Esta declaración del artículo 2,668 del Código, importa una usurpación hecha al Código Penal, al que corresponde exclusivamente determinar qué hechos se deben estimar como delitos y á cuál especie de ellos pertenecen.

Pero no sólo adolece tal precepto de ese defecto, sino de otro mayor, á nuestro juicio, y que consiste en la mala clasificación de los delitos que comete el depositario que niega el depósito ó lo adultera; pues tales hechos son estimados como de robo ó falsedad, siendo así que están clasificados por el Código Penal, como constitutivos del delito de abuso de confianza (art. 407, Cód. Pen.).

El depósito está sujeto á las reglas generales que rigen á los demás contratos, en cuanto se refieren á la capacidad de los contratantes, y por lo mismo, pueden dar en depósito todos los individuos que pueden contratar (art. 2,669, Cód. Civ.).[1]

Sin embargo, la incapacidad de uno de los contratantes no exime al otro de las obligaciones á que están sujetos el que deposita y el depositario, ó lo que es lo mismo, la nulidad proveniente de la causa indicada, no es absoluta de manera que pueda oponerse por cualquiera de los contratantes, sino relativa, y que sólo puede alegarse por el incapaz que hubiere intervenido en el contrato (art. 2,670, Cód. Civ.).[2]

Como se ve, este principio no es más que la reproducción del general que rige á todos los contratos, según el cual, los afectados del vicio de nulidad, producen todos los efectos jurídicos que les atribuye la ley, hasta que una sentencia ejecutoria declara la insubsistencia é ineficacia de ellos.

Pero como hemos indicado antes, el vicio de nulidad de los contratos, se puede hacer valer de dos maneras, como acción, dentro del plazo que señala la ley, ó como excepción, perpetuamente, en cualquiera tiempo en que se intente hacer efectivo el cumplimiento de la obligación proveniente del contrato nulo; y el efecto de la declaración de la nulidad, es que se restituyan á los contratantes al mismo estado en que se hallaban antes de celebrar el contrato nulo, recobrando cada uno lo que por su parte hubiere entregado.[1]

1 Artículo 2,551, Cód. Civ. de 1884.
2 Artículo 2,552, Cód. Civ. de 1884.

Fundado en este principio, que también es general, declara el artículo 2,671 del Código Civil, que si un incapaz acepta el depósito y se le demanda por daños y perjuicios, puede oponer como excepción la nulidad del contrato; pero que no podrá eximirse de restituir la cosa depositada, si se conserva en su poder, ó el provecho que hubiere recibido de su enajenación.[2]

Si no fuera así, se autorizaría un acto perfectamente inmoral, el lucro indebido del incapaz á expensas y con perjuicio del deponente, que por error ó por ignorancia confió en la honradez de aquél, creyéndole con aptitud para aceptar el depósito.

De paso debemos advertir, que el precepto aludido parece autorizar al incapaz para disponer libremente de la cosa que recibió en depósito, supuesto que le obliga á restituir el provecho que hubiere recibido de su enajenación.

Creemos que tal autorización es contraria á los sanos y más elementales principios del derecho, porque la nulidad del depósito sólo puede eximir al incapaz del cumplimiento de las obligaciones que nacen del contrato, que son gravosas y perjudiciales á sus intereses; pero de ninguna manera le otorga derecho para enajenar lo que no es suyo y cuyo dominio no se le ha trasmitido.

Por el contrario, creemos que, no obstante la nulidad del contrato, si el incapaz enajena la cosa que se le confió en

1 Tomo III, págs. 385 y 401.
2 Artículo 2,553, Cód. Civ. de 1884.

depósito, comete el delito de abuso de confianza, previsto y penado por el artículo 407 del Código Penal.

Es cierto que el mencionado precepto adolece de una mala redacción, y que sus autores sólo quisieron reproducir el principio sancionado por el derecho Romano y nuestra antigua legislación, que no se compadece con los principios fundamentales de nuestra legislación actual.[1]

En buena hora que no se exija al incapaz la responsabilidad por la pérdida de la cosa depositada, producida por su culpa ó negligencia, toda vez que por su incapacidad ningún efecto puede producir el contrato nulo desde su origen; pero que no se sancione un principio que no sólo es contrario á la justicia, sino que también se halla en pugna con otros principios legales, que estiman como delito el acto de un menor de edad que, á sabiendas, enajena una cosa que recibió en guarda, cuyo dominio no se le trasmitió, y que, por lo mismo, le obliga á la indemnización civil, en los términos de los artículos 301 y siguientes del Código Penal.

A nuestro juicio, es también defectuoso el 2,672 del Código Civil, que declara que cuando la incapacidad del depositario no fuere absoluta, puede ser condenado al pago de los daños y perjuicios, si hubiere procedido con dolo ó mala fe.[2]

Suponemos que en este precepto se quiso prever el caso en que el menor se supone mayor de edad, y el de la mujer casada, para engañar la buena fe del deponente y abusar de ella y castigar su dolosa conducta, porque á nadie le puede favorecer su propio dolo; pero hay que convenir en que le falta claridad y precisión, y que es necesario un examen meditado para venir en conocimiento de que sanciona un principio justo.

En efecto: según el artículo 2,672, el incapaz, que no se halla privado de la razón, ó lo que es lo mismo, que no está

1 Leyes 1ª, título 8º, lib. 26; 206, tít. 17, lib. 50, D. y 17, tít. 34, Part. 7ª.
2 Artículo 2,554. Cód. Civ. de 1884.

afectado de incapacidad absoluta, es responsable de los daños y perjuicios, como lo sería una persona capaz, si ha obrado dolosamente ó con mala fe para ocultar su incapacidad y hacer que se le entregara el depósito.

Este se distingue en voluntario y necesario, regular é irregular.

El depósito voluntario es aquel que debe su origen al contrato, cuyo estudio estamos haciendo.

El necesario, que es llamado también *miserable*, es el que se hace con ocasión de alguna calamidad, como incendio, ruina, etc., etc.

Esta distinción, que antiguamente era de grande importancia, carece en la actualidad de ella, porque nuestro Código no establece diferencia alguna entre los efectos del depósito voluntario y del necesario, y las leyes penales que castigaban con severidad la violación de éste, han sido moderadas por el Código Penal, hasta tal grado, que sólo estima como circunstancia agravante de tercera clase, el hecho de abusar el depositario de la confianza en él depositada, durante una calamidad pública.

El depósito regular es aquel que tiene por objeto cosas muebles, aunque sean fungibles, si éstas se entregan selladas, cerradas, ó con otras señales, con las cuales pueda acreditarse su identidad cuando se hayan de devolver.[1]

El depósito irregular es aquel que consiste en cosas fungibles que se entregan por peso, número ó medida, con la obligación de devolver el depositario otro tanto de la misma especie y calidad.[2]

Esta distinción, usada bajo el imperio de nuestra antigua legislación, no existe ni puede existir bajo el sistema adoptado por el Código Civil, según el cual, el depositario no puede usar de la cosa depositada sin el permiso de su due-

1 Viso, tomo III, pág. 573.
2 Viso, tomo III, pág. 573.

ño, y si se lo otorga, cambia el contrato de naturaleza y se convierte en el de mutuo, si se trata de cosas fungibles (arts. 2,676 y 2,679, Cód. Civ.).[1]

Antes de la vigencia del Código Civil, existía un contrato que se designaba con el nombre de depósito irregular, que se estimaba como una especie de censo, y que consistía en entregar á alguna persona una cantidad de dinero por plazo determinado, durante el cual, pagaba el depositario el interés permitido por la ley, y se garantizaba con hipoteca ó fianza. Este contrato afectaba la naturaleza del censo consignativo, cuando se constituía con hipoteca de alguna finca, y se confundía con el mutuo en los demás casos, de manera que no tenía una naturaleza perfectamente definida.

Este es el motivo por el cual lo proscribió el Código Civil, declarando en el artículo 2,673, que el depósito irregular, cuya definición hemos dado, no se rige por las disposiciones relativas al depósito, sino por las que arreglan el censo consignativo cuando el dinero se impone sobre bienes inmuebles, ó por las del mutuo con interés, cuando falta esa circunstancia, ya sea que en uno ó en otro caso se constituya ó no hipoteca.[2]

Refiriéndose á ese precepto, dice la Exposición de motivos: "De luego á luego se conoce la conveniencia de suprimir un pacto que, debiendo tener reglas fijas, se ha considerado irregular, sin que haya necesidad alguna de sujetarlo á reglas especiales, estando comprendido en otros según sus diferentes especies."

---

1 Artículos 2,558 y 2,561, Cód. Civ. de 1884.
2 Artículo 2,555, Cód. Civ. de 1884.

II

DE LAS OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL QUE DA Y DEL QUE RECIBE EL DEPÓSITO.

Dijimos en el artículo anterior, que el depósito es por su naturaleza gratuito, pero que el depositario podía estipular una gratificación, sin que por tal motivo se alterara su naturaleza; y dedujimos como consecuencia necesaria, que dicho contrato es unilateral ó bilateral, según que se estipule ó no una recompensa para el depositario.

Pues bien, en uno y en otro caso se producen derechos y obligaciones para los contratantes, los cuales vamos á expresar detalladamente, no sin advertir antes, que, cuando el depósito afecta el carácter de bilateral, otorga la ley al depositario dos acciones, la directa, que tiene por objeto el pago de la retribución prometida, y la contraria, encaminada á obtener del deponente la indemnización de todos los gastos que hubiere hecho en la conservación de la cosa depositada y de los perjuicios que por ella haya sufrido; y cuando el contrato es unilateral, porque el depositario admite el depósito gratuitamente, sólo le otorga la ley á éste la acción contraria, cuyo objeto hemos indicado.

Esta diferencia, como bien se puede comprender, proviene de la naturaleza que afecta el contrato; pues si es gratuito, sólo produce inmediatamente obligaciones para el depositario y ninguna para el deponente, quien si resulta obligado de alguna manera, no es por efecto del mismo contrato, sino por acto posterior del depositario ejecutado en su provecho.

Si se estipula remuneración para el depositario, se producen inmediatamente, por efecto del contrato, obligaciones recíprocas, de las cuales la una es la causa ú origen de la