio de la cesión judicial.

Núm. 6. ¿Cuándo cesan las obligaciones del depositario?

126. «Todas las obligaciones del depositario cesan desde que demuestra haciendo conocer que es propietario de la cosa depositada» (art. 1946). No hay depósito en este caso; no se puede acusar al depositario de infiel, aun cuando hubiera dispuesto de la cosa, cuando todavía no sabía que era propietario; que lo sepa ó lo ignore dispone de una cosa que le pertenece; hace, por consiguiente, lo que tiene el derecho de hacer.

Se ha juzgado que cuando la propiedad de la cosa depositada está contestada el depositario puede rehusarse á devolverla al depositante hasta que el debate acerca de la propiedad esté terminado. (1) Esto es dudoso, menos cuando el que se pretende propietario se opone á la restitución. Si no hay oposición el depositario está obligado á suspender la restitución. Pero si ninguna oposición se hace y que además no se trate de cosas robadas el depositario tiene la obligación de restituir el depósito al depositante; su denegada no lo constituiría, pues, en depositario infiel, ya que puede considerar el proceso, acerca de la propiedad del de-

1 París, 2 de Julio de 1830 (Daloz, en la palabra *Depósito*, núm. 82, 3.º)
Pont aprueba, t. I, p. 225, núm. 504.

pósito, como una justa causa para negarse á la restitución; lo seguro es que falta á la obligación que le imponen los artículos 1937 y 1944 y que, por consiguiente, se expone á pagar daños y perjuicios.

127. La ley niega al depositario el derecho de prevalecerse de la compensación cuando el deudor, por razón del depósito, se convierte en acreedor del depositante. Traducimos á lo que se dijo del art. 1293 en el título *De las Obligaciones*. Pero en los casos previstos por el art. 1948 el depositario goza del derecho de retención, como vamos á decirlo al tratar de las obligaciones del depositante.

SECCION IV.—De las obligaciones del depositante.

128. Según el art. 1947 «la persona que ha hecho el depósito está obligada á reembolsar al depositario los gastos que ha hecho para la conservación de la cosa depositada, y á indemnizarlo por todas las pérdidas que el depósito puede haberle ocasionado.» Estas obligaciones no nacen del mismo depósito; el depositante no contrae ninguna obligación con el depositario, el depósito es un contrato unilateral. Pero puede suceder que por accidente el depositario adquiere un derecho contra el depositante, ocasionado por el depósito. El art. 1947 prevee dos casos en los que el depositante se halla obligado para con el depositario.

1.º Cuando el depositario ha hecho gastos para la conservación de la cosa depositada. Al conservar la cosa presta un servicio al depositante; éste debe pagárselo porque si no se enriquecería sin causa á sus expensas. Esto supone que el depositante debiera haber hecho los gastos que el depositario hizo; así sucede con los gastos necesarios sin los que la cosa hubiera perecido. Se debe suponer que el depositario tiene interés en conservar la cosa, si no no la hubiera dado en depósito; siempre son cosas de algún valor

las que se dan á guardar cuando no lo puede hacer uno mismo. No pasa lo mismo con los gastos inútiles que sólo aumentan el valor de la cosa depositada. El depositario no tiene calidad alguna para mejorar la cosa; su obligación, así como su derecho, se limitan á guardarla; y para gastos hechos sin derecho no puede tener ningún recurso. Se objetiva que el depositante aprovecha de estos gastos en cierta medida y que no puede enriquecerse á expensas del depositario; de esto se concluye que éste tiene la acción de *in rem verso* hasta concurrencia del provecho que el depositante sacó del gasto. En nuestro concepto esto es hacer una falsa aplicación de la máxima de equidad en la que se funda la acción de *in rem verso*. Há lugar á esta acción, como lo dijimos al tratar de los cuasicontratos, cuando falta una ú otra condición requerida para que haya gestión de negocios. Esto supone la ausencia de toda convención, pues donde hay contrato no puede tratarse de un cuasicontrato, y en el caso existe un contrato entre el depositante y el depositario; la ley dice qué gastos puede hacer el depositario: son los gastos necesarios de conservación; si el depositario cree deber hacer gastos útiles los hace sin derecho, luego no tiene acción. En vano se invoca la equidad en favor del depositario; ésta arguye también para el depositante; éste no dió á guardar la cosa para que el depositario pueda comprometerlo en gastos que él no hubiera hecho; la equidad se opone, pues, á que se le haga sufrir los gastos que á la vez que mejoran la cosa constituyen al depositante en pérdida, porque tiene que soportarlos apesar suyo. No obstante, la opinión contraria se enseña generalmente. (1)

129. ¿El dinero que el depositario desembolsa como gastos necesario causa interés de pleno derecho? Se debe

1 Duvergier, *Del préstamo*, p. 564, núm. 502. Aubry y Rau, t. IV, p. 626 nota 1, pfo. 494. Pont, p. 226, núm. 508.