



EL DEPOSITO Y LA GARANTIA REAL MOBILIARIA

(NOTAS PARA UN CONCEPTO GÈNERICO DEL DEPÓSITO)

Por el

DR. J. ROCA JUAN

Profesor de la Facultad de Derecho

S U M A R I O :

I

1.—Consideraciones previas. 2.—El depósito de cosa propia.—3 y 4.—Contrato de depósito y secuestro: La definición genérica del depósito. 5 y 6.—La garantía real mobiliaria y el depósito de cosa propia.

II

1.—Los contratos reales. 2.—El Depósito.

III

1.—La doctrina tradicional: Pothier; Domat. 2.—El Código francés. 3.—El Código italiano. 4.—El Código de Portugal. 5.—Código italiano de 1942. 6.—La doctrina tradicional no prevee el depósito de cosa propia.



como no han faltado autores (5) que, ya en la moderna doctrina, han tratado de solucionar el problema adoptando razonamientos más o menos sutiles, aunque en general un poco abstractamente por falta de realidad legislativa en que apoyarse, a nuestra consideración, sin tomar partido por ninguna de ambas hipótesis, se nos presenta, de un lado, la negativa—reflejo fiel de la escuela jusnaturalista—, que no encuentra razón suficiente para mantener una categoría de excepción, una vez aceptado unánimemente el principio de Derecho Natural citado, y, de otra, la tesis afirmativa que, apoyándose en el principio de orden lógico de que nadie puede restituir lo que no se le ha entregado, sostiene la categoría de los contratos reales para el mutuo, comodato, depósito y prenda, ayudados, además, por todo el peso de la tradición romanista sobre la que en definitiva está fundamentada, en una gran parte, la ciencia del Derecho Privado.

Ahora bien, el fundamento aducido por la tesis afirmativa, que sostiene la doctrina tradicional, ¿vale en nuestro Derecho para todos los contratos incluidos en la categoría?

Un eminente profesor, que fué nuestro maestro (6), al explicar en su cátedra de Instituciones de Derecho Civil, en la Universidad de Murcia, el contrato de depósito, ponía de relieve la duda de que no fuera en nuestro Derecho, al menos en todos los casos en que puede producirse un contrato real. Señalado entonces un camino, se fué precisando más tarde en nuestra mente el contorno de un fin, al meditar sobre su posible contextura y sus enlaces con otras figuras contractuales de distinta finalidad específica: Si el depósito es por su naturaleza un contrato de fianza, dotado de unas obligaciones de custodia como fin primordial, y el propio legislador utiliza su contenido como mecanismo de seguridad en los casos de garantía real sin desplazamiento sobre bienes muebles, al mismo tiempo que esclarecer esta lógica deformación de su contenido normal, puesto que aparece como facción no contemplada el depósito de cosa propia, se nos ofrece, como consecuencia, hallar una definición genérica del depósito que, ahondando en su naturaleza, comprenda, por reunir en sí todos los caracteres abstractos de su figura, tanto el caso en que el desplazamiento normal de la cosa se produce como su contrario.

Así surge nuestro intento, que no es otro que dejar trazadas algunas soluciones en la construcción del instituto, tal como de hecho es hoy concebido en nuestra Ley positiva, aunque sea a costa de romper los contornos en que la doctrina tradicional, recogida por casi todos los Códigos modernos, se desenvuelve en este punto, pero sin entrar en el estudio

(5) Ver más adelante.

(6) Dr. Batlle.



de los demás miembros de la discutida agrupación (mutuo, comodato y prenda).

El trabajo queda, así, reducido a los límites válidos para sentar conclusiones que están de acuerdo con nuestra realidad legislativa, excluyendo las que no pasarían de un plano más o menos teórico.

2.—Nuestra Ley positiva, en efecto, obedeciendo sin duda a uno de los factores fundamentales en que se apoya toda vida jurídica, el factor económico, cristalizó dos disposiciones, de necesidad hondamente sentida en la vida del crédito, en cuya virtud quedan, en parte, rotos los cauces hasta ahora firmemente fijados en el Código Civil. Tales el R. D. de 22 de Septiembre de 1917 y, más recientemente, la Ley de 5 de Diciembre de 1941 (7), por los que se produce un claro entronque entre el depósito como situación jurídica y los casos especiales de prenda o, más bien, hipoteca mobiliaria, en los que el desplazamiento posesorio se suprime por virtud de necesidades económicas y sociales que el Derecho no puede desconocer, determinando una modificación en el mecanismo constitutivo y en el contenido de la situación jurídica de depósito en los casos previstos en la Ley.

Con esto se crea la figura del depósito de cosa propia, en el que no hay desplazamiento, en el que el depositario «no recibe» la cosa—que ya está en su poder—, ni le es «ajena»—porque es el propietario—, ni debe «restituirla», porque no deja de pertenecerle como propia, sin otras limitaciones que las que afectan a la titularidad de disposición y obligación de guarda, durante la vigencia de la situación jurídica de depósito, y cuya lógica finalidad no puede ser otra que la de tener pronta la cosa depositada a disposición del acreedor, para el caso de que la deuda que garantiza no sea satisfecha de un modo normal.

En efecto, el R. D. de 22 de Septiembre de 1917, sobre prenda agrícola sin desplazamiento, dice textualmente: «al conservar el deudor la prenda en su poder adquirirá el carácter de depositario de ella y las responsabilidades inherentes a tal condición legal...»; y el artículo 1.867-bis del Código (agregado por Ley de 5 de Diciembre de 1941) que «al conservar el deudor la prenda en su poder adquirirá el carácter y las responsabilidades del depositario», con lo que se crea la figura de depósito que nos ocupa, en la que se dan los caracteres enumerados antes, destruyendo la concepción tradicional.

El Derecho Romano no reguló esta figura anormal del depósito, pero tampoco la prohibió, como parece desprenderse de la glosa de GOTHOFREDO (*) al correspondiente título del Digesto: «Qui rem suam (8) depositi

(7) Art. 1.º, párrafo 3.º del R. D. de 22 de septiembre de 1917 y art. 1.867 bis de la Ley de 5 de diciembre de 1941.



apud se patitur (9), vel utendam rogat, nec depositi (10), nec commodati actione tenetur, sicuti qui rem suam conducit, aut precario rogat, nec precario tenetur, nec ex locato» (Dig. Lib. XVI, Tít. III-15).

Si atendemos al significado de la voz «patitur» (del verbo «patior, eris, passus sum, pati») —padecer, sufrir y, también, tolerar, consentir—, me inclino por «consentir», en vista de la propia glosa de GOTHOFREDO, ante la cual lo que se consiente es la constitución de un depósito por que el depositario ignora que es suya la cosa depositada; en cuyo caso el texto justiniano afirma que el que consiente que se deposite en él su propia cosa, o la pide para usarla (aquí GOTHOFREDO agrega: p. ej., ignorándolo), no se obliga ni por la acción de depósito ni por la de comodato. Es decir, que el que sufre—supongamos—la pérdida de una cosa suya que acepta en depósito—ignorando que es suya—no queda sujeto por la acción de depósito, y esto es lógico. En este sentido es cierto que «el depósito de su cosa no es tal depósito, ni se trata en ese caso de depósito», porque es suya, y que el que se halla en estas circunstancias «no puede tener su cosa por título de depósito», porque la tiene por título de dominio, como estimó GOTHOFREDO. Pero esto no hace referencia a que deponente y depositario *quieran*, precisamente, que el último custodie su propia cosa.

Aunque desde otro punto de vista, coincide IHERING en esta interpretación, con referencia a la regla «Neque pignus, neque depositum, neque precarium, neque emptio, neque locatio rei suae consistere potest» (Dig. L. 45, pr. de Reg. Jur., L. 50, Tít. XVII), cuyo sentido es que debía ser permitido al verdadero propietario que en la «ignorancia de su derecho» había concluido uno de esos contratos, invocar su propiedad y, por consiguiente, rechazar la acción de restitución de la cosa o el pago del precio de la venta o del arriendo. En su forma estricta, y como invocación de su genuina propiedad, esta defensa era imposible, porque no se podía suscitar una cuestión de propiedad en un proceso en el que se trataba de una obligación o de la posesión. Para que lo fuese, se necesitaba darla la forma de una demanda contra el fundamento de la acción, diciendo: La venta, el depósito, el arrendamiento..., etc., es nulo porque concierne a mi propia cosa. De esta manera no se trataba de la propiedad ni en la acción ni en el juicio y el principio de la unidad de la acción quedaba incólume (11).

(*) Dice así la glosa de GOTHOFREDO:

(8) «Depositum suae rei non consistit; neque eo casu depositi agitur».

(9) «Ignorans se». «Alias rei suae nemo depositarius et ordinatio s. c. & proprie».

(10) «suam rem ex depositi, commodat conducti, precariiue causa nemo habere potest» («Corpus juris civilis Romani in quo Institutiones, Digesta ad Codicem florentinum cum emendata Codex item et Novellae... Cum notis integris Dionysii Gothofredi...», etc. Lipsiae, 1740).

(11) IHERING: «El espíritu del Derecho Romano», t. IV, p. 71, traducción Príncipe y Satorres.



En suma, el depósito de cosa propia, creado por disposición de la Ley, no tiene en su sentido actual verdaderos precedentes, afirmativa o negativamente, por no haberse planteado el hecho, y esto es explicable si se tiene en cuenta que, como observó SUMMER MAINE (12), en las sociedades progresivas la necesidad social y la opinión pública van siempre delante del Derecho y que la legislación es uno de los medios de disminuir esta distancia. Quizás la necesidad social de evitar el antieconómico desplazamiento posesorio de las cosas muebles dadas en garantía, por el cual han clamado los autores en nuestro tiempo (13), no fué lo suficientemente sentida (14) para que el legislador abordara el problema de crear una figura jurídica por medio «indirecto»—podemos decir utilizando la reciente terminología de RUBINO (15)—sin encaje en los moldes tradicionales.

Tal aserto de que el legislador pretende obtener con esas disposiciones citadas, mediante el negocio de depósito, el efecto jurídico indirecto de dotar de eficacia a la garantía real mobiliaria sin desplazamiento, y que para ello no quiere que deje de ser depósito la figura creada, lo prueba el sentir de nuestra Jurisprudencia, en este punto explícita: «Los artículos 1.758 del Código Civil y 305 del de Comercio no pueden entenderse

(12) SUMMER MAINE: «Derecho antiguo» (traducción G. Azcárate). Madrid, 1893.

(13) Véase el libro de RAMOS «Prenda agrícola». Madrid, 1910.

(14) Sin embargo, obsérvese que en su origen no aparecen claramente delimitadas las dos formas de garantía real (prenda e hipoteca) como en el Derecho Moderno. Recordamos aquí la afirmación de MARCIANO: «Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt». (D. L. XX, T. I, L. 5.ª, p. 1.º) y en un principio tras la rudimentaria forma de la «fiducia», con el nombre de «Pignus»—de «pango» o «pago» (según WINDSCHEIM, «Diritto delle Pandette», trad. Fadda y Bensa, p. 803, p. 224, nota. Torino, 1925)—se designaba genéricamente una cosa cuyo destino era asegurar a un acreedor el cumplimiento de su crédito, atribuyéndole el «jus distrahendi» para cobrarse. Este era el efecto normal del «Pignus». El transmitir la posesión de una manera inmediata no era esencial, sino tan sólo compatible con él (lo señala WINDSCHEIM, ob. cit., pág. 804, nota 3) y lo confirmamos en el siguiente pasaje de ULPIANO: «Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditur est» (Dig. L. XIII, Tit. VII, I pr.).

Como la transmisión inmediata de la posesión no era esencial, es lógico que la entrega se realizara, solamente, mientras no existiera una fórmula que, prestando la necesaria garantía al acreedor, pudiera sustituirla con ventaja, puesto que ya no resultaba el deudor privado de la posesión de su cosa. Y fué la acción Serviana y, más tarde, la «cuasi Serviana» o hipotecaria («Actio cuasi serviana, pignoratitia in rem» o «hypothecaria», denominaciones que, según JÖNS-KUNKEL, no son probablemente de origen clásico—Derecho Romano, trad. Prieto Castro, pág. 226, nota—), concedida a favor de todos los acreedores, la que, viniendo a dar esta seguridad, estableció de hecho verdadera diferencia entre la prenda y la hipoteca, puesto que, mientras la posesión seguía transmitiéndose cuando se trataba de bienes muebles dados en garantía, empezó a considerarse innecesario cuando se trataba de inmuebles; y aunque la hipoteca era filial del pignus, ya la Instituta plasma la diferencia («Inter pignus autem hypothecam quantum ad actionem hypothecariam nihil dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit; ut eam, quae sine traditione nuda conventione tenetur, proprie hypothecae appellatione continere dicimus». Ins. L. IV, T. VI, p. 7.º).

Esta diferenciación progresiva entre la garantía hipotecaria y la pignoratitia muestra ya una espontánea renuncia al desplazamiento cuando la naturaleza de los bienes permitía asegurar al acreedor debidamente; espontánea renuncia que no podía tener otra causa que el reconocimiento o, más bien, la percepción de lo antieconómico del tránsito de los bienes dados en garantía.

(15) DOMENICO RUBINO: «Il negozio giuridico indiretto». Milano, Giuffrè, 1937, p. 17.

tan en absoluto que no admitan la existencia del contrato de depósito sin que medie la entrega de la cosa depositada, como sucede, por ejemplo, en el secuestro o embargo de bienes, cuando se dejan éstos en poder de su dueño, y como lo demuestra, además, lo establecido sobre crédito mobiliario agrícola, que autoriza al deudor para conservar en su poder, como *depósito*, no sólo las máquinas, aperos de labranza y ganados, sino hasta el arbolado y los frutos pendientes de recolección, lo cual viene a demostrar que el depósito puede existir sin la tradición material de la cosa en que consiste» (S. T. S. de 29 de Diciembre de 1927, confirmada por la de 26 de Noviembre de 1941), sin contar con que, anteriormente, la misma Jurisprudencia había declarado que «no es necesaria—a pesar de lo dicho en el artículo 1.758 del Código Civil—la tradición material de la cosa para el perfeccionamiento del contrato de depósito» (Sentencia de 21 de Mayo de 1896).

Así, pues, puede hablarse en nuestro Derecho de un depósito de cosa propia en el que no hay entrega ni restitución.

3.—Antes de seguir adelante, justificaremos el subtítulo que hemos escogido para este trabajo (16). Con ello no hacemos sino recoger el criterio de nuestro Código Civil, también de abolengo tradicional, que pretende definir el depósito en general antes de entrar en la regulación de sus especies, atendiendo al origen de su constitución; el artículo 1.758 del Código Civil así lo hace, pensando sin duda encajar en su definición tanto el depósito que tiene su origen en un contrato como el secuestro, intercalando la categoría del llamado depósito «necesario», que tiene lugar cuando se hace en cumplimiento de una obligación legal o con ocasión de alguna calamidad o circunstancia imperiosa (art. 1.781 Cód. Civ.).

Es decir, que en la rúbrica «Del depósito» quedan comprendidos tanto el contrato de depósito como el secuestro judicial y el llamado «necesario». Pero esta distinción no siempre se ha valorado exactamente en lo que se refiere al secuestro judicial.

No es propósito entrar en la naturaleza jurídica del secuestro, puesto que siendo lo más importante de la cuestión determinar la función del Juez en el mecanismo de su constitución, entendemos que entra de lleno en la teoría general del proceso, pero nos parece claro que no es lo mismo el «contrato» de depósito que el depósito considerado como situación jurídica específica a la que puede llegarse por caminos diversos, puesto que puede ser consecuencia de un contrato o simplemente de un «acto» (empleando la terminología del Código francés). Entendido el depósito en esta última consideración, no podemos encuadrarlo en la teoría del contrato.

(16) «Notas para un concepto genérico del depósito».



Un autor, sin embargo (17), ha entendido que el depósito es, siempre, un contrato, en todas sus especies, aun en el caso de tratarse del secuestro judicial, pues, a su juicio, el Juez sufre o presume la voluntad de uno de los litigantes. Es recogida por GARRIGUES (18) esta opinión, y aún cita en su apoyo el artículo 1.180 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se habla de «aceptación» por parte del depositario-administrador.

Entendemos que este criterio no puede aceptarse sin reservas, pues, en su contra, puede observarse que es difícil adivinar en el secuestro una voluntad del deponente «presumida» por el Juez que, en la mayoría de los casos, está muy lejos de existir; de lo contrario no habría intervención judicial, porque no sería necesaria. El Juez obra en este caso como un titular por razón de «oficio» (19), y no representando, ni presumiendo o supliendo, la voluntad del propietario.

Misión esencial del proceso, según la moderna doctrina procesal, es hacer que el mandato de la Ley no deje de cumplirse en el caso concreto en que se produce la transgresión; más interesa al proceso que la Ley se cumpla, que el Ordenamiento no falle, que dejar satisfecho el interés privado de los litigantes (20). Por otra parte, el propietario no es libre de elegir la persona del depositario, ni puede, *cuando quiera*, recuperar la posesión de su cosa; a mi parecer, no puede verse en la función del Juez más que una actuación para que la fuerza coactiva del Estado garantice al acreedor el cumplimiento de las obligaciones contraídas al amparo de la Ley, cooperando de esta manera a la efectividad de la norma: es un caso de «ejecución cautelar» (21) que la ley ordena y se hace realidad por decisión del Juez.

En cuanto a la aceptación que menciona el artículo 1.180 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, vemos solamente la que siempre se produce dentro del oficio judicial como manifestación del deseo de no oponerse a las resoluciones y no una voluntad contractual en sentido verdadero y propio. Recordamos aquí el comentario de HEINECIO, que, tras enumerar los contratos reales (*mutuum*, *commodatum*, *depositum* y *pignus*), se pregunta si se debe añadir un quinto contrato real: el secuestro; concluyendo debe negarse, porque esto «no merece ni el nombre de contrato» (*quia hoc ne contractus quidem nomen meretur*), ya que no se hace consin-

(17) SÁNCHEZ ROMÁN: «Estudios de Derecho Civil», t. IV, p. 873. Madrid, 1890.

(18) GARRIGUES: «Depósito irregular en Derecho Mercantil», «Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario», vol. 1932.

(19) Encontramos esta terminología en FERRARA, «Trattato di Diritto Civile italiano», vol. I, pág. 443.

(20) Véase, en este sentido, MARTÍNEZ BERNAL, «La misión del proceso en el sistema del Derecho», publicado en «Anales de la Universidad de Murcia», trimestre Enero-Febrero-Marzo de 1943.

(21) Esta denominación la encontramos en un reciente libro de CARNELUTTI, «Instituciones del nuevo proceso civil italiano», trad. Guasp, Barcelona, 1943.



tiéndolo las partes, sino que surge sin la voluntad de los litigantes (22).

Hay, por tanto, en el secuestro, una modalidad del depósito que no es de origen contractual, porque la relación jurídica nacida no es idéntica a la establecida entre partes situadas en un plano de igualdad: El Juez «ordena» el secuestro; las partes, con capacidad jurídica suficiente, «convienen».

4.—Veamos cuál es la posición de los códigos afines en este punto de la previa definición genérica del depósito.

El Código francés contiene el precepto del artículo 1.921 (23), indicando el consentimiento necesario de las partes para oponer, al depósito que tiene su origen en un contrato, el secuestro. Al mismo fin está dirigido también el párrafo primero del art. 1.763 del nuestro, cuando dice que «depósito voluntario es aquel en que se hace la entrega por voluntad del depositante», lo que indica que el legislador ha querido expresar que el depósito voluntario implica la libertad absoluta en el depositante para hacer cuando quiera el depósito y constituirlo en poder de quien mejor le parezca (24), y esto no ocurre en todas las modalidades.

Como en la mente del legislador estaba latente la idea del depósito como situación jurídica procedente de causas diversas, hubieron de meditar la terminología integrante de una fórmula legal definidora del depósito, a fin de hacerla adaptable, bajo un epígrafe general, a todas sus modalidades. Y así el Código francés afirma que el depósito, en general, es un «acto» (25). LAURENT se pregunta el porqué de esta afirmación, y concluye que el Código francés prevee varias especies de depósito (26); en el mismo sentido se manifiestan otros muchos autores franceses (27).

(22) HEINECII, Jo. Gottlieb: «Elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum...», Venetii, 1797; lib. III, tit. IV, pág. 791 (Depositum), en «Quibus modis re contrahitur obligatio»: «Sed annon quintus quoque addendus est contractus realis nempe sequestrum? Id merito negatur, quia hoc ne contractus nomen meretur, quippe quod non sit consentiente utraque parte, sed plerumque invitis litigantibus sibique jus possidendi vindicantibus».

Puede verse, además, la diferencia entre depósito-contrato y depósito judicial, ya puesta de relieve por DOMAT (vid. más adelante); la crítica que hace GUILLOUARD («De pret, du dépôt et du sequestre») de la definición que, del depósito en general, dan AUBRY et RAU; PLANIOL-RIPERT, refiriéndose al secuestro judicial, dicen «que no está decidido por las partes, sino impuesto a ellas por los Tribunales»; COLIN y CAPITANT («Curso elemental...») tampoco ven entre el depósito y el secuestro «similitud completa» y, por su parte, GASTÁN (Derecho Civil-Notarías) entiende ser una ficción demasiado violenta dar carácter contractual a todas las variedades del depósito.

(23) «El depósito voluntario se forma por el consentimiento recíproco de la persona que da el depósito y de la que lo recibe».

(24) MANRESA: «Comentarios al Código Civil español», art. 1.763; pág. 577.

(25) Art. 1.915.

(26) LAURENT: «Principes de Droit Civil français», t. XXVII. París, 1875.

(27) Entre ellos BAUDRY-LACANTINERIE («Precis de Droit Civil», vol. II, núm. 1.386) entiende que el Código quiere comprender en su definición una de las especies del depósito que es más bien un acto judicial que un contrato. Asimismo GUILLOUARD, ob. cit., pág. 285, núm. 5, y FUZIER-HERMAN-ALCIDE DARRAS, «Code Civil annoté», art. 1.915, p. 568, nota.

En esto el Code, aceptando la definición dada por DOMAT (28), se aparta de la definición de POTHIER (29), que lo estima contrato.

Por su parte, el Código italiano acoge y reproduce la terminología legal francesa (30), también más apropiada que la que del instituto daba POTHIER (31), al decir de STOLFI (32).

Nuestro Código prefiere, obrando con toda cautela, evitar una terminología que pudiera no ser exacta, y adopta una fórmula ambigüosa al afirmar que se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y restituirla (33), pasando inmediatamente a regular la entidad cuando tiene un origen contractual, en el artículo 1.760, bajo el epígrafe que reza «De la naturaleza y esencia del contrato de depósito».

Otros ordenamientos (34) eluden esta sistemática y, directamente, se ocupan del depósito-contrato, sin definirlo previamente de un modo genérico adaptable a sus variaciones, al parecer estimando, con razón, que el secuestro judicial no debía incluirse en el Libro de los contratos.

En resumen, el depósito queda definido en nuestro Código, como en el francés y en el italiano, considerándolo como una situación jurídica (35) en que una persona se encuentra respecto a determinados bienes que debe custodiar y restituir, cuya situación viene determinada por relaciones de diversa índole (contrato o acto) y «motivada» (36) en la confianza que una de las partes, el depositante, tiene en la otra. Esta situación jurídica engendra, para el depositario, la tenencia de una cosa cuya posesión jurídica no le corresponde, durante la vigencia del depósito, por ningún otro título.

(28) «Las leyes civiles...», «Del depósito y secuestro» (Introducción). Trad. Villarrubias. Barcelona, 1844; t. I.

(29) POTHIER: «Traité du contrat de depot», Chp. I, article II, Oeuvres. París, 1835.

(30) Art. 1.835.

(31) POTHIER, ob. cit., distingue entre el depósito simple y el secuestro; en el primero incluye, como especies particulares, el «necesario», de «hostelería» y el irregular.

(32) STOLFI: «Diritto Civile», vol. V (Contratti). Torino, 1931.

(33) Art. 1.758.

(34) Por ejemplo, el Código de las Obligaciones de Suiza, tít. XIX, art. 472; el Código alemán de 1896, art. 688; el Código italiano de 1942, art. 1.766-Nozione; el Código del Perú, art. 1.845; el de Portugal, art. 1.431; el de China de 1930, art. 589. JENES tampoco se ocupa del depósito en general, «Digeste...», t. I, p. 139; París, 1923. El Código argentino (art. 2.182) y el de Colombia (art. 2.236) pretenden, al parecer (porque el de Colombia repite nuevamente la definición en el artículo 2.240) sin conseguirlo, definir el depósito de un modo general, pero sólo comprende tal definición el depósito-contrato. El de Bolivia emplea la palabra «acto», a semejanza del Código francés. Por su parte, el Código sueco de 1734 (cap. XII-I) se limita, sin definirlo, a declarar la forma en que debe hacerse la entrega: ante testigos o mediante título. El Código soviético no regula ni define expresamente el depósito: Se ocupa de los certificados de depósito, equivalentes a los «warrants». (Vid. ELIANOVICH-NOLDE-TAGER, «Droit Civil et Commercial des soviets», t. II; París, 1930).

(35) Como dice FERRARA, el contrato es un acuerdo de voluntades de dos o más personas para constituir una relación o «situación jurídica». (Vid. «Teoria dei contratti»; Napoli, 1940).

(36) Según RUCIGERO, los «motivos» son las causas impulsivas, individuales y subjetivas. (Vid. «Instituciones de Derecho Civil», t. I, trad. española).



En cierto modo puede afirmarse que el depósito excluye cualquier otro título de posesión que el depositario pudiera ostentar si el depósito no existiera.

Nos encontramos, por tanto, con la definición que, en términos generales, establece el artículo 1.758 para el depósito, a la que se llega, bien por la vía contractual (depósito voluntario), bien mediante el secuestro, pero en todo caso la situación jurídica creada se perfecciona de una manera real («desde que uno recibe la cosa ajena») por la entrega voluntaria (depósito propiamente dicho, contrato de depósito), por disposición judicial (secuestro) o en cumplimiento de una obligación legal o circunstancia imperiosa (necesario).

5.—Ahora bien, a esta situación de depósito se llega hoy, según vimos más arriba, sin «entrega» ni obligación de restituir y, aunque subsiste la obligación fundamental de la guarda por el depositario, queda forzada, en consecuencia, la construcción tradicional.

Esta deformación que la Ley impone no es meramente caprichosa, sino que viene determinada por la necesidad de dar vida al derecho real de garantía sobre bienes muebles de rendimiento económico indispensable, sin recurrir al antieconómico desplazamiento del objeto, propio de la prenda normal.

La justificación del título de esta Memoria obliga a hacer referencia, aunque sea muy breve, a esta cuestión de la garantía real mobiliaria sin desplazamiento y su entronque con el depósito.

Por la doctrina alemana ya se han tenido en cuenta los conceptos económicos del valor de uso y de cambio de los bienes para fundar un sistema del derecho real (así, por ejemplo, ENDEMANN, KOHLER, ENNECCERUS (37); en efecto, cada una de estas modalidades (uso y cambio) suponen por parte del titular una actuación de distinto género que naturalmente engendra, dentro del apartado general del Derecho de cosas, dos disciplinas del obrar, dos categorías específicas: Los «derechos reales de aprovechamiento» y los «derechos reales de garantía», si bien la segunda no tiene verdadera existencia autónoma, porque, como advierte COVELLO, presuponen la existencia de otro derecho que tienden a asegurar (38): Un

(37) ENDEMANN: «Lherbuch der Bürgerlichen Recht», t. 2.º; Berlín, 1905 («Pfandrechten»), afirma que el valor en uso de las cosas se percibe a través de la propiedad y demás derechos reales de aprovechamiento, y el valor de cambio por medio de la prenda y demás derechos reales de garantía. También KOHLER distingue entre «derechos de substancia» (de posesión y aprovechamiento) y «sobre el valor» (Substanzrecht und Wertrecht, en Arch. Für die Civilistische Praxis, t. 91, pág. 155). Por su parte, ENNECCERUS, «Tratado...» (trad. Pérez-Alguer), t. III, página 8, habla de «derechos de disfrute» y de «realización del valor».

(38) COVELLO, «Lipoteche», Napoli, 1928; también MONTEL, «Sull'accessorietà del pegno», en Temi-Emil, 1938, II, 89 y sigts. (cit. por RUCCIERO-MAROI, «Istituzioni di Diritto Privato», cap. XX, p. 89, pág. 425, nota. Roma, 1940).

derecho de crédito, que viene a ser como una «conditio juris» de su existencia, salvo alguna excepción (39).

Esta característica del derecho real de garantía le impone una posición de accesoriedad que puede concebirse desde dos puntos de vista diferentes: Accesoriedad en cuanto requieren la preexistencia de un derecho de crédito cuyo resultado económico, derivado de su cumplimiento, garantizan; en segundo lugar, accesoriedad en cuanto a su situación en el sistema jurídico general: La garantía primaria del cumplimiento del crédito hay que buscarla en la Ley, que es la que, en definitiva, atribuye la facultad de exigir su cumplimiento; ahora bien, este cumplimiento puede obtenerlo el titular del crédito por un medio normal y voluntario o utilizando una de las facultades que la Ley pone en su mano para promover la actuación del aparato jurídico, que cumple una doble misión, puesto que si actúa en beneficio del interés general, que no puede permitir que falle la voluntad de la Ley en el caso concreto en que, por negarse al cumplimiento, la trasgresión se produce, satisface también el interés privado del acreedor, que obtiene el cumplimiento de su crédito mediante la actuación coactiva del Estado.

A la garantía real no le resta otra función que la de constituir un refuerzo de carácter privado de aquella sanción legal.

La posición de esta función de aseguramiento, que corresponde a la garantía real, ha sido ya sistematizada por GORLA (40): El deber, a cuyo cumplimiento se ve el deudor constreñido, es ante todo un deber social que puede quedar garantizado de dos modos: Uno primario, en cuanto la Ley hace jurídico el deber social proveyéndolo de una sanción (41), y otro secundario, porque siendo la sanción la garantía primaria de la obligación, mediante la tutela del derecho subjetivo del titular del crédito, se concede que el acreedor pueda reforzar la garantía primaria de la sanción mediante una garantía secundaria que asegure más el cumplimiento; con lo cual el concepto de garantía real presupone una sanción del tipo a que pertenece la garantía con la que el acreedor intenta, simplemente, reforzar.

(39) Me refiero a la llamada «deuda territorial» (Grundschild), que establece el art. 1.191 del Código Civil alemán, en el que la Ley rompe todo lazo de dependencia entre el derecho real y la relación personal, imprimiendo al primero un carácter puramente abstracto. De esta forma, si el acreedor traspasa este derecho y el adquirente tiene noticia de haberse saldado el crédito a que responde, el derecho real transmitido no sufre por ello alteración y el propietario, que por esta causa se ve obligado a pagar dos veces, tiene el camino abierto para reclamar del primitivo acreedor la indemnización de lo abonado, acogiéndose al contrato que con él celebró o a las normas sobre enriquecimiento injusto o actos ilícitos. (Vid. NUSSBAUM, «Tratado de Derecho Hipotecario alemán», trad. W. Roces, pág. 63; Madrid, 1929).

(40) GORLA: «La garanzie reali dell'obbligazione», Milano, Giuffrè, 1935.

(41) Sanción y coacción coinciden en cuanto se dirigen a un mismo sujeto pasivo. Distingue tres especies de sanción en general: ejecución, pena y medida coercitiva, también coincidentes en que no se actúan más que en el caso de que no haya un cumplimiento espontáneo del deber como manda la Ley (GORLA, ob.cit.).



Puesta ya de relieve esta doble posición de accesoriadad, veamos cuáles son sus aspectos fundamentales.

Dos formas adopta el derecho real de garantía, según recaiga sobre bienes inmuebles (hipoteca) o sobre muebles (prenda), pero en ningún caso atribuye a su titular derecho a percibir ninguna utilidad inmediata de los bienes a quienes afecta; concretamente en la prenda, sólo deja sin efecto, mientras subsiste, el poder de disposición (42)—que normalmente es facultad connatural del dominio—para adquirir realidad luego, nuevamente en manos del propietario o, en caso de incumplimiento del crédito que garantiza, en manos de su titular, que podrá entonces hacer efectivo el valor en cambio de la cosa para cobrarse su crédito.

Es evidente, por tanto, que ambas categorías del Derecho de cosas atribuyen a su titular la percepción de la utilidad que la cosa encierra: Utilidad de aprovechamiento o utilidad de cambio, aunque esta última, que se concreta en el derecho a promover la venta, o mejor, como señala GORLA (43), a hacer «liquidar», sobre la que recaen los derechos reales de garantía, no es atribuida al titular inmediatamente del contrato que los engendra, sino para el caso de que el crédito que garantizan quede incumplido.

Conocida es la transcendencia de la división de los bienes en «muebles» e «inmuebles», y el diverso trato jurídico de cada una de las agrupaciones (44), y por eso no haremos a ella detallada referencia. Basta señalar aquí que esta consideración vino a ser, lógicamente, la causa de que se determinara una más rigurosa disciplina cuando se tratara de garantía real sobre cosas muebles, ya que por su naturaleza se hace difícil sustraer los bienes afectados, quedando, en consecuencia, burlada la confianza del acreedor. Así surge el derecho real de prenda caracterizado tradicionalmente por el desplazamiento de la posición de la cosa pignorada al acreedor, que sólo así ve asegurado su crédito de manera efectiva.

Ya vimos antes (vid. nota pág. 399) cómo se delimitó históricamente la garantía hipotecaria de la pignoraticia, fundada precisamente en la diferente naturaleza de los bienes que hace que se conserve, hasta nuestros

(42) No así en la hipoteca, porque la organización del sistema registral permite que acompañe a la finca sobre que recae en todas sus transmisiones. Por eso no afecta a la facultad de disposición.

(43) GORLA, ob. cit., pág. 8.

(44) La base de la división es la naturaleza de los bienes, que permita o no su desplazamiento sin sufrir deterioro. Pero la necesidad ha determinado la adopción de criterios simplemente legales para la inclusión de los bienes en una u otra categoría, modificando, así, a efectos jurídicos, su naturaleza. Así se habla por los autores de bienes muebles por su «naturaleza», «incorporación», «analogía», etc. (Véase art. 334 del Cód. Civ.). La diferenciación es relativamente moderna y procede de la última época del Derecho Romano (V. Cod. L. VII, Tit. XXXI, «De usucapione transformanda et de sublata differentia...»).

días, el desplazamiento de la posesión como mecanismo fundamental del derecho real de prenda.

Pero el derecho real de garantía sobre muebles plantea un problema que apunta en dos direcciones: Del acreedor frente al deudor y de éste frente a los posibles terceros de buena fe adquirentes de la cosa afectada por la garantía; en suma, un problema de publicidad, un problema de «seguridad» jurídica, de «certidumbre», sin la cual no es posible crear verdadera actividad de cambio, con el consiguiente perjuicio económico.

Los bienes inmuebles, como tales, no permiten su ocultación material, y, sobre esta base, por medio del sistema de publicidad registral, que crea una expresión gráfica de los derechos sobre ellos establecidos (la finca), se consigue que cualquiera conozca, no sólo la situación «física» de la cosa, puesto que es inamovible por naturaleza, sino su situación «jurídica» y, teóricamente al menos, el fraude de acreedores y terceros se limita al mínimo, sobre todo siendo constitutiva en el derecho real de hipoteca la inscripción registral. Es posible que la situación jurídica que el Registro plasma públicamente no coincida con la situación jurídica «real», pero, en este caso, la seguridad de la vida del crédito ha exigido que la situación que se deriva del Registro sea preponderante sobre la otra situación verdadera, pero oculta, que no se ha hecho pública porque no ha tenido transcendencia al Registro; y la situación que de él resulta, aunque sea más o menos real, se considera auténtica y crea el suficiente estado de certidumbre necesario para la transacción crediticia.

Pero los bienes muebles no permiten la instauración de una solución tan radical: Las transacciones sobre ellos adquieren, por su propia naturaleza, una mayor movilidad y rapidez, lo que unido a la dificultad de identificación en muchos casos, impide que se las sujete a una publicidad formalista y complicada, sin que, como por algunos se ha afirmado (COVIELLO, DERNBURG) (45), pueda estimarse que las cosas muebles, debido a su poco valor, no merecen la pena de organizar para ellas un servicio de publicidad, pues la realidad demuestra que son muchos los bienes muebles que tienen un gran valor económico o social, que no ha sido perdido de vista y que ha hecho crear para ellas un régimen de publicidad (y de publicidad registral precisamente) a pesar de su condición de muebles; aunque estos registros tengan ostensiblemente una finalidad fiscal, se han realizado porque las características de los bienes permitían una adaptación relativamente fácil a un sistema de esta naturaleza (buques, automóviles, aeronaves, etc.) (46), merced, sobre todo, a que son suscep-

(45) COVIELLO, «Trascrizione», núm. 4; DERNBURG, «Das burg. Reichs». T. II, p. 9 (citados por FERRARA, «L'Ipoteca mobiliaria»; Roma, 1932; p. 69; nota).

(46) En España el Registro de aeronaves es llevado actualmente por la Dirección General de Aviación Civil del Ministerio del Aire, siendo obligatoria la inscripción. No es válida la tras-



tibles de identificación, y toda publicidad lleva consigo, necesariamente, la especialidad.

Sin embargo, no todas las cosas muebles son fácilmente identificables y son objeto del Derecho, y como éste necesita de una exterior manifestación de su existencia, se acude a la «publicidad en bruto e inorgánica, en su forma elemental y natural, como la vida nos la presenta», a la posesión, en suma, como la describe SALEILLES (47). Pero aparte de los problemas de otro orden (48) que se derivan de este rudimentario medio de publicidad, llevado hasta el límite en el principio formulado ya por el Derecho medioeval alemán, «Hand Wahre Hand» (49), y por BOURJON (50) respecto del derecho francés, que recoge el código napoleónico —«en fait de meubles, la possession vaut titre» (51)—y reproduce el nuestro (52), ciñéndonos tan sólo al problema del derecho real de garantía en las dos direcciones que apuntábamos antes (acreedor frente al deudor y de éste frente a los terceros de buena fe) se derivan importantes consecuencias.

Si una persona presta dinero a otra, aceptando como garantía del cumplimiento de su crédito un objeto mueble, al acreedor, que no puede percibir ninguna utilidad de la cosa dada en garantía, sólo le interesa que «exista» y se «conserva» en condiciones de poder cobrarse en ella, llegado el caso de que el deudor-propietario no pague. Pero el deudor puede sustituirla por otra o, simplemente, transmitirla o no cuidar de ella permitiendo su deterioro, y el acreedor resultaría burlado: El medio más simple de impedir el ejercicio de la facultad de disposición del deudor es ponerlo bajo la inmediata vigilancia del acreedor.

No es, en sentido propio, verdadera función de publicidad la que se logra con esta posesión—o más bien «sujeción»—(puesto que no

lación de propiedad sin la inscripción en el Registro. (Véase TAPIA SALINAS, «Manual de Derecho aeronáutico»; Barcelona, 1944; págs. 57 y 58).

(47) SALEILLES: «La posesión de bienes muebles». Madrid, 1927; trad. «Rev. de Der. Priv.»; anolado por J. Castán

(48) Ver acerca de esto ALAS, «La publicidad y los bienes muebles», Madrid, 1920, cap. III, IV y V; también SALEILLES, ob. cit.

(49) Consecuencia de aquel otro «Wo man seinen Glauben gelassen hat, da soll man ihn suchen». Explica DUST el verdadero sentido de ambos preceptos de la siguiente forma: El que voluntariamente entrega la cosa mueble a otro sin transmitirle la propiedad, tiene derecho únicamente a repetirla de este último en quien ha puesto su confianza, pero no de un tercero de buena fe al cual el que recibió, faltando a la confianza en él puesta, la haya enajenado («Instituzioni di Diritto Civile», vol. I, p. 229, nota 6; Torino, 1929). Más tarde, bajo la inspiración de los principios romanos en materia de usucapción, la protección del tercer adquirente quedó reducida a que obrara de buena fe, viniendo a convertirse el principio que tiene su fundamento en la fuerza de publicidad de la «gewere», en una resultante del Derecho Germánico y el Romano (Vid. REGELSBERGER, «Der sogenannte Rechtserwerb vom Nichtberechtigten», Iher. Jahrb., 47, 1904. Cit. por ENNECCERUS, ob. cit.).

(50) BOURJON: «Traité du droit commun de la France», 1778, t. II, lib. III, tit. XXII, cap. V.

(51) Art. 2.279.

(52) Art. 464.



tiene el acreedor ningún control económico de la cosa), sino de garantía solamente, porque frente a terceros de buena fe, la tenencia de la cosa tanto puede significar que sobre ella recae un derecho real de garantía a favor del tenedor, como que éste ostenta un derecho de propiedad.

De aquí la otra dirección del problema; si el acreedor se hace pasar por propietario y enajena la cosa, siendo ésta de identificación difícil, como puede ocurrir con frecuencia, y no teniendo medio el tercer adquirente de averiguar si el que le transmite la cosa es el legítimo propietario, la cuestión surge a la inversa: ¿Cómo acreditar que la cosa que el acreedor posea lo era sólo en concepto de garantía y que carecía de título para la enajenación?

El tránsito posesorio no es, en consecuencia, medio de publicidad, sino a lo sumo un medio de garantía unilateral, puesto que tan sólo puede satisfacer los temores del acreedor a costa del deudor que queda descubierto. La publicidad es todo lo contrario, un modo de crear un estado de certidumbre que asegure por igual frente a la mala fe, con la ventaja de que los bienes afectados no quedan «sujetos», y, por otra parte, cualquiera puede, o debe, conocer la verdadera situación jurídica de lo que pretende adquirir.

Pero la dificultad estriba, precisamente, en organizar con eficacia tal sistema de publicidad mobiliaria, y aunque han sido ideados algunos sistemas (53), todos ellos adolecen de no ser de aplicación eficaz a toda clase de bienes muebles. Y aunque las consecuencias económicas y jurídicas que el desplazamiento de la posesión produce quedan fuera de las condiciones que debe reunir cualquier sistema de garantías para ser económico y justo, ya puestas de relieve por DERNBURG (54) (que la garantía ofrezca una seguridad inmovible para el acreedor, representando, al mismo tiempo, la carga más breve y limitada posible para el deudor), el hecho es que la regulación de la garantía real mobiliaria que el Código establece prescribe—siguiendo el criterio tradicional—que se ponga la cosa en poder del acreedor, con carácter constitutivo (55), quien, por otra parte, no podrá usarla (56); y es lógico que se pensara en establecer un sistema más científico y práctico de garantía sobre muebles, si no con carácter general, al menos restringido para determinados bienes (aperos de labranza, maquinaria agrícola, etc.), cuyo no uso lesiona, directa o indirectamente, el interés general.

(53) Por ejemplo, de las marcas y señales que puestas sobre algunos objetos acreditan quién es el propietario y la prohibición de enajenar. Pero de todos es conocida su falta de aptitud para una aplicación general.

(54) Pandectas 2 y 3 (Cit. por M. Royo, «La hipoteca sobre bienes muebles»; Sevilla, 1933). Vid. en Royo ob. cit. resumen sobre las consecuencias del desplazamiento posesorio.

(55) Art. 1.863, Cód. Civ.

(56) Art. 1.870, id.

6.—Las dificultades para organizar un sistema eficaz de publicidad constituyen la causa de la figura de depósito que nos ocupa. Ni el R. D. sobre prenda agrícola sin desplazamiento, ni la reciente Ley de 5 de Diciembre de 1941, pudieron superarlas; y aunque se habla en tales disposiciones de un libro de «hipoteca mobiliaria» que se llevará en los Registros de la Propiedad, el hecho es que ni hay preceptos reglamentarios ni prácticamente se conoce con certeza la manera de llevar tales libros, de absoluta inoperancia, debida, como dice SANZ FERNÁNDEZ (57), en parte, a la imposibilidad de desarrollar la publicidad de todos los bienes muebles en un Registro único; en parte, a la indeterminación práctica del lugar de la inscripción, que puede ser muy distinto del de la situación normal de los bienes, y, en parte también, a la falta de efectos frente a terceros de sus inscripciones, pues no evitan éstas que el adquirente de las cosas proceda de buena fe, efecto mínimo que se podía exigir al Registro; la eficacia de la inscripción del gravamen está limitada a reconocer al acreedor el derecho de preferencia que le atribuye el art. 1.863-bis.

Esto prueba que, efectivamente, la organización de un sistema de publicidad mobiliaria es una ambición no lograda prácticamente, y el legislador acude al único medio utilizable para llenar la doble misión de proteger a los acreedores asegurándoles hasta el límite posible sus créditos (58) y evitar el desplazamiento: atribuirle al deudor, que conserva la prenda en su poder, el carácter de depositario de la misma, con lo cual lo sujeta a las responsabilidades que nacen del depósito y suple, para el acreedor, las ventajas de un sistema de publicidad problemático.

SANZ FERNÁNDEZ (59), comentando esta Ley de 5 de Diciembre de 1941, califica este depósito de cosa propia de «ficción inútil», pues las responsabilidades del deudor derivan de la prenda misma y no del depósito, e «irreal», pues no hay tal depósito, como lo prueba el artículo 1.871-bis en sus dos últimos párrafos.

La afirmación no queda, sin embargo, suficientemente fundamentada, porque en la prenda ordinaria el deudor contrae una responsabilidad correspondiente al incumplimiento del débito, cuya efectividad garantiza, precisamente, la cosa dada en prenda, pero con respecto a ésta carece de toda otra responsabilidad, puesto que la cosa pasa a poder del acreedor. Por el contrario, al retener la cosa en su poder como depositario, según la Ley, hay que distinguir:

- a) Una responsabilidad, que podemos llamar principal, caso de in-

(57) SANZ FERNÁNDEZ: «La prenda sin desplazamiento» (conferencia), Rf. en «Rev. Gal. de Leg. y Juf.», mayo de 1944, pág. 542.

(58) Art. 1.870 bis.

(59) SANZ FERNÁNDEZ, ob. cit., pág. 543.

cumplimiento del débito, que debe hacerse efectivo, como en la prenda normal, mediante la enajenación de la cosa gravada, y

b) Que, como para evitar el desplazamiento de la cosa, ésta queda en poder del deudor (excepción con respecto a la prenda ordinaria), el acreedor no puede proveer por sí mismo a su guarda y conservación para, si fuera preciso, cobrarse de ella; por eso se crea otra obligación para el deudor prendario, en este caso, que no puede tener en la prenda normal: la de guardar y conservar la cosa para que pueda el acreedor cobrarse; y el incumplimiento de estas obligaciones da lugar a otras responsabilidades: las que corresponden al guardador o depositario de una cosa.

Es cierto, en consecuencia, que el deudor tiene una responsabilidad derivada del derecho real de garantía—la correspondiente al incumplimiento del débito—, pero también adquiere otras que se derivan del depósito—las de guarda y conservación de la cosa—, que son a las que la Ley se refiere (artículo 1.876-bis), como es lógico, por entender que la responsabilidad derivada del incumplimiento del débito, que se concreta en el derecho a liquidar la cosa, es normal al derecho real de garantía y no constituye categoría excepcional.

Así, pues, no es una «inútil ficción»; sino algo bien real el depósito de cosa propia, al que el legislador acude para sustituir el enojoso desplazamiento posesorio; y lo que ocurre no es que sea «irreal», sino que no encaja en los moldes tradicionales del depósito, como venimos exponiendo en el transcurso de esta Memoria.

De modo que las disposiciones tantas veces citadas conmovieron todo el derecho substantivo del Código en lo referente al depósito, pero crean la figura excepcional permitiendo, mejor imponiendo, al propietario la condición de depositario de su propia cosa. Y nos encontramos que si, como ha dicho PICARD (60), el derecho es lo que determina el goce jurídico de la cosa y su grado de intensidad, el depósito de cosa propia deja libre algún aspecto del dominio para su aprovechamiento por otro. En efecto, el depositario-deudor conserva el dominio, pero el depósito «neutraliza», durante su vigencia, el poder de disposición sobre su cosa, si, no absolutamente, al menos en forma relativa, puesto que para disponer de ella deberá ponerlo en conocimiento del acreedor y obtener su autorización (artículo 1.872-bis, pf.º 1.º, de la Ley de 5 de Diciembre de 1941); de manera que el propietario ve limitadas sus facultades dominicales por las obligaciones que, por su también condición de depositario, le adjudica la Ley. Ha cesado provisionalmente, mientras su finalidad no ha sido cumplida, la plena posesión jurídica—que era la connatural del dominio—,

(60) E. PICARD: «El derecho puro», p. 64.



quedando al propietario una posesión jurídica limitada, puesto que, aunque por las propias razones que determinan estas deformaciones del contenido tradicional del depósito, conserva el control económico de su cosa (61), ha de cumplir determinadas obligaciones (el artículo 1.871-bis habla constantemente de la existencia y conservación de las cosas objeto de la prenda) que son las de custodia nacidas del contrato de depósito.

El depositante también pierde, en este caso, su calidad tradicional que le permitía reclamar, cuando quisiera y en cualquier momento, la inmediata «entrega» de la cosa, y sólo adquiere el derecho a limitar las facultades de disposición del propietario-depositario, exigiendo de éste que conserve y custodie su propia cosa e, incluso, prohibiéndole que se sirva de ella en otro sentido que no sea el de su uso natural, sin menoscabo de su valor (artículo 1.871-bis). Y todo porque en virtud de otra relación jurídica de carácter diverso (el préstamo con garantía de cosa mueble) ha nacido para él un interés evidente en que la cosa se conserve y se utilice, precisamente, para la finalidad cuyo cumplimiento hizo necesaria la constitución del préstamo.

Surge el depósito porque es la única manera de dejar cumplida una doble finalidad: garantizar el crédito del acreedor y no privar al deudor de usar de su cosa en sentido económico. Si se utilizara el mecanismo normal de la prenda, el acreedor estaría a cubierto, pero el deudor (y en general la vida económica) estaría privado del rendimiento normal de la cosa pignorada, que no dejaría, además, en la mayoría de los casos, de repercutir en la capacidad de pago del deudor con el consiguiente perjuicio para la vida del crédito.

En conclusión, el depósito de cosa propia, creado por la Ley, que no queda incluido en la definición genérica del artículo 1.758 del Código Civil, impone por razones de armonía su inclusión en la fórmula legal definidora, prescindiendo de los elementos entrega y restitución; estudiar las consecuencias que en orden a la naturaleza jurídica del depósito se derivan de tal eliminación y llevar a sus verdaderos límites el concepto de la «guarda», único que permanece siempre, en todo depósito, cualquiera que sea su especie.

En el área de la contratación es tal la interferencia de relaciones que en ocasiones se produce, y tal el encadenamiento de efectos que normalmente corresponden a diversas especies de contratos-tipo, que se hace muy difícil fijar un límite de características exclusivas de una institución, cuyo límite es necesario para definirla; y aun en el caso de dar como indudables ciertos límites—o, más bien, elementos—a veces la propia

(61) El artículo 1.871 bis afirma que el deudor podrá dedicar las cosas pignoradas a su uso natural sin menoscabo de su valor..., y tendrá respecto a los bienes pignorados los deberes y responsabilidades del depositario, no obstante lo prevenido en el artículo 1.768 del Código Civil.



legislación, obedeciendo a la implacable necesidad de renovación progresiva, que impone un complejo de circunstancias principalmente económicas, los borra en ciertos casos hasta el punto de modificar la estructura que se había considerado exacta desde siempre. Y entonces hay que acudir a analizar qué elemento o elementos son tan abstractos y típicos de cada instituto, que se conservan siempre, en toda modalidad, y éstos son los que integrarán la definición genérica, pues no puede pensarse que siguiendo este proceso todos los elementos considerados como típicos se dispersen hasta terminar el todo diluyéndose en la nada, porque toda institución, en cuanto «es» y permanece en un sistema, conserva siempre unos elementos típicos, propiamente característicos, que permanecen invariables.

Tal es, en mi sentir, el caso del depósito, cuyo elemento típico es la fundamental obligación de custodiar.

II

1.—LOS CONTRATOS REALES. 2.—EL DEPÓSITO.

1.—La expresión «contrato real» designa, destacándolo primordialmente, el elemento característico de un grupo de contratos a cuyo elemento debe su vida el vínculo obligacional, por contraposición a los contratos «consensuales», en los que el vínculo obligatorio surge por el mero consentimiento. De modo que la expresión «real» pretende designar el elemento excepcional de estos contratos en el Derecho moderno.

Al decir «real» caracterizamos el contrato «re» (al igual que «consensu», «Verbis», «litteris») (62), sin perjuicio de considerar que el consentimiento permanece y es inherente al vínculo mismo. Y así la expresión «contrato real» va en su significación más allá que la de contratos «consensuales», puesto que, además del simple juego de la oferta y la aceptación (63), se requiere el acto de dar (64).

En Derecho Romano los contratos reales no eran la excepción, puesto que no concedió al simple consentimiento valor suficiente para dar nacimiento al vínculo, exigiendo una «causa civilis» que estaba constituida por la forma (contratos solemnes) o por la entrega de una cosa.

El sistema acogido por el Derecho moderno es, en líneas generales, diametralmente opuesto: El consentimiento forma el contrato y excepcionalmente, para algunos, se requiere, además del elemento volitivo-intencional (convención), el elemento de la entrega.

Esta entrega—que solamente en el más antiguo de los contratos del

(62) GAYO, Inst. III-89, Ed. Seckel-Kübler (ed. española Alvaro d'Ors; Madrid, 1943): «aut enim re contrahitur obligatio aut verbis, aut litteris, aut consensu».

(63) GAYO, Inst. *id.* III-92: «Verbit obligatio fit lex interrogatione et responsione».

(64) GAYO, Inst. *id.* III-90: «re contrahitur obligatio velut mutui datione».

grupo, el «mutuum», representa una transferencia de propiedad (65)—justifica su denominación y tiene gran transcendencia en el moderno régimen contractual, planteando problemas en cuanto a su valor como elemento perfeccionador del contrato. En este sentido PEROZZI (66) plantea la cuestión de que no importa tanto el saber porqué estos contratos fueron llamados «re», cuanto el porqué no fueron llamados «consensu» y la dificultad aumenta en cuanto al fundamento de su obligatoriedad.

Tradicionalmente, se identifica la expresión «re» con la cosa corporal que se entrega y en la denominación «contratos reales» quedaron incluidos todos aquellos de los que surge la obligación de restituir «la misma cosa» que fué entregada o la misma cantidad de cosas iguales (67) (mutuum).

En consecuencia, el Derecho moderno agrupa como tales el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda.

2.—Así, por una solución de continuidad histórica, el contrato de depósito se concibe encuadrado por la doctrina romanista, a partir de la época clásica (68), como contrato real. Según esta idea, no cabe su perfección más que mediante la tradición real o fingida, y esta última concebida, tan sólo, para dar cabida a modalidades del depósito, en las que la entrega de la cosa no es necesaria para que nazca en el depositario la obligación de guardarla y restituirla.

Depositariar una cosa significa darla a otro en custodia (69). La palabra «depósito», cuyo origen etimológico es el verbo «ponere», viene reforzada por la partícula «de» para destacar la confianza con que el depositante deja su cosa al depositario, creyendo en la buena fe de éste, según nos explica el Digesto (70).

Son varios los significados que jurídicamente se le pueden atribuir: El primero de ellos hace referencia al contrato cuya finalidad específica

(65) GIRARD: «Manuel élémentaire de Droit Romain»; París, 1909.

(66) Cit. por BRASIELLO, «Obligatio re contracta», p. 543-nota (en «Studi in onore di Pietro Bonfante»).

(67) L. 2, Dig. Lib. XII, Tit. I: *Mutuum damus receptum non eadem speciem quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum) sed idem genus; nam si aliud genus veluti ut profrictio recipiamus, non erit mutuum.*

(68) JONS-KUNKEI: «Derecho Privado Romano», trad. Prieto Castro, Labor, 1937. Tras de afirmar que, como contrato real menciona GAYO en las Instituciones únicamente el préstamo (mutuum), dice que «aun en el caso de que provenga de tiempos clásicos (la agrupación de los contratos reales) es un grupo relativamente moderno de especies contractuales diversas en su origen, pues, a diferencia del mutuo, el comodato, el depósito y la prenda, sólo estuvieron protegidos, al principio, por acciones pretorias (acciones con fórmula «in factum concepta») y fué en el curso de la época clásica cuando en todo caso se les debió reconocer el carácter de contratos civiles (en el Edicto Juliano, GAYO, 4-47, se les concede al comodato y al depósito una acción civil). Una vez ocurrido esto, su inclusión en la clase de los contratos reales fué perfectamente explicable, pues su fuerza de obligar se basaba en la entrega de una cosa». En GAYO, Inst. se lee (III-90): «Re contrahitur obligatio velut mutui donatione».

(69) WINDSCHEID, ob. cit., vol. II, pf.º 377, p. 460.

(70) Dig. Lib. XVI, 3. *Depositum vel contra*, L. 1.ª, pr.



es la guarda de una cosa (71); otro es el hecho de dar una cosa en custodia (72) y, por último, así puede denominarse el objeto mismo depositado.

De las tres acepciones nos ocupamos de la primera, el contrato de depósito, cuya existencia se remonta en el tiempo a las más antiguas legislaciones. A este propósito cita CARAFFA (73) las leyes hebraicas que ya trataban del depósito (74), sancionando el respeto que se le debe, y el Código de Manú, que se ocupa del depósito en el Libro VIII.

Pero hay que acudir al Derecho Romano para hallar en la experiencia de sus grandes juriconsultos una regulación minuciosa, en la que son, esencialmente, las notas características de este contrato las siguientes: Ser real (75), gratuito (76), que tiene por objeto las cosas muebles (77) de las que por su medio sólo se transmite al depositario la simple detentación (78), cuyos aspectos son recogidos íntegramente por la doctrina tradicional, y la mayoría de las legislaciones modernas con ligeras modificaciones.

Como real lo agrupan unánimes los romanistas y, en síntesis, así lo denomina y encuadra la doctrina tradicional siguiendo las huellas del Derecho Romano (79). No cabía concebir el depósito de cosa propia, además de por que no se había planteado el hecho, porque era romper los límites impuestos según el principio del Derecho Romano citado por IHERING (80) y la regla general de que para dar vida al contrato hacía falta, en este caso, el elemento de la tradición de la cosa, real o fingida.

Sobre estos moldes en principio (porque ahondando se atisba en la doctrina una manera distinta de concebir la misión de la «datio rei» con referencia a la perfección del contrato) ha pasado la teoría del depósito a los Códigos modernos (81), la mayoría de los cuales sigue las huellas

(71) «Depositum sumptum pro contractu sic definitur: Est contractus que aliqui alicui custodiendum traditur, sine mercede, ut in legum restituantur». FERRARIS, Biblioteca canónica jurídica, J. P. Migné, 1865, Depositum, núm. 1-7 (cit. por T. CARAFFA, en el Digesto italiano).

(72) «Depositum sumptum pro re deposita definitur sic: Depositum est quod custodiendum alieni datum est» (Idem, ob. cit.).

(73) «Depósito», T. CARAFFA, «el Digesto italiano».

(74) «Levitivo», cap. VI, p. 2-5; «Exodo», cap. XXII, v. 10 y sigs.

(75) Inst. L. III, Tit. XIV, «Quibus modis re contrahitur obligatio», p. 3: «Praeterea et is apud quem res aliqua deponitur, re obligatur et actione depositi...».

(76) Dig. L. XVI, tit. III, p. 8: «...quidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi cum teneri...».

(77) Dig., Depositum, L. 1, p. 8 y sigs.

(78) Dig. id., L. 17, p. 1: «Rei depositi proprietates apud deponentem manent, sed et possessio».

Como expone GRABER (ob. cit., L. III, Tit. I, cap. II), «Comodat, depot, gage»: el depósito y el comodato se caracterizan por desplazar solamente la detentación, no así el arrendamiento en el que se desplaza la posesión.

(79) L. XVI, tit. III-15, Dig.

(80) IHERING, ob. cit., t. IV, p. 71; nota.

(81) No así el Código suizo de las obligaciones, que sólo atribuye a la prenda carácter real mientras que, por el contrario, el mutuo, el comodato y el depósito se forman por el solo consentimiento de las partes.



del Código francés, y éste declara que el depósito no se perfecciona más que «por la tradición real o fingida de la cosa depositada» (82). Hay que tener en cuenta que la obra de DOMAT, como la de POTHIER, fué la creación de un sistema del Derecho Romano que tendía, más que a conciliar los textos del Derecho Romano y las «coutumes», a la formación de un completo sistema del Derecho Civil. DOMAT, según expresión de BOILEAU, fué el «restaurador de la razón en la Jurisprudencia», y en cuanto a POTHIER, después de sus «Pandectae Justinianae in novum ordinem Digeste» (83), y en su estudio del Derecho Canónico y Feudal, así como del Derecho «coutumier», hecho con ocasión de sus «Commentaire de la coutume D'Orleans» (84), «creó la obra grandiosa de sistematización y unificación del derecho privado francés», que fué el precedente inmediato y necesario de la Codificación (85).

Así llegó al Code francés, absorbiéndolo ampliamente, el elemento romano tomado, sobre todo, de la obra de DOMAT (86) y de la de POTHIER (87), quien aportó, además, su estudio sobre el «Droit coutumier» y, aún más, los moldes clásicos en que se desenvuelve el Derecho de Obligaciones.

El Código francés acogió, en una gran parte, la doctrina de POTHIER respecto del contrato de depósito (88), aunque prefiera llamarle «acto», sin duda, y en vista de las consideraciones que antes apuntamos, para dar más posibilidades de adaptación a la definición.

En suma, el contrato de depósito se ha concebido siempre como un contrato real; pero hay que observar que en el Derecho moderno este carácter, que la doctrina tradicional—fuertemente ligada a la concepción romanista—le atribuye, no tiene el mismo sentido que en el Derecho Romano, porque no se niega validez a la promesa de recibir un depósito (89), sino que se afirma que las obligaciones que nacen del contrato no son exigibles sino después de la entrega de la cosa (90). Es decir,

(82) Art. 1.919; entre otros, concuerda: Con artículo 1.873, p. 2.º y 3.º, del Código italiano; 1.734 del Código neerlandés; 1.846 del Perú; 1.919 del de Bélgica; 1.951-1.954 del Código sardo; 1.734 del de Holanda; 957 del austriaco. En cuanto al Código Civil español, artículos 1.758 y 1.763.

(83) Publicado en 1748, «Pandectae Justinianae in novum ordinem Digeste, cum legibus Codicis et Novellis, quae jus Pandecta confirmant, expliquant aut abrogant». POTHIER dió gratuitamente el manuscrito de esta obra a un impresor de Chartres. (Vid. M. DUPIN, «Dissertation sur la vie et les ouvrages de Pothier»; París, 1835).

(84) Apareció por primera vez en 1740 y reimpresso en 1760 (Vid. DUPIN, ob. cit.).

(85) SOLARI: «Individualismo e diritto privato», t. I, p. 87.

(86) RAY, J.: «Essai sur la structure logique du Code Civil française», p. 15.

(87) P. VAN BEMMELEM: «Nociones fundamentales de Derecho Civil», p. 49, y C. CALISSE, art. en «Il Digesto italiano».

(88) Véase POTHIER, ob. cit., p. 149-1, arts. 1.915 y sigts. del Código francés.

(89) Véanse arts. 1.134 y 1.135 del Cód. Civ. francés y art. 1.258 del español.

(90) En este sentido vid. GUILLOUARD, ob. cit. También LAURENT, ob. cit., vol. XXVII, pág. 88-69. Art. 1.758 Código Civil español.

la consideración de real obedece a una razón de orden lógico: la de que si el depósito engendra para el depositario la obligación de guardar y restituir la cosa, no podrá cumplirla si ésta no le ha sido entregada previamente; y esto porque atribuirle a la entrega valor constitutivo absoluto sería colocarse en abierta contradicción con los principios generales que rigen la materia contractual en Derecho Moderno, que están plenamente acogidos incluso en la Ley positiva. Buena prueba es el precepto del artículo 1.134 del Código Civil francés, que, completado con el 1.135 del mismo Código, constituye el modelo del artículo 1.258 de nuestro Código Civil. En su momento veremos la importancia que para nuestro propósito tiene la precedente consideración.

La doctrina, empero, no ha dejado de discutir la subsistencia en el Derecho moderno de esta categoría de contratos (91), por carecer de contenido jurídico, sosteniendo que los contratos reales del Derecho Romano debían ser equiparados, en cuanto a su formación, a los otros contratos, puesto que la regla que predomina en Derecho moderno es opuesta a la del Derecho antiguo (como dice FERRARA, ob. cit., p. 334), quedando así superada la antigua idea de la «causa civilis», que en los contratos reales no era otra que la «datio rei».

Veamos, primeramente, la doctrina tradicional.

(91) TOULLIER («Le Droit Civil française», t. IV, 6.^a ed.; Bruselas, 1824) fué el primero en sostener que, según el Código francés, el contrato real debía entenderse abolido. También DUVERGIER, «Traité du pret».

III

- 1.—LA DOCTRINA TRADICIONAL: POTHIER; DOMAT. 2.—EL CÓDIGO FRANCÉS. 3.—EL CÓDIGO ITALIANO. 4.—EL CÓDIGO DE PORTUGAL. 5.—CÓDIGO ITALIANO DE 1942. 6.—LA DOCTRINA TRADICIONAL NO PREVEE EL DEPÓSITO DE COSA PROPIA.

1.—POTHIER (92) definía el depósito como un contrato por el que uno de los contratantes da una cosa a guardar a otro, de la que se encarga gratuitamente y se obliga a devolverla cuando sea requerido.

Con esto afirma el carácter real del contrato de depósito, que no puede hacerse más que por la tradición que el depositante hace al depositario (93). La entrega de la cosa es tan esencial en la concepción de POTHIER, que, refiriéndose a las cosas que pueden ser materia de contrato de depósito, afirma a manera de ejemplo: «Cuando alguno... confía a su amigo las llaves de su casa, el depósito que hace a su amigo es un depósito de esas llaves, y aun de los muebles que están guardados bajo esas llaves en la casa; más no es un depósito de la casa misma, que no puede ser *desplazada*» (94).

Así, el primer elemento para formar este contrato es que sea hecha al depositario una tradición de la cosa depositada (95); y si la cosa está ya, por cualquier otro título, en poder de aquél, aunque es evidente que no puede hacerse una tradición real de la cosa, porque es imposible «per rerum natura», el depósito puede hacerse por una tradición «fingida»,

(92) Ob. cit., p. 149.

(93) Ob. cit., p. 153.

(94) Ob. cit., p. 151.

(95) Ob. cit., p. 153, «De ce qui neccessaire pour former le contrat de depot».



que los autores llaman «traditio brevi manu», porque ella encierra «brevis compendio», el efecto de dos tradiciones (96).

Por otra parte, el depósito es un contrato de custodia, un contrato de guarda, cuya finalidad es «el carácter esencial del contrato de depósito que le distingue de los otros contratos» (97), y—añade—cuando la tradición es hecha por cualquier otro fin, es otra especie de contrato.

También lo considera un contrato gratuito, sin que los regalos que el depositario reciba del depositante, en reconocimiento del buen oficio que él le ha prestado al encargarse de la guarda de la cosa, alteren la naturaleza del contrato de depósito (98). Es un contrato de «bienfaisanee» que encierra un oficio de amigo que el depositario presta al depositante (99).

En suma, POTHIER concibe el depósito como un contrato real, de necesaria «traditio» para su constitución, cuya finalidad es la guarda de una cosa, gratuitamente, prestándole el depositario un oficio de amistad desinteresada.

DOMAT (100) sostiene aún con mayor precisión el carácter real del contrato como perteneciente a la antigua agrupación del Derecho Romano, porque la obligación no surge sino en el momento en que la cosa depositada se ha entregado. Por otra parte, la distinción que DOMAT hace en su obra «Les lois civiles...» entre el depósito-convención y el depósito judicial (101) debió inspirar la definición que, en términos generales, da del depósito el artículo 1915 del Código francés.

2.—La doctrina de POTHIER, como la de DOMAT, pasa íntegramente al Código de Napoleón, que sostiene la condición real del depósito, aunque no ha faltado quien, de un modo general, sostenga que los cuatro contratos reales del Derecho Romano, y por tanto el depósito, deben entenderse abolidos como tales, ateniéndose a que en el Código francés no se mencionan, que tal categoría no tiene utilidad práctica ni era usada por la Jurisprudencia francesa. La convención con que una de las partes se obliga a recibir una cosa en depósito es obligatoria y debe ser cumplida cuando el promisorio tenga interés en obtener la ejecución. Tal es la posición de TOULLIER (102) frente a la doctrina tradicional.

El Code se ocupa del depósito en los artículos 1.915 y siguientes: «El

(96) Ob. cit., p. 153.

(97) Ob. cit., p. 154.

(98) Ob. cit., p. 157.

(99) Ob. cit., p. 156-13.

(100) DOMAT, ob. cit., p. 244, tít. VII, ed. española, trad. Villarrubias; Barcelona, 1844, t. I.

(101) «Règlement ordonné par le juge», ob. cit. Introduction, pág. 286 (cit. por GUILLOUARD, ob. cit.). En la edición española (cit. antes) se lee (pág. 245, tít. VII): «Este (el secuestro) se llama depósito judicial, diverso del que se hace por el mutuo consentimiento, en cuanto el último es una convención, y aquél una providencia tomada por el Juez».

(102) Ob. cit., p. 10.



depósito en general es un acto por el que uno recibe la cosa de otro con la obligación de guardarla y restituirla in natura», y agrega: «No es perfecto más que por la tradición real o fingida de la cosa depositada» (artículo 1.919). Los autores comentan tal afirmación: AUBRY et RAU (103) establecen las siguientes conclusiones: 1.ª Que la entrega de la cosa es una condición indispensable a la existencia del depósito; 2.ª Que la guarda de la cosa debe ser el fin principal. PLANIOL-RIPERT (104) recogen este concepto y afirman que el primer elemento del depósito es la entrega de un objeto mueble por una persona a otra, y afirman que es, por tanto, un contrato real que no se forma más que por la tradición (105).

Por su parte, GUILLOUARD (106) también afirma que el depósito es un contrato real, según se deriva de los términos del artículo 1.919 del Código francés, pero critica el que este artículo hable de tradición «fingida», expresión que estima inexacta, porque cuando el depositario detenta ya la cosa por otro título, lo que tiene es una verdadera posesión real antes de que el contrato se celebre; concluye que es una tradición «brevi manu» que, precisamente, evita una doble tradición, pero no es ninguna ficción.

Igualmente señalamos la crítica que este autor hace de la definición que dan AUBRY et RAU del depósito en general, que estiman contrato. En su opinión, es más acertada y flexible la definición del Código, que habla de un «acto».

LAURENT (107) pone de relieve el contenido de los artículos 1.919-1.921 del Código francés: «Sin duda—dice—, en Derecho moderno los contratos se perfeccionan por el concurso de voluntades de las partes contratantes; este concurso del consentimiento es también necesario para el depósito; el artículo 1.921 lo dice, pero no dice que el consentimiento sea suficiente; el artículo 1.919 dice lo contrario» y—añade—la convención es válida, pero ella no engendra las obligaciones que el depósito crea para el depositario. Al ocuparse de la tradición fingida, que consigna el párrafo segundo del artículo 1.919, afirma que los autores del Código han reproducido la doctrina de POTHIER, sin apercibirse que está poco en armonía con los principios que ellos mismos han consagrado en materia de tradición. La entrega—dice—es inútil si el depositario detenta ya la cosa por otro título; la sola voluntad es suficiente entonces, y es tan eficaz como sería la entrega de mano a mano; es inútil recurrir a una ficción (108).

(103) AUBRY ET RAU: «Cours de Droit Civil française», vol. IV, p. 127.

(104) PLANIOL-RIPERT: «Traité pratique de Droit Civil française», p. 449, núm. 1.167.

(105) En este sentido también BEUDANT, «Cours de Droit Civil français», t. VIII («Les contrats et les Obligations»), 2.ª ed., p. 36 y 173; París, 1936.

(106) GUILLOUARD, ob. cit., p. 291.

(107) LAURENT, ob. cit., t. XVII, p. 88-69.

(108) Idem, pág. 89, núms. 69-70.



Nos interesa destacar la posición adoptada por VIGIE (109) ante el requisito de la tradición, real o fingida, de la cosa depositada que, para que el depósito sea perfecto, exige el párrafo segundo del citado artículo 1.919 del Código francés. Tras de preguntarse si cabe deducir de este artículo que el depósito sea en Derecho francés, como en el romano, un contrato real, afirma que no puede admitirse, «al menos en el sentido que esta fórmula se aplica en el Derecho Romano», a no ser que se reconozca que generalmente la tradición sigue muy de cerca la formación del contrato y se confunda con ella, y, de otro lado, en tanto que la tradición no tiene lugar, la obligación de restituir del depositario no nace: Si todo lo que contiene esta fórmula es que el depósito se forma «re»—agrega—, no vemos inconveniente con tal que sea admitido que la promesa de depósito es obligatoria como el depósito mismo (110).

Concluye que la tradición real pone la cosa depositada a la disposición del depositario, a fin de que la guarde. La tradición fingida resulta del simple consentimiento; si el futuro depositario detenta ya la cosa por otro título y se le deja a título de depositario, se cambia el título de la posesión.

3.—El modelo francés fué también el patrón del Código italiano; tras la liberación de las dos Sicilias, no era posible llegar a la unificación legislativa de Italia sobre la base del Código piemontés, y prevaleció la idea de elaborar un Código enteramente nuevo sobre la base del Código francés, aunque teniendo en cuenta las exigencias y tradiciones italianas (111). De aquí que cuanto hemos observado respecto de aquél, con referencia a su regulación del contrato de depósito, pueda observarse, casi íntegramente, respecto del Código italiano, que también acogió, en esencia, la doctrina tradicional.

En general, la regulación del depósito en Derecho francés, fundado en la tradición romanística, fué acogida íntegramente: Las normas del Código francés (artículos 1.915-1.954) pasaron inmutables al Código siciliano (artículos 1.789-1.826), al parmesano (artículos 1.982-2.013), al Albertino (1.948-1988) y, con muy leves modificaciones, al Código del Reino de Italia (artículos 1.835-1.868) (112).

En efecto, el artículo 1.835 del Código italiano dice, a semejanza del 1.915 del francés, que el depósito es un «acto» por el que se recibe la

(109) VIGIE: «Cours élémentaire de Droit Civil française», t. II, núm. 2.212.

(110) A propósito del comodato, este autor afirma que si el prestatario no debe restituir sin haber recibido la tradición, la obligación de restituir es la consecuencia de la obligación de entregar del prestamista, y no debe cumplirse la una sin que la otra se haya cumplido primero. Mas esto no significa que el contrato se forme «re». Para VIGIE, el contrato de comodato se forma por el simple consentimiento (ob. cit., núm. 2.185).

(111) A. RAVÁ: «Istituzioni di Diritto privato» (Appunti). C. E. D. A. M.; Padova, 1932.

(112) L. BESTA: «Le Obbligazioni nella storia del Diritto italiano», C. E. D. A. M.; Padova, 1936; p. 320, núm. 669.



cosa de otro con la obligación de custodiarla y restituirla in natura, agregando, en el artículo 1.837, que el depósito no es perfecto más que con la tradición de la cosa. Lo que sigue preceptuando este artículo difiere un poco de su modelo francés: «La tradición—dice—se completa («compie») en el consentimiento si la cosa que se conviene dejar en depósito está ya en poder del depositario por cualquier otro título»; omite, por tanto, hablar de la tradición «fingida». STOLFI (113) ve, sin embargo, en este párrafo, una explícita declaración de que la tradición puede realizarse realmente o «brevi manu».

Elemento esencial del depósito es la entrega de la cosa; estima DUSI (114) que antes de que la cosa sea entregada puede haber, tan sólo, la promesa de recibir una cosa en custodia, un contrato preliminar, y para RUGGIERO (115), lo que es esencial a la relación es, por un lado, el fin de custodia y, por otro, la tradición efectiva o ficticia que da al contrato el carácter real, según se deriva de los párrafos primero y segundo del artículo 1.837. Y aún pone más de relieve el carácter constitutivo que la tradición parece tener en el Derecho italiano cuando agrega que, desde el momento en que ocurre—la tradición—se *generan* las obligaciones del depositario y las eventuales del depositante.

También STOLFI (116) ve en el depósito un contrato real que se perfecciona con la tradición de la cosa, y BARASSI (117), en la definición del artículo 1.835, también ve la existencia de un contrato real.

CHIRONI (118) define el depósito como un contrato real, por el que una persona (deponente) entrega a otra (depositario) una cosa mueble con la obligación de custodiarla y restituirla en especie. Agregando que la gratuidad no es elemento esencial del negocio y puede el depositario tener una compensación sin que se modifique la naturaleza del contrato.

Cuanto llevamos dicho nos hace afirmar que el Código italiano acoge, como el francés, la doctrina tradicional. El artículo 1.835 da una definición del depósito que comprende las dos especies (depósito y secuestro) y, por otra parte, son varios los requisitos esenciales que el depósito «propiamente dicho» (contrato de depósito) requiere: El consentimiento espontáneo de las partes, que le da el carácter de voluntario, y que presupone la propiedad de la cosa en el depositante (artículos 1.839, 1.840 y 1.861); la gratuidad y cualidad mueble de la cosa (119) y la tradición, que es necesaria para que el depositario pueda cumplir sus obligaciones de guarda y restitución «in natura».

(113) STOLFI, *ob. cit.* (Contratti), p. 357.

(114) DUSI: «Istituzioni di Diritto Civile», vol. II, p. 170.

(115) RUGGIERO, *ob. cit.*, vol. II, p. 549.

(116) STOLFI, *ob. cit.*, pág. 357.

(117) BARASSI: «Istituzioni di Diritto privato», p. 237, Giuffrè, Milano, 1940.

(118) CHIRONI: «Elementi di Diritto Civile», p. 242.

(119) BRUGI: «Istituzioni di Diritto Civile italiano»; Milano, 1923, p. 642.



De aquí que FERRARA (120), aunque refiriéndose en general a la discutida categoría de los contratos reales, afirme que si la entrega de la cosa no se ha realizado, lo que se obtiene es un contrato preliminar en vez de un contrato real, a fin de no negar que el contrato existe, sin que se verifique previamente el requisito de la entrega; aunque agrega que no puede dudarse que en el derecho positivo italiano es necesaria para la existencia de tales contratos la dación de una cosa, y cita, en fin, el artículo 1.837 del Código italiano en su último párrafo.

Posición análoga es sostenida por COVIELLO (121), quien también entiende que el simple acto con que uno se obliga a dar una cosa... con fines de custodia o garantía, es una convención obligatoria, pero no produce el efecto propio de... el depósito. Se tiene, en suma, no un depósito, sino tan sólo un contrato preliminar. La entrega de la cosa es un requisito que el legislador ha impuesto por causas de diversa índole, cuyo requisito es solamente una «conditio iuris» de ciertos contratos.

4.—El Código Civil portugués de primero de julio de 1867 tampoco aporta ninguna novedad en cuanto al contrato de depósito, no obstante el original punto de partida que para el sistema general del Código adoptó su combatido autor (122). Entre otros antecedentes figuran, de modo especial, el Código francés de 1804 y el Proyecto español de 1851, y, en consecuencia, la definición del depósito, en general (123), que establece el artículo 1.431 del Código portugués, no se aparta de la concepción tradicional (124), pues la obligación de guardar y restituir presupone la entrega y es análoga a la que se encuentra en otros Códigos.

Ve DA CUNHA (125) en el depósito, entre otros caracteres, el de ser un contrato real, «porque no puede existir antes de la recepción de la cosa depositada», aunque sea posible la «promesa de depósito»; que es obligatoria solamente del lado del depositario, bajo pena de indemnización de pérdidas y daños. Sin embargo, conforme a su valor—añade—, el depósito es, ora un contrato consensual, ora un contrato real y, hay casos, en que el depósito no es contrato, sino un simple deber jurídico im-

(120) Ob. cit., p. 335.

(121) COVIELLO: «Del contratto estimatorio» («Riv. Ital. di scienze giuridiche», vol. XV, p. 384).

(122) ANTONIO LUIS DE SÁBRA. El punto de partida es el sujeto del derecho en sus distintos aspectos de ente jurídico, cuyos aspectos podían resumirse en cuatro puntos en que se apoya todo el sistema: 1.º Naturaleza del ente jurídico (capacidad); 2.º Sus modos de vida (adquisición); 3.º Disfrute de los medios (propiedad), y 4.º Conservación (violación y defensa del derecho). A juicio de DA CUNHA, se reduce, en definitiva, a la clásica tripartición de GAYO disfrazada bajo nuevos ropajes. Sobre sus fuentes y precedentes vid. DA CUNHA COÇALVES, «Tratado de Direito Civil», vol. I; Coimbra, 1929, p. 119 y sigs.

(123) Seção VIII, «Do contrato de depósito»; Subseção I, «Do contrato de depósito em geral».

(124) Se dice contrato de depósito aquel por el que alguien se obliga a guardar y restituir, cuando le sea exigido, cualquier objeto mueble que de otro reciba.

(125) Ob. cit., t. VIII, p. 7.

puesto por la Ley y hecho efectivo por decisión judicial (126). Pero no explica en qué casos el depósito es contrato consensual.

5.—Señalamos, por último, el Código civil italiano de 16 de marzo de 1942, del que sólo cabe afirmar, en lo que se refiere a la naturaleza del depósito, que mantiene posición análoga a la del anterior, pues aunque suprimió explícitamente la necesidad de la «traditio», que estatúa el párrafo segundo del artículo 1.837, ésta se encuentra implícitamente contenida en la noción de este Código (127), que, por otra parte, contempla más bien el lado pasivo o de las obligaciones del depositario, destacando preferentemente la de hacerse cargo de una cosa y restituirla; posición en todo punto identificada con la doctrina tradicional.

6.—Hemos visto cómo, en general, la tradición romanista, hondamente arraigada en la doctrina francesa, como en la italiana, no deja ver en el depósito otra cosa que un contrato real, aunque por algunos autores no deja de señalarse la idea de desligar el hecho de la tradición de la validez substancial del contrato de depósito, que convierten así, tan sólo, en una promesa de depósito, pero sin llegar a las últimas consecuencias influidos, de una parte, por la idea de que los contratos se perfeccionan, por Derecho Natural, en virtud del simple consentimiento, y, de otra, por la norma del Derecho Romano de que este contrato sólo se perfecciona «re», apoyada por el razonamiento lógico de que el depositario mal puede cumplir sus obligaciones de guarda si no se pone la cosa en su poder.

Pero si se contempla el supuesto de que la cosa objeto del contrato es detentada con anterioridad por el depositario, en virtud de un título diferente que le atribuía ya la posesión o la simple detentación, y para cuya finalidad de custodia aquél tiene lugar, entonces se recurre a un mecanismo artificioso; porque o se dice que el contrato se perfecciona en virtud de un tradición «fingida» (así POTHIER, Códigos francés e italiano), con lo cual se sigue fiel a la tradición romanista, ocultando la realidad bajo una ficción, a fin de encuadrar la figura en los límites determinados por el Derecho Romano, o se dice, tan sólo, que hay verdadera posesión real y nada ficticio (así GUILLOUARD), pero soslayando la verdadera esencia del problema, o, por último, por no renunciar a la necesidad de la tradición, se afirma que cuando ésta es fingida resulta del simple consentimiento (así VICIÉ) o se «completa» (comple) en él (artículo 1.837 del Código italiano); pero no se prescinde en ningún caso de la idea del necesario desplazamiento para conseguir la perfección del contrato y se concibe, cuando este desplazamiento es imposible, uno ficticio; tan sólo

(126) Ob. cit., t. VIII, p. 8.

(127) Art. 1.766, Nozione: El depósito es el contrato por el que una parte recibe de la otra una cosa mueble, con la obligación de custodiarla y restituirla in natura.



para justificar el mecanismo normal del depósito y ajustar la situación de hecho a la definición generalmente admitida por la doctrina y la legislación.

Pero también es un hecho que la legislación, forzada por necesidades económicas ineludibles, crea situaciones puramente contractuales; de las que resulta la situación de depósito de una manera nueva y no concebida por la doctrina tradicional. Admitía ésta la posibilidad de que la cosa objeto del depósito estuviera ya en poder del depositario por otro título, sin que fuera posible entonces «per rerum natura» verificar la entrega real de la cosa; ya sabemos cómo se adaptaba este caso al dispositivo normal: Una tradición ficticia era la solución. Pero lo que no llegó a suponerse es que una vez concluido el contrato de depósito, o cuando el depositante lo requiera, la cosa no fuera *restituida* inmediatamente al depositante, y esto porque se produjera la situación excepcional de que el depositario, al mismo tiempo que tal, sea propietario de la cosa depositada, aunque el título de la posesión—que era la connatural del dominio—haya pasado, por obra del contrato de prenda al depositante, que, precisamente, puede depositar, porque se le ha cedido el título de la posesión. Al cesar el contrato—y éste no cesa hasta que queda cumplida la finalidad para que se constituyó, que es la de garantía—vuelve a poder del propietario el título de la posesión, y la restitución, como es lógico, no se produce, al menos en sentido material, porque lo único que se restituye al propietario es el título de la posesión, es decir, la posesión jurídica que como tal le corresponde. En este sentido, afirma VIDALES, comentando las disposiciones argentinas sobre prenda agraria, que «si bien la cosa objeto del depósito es de su pertenencia (del propietario), no debe olvidar que la posesión de la misma la tiene a nombre del acreedor...» (*).

Este mecanismo, de concepción relativamente simple, se produce por la necesidad, ya puesta de relieve, de dar cumplida garantía al acreedor de un préstamo sobre cosas muebles y no privar al deudor del uso económico de su cosa; y para ello el legislador recurre al procedimiento de permitir la cesión a aquél del título de posesión de los bienes, dejando en poder del propietario deudor la simple detentación, con lo que adquiere con respecto a sus bienes la categoría de depositario, que le priva, como consecuencia, de un poder de disposición que podría ser funesto para el acreedor.

En su lugar vimos cuándo se produce la situación que dejamos planteada, en virtud de qué preceptos y el porqué recurre el legislador a este entronque de la situación de depósito con otras figuras contractuales de

(*) R. J. VIDALES: «Prenda con Registro» (Prenda sin desplazamiento). Panzini Hermanos, Bahía Blanca, 1939; pág. 112, núm. 113.



«efecto real inmediato» (128), en su mecanismo normal; por el momento sólo intentamos destacar que la situación precedente es la de depósito, de origen contractual, y que en ella faltan los dos requisitos considerados como esenciales por la doctrina tradicional: La entrega material de la cosa y la más importante de la restitución. Por tanto, hay que admitir que la definición consagrada del depósito no comprende todas las situaciones de depósito propiamente dicho que pueden presentarse.

En suma, no queda previsto y resuelto el problema del depósito de cosa propia; solamente se concibe que no haya entrega material de la cosa depositada, pero no que no exista «restitución»; y aun la primera de las posibilidades se resuelve por medio de una ficción; pero hay que tener en cuenta que la ficción puede ser un medio de encuadrar modalidades un tanto divergentes de una institución en el casillero de una clasificación preestablecida de institutos tipo, pero no desentraña la verdadera naturaleza de las figuras que se encuadran y que son inventadas (halladas) por que nos las presenta la realidad. Y desde luego, sobre esta base doctrinal y legislativa, sería muy violenta la ficción que habría que imaginar para incluir como tal contrato de depósito el de cosa propia.

(128) Vid. esta terminología en C. Scuto, «Istituzioni...».

IV

1.—CONTRATO CONSENSUAL DE DEPÓSITO. 2.—DOCTRINA FRANCESA (LEDUC; WAHL). 3.—DOCTRINA ITALIANA (PACIFICI-MAZZONI; G. CARRARA). 4.—DOCTRINA ALEMANA (BOEHMER; UNGER). 5.—LOS CÓDIGOS (CÓDIGO ALEMÁN DE 1896; DE LAS OBLIGACIONES DE SUIZA, DE 1911). 6.—ACTIVIDAD DE GUARDA: LA TÉCNICA ALEMANA. REFERENCIA AL SISTEMA DE A. RICCIONI.

1.—Hemos de referirnos, en general, a la cuestión planteada acerca de la subsistencia en el Derecho moderno de la categoría de los contratos reales, teniendo en cuenta que el de depósito está muy cerca de ser la especie más cualificada dentro de los límites en que normalmente se desenvuelve.

Ya vimos cuál fué la posición de TOULLIER con respecto al Derecho francés, pero sin embargo la cuestión fué planteada de antemano como una consecuencia obligada del influjo alcanzado por la escuela del Derecho Natural (vid. notas 1 y 2, anteriormente), aunque la discusión se ha llevado, casi siempre, en un plano teórico. Es el caso de la doctrina francesa si exceptuamos la posición de TOULLIER, ya citada, seguida también por DUVERGIER (129), aunque por fuerza de la Ley positiva han de reconocer la mayoría de los autores que el Código francés sostiene la categoría real de estos contratos.

2.—Dentro de la doctrina francesa, sin embargo, se han logrado construcciones de posición contraria, encaminadas a combatir la agrupación que nos ocupa y a poner de relieve su naturaleza consensual, aunque sin salirse del campo especulativo.

(129) Ob. cit.



Vemos, por ejemplo, la interesante posición sostenida por LEDUC (130). Parte de considerar que la concepción tradicional (aquella idea de orden lógico a que nos referíamos en líneas precedentes de que no puede existir la obligación de restituir una cosa antes de que ésta sea entregada) está fundada en una confusión, porque aunque indudablemente la restitución de una cosa no puede preceder a su entrega, una cosa es la restitución y otra la promesa de restituir. Expone el siguiente razonamiento: La promesa de venta de una cosa perteneciente a otro es válida y se trata de una obligación condicional, cuya ejecución implica la anterior conclusión de otro contrato con un tercero. Estima que este caso no se diferencia de la promesa de restitución de una cosa que aún no ha sido recibida; y decir que esta promesa no puede ser estipulada equivale a sostener que no puede ser contraída una obligación condicional cuyo objeto sea actualmente de imposible realización para la época en que ya esta realización se ha hecho posible.

La posición de WAHL (131) es, todavía, de mayor sutileza. El Código francés da una solución a la cuestión de los contratos reales, que no es otra cosa que una reproducción de la doctrina de POTHIER a este respecto, también recogida por muchos civilistas franceses. Examina el argumento de POTHIER, basado en el razonamiento de que la obligación de entregar una cosa no puede nacer antes de que ésta haya sido recibida, pero estima que, aun siendo evidente, hará falta poder demostrar que la obligación de restituir debe estar constituída antes de que el contrato se forme.

En todo caso, es igualmente cierto que la obligación de restituir una cosa arrendada no puede surgir antes que la cosa fuera entregada, y, sin embargo, el contrato de arrendamiento es un contrato consensual.

Señalamos nosotros brevemente los dos anteriores razonamientos, porque evidencian en su concepción de estos contratos, como consensuales, la preocupación por combatir el único punto de apoyo que queda en pie, tras de reconocerse plenamente en el Derecho moderno que el consentimiento de las partes es suficiente para dar vida al contrato, y este punto de apoyo—nadie puede restituir lo que no se le ha entregado previamente—no es otro que el que ya utilizaba POTHIER y ha sido acogido casi unánimemente.

3.—La doctrina italiana ha discutido también la naturaleza real de la agrupación. Con referencia al comodato y al mutuo, PACIFICI-MAZZONI (132) ha sostenido su carácter consensual, afirmando, en substancia, que la entrega de la cosa hace más bien referencia a la ejecución del con-

(130) E. LEDUC: «Des avants-contrats», p. 175 y s.; París, 1909.

(131) Con BAUDRY-LACANTINERIE, «Traité... De la société, du prêt, du Dépôt»; París, 1907; p. 366 y sigts.

(132) PACIFICI-MAZZONI: «Istituzioni di Diritto civile italiano», vol. V, p. 580 y sigts.



trato que no a su formación, que tiene lugar por virtud del solo consentimiento, de tal forma, que el comodatario puede actuar contra el comodatario para lograr la entrega de la cosa o para el resarcimiento de daños en caso de incumplimiento de la obligación de entregar.

Respecto al depósito, mantenía la misma posición de que la tradición pertenece a la ejecución del contrato, pero en la cuarta edición de su obra abandona tal opinión, declarando en una nota que «el clarísimo profesor SERAFINI, en la segunda edición de las *Pandette* de ARNDTS, se ha hecho eco de la falaz interpretación de un texto (Ley I, Tít. XIII, Dig. Dep.) sobre la cual fundábamos nuestra opinión, la cual, debemos reconocer, estaba en manifiesta contradicción del artículo 1.837» (133).

No obstante, tal posición fué acogida por la Jurisprudencia italiana en una sentencia de la Corte di Cassazione di Roma, de 11 de Septiembre de 1895 (134).

Destacamos, igualmente, la posición de CARRARA (135) respecto a este problema; traslada la cuestión al terreno científico y comienza por examinar el valor de la entrega de la cosa en orden a la perfección del contrato, concluyendo que debe excluirse, ante todo, que tenga el carácter de complemento del consentimiento que tenía en el Derecho Romano: Hoy, por el contrario, el consentimiento de las partes basta para vincular a éstas a la observancia de cuanto han convenido; por consiguiente, esta función de la entrega de la cosa ha venido a menos en el Derecho moderno.

Sentada esta conclusión, dice con referencia al depósito que su objeto es la asunción de la carga de la custodia de una cosa perteneciente a otro, por parte de uno de los dos contrayentes con la obligación de restituir la misma cosa cuando el otro lo requiera. En el depósito, como en los otros contratos arriba indicados (los considerados reales), la esencia del negocio está en el acuerdo de la voluntad de las partes, por el que una consiente en asumir la carga de la custodia de la cosa perteneciente a la otra y ésta acepta.

Del negocio deriva la obligación del uno de recibir la cosa para custodiarla y el derecho del otro a entregarla y de exigir la restitución en la época establecida.

El recibimiento de la cosa por parte del depositario—añade—cae fuera del negocio: Ocurre cuando éste está ya concluído y representa el cumplimiento de la primera obligación del depositario. La entrega de la cosa está fuera del contrato; es el cumplimiento de una obligación y forma parte de la ejecución.

(133) Cit. por STOLFI, ob. cit., vol. IV, p. 357, nota.

(134) Cit. por CARRARA, «La formazione dei contratti», Vallardi, Milano, 1915.

(135) Ob. cit., p. 333 y sigts.



Sin embargo, agrega, nada impide que las partes hagan depender la existencia de un contrato, que de ordinario es consensual, de la entrega de la cosa, a la que no se opone ninguna razón de orden público. El contrato en este caso—sigue—es construído como real por voluntad de las partes. Y tampoco nada se opone a que el legislador imponga, como «conditio juris», para la perfección de un contrato, el cumplimiento de un acto que racionalmente está comprendido en la fase ejecutiva.

Y con esto dejamos señalada esta orientación de la doctrina italiana, cuyo punto de ataque a la doctrina tradicional está en desligar por completo lo que pudiéramos llamar «fase de formación» del contrato de su «fase ejecutiva», con lo cual consiguen, evidentemente, anular el valor constitutivo de la «datio rei» en orden a la perfección del contrato, a no ser que, como apunta CARRARA, las partes o el legislador hagan depender la perfección substancial de éste de un acto que, por su naturaleza, corresponde normalmente a la segunda fase, es decir, a la ejecución de las obligaciones que de él nacen.

Sin embargo, y aunque indudablemente hay en estas sutiles apreciaciones elementos aprovechables a nuestro intento, también quedan inadecuadas al trasladarlas al campo de aplicación que nos proponemos, habida cuenta que los límites legislativos sobre los que forzosamente se desenvuelven las construcciones que dejamos señaladas se allanan ante situaciones creadas por nuestra legislación que modifican en lo esencial los elementos que integran la doctrina tradicional, a los que en última instancia se recurre siempre a modo de barrera infranqueable: Tales elementos—entrega y restitución—, cuyo valor constitutivo esencial es lo que se discute, según hemos visto, para adjudicar naturaleza consensual a la categoría y, por tanto, al depósito, desaparecen como obstáculo en nuestra legislación al admitir, o más bien crear, figuras de depósito donde, por no concurrir estos elementos, no es necesario ni recurrir a la ficción ni restar valor substancial al hecho de la entrega y restitución, ya que ésta no se produce materialmente. De donde puede permitírsenos afirmar que hay en nuestro Derecho depósito posible sin estos elementos y, por tanto, que podemos aplicar positivamente conceptos que, hasta ahora, tenían tan sólo aplicación discutible en el campo de la simple especulación.

4.—Nos parece interesante exponer a continuación algunos puntos de vista sostenidos por la doctrina alemana con referencia al problema que venimos analizando y que, por referirse en general a la categoría, comprende lógicamente lo particular del contrato de depósito a que nos referimos.

Estima BOEHMER (136) que la agrupación de los contratos reales como

(136) «Realverträge im heutigen Rechte», en «Arch. für Bürg. Recht.», t. 38 de 1913.



categoría no tiene otro origen que el de que, por muchos siglos, se ha acostumbrado el agrupar los negocios jurídicos, no por su identidad o la afinidad en su función económica, sino por la afinidad o identidad de sus elementos formales; como uno de los elementos formales más destacados es la entrega de la cosa, con arreglo a la común coincidencia de este elemento, se han agrupado los contratos. Sin embargo, se ha observado que la entrega de la cosa tenía funciones diversas, pues hay negocios en que tenía lugar «*solvendi causa*» y otros en que se producía «*obligandi causa*»; en el último caso, en que la entrega de la cosa tenía como función la formación del negocio, están los contratos reales.

Ahora bien, cabe preguntarse si la entrega en función de «*obligandi causa*» tiene razón de ser en el Derecho moderno. En esencia, el problema está aquí, porque si se sostiene que no hay razón de que exista, el grupo de los contratos reales desaparece.

Parte de que la función económica del contrato consiste en determinar la modificación patrimonial que las partes intentan crear una frente a otra: La traducción en acto de esta modificación forma parte, no de la fase formativa del contrato, sino de su fase ejecutiva. Sin embargo, para resolver la cuestión aún es necesario determinar si en los contratos considerados tradicionalmente como reales la entrega de la cosa servía para producir la modificación patrimonial que las partes querían crearse una a otra, o servía, por el contrario, para traducir en acto esta modificación.

Hay que tener presente la función económica de cada uno de los contratos. Lo que se ha dicho de que el objeto en ellos es la restitución de la cosa dada a título de... depósito, argumentándose que si la restitución es el objeto de estos contratos, la entrega de la cosa es presupuesto necesario y debe, por tanto, ser parte de la fase formativa, es inexacto. El resultado económico al cual tienden las partes concluyendo un contrato de... depósito... no es, precisamente, la restitución de la cosa objeto del contrato, y añade: Objeto del depósito es la asunción por parte de una tercera persona, por cierto período de tiempo, de la carga coligada con la posesión de una cosa determinada, y siendo estas relaciones limitadas en el tiempo, esta limitación tiene su expresión jurídica en la obligación de restituir.

Afirma, por último, que la restitución no es otra cosa que la fórmula jurídica de la limitación en el tiempo de estas relaciones contractuales.

Concluyendo que si objeto del depósito es la asunción por un tiempo, y por parte de un tercero, de la carga inherente a la posesión de una cosa, es evidente que para la determinación de la modificación patrimonial



necesaria para alcanzar el objeto no será del todo necesaria la entrega de la cosa, sino que bastará el solo consentimiento de las partes; la entrega se efectuará para traducir en acto la modificación patrimonial, y formará parte de la fase ejecutiva y no de la fase formativa de estos contratos.

Cuanto llevamos dicho quiere tanto decir como excluir del Derecho moderno la entrega de la cosa en función de «obligandi causa» y, al mismo tiempo, como consecuencia, rechazar la categoría de los contratos reales.

UNGER (137) sostiene una original posición al no rechazar la naturaleza real de toda la agrupación, sino solamente de algunos, específicamente para el contrato de depósito, que estima consensual. Contratos reales no deben ser sino aquellos por los cuales no es concebible una obligación antes que la cosa sea recibida; pero éstos no son sino los que sirven exclusivamente el interés del que recibe la cosa, el cual está obligado a la restitución; nadie está obligado a actuar en el propio interés ni a tener en provecho propio, y por eso el promitente queda siempre dueño de la cosa; el promisorio no está obligado a tener ni resulta obligado si no tiene la cosa: Se obliga sólo en cuanto y por cuanto tiene, es decir, con el hecho «re», no con el mero consentimiento.

Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando el negocio es exclusivamente en interés del que da la cosa. En aplicación de esta teoría son contratos reales el comodato, la prenda y, en general, todos aquellos contratos innominados que «ad fruendum», «ad experiendum» o «ad inspicendum», tienen por objeto servir el interés del que recibe la cosa. Así, el mutuo gratuito será un contrato real; el mutuo con interés será, por el contrario, consensual.

Típico contrato consensual es, en este sistema, el de depósito, porque sólo en interés del depositante el depositario asume la obligación de la custodia, y no por la entrega de la cosa, sino por su promesa de recibirla al objeto de custodiarla.

Este razonamiento es censurado, hasta cierto punto, por WINDSCHEID (138), al decir que, aunque un contrato dirigido a tomar una cosa en custodia lo cree también un contrato consensual, no sólo en cuanto a la obligación de tomar en custodia, sino también en cuanto a la obligación de restituir, UNGER no se fija que en el número infinitamente mayor de los casos, las partes no quieren una obligación del depositario antes del recibimiento efectivo.

En verdad que puede calificarse de cierta la crítica de WINDECHEID, en cuanto está dirigida con referencia al mecanismo normal del depósito,

(137) UNGER: «Real contracte im heutigen Rechte», «Ih. Jahrb. f. Dogm.», t. VIII, p. 1 y sigs. (Cit. por CARRARA, ob. cit.).

(138) WINDSCHEID, ob. cit., vol. II, pf.º 377, p. 461, nota.



con fines de custodia, pero presuponiendo un desplazamiento de la cosa que se realiza en interés del depositante exclusivamente. Pero ni la docta construcción de UNGER ni la objeción de WINDSCHEID vienen a nuestro propósito, por contemplar el valor que en cuanto a la formación del contrato tiene el desplazamiento de la cosa objeto del depósito, quedando sin resolver, o mejor, sin plantear, la naturaleza de un depósito en el que el tránsito material del objeto no se realiza.

Verdad es que, creada la figura que nos ocupa por virtud de preceptos encajados en la Ley positiva, desaparecen los límites que cuantas especulaciones llevamos transcritas tratan de superar, y en realidad, abolido el límite legislativo, hay que aceptar que, por lo menos, hay casos en que el depósito es, indudablemente, de naturaleza consensual. Pero no creemos pueda resolverse el problema afirmando que el depósito es real unas veces y otras no (cuando no hay desplazamiento), lo que hay que hacer es tratar de encontrar una fórmula que comprenda aquellos elementos cuya permanencia se dé tanto en uno como en otro caso y que esté, además, en armonía con los preceptos de nuestra Ley positiva.

De aquí (descartada la idea del depósito invariablemente real) la utilidad que, entendemos, nos reporta el consignar, aunque lo hayamos hecho brevemente, algunas construcciones que, partiendo de puntos de vista diversos, tienden a una misma finalidad, pues nos proporcionan elementos de reflexión sobre nuestras conclusiones, aunque, como hemos advertido, sin abarcar toda la categoría.

5.—Nos ocupamos ahora, siguiendo nuestra rápida ojeada sobre los distintos puntos de vista adoptados ante la naturaleza jurídica del contrato de depósito, de la actitud que sostienen algunos Códigos de moderna fábrica, cuya postura representa una divergencia más o menos notable con respecto a la doctrina tradicional.

Encontramos, por su aparición en el tiempo, primeramente dos: El Código alemán de 18 de Agosto de 1896 (139) y el Código suizo de las Obligaciones, de 30 de Mayo de 1911 (140).

El Código alemán representa el primer reflejo legislativo de la discusión largamente sostenida e inacabada sobre la auténtica naturaleza jurídica de los llamados contratos reales y de la duda acerca de la procedencia de darles cabida como tales en los Códigos modernos. Es, por lo tanto, un caso normal de la influencia de la controversia meramente teórica sobre la inminente realidad legislativa, sobre todo si se tiene en cuenta que, como PACCHIONI afirma, al conseguir Alemania ponerse, durante el siglo XIX, a la cabeza del movimiento científico-jurídico de Euro-

(139) En vigor en primero de enero de 1900.

(140) En vigor en primero de enero de 1912.



pa, el Código Civil germánico representa una especie de condensación en forma legislativa del movimiento científico del pasado siglo, movimiento que, por su amplitud y profundidad, señala un punto culminante en la historia jurídica de Europa (141).

Los redactores del Código alemán trataron de determinar la naturaleza jurídica de los contratos reales del Derecho Romano, y para ello discutieron largamente, pero sin duda no logrando vencer las dificultades, optaron por que la Ley silenciara la cuestión.

Dos comisiones fueron nombradas para la discusión del Proyecto: La primera, el 1.º de Octubre de 1881, dió comienzo a sus trabajos, que finalizaron el 3 de Enero de 1888; la segunda, que el 4 de Diciembre de 1890 fué encargada de reelaborar el proyecto primero, fué publicándolo su trabajo por partes.

Con referencia a la cuestión, la Comisión primeramente nombrada llegó a la conclusión de que, siendo la obligación de restituir la principal correspondiente a estos contratos, la cual presupone la entrega de una cosa, esta entrega debe considerarse como elemento esencial para su formación.

En consecuencia, la primera Comisión estimó que tanto el mutuo como el comodato y el depósito debían ser regulados todavía según el sistema tradicional.

La segunda Comisión adopta una actitud respetuosa con las dos tendencias opuestas, sin decidirse por ninguna de ellas. Sin embargo, modificó parcialmente, a este respecto, el primer Proyecto. Entiende que no puede ser discutida la naturaleza real del contrato de mutuo, y sobre esta base construyeron la definición que consagró el Proyecto; pero en cuanto a los contratos de comodato y de depósito, la Comisión creyó más oportuno, no pudiendo el Código pronunciarse sobre una cuestión tan debatida, dejar que la doctrina resolviera el problema de la naturaleza consensual o real de la agrupación (142). Y esta propuesta la recoge el Código, que sostiene, en efecto, una actitud expectante; tan sólo afirma que «en virtud del contrato de depósito, el depositario está obligado a guardar una cosa mueble a él entregada por el depositante» (143).

Es cierto que el Código presupone la entrega de una cosa mueble al depositario, pero omite el afirmar que se perfecciona en virtud de la tradición, como hace el francés, por ejemplo, y deja sin resolver el valor

(141) G. PACCHIONI: «Diritto Civile italiano», parte primera, vol. I, cap. II, p. 27, núm. 8.

(142) En «Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, herausgegeben, und bearbeitet, von Mugdan»; Berlín, 1889; R. V. Decker's Verlag, t. II, Recht der Schulverhältnisse. En cuanto a la primera Comisión, p. 318, se ocupa del depósito. Protocolo de la segunda Comisión, Depósito, p. 698 (vid. CARRARA, ob. cit.).

(143) Art. 688.



que, en orden a la perfección del contrato, tiene la entrega de la cosa que es lo que constituye el centro de todas las discusiones.

Nosotros consignamos esta posición del Código alemán, porque, aunque conforme expresó la segunda Comisión encargada de redactar su Proyecto, se hubiera deseado dar una solución a la cuestión de los contratos reales y su permanencia en el Derecho moderno, y ante las dificultades se omite toda decisión, tampoco se aferra a la doctrina tradicional, dejando, en consecuencia, libre campo a la especulación científica.

Pero, si indecisa fué la actitud de los redactores del Código alemán, no ocurrió lo mismo a los del Código de las Obligaciones de Suiza.

En efecto, afirma que el depósito es un contrato por el que el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa mueble que se le confía y a guardarla en lugar seguro (144).

A lo que el depositario se obliga es a «recibir» la cosa de otro para guardarla en lugar seguro y restituirla cuando el depositante se la reclame (145); es cierto que la cosa no puede ser restituida hasta que no sea entregada, pero no es menos cierto que a lo único que se obliga el depositario es a recibir una cosa en custodia, y con que sólo nazca esta obligación, el contrato es perfecto.

Con esto, el depósito queda sujeto a la regla común: Es un contrato consensual y la entrega de la cosa forma ya parte, decididamente, de la fase ejecutiva, porque debe tenerse en cuenta que mientras en el contrato de depósito construido según la técnica tradicional, la obligación de restituir surge en el momento en que el contrato es perfecto (es decir, cuando la cosa se ha entregado, pues hasta entonces no lo es), con arreglo al Código suizo de las Obligaciones, la obligación de restituir no nace en el instante en que el contrato se forma, sino cuando en ejecución del contrato de depósito, que ya es perfecto, la cosa ha sido entregada.

Como admiten los propios comentadores (146); tal construcción no deja de tener precedentes y analogías, por ejemplo en el contrato de arrendamiento, en el que la obligación de restituir no surge en el momento de la formación del contrato, sino cuando el arrendador, en ejecución de la obligación nacida del contrato, ha entregado la cosa al arrendatario.

Cuanto llevamos dicho respecto del depósito es igualmente aplicable al comodato y al mutuo (147), pero exceptúa la prenda, que sigue teniendo carácter real (148).

(144) Art. 472 (vid. ROSSEL, «Code Civil Suisse y compris Le Code Federal des obligations», Du Depot en général, Definition).

(145) Ob. cit., art. 475.

(146) WIELAND, EGGER, ESCHER, OSER, REICHEL: «Kommentar zum Schweizerisch Zivilgesetzbuch», t. V (Das obligationenrecht). Zurich, 1913, p. 615 y sigts. (cit. por CARRARA, ob. cit.).

(147) Arts. 305 y 312 (vid. ROSSEL, ob. cit.).

(148) Arts. 882 y sigts. (vid. *id.*, ob. cit.).

En suma, el Código suizo destierra la agrupación de los contratos reales, sujetándolos a la norma que rige los demás contratos, sin más excepción que el de prenda.

5.—Brevemente dejaremos reseñada la inclusión del depósito en el sistema del proyecto del llamado «Código Popular» alemán, cuyas bases redactó la Comisión presidida por J. W. HEDEMANN, y que si es cierto que no llegó a constituir el esquema definitivo del proyecto, son índice exacto para el conocimiento del sistema, orden de colocación de las materias y el complejo de las instituciones (149).

Observamos que en su colocación sistemática se siguió un criterio ya largamente sostenido por la doctrina alemana, incluso en tratados anteriores al B. G. B., como ocurre en el libro de LEHR (150), en que ya apunta al tratar del depósito-contrato en el Libro III, Cap. I, Tít. IV, bajo la rúbrica «Contratos que tienen por objeto la gestión de negocios ajenos», y más confirmada posteriormente por ENNECCERUS (151), que, aun estableciendo una agrupación especial de contratos que tienen por objeto «relaciones de depósito» (152), advierte que más propiamente pertenecen a las «relaciones de trabajo», pero que se agrupan aquí por su especial contenido». (Así, también, COSACK (153), ENDEMANN (154), GIERKE (155).)

Este punto de vista sigue al parecer el Proyecto al colocar el contrato de depósito en el Libro VI, dedicado a «el trabajo», en cuyo Título X, que se ocupa de la «Prestación individual de actividad para otro», queda definitivamente encuadrado.

Es, por tanto, en Derecho alemán elemento prevalente de la relación esa constante actividad de custodia a que el depositario se ve compelido, y que constituye su característica, más bien que el elemento de la entrega o la necesidad de restituir.

Este mismo criterio lo encontramos en un reciente y original libro de ALFREDO RICCIONI (156), en el que aplica el método matemático a la ciencia del Derecho y ofrece, con claridad, un ensayo sobre la ayuda que puede aportar el método matemático en orden a la clasificación de los contratos, analizando cada uno de los conceptos jurídicos.

Tras de razonar la aplicación de la lógica matemática y hacer, in-

(149) Vid. BELTRÁN DE HEREDIA: «Sistema del Código del pueblo alemán», en «Rev. Der. Priv.», núm. 312, marzo de 1943.

(150) E. LEHR: «Tratado de Derecho Civil germánico o alemán»; Madrid, 1878 (trad. Alcalde-Prieto).

(151) L. ENNECCERUS, ob. cit., vol. IV, «Derecho de obligaciones», p. 2.

(152) Incluyen solamente dos: «Contrato de depósito» e «introducción de cosa en casa de los fondistas».

(153) COSACK: «Lehrbuch der Bürgerlichen Rechts», I, pág. 11, p. 2.

(154) ENDEMANN: «Lehrbuch der Bürgerlichen Rechts», I, p. 1.161.

(155) GIERKE: «Deutsche Privatrecht», III, p. 412.

(156) RICCIONI: «J. U. S.», Athenaeum, Roma, 1939.

cluso, representaciones trigonométricas por medio de ejes cartesianos, llega a establecer varias tablas de clasificación de los contratos desde distintos puntos de vista, llegando, por último, a establecer una clasificación partiendo de los derechos reales y personales que pueden ser constituidos a favor del acreedor mediante contrato (157).

DERECHOS REALES	}	<i>Propiedad</i> (contrato de donación, de venta).
		<i>Copropiedad</i> (donación, venta).
		<i>Renta</i> (contrato oneroso o gratuito de renta).
		<i>Enfiteusis</i> (idem, oneroso constitutivo de enf. perpetua o temporal).
		<i>Superficie</i> (idem oneroso o gratuito constitutivo de superficie).
		<i>Usufructo</i> (idem oneroso o gratuito constitutivo de usufructo).
		<i>Uso o habitación</i> (idem constitutivo de uso o habitación).
		<i>Vínculo dotal y semejantes</i> (idem constitutivo de dote, de comunidad de bienes, de patrimonio familiar).
		<i>Servidumbre</i> (idem constitutivo de servidumbre).
		<i>Poseción</i> (idem oneroso y gratuito de tradición).
		<i>Prenda</i> (idem oneroso y gratuito de prenda).
		<i>Hipoteca</i> (idem oneroso o gratuito constitutivo de hipoteca).
DERECHOS PERSONALES	}	<i>Con obligación de dar</i> (Donación de un crédito, cesión de crédito, contrato de fianza).
		<i>Con obligación de hacer</i> (arrendamiento, trabajo, oneroso o gratuito).

A continuación explica el mecanismo de cada uno de estos contratos, y al tratar del grupo segundo, es decir, de los que son origen de un derecho personal, coloca precisamente en los contratos de servicios el depósito, fijándose en el servicio de custodia que el depositario presta.

La persona que ejecuta un trabajo, que presta un servicio—dice—gratuitamente o mediante contraprestación, realiza un contrato de «arrendamiento», un contrato de «trabajo». El trabajador concede el uso temporal de su fuerza o actividad de trabajo, y según la especie de trabajo y el sistema de retribución, se tienen varias especies de contrato; así es distinto el trabajo material (mano de obra) de la actividad profesional en función de colaboración con el dador de trabajo (empleo). Si se tratara de «un servicio de custodia de una cosa», se tiene—afirma—un contrato de depósito (158), gratuito o remunerado, según la materia civil o mercantil.

A nuestro entender, es certero el criterio de fijar la atención en el elemento de la custodia como principal y característico del contrato.

La obligación de custodiar, pueda o no calificarse como servicio en su sentido exacto, es, sin embargo, el único que, conforme a su finalidad y contenido propios (159), permanece verdaderamente invariable a través

(157) Dicha clasificación es como sigue:

(158) RICCIONI, ob. cit.

(159) GIERKE, ob. cit. t. III, p. 730, afirma que destacándose la permanente guarda como obligación sustantiva en el curso de su desenvolvimiento, llegó a ser el contenido propio del depósito.

de todas las modalidades que el contrato adopte, y cualquiera que sea su finalidad; pues aun en el caso de que el depósito se constituya, a fin de garantizar un crédito suficiente sin que la cosa quede fuera de la detentación del deudor, es tan sólo al deber de custodia propio del depositario al que queda confiado el resultado de restitución o de garantía que quiere obtenerse.

Por tanto, este invariable deber de guarda (o servicio de custodia) que permanece inatacado en todos los tiempos y en todos los sistemas, es el que debe servirnos para centrar un intento de definición compatible con la ausencia de otros elementos (desplazamiento: entrega-restitución) y, en consecuencia, comprensiva de las situaciones donde no se producen y quedan fuera, por eso mismo, de las características notas destacadas por la doctrina tradicional.



V

1.—NOTAS PARA UN CONCEPTO GENÉRICO DEL DEPÓSITO: A) ELIMINACIÓN DE LOS ELEMENTOS ENTREGA-RESTITUCIÓN; B) NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN DE GUARDA. 2.—CONTENIDO DE LA GUARDA: SUS ASPECTOS ACTIVO Y PASIVO. 3.—EL ARTÍCULO 1.768 DEL CÓDIGO CIVIL. 4.—CONCLUSIÓN: SENTIDO DE UNA REFORMA DEL ARTÍCULO 1.758 DEL CÓDIGO CIVIL.

1.—Los precedentes puntos de vista sostenidos por los que combaten la subsistencia de la agrupación de los contratos reales en el Derecho moderno, nos dan pie para intentar su construcción sobre la base de nuestro Derecho, de tal manera, que englobe también la modalidad del depósito de cosa propia en un concepto verdaderamente genérico.

En efecto, tal configuración ha de realizarse partiendo de varias cuestiones preliminares:

- a) La que hace referencia al mecanismo de su constitución (entrega).
- b) Naturaleza de la obligación que surge del contrato de depósito; y
- c) Contenido y límite de la guarda.

Desde estos tres puntos de partida, su desarrollo exige la derivación de importantes consecuencias: Prescindir del tradicional mecanismo constitutivo de la entrega (R. D. sobre prenda agrícola y Ley de 5 de Diciembre de 1941) y, por tanto, de la obligación de restituir cuando aquélla no tiene lugar; finalidad de la obligación de guardar única que, por ser invariable en todo depósito, constituye la base de una verdadera definición genérica del instituto; por último, un más amplio concepto de lo que debe entenderse por «guarda» de una cosa.

- A) De la primera de estas consecuencias se sigue el que es preciso

admitir la existencia de un depósito de naturaleza no real, y esto nos lleva a tratar de extraerlo de la excepción para incluirlo en la norma general.

Así nos encontramos con un precepto claro de nuestro Código, de carácter genérico, el del artículo 1.258, que afirma que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, que sigue a aquella otra afirmación legal que declara existente el contrato desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio (artículo 1.254), de antecedentes concretos en nuestro Derecho histórico: «Todo pleyto que entre algunos omes es fecho derechamente, quier sea por scripto, quier sin scripto, fielmente sea guardado» (Fuero Real, Lib. I, Tít. II, L. 2); y aquel otro conocido precepto de las Partidas: «Promission es otorgamiento que fazen los omes unos con otros por palabras, e con entención de obligarse, aviendose sobre alguna cosa cierta, deuen dar o fazer unos a otros. E tienen gran pro a las gentes quando es fecha derechamente e con razón: Ca aseguran los omes los unos a los otros, lo que prometen e son tenudos de lo guardar» (L. I, Tít. XI, Partida V). Además de seguir claramente, como dice SCAEVOLA (160), el camino trazado por la Ley del Ordenamiento de Alcalá (161), borrando toda diferencia procedente del Derecho Romano, entre contratos verbales, consensuales y reales.

SCAEVOLA entiende que «perfección del contrato equivale a terminación, a acabamiento, a contrato perfecto», dando a entender que, desde entonces, produce todos sus efectos, o sea el cumplimiento de lo expresamente pactado. Por el consentimiento se perfecciona el contrato y la perfección indica la terminación de un período de su vida y el punto de partida de otro, el de consumación, realización o efectividad (162).

Este fué el sentido y hasta la redacción del artículo 978 del Proyecto de 1851, que prevaleció en la Ley de Bases de 11 de Mayo de 1888, cuya base 20 afirma que «los contratos continuarán sometidos al principio de que la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establece el vínculo, aun en aquellos casos en que se exigen solemnidades determinadas para la transmisión de las cosas, o el otorgamiento de escritura».

Luego la primera parte del artículo 1.258, al declarar que los contratos se perfeccionan, por el mero consentimiento, confirma el sistema de contratación en lo que tiene de espiritual (163), y el sistema del Código Civil español proclama una vez más el criterio espiritualista de la legislación castellana (164), que triunfó en el Ordenamiento de Alcalá.

(160) SCAEVOLA: «Código Civil...», t. XX, p. 558.

(161) Tít. XVI, Ley única (Lib. X, tít. I, 1.^a).

(162) SCAEVOLA, ob. cit.

(163) SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., t. IV, pág. 247, p. 17.

(164) MANRESA, ob. cit., t. VIII, p. 566.

GARCÍA GOYENA y FALCÓN se manifiestan en este sentido, afirmando el primero de ellos que ahora todos los contratos son consensuales, en cuanto todos ellos obligan por el solo consentimiento (165).

Sin embargo, a este principio general que el Código establece en el artículo 1.258 hubo de oponerse el grupo de excepción de los contratos reales y, entre ellos, el de depósito cuyo contenido define el artículo 1.758, de modo expreso, como de perfeccionamiento «re» (166); apoyado, como hemos visto antes, en el principio de orden lógico elaborado por la doctrina tradicional, de que nadie puede restituir lo que no se le ha entregado. De donde se deduce que el fin primordial que el legislador pretende conseguir mediante este contrato es asegurar la restitución. Y si el depósito se contrae para obtener la restitución de la cosa depositada, y ésta es la obligación fundamental del depositario, lógico es que sólo pueda constituirse mediante la entrega.

Mas la Jurisprudencia entendió, en repetidas sentencias, que la obligación de entregar no se había de entender *tan en absoluto* (167) y las disposiciones tantas veces citadas sobre prenda sin desplazamiento hablan ya, abiertamente, de un depósito de cosa propia sin entrega ni restitución. Esto supone un cambio de punto de vista sobre lo que constituye la obligación fundamental que nace del depósito, y como en la definición del artículo 1.758 se establecen como obligaciones del depositario las de «guardar» y «restituir», se considera como obligación fundamental invariable la de «guardar» y como accesoria, que puede dárse o no, según los casos, la de restituir.

De esta forma, a la vista de los preceptos legislativos y jurisprudenciales expuestos, el depósito se concibe «mens legislatoris», indudablemente, sobre la obligación principal de la guarda.

Pero, además, objetivamente considerado el artículo 1.758 del Código Civil, establece, textualmente, que del contrato de depósito nace para el depositario la obligación de «guardar» (la cosa) y «restituir», especificando así dos momentos de la obligación del depositario: Uno «instrumental» o de medio (prestación de custodia, de vigilancia de la cosa depositada) y otro «final» (la restitución de la cosa misma en condiciones inalteradas). La Ley sanciona, expresamente, el medio y el fin, consagrando como objeto de la obligación uno y otro, pero cabe observar que la restitución no puede considerarse como objeto del contrato, a no ser que se prescindiera de la consideración económico-funcional de la relación jurídica (así BOEHMER, vid. anteriormente).

(165) GARCÍA GOYENA: «Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español», t. III, p. 6; Madrid, 1852. FALCÓN: «Derecho Civil español, común y foral», vol. IV, pág. 72, Madrid.

(166) «Se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena».

(167) Véanse sentencias citadas en la primera parte de este trabajo.

La obligación de restituir es una obligación «consecuencial»—utilizando la terminología de GRECO (168)—no una obligación final—. Es, en suma, una característica meramente exterior.

Puede, por tanto, modificarse la naturaleza del depósito, separándolo de la agrupación de los contratos reales.

En efecto, el simple consentimiento de las partes perfecciona el contrato del que surge, invariablemente, la obligación de guardar. Esta es, en todo caso, el resultado económico querido por las partes. Ahora bien, tal resultado presupone si ha de tener vida no sólo en la mente, que la cosa objeto de la custodia esté en poder del depositario, puesto que es lógico que nadie responda de la guarda de una cosa que no detenta; pero como la Ley admite la posibilidad de que la cosa esté ya en poder del depositario, no puede afirmarse por vía de precepto general que la «re-
cepción» de la cosa por éste tenga carácter constitutivo (169), y entonces el hecho necesario de la detentación de la cosa, presupuesto de la guarda, queda convertido en una «conditio juris» (170) (así CARRARA, COVIELLO; vid. anteriormente), que la Ley exige para que alcance realidad el resultado querido por las partes.

Tal condición puede estar respecto de la efectividad del contrato en dos posiciones: Pendiente (caso del depósito tradicional), y entonces, por la naturaleza del negocio, no se alcanzará el resultado querido por las partes hasta que no se cumpla (se ponga la cosa en poder del depositario); o cumplida (caso del depósito de cosa propia, en que ya está en poder del depositario), y entonces no es necesario para alcanzar el resultado que se verifique la entrega.

B) Ahora bien, lo que las partes «quieren» con la celebración del contrato de depósito es que el depositario se constituya en la guarda de una cosa, bien que por motivos de necesidad o conveniencia el depositante no quiera, o no pueda, atender por sí mismo a la custodia de su propia cosa (en cuyo caso la «entrega» en depósito), bien porque la Ley, teniendo en cuenta más altas consideraciones de carácter social en los casos de prenda sin desplazamiento, traslade tal obligación, de la persona a quien normalmente correspondería (el acreedor prendario), a la del

(168) P. GRECO: «Operazioni di Banca»; Padova, 1933, p. 107.

(169) Puesto que, como dice GARCÍA GÓMEZ, en el depósito no puede el depositario quedar obligado a restituir la cosa si no la recibe; pero si prometió recibirla, queda obligado y podrá ser compelido a ello (ob. cit., t. III, p. 6).

(170) Según SCIALOJA, con este nombre puede decirse que se designan los elementos jurídicos o de hecho necesarios para la eficacia del negocio, los que, porque pueden ser concebidos como el contenido de una fórmula condicional, o porque producen en el negocio efectos similares a los de las condiciones, pueden traer a la mente el concepto técnico de la «conditio» (vid. «Saggi di vario diritto», vol. I; Roma, 1927). ENNECCERUS sostiene que éstas son siempre requisitos jurídicos del negocio, aunque en sentido más restringido, sólo las que al tiempo de la formación del negocio son todavía inciertas o futuras (cit. por el anterior). Véase, además, WINDScheid, ob. cit., t. I, p. 57.

deudor, ahora depositario, que asume la obligación de la guarda, aunque sea el propietario de la cosa depositada, el cual ve limitada su facultad de disposición sobre la misma, puesto que, en todo caso, necesita la autorización e intervención del acreedor—deponente—(artículo 1.872-bis). Y esto porque el legislador no quiere—por el mero hecho de satisfacer la sensación de seguridad del acreedor a quien corresponde la guarda de la cosa pignorada hasta que se le satisfaga el crédito—privar al propietario de la detentación de su cosa, para ponerla en poder del acreedor prendario, que por su calidad no podría hacer uso de ella, ni siquiera según su destino económico.

Esta atribución por la Ley de la obligación de guardar al deudor, convertido en depositario, no tiene más finalidad sino la de que la cosa depositada no desmerezca ni deje de estar en poder del deudor para, si llega el caso, pueda el acreedor cobrarse de ella. Para eso «guarda» el deudor la cosa y se le atribuye la condición de depositario.

Y en los casos en que hay «entrega» al depositario, éste guarda, precisamente, para restituir la cosa «cuando le sea pedida» (artículo 1.766 del Código Civil). Luego la obligación nacida del depósito podemos considerarla—utilizando una reciente terminología de MARTON—como obligación de «resultado fragmentario» (171), puesto que del depósito nace la obligación de guardar, pero se guarda para restituir o para tener la cosa pronta a cumplir la misión de garantía, caso de incumplimiento del débito.

2.—Pero esta obligación de guarda tiene un contenido elástico, que no puede reducirse a límites fijos e invariables.

El concepto técnico de la custodia, según las fuentes romanas, queda dibujado haciendo al deudor responsable de todos los acontecimientos que hubieran podido evitarse mediante una más diligente vigilancia personal; de tal modo, que sólo está exento de responsabilidad en el «*damnum fatale*», «*vis maior*» y «*casus cui resistit non potest*» (172). De aquí la exactitud del concepto de la custodia elaborado por HASSE: «Custodia de una cosa es defensa de la cosa misma contra acontecimientos extraños al hecho del custodio que de cualquier modo la deprecien o sustraigan a aquel para el cual debe conservarse» (173).

Pero este proveer a la defensa de la cosa, la acción de la guarda, tiene dos aspectos de diferente contenido: De una parte, un aspecto mera-

(171) MARTON: «Obligations de resultat et obligation de moyens», en «Rev. Tr. Droit Civ.», año 1935, p. 518.

(172) WINDSCHEID, ob. cit., t. II, pág. 69, nota 9, pf.º 264. La L. 41, tit. II, lib. XIX, Dig., afirma: «Sed Marcellus interdum esse posse ait, sive custodiri potuit, ne damnum daretur sive ipse custos damnum dedit; quae sententia Marcelli probanda est».

(173) HASSE: «Die culpa des römischen Rechts», pág. 282 (cit. por GARRIGUES, ob. cit., pág. 87).



mente pasivo, de límite absoluto, que consiste en no desprenderse de la cosa que se está obligado a custodiar; de otra, consideremos que la palabra «guardar» significa, indudablemente, desenvolver una actividad, y no sólo el asumir una responsabilidad, y esta actividad de custodia es en el depósito, como dice LA LUMIA, «actividad interna exenta de un control «a priori» del depositante» (174), teniendo en consideración el resultado—restitución o tener la cosa a disposición del acreedor—y no el medio—actividad destinada a asegurar tal resultado—. Pero esta «actividad de guarda», cuyo contenido no puede fijarse de antemano por el depositante de manera precisa, tiene, sin embargo, un contenido genérico: La protección de la cosa contra los acontecimientos exteriores y tomar las medidas necesarias para que no se destruya ni se deteriore por sí misma, bajo la influencia de vicios internos, atendiendo a su entretimiento, cuya falta puede afectar especialmente a su destino económico, produciendo un menoscabo en su capacidad de utilización, y, en consecuencia, en su valor. Indudablemente, según la naturaleza del objeto que deba guardarse, predomina uno u otro aspecto de la guarda (en el depósito de alhajas en una caja fuerte predomina el aspecto «pasivo»; contrariamente, en el depósito de ganados, por ejemplo, el aspecto activo).

3.—Contemplando este doble aspecto de la guarda, la cuestión surge acerca de si la utilización que el depositario de su propia cosa puede hacer de ella, desnaturaliza el depósito. A mi parecer no implica desnaturalización.

El artículo 1.768 del Código Civil establece que, cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada pierde el concepto de depósito y se convierte en un comodato; pero téngase en cuenta que, en este supuesto, lo que las partes quieren, independientemente del nombre que asignen al contrato, es un préstamo de uso de una cosa hecho por su propietario a otra persona, y al pactar el uso queda postpuesta la obligación de guardar, que no es otra que la genéricamente establecida en el artículo 1.094 del Código Civil para todo el que está obligado a dar (o devolver) alguna cosa.

Por el contrario, en el depósito de cosa propia, lo que la Ley impone en primer lugar es la guarda (artículos 1.867-bis y 1.871-bis, p. 3.^o), y, secundariamente, se le permite al depositario dedicarla a su «uso natural sin menoscabo de su valor», haciendo resaltar su fundamental obligación de guarda activa al obligarle a realizar los trabajos y gastos necesarios para su conservación, reparación y administración (arts. 1.867-bis y 1.871-bis, p. 3.^o).

Aparte, la Jurisprudencia ha estimado que «no obsta a la naturaleza

(174) LA LUMIA: «Depósito e locazione d'opera», «Riv. Dir. Comm.», 1912, II.



del depósito el que el depositario pueda servirse de la cosa depositada» (S. T. S. de 21 de Mayo de 1896); y PÉREZ-ALGUER (175) comentan, sobre esta base, el artículo 1.768 en el sentido de que si el uso permitido al depositario no altera el fin de la custodia y, además, no se tratara sino de un uso accesorio que no implique facultad de disposición o de consumo, para que la cosa no desmerezca, el contrato no dejaría de ser depósito.

El uso natural sin menoscabo de su valor, que permite al artículo 1.871-bis, excluye el consumo de las cosas depositadas; se le interviene la facultad de disposición (artículo 1.872-bis) e, incluso, las de mera administración, puesto que para trasladar los bienes fuera del lugar o de los locales o dependencias que se hubiesen determinado en el contrato se pondrá en conocimiento del acreedor, con indicación precisa del lugar y de los locales a donde se llevan, que, en todo caso, han de ser adecuados a la buena conservación de las cosas pignoradas (depositadas) (p. 4.º del artículo 1.871-bis).

Esto sin contar con que si este «uso natural» no se permitiera, tras de carecer de finalidad la prenda sin desplazamiento, las cosas sobre las que taxativamente admite la Ley el depósito de cosa propia «desmerecerían» indudablemente (aperos de labranza, maquinaria industrial, mercaderías, ropas y utensilios de hotel; art. 1.864-bis).

En consecuencia, la obligación de guardar, finalidad primordial del depósito que ha hecho decir a los autores (176) que, no obstante pueda darse como accesorio en otros contratos, está en éste elevada a la categoría de principal, no pierde su calidad en el de cosa propia. La finalidad del depósito es la custodia, entendida como actividad encaminada a un resultado concreto: En el depósito en que la condición de derecho de la entrega no estuviere cumplida en el momento de su constitución, asegurar la restitución de la cosa sin alteración; y en el de cosa propia a que los bienes depositados no pierdan su capacidad de garantía de la obligación a que están afectos.

Por tanto, el elemento de la guarda, cuya inmediata base es la fianza (177), es el único de los elementos recogidos por la definición tradicional que permanece en toda modalidad del depósito y, en consecuencia, el que resumiendo el verdadero contenido del contrato hay que mencionar en una definición verdaderamente genérica.

En conclusión, en todo contrato de depósito no es necesario que una

(175) PÉREZ-ALGUER: «Notas a Enneccerus», t. II, 2.º, p. 360.

(176) Por ejemplo, RUGGIERO, ob. cit., vol. II. En Derecho alemán se denomina «Verwahrungsvertrag» (contrato de custodia).

(177) Dig., Lib. XVI, tit. III, p. I, pr.: «Haec actio depositi summan fidei exigit...; ut Juvenalis dixit: Sacrum depositi». CUJAS, quoes. papier; sobre la L. XXIV, Dig., «Depositum» (cit. por GARIBAY, ob. cit.).

persona «entregue» a otra una cosa con la obligación de guardarla y restituirla, sino que basta con que uno de los sujetos contratantes se obligue a constituirse en «guardador» de una cosa de la que no puede disponer libremente.

4.—De donde, por las razones expuestas, el artículo 1.758 del Código Civil, debería ser más comprensivo y amplio, en el sentido de dar cabida a estas nuevas modalidades del depósito que la Ley ha creado, aparte de las ya existentes—como el caso del embargo de bienes dejados en calidad de depósito en poder del propietario—, para lo cual podría redactarse en forma análoga a la siguiente:

Art. 1.758: «Existe el depósito cuando una persona se obliga a la guarda de una cosa cuya posesión no le corresponde, durante la vigencia de esta situación, por ningún otro título».

Igualmente, aclarar el sentido del artículo 1.768: «Cuando el depositario, «de cosa ajena» tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo o comodato.

El permiso no se presupone, debiendo probarse su existencia».

