

jeto salvar la cosa: es bajo este respecto como es forzado. Estalla un incendio: hé aquí un accidente de fuerza mayor; pero el depósito hecho con ocasión del incendio no es un depósito necesario más que si la cosa se encontraba en la casa incendiada y que, para salvarla, se deposita en manos de cualquiera persona. En una sentencia de la Corte de Rennes la cosa se encontraba en otra casa que no estaba amenazada por el incendio; se sacó de allí para depositarla en otra parte; este depósito no era necesario, pues no estaba forzado, no tenía por objeto salvar la cosa.

134. El Código enumera los casos habituales de fuerza mayor y luego agrega: ú otro acontecimiento imprevisto. Se cita ordinariamente la sedición: es decir, la revolución, la guerra civil; en 1804 la era revolucionaria parecía concluida y no se pensaba en la invasión extranjera en la Francia invadida y destrozada por el enemigo; la Francia en aquella época abusaba de su fuerza; aprendió, á expensas suyas, que el abuso de la fuerza conduce necesariamente á una reacción igualmente abusiva. En todos estos casos hay fuerza mayor, pero esto no prueba todavía que el depósito sea necesario. Fué sentenciado que un depósito hecho después de la revolución de 1830 por un oficial holandés obligado á salir de Bélgica era un depósito necesario. (1) Es una interpretación muy lata del art. 1949; el oficial había tenido bastante tiempo para escoger un depositario; desde luego, el depósito no era forzado. La Corte de Dijón y en el recurso la de Casación han sentenciado mejor diciendo que un depósito hecho durante las perturbaciones de la revolución de Thermidor, año II, no era por esto necesario si no se probaba que el depositante se haya encontrado en una necesidad extrema que no le permitiera escoger un depositario. (2)

1 Bruselas, 1.º de Marzo de 1843 (Pasierisia, 1848, 2, 324).

2 Denegada, 17 de Mayo de 1810 (Daloz, en la palabra *Depósito*, n.154, 1.º)

135. ¿Cuáles son las reglas que rigen el depósito necesario? ¿En que se diferencian del derecho común? Los artículos 1950 y 1951 contestan á la cuestión: «La prueba por testigos puede ser recibida para el depósito necesario aunque se trate de un valor mayor de 150 francos. El depósito necesario está además regido por las reglas enunciadas anteriormente.» La excepción que señala el Código no se refiere especialmente al depósito necesario, es más bien el derecho común tal como lo establece el Código en el artículo 1348: «*Todas las veces* que no fué posible al acreedor procurarse una prueba literal de la obligación contraída hacia él las reglas acerca de la prueba testimonial reciben excepción.» Es decir, que la prueba por testigos está indefinidamente admisible. El art. 1348, 2.º, aplica este principio al depósito necesario y el art. 1950 sólo reproduce la misma disposición: ha sido explicada en el título *De las Obligaciones*.

El art. 2060, núm. 1, contenía una derogación del derecho común tal como existía bajo el imperio del Código Napoleón y las leyes especiales acerca del arresto. Esta vía de ejecución sólo estaba admitida en materia civil por excepción; el art. 2060, 1.º, la admitía en caso de depósito necesario. La abolición del arresto por deuda ha hecho cesar esta diferencia que distinguía el depósito necesario del voluntario.

§ II.—DEL DEPÓSITO HECHO EN UNA FONDA, EN UN HOTEL, Y DE LA RESPONSABILIDAD DEL FONDERO Y DEL HOSTELERO.

Núm. 1. *El principio.*

136. El art. 1952 dice: «Los fondistas ó los hosteleros son responsables como depositarios de los efectos traídos por los viajeros que se alojan en sus casas; el depósito de estas clases de efectos debe ser considerado como un depó-

sito necesario." Esta disposición contiene dos reglas que hay que cuidarse de confundir. Primero, asimila á un depósito necesario el depósito hecho por los viajeros en una fonda ú hotel. Después, declara á los fondistas y hosteleros responsables como depositarios de los efectos traídos por los viajeros que se alojan en sus casas. La asimilación del depósito de fonda con un depósito necesario no tiene más consecuencia que hacer aplicable á este depósito la disposición del art. 1950 relativa á la prueba testimonial; esta prueba no está admitida para el depósito voluntario desde que la cosa depositada pasa del valor de 150 francos, mientras que se admite indefinidamente cuando el depósito es necesario; luego para el depósito que los viajeros hacen de sus efectos en una fonda ó un hotel. Esto es lo que había dicho el artículo 1348, 2.º Traasladamos al título *De las Obligaciones*.

La asimilación que el Código hace del depósito de fonda y del depósito necesario no es absoluta, sólo se refiere á la prueba. Además, hay una diferencia considerable entre el depósito de fonda y el depósito necesario. El depósito necesario está sometido á las reglas del depósito voluntario, porque en realidad es un depósito voluntario el que se forma por el concurso del consentimiento de ambas partes contratantes. Es, pues, un contrato de beneficencia, esencialmente gratuito, y que se hace únicamente por interés del depositante, al que el depositario presta un servicio de amigo. No pasa así con el depósito de fonda; no se hace por amistad sino en consideración del provecho que el fondista saca de los viajeros que aloja en su fonda. Es verdad que no recibe ninguna retribución separada por el depósito, pero como el depósito de los efectos del viajero es un accesorio del contrato principal que interviene entre el fondista y el viajero se debe considerar el depósito como una convención de igual naturaleza; es decir, interesado de

parte de ambos; tanto es así que el viajero que tiene caballos ó coches bajará de preferencia en una fonda que en otra por razón de la facilidad que encuentra para el alojamiento de su tren; por su parte el fondista tiene interés en ello, puesto que saca una gran utilidad por la afluencia de viajeros, lo que le procura ganancias considerables. Pothier concluye de esto que el fondista está obligado por la culpa leve; mientras que, en su teoría, el depositario, en el depósito necesario como en el voluntario, sólo es responsable por su infidelidad. (1) Según la teoría del Código el fondista tiene la obligación de cuidar de los efectos del viajero con el cuidado de un buen padre de familia, lo que es el derecho común (art. 1137), mientras que el depositario necesario ó voluntario sólo tiene que tener los cuidados que tiene en guardar las cosas que le pertenecen (art. 1927).

El art. 1952 no se expresa, pues, exactamente diciendo que el fondista es responsable como depositario de los efectos traídos por los viajeros que aloja. Acabamos de decir que, según el art. 1927, los depositarios están obligado menos severamente, en lo que se refiere á la conservación de la cosa, que los deudores en general; éstos deben prestar la culpa leve *in abstracto* (art. 1137), mientras que los depositarios sólo son responsables de la culpa leve *in concreto*. La responsabilidad de los fondistas es la del derecho común; Pothier lo dice, y esto resulta de los mismos textos del Código. El art. 1928 dice que la responsabilidad del depositario debe ser aplicada con más rigor si el depositario estipula un salario para guardar el depósito; y el fondista, aunque no recibe salario especial para guardar el depósito, está ampliamente indemnizado de los cuidados que tiene con la cosa por los gastos que hacen los viajeros que aloja;

1 Pothier, *Del depósito*, núm. 77. Pont, t. I, p. 241, núm. 535.  
P. de D. TOMO XXVII—22

se le puede, pues, aplicar la disposición del art. 1928 que agrava la responsabilidad del depositario asalariado.

137. La responsabilidad del fondista difiere, pues, de la del depositario en lo que se refiere al grado de la culpa. Difiere de ella también en lo que se refiere á la extensión de la responsabilidad. El depositario no responde de los casos fortuitos; según el art. 1933 los deterioros que no vinieron por su culpa son á cargo del depositante. No pasa lo mismo con el fondista; responde del robo ó del perjuicio que sufran los viajeros en sus efectos, aunque el robo sea cometido ó que el daño sea causado por personas que se introdujeran furtivamente en el hotel; su responsabilidad no cesa más que si el hecho perjudicial fué cometido por fuerza armada ú otra fuerza mayor (arts. 1953 y 1954). Esto equivale á decir que regularmente el fondista responde del daño sin que pueda excusarse con haber guardado las cosas con el cuidado de un buen padre de familia; luego en cierto sentido es responsable del caso fortuito. Esta responsabilidad sobrepasa la del depositario y aun la del deudor en general, el cual puede invocar, para descargarse de toda obligación, no sólo la fuerza mayor sino también el caso fortuito (art. 1146). El deudor está al abrigo de toda responsabilidad cuando prueba que llenó sus obligaciones de buen padre de familia; el fondista sólo está descargado probando que el daño ha sucedido por un caso de fuerza mayor. (1)

138 ¿Cuál es el motivo de la responsabilidad excepcional que pesa en el fondista? La responsabilidad del fondista es un principio tradicional y la tradición remonta hasta el derecho romano. Los jurisconsultos dan como razón que los viajeros que bajan en una fonda están en la imposibilidad de tomar informes acerca de la moralidad del que se ven precisados á ocupar por sus alojamientos; deben necesariamente atenerse á su buena fe, confiando á su cuidado

1 Pont, *De los pequeños contratos*, núm. 539, p. 243.

los objetos que llevan con ellos. (1) Esto implica que la moralidad de los fondistas era sospechosa; cuando se cometía un robo se les suponía autores de él. En efecto, en la antigüedad las fondas eran raras y los que las tenían gozaban de mala reputación. De esto una presunción de culpa á su cargo cuando sucedía que desaparecían los efectos de los viajeros. Apresurémonos á decir que estas sospechas no tienen hoy razón de ser; no nos atreveríamos á afirmar que la tradición no desempeña un papel en el rigor que el legislador pone en hacer responsable al fondista; hay una presunción de culpa á su cargo y sólo puede combatirla por un medio que raramente tiene á su disposición: la prueba de la fuerza mayor. Para justificar este rigor se dice que el fondista se ofrece á la confianza del público; promete á los viajeros que encontrarán en su casa una entera seguridad para su persona y sus efectos. Es esta seguridad la que multiplica los viajeros y los fondistas son los aprovechados.

Esta última consideración está invocada por el Relator del Tribunal. «Es necesario, dice, que la mayor seguridad acompañe al viajero en una fonda en que se hospeda y que permanezca en ella por la seguridad que le da la ley, que sus efectos no se perderán impunemente, ya por culpa del fondista ó de los domésticos que emplea, ya por los extraños que van y vienen en la fonda. Esta responsabilidad que parece rigurosa es quizá la base más sólida de la prosperidad de los fondistas. Es la confianza que inspiran ó la buena fe ó la vigilancia á la que les obliga la ley, lo que hace más fáciles los viajes, más multiplicados, y que llama á los viajeros á casa de los fondistas.» (2)

139. El Relator del Tribunal agrega que esta responsabilidad rigurosa está moderada por el poder discrecional

1 L. 1, pr. D. *Nautæ, caup* (IV, 9). Compárese Pont. t. I, p. 232, núm. 520) y nuestros *Estudios sobre la historia de la humanidad*, t. III (Roma).

2 Favard de Langlade, Informe núm. 16, (Loché, t. VII p. 352).

que tiene el juez en lo que se refiere á la prueba del depósito. ¡Cosa singular! el Relator, así como los intérpretes del Código Civil, parecen preocuparse más del interés del fondista que del interés de los viajeros. Esto prueba cuánto han cambiado nuestras costumbres y nuestro estado social. Ya no se teme que las fondas sean cuevas de ladrones; se teme que viajeros de mala fe, rateros, como dice Pothier, exploten la responsabilidad del fondista alegando un robo que nunca existió, y lo prueben con el testimonio de otros rateros cómplices suyos. Tenemos que insistir acerca de esta faz de la responsabilidad de los fondistas. Los tribunales tienen, en efecto, un poder discrecional en lo relativo á la prueba del depósito que los viajeros hacen á los fondistas; y este poder disminuye el peligro que resulta de esta responsabilidad quizá demasiado rigurosa. Pero hay que cuidarse de concluir de esto, como se ha hecho, que la responsabilidad misma está abandonada á la apreciación de los jueces. Debemos ver ante todo cómo se hace la prueba del depósito en una fonda.

Es con relación á la prueba como dispone el art. 1952 que el depósito de los efectos traídos por los viajeros debe ser considerado como un depósito necesario. El art. 1348 ya lo había dicho. Resulta que este depósito puede ser probado indefinidamente por testigos. Aquí nace el peligro. La ley desconfía en lo general de la prueba por testigos, por motivo de los falsos testimonios. Es sobre todo para los depósitos hechos por los viajeros en un hotel como debe terminarse este peligro. Los testimonios son ordinariamente la única prueba que sea posible. Si el juez la tiene que admitir y decidir por las disposiciones de los testigos, el fondista quedará á merced de los malvados. Sólo hay un medio de poner al fondista al abrigo de una colición de ladrones: es dar al juez el poder de admitir ó desechar la prueba ofrecida, según las circunstancias de la causa. Tal era la

disposición de la ordenanza de 1667. «No entendemos igualmente, decía, excluir la prueba por testigos para el depósito hecho al alojarse en una hostelería, *la que podía ser ordenada por el juez, según la calidad de las personas y las circunstancias de los hechos.*» Pothier dice que estos últimos testimonios fueron agregados para advertir á los jueces que no admitan la prueba testimonial sino con mucha circunspección, y tener en cuenta la buena ó mala fama, tanto del viajero como del fondista. El primer Presidente del Parlamento lo había hecho observar cuando la discusión del proyecto de ordenanza. «Si, decía, la prueba por testigos estuviera indistintamente concedida á cualquiera persona, los fondistas estarían á la discreción de los malvados; un ratero vendría á alojarse en una fonda, pediría que se le admitiera á probar que hizo un depósito al fondista; y para ministrar esta prueba pondría como testigos á rateros sus compañeros.» (1)

El art. 1348 no es tan explícito como la ordenanza; no dice que el juez *podrá* ordenar la prueba por testigos, dice que la prohibición de la prueba testimonial sufre excepciones, lo que parece decir que la excepción es de derecho y que, por consiguiente, la prueba testimonial debe admitirse. Tal no es, sin embargo, la interpretación que se da á la ley; como el art. 1348 reproduce estas expresiones de la ordenanza, *todo según la calidad de las personas y las circunstancias del hecho*, hay que creer que el juez debe tomar en consideración las circunstancias de la causa y la calidad de las personas antes de ordenar la prueba testimonial, y que no podrá ordenarla si la persona le parece sospechosa ó si las probabilidades son contrarias á la demanda. Es en este sentido en el que el Relator del Tribunado explica el Código Civil. «Nuestro nuevo Código, dice Favard, sólo mantiene una disposición admitida por nuestras antiguas leyes. La facultad

1 Pothier, *Del depósito*, núm. 81.

tad dejada al juez para ordenar ó desechar, según las circunstancias, la prueba ofrecida por el viajero hace que los intereses de este último y los del hostelero nunca podrán estar comprometidos " (1) Toullier es más explícito; dice, y con razón, que la facultad de negar la prueba testimonial ofrecida por el viajero modera la responsabilidad de los fondistas y evita los abusos. (2)

La jurisprudencia está en este sentido y prueba cuán peligrosa es la prueba testimonial en esta materia. Un viajero comerciante reclamó una indemnización contra el fondista en casa de quien se alojaba por un robo de dinero que se le había hecho en el cuarto que ocupaba, dinero procedente de ventas hechas por él. La Corte de Bourges desechó la demanda; relata todas las circunstancias que probaban en contra de la reclamación del viajero. Tenía éste un cuarto con un armario, ambas cosas con llaves, y había guardado su dinero en un baúl que no cerraba aunque tuviera llave y candado. La Corte dijo, y con razón, que el uso de los comerciantes es sacar cada día del cajón de ventas el dinero recibido en el día y colocarlo en lugar seguro, ó cuando menos bajo llave. El descuido que el viajero confiesa haber tenido en guardar su dinero, dice la Corte, tiende á que se dude que haya sido robado. Otras circunstancias venían á aumentar estas dudas. La Corte había ordenado al viajero justificara por sus notas ó libros las ventas que había hecho; nada produjo más que una hoja suelta que contenía, según decía, una copia de sus libros. ¿Y dónde estaba el libro? La copia que se pretendía tomada de un libro no tenía por sí ninguna fuerza probante; el libro del comerciante es lo que hace fe, porque está obligado á inscribir en él cada día todas las ventas que hace; seme-

1 Favard de Langlade, Informe núm. 16 (Loché, t. VII, p. 235).

2 Toullier, t. XVI, 1, núm. 254. Duvergier, *Del préstamo*, p. 572, núm. 517. Pent, t. I, p. 233, núm. 524.

jante escrito hace fe é inspira confianza, mientras que no puede tener ninguna copia cuando no se produce el original. El viajero pretendía haber roto el libro; ¿destruye un comerciante su libro por sólo guardar una copia en hoja suelta? La Corte concluyó que no había certeza del robo, ni documentos acerca de la cantidad robada, y que todas las circunstancias conducían más bien á dudar del robo. En consecuencia, absolvió al fondista de la demanda formada en contra de él. (1) Se ve que si en la antigüedad, los fondistas eran sospechados de ser ladrones corren hoy el riesgo de ser robados.

140. Toullier hace notar que los jueces tienen también otro poder igualmente discrecional que les permite evitar los abusos y los peligros que resultan de la prueba testimonial. Cuando la existencia de los objetos rotos ó perdidos está probada hay, además, que probar su valor; este es el caso del juramento que el juez puede conferir al viajero por declaración pormenorizada que éste da de sus efectos; el juez puede moderar este avalúo y determinar la suma hasta concurrencia de la que el demandante será creído por su juramento. Este poder del juez no es dudoso, el artículo 1369 se lo da. ¿Debe irse más allá? Toullier pretende que el juez tiene también un poder discrecional para desechar la demanda cuando el viajero reclama una indemnización por cosas preciosas que hubiera traído sin reclamarlas al fondista. Aquí nace la confusión que hemos señalado entre la responsabilidad del fondista y la prueba de los efectos de que es responsable. Cuando se trata de la prueba el juez tiene un poder discrecional. Vamos á ver que no pasa lo mismo cuando se trata de la extensión de la responsabilidad

1 Bourges, 9 de Febrero de 1820 (Daloz, en la palabra *Depósito*, núm. 158). Compárese Denegada, Sala Civil, 2 de Agosto de 1864 (Daloz, 1864, 1, 373).