

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ES
PECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año VIII

Febrero de 1932

Núm. 86

El depósito irregular y su apli- cación en Derecho mercantil

(Historia y Derecho comparado)

I

INTRODUCCION

1. Etimología.—2. Concepto jurídico. El elemento de la custodia.—3. Breve idea de los caracteres del depósito.—4. Concepto legal civil del contrato de depósito.—5. Concepto legal mercantil de este contrato.—6. Cómo aparece la figura del depósito irregular.

Proponiéndonos tratar del depósito en su figura irregular, desde el punto de vista preferente de sus aplicaciones mercantiles, una exigencia de método nos obliga a presentar antes el depósito en su forma regular. Mas, claro está que, atendida su mera finalidad isagógica o preliminar, estas ideas sobre la institución del depósito en general han de reducirse a un esquema de la amplitud estrictamente indispensable a la mejor percepción del tránsito de la figura regular a la irregular.

Bastará a este objeto, con el concepto jurídico general del depósito y una brevíssima idea de sus caracteres, indicando después cuál sea el concepto del contrato de depósito, según el Código civil, y en qué casos este depósito se transforma en mercantil, según el Código de comercio, y el moderno proyecto para su reforma. Con estos antecedentes el tipo especial de contrato que representa el depósito irregular se dibujará con facilidad en la última parte de la Introducción.

I. La etimología de la voz «depositum» nos pone en camino para llegar a su concepto jurídico.

«Depositum» se deriva del verbo *pono, is, ere, possui, possitum*, que significa poner, establecer, colocar, fijar, y que, unido a la preposición de ablativo *de*, forma del verbo *depono, is, sui, situm, nere, depositar*. Esta partícula *de* tiene muchos significados (de, desde, fuera, sobre, bajo, abajo): pero en el verbo *deponere* (y, por tanto, en la voz *depositum*) expresa, en nuestro sentir, una relación de arriba abajo (1). Por eso, *deponere*, en latín,

(1) Este sentido de la preposición *de*, tanto en latín como en castellano, no es difícil encontrarlo en multitud de palabras en las que la partícula prepositiva *de* viene a modificar el sentido de la voz principal, imprimiendo en ella la significación especial indicada en el texto. Tal ocurre en el latín con las siguientes palabras:

Decido, is, cidi, cisum, dere. caer (*ex equo in terram*, Caesar—*arbore glaudes*, Ovidio). *Declivis, e:* lo que está cuesta abajo (*declivia flumina*, Lucrecio). *Decoquere, is, xi, ctum, quere:* disminuir, descender, bajar por la evaporación (se dice del agua cuando cuece). *Decresco, is, crevi, cretum, scire:* menguar, disminuir. *Decurro, is, cursi o cucurri, cursum, rere:* descender, bajar corriendo, correr hacia abajo. *Decursio, onis:* curso o corriente de agua que naturalmente va hacia abajo. *Decutio, is, cussi, cussum, ere:* abatir, derribar. *Deduco, is, xi, ctum, cere:* hacer bajar (*aliquem de rostris*, César). *Desigo, is, xi, xum, gere:* hincar, clavar. *Deflagro, as, are:* arder de arriba abajo, abrasarse enteramente. *Deflecto, is, xi, xum, ctere:* doblar hacia abajo, encorvar. *Defundo, is, dere:* derramar, vaciar. *Degredior, eris, gres, sus, sum, di:* bajar de lo alto, descender, marchar hacia abajo. *Dejectus, us:* la caída. *Demeo, as, are:* descender, bajar. *Demergo, is, si, sum, gere:* sumergir, sepultar. *Deminuo, is, ere:* disminuir, rebajar. *Demisse:* bajamente, por abajo. *Demitto, is, ere:* enviar de alto en bajo, dejar caer, hacer bajar (*demitti de coelo*, Liv.). *Demolior, iris, itus, sum, iri:* demoler, echar por tierra. *Dcnato, as, are:* bajar nadando. *Deorsum:* abajo, hacia abajo. *Dependeo, es, di, sum, dere:* estar colgado. *Deprimo, is, pressi, pressum, ere:* bajar, inclinar hacia abajo. *Derepo, is, psi, ptum, pere:* bajar gateando. *Descendo, is, di, sum, dere* (de *de* y *scando:* subir): descender, bajar. *Desido, is, ere:* rebajarse, quedar sedimentado, depositado. *Desilto, is, lui, sultum, lire:* saltar abajo, bajar saltando. *Despicio, is, pexi, pectum, piscere:* mirar de arriba abajo, despreciar. *Desudo, as, are:* destilar, caer gota a gota. *Devoco, as, are:* llamar, hacer bajar. *Devolo, as, are:* bajar volando. *Devolvo, is, vi, volutum, vere:* rodar hacia abajo.

Con el mismo sentido—relación de arriba abajo—se encuentra la preposición *de* sin formar palabra en las siguientes frases: *De muro se dejecterunt*, César (se precipitaron de lo alto del muro). *Parera de arbore*, Ovidio (parir bajo un árbol).

significa poner abajo, dejar en tierra, descargar (*deponere onus*, Lucrecio).

Y no sólo en latín y en las lenguas que de él se derivan encontramos esta significación, sino también en lenguas de formación completamente independiente del latín. Tal ocurre, por ejemplo, con el alemán, donde «depositar» (entre otros significados) es *niederlegen, niederstellen*, que significa también poner abajo, colocar debajo.

Esta explicación etimológica de la palabra *depositum* se concilia perfectamente con la forma en que originariamente tuvo lugar el acto del depósito antes de llegar a ser contrato.

En efecto, el depósito, en su origen, hay que concebirle como una medida de seguridad que adopta la persona que por cualquier motivo, generalmente calamitoso, se ve compelida a abandonar su casa. En un trance de esa naturaleza, ante la imposibilidad de llevar consigo todas las cosas de su propiedad, es lógico pensar que esa persona buscaba un sitio adecuado donde enterraba los objetos de más valor, y esta operación, o la hacia en un lugar sólo por él conocido o la realizaba en casa del amigo dispuesto a favorecerle, y a quien confiaba, pues, este *depósito* (1). Esta primitiva idea de esconder, enterrar, poner debajo de algo seguro, a que alude tan expresivamente la etimología de la palabra *depositum*, aparece con firmeza en el conocido texto del Digesto (I, 41, 1, De A. R. D., 31, 1), que define el tesoro diciendo que es:

Vetus quoedam depositio pecuniae cuius non existat memoria ut jam dominum non habeat. Aquí se emplea la palabra *depositum* en el sentido de contenido de un depósito de esta especie abandonado por su dueño, es decir, como suma de dinero oculta largo tiempo de la que no se tiene memoria ni se sabe quién es su dueño. Análoga idea expresa Carolo Du Fresne en su *Glossarium mediae et insimoe latinitatis* (2), al dar el siguiente significado del depósito: «Arca—dice—in cua pecunia depositum, vel locus ubi alia quoeveris bona deposita asservatur, preacipue in monasteriis. Reg. visitat. Odonis Archier. Rotamag, ex Cod. Reg.»

(1) Aparece así bien claramente explicado el carácter de contrato de confianza del depósito y la energética protección concedida por las leyes de todos los tiempos contra la deslealtad en la custodia.

(2) Niort. L. Favre, 1884, tomo III, pág. 70.

1245, fol. 406 : *Habebant (moniales monasterii (Villaris) in Deposito seu thesauro, solutis debitibus quoe debebant, vj. libras.)* En este texto, por sinédoque, se da el significado de depósito al arca que contiene la cosa depositada o el lugar en que se deposita y se equiparan las palabras *depósito* y *thesauro* (1).

2. «El depósito—dice Pothier—es un contrato por el cual uno de los contratantes da una cosa a guardar a otro, el cual se encarga de ello gratuitamente y se obliga a devolverla cuando fuere requerido» (2).

La sola enunciación del concepto de depósito da idea de la *utilidad* enorme de este contrato, que nos permite, en circunstancias normales, desligarnos de nuestras cosas durante el tiempo en que otras ocupaciones nos impidan vigilarlas debidamente, sin perder nuestro derecho sobre ellas, y en circunstancias normales. (incendio, inundación, ruina, etc.), librarnos del peligro de ser destruidas. Unase a esto el que el depósito nos garantiza la custodia de las cosas que por necesidad hemos de llevar con nosotros en los viajes, y que es preciso abandonar a veces en la casa donde nos hospedamos, y se comprenderá que no existe pueblo «en el cual haya apenas nacido las primeras nociones de justicia y de buena fe que no tenga en práctica este contrato y no le reconozca su gran utilidad» (3). En los tiempos actuales el aumento, siempre creciente, del tráfico mercantil y la constante movilidad de las personas han dado ocasión para innumerables aplicaciones del depósito, como hemos de comprobar en la última parte de este trabajo.

La característica del depósito es la buena fe que supone por parte del que recibe la cosa—depositario—. *Totius fidei ejus esse commissum quod ad custodiam rei pertinet*, dice Ulpiano (4). De-

(1) Para hacer un estudio detenido sobre la etimología y significación de la voz *depositum*, pueden consultarse: *Thesaurus linguae latinae*, volumen V, fasc. III, columnas 584 y 585, por Jachmann. A Walde: *latein. etym. Wörterbuch*, 2 Auflage, p. 598. *Heinisches lateinisches Schulwörterbuch*, 1 Teil, p. 226. *Ausführliches lateinisch deutsches Handwörterbuch*. Ausg. v. K. E. Georges Erster Band, columnas 2.059 y 60. Friedrich Lübkere: *Reallexikon des Klassischen Altertums*, herausg. v. J. Geffcken und E. Ziebarth, pp. 284-85.

(2) Pothier: *Traité du dépôt* (tomo VI de las Obras completas), página 1.

(3) *Dig. Ital.*, vol. IX, parte segunda, pág. 99.

(4) *L. I. D.*, *depositi*.

aquí que este contrato se llame sagrado (1) y que su infracción suponga un hecho delictivo desde las más antiguas legislaciones hasta nuestros días (2).

El fin principal del contrato es la custodia de la cosa depositada. La definición de Ulpiano—*quod custodiendum alicui datum est*—expresa bien claramente la finalidad del depósito, y a partir de este texto romano todas las definiciones de los autores coinciden en señalar de un modo preferente el elemento de la guarda. El Derecho alemán, coincidiendo con la definición de Ulpiano, llama al depósito «contrato de guarda» (*Verwahrungsvertrag*), y los autores alemanes, realzando la obligación de custodia que pesa sobre el depositario, incluyen el depósito entre los contratos de servicios o de trabajo (*Arbeitsverträge*). Así, Gierke (*Deutsches Privatrecht*, III, pág. 412), Cosack (*Lehrbuch des burgerlichen Rechts*, I, pág. 11), Enneccerus (*Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, parte 2.^a, pág. 293), Endemann (*Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, pág. 1.161), etc.

El contenido obligacional del depósito se concreta en una doble obligación del depositario: custodiar la cosa y restituirla al depositante. Pero esta obligación de custodia no es la genérica obligación de conservar la cosa, que es aneja de la de entregar o devolver esa cosa, y que como tal aparece en otras muchas relaciones contractuales, como la compraventa, arrendamiento de cosas, préstamo comodato, prenda, mandato, etc. (v. artículo 1.094 del Código civil). Aquí la obligación de guarda, de obligación accesoria a la de restitución, pasa a ser obligación específica y característica del contrato celebrado (*custodiae causa duntaxat*).

Gierke (ob. cit., pág. 730), refiriéndose al Derecho alemán, supone que en el contenido obligacional del depósito la primitiva obligación fundamental, que era la de restituir la cosa, se ha convertido más tarde en la de guardarla. «Como contenido esencial de la obligación jurídica del depositario—dice—aparece en el antiguo Derecho alemán la íntegra restitución de la cosa. Del mismo modo, en el Derecho romano la *actio depositi directa* se ende-

(1) «*Haec actio depositi summam fidei exigit. Contractus depositi est sacer contractus, ut Juvenalis dixit: *Sacrum depositi.**» Cujas, quoest. papin., sobre la l. 24 Dig., *depositi*.

(2) V. Código penal español, núm. 5 del art. 548.

rezaba a la devolución. Al lado de ella se destacó, no obstante, en el Derecho alemán, como obligación sustantiva, la permanente guarda debida por el depositario, y en el curso del desenvolvimiento llegó a ser la guarda, como tal, el contenido obligatorio propio. «El contrato de depósito se muestra hoy como fuente de una obligación duradera (*dauernden*) que no se ejecuta, sino que se extingue mediante la devolución.» «Por esta razón—añade—se incluye el contrato de depósito entre los contratos de servicios o trabajo. Su esencia jurídicoobligatoria está constituida por la actividad, encaminada a la guarda de la cosa, que debe prestar el depositario. Esta es la prestación que se tiene en cuenta en el contrato de depósito remunerado.»

Por esta obligación específica el depósito se distingue con facilidad de aquellos otros contratos, antes mencionados, en los que, aun mediando una obligación de guardar cosa mueble, no tienen como finalidad esencial ésta de la custodia.

Tal doctrina, que ha sido y es la corriente entre los autores, encuentra un contradictor en Windscheid, para quien el contenido esencial del depósito no radica en la custodia a que se compromete el depositario, sino en la concesión gratuita de un determinado espacio por él depositario al deponente. Por ello sale al paso de la interpretación, generalmente en uso, del texto de Ulpiano citado, diciendo que no debe entenderse en el sentido de que el depositario asuma la obligación de custodiar la cosa, de una especial actividad de custodia: él se obliga sólo a conceder un sitio, con el fin de que la cosa sea guardada en él. Ampara su opinión en la L. I, § 12, D., que dice: «Quod si rem tibi dedi, ut... tu custodiris... videndum est, utrum depositi tantum, an et mandati actio sit. Et Pomponius dubitat. Puto tamen, mandati esse actione: quia plenius fuit mandatum, habens et custodiae legem» (1).

Gierke (2) estima completamente equivocada esta opinión de Windscheid no sólo respecto al Derecho común, sino también para el Derecho romano. Para él, la concesión del espacio necesario va unida a la custodia de la cosa, y queda reducida a la categoría del simple medio para que la guarda—objeto esencial

(1) Pand. (trad. Fadda y Bensa), vol. II, parte segunda, § 377, número 1.

(2) Ob. cit., pág. 731.

del depósito—pueda tener lugar. Y cuando se establece, por estipulación, el espacio para el acomodo o alojamiento de la cosa, sin que se asuma ninguna obligación de custodia, entonces no se trata de contrato alguno de depósito, sino de un comodato o de un alquiler, según que la concesión sea gratuita o remunerada.

Este concepto de la custodia negativa, defendido por Windscheid, ha tenido ciertamente pocos partidarios. Entre éstos se cuenta Coppa-Zuccari (1), cuando dice, refiriéndose al Código civil italiano, que no impone al depositario una especial actividad dirigida a la conservación de la cosa, y que donde estuviese obligado a tal actividad, se tendría no un depósito, sino una *locatio conductio operis*, encaminada a la conservación de la cosa. «El custodio, el arrendador de la propia obra, con fines de custodia —añade este autor—, debe vigilar la cosa por custodiar, no puede alejarse de ella, debe defenderla contra el hurto, debe desplegar una actividad positiva y especial, que sustrae a la vigilancia de sus cosas. Responde a la diligencia de un buen padre de familia, independientemente de la que desarrolla en la gestión ordinaria de su vida económica y jurídica. Por el contrario, el depositario, en la custodia de las cosas recibidas en depósito, debe desplegar la diligencia, *cuam suis rebus adhibere solet*. Y esta diligencia, dirigida a la conservación de las cosas propias, la desenvuelve el depositario, en relación a las cosas no fungibles, impidiendo que se pierdan o se deterioren...»

Estas últimas palabras de Coppa-Zuccari denotan que él mismo reconoce una actividad propia de la custodia, que se traduce en el hecho de impedir que la cosa dada en custodia se pierda o se deteriore. Es, pues, una obligación la del depositario que excede, sin duda—y vemos que así lo reconocen los mismos contradictores de la custodia positiva—, a la que se concreta en una actividad meramente pasiva respecto de los acontecimientos que puedan relacionarse con la cosa depositada. «Custodia de una cosa—decía Hassc (2)—es defensa de la cosa misma contra acontecimientos extraños al hecho del custodio que de cualquier modo

(1) *Il deposito irregolare*. Módena, 1901, pág. 94.

(2) *Die culpa des romischen Rechts*, pág. 282 (cit. por La Lumia: *I depositi bancari*, pág. 98, núm. 1).

la deprecien o la sustraigan a aquél para el cual deba conservarse.»

Hay que distinguir en el depósito, como hace La Lumia (1), la actividad del depositario, que se exterioriza en la diligencia *quam suis rebus* y constituye el *objeto* del contrato, y la *conservación* de la cosa, que es, por el contrario, el fin inmediato o *causa*. En rigor, el concepto de custodia se agotaría en el primer término, la actividad; pero teniendo presentes las relaciones inescindibles entre medio y fin, abraza también el segundo, es decir, la *conservación*.

El signo distintivo del depósito es, por tanto, la *custodia*, empleando esta palabra en el sentido indicado de actividad de guarda, no en el sentido técnico, que también se encuentra en el Derecho romano cuando significa no tanto esa actividad como su valoración jurídica. Según Girard, el término *custodia* se emplea a menudo en las compilaciones de Justiniano para designar la diligencia que debe aplicar a la guarda de una cosa el individuo responsable de su culpa. Pero, al lado de este sentido general, tiene otro restringido, en el que expresa una responsabilidad especial, impuesta al deudor, y que implica para él la garantía de ciertos casos fortuitos, tales como el robo y la deterioración de la cosa, en oposición a los casos de fuerza mayor propiamente dicha (2).

Más adelante veremos de qué manera subsiste el elemento de la custodia en el depósito irregular.

3. Dejemos a un lado la cuestión relativa a si el depósito es un contrato o simplemente un acto unilateral. Sabido es que el Código de Napoleón lo definió como acto (artículo 1.915), y que este concepto fué defendido por Domat (3) y Guillouard (4), argumentando que dentro del depósito está el secuestro o depósito judicial, y en él no hay contrato, sino una orden de justicia dada a una persona para constituirla guardián de objetos pertenecientes a otros. El ejemplo del Código francés lo siguió el italia-

(1) Ob. cit. en la nota anterior, pág. 98.

(2) V. también Pétit, *Traité élémentaire de Droit romain*. París, 1925, página 485, núm. 3.

(3) *Les lois civiles. Du dépôt et du sequestre. Introduction.*

(4) *Traité du dépôt et du sequestre*, pág. 286.

no (artículo 1.835); pero esta dirección no ha tenido continuadores ni en la legislación ni en la doctrina (1).

a) *El depósito es un contrato real.*—En el Derecho romano justiniano figura entre los cuatro contratos que se perfeccionaban *re* (Inst., 3, 14: *Quibus modis re contrahitur obligatio*), y la razón de este requisito de la entrega de la cosa es la de que no se puede obligar a nadie a devolver una cosa que todavía no ha recibido. De aquí que la obligación de restituir que al depositario incumbe tenga como presupuesto la precedente entrega de la cosa.

No podemos desarrollar aquí la discusión sobre el problema de la subsistencia en el Derecho romano de los contratos reales, ni siquiera circunscribiéndolo al Derecho positivo español, con la interpretación del artículo 1.258, concebido en unos términos de generalidad que el propio Código contradice en varios de sus artículos (v., respecto de los contratos llamados formales, los artículos 633, 1.280, 1.628, 1.667 y 1.875, y respecto de los reales, los artículos 1.740, 1.758 y 1.863). El tema ha sido ampliamente tratado por los civilistas y frente a un pequeño grupo que niegan—si se permite la expresión—la realidad jurídica del contrato real (Toullier (2), Vigié y Combescure (3), entre los franceses; Schneider (4), entre los suizos, y Goyena (5) y Falcón (6), entre los españoles), está la gran mayoría de los escritores de Derecho civil, afirmando la persistencia y justificación de los antiguos contratos reales en el Derecho positivo moderno. A este grupo pertenecen Sánchez Román, De Diego, Burón, Valverde, Manresa, etc., entre los españoles; Pothier (7), Poujol, Moulon,

(1) Véase, respecto del Derecho español, la opinión de Sánchez Román (*Estudios de Derecho civil*, IV, pág. 871) y el artículo 1.180 de la ley de Enjuiciamiento civil, que confirma el carácter contractual aun para el caso del secuestro judicial, ya que habla de aceptación por el depositario.

(2) *Le droit civil français*, continuado y completado por Duvergier, sexta edición, vol. III, segunda parte, pág. 10.

(3) Artículo de la *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence* (1903, XXXII, págs. 477-491), con el título: *Existe-t-il des contrats réels en Droit français?*

(4) *Commentaire du Code fédéral des obligations*, tomo I, núm. 19.

(5) *Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español*.

(6) *Derecho civil español, común y foral*, IV, pág. 72.

(7) *Oeuvres complètes. Prêt à usage* núm. 6.

Colmet de Santerre, Aubry et Rau, Demolombe, Larombière, Laurent, Thyri, Bufnoir, Troplong, Baudry-Lacantinerie, Planiol, etc., entre los escritores de Derecho francés; Ruggiero, Gianturco, Pacifici-Maszoni (1), entre los italianos; Gierke (2), Endemann, Dernburg, Crome, Ennecerus, Planck, Staudinger, Regelsberger, Windscheid y Brinz, entre los alemanes, y entre los suizos, Eisele (3). En la legislación positiva, el único Código que se mantiene afirmado al principio de que hoy todos los contratos son consensuales es el Código de las obligaciones suizo, como se deduce de las definiciones de los contratos de préstamo y de depósito (artículos 305 y 472).

Conforme a la opinión dominante, el depósito exige, pues, a más del consentimiento y los demás requisitos fundamentales de todo contrato, la efectiva entrega de la cosa. Pero nótese bien que—como ya apunta Gierke (4)—la puesta en posesión de la cosa no se requiere aquí como exigencia formal, como sospechan, equivocadamente, los que ven en los contratos reales una reminiscencia del sistema formulario romano, sino como supuesto imprescindible del contrato mismo. La tradición tiene, pues, no una significación formal, sino una significación material, impuesta por la naturaleza del vínculo jurídico que se crea.

Por estas consideraciones, el precepto del artículo 1.258 del Código civil español no tiene más alcance que el de establecer,

(1) En la quinta edición de sus *Istituzioni* reconoce el carácter real del depósito, de acuerdo con el artículo 1.837 del Código civil italiano, rectificando así la opinión inserta en las anteriores ediciones (véase nota 2, página 414, vol. V, parte segunda).

(2) *Deutsches Privatrecht*, III, págs. 344, 571, 577 y 728.

(3) *Über Realkontrakte mit besonderes Rücksicht auf das schweizerische Obligationrecht*, en la *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, XXV, página 1.^a y siguientes.

(4) Dice Gierke (*Deutsches Privatrecht*, III, pág. 344): «Desde el siglo XVII estaba establecido como derecho común consuetudinario que todo contrato obligatorio (*Schuldvertrag*) pudiera con toda eficacia ser concluido como contrato consensual.» Pero añade a continuación: «Claro es que al mismo tiempo el concepto del contrato real en los contratos reales nominados del Derecho romano conservaba una significación material, quedando pendiente de la entrega al deudor el fundamento de tal relación obligatoria, designada por las denominaciones de estos contratos y regulada por peculiares normas jurídicas.»

como principio general de la contratación, el espiritualista, cumpliendo de este modo lo que establecía la base 20 de la ley de 11 de Mayo de 1888, que mandaba que los contratos continuaran 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. No hace más que extender a todos los contratos, en general, la declaración que el Derecho romano hacía sólo respecto de cuatro contratos (los llamados consensuales), pero sin que ello signifique que tal regla no admita excepciones, que el mismo Código se encarga de patentizar en los lugares correspondientes antes citados. A este respecto es bien significativa la comparación del léxico que el Código emplea, al caracterizar el contrato de depósito, con el que utiliza al hablar de la compraventa, permuta, arrendamiento, sociedad y mandato. Así como en estos últimos tiempos, supuesta la existencia del contrato por la simple coincidencia de voluntades (ya que el contrato existe—como dice de un modo general el artículo 1.254—desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio), se limita el Código a indicar las obligaciones características que se producen por ese acuerdo (1), en el primero—contrato real del Derecho romano—se advierte que el Código no estima suficiente que se haya producido el simple acuerdo de voluntades, sino que exige, además, para que se «constituya» el contrato en cuestión, que la cosa haya sido entregada (artículo 1.758).

En suma: el contrato de depósito, como al principio dijimos, es un contrato real en el puro sentido romano (2).

(1) En la compraventa, uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada, y el otro a pagar por ella un precio cierto (artículo 1.445). En el arrendamiento, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto, o a ejecutar una obra o prestar a la otra un servicio por precio cierto (artículos 1.543 y 1.544). En la sociedad, dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias (artículo 1.665). En el mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra (artículo 1.709).

(2) Para evitar confusiones, importa insistir en que aquí empleamos la expresión *contrato real* en el puro sentido romano—contrato que se perfec-

b) *La unilateralidad y la gratuitad del depósito.*—El depósito no engendra para el depositante más que derechos—el de reclamar la devolución de la cosa y los que sean consecuencia de éste—, y para el depositario, sólo obligaciones—la de custodiar la cosa depositada y devolverla cuando el depositante la reclame—. Encaja, pues, perfectamente este contrato en el concepto de contrato unilateral (1).

Cuestión íntimamente enlazada con ésta es la de si la gratuitad será o no esencial al concepto del depósito. En Derecho romano parece indudable que el contrato del depósito fué esencialmente gratuito, como contrato de beneficencia hecho en vista de la utilidad exclusiva del deponente. De un texto de Ulpiano se

ciona por la entrega de la cosa—y no en el sentido de los autores alemanes, como contrato enderezado a la transmisión del dominio o de un derecho real (*dingliche Verträge*). En este sentido es real el contrato consensual de compraventa.

Según advertimos antes en el texto, la índole tan específica de este trabajo no nos permite hacer más que indicaciones sumarísimas sobre el problema del contrato real. El que pretenda hacer una monografía—que sería muy interesante—sobre este punto, debe consultar: Brinz, *Pandekten*, II, § 228; Bübau, *Der Realvertrag*, Rostock, 1906; Cosack, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, págs. 572, 575 y 619; Demelius, *Realkontrakt in heutigen Rechte, Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht*, vol. VIII, número 5; Kohler, *Archiv für bürgerliche Rechts*, II, p. 217 (sobre comodato), y 211 (sobre mutuo), XXXIII, p. 1 y sig.; Krahmer, *Der Darlehensbegriff*, u. s. w., Halle, 1900; Lubbert, *Jahr. f. D.* LII, p. 313 y sig.; Plesinla, *Analyse critique de la théorie des contrats réels*, París, 1902; Regelsberger, *Jahr. f. D.* LII, p. 410 y sig.; Schlossmann, *Realkontrakt und Ververtrag*, *Jahr*, I, D. XLV, pág. 1 y sig.; Schey, *Schuldenhaltnisse*, p. 36; Storch, *Der heutige Darlehensvertrag*, 1878; Unger, *Jahr. f. D.* XIII, p. 16 y sig.

(1) No nos detenemos en el examen de la tesis de los contratos sinalagmáticos imperfectos, categoría especial en la que suele incluirse el depósito cuando la custodia ha originado gastos o perjuicios para el depositario. La doctrina moderna rechaza esta especie híbrida en la clasificación de los contratos, afirmando que esa ulterior obligación del deponente, como no nacida en el momento de la perfección del contrato, sino más tarde, a virtud de un hecho eventual e incidental, no entra en el ámbito de las relaciones contractuales. Véase en este sentido Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, II, pág. 950; De Diego, *Apuntes de Derecho civil*, segundo curso, I, pág. 112, y *Enciclopedia giurídica italiana*, vol. IV, parte primera, pág. 985.

deduce, por otra parte, que este carácter de la gratuitad era la que servía para diferenciar el depósito del arrendamiento (1). Domat y Pothier, siguiendo fielmente al Derecho romano, consideraron incompatible con el concepto del depósito la estipulación de un salario, y, de acuerdo con estos principios, el Código civil francés afirma que el depósito es un contrato esencialmente gratuito (artículo 1.917).

Mas lo cierto es que si indagamos el *initium at causa* de este contrato, como Ulpiano aconseja, en general (2); si buscamos el fin que las partes se proponen al contratar, comprobaremos que la retribución en nada altera esa finalidad, ni se opone, por tanto, a la esencia del contrato. Siendo el fin del depósito la custodia de una cosa por parte del depositario, como luego veremos, lo que importa es que este fin quede siempre respetado para que pueda hablarse de tal contrato. El salario, que no impide ni estorba esta custodia de la cosa, es, pues, una estipulación más entre las muchas que los contratantes pueden pactar dentro de una amplia libertad, tan sólo limitada por la necesidad de que quede intacta la relación jurídica que da nombre al contrato.

Por otra parte, hay que tener presente la influencia, cada día mayor, de la contratación mercantil en la contratación civil, que amenaza absorberla por completo, convirtiendo en contratos onerosos todos los que tradicionalmente fueron gratuitos: es una imposición de la realidad a la que el legislador no puede volver la espalda. Los redactores del Código francés no supieron apreciarla —cosa disculpable en una época de escaso tráfico mercantil, comparado con el actual—; mas los códigos posteriores tuvieron que aceptar la modificación del concepto (3). Así, en nuestro Código-

(1) «Si vestimenta servanda balneatori data perierint, siquidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi cum teneri, et dominum duntaxat proestare debere puto, quod si accepit, ex conducto.» L. I., § 8, D. depositi.

(2) «Uniuscuiusque contractus initium spectandum et causam.» V. *Enc. giur. it.*, vol. IV, parte primera, pág. 982.

(3) Esto aparte de que en el propio Derecho romano no faltan indicios para suponer que el depósito no dejaba de ser depósito aun cuando hubiera «merces». Véase, si no, el siguiente texto de Ulpiano: «Nam quia nulla utilitas ejus versatur, apud quem deponitur merito dolus proestatur solus, nisi forte et merces accessit.»

civil, el depósito es un contrato por naturaleza gratuito, mas no por esencia, puesto que se admite el pacto de una retribución (artículo 1.760) (1).

En cambio, el Código de comercio, en armonía a las necesidades a que responde su especialidad, configura el depósito mercantil como contrato en que la retribución al depositario va aneja a la naturaleza del convenio, admitiendo el pacto en contrario (artículo 304). La posición del Código mercantil es, pues, la inversa a la del civil, el cual, fiel a la tradición romana, se mantiene en este punto muy rezagado. Si seguimos la trayectoria del concepto legal de depósito, hasta los códigos más modernos y prácticos, observaremos, en efecto, que la remuneración al depositario se admite y se sanciona no sólo si se ha convenido expresamente, sino también cuando, faltando esa estipulación, sea procedente el salario, atendidas las circunstancias del caso. Tal es la posición del Código civil alemán (2) y del Código civil suizo (3).

El depósito es, pues, un contrato unilateral, cuando es gratuito, y bilateral, cuando es remunerado, y la remuneración se pacta como contraprestación a la prestación del depositario (4).

4. Nuestro Código civil, a más de este elemento clásico de la gratuitad, que recoge en el artículo 1.760, reproduce en la definición del artículo 1.768 el concepto tradicional del depósito tal como acabamos de caracterizarlo.

«Se constituye el depósito—dice el Código civil—desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla.»

El Código apunta como obligación primordial la de custodiar

(1) El depósito es un contrato gratuito, salvo pacto en contrario—dice ese artículo.

(2) § 689. Debe considerarse convenido tácitamente un salario en el depósito cuando, según las circunstancias del caso, deba considerarse que sólo se realizaría la custodia mediante salario.

(3) Art. 472, § segundo: El depositario no puede exigir una remuneración más que cuando haya sido expresamente estipulada, o si, teniendo en cuenta las circunstancias, confiara en ser remunerado.

(4) Gierke, ob. cit., pág. 730. Cosack, *Lehrbuch des burg. Rechts*, tomo I, p. 619. Endemann, por el contrario, opina (*Lehrbuch des burg. Rechts*, tomo I, p. 1.160) que el depósito es siempre unilateral, pues aun concedido el salario, éste no tiene carácter de contraprestación.

la cosa («guardarla»), obligación que vincula—como hemos visto—la esencia del depósito, la finalidad determinante del contrato (*quod custodiendum alicui datum est*). Con excelente criterio antepone el Código esta obligación a la de restituir, por donde se ve que no es la custodia una consecuencia no más de aquella otra obligación, sino más bien la obligación típica del depositario, la que da nombre en algunos idiomas al contrato mismo (*Verwahrungsvertrag* de los alemanes).

Alrededor de este núcleo fundamental, y en rigurosa sumisión a él, se dibujan los caracteres del depósito.

a) Como para que una persona pueda custodiar una cosa es preciso que la cosa pase a poder de esa persona, el Código no tiene por *constituido*, es decir, por *perfecto*, el contrato hasta tanto que se recibe la cosa misma (artículo 1.758), sancionando de este modo explícito la naturaleza *real* del depósito.

b) La guarda o custodia que el depositario se obliga a preservar suele ser—sin duda, lo fué en el origen del contrato—oficio de amistad y benevolencia. De aquí su gratuidad, apuntada en el artículo 1.760, como tipo normal y legal del contrato. Pero como a la finalidad esencial de la custodia—*initium et causam* del contrato—no se opone el que se pacte una retribución, al lado de la figura clásica del depósito admite el Código la figura moderna y mercantilista del depósito retribuido por el cauce del pacto en contrario o pacto derogatorio del tipo legal.

5. Nuestro Código de comercio, fiel al sistema de «clasificación por partida doble», que reclama su propia existencia, independiente frente al Código civil, dibuja un tipo especial de contrato de depósito, al que denomina «mercantil», para oponerle a su correlativo el depósito civil (artículo 303, Código de comercio).

Cabría plantear en este punto la cuestión de la oportunidad de esas notas características del depósito mercantil, que el Código menciona en el artículo 303, teniendo en cuenta el criterio de calificación automática de los actos mercantiles, expresado en el artículo 2.º del propio Código. Si el depósito es acto de comercio por el solo hecho de estar incluido en el Código (artículo 2.º, § 2.º), parece que no había necesidad de puntualizar los casos en que este contrato es mercantil.

Pero es preciso reconocer que, supuesta la existencia de un de-

pósito regulado por las leyes civiles, no bastaría, para deslindar el depósito mercantil, con establecer una regulación distinta en el Código de comercio, porque siempre habría de quedar sin resolver la duda acerca de cuál de los dos ordenamientos, el civil o el mercantil, era el aplicable a un contrato dado.

¿Qué criterio seguir entonces para la distinción? (El Código de comercio italiano no define un tipo general de depósito mercantil, como hace nuestro Código, sino que limita la calificación de mercantil al depósito de mercancías y frutos realizado en los almacenes generales, es decir, a una especie concreta entre los depósitos, caracterizada por el objeto del contrato y el lugar donde la cosa se custodia.)

Nuestro Código, en cambio, salva la dificultad apuntada, señalando tres requisitos para que el depósito se convierta en depósito mercantil. De este sistema se deduce que el depósito no será mercantil porque esté incluido en el Código de comercio—criterio general suministrado por el artículo 2.º—, sino porque reúna las tres condiciones que vamos a comentar brevísimamente (1).

JOAQUÍN GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE,

Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Central..

(Continuará en el número siguiente.)

(1) V. sobre este tema de la distinción entre actos civiles y mercantiles en nuestro Derecho positivo, mi *Prólogo a la traducción española de Principios de Derecho mercantil* del profesor Rocco. Madrid, *Rev. de Derecho privado*, 1931.