

un propietario legítimo esté estorbado en su goce por razón de las medidas que pudieran tomarse relativas á los derechos de los terceros. (1) Esta es, en nuestro concepto, la verdadera doctrina.

179. Se pregunta si el art. 1961 es aplicable al caso de subasta. La Corte de Burdeos ha sentenciado que la subasta, aunque no despoja al adquirente de la propiedad del inmueble hace, no obstante, insegura esta propiedad hasta el día de la adjudicación, y que autoriza, en consecuencia, el secuestro del inmueble. Insegura sí, ¿pero puede decirse que esté litigiosa? La Corte de Burdeos previó la objeción invocando el principio igualmente contestado de que el art. 1961 no es restrictivo, que sólo es indicativo. Sentenció, por igual razón, que el secuestro del inmueble puede ser ordenado durante la promoción contra las pujas exageradas si el adjudicatorio comete deterioros. (2) Este se uno de los casos en los que el secuestro es necesario como medida conservatoria, aunque no puede decirse que la propiedad está en litigio, pues no lo hay acerca de la propiedad.

180. Hay casos en que la ley ordena el secuestro aunque no haya contestación acerca de la propiedad ó de la posesión. El art. 602 dispone que los inmuebles gravados de usufructos serán secuestrados cuando el usufructuario no encuentra caucionante. Esta es una medida conservatoria, pero fué necesario un texto terminante para autorizar al juez á prescribirlo. Asimismo el Código de Procedimientos (artículo 681) decide que, en caso de embargo inmobiliario, si los inmuebles embargados no están arrendados, el embargante quedará en posesión hasta la venta como secuestrador judicial. En fin, según el art. 465 del Código de instrucción criminal, cuando después de una sentencia de acusación el

1 Lieja, 12 de Enero de 1813 (Dalloz, en la palabra *Depósito*, núm. 225).

2 Burdeos, 17 de Mayo de 1831 y 23 de Junio de 1840 (Dalloz, en la palabra *Depósito*, núm. 223).

acusado no haya sido embargado ó se presentara en los diez días de la notificación que le hicieran en su domicilio el Presidente de la Corte pronunciará un mandamiento diciendo que los bienes del acusado serán secuestrados durante la instrucción de la rebeldía. Esta última disposición nada tiene de común con el secuestro del Código Civil.

181. ¿A quién puede encargarse el secuestro? Según el artículo 1963 el secuestro judicial está dado, ya sea á una persona que convinieron las partes interesadas, ya á una persona nombrada de oficio por el juez. Esta disposición presenta una duda: ¿puede el juez nombrar el secuestro de oficio sin que las partes hayan sido llamadas á designarlo? Pothier enseñaba que el depositario estaría designado por las partes y si no nombrado de oficio. El Código no ha reproducido esta doctrina; se expresa de un modo alternativo, lo que implica una elección; es seguro que esta elección no puede depender de las partes; pertenece, pues, al juez, quien tiene derecho de nombrar de oficio un depositario sin que las partes lo designen. (1)

Cuando las partes convienen en un depositario encargado del secuestro gozan de entera libertad en la elección que hacen; pueden, pues, designar una de ellas. ¿Tiene el juez la misma latitud? En rigor sí, puesto que no hay ley que prohíba al juez confiar el secuestro á una de las partes litigantes. Sin embargo, hay conveniencias que observar. Como lo dice muy bien la Corte de Lieja, está en el espíritu de la ley y en la misma naturaleza de las instituciones que las funciones del secuestro están en general confiadas á un tercero, á no ser que circunstancias especiales justifiquen el nombramiento de una de las partes. Esta es la doctrina de Pothier. (2)

1 Compárese denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 9 de Mayo de 1838 (Pasieris, 1838, 1, 304).

2 Pothier, *Procedimiento civil*, parte II, cap. III, art. III, pfo. III. Lieja,

182. El depositario judicial no es un simple depositario; está encargado de administrar las cosas ordinariamente inmuebles, cuyo secuestro le está confiado; y los inmuebles no pueden guardarse, son objeto de una administración. Por esto es que la ley no dice del secuestro judicial lo que dice del secuestro convencional; puede no ser gratuito (artículo 1957); no lo es por su naturaleza; el depositario tiene derecho á un salario proporcional á la gestión de que está encargado; tiene acción por este punto contra aquellos en cuyo interés administra aunque su nombramiento procederá del tribunal; en todo caso es mandatario convencional ó judicial. Hasta se presenta un caso en el que el depositario habría sido nombrado por la autoridad administrativa; se trataba de un caballo del que pretendían no ser propietarios ningunas de las partes litigantes; el caballo abandonado fué puesto en una caballeriza por orden del alcalde; la Corte de Casación sentenció que el depositario tenía el derecho de reclamar los gastos de alimentación contra ambas partes que habían emprendido el litigio. (1)

183. ¿Cuáles son las funciones del depositario y cuáles son sus poderes? Es administrador, pero administrador provisional, y su nombramiento está hecho á título de medida conservatoria; tal es el principio en el que toma su derecho de administrador. Ordinariamente el tribunal decide lo que el depositario tiene el derecho de hacer; resulta del espíritu de la institución que estas atribuciones deben ser restringidas en límites muy estrechos, pues se trata de administrar la cosa del propietario apesar suyo. Fué sentenciado que un notario nombrado á título de depositario del secuestro para administrar los bienes de una sucesión tendría el

20 de Diciembre de 1856 (Pasicrisia, 1858, 2, 48). Compárese Tolosa, 13 de Mayo de 1812 y París, 2 de Julio de 1830 (Dalloz, en la palabra *Depósito*, número 232 y núm. 82, 3.º)

1 Casación, 27 de Abril de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 171).

derecho de tomar todas las medidas conservatorias necesarias hasta que la partición fuera efectuada, pero que no podía arrendar los bienes sin el consentimiento de las partes litigantes, salvo recurso del juez si éstas no estuvieren acordes. La restitución está motivada en que, en las circunstancias de la causa, podía ser contrario al común interés de las partes arrendar los bienes secuestrados. (1) Si la sentencia no determina los actos que el depositario tiene el derecho de hacer éste debe limitarse á los de conservación, á reserva de referir, si fuere necesario, á las partes interesadas para un acto de administración definitivo, tal como un arrendamiento. La Corte de Lyon ha decidido que el depositario nombrado para ejercer los derechos de los herederos del acreedor de una quiebra no tenía calidad para recibir el pago si la sentencia ó la orden que lo nombró no le da mandato á este efecto. (2)

Cuando decimos que el juez es quien determina los poderes del depositario encargado del secuestro no entendemos que el juez pueda conferirle poderes ilimitados. El mismo juez queda limitado por la naturaleza del mandato que da al depositario; es á título de medida conservatoria como ordena el secuestro de los bienes, y esta medida debe conciliar los diversos derechos que se litigan. Por otra parte, los derechos de los terceros en los bienes secuestrados permanecen en pie, el juez no los puede atacar. Tal es el principio. La aplicación depende de las circunstancias de la causa. Es seguro que el que administra una sociedad á título de secuestro debe tener poderes más extensos que aquel que administra los bienes de una sucesión; el tribunal tendrá en cuenta esta diferencia de situaciones. (3)

Citaremos un ejemplo tomado en la jurisprudencia. Un

1 Bruselas, 21 de Noviembre de 1867 (Pasicrisia, 1868, 2, 384)

2 Lyon, 18 de Abril de 1874 [Dalloz, 1876, 2, 195].

3 Lyon, 27 de Marzo de 1873 (Dalloz, 1875, 2, 149).

deudor cae en quiebra. El presidente del tribunal puso los bienes del deudor en secuestro y determinó los poderes del gerente dándole misión de cobrar todo el activo y de hacer los repartos á los acreedores, siempre que las sumas cobradas excedieran de 4000 francos, con cargo de dar cuenta á quien dé derecho; además, la sentencia declaraba los acreedores que habían ya dirigido ó se proponían dirigir promociones contra el deudor, pasibles de los gastos de procedimientos que pudieran hacer. Esta decisión, aprobada por la Corte de Apelación de Lyon, fué casada por exceso de poder y falsa aplicación del art. 1461. La Corte comienza por recordar que el deudor quebrado no está privado de la administración de sus bienes; que sus acreedores conservan el derecho de perseguirle, y que el juez no les puede quitar este derecho arbitrariamente sin sujetarlos, para su ejercicio, á condiciones que la ley no ha prescripto. Luego la sentencia sienta el principio que determina el límite de los poderes del depositario judicial. El secuestro tiene por único objeto la conservación de una cosa litigiosa ó de una cosa afectada á garantía de las obligaciones del deudor; esta medida bien puede autorizar al depositario que esté encargado del secuestro para hacer actos de administración necesarios á la conservación de las cosas secuestradas, pero no impedir que un acreedor ejerza, aun en la cosa, su derecho de promoción. La Corte agrega que si estos principios de orden público ligan al juez cuando pronuncia en toda la plenitud de su jurisdicción lo ligan con más razón cuando juzga de urgencia, y que no puede nunca perjudicar lo principal. (1)

184. Cuando el depositario del secuestro obra en los límites de su poder obliga á las partes litigantes de que es mandatorio judicial. La Corte de Burdeos lo sentenció así aplicando al secuestro los principios del mandato. En el

1 Casación, 17 de Enero de 1855 [Dalloz, 1855, 1, 11].

caso el depositario encargado de administrar un dominio litigioso había contraído un préstamo de 6000 francos para pagar los gastos de explotación: ¿el prestamista tenía acción directa contra el propietario? Según los principios del mandato la afirmativa no es dudosa. Se trata, pues, de saber si estos principios son aplicables al secuestro. La Corte dice que el depositario encargado del secuestro es un mandatario judicial. En efecto, se trata menos de guardar la cosa litigiosa que de administrarla, lo que caracteriza el mandato más bien que el depósito; aquel que contratara con un depositario para los gastos no tendría acción directa contra el depositante, pero la situación del depositario judicial es diferente, los terceros tratan con él como representante de las partes litigantes; debe, pues, tener acción contra estas partes. (1)

185. ¿Cuándo acaba el secuestro judicial? El depositario que está encargado de él debe administrar la cosa litigiosa mientras dura el litigio; cuando, pues, la sentencia termine el litigio, termina también el secuestro. (2)

Cuando cesan sus funciones el depositario judicial debe dar cuenta de su gestión, especialmente de los frutos que percibió. Esto es también una consecuencia de la naturaleza particular del secuestro. El depositario ordinario no tiene que dar cuenta, puesto que no obra, mientras que aquel que está encargado de un secuestro administra, y todo administrador debe dar cuenta. (3)

#### § II.—DEL DEPÓSITO JUDICIAL.

186. Según el art. 1961, 1.º, la justicia puede ordenar el secuestro de los muebles embargados al deudor. Ya hemos

1 Burdeos, 27 de Julio de 1830 (Dalloz, en la palabra *Depósito*, núm. 239).

2 Bruselas, 20 de Abril de 1820 [Pasicrisia, 1820, p. 107].

3 Lyon, 23 de Junio de 1831 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 1377).

dicho que el Código llama secuestro lo que en verdad es un simple depósito (núm. 171). La ley, confundiendo el depósito con el secuestro, el que es esencialmente facultativo, dice que el juez puede ordenar que los muebles embargados serán secuestrados. Esto no es exacto. El Código de Procedimientos quiere que haya un depositario de los muebles embargados, por razón de que importa al interés del embargante impedir el deterioro de los objetos embargados. Es el escribano de diligencias quien constituye al depositario en nombre de la justicia (1) (Código de Procedimientos, artículos 596 y 597).

187. Este depositario difiere de los ordinarios y también de los encargados de un secuestro. Pothier dice que el establecimiento de un depositario es una especie de depósito, puesto que el guardador está encargado de la guarda de los muebles embargados; pero agrega que es impropriamente como se califica la guarda de muebles de depósito, puesto que el guardador tiene que ser pagado por su trabajo; la tarifa de 16 de Febrero 1807 fija el salario que tiene que dársele (art. 34), mientras que el depósito es esencialmente gratuito. El contrato tiene algo del arrendamiento más que del depósito. Síguese de esto que el art. 1927 no es aplicable al que guarda; éste queda sometido al derecho común en lo que se refiere á la culpa de que responde (artículo 1962).

¿Para con quién es responsable el guardador? Aunque nombrado por el escribano de diligencias en nombre de la justicia no es para con éste para con quien el guardador está obligado, y mucho menos para la justicia; el que guarda se considera como contratar con el embargante, en interés del que se practicó el embargo y, fué nombrado el guardador.

El que guarda difiere del que recibe un depósito á título de secuestro. Este gira, administra, posee en nombre de las

1 Duvergier, *Del préstamo*, p. 587, núm. 537. Pont, t. I. p. 257, núm. 564.

partes litigantes. El que guarda sólo tiene el cuidado de los efectos embargados; la posesión permanece al deudor embargado así como la propiedad. Es en este sentido en el que una antigua máxima dice: *Mano de justicia no despoee á nadie*. (1)

188. El art. 1962 determina las objeciones que resultan del establecimiento de un guardador judicial. Este debe presentar los efectos embargados, ya sea en descargo del embargante por la venta, ya de la parte contra quien se ejecuta en caso de levantamiento del embargo. Según el Código Civil el guardador podrá ser arrestado como garantía de las obligaciones que la ley le impone (art. 2060, 4.º); ya se sabe que el arresto quedó abolido en Francia y en Bélgica.

Por su parte el embargante se obliga á pagar al que guarda el salario determinado por la ley.

189. Hemos supuesto hasta aquí que el que guarda está nombrado por el escribano de diligencias. El Código de Procedimientos permite al embargado, para evitar gastos, presentar un guardador solvente y que reúna las condiciones requeridas por la ley. Esto debe ser aceptado por el embargante. Si es aceptado se forma entre las partes un verdadero contrato de depósito. Esto es la observación de Pothier, á quien siguió el legislador en esta materia. El guardián estará en este caso obligado hacia al embargado y al embargante, puesto que uno y otro intervienen en el contrato de depósito, mientras que el guardador nombrado por el diligenciarario sólo contrata con el embargante. (2)

190. Sin embargo, el guardador presentado por el embargado y aceptado por el embargante no debe ser asimilado en todo á un depositario ordinario. Pothier dice que hay una diferencia en lo relativo á su culpa, de que responde;

1 Pothier, *Del depósito*, núms. 92 y 93.

2 Pothier, *Del depósito*, núm. 95.

como está presentado en lugar del que nombraría el diligenciarlo debe presentar las mismas garantías; está, pues, sometida á la responsabilidad general del art. 1137 y no á la excepcional del art. 1927; esto resulta de la naturaleza misma del contrato y de la intención de las partes contratantes. (1)

191. Hay un segundo caso en el que, según el art. 1961, 3.º, la justicia puede ordenar el secuestro: es cuando un deudor ofrece cosas para su liberación. Cuando el deudor debe una suma de dinero la intervención del juez no está requerida; trasladamos á lo dicho en el título *De las Obligaciones*. Si debe un cuerpo cierto y determinado y que el contrato no indique el lugar en que deba hacerse el depósito, el deudor debe dirigirse á la justicia. El juez concederá en este caso la autorización de depositar la cosa en manos de la persona que designará (art. 1264). Esta persona será un depositario judicial; se le aplicará, pues, el artículo 1963 en lo relativo á sus derechos y obligaciones.

1 Pothier, *Del depósito*, núm. 96.

## TITULO XIII.

(TITULO XII DEL CODIGO CIVIL.)

### DE LOS CONTRATOS ALEATORIOS.

#### CAPITULO I.

##### NOCIONES GENERALES.

192. El art. 1964 define el contrato aleatorio en los siguientes términos: "Es una convención recíproca cuyos efectos, en cuanto á las ganancias ó pérdidas, ya sea para todas las partes ó para una sola ó para varias, dependen de un acontecimiento inseguro." Hay otra definición en el artículo 1104 que define el contrato *commutativo* y el *aleatorio*: "Es *commutativo* cuando cada una de las partes se compromete á dar ó á hacer una cosa que se considera equivalente á lo que se le da ó se hace por ella. Cuando el equivalente consiste en una suerte de utilidad ó de pérdida para cada una de las partes, según un acontecimiento inseguro, el contrato es aleatorio." Ambas definiciones difieren. La del art. 1104 parece exigir, para que el contrato sea aleatorio, que haya una suerte de ganancia ó de pérdida para cada una de las partes; mientras que, según el art. 1964, el contrato es aleatorio cuando los efectos, en cuanto á uti-