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

otra; pues en tanto se obliga el depositario á la guarda de la cosa que se le entrega, en cuanto á que el deponente se obliga á su vez á pagarle la recompensa prometida.

Establecidos estos precedentes, veamos cuáles son los derechos y obligaciones del deponente y del depositario.

El depositario está obligado, según el artículo 2,674 del Código Civil.[1]

1º A prestar en la guarda y conservación de la cosa depositada, el cuidado y diligencia que acostumbra emplear en la guarda de sus propias cosas.

Según este precepto, y por la naturaleza misma del depósito, que no trasmite el dominio al depositario, resulta que una de las obligaciones principales de éste, es la de restituir la cosa depositada, cuya obligación implica necesariamente la de conservarla.

Pero la ley ha señalado, para evitar discusiones y las dificultades que de ellas pudieran surgir, los límites de esa obligación, declarando que el depositario debe guardar y conservar la cosa depositada, como si fuera propia, con el cuidado y diligencia que acostumbra emplear en la guarda de sus propias cosas.

De esta regla inferimos que, si el depositario extremadamente cuidadoso y vigilante en sus cosas, no empleare el mismo cuidado y vigilancia en la guarda de las depositadas, sería responsable de los perjuicios que resultaran.

Esta consecuencia, que es perfectamente lógica, no se halla de acuerdo con los principios del derecho Romano, seguidos por nuestra antigua legislación y por el Código Francés, según los cuales, el depositario sólo está obligado á prestar el mismo cuidado y vigilancia que un buen padre de familia, ó como se decía en el tecnicismo antiguo, la *culpa leve*, por cuanto á que el depósito es, conforme á esos

1 Artículo 2,556, Cód. Civ. de 1884.

principios, esencialmente gratuito y gravoso para el depositario, que ningún provecho puede obtener de él.

Pero es muy fácil justificar el sistema adoptado por nuestro Código, para lo cual basta fijarse en que el dueño de de la cosa debe tener conocimiento de la conducta que observa el depositario en el cuidado y guarda de sus cosas, y por tanto, no puede ignorar cuál seguirá en el depósito; y debe imputarse las consecuencias, si, no obstante ese conocimiento, le hace entrega de él y no estipula que preste mayor atención y cuidado.

En otros términos: la ley no exige del depositario mayor vigilancia y cuidado que aquellos que acostumbra en sus propias cosas, porque el deponente tiene facultad de elegir la persona á quien confiarle el depósito, teniendo en cuenta sus antecedentes, y aun convenir con ella que le preste en la guarda de éste mayor diligencia que la determinada por la ley: y si ocupa á una persona descuidada y negligente, debe sufrir las consecuencias de su ligereza.

De lo expuesto se infiere, que el depositario no es responsable del caso fortuito ni de la fuerza mayor que, como es sabido, no se presta en ninguno de los contratos, á no ser que se haya obligado á uno y otra expresamente, ó que sobrevenga estando la cosa en su poder, por haber sido moroso en restituirla.

El artículo 2,675 del Código Civil, que sanciona esta conclusión, establece, ó mejor dicho, reproduce la regla general que domina en todos los contratos, en los cuales, como hemos dicho, el deudor no es responsable de los casos fortuitos y de fuerza mayor, y la excepción según la que, éstos le son imputables, si se obliga expresamente á ellos, ó se verifican estando la cosa en su poder por haberse constituído en mora.[1]

Ya hemos expuesto la razón fundamental de esta excep-

1 Artículo 2,557, Cód. Civ. de 1884.

ción, diciendo que, para que el deudor pueda librarse de la responsabilidad que le resulta de la pérdida de la cosa, sin faltar á la justicia y la equidad, es preciso que no se le pueda imputar ni aun indirectamente, y por lo mismo, si la pérdida tiene lugar en la casa del deudor por un acontecimiento fortuito que no se habría verificado en la del acreedor, debe reportar aquél la pérdida.[1]

Este razonamiento nos conduce á esta consecuencia tan lógica como justa, que tiene en su apoyo la jurisprudencia y la doctrina: luego cuando la pérdida ó deterioro de la cosa depositada ha debido producirse igualmente hallándose en poder del depositario como en el del dueño, éste debe sufrir las consecuencias, que sería injusto imputarle á aquél, que no tuvo culpa alguna del verificativo del acontecimiento.[2]

En cuanto á la razón por la cual es responsable el depositario del caso fortuito y la fuerza mayor cuando ha incurrido en mora, es perfectamente perceptible y clara; porque la demora constituye por sí sola una falta, que, como dice Demolombe, debe imponer al deudor la obligación de reparar el daño que resulta de ella al acreedor, pues la cosa no habría perecido si se le hubiera entregado á éste oportunamente.[3]

El depositario no puede servirse de la cosa depositada sin permiso del dueño, el cual nunca se presume, sino que debe constar siempre expresamente; y como sería inútil esta prohibición si careciera de sanción penal, la ley declara que si el depositario la infringe, se hace responsable de todos los daños y perjuicios (arts. 2,676, 2,677 y 2,678, Cód. Civ.).[4]

El depositario no puede servirse de la cosa depositada,

1 Tomo III, pág. 196.
2 Guillouard, núm. 61; Laurent, Tomo XXVII, núm. 100; Pothier, Du Depot, núm. 23; Duranton, Tomo XVIII, núm. 40; Troplong, Du Depot, núm. 90; y todos los autores.
3 Tomo XXVIII, núm. 772.
4 Artículos 2,558, 2,559 y 2,560, Cód. Civ. de 1884.

porque se le entrega con el exclusivo objeto de guardarla, y sería faltar á las condiciones esenciales del contrato, el cual degeneraría, convirtiéndose en otra especie, si se le permitiera la facultad de emplearla en usos propios.

Ferreira, comentarista del Código Portugués, que sanciona el mismo principio, dice valiéndose de las mismas expresiones que Pothier, que el depositario, por decirlo así, apenas presta el lugar en donde se coloca la cosa depositada, sin derecho alguno sobre ella.[1]

Por lo demás, este principio no es una novedad introducida por el derecho moderno, pues debe su origen á la legislación Romana, que estimaba el abuso de la cosa depositada como un robo, el cual se designaba por nuestras leyes antiguas con el nombre de *hurto de uso*, y nuestro derecho actual lo distingue con el nombre de abuso de confianza (art. 407, Cód. Pen.).[2]

A este respecto, la obligación del depositario es la misma, cualquiera que sea la naturaleza de la cosa depositada, aun cuando se trate de dinero, pues la prohibición de la ley es general y absoluta; no hace distinción de ninguna especie, y por lo mismo, tampoco podemos hacerla nosotros.

En consecuencia, si el depositario de una cantidad de dinero la emplea en usos propios, falta á uno de sus principales deberes y comete un abuso de confianza, aun cuando su situación pecuniaria le permita restituir la misma cantidad en el momento que se le pida; pues como dice la definición que da el artículo 2,663 del Código Civil, tiene obligación de custodiar la cosa depositada y de restituirla en *especie* y no dando otro tanto de la misma especie y calidad.[3]

Hay que advertir que en tanto permite la ley que el

1 Comentario al artículo 862; Pothier, núm. 34.
2 Inst. § 6, tít. 1º, lib. 4º; leyes 29, tít. 3, lib. 16; y 3, tít. 14, Part. 7ª
3 Artículo 2,545, Cód. Civ. de 1884.

depositario use de la cosa depositada, en cuanto presta su consentimiento el dueño de ella de una manera expresa y terminante, pues no basta el tácito ó presunto, que, por su naturaleza, pueden prestarse á suposiciones que autorizarían muchas veces la comisión de abusos, ó se darían pretextos para excusar los cometidos por los depositarios infieles.

Pero siguiendo los principios del derecho Romano, declara, con perfecta justicia, el artículo 2,679 del Código, que cuando el depositario tiene permiso del dueño para usar ó servirse de la cosa, el contrato muda de especie, convirtiéndose en mutuo, comodato, uso ó usufructo.[1]

Fácil es comprender la razón sobre que descansa el precepto citado, pues si el depositario de cosas que se consumen por el uso, obtiene permiso de servirse de ellas, realmente convierte el depósito en el contrato de mutuo, que le obliga á devolver, no las mismas cosas que recibió, sino otro tanto de la misma especie y calidad.

Si las cosas depositadas no son fungibles, entonces el contrato se convierte en comodato; y si el dueño no permite el empleo de ellas para determinado servicio, sino para todos aquéllos de los cuales pueda obtener una ventaja el depositario ó su familia, ó bien tiene éste la facultad de servirse de ellas y aprovechar todos los frutos ó utilidades que produzcan, habrá uso ó usufructo, pero no depósito, cuya naturaleza jurídica no permite la concesión al depositario de tales facultades tan contrarias á ella.

Ya hemos dicho que la violación del depósito se castiga como delito, y además, con la indemnización de los daños y perjuicios de que se hace responsable el depositario, la cual se determina por las reglas que, sobre responsabilidad civil, establece el Código Civil, que de acuerdo con ellas

1 Leyes 10, tít. 1º, lib. 12; I, tít. 3, lib. 16; y 31 tít. 2, lib. 19, D.; artículo 2,561, Cód. Civ. de 1884.

declara en el artículo 2,684 que, si el depósito consiste en dinero, el depositario debe pagar interés de las cantidades de que haya dispuesto, desde el día en que lo hubiere hecho. Se entiende que la tasa del interés debe ser la legal, conforme á aquellas reglas.[1]

Por la misma razón declara el artículo 2,685, que también debe pagar el depositario intereses de la cantidad que quede debiendo, concluído el depósito desde que se constituyó en mora.[2]

Creemos que esta declaración es redundante y que está comprendida en el artículo precedente, pues si no restituye íntegra la cantidad depositada es sin duda, porque dispuso de ella, y en tal caso se hace responsable de los daños y perjuicios, que sólo pueden consistir en el pago de los intereses al tipo legal.

El depositario debe respetar la intención del deponente, que le entregó las cosas objeto del contrato cerradas y selladas, absteniéndose de abrirlas, y debe de guardar el secreto de ellas cuando su dueño le ha revelado el contenido del depósito; pues obrando de otra manera viola la fe del contrato, ya sorprendiendo secretos que no se le han querido confiar, ya causando perjuicios, que está obligado á reparar en todo caso.

Por tal motivo ordena el artículo 2,680 del Código, que el depositario restituya las cosas depositadas en el mismo estado que las recibe, si se le entregan bajo sello, cerradura ó costura; y el 2,681 declara, que si el depositario en cualquiera de los casos del artículo que precede, extrae ó descubre el depósito, queda obligado á reponerlo, y es además responsable de los daños y perjuicios que sufre el deponente.[3]

1 Artículo 2,566, Cód. Civ. de 1884.
2 Artículo 2,567, Cód. Civ. de 1884.
3 Artículos 2,562 y 2,563, Cód. Civ. de 1884.

Pero esta responsabilidad cesa, si el descubrimiento ó la extracción del depósito se hubiere hecho sin su culpa, la cual se presume, mientras no se pruebe lo contrario (arts. 2,682 y 2,683, Cód. Civ.).[1]

En otros términos: la ley presume en todo caso que el depositario es culpable, por no haber cumplido debidamente la obligación que se impuso de custodiar la cosa depositada, y por tanto, le impone el deber de indemnizar los daños y perjuicios que sufre el deponente; pero si puede y llega á probar que, sin culpa de su parte, descubrió ó extrajo esa cosa una tercera persona, entonces queda libre de toda responsabilidad, por no existir hecho alguno que le sea imputable.

La presunción de culpabilidad del depositario se funda, no sólo en el principio, según el cual se presume que se pierde por culpa del deudor la cosa que se halla en su poder, mientras no se pruebe lo contrario, sino también en la consideración de que, de otra manera, se quedarían las más veces impunes las responsabilidades de los depositarios infieles.[2]

Para concluir cuanto se refiere al deber que el depositario tiene de restituir la cosa depositada, debemos manifestar que la ley lo estima tan estricto é indeclinable, que no permite que la retenga contra la voluntad del deponente, si no es por determinación judicial, y por tal motivo, le prohibe retenerla, aun cuando al pedírsela no haya recibido el importe de las expensas que hubiere erogado en la conservación de ella, aunque sí puede pedir judicialmente la retensión del depósito, si no se le asegura el pago (art, 2,704, Cód. Civ.).[3]

Tampoco puede el depositario retener la cosa depositada

1 Artículos 2,564 y 2,565, Cód. Civ. de 1884.
2 Ferreira, tomo III, pág. 420.
3 Artículo 2,586, Cód. Civ. de 1884.

como prenda que garantice el crédito que tenga contra el deponente; porque si se le otorgara el derecho de retención, se cometerían frecuentes abusos, á pretexto de la existencia de créditos, tal vez improbables, con gravísimo perjuicio del deponente (art. 2,705, Cód. Civ.).[1]

Además, si se permitiera tal derecho, se autorizaría la compensación contra el precepto contenido en el artículo 1,691 del Código Civil, que la prohibe respecto de la deuda de cosa puesta en depósito, porque este contrato, como hemos dicho, tiene por fundamento principal la buena fe y la honradez, por cuyo motivo la ley asimila moralmente la retención de la cosa depositada al despojo.[2]

Viniendo á la segunda obligación del depositario, que nace por efecto inmediato del depósito, y que sanciona el artículo 2,674 del Código Civil, la de restituir la cosa depositada cuando le fuere exigida, con todos sus frutos y accesiones, hay que examinar á qué persona se debe hacer la restitución, en qué tiempo y en qué lugar.[3]

Según el artículo 2,686 del Código, el depositario no debe restituir la cosa sino al que se la entregó, ó á aquél en cuyo nombre se hizo el depósito ó fué designado para recibirla.[4]

Así, pues, la ley supone los tres casos siguientes:

1º Restitución del depósito á la persona que lo constituyó:

2º Restitución del depósito á la persona en cuyo nombre se hizo:

3º Restitución á la persona indicada para recibirla.

Cuando no concurre una circunstancia especial que modifique al contrato, la cosa depositada se debe restituir á aquélla persona que la entregó, y solamente á ella, que fué la que contrató y la que tiene derecho de exigir su devolución.

1 Artículo 2,587, Cód. Civ. de 1884.
2 Tomo III, pág. 267.
3 Artículo 2,556, Cód. Civ. de 1884.
4 Artículo 2,570, Cód. Civ. de 1884.