

UNIVERSIDAD DE GRANADA  
FACULTAD DE DERECHO

LA PROHIBICION DE COMPENSAR LAS DEUDAS DERIVADAS DE  
DEPOSITO Y COMODATO (ART. 1200, PFO. 1 C.C.)

Tesis que para la obtención del Grado de Doctor  
presenta la Licenciada M<sup>º</sup> Luisa Moreno-Torres  
Herrera, realizada bajo la dirección del Dr. D.  
Bernardo Moreno Quesada, Catedrático de Dere-  
cho Civil de la Universidad de Granada.

Granada junio de 1991

V<sup>º</sup> B<sup>º</sup>

El Director de la Tesis

UNIVERSIDAD DE GRANADA

ACTA DEL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

Curso de 1970 a 1971

Folio .....

Número .....

Reunido en el día de la fecha el Tribunal nombrado para el Grado de Doctor de D. H. Guisa Moreno-Torres Herrera, el aspirante leyó un discurso sobre el siguiente tema, que libremente había elegido: La prohibición de compensar las deudas derivadas del depósito y arrendato (art. 1200 - par. 1º - C.c.)

Terminada la lectura y contestadas las objeciones formuladas por los Jueces del Tribunal, éste le calificó de .....

Granada 25 de junio de 1971

EL PRESIDENTE,

EL SECRETARIO DEL TRIBUNAL,

EL VOCAL,

EL VOCAL,

EL VOCAL,

FIRMA DEL GRADUANDO,

INVESTIDURA ... En el día de la fecha se ha conferido a D. .... el Grado de Doctor en la Facultad de ..... conforme a lo prevenido en las disposiciones vigentes.

Granada de de 19  
EL DECANO,

CERTIFICO: Que el Acta que antecede concuerda con la del expediente del interesado remitida a la Secretaría de la Universidad.

Granada de de 19  
El Catedrático Secretario,

V.º B.º  
EL DECANO,

CAPITULO I:

EL PARRAFO PRIMERO DEL ART. 1200 DEL CODIGO

CIVIL: PROBLEMAS QUE PLANTEA.-

## CAPITULO I:

### EL PARRAFO PRIMERO DEL ARTICULO 1200 DEL CODIGO CIVIL:

#### PROBLEMAS QUE PLANTEA.-

La problemática que suscita el párrafo primero del art. 1200 del Código, al preceptuar que "La compensación no procederá cuando alguna de las deudas proviniere de depósito o de las obligaciones del depositario o comodatario" es tan simple de formular como difícil de resolver. Consiste en determinar cuáles son en concreto las obligaciones excluidas de compensación.

Nuestro Código se separa en la redacción de esta norma del Código Francés, con lo cual no hace más que desplazar y agravar los inconvenientes ya originados por su art. 1293, 2 conforme al cual la compensación no tendrá lugar en el caso de la "demanda en restitución de un depósito y de un préstamo de uso".

Partimos, pues, de la idea de que las dificultades que las prohibiciones de compensar en los casos de depósito y comodato originan en uno y otro derecho son distintas, si bien en algún punto coincidentes. Es claro -con independencia de la amplitud con que algunos entienden la expresión- que lo que el Código Francés excluye de la compensación es la deuda de restitución, mientras que el nuestro, al hablar de deudas que provienen "de depósito o de las obligaciones de depositario o

comodatario" no se sabe muy bien a qué alude, si bien la expresión, no obstante su oscuridad, parece sugerir algo distinto.

En el mismo grupo que el francés en cuanto a la redacción de la norma, podemos incluir los siguientes textos legales:

-Proyecto de 1851 (art. 1126): "Contra la demanda para la restitución de la cosa en los casos de despojo, depósito o comodato, no puede oponerse la compensación".

-Código Civil Italiano (art. 1246): "La compensación se verifica cualquiera que sea el título de una u otra deuda, excepto en el caso: 2) del crédito por la restitución de una cosa depositada o dada en comodato". En el mismo sentido, art 1289 del Código de 1846.

-Código civil de Bolivia (art. 887): "Hay lugar a la compensación en toda deuda, a excepción de los casos siguientes: 2-de demanda sobre restitución de un depósito o de una cosa dada en comodato".

-Código Civil de Costa Rica (art. 808): "La compensación no se realizará: 3- Cuando la deuda tuviere por objeto una cosa depositada<sup>1</sup>".

La cuestión fundamental que en todos ellos se suscita es la razón de ser de la norma, ya que para que tenga lugar la compensación se exige que ambas

---

<sup>1</sup> Aunque en este caso no se incluye al comodato, se habla igualmente de restitución del depósito.

deudas "tengan por objeto una suma de dinero, o una cierta cantidad de cosas fungibles de la misma especie y que sean igualmente líquidas y exigibles"<sup>2</sup>(2). La obligación de restituir la cosa recibida en depósito o comodato es una obligación de entrega de un cuerpo cierto, en la cual falta, por tanto, el requisito de la fungibilidad, necesario para que se extinga por compensación. Bastaría con la aplicación de las reglas generales para evitarla, sin que, de otro lado, resulte convincente la solución según la cual se trata, simplemente, de la aplicación de la regla general a un caso concreto.

La ratio y el fin de la prohibición es clara para la doctrina francesa y para la italiana<sup>3</sup>. Otra cosa es su necesidad jurídica, siendo SACHI el único que, con un punto de vista muy peculiar, estima la prohibición necesaria si se quiere excluir la compensación. Parte de la idea de que la restitución en los casos de depósito y comodato está dirigida a procurar que en el patrimonio del comodante y depositante entre la cosa misma. Pero considera que este fin no se frustra con la compensación "puesto que el patrimonio del depositante o comodante sería reintegrado de la

<sup>2</sup> Artículo 1124 del Proyecto del 51: "La compensación no procede sino cuando ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, o cuando siendo fungibles las cosas debidas sean de la misma especie, y también de la misma calidad, si esta se hubiere designado".

Artículo 1243, 1 del Código Italiano: "La compensación se verifica entre dos deudas que tengan por objeto una suma de dinero o una cantidad de cosas fungibles del mismo género y que sean igualmente líquidas y exigibles".

Artículo 885 del Código Civil de Bolivia: "Para que la compensación tenga lugar es menester que las deudas tengan por objeto o una suma de dinero o una cantidad de cosas fungibles de la misma especie, y que sean igualmente líquidas y exigibles".

Artículo 806 del Código Civil de Costa Rica: "Tiene lugar la compensación cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho, siempre que ambas deudas sean líquidas y exigibles, y de cantidades de dinero o de cosas fungibles de la misma especie y calidad".

<sup>3</sup> Sin que ello implique que estas cuestiones sean absolutamente pacíficas.

temporánea indisponibilidad de la cosa que le pertenece mediante la liberación de otro tanto de la misma cosa que él debe entregar al depositario o comodatario"<sup>4</sup>. Entiende que el efecto liberatorio en el patrimonio del depositante o comodante corresponde perfectamente a una verdadera y propia resitución operada en él, puesto que un patrimonio tiene el mismo valor si se le l'era de un crédito líquido y exigible que si se incrementa con la suma correspondiente al crédito todavía inextinguido.

Más esta perspectiva, aún pudiendo ser acertada en términos puramente económicos, prescinde de forma absoluta de los requisitos legales de la compensación, debiendo en consecuencia ser rotundamente rechazada.

De resto, todos los autores son conscientes de que no es precisa la exclusión de compensación respecto de la deuda de restitución del depósito o de la cosa cedida gratuitamente para su uso. Algunos se contentan con afirmar que estamos ante aplicaciones a casos concretos de la regla general que requiere para que haya compensación la fungibilidad de las cosas debidas. Pero otros, reacios en principio a admitir que el legislador esté simplemente reiterando normas ya establecidas, se obstinan en dar un diferente significado al precepto, formulando con este fin las más variadas explicaciones<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Opinión recogida por CUTURI, "Trattato delle compensazioni nel diritto privato italiano", Milano 1909", n. 199, pag. 371.

<sup>5</sup> Estas explicaciones se recogen en el capítulo III.

La problemática del Código Español (y junto con él del de Puerto Rico, que copia literalmente, en el art. 1152, su desacertada redacción) es otra. En él no se habla de restitución, y aunque ello en principio no es obstáculo (y mucho menos a la vista de los antecedentes históricos), para entender que es a esta obligación a la que se quiere exceptuar de compensación, encontramos una doble expresión referida al depósito ( deuda que "provinere de depósito" y "de las obligaciones de depositario") que obliga a reconocer que se está prohibiendo la compensación respecto de alguna otra obligación del depositario, distinta de la restitución.

Más la citada duplicidad no aparece por lo que hace al comodato. ¿Quiere ello decir que para el comodatario la única deuda no compensable es la de devolución de la cosa?. En tal caso ¿A qué razón responde el diferente trato que le atribuye el legislador?.

LOPEZ VILAS resume en los siguientes puntos los interrogantes que suscita la norma:

A) Así, en relación con el depósito, cabe formular las siguientes cuestiones:

¿Cuáles son las deudas que provienen de depósito?.

¿Qué se entiende por deudas provenientes de las obligaciones del depositario?.

¿Han de entenderse también incluidas en la norma prohibitiva las deudas del depositante?

¿Cuál es en consecuencia el sentido y alcance del precepto?

B) Y por lo que se refiere al comodato:

¿Cuáles son las deudas provenientes de las obligaciones del comodatario?

¿Qué decir respecto de la deuda que proviniere de comodato?

¿Son o no susceptibles de compensación las deudas del comodante?

¿Cuál es en fin la extensión y límites de la prohibición referida al comodato?"<sup>6</sup>.

Es difícil dar respuestas coherentes y razonadas a las anteriores cuestiones, pues en todas ellas aparecen obstáculos e inconvenientes. Así, si se opta por el alcance restringido, esto es por entender que las únicas obligaciones cuya compensación se excluye son las de restitución de la cosa depositada o prestada, se deja vacía de contenido una de las dos expresiones que el 1200 dedica al depósito, a lo cual hay que sumar la cuestión anteriormente señalada, relativa a la innecesariedad de la norma, dado que también en nuestro código es presupuesto de la compensación la fungibilidad de las prestaciones (art. 1196, 2). Si se piensa que el artículo está excluyendo de la compensación, no sólo la deuda de restitución, sino

---

<sup>6</sup> "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por M. Albaladejo", tomo XVI, vol. 1, Madrid 1980, pag.462.

también cualesquiera otras a cargo del depositario o comodatario, se choca con el inconveniente de la falta de fundamento. No es posible justificar tal prohibición, aparte de que tampoco se salva el problema de la duplicidad respecto de uno de los contratos y no respecto del otro. Subsisten estos inconvenientes si se entiende que la norma abarca a todas las obligaciones que puedan nacer de cualquiera de estos dos contratos y que incumban a cualquiera de las partes. Y, finalmente, no se encuentra una razón que explique por qué el ámbito de la prohibición es más amplio respecto del depositario que respecto del comodatario.

Las prohibiciones de compensación que los distintos ordenamientos introducen respecto del depósito y comodato son, además de muy generalmente consagradas (se contienen en todos los códigos, salvo en el BGB y en el Código portugués vigente), tradicionalmente conflictivas.

En dos grupos pueden clasificarse en atención al tipo de problema que plantean, viniendo este a su vez determinado por la extensión que se atribuye a la prohibición:

-Un primer grupo de códigos es el formado por aquéllos que, como el Francés y el Italiano, excluyen de la compensación tan sólo la deuda de restitución del depositario y del comodatario. El problema en estos es

justificar una norma, que, lo que en definitiva hace, es declarar no compensable lo incompensable<sup>7</sup>.

-Un segundo grupo es el de aquellos que excluyen de la compensación algo más que la mera restitución. Es el caso del código de Chile (art. 1662), del de Colombia (art.1721) y el de El Salvador (art. 1532) en los que la prohibición alcanza al precio de la cosa depositada o dada en comodato cuando se haya perdido. E igualmente el art. 125 del Código Federal Suizo de Obligaciones, que declara en su número primero que "no pueden ser extinguidas por compensación contra la voluntad del acreedor, los créditos que tengan por objeto, bien la restitución, bien el valor de una cosa depositada..."<sup>8</sup>. El problema común a todos ellos es justificar la prohibición. No ocurre esto, sin embargo, en el Código Argentino, en el que el concreto alcance con el que se establece la prohibición (que además no incluye el caso del comodato) no origina ningún tipo de dificultad<sup>9</sup>.

Ahora bien, esta última problemática apuntada es, ciertamente, de menor entidad. Se podrán o no compartir o estimar suficientes las razones que impulsan al

---

<sup>7</sup> ALBALADEJO: "La prohibición...", pag. 271. o improcedencia de compensación en los casos de depósito y comodato, RDP 1947, pag. 271.

<sup>8</sup> No se incluye, sin embargo, en este texto, referencia alguna al comodato.

<sup>9</sup> Según el art. 824 del Código argentino "no es compensable la obligación de pagar daños e intereses por no poderse restituir la cosa de que el propietario o poseedor legítimo hubiese sido despojado, ni la de devolver un depósito irregular". Al referirse la disposición tan sólo a la figura del depósito irregular se salva el obstáculo relativo a la innecesariedad de la norma.

legislador a impedir la compensación respecto de la deuda del valor de la cosa depositada o prestada cuando sea imposible su restitución, pero la eficacia práctica de la norma está muy clara. Se sabe muy bien qué deudas son susceptibles de compensación y cuales no, dado que la ley se preocupa de precisarlo con la suficiente claridad.

Por el contrario, respecto de nuestro artículo 1200, hay que comenzar por dilucidar esta cuestión, sin olvidar que la solución habrá de adoptarse dentro del respeto a la letra de la ley y teniendo en cuenta también otros elementos interpretativos, fundamentalmente los precedentes históricos.

A este objetivo se han dirigido los esfuerzos de dos de nuestros más prestigiosos autores, ALBALADEJO y PEÑA BERNALDO DE QUIROS, sin que, pese a lo brillante e ingenioso de las tesis que defienden, pueda decirse todavía que está definitivamente zanjada la polémica<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Sobre estas tesis y su crítica, capítulo III.

CAPITULO II:

CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA  
PROHIBICION.-

1-INTRODUCCION.-

2-JUSTIFICACION DE LA PROHIBICION DESDE UNA INTER-  
PRETACION AMPLIA.-

3-FUNDAMENTO DE LA PROHIBICION FSTRICTAMENTE IN-  
TERPRETADA.-

4-FIN DE LA PROHIBICION.-

5-FUNDAMENTO DE LA PROHIBICION DE COMPENSAR EL "ID  
QUOD INTEREST".-

6-CONCLUSIONES SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PROHI-  
BICION.-

## CAPITULO II:

### CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PROHIBICION

#### I-INTRODUCCION.-

El legislador considera que, pese a darse los requisitos necesarios, ciertos créditos deben de ser exceptuados de la compensación. No hay, sin embargo, una razón única que determine la exclusión en todos los casos, por lo que se hace necesario indagar el fundamento concreto de la prohibición establecida para el depósito y el comodato.

El interés de la cuestión no es meramente teórico, pues en ella va implícito el alcance de la prohibición (esto es, los supuestos concretos a los que ha de aplicarse) y la posibilidad o no de que, pese a ella, pueda la compensación producirse<sup>1</sup>.

Justificar la limitación que el precepto impone no ofrece dificultad alguna siempre y cuando se entienda que está únicamente referida a la restitución de la cosa depositada o dada en comodato. Es este el alcance que la prohibición tiene en

---

<sup>1</sup> En este sentido, PERLINGIERI en "Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca". Libro cuarto: Obligazioni. Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento", Bologna 1975, pag 334.

M. L. MORENO-TORRES

el Código Francés y en el Italiano<sup>2</sup> y es por ello por lo que en estos ordenamientos la cuestión del fundamento está libre de duda<sup>3</sup>, quedando el problema reducido a la necesidad jurídica de la norma.

Desde el momento en que se amplíe el ámbito de la prohibición (como parece hacer nuestro Código al referirse a deudas provenientes "de depósito o de las obligaciones de depositario comodatario"), la ratio de la norma se oscurece, hasta el punto de que la generalidad de la doctrina niega que haya motivo para excluir de la compensación cualquier deuda que el depositario o comodatario ostenten frente al depositante o comodante, como consecuencia del contrato, si estos a su vez son deudores de aquellos y concurren todos los requisitos necesarios para la compensación. Más dudoso es decidir si hay o no motivo para negar este modo de extinción de las obligaciones al depositario o comodatario que se convierten en deudores del id quod interest por haber devenido imposible por su culpa la obligación de restitución in natura.

## 2. JUSTIFICACION DE LA PROHIBICION DESDE UNA INTERPRETACION AMPLIA.-

---

<sup>2</sup> Según el art. 1293 del Código Francés: "La compensación tiene lugar, cualesquiera que sean las causas de una u otra deuda, excepto en el caso: 2-De la demanda en restitución de un depósito y de un préstamo de uso".  
El art. 1246 del Código Italiano dispone que "La compensación se verifica cualquiera que sea el título de una u otra deuda, excepto en el caso: 2-Del crédito por la restitución de una cosa depositada o dada en comodato".

<sup>3</sup> Siempre y cuando no se abandone la interpretación literal.

#### CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PROHIBICION

A diferencia de lo que ocurre desde la interpretación estricta, la necesidad del precepto es, desde una concepción amplia, evidente, y su fundamento según vamos a ver inexistente.

Resultan muy expresivas en este sentido las siguientes palabras de ALBALADEJO: "Colocadas frente a frente dos deudas fungibles entre sí y en las que se den todos los demás requisitos que la ley exige para que se compensen, no comprendemos por qué la compensación se prohíbe y se impide que se extingan ambas.

¿Por qué ha de ser más sagrado el crédito del deponente que cualquier otro que pudiese tener contra él el depositario?, ¿Por qué ha de menguar más la honorabilidad de éste una falta de pago que otra falta de pago la de aquél?, ¿Por qué ha de merecer una mayor protección la confianza del que deposita o da en comodato que la del que en otros muchos posibles supuestos confía en su deudor?"<sup>4</sup>.

Ciertamente, no hay ninguna causa que exija la exclusión de una figura que, por lo demás, es muy general. Pero no comparto los argumentos de ALBALADEJO. El beneficio o ventaja que obtiene el comodatario se han señalado según él como base de la prohibición, y aún siendo cierto que el comodato se celebra en beneficio del comodatario, ello no justifica que se le impida oponer la compensación, pues también el mutuo sin interés se constituye en beneficio del mutuuario, y respecto de éste no se declara improcedente la compensación, siendo así que en

---

<sup>4</sup> "La prohibición... pag. 269.

M. L. MORENO-TORRES

este caso la norma tendría pleno sentido, pues se trataría de deudas compensables por su naturaleza.

Sin embargo, nadie ha sostenido que el hecho de que el comodato se celebre en interés exclusivo del comodatario, determine que éste no pueda oponer la compensación al que gratuitamente le cedió la cosa, respecto de **cualquier** obligación derivada del contrato. Lo que se ha afirmado y ello es bien distinto es que el exclusivo beneficio que de este contrato obtiene el comodatario es razón suficiente para que se le prive de la compensación cuando se le exija la **restitución** de la cosa prestada, eludiendo de esta forma el cumplimiento de esta esencial obligación suya. Este es el sentido en el que LAURENT<sup>5</sup> y DEMOLOMBE<sup>6</sup>, citados por ALBALADEJO, se refieren al carácter gratuito del préstamo de uso a efectos de justificar la citada excepción. Por lo demás, es cierto que también el mutuo sin interés se celebra en beneficio del mutuuario, pero hay una diferencia sustancial con el comodato que determina un régimen jurídico distinto, y es que mientras que el comodante (y también el depositante) conservan la propiedad de la cosa, en el mutuo se transmite al prestatario.

Para apreciar fácilmente la sinrazón de la exclusión de compensación de todas las obligaciones que de este contrato nacen a cargo de comodatario y depositario, nada mejor que hacer una exposición de las mismas.

---

<sup>5</sup> "Principes de Droit Civil Français", T. XVIII, Bruxelles 1876, n. 446, pag. 461.

<sup>6</sup> "Cours de Code Napoleon", tome XXVI, Paris 1877, n. 594, pag. 450.

#### CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PROHIBICION

Aparte de la de restitución, que en realidad no es compensable (puesto que recae sobre una cosa no fungible), las únicas obligaciones susceptibles de compensación que incumben al comodatario son:

-La de satisfacer los gastos ordinarios que sean de necesidad para el uso y conservación de la cosa prestada (art. 1743).

-Responsabilidad por la pérdida de la cosa prestada si la destina "a un uso distinto de aquél para que se prestó, o la conserva en su poder por más tiempo del convenido" (art. 1744).

-Obligación de satisfacer el precio de la cosa si la entregó con tasación y se pierde, a menos que "expresamente se le exima de tal responsabilidad" (art. 1745).

-Responsabilidad por los deterioros que sobrevengan a la cosa prestada con culpa suya (art. 1746 a sensu contrario).

Las obligaciones del depositario compensables por naturaleza son:

-La indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento de las obligaciones de guarda y custodia (art. 1766) en el caso de que se sirva de la cosa depositada sin permiso para ello (art. 1767) y en el caso de que fuerze el sello o cerradura si la cosa se entregó sellada o cerrada (art. 1769).

M. L. MORENO-TORRES

-La obligación de pago de intereses cuando, consistiendo el depósito en dinero, lo hubiese destinado a usos propios (art. 1770).

-La obligación de restituir el precio, que corresponde al heredero del depositario cuando haya vendido de buena fe la cosa que ignoraba ser depositada (art. 1778).

También el Tribunal Supremo ha destacado en Sentencia de 31 de enero de 1956 que se trata de una excepción "de no fácil justificación en su amplitud literal de expresión" y que "no admite por su naturaleza interpretación extensiva ni de analogía, sino que ha de aplicarse estrictamente en los supuestos que contempla, ya que, en otro caso, podría convertirse en un arbitrio para no pagar", reiterándose esta doctrina en Sentencia de 21 de noviembre de 1978<sup>7</sup>, aunque en rigor la cuestión planteada en ambas era la de si procedía la aplicación del artículo a figuras que no eran depósito y no la determinación, dentro de éste, de a qué deudas hay que aplicar la excepción. En la primera de las sentencias citadas (R.A. 676) se negó su aplicación a las deudas dinerarias que la demandada, en su calidad de albacea testamentaria, estaba obligada a satisfacer a los actores, frente a la tesis de estos que pretendían que era depositaria de las cantidades que se le reclamaban. En el caso de que conoció la Sentencia de 21 de noviembre de 1978 (R.A. 3639), el demandado, condenado a restituir al actor la suma en que excedían las cantidades entregadas del precio del piso que le había comprado, y que éste retenía en función

---

<sup>7</sup> Contrario a esta doctrina, PEÑA BERNALDO DE QUIROS: "Facultad de compensar y *et. cargo de custodia*" en "Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro II, Madrid 1976, pag. 473.

### CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PROHIBICION

de garantía, denunciaba la infracción del art. 1200, párrafo primero del Código Civil, por entender que se había apreciado la compensación respecto de una deuda proveniente directamente de depósito. El Tribunal se reafirma en la interpretación restringida de la norma y desestima el recurso.

### 3-FUNDAMENTO DE LA PROHIBICION ESTRICTAMENTE INTERPRETADA.-

La excepción de compensar referida a la devolución de la cosa prestada o depositada se justifica alegando razones de justicia y equidad<sup>8</sup>, si bien este fundamento genérico precisa ser concretado, dado que admite muchos matices.

Es opinión unánime<sup>9</sup> la de que ni depositario ni comodatario pueden negar la restitución de la cosa que han recibido, sobre la base de que son a su vez acreedores de aquéllos. Se considera odiosa esta pretensión de compensación por el principio de confianza y gratuidad que caracteriza estos contratos, hasta el punto de que en la Exposición de Motivos del Código Francés dice BIGOT PREAMENEU que "La cosa depositada o prestada está considerada como si estuviera en manos del

---

<sup>8</sup> GIORGI ("Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno", volumen VII, Madrid 1912, pag. 81), RAGUSA-MAGGIORE (Enciclopedia del Diritto, voz "compensazione", pag. 27) DUBOC ("La compensation et les droits des tiers", París 1989, pag. 15), MANRESA ("Comentarios al Código Civil, tomo VIII, vol I, Madrid 1972 pag. 845).

<sup>9</sup> DEMOLOMBE ("Cours...", tome XXVI n. 592 y 594, pags. 448 y 450), LAURENT ("Principes...", tome XVIII, pag. 461, n. 446), MENDEGRIS ("Repertoire de Droit Civil, 2eme. edition, puesta al día en 1980, Tomo II París 1980, voz "compensation", n. 139, pag.10) PLANIOL ET RIPERT ("Traité Pratique de Droit Civil Français", Tomo VII, París 1954, n. 1289, pag. 699), PERLINGIERI ("Commentario...", pag. 334), RICCI ("Corso teorico pratico di Diritto Civile", Terza edizione. Volume sesto, Torino 1923, n. 317, pag. 392), CONSENTINO PATTI ("La compensazione nei suoi aspetti giuridici. Napoli 1983, pag. 117), LOMONACO ("Delle Obbligazioni, Tomo IV, Torino 1925, pag.394), CUTURI ("Trattato delle compensazioni nel diritto privato italiano, Milano 1909, pag. 367, n. 198).

M. L. MORENO-TORRES

propietario. Querer retenerla incluso bajo pretexto de compensación es hacer un acto de despojo". Tanto depósito como comodato suponen un acto de confianza de quien los efectúa en quien recibe la cosa, y por tanto la obligación de restituir es una "deuda de honor". Las limitaciones a la compensación vienen, en estos casos, en auxilio de esa confianza, impidiendo que sea traicionada. Bajo ningún pretexto (salvo el derecho de retención que le concede el art. 1780 ) puede el depositario negar la devolución de la cosa, ni tampoco el comodatario.

En el caso de éste último, es la coincidencia de dos circunstancias la que dota de pleno sentido a la prohibición de compensar: la gratuidad esencial del comodato y el hecho de que se constituya en interés del comodatario, siendo este el que recibe un beneficio del otro contratante. Ninguno de los dos caracteres ofrece duda. Y son, al mismo tiempo, las razones por las que el art. 1747 niega al comodatario el derecho de retención.

Pero no es tan fácil la apreciación de los motivos del legislador en el caso del depósito, en el cual, por contra, ninguno de los dos caracteres es firme: ni la gratuidad (que es, tan sólo, un elemento accidental del depósito, art. 1760), ni que esté en todo caso establecido en interés exclusivo del deponente. ALBALADEJO pone de relieve esta dificultad<sup>10</sup>, lo que le lleva a rechazar que la ventaja que

---

<sup>10</sup> Dice que "El depósito, por ejemplo, se celebra en beneficio del deponente si es gratuito y precisamente a este es al que no se le puede oponer la compensación. Y si es retribuido no hay tal ventaja a favor de ninguna de las partes". ("La prohibición...", pag. 269).

#### CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PROHIBICION

obtiene una de las partes sea la causa por la que no le esté permitido servirse de la compensación frente a la otra<sup>11</sup>.

Es forzoso reconocer que, así como en el comodato lo equitativo es privar al prestatario del privilegio de la compensación (pues es él el único que obtiene provecho del contrato), resulta chocante que se aplique el mismo régimen al depositario, que es, por el contrario, el que proporciona una ventaja al otro, si el depósito es gratuito, convirtiéndose, si es retribuido, en un contrato bilateral y oneroso por el que una de las partes se obliga a custodiar una cosa ajena a cambio de una cantidad de dinero, sin que pueda decirse entonces que uno de los contratantes está en una posición más favorecida que el otro.

Sin embargo, desde el momento en que falta alguno de los dos elementos, o la gratuidad o el interés único del depositante, la prohibición de compensar está más justificada. No es que, por sí sólo, el precio en el depósito o el hecho de estar constituido exclusivamente en interés del depositario fundamenten la excepción, sino que permiten dejar al que custodia la cosa en una situación menos desfavorable o, si se quiere, más justa. El depositario no puede utilizar la compensación pero, sin embargo, recibe un precio por su servicio. O bien el depositario no puede compensar pero, en cambio, el contrato se celebra en su exclusivo interés (que es lo mismo que ocurre en el comodato). Dicho de otra forma, si pusieramos en una balanza la posición de ambas partes contratantes en el caso del depósito

---

<sup>11</sup> Recordemos, sin embargo, que este autor busca un fundamento a la prohibición de compensar del depositario entendida en un sentido amplio, y que a ella se refiere su comentario.

M. L. MORENO-TORRES

retribuido y en el del establecido unicamente en interés del depositario<sup>12</sup>, la situación resultaría mucho más equilibrada que en el supuesto normal de depósito gratuito en interés del depositante.

Lo anterior me lleva a preguntarme si acaso el legislador introdujo la prohibición pensando precisamente en estos supuestos marginales, en los cuales es más lógica, y no en el depósito gratuito que constituye la regla, respecto del cual aparece menos justificada, en cuanto que sitúa al depositario en una posición excesivamente sacrificada.

Más este pensamiento, que disiparía las dudas en orden a la razón de ser de la prohibición en el depósito, debe de ser rotundamente rechazado, porque la aparición de esta en los textos legales se produce en un momento en que el depósito era gratuito por definición.

Ya el Derecho Romano conoció esta excepción<sup>13</sup> y en él el depósito se consideraba esencialmente gratuito hasta el punto de que cuando se pactaba una remuneración, el contrato degeneraba en arrendamiento<sup>14</sup>. Otro tanto ocurre en el

---

<sup>12</sup> No es fácil encontrar casos de depósito constituido en interés exclusivo del depositario, hipótesis a la que expresamente alude el 1928, 3 del Código Francés. Pothier (según recoge Baudry-Lacantinerie: "Précis de Droit Civil", Tome deuxième, 12eme. edition, París 1921, pag. 637) pone el siguiente ejemplo, que atribuye a ULPIANO: "Se te propone comprar una heredad. Me pide, en el momento de partir para un largo viaje, que te preste la suma necesaria para esta adquisición, para el caso de que concluyas la operación; entonces te entrego a título de depósito la suma necesaria, acordando contigo que, si realiza la adquisición, el depósito se transformará en un préstamo en tu provecho."

<sup>13</sup> C. 4, 34, 11 y 4, 31 14, 1, sobre la prohibición en Derecho Romano: SOLAZZI: "La compensazione nel Diritto Romano" Napoli, 1950, pag. 21 y 55 y HERRERA BRAVO: "El contrato de depósito en el Derecho Romano", Granada 1987, pag. 143 y 55.

<sup>14</sup> No obstante, según D'ORS ("Derecho Privado Romano", 5a. edición, Pamplona 1983, pag. 530, nota 3) los bizantinos, de acuerdo con cierta tendencia general que hace prevalecer la voluntad de los contratantes sobre la verdadera naturaleza del negocio, admiten que si las partes acuerdan que exista una retribución pecuniaria, sin que por ello se altere el carácter del depósito, tal voluntad sea respetada: se hace posible entonces el depósito no

#### CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PROHIBICION

Código de Napoleón, en el cual, a pesar de declararse en el art 1917 que "El depósito propiamente dicho es un contrato esencialmente gratuito"<sup>15</sup> se niega al depositario la posibilidad de compensar cuando se le exige la devolución de la cosa. También en el Código Italiano se da esta coincidencia del carácter de la gratuidad y la prohibición de compensar. En el primitivo Código el contrato era calificado (art. 1835) como esencialmente gratuito. El nuevo Código, siguiendo las directrices de la doctrina y la jurisprudencia, introduce en este punto una importante novedad, al eliminar la naturaleza esencial de dicho elemento y sustituirlo por una simple presunción (art. 1767). Pese a ello, no se modifica la excepción de compensación que le afecta, lo cual prueba claramente que, sea cual sea su verdadero fundamento, hay que buscarlo en algo ajeno a la gratuidad.

Así pues, de la misma manera que el pacto de retribución (que ha terminado siendo aceptado por los distintos ordenamientos por razones prácticas), no desnaturaliza la esencia del depósito<sup>16</sup>, tampoco el régimen de la compensación que

---

gratuito.

<sup>15</sup> Pese a lo claro y rotundo de estas palabras, el art. 1928, 2, al contemplar la retribución como una de las causas que agravan la responsabilidad del depositario, siembra la duda respecto de si el Código de Napoleón admitió o no la posibilidad de un depósito con precio. La doctrina unánimemente entiende que no, si bien hoy se admite con la misma rotundidad, tanto por ésta como por la jurisprudencia, el depósito con precio, entendiéndose que se ha producido una evolución en la figura. Pero incluso en el caso de sostener lo contrario, no se alteraría para nada la cuestión que estamos viendo, toda vez que no cabe duda de que el contrato que tiene en mente el legislador, y al que en definitiva se refiere la regulación del Código, es el depósito gratuito y constituido en interés del que entrega la cosa, al cual en consecuencia hay que entender referida la prohibición de compensar.

<sup>16</sup> MANRESA ("Código Civil Español", Tomo XI, 6a. edición, Madrid 1972, pag. 908). También sobre este tema, GARRIGUES ("El depósito irregular y su aplicación en Derecho Mercantil, RCDI 1932, pags 93-94) y ROCA JUAN ("Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por Manuel Albaladejo, Tomo XXII, vol. 1, Madrid 1982, pag. 178).

M. L. MORENO-TORRES

le impone la ley, resulta alterado por virtud de dicho pacto<sup>17</sup>. Siendo el fin del depósito la custodia de una cosa por parte del depositario, 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 establecer dentro de una amplia libertad. Dice en este sentido DEL POZO CARRASCOSA que "ni siquiera la remuneración hace variar la filosofía de la relación de depósito, pues sólo se trata de un elemento contingente, cuya existencia o no únicamente afectará a una mayor o menor responsabilidad por parte del depositante-beneficiario"<sup>18</sup>.

Así opina nuestra doctrina y del mismo modo parece que entendió la cuestión el Código, al preceptuar en el artículo 1760 que "El depósito es un contrato gratuito, salvo pacto en contrario", con lo cual nuestro legislador, haciéndose eco de las nuevas orientaciones, adopta una línea avanzada que posteriormente será acogida por otros ordenamientos.

Sólo hay, a mi modo de ver, una forma de salvar la aparente contradicción que supone impedir al que guarda una cosa ajena sin obtener nada a cambio, valerse de la compensación. Es preciso abandonar la visión estrictamente

---

<sup>17</sup> Igualmente se ha sostenido (DEL POZO CARRASCOSA: "El derecho de retener en prenda del depositario", Barcelona 1989, pag. 90) que el convenio de retribución en el depósito no afecta al régimen del derecho de retención concedido al depositario por el art. 1780, cuyo fundamento es la necesidad de que el depositario salga indemne de la situación de depósito.

<sup>18</sup> "El derecho de retener...", pag. 51.

CONSIDERACIONES PRÁCTICAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PROHIBICION patrimonialista de la relación depositante-depositario y tratar de comprender la convención en sus orígenes y en su más íntima esencia.

El depósito tiene un origen muy antiguo. Algunos sostienen<sup>19</sup> que fué ya regulado en la Ley de las XII Tablas, en donde aparece como un servicio entre amigos. La base de confianza acompaña a la relación desde que surge como contrato y se aprecia incluso en la etimología de la palabra. Depósito proviene del vocablo latino "depositum", derivada a su vez, según Ulpiano, del verbo "ponere", que, precedido del aumentativo "de", adquiere mayor energía y recuerda al depositario que el deponente se ha abandonado por completo a su buena fe<sup>20</sup>. En Las Partidas (Ley 1a, t.III, Part. V) se dice: "Condesiyo, a qué llaman en latín depositum, es cuando un ome da á otro su cosa en guarda fiándose de él". GUTIERREZ FERNANDEZ<sup>21</sup>, comentando este texto dice: "La cláusula fiándose de él, describe el rasgo más característico de este contrato: el depósito es un contrato sagrado, sacer contractus: la confianza forma su base, la buena fe su sanción". Idéntica fisonomía presenta la figura en los códigos actuales<sup>22</sup>. Lo único que ocurre es que desde el

<sup>19</sup> OURLIAC y MALAFOSSE ("Derecho Romano y Francés Histórico", Tomo I, pag. 413). En contra, PELLISE PRATS ("Nueva Enciclopedia Jurídica" Seix, Tomo VI, voz "depósito", Barcelona 1985, pag. 850). Para PUIG BRUTAU ("Fundamentos de Derecho Civil", Tomo II, vol 2, 2a edición, Barcelona 1982, pag. 524) lo que ocurría es que las Doce Tablas regulaban las consecuencias jurídicas del depósito al conceder una acción por el doble de la cosa depositada contra el depositario infiel.

<sup>20</sup> GUTIERREZ FERNANDEZ, ("Estudios de Derecho Civil Español, Tomo V, Madrid 1869, pag. 225); CASTAN TOBEÑAS ("Derecho Civil Español Común y Foral", tomo IV, Undécima edición, Madrid 1981, pag. 667, nota 1); PELLISE PRATS ("Nueva Enciclopedia...", pag. 849).

<sup>21</sup> "Estudios...", tomo V, pag. 225.

<sup>22</sup> MANRESA ("Comentarios...", tomo VIII, pag. 905), PELLISE PRATS ("Nueva...", pag. 849), PUIG PEÑA ("Tratado de Derecho Civil Español, Tomo IV, vol II, Madrid 1946, pag. 419); PUIG BRUTAU ("Fundamentos..." tomo II, pag. 526 y 527), RUGGIERO ("Instituciones de Derecho Civil", tomo II, vol. 1, traducción de la 4a edición italiana, Madrid 1977, pag. 449); GAGLIARDI ("Commentario teorico pratico al Codice Civile diretto da Vittorio de Martino", Libro cuarto, Roma 1971, pag. 640); LARENZ ("Derecho de Obligaciones", Tomo II, Madrid 1959 pag. 379); PEREZ GONZALEZ Y ALGUER (Notas al Tratado de Derecho Civil de Ennekerus, Kipp, Wolff,

M. L. MORENO-TORRES

momento en que se permite el depósito retribuido, se dificulta la apreciación de la base de confianza y fidelidad que aún hoy caracterizan este tipo contractual.

La negativa por parte del depositario a restituir la cosa al que se la entregó es algo que repudia la conciencia jurídica de los distintos pueblos en diferentes momentos históricos. Las leyes del pueblo judío castigaban severamente al que negaba a su prójimo lo que le había encomendado a su buena fe. En el Derecho Romano de las XII Tablas, según afirma MAX KASER<sup>23</sup>, el depósito sólo existe como reacción penal contra el depositario infiel. En esta ley se concedía al depositante una acción por el doble valor de la cosa depositada contra el depositario infiel. Una vez que surgió como contrato, los romanos lo incluyeron dentro del grupo de los de buena fe, declarando infame al que negaba o violaba un depósito<sup>24</sup>. Las Partidas a su vez ( Ley 8a, Tit. III, P. V ) establecen que el depositario que niegue un depósito, valga menos por ende y sea infamado, condenándole a restituir la cosa o su estimación, con las costas, daños y perjuicios hechos al deponente, regulados según juramento del mismo a la prudencia del juez. GARCIA GOYENA, comentando el art. 1681 del Proyecto del '51 ( que corresponde al 1775 del Código ), dice: "El depositario no puede hacer uso ni sacar provecho alguno de la cosa depositada,

---

Tomo II, vol 2, 3a. edición, pag.653, Barcelona 1966).

<sup>23</sup> Opinión recogida por PUIG BRUTAU ("Fundamentos...", tomo II, pag 525).

<sup>24</sup> Véase GUTIERREZ FERNANDEZ, "Estudios...", tomo V, pag. 248.

#### CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PROHIBICION

antes bien tiene la carga de guardarla. Carece, pues, de todo pretesto para no restituirla"<sup>25</sup>.

Lo que permanece hoy de todo ello en los textos legales es el carácter sagrado de la obligación de restituir del depositario, que inspira la regulación de este contrato y encuentra eco incluso en las leyes penales<sup>26</sup>. Y es por ello por lo que el depositario no puede oponer la compensación, a pesar de convertirse de esta forma en un deudor-acreedor de peor condición que cualquier otro. El primer deber del depositario es la fidelidad. A las consecuencias que de este principio extrae POTHIER<sup>27</sup>, habría que añadir la prohibición de compensar que se impone al depositario. La fidelidad exige que este devuelva la cosa a requerimiento del deponente sin pretender quedársela so pretexto de compensación.

De lo anterior se deriva la conclusión de que en un orden de prioridades prefiere la ley el perjuicio del guardador de la cosa al del que la entrega, y procura

---

<sup>25</sup> "Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español, Tomo II, Madrid 1852, pag. 97.

<sup>26</sup> El art. 535 de nuestro Código Penal establece: "Serán castigados con las penas señaladas en el artículo 528, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido. La pena se impondrá en grado máximo en el caso de depósito miserable o necesario". En el derecho antiguo incluso el depositario que usaba las cosas depositadas sin permiso del deponente estaba sometido, además de la correspondiente responsabilidad civil, a una responsabilidad penal, pues se le consideraba culpable de un robo de uso. El derecho moderno no conoce esta figura delictiva, pero es evidente, como dice LAURENT (Tomo XXVII de su obra, n. 125, pag. 144) que si se considera infiel al depositario que usa de la cosa, con mayor razón al que niega el depósito.

<sup>27</sup> La obligación del depositario de emplear en la guarda de las cosas depositadas los mismos cuidados que en la guarda de las cosas que le pertenecen (art. 1927 Código Francés), la prohibición de servirse de la cosa depositada sin permiso expreso o presunto del depositante (art. 1930 Código Francés y 1767 del nuestro) y la regla según la cual el depositario no debe tratar de conocer las cosas depositadas si se le han confiado en un cofre o maleta cerrada o en un sobre sellado (art. 1931 y 1769 respectivamente). Todo ello según exposición de BAUDRY-LACANTINERIE ("Précis de Droit Civil" tome X, París 1921, n. 1398 a 1401, pags 637 y 638).

M. L. MORENO-TORRES

en consecuencia que, por encima de todo, ésta sea restituida. Es tal la posición del depositario en este contrato que hay que asumir que la situación desfavorable en que lo coloca la prohibición de compensar es parte de ella.

#### 4-FIN DE LA PROHIBICION.-

Una vez averiguadas las razones de la prohibición, veamos cuál es el fin que con ella se persigue. Desde dos puntos de vista se puede plantear la cuestión, bien entendiéndolo que determinados deudores, habida cuenta de la causa de sus deudas, requieren un trato de desfavor, entendiéndolo el legislador que no pueden valerse de la compensación, o bien considerando que hay ocasiones en que la situación de uno de los acreedores merece una especial protección, y esta se consigue permitiéndole, ante todo, y aunque sea a su vez deudor de su deudor, la satisfacción de su crédito.

La segunda perspectiva es la acertada y, de hecho, la mayoritariamente adoptada por los autores<sup>28</sup>. No obstante, también la primera es teóricamente posible<sup>29</sup>, y hasta lógica, si tenemos en cuenta el rechazo por parte del derecho a que depositante y comodante se queden con la cosa bajo cualquier pretexto, conducta

---

<sup>28</sup> MENDEGRIS ("La nature juridique de la compensation", París 1969, pag. 94); MAZEAUD ("Leçons de Droit Civil, tome 10, vol I, París, 1978, n. 1144, pag. 1137); CROMME ("Manuale del Diritto Civile Francese", traducción de Barassi, vol 2, n. 309, pag. 359, Milano 1907), RAGUSA-MAGGIORE ("Enciclopedia del...", n. 8, pag. 27), Ruggiero ("Instituciones de Derecho Civil, Tomo II, vol. 1, traducción de la 4a. edición italiana, pag. 235, Madrid 1977).

<sup>29</sup> DEMOLOMBE, "Cours...", tome XXVI, n.588, 592 y 594, pags 444, 448 y 450.

#### CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PROHIBICION

considerada desleal<sup>30</sup>. Pero pienso que no es el motivo que impulsó al legislador a la hora de establecer la prohibición, dado que ni siquiera en los ordenamientos que incluyen entre las excepciones a la compensación la demanda en restitución de una cosa objeto de despojo, se persigue esta finalidad sancionadora. Con mayor motivo habrá que negarla respecto del depósito y del comodato.

Es claro que se trata de asegurar a deponente y comodante la recuperación de la cosa que han entregado (para su custodia o para su uso) a aquél en cuya lealtad confían<sup>31</sup>. La prohibición está, por tanto, establecida para proteger a una de las partes, cuyo interés se considera prevalente. Ello explica que deponente y prestamista puedan tolerar la compensación<sup>32</sup> y que se admita la renuncia previa a la exclusión, ya que, tutelándose un interés simplemente privado, no hay obstáculo alguno que la impida.

#### 5-FUNDAMENTO DE LA PROHIBICION DE COMPENSAR EL "ID QUOD INTEREST".-

Hemos visto que la interpretación amplia de la norma (como referida a

---

<sup>30</sup> Para SANTO TOMAS (citado por Pellisé Prats en "Nueva Enciclopedia...", voz "depósito", pag. 863, nota 124) "es de igualdad natural que se devuelva el depósito al depositante; y por tanto si la naturaleza humana fuera siempre recta, esta norma debería observarse en todo caso".

<sup>31</sup> PLANIGL ET RIPEKT ("Traite Pratique de Droit Civil Français", Tomo VII, París 1954, n. 1289, pag. 699), BAUDRY-LACANTINERIE ("Précis...", n. 1855, pag. 197), LOMONACO ("Delle Obbligazioni...", tomo IV, pag. 394), Mendegris ("Repertoire...", n. 139, pag. 10), CUTURI ("Trattato...", n. 198, pag. 366).

<sup>32</sup> Según GIORGI ("Teoría...", vol. VII, pag. 83) "esta es doctrina no controvertida".

M. L. MORENO-TORRES

la totalidad de las obligaciones que nacen de la relación de depósito) carece de justificación, y que, por el contrario, desde un punto de vista restringido (admitiéndola sólo concebida para la obligación de restitución) hay casi unanimidad respecto de cuál sea el fundamento. Ahora bien, dejando al margen teorías intermedias, de cuyo fundamento me iré ocupando a medida que las exponga, hay una tercera forma (que goza de una cierta aceptación, sobre todo en derecho comparado) de explicar el precepto, consistente en entender que la compensación se prohíbe para el caso en que, habiéndose perdido la cosa por **culpa** del depositario o comodatario, su deuda de restitución se haya transformado en la obligación de pago del equivalente. Se trata ahora de determinar cuál es el fundamento de la prohibición de compensar así entendida.

Los defensores de esta opinión no ven problema a la hora de fundamentar la norma. Las mismas razones que se esgrimen por las teorías restringidas se reproducen ahora, e incluso parecen más oportunas, habida cuenta de que concurre un nuevo elemento que no se daba en aquéllas: la culpa del destinatario de la prohibición. Si se está convencido, como la doctrina unánimemente lo está, de que un depositario y un comodatario que fielmente cumplen sus deberes contractuales, no pueden aprovecharse de la compensación porque han contraído una "deuda de honor", fácilmente se apreciará que mayor motivo hay para negarle esa posibilidad al comodatario o depositario que, incumpliendo sus obligaciones, pierde la cosa que se confía a su cuidado o cuyo uso gratuitamente se le concede. De lo contrario el obligado a la restitución se convertiría mediante el incumplimiento, en un deudor de

CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PROHIBICION

mejor condición, haciendo compensable una deuda que, de otra forma, no lo sería<sup>33</sup>. Permitir al deudor compensar en los casos en que la restitución del cuerpo cierto haya devenido imposible "equivaldría a ofrecerle el modo de aprovecharse del hecho ilícito"<sup>34</sup>.

DEMOLOMBE<sup>35</sup> ha puesto en tela de juicio este fundamento al observar que, una vez que la indemnización de daños y perjuicios ha sido liquidada y es exigible, no hay motivo para impedir la compensación. Si el comodatario o el depositario han perdido la cosa por su culpa, e incluso lo han hecho con el propósito de convertir la deuda en compensable, el cauce de que dispone el acreedor de la restitución para reprimir el abuso es, precisamente, la indemnización de daños y perjuicios.

No se expresa DEMOLOMBE sobre este punto con la debida claridad, mas relacionando su opinión con las explicaciones de otros autores, considero que la idea que quiere manifestar es la siguiente: carece de sentido prohibir compensar al depositario y al comodatario para hacer así desaparecer cualquier estímulo al incumplimiento, pues esta función desincentivadora y represiva de cualquier contravención la desempeña ya la indemnización de daños y perjuicios (en el sentido de que el

---

<sup>33</sup> GIORGI, "Teoria...", vol. VII, pag. 82.

<sup>34</sup> CUTURI, "Trattato...", pag. 198.

<sup>35</sup> "Cours...", tome XXVI, n. 599. Igualmente, DURANTON, "Corso di Diritto Civile, vol. VII, Napoli 1855, n. 449, pag. 153.

M. L. MORENO-TORRES

deudor que se plantea la posibilidad de incumplir, conocedor del resarcimiento a que resultará obligado, se abstendrá la mayor parte de las veces de hacerlo).

Pensar que la prohibición de compensación, bien en el caso del depositario o comodatario, bien en cualquier otro, cumple análoga función es, no sólo rebuscado, sino, además, absurdo: es difícil creer que cualquier deudor incumpla para hacer de esta manera compensable una deuda que de otra forma no lo sería, y obtener así la satisfacción de su crédito; y, aún siendo ello posible, no es necesario introducir una prohibición de compensación para reprimir una actuación de este tipo dado que ese objetivo lo cumple ya la obligación de resarcimiento del daño que se impone al incumplidor.

#### **6-LA PROHIBICION DE COMPENSAR COMO SANCION.-**

Se podría asimismo entender que la norma que prohíbe la compensación se introduce con una finalidad sancionadora -no ya represiva- del incumplimiento del deudor, en atención a la especial naturaleza del vínculo contractual que liga a las partes, tanto en el comodato como en el depósito. Pero esta sanción sólo estaría justificada si hubiera dolo o culpa del depositario o comodatario, y de la regulación legal de estos contratos se deduce la existencia de supuestos en que, pese a no haber culpa, resultan aquéllos obligados. Así, el heredero del depositario que haya vendido de buena fe la cosa que ignoraba ser depositada estará obligado, por disposición del art. 1778 C.C, a restituir el precio que hubiese recibido de ella. ¿Qué motivo existe para impedirle valerse de la compensación, siendo el presupuesto de la norma,

#### CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PROHIBICION

precisamente, la buena fe?. Otro tanto puede decirse del comodatario al que el art. 1745 C.C. hace responsable incluso del caso fortuito "Si la cosa prestada se entregó con tasación y se pierde... a no haber pacto en que expresamente se le exima de esta responsabilidad", y ello, sin hacer mención de los supuestos en que por pacto se agrave la responsabilidad de uno u otro. Es decir que, aunque la mayor parte de las veces, depositario y comodatario resultan obligados a satisfacer el precio de la cosa como consecuencia de su comportamiento culpable, en otras esta obligación es independiente de la culpa. A estas últimas habría que entender aplicables las reglas generales sobre compensación.

Al margen de esa matización, creo que en nuestro ordenamiento las prohibiciones de compensar no están establecidas con una finalidad sancionadora. La prueba decisiva de ello radica en el hecho de que son compensables las obligaciones "ex delicto"<sup>36</sup>, a lo cual pueden añadirse las siguientes consideraciones:

-La compensación es un modo general de extinción de las obligaciones que, dándose los requisitos establecidos por la ley, procede respecto de toda clase de deudas, con independencia de su causa.

-El fundamento de la compensación es simplificar el pago evitando desplazamientos patrimoniales entre personas que son recíprocamente acreedoras y deudoras, aunque desempeña al mismo tiempo

---

<sup>36</sup> Sobre esta cuestión, ver capítulo IV.

una función de garantía. El hecho de que uno de los acreedores-deudores haya traicionado la confianza del otro no es motivo suficiente para excluir este mecanismo simplificador, tremendamente útil. Entender lo contrario implicaría desvirtuar la naturaleza de la figura.

-Es razonable que el derecho sea especialmente severo para con el depositario y el comodatario, pero la vía para ello no es la exclusión de compensación, que carece de sentido desde que la cosa depositada o dada en comodato ha desaparecido.

Los mecanismos de que se vale el legislador para agravar la responsabilidad del poseedor de la cosa en ambos contratos son otros. En cuanto al depósito, el código abandona el régimen de responsabilidad de nuestro antiguo derecho, en el que se exigía al depositario que emplease en el cuidado de las cosas depositadas el mismo cuidado que en las propias<sup>37</sup>, y le aplica la regla general del 1104, esto es, la de la diligencia propia de un buen padre de familia. Ello significa que, pese al carácter gratuito del depósito, la diligencia que se exige al depositario es la misma que a cualquier otro deudor. No obstante, estiman PEREZ GONZALEZ y ALGUER que la gratuidad puede ser razón para que los tribunales moderen aquella responsabilidad, sobre la base de los arts. 1103 y 1726<sup>38</sup>, que es

---

<sup>37</sup> Este es también el sistema del Código Francés y del antiguo Italiano, si bien se incluyen a continuación una serie de casos en los que se agrava dicha responsabilidad.

<sup>38</sup> Notas al Tratado de Ennecerus, tomo II, vol. 2, pag. 652, 3a. edición, Barcelona 1966.

#### CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PROHIBICION

además el sistema adoptado por el vigente código italiano, no tratándose de un distinto criterio de determinación de la diligencia, que siempre será la del *bonus pater familias*, sino de un criterio de apreciación de la responsabilidad, sobre la base de una normal valoración de la diligencia y de la culpa<sup>39</sup>. Opinión distinta es la de MANRESA<sup>40</sup>, quien se inclina por una mayor responsabilidad del depositario cuando el depósito sea remunerado, y, además, cuando el depositario se hubiese ofrecido a recibir el depósito y cuando el depósito se ha hecho en su utilidad.

Al margen de estas consideraciones, sin apoyo real en el derecho positivo, hay en el código una serie de preceptos que acentúan la responsabilidad del depositario. Así, los arts. 1767 y 1769. El primero de ellos, tras prohibir al depositario que se sirva de la cosa depositada sin permiso expreso del depositante, declara que, en caso contrario, responderá de los daños y perjuicios, expresión aquí comprensiva no sólo de los causados dolosa o culposamente, sino también de los producidos por fuerza mayor.

En cuanto al art. 1769, dice lo siguiente: "Cuando la cosa depositada se entrega cerrada y sellada, debe restituirla el depositario en la misma forma, y responderá de los daños y perjuicios si hubiese sido forzado el sello o la cerra dura por su culpa. Se presume la culpa en el depositario, salvo la prueba en contrario. En

---

<sup>39</sup> DE MARTINI: "Novísimo Digesto", vol. V, terza edizione. voz "depósito", pag. 513, Torino 1955.

<sup>40</sup> Código Civil, tomo XI, 6a edición, pag. 925, Madrid 1972.

M. L. MORENO-TORRES

cuanto al valor de lo depositado, cuando la fuerza sea imputable al depositario, se estará a la declaración del depositante, a no resultar prueba en contrario".

Aún cuando el efecto que señala la norma no sea más que como dice GARCIA GOYENA<sup>41</sup>, una aplicación del principio de responsabilidad contractual, lo cierto es y así lo apunta ROCA JUAN<sup>42</sup> que, de no existir el precepto, la conducta del depositario que fuerza los sellos o cierres quedaría indemne, por cuanto que ese simple hecho no implica pérdida, deterioro, ni uso de la cosa. Era necesario un precepto expreso que sancionase el deber de fidelidad, en cuanto al secreto del contenido del depósito.

La doctrina no se detiene en determinar cuál es la consecuencia concreta del incumplimiento contemplado por el artículo, en el que se dice que el depositario "responderá de los daños y perjuicios". Se trata de una normal responsabilidad por culpa, igual por tanto a la del 1766; lo único que ocurre es que en este caso está atribuida por un precepto expreso por no tener encaje en el general.

Si la cosa sellada o cerrada se pierde, juega en contra del depositario la presunción del último párrafo del artículo conforme al cual "se estará a la declaración del depositante" en cuanto a su valor.

Por último, el art. 1770, al declarar aplicable al depósito de dinero el art. 1724, relativo al mandatario, convierte al depositario en deudor de los intereses

---

<sup>41</sup> "Concordancias, motivos y comentarios...", tomo II, pag. 90.

<sup>42</sup> "Comentarios...", tomo XXII, vol. 1, pag. 243.

#### CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PROHIBICION

de las cantidades que aplicó a usos propios. Critica MANRESA<sup>43</sup> la falta de identidad en este punto entre mandatario y depositario, pues mientras que el hecho de que el primero no dé a las cantidades recibidas el destino previsto y las utilice en provecho propio, causa un perjuicio real y efectivo al mandante, no se puede decir lo mismo respecto del depositario, siempre y cuando éste las restituya a solicitud del deponente. Ello demuestra, a mi juicio, que lo que el legislador pretende con esta norma es sancionar la actuación infiel del depositario.

En cuanto al comodatario, aunque responde de la culpa conforme a los principios generales (art. 1746), su responsabilidad queda agravada en el caso del art. 1745, en virtud del cual se convierte en deudor de valor, aún cuando la pérdida de la cosa sea fortuita.

Lo anterior revela que la idea de confianza y el deber de lealtad de comodatario y depositario presiden toda la regulación legal de estos contratos, habiéndose preocupado el Código de sancionar de forma severa el incumplimiento del mismo, a través de los medios adecuados para ello, como son la expresa sanción del incumplimiento de obligaciones accesorias y la inclusión de presunciones favorables a comodante y deponente. Mas una vez surgida la obligación del incumplimiento, y ya líquida y exigible, no hay razón alguna para excluirla de la compensación. Ya no es el momento de ser rígidos con estos poseedores de cosa ajena, ni la prohibición de compensar debe cumplir esta misión (aparte de ello, en ciertos casos el depositario y el comodatario son responsables penalmente).

---

<sup>43</sup> "Comentarios...", tomo 11, pag. 948.

**7-CONCLUSIONES SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PROHIBICION.-**

En suma, entiendo que no se impide la compensación con el fin de sancionar un incumplimiento contractual del depositario o comodatario, por grave que sea (pues para eso el derecho dispone de otros medios), sino para garantizar al deponente la recuperación de su cosa, sin que ningún impedimento se oponga a ella. Una vez que la cosa no existe, la exclusión de compensación carece de fundamento.

La prohibición cumple, de esta manera, una función análoga a la de la solidaridad que la ley impone para el caso de que sean varios los comodatarios. Si el art. 1748 impone a "todos los comodatarios a quienes se presta conjuntamente una cosa" la obligación de responder solidariamente de ella, no es con ánimo de sancionar al contratante responsable, sino para garantizar de modo eficaz los derechos del comodante, entre los cuales el principal es obtener la restitución.

Sólo en favor del comodante y del depositante se establece la prohibición porque únicamente en ellos se dan las circunstancias que la explican: se trata de dos contratos cuya característica primordial es la de estar basados en la confianza, y aunque el mandato también lo ésta, el mandante no es, al menos en todo caso, acreedor de un cuerpo cierto, del cual es propietario o poseedor, y que ha entregado a otro sin transmitir su propiedad, circunstancia que caracteriza a aquellos. La restitución de la cosa es la obligación fundamental del comodatario y del depositario

**CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PROHIBICION**

junto con la de custodia y, consecuentemente, el derecho esencial del depositante y del comodante. Por eso la ley introduce un mecanismo, que es excepcional, para procurar que en todo caso tenga lugar: la exclusión de compensación.

### **CAPITULO III:**

#### **EL ALCANCE DE LA PROHIBICION SEGUN LA DOCTRINA.**

##### **1-TESIS TRADICIONAL.-**

**a) INCONVENIENTES DE ESTA TESIS.**

**b) INTENTOS DE SUPERAR DICHOS INCONVENIENTES:**

**-La explicación para el caso del depósito.**

**-Tesis formuladas en relación al comodato.**

**-Teorías comunes a ambos contratos: especial referencia a la tesis según la cual la prohibición está establecida para la restitución por equivalente.**

##### **2-TESIS DE ALBALADEJO.**

##### **3-TESIS DE PEÑA.**

### CAPITULO III:

#### EL ALCANCE DE LA PROHIBICION SEGUN LA DOCTRINA.-

##### 1-TESIS TRADICIONAL.-

Con esta expresión voy a designar la opinión de aquéllos que defienden una interpretación restringida del art. 1200,pfo. 1, esto es, que consideran que la prohibición está solamente establecida para excluir de la compensación la deuda de restitución del depósito o la cosa dada en comodato.

Es la opinión unánimemente sostenida por la doctrina anterior al Código<sup>1</sup>, lo cual es lógico porque el derecho entonces vigente era en este sentido (Partida V, 3, 5 y V, 14, 27 respecto del depósito y Partida V, 2, 9 respecto del comodato). Carece por tanto de valor a los efectos de determinar el alcance de la prohibición en el código (dado que, realmente no lo están interpretando), siendo su única utilidad la de confirmar el significado que se deduce de los textos legales.

Su lectura, no obstante, permite comprobar que, a diferencia de lo que había ocurrido entre los juristas franceses e italianos, los nuestros muestran escaso

---

<sup>1</sup> MARTÍ ("Tratado Elemental de Derecho Civil", tomo II, Barcelona 1838, pag. 356); DEL VISO ("Lecciones Elementales de Derecho Civil", Tomo III, Valencia 1870, pag. 130); SANCHEZ DE MOLINA BLANCO ("El Derecho Civil Español", Madrid 1871, pag. 280); ELIAS ("Derecho Civil General y Foral de España", Madrid, 1877, pag. 56); PEDRO GOMEZ ("Elementos de Derecho Civil y Penal", Tomo II, Madrid 1877, pag. 204); MORATO ("El Derecho Civil Español", tomo II, segunda edición, Valladolid 1877, pag. 494); GUTIÉRREZ FERNANDEZ ("Estudios..." tomo IV, pag. 151 y 152).

interés por este tema, limitándose, todo lo más, a mencionarlo de pasada en sus obras.

Otras dos observaciones, ya puestas de relieve por ALBALADEJO<sup>2</sup> se pueden constatar a partir de las escuetas opiniones que nuestros antiguos civilistas emiten sobre las exclusiones de compensación en estos dos contratos: en primer lugar, la confusión entre compensación y retención<sup>3</sup> y, en segundo lugar, el hecho de que a gunos de ellos<sup>4</sup> no incluyen entre las prohibiciones la hipótesis del comodato, en lo cual coinciden con POTHIER<sup>5</sup>.

En los años inmediatamente posteriores a la publicación del Código se sigue manteniendo la tesis restringida, de una manera tácita<sup>6</sup>, o bien expresa<sup>7</sup>, pero sin un planteamiento abierto acerca de cómo se debía interpretar el texto del artículo 1200, lo cual sugiere que semejantes afirmaciones tienen su origen en la pura inercia.

---

<sup>2</sup> "La prohibición ...", pag. 259.

<sup>3</sup> DEL VISO ("Lecciones...", pag. 130) y PEDRO GOMEZ ("Elementos..." pag. 205), según el cual "se niega también al depositario la retención de lo que se le confió, y que cuando está en sus manos se reputa que se halla en las del mismo propietario; y lo mismo al comodatario excepto si la deuda que trata de compensar procediese de gastos extraordinarios hechos para la conservación de la cosa que había recibido en comodato".

<sup>4</sup> MARTI ("Tratado...", pag. 355); ELIAS ("Derecho Civil..." pag. 56) y MORATO ("El Derecho...", pag. 494).

<sup>5</sup> "Traité...", pag. 98. También este autor parece confundir compensación y retención.

<sup>6</sup> Así, en el Manual de Oposiciones a Notarías de la Revista General de Legislación, Madrid, 1884, pag. 410.

<sup>7</sup> BONET ("Código Civil Español", tomo IV, Barcelona 1891, pag. 144) y FALCON ("El Derecho Civil Español, Común y Foral". Tomo IV, sexta edición, Barcelona 1902, pag. 48).

Sí capta el problema NAVARRO AMANDI<sup>8</sup> quien se pregunta si tendrá lugar la compensación cuando sea condenado un depositario o un comodatario al pago de una cantidad cierta por razón de daños y perjuicios, si ellos son al mismo tiempo acreedores por cualquier título de otra cantidad cierta, líquida y exigible contra el dueño de la cosa objeto de depósito o comodato. Para responder a esta cuestión reproduce la respuesta afirmativa de GARCIA GOYENA, si bien observa que el artículo del Proyecto del 51, que es el que comenta este autor, "estaba redactado en otros términos, negando la compensación cuando trataba de oponerse a una demanda para la restitución de la cosa en los casos de despojo, depósito o comodato, en tanto que el Código vigente habla con más generalidad de las deudas provenientes de depósito o de las obligaciones de depositario o comodatario". No obstante lo cual, declara compartir la solución de GOYENA "porque la condena de pagar daños y perjuicios no es propiamente "deuda proveniente de depósito", sino que proviene de los actos ejecutados por el depositario, y tampoco puede decirse que constituyan obligación del depositario o comodatario, puesto que no son obligaciones derivadas del contrato, sino responsabilidades deducidas de la conducta de aquéllos".

Finalmente, la doctrina termina tomando conciencia, de una forma mucho más generalizada, del problema interpretativo que suscita el primer párrafo del art. 1200, aunque continúa habiendo muchos autores que ni siquiera se plantean la

---

<sup>8</sup> "Comentarios al Código Civil Reformado", Tomo IV, Madrid 1891, pag. 66.

cuestión<sup>9</sup> o que, haciéndolo, se limitan a recoger las dispares opiniones de aquellos que han optado por una u otra solución, pero sin pronunciarse en favor de ninguna<sup>10</sup>.

De entre los que afrontan directamente el alcance de la disposición, defienden la tesis restringida MUCIUS SCAEVOLA<sup>11</sup> CASTAN<sup>12</sup> y DE ARRILLAGA<sup>13</sup>.

Para MUCIUS "el que tiene en su poder una cosa en depósito o comodato, no podrá negarse a devolverla a la persona de quien la haya recibido con esta cualidad a título de serle debida otra cosa equivalente. En esta parte, el Código repite una doctrina antigua, ya consignada también en la Ley 27 de dichos Título y Partida, la cual añade luego que la devolución de la cosa depositada tendrá lugar de todas maneras, sin perjuicio de que el depositario reclame después como proceda lo que por el depositante se le debía. El fundamento no es oscuro ni necesita de grandes explicaciones, puesto que, como se comprende fácilmente, obedece a la necesidad de mantener la naturaleza propia de las obligaciones del depósito y comodato,

---

<sup>9</sup> VALVERDE ("Tratado de Derecho Civil Español", tomo III, segunda edición, Valladolid 1920, pag. 176); DE DIEGO (Instituciones de Derecho Civil Español", tomo II, Madrid 1959, pag. 421); PEREZ GONZALEZ Y ALGUER (Notas al Tratado de Ennecerus-Kipp-Wolf, tomo II, vol. 1, Barcelona 1933, pag. 356) y PUIG PEÑA ("Tratado de Derecho Civil, tomo IV, vol. 1, Madrid 1946, pag. 344).

<sup>10</sup> ESPIN CANOVAS ("Manual de Derecho Civil Español", vol. III, tercera edición, Madrid, 1970, pag. 165) y PUIG BRUTAU ("Fundamentos de Derecho Civil", tomo I, vol. 2, Barcelona, 1976, pag. 449).

<sup>11</sup> "Código Civil", tomo XIX, pags. 1091 y 1092.

<sup>12</sup> "Derecho Civil Español Común y Foral", tomo III, décima edición, Madrid, 1967, pag. 339.

<sup>13</sup> Diccionario Seix, voz "compensación", pag. 488.

en las que se halla impuesta la obligación ineludible de devolver la misma cosa que fué entregada. Si se admitiera la compensación, se variarían las condiciones y los efectos de estos contratos"<sup>14</sup>.

Por su parte, CASTAN dice: "Puede entenderse -aunque el punto es discutido- que la prohibición sólo afecta a las obligaciones derivadas inmediatamente de la naturaleza de los citados contratos, no a las derivadas indirectamente por vía de indemnización de perjuicios, para las cuales carecería de justificación"<sup>15</sup>.

Finalmente, ARRILLAGA se inclina por la solución restringida "ya que la obligación de indemnizar daños y perjuicios es una simple deuda sin ningún carácter especial, y por ello no hay razón para excluirla de una posible compensación"<sup>16</sup>.

#### a) INCONVENIENTES DE ESTA TESIS.-

La anterior teoría tropieza con dos graves dificultades: una, que va absolutamente en contra de la interpretación literal; y otra, que si es esto lo que se quiere decir, se trataría de una norma innecesaria. Lo primero, no sólo porque el artículo no emplee el término restitución o cualquier otra expresión que permita

---

<sup>14</sup> Op. y pag. cit nota 11.

<sup>15</sup> Op. y pag. cit nota 12.

<sup>16</sup> Op. y pag. cit. nota 13.

M. L. MORENO-TORRES

entender que es a esta obligación a la que se refiere, sino, sobre todo, porque al distinguir entre deudas que "provinieren de depósito" y deudas que provinieren "de las obligaciones del depositario", hace imposible que, dentro del respeto a la letra de la ley, se circunscriba la prohibición a una sola obligación. Dicho de otro modo, si el legislador usa dos expresiones diferenciadas, es que está prohibiendo dos cosas distintas. Una puede ser, en efecto, la restitución del depósito. No hay razón en contra, sino más bien a favor (los precedentes históricos). Pero, ¿Cuál es la otra?. Sea cual sea, basta con reconocer su existencia, para rechazar, en cuanto al depósito, la tesis en estudio.

La segunda objeción afecta también al comodato, pues tanto en la restitución de la cosa prestada como en la del depósito falta el requisito de la fungibilidad, preciso, según el art. 1196, 2, para que se efectúe la compensación.

#### **b) INTENTOS DE SUPERAR DICHOS INCONVENIENTES.-**

Aunque un sector de nuestra doctrina<sup>17</sup> es consciente de esta problemática, ella no suscita investigaciones en profundidad en busca de una explicación, lo cual es lógico dado que, en definitiva, nuestro Código no habla -como expresamente lo hacen el Francés y el Italiano- de deuda de restitución. En estos dos paí-

---

<sup>17</sup> MANRESA, ALPALADEJO, DIEZ-PICAZO, LACRUZ BERDEJO, PEÑA BERNALDO DE QUIROS...

ses, por el contrario, son de destacar, tanto por su generalidad, como por su rigor e ingenio, los esfuerzos de la doctrina en el sentido indicado.

No faltan quienes resuelven el problema<sup>18</sup> concluyendo que esta prohibición no es más que la aplicación de la regla general que exige para que proceda la compensación "que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si esta se hubiese designado" (art. 1196, 2 del Código Español y, en sentido análogo, 1291 del Francés y 1243 del Italiano). La mayoría no obstante -y especialmente los primeros comentaristas del Código- tratan de hallarle un significado, quizás porque la anterior solución es demasiado cómoda y, por añadidura, poco convincente.

Dentro de la que he llamado tesis tradicional voy a distinguir entre la opinión de aquéllos para los que el ámbito de aplicación de la prohibición es la obligación de restitución y aquéllos otros que consideran que en realidad está referida a la indemnización de daños y perjuicios que procede cuando sea imposible la restitución "in natura" dado que en definitiva ambos dan a la norma un alcance restringido. Los primeros tienen el apoyo indudable de la letra de la ley, en tanto que los segundos propugnan este otro significado a partir de los obstáculos -de difícil salvación- que origina la interpretación literal estricta<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> GIORGI ("Teoría de las obligaciones...", vol. VII, pag. 81); DEMOLOMBE ("Cours...", tome V, pag. 459); CARBONNIER ("Droit Civil IV: Les obligations", 4e. edition, París 1976, pag. 514); LAURENT ("Principes...", Tome XVIII, pag. 462); COLIN ET CAPITANT ("Cours...", pag. 121); RICCI ("Corso ...", n. 317, pag. 392)

<sup>19</sup> A estas dos opciones habría, quizás, que añadir una tercera, recogida por CUTURI ("Tratatto ..." pag. 363) y DEMOLOMBE ("Cours...", tome XXVI, pag. 444) y atribuida a Marcadé: la de que se trata de un error legislativo.

-LA EXPLICACION PARA EL CASO DEL DEPOSITO.-

Respecto de la prohibición en los casos de depósito, los autores franceses afirman en su mayoría<sup>20</sup> que lo que con ella se intenta excluir es la compensación opuesta por el demandado frente a la demanda de restitución de un depósito irregular, que es la doctrina que también prevalece en Italia. Lo que se ha tenido en cuenta por lo tanto no es la restitución de un cuerpo cierto -propia del depósito regular-, respecto de la cual sería superflua la excepción, sino el caso de que el depósito fuese de una suma de dinero, obligándose el depositario a devolver otro tanto de la misma especie y calidad. De no haber sido introducida, operaría la compensación -en perjuicio del depositante- ante la reclamación de restitución, en aquellos casos en que el depositario fuese a su vez acreedor suyo y se diesen todos los presupuestos necesarios para la compensación.

Aunque esta construcción, que ha sido adoptada entre nosotros por LACRUZ BERDEJO<sup>21</sup> parece impecable, entiendo que el párrafo primero del artículo 1200 no está pensado para el depósito irregular<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> POTHIER ("Traité...", vol. II, pag. 98); AUBRY ET RAU ("Droit Civil...", tome IV, pag. 233), LAURENT ("Principes...", pag. 609); RIPERT BOULANGER ("Derecho Civil V", Buenos Aires 1965, pag. 609); COLIN ET CAPITANT ("Cours...", pag. 121); GIORGI ("Teoría...", pag. 82); y CUTURI ("Trattato... pag. 365).

<sup>21</sup> Este autor ("Elementos de Derecho Civil II, vol 1, Barcelona, 1977, pag. 132) afirma "El precepto alude al depósito irregular, en el cual -contrariamente al comodato- cabe una obligación de restituir una cantidad y no una cosa concreta, y, además, a las obligaciones nacidas en cualquier momento de las vicisitudes de los contratos aludidos. Acaso también al supuesto del art. 1777, cuando a la cosa depositada la sustituya una cantidad de dinero".

<sup>22</sup> El capítulo V está destinado a justificar este punto de vista.

-TESIS FORMULADAS EN RELACION AL COMODATO.-

En el caso del comodato no existe, sin embargo, la posibilidad de recurrir a una figura irregular para dotar de sentido a la excepción, puesto que el art. 1741 declara que "el comodante conserva la propiedad de la cosa prestada" ( art. 1877 del Code). Pese a ello, los autores franceses del siglo pasado intentan, por todos los medios , dar a esta norma una explicación, al margen de la idea -que hoy ocupa un lugar destacado entre los autores más modernos- de que se trata de una reiteración de las normas generales en materia de compensación.

Son estas las distintas teorías que en este sentido se han formulado:

Primera: Considerar que el 1293, 2 trata de evitar la compensación en el caso del llamado "comodato ad pompam et ostentationem", que es aquél que excepcionalmente recae sobre una cosa consumible<sup>23</sup>, acordando sin embargo los contratantes que el que la recibe se va a abstener de darle el uso que conforme a su

---

<sup>23</sup> El art. 1878 establece "Todo lo que está en el comercio y que no se consume por el uso puede ser objeto de este contrato". La exigencia de que la cosa dada en comodato sea no consumible es consecuencia del mismo concepto de comodato que comporta la obligación de restituir la misma cosa que ha sido prestada. Pero el criterio no es totalmente exacto o, al menos, debe ser completado con el de la fungibilidad que se basa en la voluntad de las partes. Las partes pueden estipular que el prestatario, aún recibiendo una cosa consumible, devuelva la misma recibida. Los autores citan como ejemplos de esta forma de comodato los siguientes: el préstamo de monedas, billetes de banco o sellos de correos, no para consumirlos, sino para exponerlos (MAZEAUD: "Lecciones de Derecho Civil", vol. IV, traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1962, n. 1436); el préstamo de frutas por un comerciante a un restaurador para que decore la mesa (Encyclopedie, n.7); el préstamo hecho a un contable, cuya caja va a ser comprobada y que se encuentra en deficit, de monedas que deberá devolver idénticamente al prestamista, que continúa siendo propietario de ellas (AUBRY ET RAU: "Droit Civil Français", tome IV, 4eme. edition, Paris, 1871, n. 391, nota 4).

naturaleza la destruye, empleándose para un fin distinto -que no la destruye-, de manera que concluido ese uso puede ser restituida in natura.

Esta tesis es formulada por TOULLIER<sup>24</sup> pero no goza de demasiada aceptación<sup>25</sup>, porque, como observa MARCADE, "desde el momento en que debe de ser restituida la misma cosa es considerada por las partes como un cuerpo cierto; luego, incluso en este caso, es por virtud de la regla general de la compensación por lo que la deuda del comodatario no es compensable; !no es en virtud de una excepción<sup>26</sup>!".

En efecto, el objeto del comodato ha de ser una cosa no fungible. Pero recordemos que este carácter depende de la voluntad de las partes, sin que haya ningún inconveniente en que estas consideren como no fungible en un determinado negocio o relación una cosa que aisladamente considerada en el tráfico merezca el calificativo de fungible. Pues bien: la cosa dada en comodato, por el mero hecho de serlo, tiene la consideración de no fungible, porque es de esencia a esa figura la restitución de la misma cosa entregada. Dicho de otra forma: si la cosa prestada fuese fungible no habría ya comodato, sino préstamo de consumo.

---

<sup>24</sup> "Diritto Civile Francese", vol. 4, Napoli 1801, n. 383.

<sup>25</sup> La acepta LOMONACO ("Delle Obligazioni...", tomo IV pag. 396), y también, según Demolombe ("Cours...", tomo XXVI n. 597), DURANTON.

<sup>26</sup> Citado por Demolombe, op. y pag. recogida en la nota anterior.

Pese a la firmeza de la objeción expuesta, se ha sugerido, para salvar esta tesis, que los redactores del Código confunden el concepto de cosa fungible con el de cosa consumible de tal manera que la previsión de un caso de comodato sobre una cosa consumible (que ellos denominan fungible y por tanto no excluida de compensación) les lleva a dictar la prohibición del número dos del art. 1293.

También nuestro Código confunde ambos conceptos, en el sentido de dar el nombre de "fungibles" a bienes que son en realidad consumibles (art. 337). El comodato "ad pompam" recae sobre cosas consumibles. Si el legislador identificara los conceptos entendería que cuando el 1196, 2 menciona el requisito de la fungibilidad, lo está haciendo en el sentido del 337 ("bienes de que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman"), de donde resultaría que en esta especie de comodato se produciría la compensación en cuanto a la restitución de la cosa, aplicando las reglas generales. Ello explicaría la expresa exclusión que hace el legislador.

Para DEMOLOMBE<sup>27</sup>, de todas las explicaciones, ésta es la más verosímil, porque la voluntad (en este caso del legislador) "debe producir su efecto siguiendo la acepción que tenían las palabras en la época en que se han empleado"<sup>28</sup>.

Ahora bien, no puede decirse que ni uno ni otro código identifiquen los términos "fungible" y "consumible", ni que el significado que se les da en la época

---

<sup>27</sup> "Cours...", Tome XXVI, n. 597.

<sup>28</sup> Tomo I de su obra, n. 46, pag. 54.

en que se redactan haya variado. Lo que sí ocurre (que no es exactamente lo mismo) es que a veces da el nombre de fungibles a bienes en realidad consumibles (caso de nuestro artículo 337) o, por el contrario, se utiliza ésta última expresión para referirse propiamente a cosas fungibles (caso del art. 1892 del código de Napoleón, que define el préstamo de consumo diciendo que "es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra una cierta cantidad de cosas que se consumen por el uso, con la carga para esta última de devolverle otro tanto de la misma especie y calidad")<sup>29</sup>.

Pero la mayor parte de las veces, se emplean ambos términos de forma adecuada. Así, arts. 481 y 482 respecto del usufructo de cosas consumibles y 1740 y 1753 respecto del mutuo y comodato, uno de cuyos criterios de distinción es, precisamente, la fungibilidad de las cosas objeto del primero, frente a la no fungibilidad del objeto del segundo.

Es poco probable, pues, que en materia de compensación el legislador confundiese los significados, porque no estaba operando con conceptos aislados,

---

<sup>29</sup> El artículo 1894 añade, en el mismo orden de ideas, que no se pueden dar, a título de préstamo de consumo, cosas que, aunque de la misma especie, difieran en su individualidad, como los animales; entonces es un préstamo de uso; la razón de ello es que la restitución no podría hacerse idénticamente puesto que las cosas que el comodatario devolvería, diferirían de aquellas que ha recibido, lo que contraría la esencia del préstamo. No hay sino un medio de prestar las cosas que difieren en su individualidad, es darlas en comodato. Esto prueba que los autores del Código habrían hecho mejor usando la expresión fungibles, en lugar de la de consumibles: esta es la idea expresada por el art. 1894... Lo que caracteriza por tanto el préstamo de consumo es que las cosas prestadas deben ser de tal naturaleza que las que el prestamista da puedan ser devueltas por el prestatario idénticamente. ¿Es necesario para ello que sean consumibles? El Código lo dice, siguiendo a Pothier... Esto es demasiado absoluto. Lo que es de esencia del contrato es que el comodatario tenga el derecho de consumir la cosa, y que pueda devolver una de la misma especie y calidad. Así pues, se puede muy bien concebir un préstamo de cosas que no se consuma por el primer uso que de ellas se haga: tal sería el préstamo de un librero a otro de un cierto número de ejemplares del código civil, a condición de que el comodatario devuelva el mismo número de la misma edición." (LAURENT, "Principes...", tome 26, n. 490, pag. 505).

desvinculados de supuestos concretos (en los cuales es más factible la confusión, dada la abstracción) sino que estaba pensando en una hipótesis particular: la del comodato "ad pompam". Y porque, además, tiene muy claro el sentido de la fungibilidad en cuanto requisito de la compensación<sup>30</sup>. Basta con leer el texto del art. 1196, 2<sup>31</sup>.

Segunda: Entender que el término "compensación" no está usado en el art. 1293 en su sentido riguroso, sino en el de retención, no admitida en el comodato. La prohibición sería pues, no de compensación, sino de retención; esto es, una reiteración del art. 1885 según el cual "El comodatario no puede retener la cosa por compensación de lo que el comodante le deba"<sup>32</sup>.

Más no es esta la única interpretación que se ha realizado del art. 1885. Su terminología es confusa: se habla de "retener" y se habla de "compensar". En realidad ¿Qué se está prohibiendo?

Un detenido estudio de las opiniones de los autores sobre este artículo permite diferenciar -pese a los graves inconvenientes derivados de la inexactitud con

---

<sup>30</sup> SANTOS BRIZ: "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por M. Albaladejo", tomo V, vol 1, pag. 43, Jaen, 1980.

<sup>31</sup> Sobre este requisito, capítulo VI, 2, b).

<sup>32</sup> Esta es la postura seguida por POTHIER y TROP LONG (según Demolombe, "Cours...", Tome XXVI, n. 452).

que utilizan los términos "compensar" y "retener"- cuatro puntos de vista sobre su significado:

**-Primero:** El art. 1885 está, simplemente, prohibiendo al comodatario que oponga la compensación cuando le sea reclamada la cosa. El precepto es una repetición del 1293. Los argumentos esgrimidos por sus defensores<sup>33</sup> son los siguientes: que el precepto habla de "compensación", que no hay razón alguna para negar al comodatario el derecho de retención, que la tradición del Derecho Francés concedía al comodatario esta garantía y que si el 1885 tuviese por finalidad negar al comodatario el derecho de retención, se habría situado, no en la sección consagrada a las obligaciones del comodatario, sino en la que trata de las del prestamista, junto al 1890, del cual sería su complemento natural.

Facilmente puede apreciarse que los argumentos son extremadamente débiles; ciertamente el artículo habla de compensación, pero también de retención y, además, habida cuenta de que la confusión entre ambas existía ya en los textos romanos, parece preferible no considerar determinante la terminología. En cuanto al fundamento de la prohibición, no es exacto que no lo haya: al comodatario se le niega la retención porque es él el que recibe un beneficio del comodante, a diferencia de lo que ocurre en el depósito, contrato en el que es el depositante el que

---

<sup>33</sup> BAUDRY-LACANTINERIE ("Précis..." tome X, n. 1354), PLANIOL ("Derecho Civil", vol. VII, traducción de la doceava edición francesa, n. 2059).

recibe el servicio del depositario, razón por la cual sí se le permite a éste retener. Pero es que, además y sobre todo, considerar que el 1885 no está negando el derecho de retención al comodatario (por esta u otras razones) no implica que necesariamente se tenga que defender que el precepto lo que está prohibiendo es la compensación. Este es el error esencial de esta teoría: entender que dado que no se está prohibiendo retener, se está prohibiendo compensar. La conclusión a que se llega es que, como dice BAUDRY-LACANTINERIE<sup>34</sup> el art. 1885 es una repetición inútil de un precepto por sí inútil: el 1293,2. A mi juicio, demasiados preceptos innecesarios.

**-Segundo:** Entender que el 1885 está negando al comodatario el derecho de retención en su sentido propio, esto es, la facultad de continuar detentando la cosa prestada hasta que el pagador le lo que el comodante le deba como consecuencia de los gastos hechos en la cosa que le correspondan satisfacer a éste. Dichos gastos son los que menciona el art. 1890, a cuyo tenor "Si durante el préstamo, el comodatario ha sido obligado, para la conservación de la cosa, a algún gasto extraordinario, necesario y urgente, de tal manera que no haya podido prevenir de él al prestamista, éste estará obligado a reembolsárselos". Los gastos a que se refiere este artículo no son, pues, los gastos ordinarios para el uso de la cosa, que son a cargo del comodatario (art. 1886), sino los gastos que tienen como fin su salvaguarda. Únicamente por estos puede surgir un

<sup>34</sup> "Précis...", tome X n. 1354.

crédito del comodatario frente al comodante (que no altera el carácter unilateral del contrato) Y sólo en garantía de ellos se puede hablar de derecho de retención en su sentido exacto, porque se da el requisito de la conexión objetiva, necesario para que haya retención.

Pues bien, cuando se sostiene que el 1885 está negando el derecho de retención al comodatario, si se está hablando con rigor, se está aludiendo a este caso. Sin embargo, los autores que he incluido en este grupo, aparte de pocos<sup>35</sup>, no precisan ni argumentan el alcance de su afirmación, limitándose, sin más, a declarar que el art. 1885 niega al comodatario el derecho de retención.

Extraña un poco, no obstante, que este punto de vista que es el más lógico desde una interpretación literal ("El comodatario no puede **retener** la cosa...") y sistemática (el precepto está incluido dentro de la regulación del comodato, no en sede de compensación<sup>36</sup>, a la cual además se le ha encontrado un fundamento<sup>37</sup>, sea tan minoritario.

Probablemente la razón sea que en la tradición del Derecho Francés se otorgaba al comodatario el derecho de retención por tales gastos y que los autores, antes de inclinarse de entrada en pro de un cambio en este sentido, tratan de buscar

---

<sup>35</sup> MAZEAUD ("Leçons...", tome X, n.1449).

<sup>36</sup> Si bien es cierto que su ubicación en la regulación del comodato no es la más adecuada puesto que está comprendido dentro de la sección relativa a las obligaciones del comodatario.

<sup>37</sup> El comodatario no puede retener porque el contrato se establece en su exclusivo interés y este especial derecho de garantía aparecería entonces como un privilegio excesivo para el comodatario.

otro significado al artículo. Junto con ello, siembran la duda dos consideraciones: una, que el artículo habla de "retener la cosa por compensación" y otra que su inclusión dentro de la sección dedicada a las obligaciones del comodatario no es lógica. E incluso se podría pensar en hipótesis en las que el fundamento de la prohibición (la gratuidad del comodato y el exclusivo interés del comodatario) se tambalea: por ejemplo cuando el importe de los gastos debidos por el comodante sea tan elevado que en absoluto resulten compensados con el uso del que gratuitamente ha disfrutado el comodatario. Pues aunque el comodatario conserve frente al comodante la acción para reclamarle el pago, de hecho se está privando al comodatario de un medio de presión y garantía para el cobro que por principio se reconoce a todos los acreedores cuando el crédito ha surgido como consecuencia de la cosa que poseen (es decir, cuando hay conexión objetiva). La situación de este comodatario va a ser especialmente desfavorable porque, dado que el contrato es unilateral -o bilateral imperfecto- no está tampoco protegido por la *exceptio non adimpleti contractus*.

-Tercero: Sostener que el precepto está prohibiendo al comodatario "retener" la cosa prestada, en garantía de un crédito que ostenta frente al comodante, pero no nacido como consecuencia de la cosa, ni en virtud de esta relación contractual.

Este es el punto de vista de TOULLIER, quien se formula la siguiente pregunta: "¿Puede el comodatario, bajo el pretexto de que el comodante le deba una

suma líquida, negarse a la restitución de una cosa recibida en préstamo, hasta que no se le pague la suma debida, y retenerla como una especie de prenda, aun cuando se le haya confiado a título de préstamo?"<sup>38</sup>. Opina que el art. 1885 resuelve esta cuestión negativamente. Lo que ocurre es que el término "compensación" no está correctamente empleado, por lo que debería modificarse la redacción y decir: "El comodatario no puede retener la cosa prestada bajo el pretexto de que el comodante le deba una suma líquida, o bien en prenda de lo que el comodante le deba"<sup>39</sup>. En el mismo sentido se manifiestan COLIN ET CAPITANT con el siguiente ejemplo: "Habiendo prestado 1000 pesetas a uno de mis amigos, le pido prestada una vajilla de plata para dar una comida. No puedo en tal caso abrigar la pretensión de retener la vajilla hasta que me devuelva las 1000 pesetas que me debe, pues en tal hipótesis ni siquiera hay "debitum cum re juctum"<sup>40</sup>.

Es evidente que lo anterior es exacto. Sería un acto contrario a la buena fe que el comodatario pretendiera retener por este motivo la cosa prestada, pero ¿es esto lo que quiere decir el 1885?. Dos consideraciones me llevan a dudarlo: una, que no era necesario decirlo para que así ocurriera, y otra, que la letra del precepto no juega en su favor.

---

<sup>38</sup> "Diritto...", vol. IV, n. 384.

<sup>39</sup> El art. 1747 de nuestro Código dice de forma parecida: "El comodatario no puede retener la cosa prestada a pretexto de lo que el comodante le deba, aunque sea por razón de expensas".

<sup>40</sup> "Curso Elemental de Derecho Civil, Tomo IV, 2ª edición traducido por De Buen, Madrid 1949, pag. 709.

La supresión de la norma no iba en ningún caso a determinar que lo contrario fuese posible. La sólo aplicación de los principios generales produciría el mismo efecto. El derecho de retención<sup>41</sup> es un derecho excepcional, como medio de justicia privada que en definitiva es. Ello significa que no debe concederse a todo acreedor y que debe concurrir una razón suficientemente poderosa para que se permita al obligado a la restitución posponer el cumplimiento de este deber. Esa razón es la equidad. Es contrario a la buena fe que el acreedor de la restitución reclame la cosa, si por su parte no ha cumplido la deuda que tiene frente al deudor de ésta, máxime cuando el crédito se ha originado con ocasión de la cosa misma<sup>42</sup>.

Mas no es esto lo que ocurre en el caso de el comodatario (deudor de la restitución) que, siendo a su vez acreedor del comodante, pretenda continuar con la posesión de la cosa hasta que se le pague su crédito. No hay aquí fundamento alguno de equidad que así lo aconseje. Y no lo hay, no sólo porque el crédito no nace como consecuencia de la cosa, sino porque, además, ésta le ha sido gratuitamente cedida para su uso al que la posee. Falta por tanto la razón de justicia en que se apoya el derecho de retención y no era necesario que se prohibiese expresamente.

---

<sup>41</sup> Definido por GIORGI ("Teoría...", vol. 2, pag 419) como "la facultad que sin convención de las partes corresponde al poseedor y juntamente al acreedor de rehusar a su deudor la entrega de una cosa que le debe, mientras no le haya satisfecho por su parte el débito correspondiente".

<sup>42</sup> En tales casos habla la doctrina francesa de conexión objetiva o material, que liga el crédito garantizado y bien retenido, y sin el cual se piensa que no hay retención.

En cuanto a la segunda consideración, a pesar de que LAURENT<sup>43</sup> opta por prescindir de la terminología para dilucidar el significado del art. 1885, entiendo que ésta no se debe desdeñar de modo absoluto. Si efectivamente la norma persigue evitar que el comodatario continúe con la cosa en garantía de un crédito que ostenta frente al que se la exige, ¿porqué se habla de compensación?. Aún cuando no se esté empleando en su sentido preciso -lo que parece evidente-, el término lleva implícita la idea de extinción, lo que aboga más en favor de una última opinión que se ha emitido acerca del artículo. Carece de sentido mencionar la compensación para negar un derecho de garantía. Una cosa es la falta de rigor en el empleo de los conceptos y otra bien distinta utilizar uno que no tiene nada que ver con aquello que realmente se quiere decir<sup>44</sup>.

No obstante, la primera de las objeciones formuladas no es absoluta. La norma es innecesaria siempre y cuando se parta del concepto de retención tal y como hoy se encuentra configurado, pero no en otro caso. Y puesto que el Código de Napoleón no incorpora una regulación unitaria de este derecho, limitándose a concederlo en determinadas hipótesis, no se sabe si con finalidad taxativa o no, era precisa la aclaración introducida por el 1885. Téngase en cuenta, además, que al silencio de la ley hay que añadir una tremenda confusión entre los autores en torno

---

<sup>43</sup> "Principes...", tome XXVI, n. 480.

<sup>44</sup> Hay un aspecto en que sin embargo coinciden la compensación y la hipótesis a que se refiere el artículo. En ambas los sujetos que intervienen son acreedores y deudores recíprocos, con la importante diferencia de que en la primera las deudas son homogéneas y en la segunda no, y que la compensación produce un efecto extintivo. Pero no parece que sea esta analogía la que haya llevado al legislador a hablar de compensación, puesto que también en la retención, entendida en su sentido propio, se da esta reciprocidad entre los sujetos, y ya el 1885 habla de "retener".

a esta figura, que sólo de forma paulatina y tardía se ha ido precisando con nitidez<sup>45</sup>.

**-Cuarto:** Entender que lo que el artículo prohíbe es algo que no es ni retener ni compensar, pero que se aproxima a ambos: que el comodatario se quede con la cosa prestada en pago de lo que a su vez el comodante le debe. TROP LONG<sup>46</sup> construye el siguiente ejemplo: "Yo te presto mi caballo, que vale seiscientos francos; a la expiración del tiempo convenido, no me lo devuelves y yo te demando. Pero tú, a quien yo debo seiscientos francos. ¿Puedes pedir al juez que compense el debe y el haber y que te convierta en propietario del caballo? ¡no! comienza por restituir; en otro caso me forzarás a hacer una venta a mi pesar. Inútil añadir que la compensación no tiene lugar sino entre créditos líquidos, y que se quiere hacer entrar un cuerpo cierto en compensación con una suma de dinero. La palabra compensación no está aquí empleada en un sentido riguroso".

Idéntica explicación había sido ya sostenida por POTHIER quien, sin embargo, no incluye entre las prohibiciones de compensar la del comodato. Parecen compartirla igualmente AUBRY ET RAU<sup>47</sup> y MUCIUS SCAEVOLA<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> Sobre esta cuestión, MARTY RAYNAUD: "Droit...", tome III, 1er. volume, pags. 12 y ss.

<sup>46</sup> Reproducido por DEMOLOMBE, "Cours...", Tome XXVI, n. 596.

<sup>47</sup> "Droit...", tomo 4, n. 392.

De todas las que se han formulado es la que suscita menos inconvenientes, la más justificada y la mejor avalada por la letra de la ley. Más, ¿ Se puede sostener que el artículo 1293. 2 esté reiterando, respecto del comodato, la norma del 1885?<sup>49</sup>.

Por lo que hace al Derecho Francés, queda la duda a la vista de los términos en que está redactado el art. 1885 ("retener en compensación"), si bien hay que reconocer que faltan argumentos decisivos a favor.

En Derecho Español no puede, desde luego, admitirse semejante explicación, y, de hecho, ningún autor la ha sostenido, ya que los términos en que está redactado el art. 1747, que niega el derecho de retención al comodatario, son claros y no revelan por parte de sus redactores la confusión retención-compensación que trasluce el paralelo del francés.

Tampoco ha sido asumida por los italianos, que, en general, sin embargo, reprodujeron las opiniones de los franceses. La razón es la ausencia en el código de este país de un precepto expreso (bien en el sentido de concederlo, bien en el de negarlo) referido al derecho de retención del comodatario, que en el vigente orde-

---

<sup>48</sup>(...Cont.)

<sup>48</sup> "Código Civil", tomo XXVII, pag. 14, en donde, a propósito del Código Francés, afirma lo siguiente: "El prestatario no puede retener la cosa prestada para compensar otras deudas con el prestamista (art. 1885), ni para compensar gasto alguno efectuado en la conservación de la cosa (art. 1886).

<sup>49</sup> Hay que tener en cuenta que los que así lo entienden atribuyen al art. 1885 un significado distinto del últimamente expuesto, que es el que parece más aceptable, si bien ello no es obstáculo para defender este punto de vista, que puede teóricamente adoptarse desde cualquiera de las interpretaciones.

namiento positivo parece admitirse cuando recae sobre muebles, sobre la base del art. 2756<sup>50</sup>.

-TEORIAS COMUNES A AMBOS CONTRATOS: ESPECIAL REFERENCIA A LA TESIS SEGUN LA CUAL LA PROHIBICION ESTA ESTABLECIDA PARA LA RESTITUCION POR EQUIVALENTE.-

Aunque la generalidad de los autores construyen una explicación para el caso del depósito (la del depósito irregular), y otra diferente para el comodato (que es la que origina inconvenientes más difíciles de superar) no faltan quienes intentan una explicación común. Es el caso de CUTURI, quien, tras recoger de forma muy completa todas las opiniones al respecto, manifiesta su propio punto de vista<sup>51</sup>.

Para él -que excluye de entrada que la norma sea una simple declaración conforme a la tradición-, su ámbito de aplicación es tanto la compensación legal como la judicial. Los casos que prevee son aquellos en que la demanda de restitución se refiera a dinero o cosas fungibles, sin que valga la observación según la cual, tratándose de restitución, es siempre una species debita, dado que son frecuentes en los códigos las disposiciones dirigidas a establecer una norma de índole práctico, sin preocuparse de si la misma puede ser deducida a partir de principios ya declarados o expresamente admitidos. El legislador ha querido que la autoridad

---

<sup>50</sup> Sobre este tema, CARRESSE: "Il comodato", seconda edizione. Torino, 1954, pag. 61 y 62.

<sup>51</sup> CUTURI: "Trattato...", n. 202, pag. 376.

judicial ante la cual es presentada la acción de restitución de la cosa depositada o prestada, rechace la excepción reconvenzional de compensación, o la verdadera y propia demanda reconvenzional dirigida a tal fin, remitiendo al demandado a hacer valer su contrapretensión en sede separada. Y ello tanto si lo que se reclama es la restitución en forma específica como su equivalente en dinero, dado que la causa es la misma.

Otra opinión, que propugna igualmente una misma interpretación para el depósito y para el comodato, y que se ha calificado de notable contribución al tema<sup>52</sup> es la tesis de APPLETON<sup>53</sup>. Según él, estas prohibiciones están referidas a la compensación judicial. Opina que las disposiciones del derecho justiniano relativas al depósito y al comodato están dirigidas a impedir la demanda reconvenzional en general, y en particular, la que podía conducir a la compensación. Justiniano ha querido decir que ni el autor del despojo ni el depositario pueden retrasar el cumplimiento de su obligación con demandas reconvenzionales. El mismo, en la novela 96, capítulo II había regulado el ejercicio de la reconvección ante el mismo juez como una facultad del demandado que favorece sus intereses, ya que bastaba con que presentase cualquier solicitud antes de que fuese debatido el litigio. La demanda reconvenzional obligaba al juez a suspender toda decisión, o, al menos, a suspender la ejecución de la sentencia recaída sobre la demanda principal. Justiniano ha querido impedir que esta regla se aplicase contra la demanda del propietario que

---

<sup>52</sup> CUTURE: "Trattato...", n. 200, pag. 372.

<sup>53</sup> La expongo siguiendo al autor y obra citados en nota anterior.

reclama la restitución de su cosa a quien injustamente la había tomado, o bien al depositario. El legislador francés ha mantenido, en el art. 1293, estas excepciones.

Finalmente, se ha propuesto una forma de explicar el artículo, al margen de la interpretación literal estricta, considerando que la limitación no afecta propiamente a la demanda de restitución de la cosa depositada o dada en comodato.

Esta tesis es obra de DELVINCOURT<sup>54</sup> y ofrece una forma común de entender las dos limitaciones a la compensación del número dos del 1293, lo cual es mucho más acertado que diferenciarlas, pues no en vano la ley las agrupa<sup>55</sup>. Considera que el legislador ha querido preveer el caso en que, perdiéndose la cosa prestada (o depositada) por culpa del deudor de la restitución, resulte éste obligado a reembolsar su valor, de suerte que si ostentase por su parte un crédito compensable frente al comodante (o depositante) no podría oponerle la compensación y eludir así el pago directo del importe que se le condera a satisfacer.

Desde esta óptica la disposición contiene una verdadera excepción y es absolutamente necesaria. La primitiva deuda de restitución de un cuerpo cierto ha dejado de serlo, transformándose en una deuda pecuniaria, susceptible de compensación desde el momento en que se enfrenta a otra de la misma especie, igualmente

---

<sup>54</sup> Así lo afirma DEMOLOMBE, "Cours...", tome XXVI, n. 598, pag. 454.

<sup>55</sup> No obstante, gran parte de los seguidores de Delvincourt aplican su teoría únicamente al comodato ya que, respecto del depósito, parece convencerles la explicación de Pothier de que la exclusión de la compensación es para el depósito irregular.

M. L. MORENO-TORRES

líquida y exigible. Es obvio que si se quiere evitar en este supuesto que el depositario y el comodatario excepcionen la compensación, hay que decirlo expresamente.

Esta teoría es mayoritariamente rechazada en Italia, en donde se admite, sin embargo, también mayoritariamente, respecto del despojo. La razón es que se estima que respecto de éste concurre una razón de orden público, que no juega en aquél<sup>56</sup>.

Entre nuestros autores el único que se podría pensar que sostiene esta opinión es SANTAMARIA, quien dice lo siguiente: "estimamos, como más lógico, en consideración al carácter especial del depósito y del comodato, entender que no se podrá oponer compensación ni a la demanda de restitución ni a la de indemnización por incumplimiento de la restitución, pero sí a las demás acciones nacidas de actos independientes de estas obligaciones primordiales, aunque por lo que se refiere al depósito el Código no parece admitir distinción ninguna"<sup>57</sup>.

Realmente, no se sabe muy bien a qué se refiere el autor cuando habla de demanda "de indemnización por incumplimiento de la restitución". Tanto puede ser al cumplimiento por equivalente en los casos en que por culpa del deudor no sea posible la restitución en especie, como al resarcimiento de los daños que ocasione el incumplimiento de la obligación de restituir.

---

<sup>56</sup> COSENTINO PATTI: "La compensazione... pag. 117.

<sup>57</sup> "Comentarios al Código Civil II", pag. 153, Madrid, 1958.

Sólo en el primer caso su punto de vista coincidiría con el de DELVINCOURT, con la diferencia de que mientras que para éste el único sentido de la prohibición es excluir de la compensación la satisfacción del "id quod interest", SANTAMARIA incluye también la demanda de restitución de la misma cosa depositada o prestada. Pero es que, además, se llega a propugnar un mismo ámbito de aplicación a partir de objetivos diferentes: el primero trata de justificar la presencia de la prohibición en el código, el segundo pretende explicar la extraña manera en que el legislador español le da forma.

Tres caminos distintos se han seguido en el país donde nació, para rebatir esta tesis: tratar de demostrar que ninguna de las situaciones que se originan cuando la deuda de restitución se convierte en una obligación pecuniaria tiene cabida en el precepto en cuestión; alegar que el sentido que se le atribuye al artículo se separa a todas luces de la letra de la ley y, por último, cuestionar su fundamento<sup>58</sup>.

En cuanto a lo primero, el planteamiento es el siguiente: cuando la obligación de restitución de la cosa depositada o dada en comodato se haya convertido en una deuda pecuniaria (valor de la cosa y resarcimiento del daño), se pueden diferenciar dos momentos distintos, según que la deuda no se haya liquidado aún o que, por el contrario, haya sido liquidada. En el primer caso no es posible la compensación porque falta el requisito de la liquidez. Más en el segundo, dado que

---

<sup>58</sup> Véase Capítulo II.

estamos en presencia de una deuda compensable, la compensación debería producirse. ¿Se podría afirmar que el 1293, 2 persigue precisamente prohibir esta compensación?. Los autores responden en general negativamente alegando que la condena judicial recaída contra el comodatario o el depositario ha producido una novación, siendo ahora deudores por virtud de una causa nueva ("ex causa iudicati"). Al tener la deuda una causa distinta del depósito o del comodato quedaría fuera del campo de aplicación del 1293, 2. Dicho de otra forma, desde el momento en que la indemnización de los daños y perjuicios es líquida, la deuda es compensable, puesto que, interpretada literalmente la prohibición, (que sin duda se refiere al depósito y al comodato) no la incluye en su ámbito.

Estas objeciones no pueden prosperar, según los propios defensores de la teoría frente a la que se dirigen, por dos razones:

-Si las partes hubiesen determinado convencionalmente -mediante una cláusula penal- el importe de la suma que tendría que satisfacerse en caso de imposibilidad de restitución de la misma cosa recibida, no podría sostenerse que se ha producido una novación judicial de la obligación. Permaneciendo inmutable la obligación (esto es, siendo aún la misma obligación nacida del contrato) no sería compensable al estar comprendida en el 1293, 2, que encuentra así un supuesto al que aplicarse.

Pero esto es tan marginal que, como dice LAURENT<sup>59</sup>, no justifica el artículo. Es realmente improbable que el legislador, que tiene en mente supuestos generales, lo haya establecido para el caso de que siendo imposible la restitución de la cosa dada en depósito o en comodato, se haya pactado una cláusula penal<sup>60</sup>.

- Se niega que la condena judicial que liquida la obligación del depositario o comodatario produzca una verdadera novación y haga en consecuencia desaparecer la primitiva causa de la deuda. Y se niega porque sin depósito o comodato no habría habido tal condena.

El inconveniente fundamental que se ha señalado a esta forma de entender el artículo -que, sin embargo, no es aplicable al nuestro en el que no se habla de restitución- es el de que ni siquiera coincide mínimamente con su texto. En él se menciona la demanda dirigida a la restitución del depósito y del comodato y no la que tiene por objeto obtener los daños e intereses del que ha hecho perecer la cosa recibida, lo cual es bien distinto. Ello es algo unánimemente reconocido por los autores, que CUTURI justifica diciendo que el precepto se refiere a la demanda de restituir la cosa porque la acción debe estar siempre dirigida a conseguir la cosa misma, y sólo subsidiariamente a obtener el equivalente en dinero o los daños

---

<sup>59</sup> "Principes...", tome XVIII, n. 447, pag. 462.

<sup>60</sup> Como dice este autor, se trata de un ejemplo de escuela que la vida real desconoce porque implica un contrato de beneficencia, acto de liberalidad (el depósito), con un acto de desconfianza (la cláusula penal).

ulteriores, "pero la excepción del artículo 1293 ha de aplicarse incluso en este último caso"<sup>61</sup>.

Como muy bien dice GIORGI<sup>62</sup> "siempre será verdad que en el primer caso se trata de restitución y en el segundo de reparación. Son cosas diferentes en la causa, en la cualidad y en los efectos; la primera está comprendida en el texto literal de la disposición, la segunda no".

En opinión de DEMOLOMBE el artículo 1293, 2 está establecido para el caso de que se trate de la demanda en restitución de un depósito o de un préstamo de uso, "es decir, precisamente para el caso en que la cosa depositada o prestada exista todavía"<sup>63</sup>. Distingue dos momentos temporales distintos: antes de que la imposibilidad de restitución "in natura" haya sido contradictoriamente constatada inter partes y después de haberlo sido. Opina que en el primero la deuda del depositario o del comodatario no es compensable, no sólo porque es ilíquida, que es lo que generalmente se aduce para negar la compensabilidad, sino porque el depositante y el prestamista pueden iniciar la demanda de restitución, lo que significa que se encuentran en la hipótesis del 1293, 2. Una vez que se ha constatado contradictoriamente esa imposibilidad, la deuda del depositario y del comodatario no tiene ya por objeto esa cosa, sino la cuantía en que se ha fijado su valor y los

---

<sup>61</sup> "Trattato...", n. 198.

<sup>62</sup> "Teoría...", Tomo VIII, pag. 83.

<sup>63</sup> Cours...", tome XXVI, n. 599.

daños y perjuicios (pudiendo haberse establecido convencionalmente, mediante una cláusula penal, o judicialmente mediante sentencia condenatoria). Cuando esto ocurre, se está ya fuera del texto de la ley, porque es evidente que ni depositario ni comodatario pueden ya iniciar una demanda en restitución de un depósito o de un préstamo de uso.

Según ha quedado expuesto, ya en el contexto en que fué formulada, la anterior teoría suscitaba inconvenientes, y estos resultan mayores si se pretende con ella resolver los problemas de nuestro artículo 1200. En efecto: continúa huérfana de explicación la doble expresión legal referida al depósito y, aunque tiene la ventaja, respecto de la opinión según la cual el ámbito de la prohibición es la deuda de restitución, de que de esta manera la norma es necesaria, origina ahora el problema (que aquélla sí resolvía) de la ausencia de fundamento. Como dice ALBALADEJO "tanto dándole un sentido como otro, en tanto que es eficaz es injustificado, y en tanto que no lo es, es inútil"<sup>64</sup>. Todo ello sin tener en cuenta que no se encuentra ningún precedente histórico en dicho sentido.

## 2-TESIS DE ALBALADEJO.-

Ha sido este autor el primero que en nuestro país ha realizado un análisis en profundidad acerca del párrafo primero del artículo 1200 del Código. Las conclusiones a que llega no gozan, sin embargo, de demasiada aceptación, ni

---

<sup>64</sup> "La prohibición...", pag. 203.

siquiera para él mismo, que se reconoce forzado a establecerlas a partir de la letra de la ley, si bien se muestra en desacuerdo con sus consecuencias prácticas.

Su punto de partida es el rechazo de la interpretación restringida de la disposición, pese a reconocer que los precedentes históricos son en este sentido. Considera, y en ello hay que darle la razón, que las palabras que emplea el legislador "no son, ni con mucho, las más apropiadas para dar a entender con ellas una disposición que tuviese semejante contenido"<sup>65</sup>. Decidirse por el alcance restringido implica prescindir totalmente de la letra de la ley, aparte de que con él "no se le quita (al artículo) ningún defecto que técnicamente se le pueda achacar"<sup>66</sup>.

Para ALBALADEJO no es sólo que el depositario o comodatario no puedan negarse a devolver la cosa a pretexto de serles debida otra equivalente, sino que hay otros muchísimos casos en los que tampoco se produce la compensación por virtud de la prohibición del 1200, aunque concurren todos los requisitos que la ley exige para que la compensación pueda darse.

Enumera los siguientes casos en que no puede oponerse la compensación<sup>67</sup>:

---

<sup>65</sup> "La prohibición...", pag. 255.

<sup>66</sup> "La prohibición..." Pag. 263.

<sup>67</sup> "La prohibición..." Pag. 263.

#### EL ALCANCE DE LA PROHIBICION SEGUN LA DOCTRINA

1- Por el depositario que sea acreedor a la vez, por cualquier causa, del deponente, al reclamarle éste el pago de una deuda que provenga del depósito o de sus obligaciones de depositario (por ejemplo, indemnización por destrucción o deterioro culpables de la cosa).

2- Por el deponente que sea acreedor a la vez, por cualquier causa, del depositario, cuando éste le exija el pago de deuda que provenga del depósito (la retribución, si el depósito es retribuido).

3- Por el deudor acreedor a su vez del acreedor reclamante como consecuencia de deuda (crédito para ese deudor) que provenga de depósito de las obligaciones del depositario, cuando sea con este crédito con el que pretenda compensar su deuda.

4- Por el comodatario que sea acreedor a su vez, por cualquier causa, del comodante, al reclamarle este el pago de una deuda que provenga de sus obligaciones de comodatario.

5- Por el deudor acreedor a su vez del acreedor reclamante como consecuencia de deuda (crédito para ese deudor) que provenga de las obligaciones del comodatario, cuando sea con este crédito con el que pretenda compensar su deuda".

Mientras que en el Código Francés y en el Italiano, así como en el Proyecto del 51, la prohibición solamente actúa cuando la compensación pueda

oponerse al que reclama la devolución de lo dado en depósito o en comodato, en nuestro Código la expresión "cuando alguna de las deudas" sugiere que la prohibición "opera en todo caso en que alguno de los créditos (deudas) entre los cuales se daría la compensación proviene de las fuentes que señala el artículo 1200, 1, aunque no sea el reclamado"<sup>68</sup>.

En estos otros ordenamientos es patente que la prohibición se establece exclusivamente en beneficio de deponente y comodante, puesto que es necesario, para que sea eficaz la prohibición: primero, que la deuda tenga un determinado origen (que se trate de una deuda del depositario o comodatario a favor del deponente o comodante), y, segundo, que la reclamación recaiga sobre ella (es decir, que el reclamante sea el depositante o el comodante).

Para nuestro Código, sin embargo, sólo se precisa el primero, ya que nada se dice respecto a quien deba ser el reclamante, y por tanto la compensación no procederá, tanto si la deuda que tiene el origen que señala el precepto es la que se reclama, como la que el reclamante ostenta a favor de su deudor, y con la cual éste pretende compensar.

Los argumentos que esgrime el autor en apoyo de su teoría son los siguientes<sup>69</sup>:

---

<sup>68</sup> "La prohibición..." Pag. 266.

<sup>69</sup> "La prohibición..." Pag. 262.

#### EL ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN SEGUN LA DOCTRINA

1- "Los términos no ofrecen duda ni admiten otro sentido sin suponerlos impropios e inadecuados, y aún suponiéndolos.

2- "El suponerlos impropios implica prejuzgar la cuestión y buscar en ellos, no lo que dicen, sino lo que nos parece que deberían decir".

3- "La norma, al exceptuar de compensación esta serie de supuestos, ni chocha con norma otra alguna, ni expresa intención absurda.

4- "El hecho de que el legislador, teniendo ante sí artículos como el 1293, 2 del Código Francés, el 1289, 2 del Italiano y el 1126, 1 del Proyecto de 1851, haya variado las palabras, es claro que induce irresistiblemente a suponer que quiso variar el alcance de la prohibición; y pensar lo contrario, por muy convencido que en vista de los antecedentes o por otra razón se esté de ello, no deja de ser quizás algo gratuito". Nuestro Código no se limita a reproducir al Francés, que es su modelo, sino que amplía y modifica sus términos.

Cada una de las expresiones "deuda que proviniere de depósito" y "deuda que proviniere de las obligaciones del depositario" tiene un fin distinto, sin que se trate de una repetición. La primera alude a las obligaciones que surjan inmediatamente del depósito, con lo que se deja fuera a las "ex post facto" a cargo del deponente, que se entiende que no derivan propiamente del contrato, sino de hechos posteriores, extrínsecos e independientes del mismo. La segunda expresión, por su

parte, se refiere a las obligaciones "ex post facto" a cargo del depositario ( es decir, a las que, bajo esta rúbrica conforman la sección tercera del capítulo II del título XI del Libro IV).

Respecto del comodato, la norma se refiere a todas las deudas que provengan de las obligaciones del comodatario, reguladas en la sección 2, capítulo I, título X del mismo Libro. Queda, sin embargo, pendiente de explicar por qué no habla el legislador de la deuda que proviniere de comodato.

La razón es que el comodato es un contrato esencialmente gratuito, lo que significa que de él nunca puede surgir una obligación a cargo del comodante, por lo que no es necesario excluir a estas de compensación. Pero ello no ocurre en el depósito, respecto del cual sí se prevé la posibilidad de una obligación a cargo del deponente (la retribución), siendo en consecuencia preciso, si se la quiere excluir de compensación, mencionarlo expresamente<sup>70</sup>.

Sin embargo, el Código Francés, el Italiano (antiguo) y el Proyecto del 51 consideraban al depósito como esencialmente gratuito. Por ello bastaba con prohibir la compensación para la deuda de restitución, porque, al igual que ocurría en el comodato, tampoco podía nacer ninguna obligación a cargo del comodante.

---

<sup>70</sup> El Tribunal Supremo en la Sentencia de 31 de marzo de 1970 (R.A. 1594) confirmó el fallo recurrido en el que "la retribución por el depósito se tiene en cuenta a efectos de su abono por compensación".

Gran parte de las críticas que se han emitido contra esta teoría provienen, curiosamente, de su propio autor, cuyas palabras parecen en ocasiones sugerir que, realmente, el legislador dió a la prohibición un alcance superior al que era su intención atribuirle.

El inconveniente principal de esta interpretación es que produce consecuencias prácticas inaceptables. Su aplicación determina, por ejemplo, la exclusión de compensación en las siguientes hipótesis:

-A, comprador, debe a B, vendedor, 1000 pesetas por razón de la venta. B a su vez, depositario, por daños o pérdida de la cosa, debe a A, depositante, otras mil pesetas. B reclama a A el pago de las 1000 pesetas, precio de la cosa vendida, y A no puede oponer la compensación, ya que la deuda de B proviene de depósito.

-B, vendedor, reclama a A, comprador, 1000 pesetas que le debe como precio de la cosa vendida. A su vez, es acreedor de B en virtud de depósito, porque A fué depositario de unos objetos de B, por cuyo depósito, que se pactó retribuido, adeuda B a A, 1000 pesetas. Pues bien: ante la reclamación de B, A ha de pagar sin poder oponer la compensación, ya que la deuda de B proviene de depósito.

-A, comprador, debe a B, vendedor, por razón de la venta, 1000 pesetas. B, a su vez, es comodatario y ha dañado la cosa, o ésta se ha perdido y

la pérdida le es imputable: el perjuicio se aprecia en 1000 pesetas. Su comodante es A, al que, por tanto, debe 1000 pesetas. B reclama a A el pago de las 1000 pesetas, precio de la cosa vendida, y A no puede oponer la compensación, ya que una de las deudas proviene de las obligaciones del comodatario.

No hay, realmente, ninguna razón que justifique tales efectos y así lo manifiesta ALBALADEJO en repetidas ocasiones<sup>71</sup>, siendo éste además el motivo que lleva a la doctrina a rechazar unánimemente dicha interpretación. Sin embargo, mientras que para los demás lo que carece de razón de ser es la prohibición de compensar ampliamente extendida, ALBALADEJO llega más lejos y declara no comprenderla en ningún caso.

Pero es que, además, el fin que tradicionalmente se atribuye a las prohibiciones de compensar en los casos de depósito y comodato, el de la protección del interés de deponente y comodante, se vuelve en este caso en contra de los pretendidamente protegidos y les perjudica en lugar de beneficiarles<sup>72</sup>, ya que pueden no llegar a percibir debidamente la prestación.

---

<sup>71</sup> "La prohibición..." pags. 262 y 263.

<sup>72</sup> "Ni más ni menos que esto es lo que sucede, por ejemplo, en el supuesto del deponente al que se le debe equis por daños y perjuicios, pongamos por caso; el cual no puede oponer su crédito en compensación a cualquier otra deuda que le sea reclamada por el depositario, puesto que al provenir su crédito (el del deponente) de las obligaciones del depositario, opera el art. 1200, 1. O lo que acontece al comodante, al que reclama el comodatario el pago de una deuda, que no puede oponerle compensación por el valor de los daños que éste haya causado a la cosa, por ejemplo, ya que "alguna de las deudas proviene de las obligaciones del comodatario" (pag. 264).

Pese a todo ello, ALBALADEJO sostiene la interpretación amplia de la norma porque considera que las palabras que emplea el legislador son terminantes y claras y "expresan algo que es perfectamente pensable, que no tienen nada de absurdo ni de incongruente; simplemente, tienen perfecto sentido"<sup>73</sup>.

A partir del trabajo de ALBALADEJO, que como dice LOPEZ VILAS<sup>74</sup> "marca un auténtico hito en relación con el estudio de la problemática que encierra el párrafo primero del artículo 1200", todos los comentarios sobre el mismo contienen alguna referencia a aquél, en el sentido, generalmente, de poner de relieve sus inconvenientes, sin que nadie se haya preocupado de destacar sus aciertos, que estimo importantes.

Para PEÑA<sup>75</sup> el resultado de este estudio es paradójico, ya que, pese a estimarse que las exclusiones de compensación establecidas para el depósito y el comodato carecen de justificación, incluso en su formulación tradicional, sienta como conclusión, sobre la base de los términos del artículo, la amplia interpretación ya expuesta. Por eso dice el propio ALBALADEJO que las novedades del Código en

---

<sup>73</sup> Pag. 262.

<sup>74</sup> "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por M. Albaladejo", tomo XVI, vol 1, Madrid 1980, pag. 460.

<sup>75</sup> "Prohibición de compensar...", pag. 452.

relación con otros textos legales, "aumentan la efectividad de la norma paralelamente al aumento de su sinrazón"<sup>76</sup>.

LOPEZ VILAS considera que el sentido amplísimo del precepto sustentado por ALBALADEJO se apoya en una interpretación excesivamente apegada a la literalidad del texto, con abandono de otros elementos interpretativos de los que no se debería prescindir. Y que, además de ello, conduce a consecuencias de difícil justificación<sup>77</sup>.

El comentario es, a mi juicio, acertado. El problema fundamental de la tesis propuesta por ALBALADEJO es la ausencia de una razón que justifique la exclusión de compensación en la mayor parte de los casos que por el se consideran incluidos en el ámbito de la prohibición.

No obstante, este inconveniente reviste, desde su punto de vista, menos gravedad que para el resto de la doctrina, puesto que en ningún caso (ni siquiera desde la interpretación restringida) aprecia una razón que explique, ni en el nuestro ni en otros códigos, las prohibiciones de compensar que se suelen introducir referidas a estos contratos.

Es decir, que mientras que para la mayor parte de los autores falta una justificación para impedir la compensación respecto de la generalidad de las obliga-

---

<sup>76</sup> "Prohibición...", Pag. 262.

<sup>77</sup> "Comentarios...", tomo XVI, vol. 1, pag. 472.

ciones del depositario y del comodatario, así como respecto del pago del precio en el caso del depósito retribuido, y se encuentra fácilmente respecto de la deuda de restitución de la cosa dada en depósito y comodato, para ALBALADEJO **tampoco** en este caso la prohibición tiene razón de ser. Así pues, mientras que para los primeros el defecto fundamental de la tesis de ALBALADEJO, se suprime si se opta por el alcance restringido, en su opinión subsiste igualmente.

Partiendo de esta premisa es lógico llegar a la solución que él adopta, ya que ambas interpretaciones (la restringida y la extensa) serían igualmente rechazables, y al menos esta última ofrecería la ventaja de adecuarse a las palabras del legislador.

Es frecuente, de otro lado, la crítica según la cual ALBALADEJO concede únicamente valor a la interpretación literal. Encuentro, sin embargo, que emplea además otros elementos interpretativos, tales como los precedentes históricos y la interpretación sistemática. Lo único que ocurre es que los utiliza en sentido inverso al habitual.

Suele entenderse que, dado que, según la tradición de nuestro antiguo derecho, la compensación se negaba respecto de la restitución del depósito o de la cosa prestada (Partidas y Proyecto del 51), en la duda debe atribuirse este sentido a los términos del 1200. Sin embargo, ALBALADEJO piensa, con muy buen sentido, que al cambiarse por el Código la redacción del artículo, se quiso modificar su alcance. Lo razonable, desde luego, es pensar que un cambio en la redacción (que

no sea meramente formal o gramatical) se introduce con el fin de alterar el sentido de un precepto, salvo que se encuentre una razón distinta que lo explique<sup>78</sup>.

En cuanto a la interpretación sistemática, ALBALADEJO pone en relación el párrafo primero del artículo con las palabras iniciales del segundo ("**Tampoco podrá oponerse al acreedor**"<sup>79</sup> por alimentos debidos a título gratuito"), con la finalidad concreta de demostrar que la prohibición del párrafo primero actúa con independencia de que el crédito que tiene su causa en alguna de las fuentes que señala el precepto, sea o no el que se reclama. Es decir, que se excluye la compensación tanto si el crédito que proviene de depósito o de las obligaciones de depositario o comodatario es aquél cuyo cumplimiento se exige como aquél con el que se pretende compensar cualquier otro.

No es fácil entender la forma en que se utiliza el argumento, mas, teniendo en cuenta la conclusión que pretende apoyar, que se pone de relieve el "contraste" entre ambos párrafos, y las palabras destacadas por su autor ("oponerse al acreedor"), pienso que es en el siguiente sentido: puesto que el párrafo segundo especifica que es el deudor contra el que se dirige la reclamación, el que no puede oponer la compensación de su deuda con los alimentos que su acreedor le deba, y el párrafo primero no especifica nada parecido, se debe entender respecto de este

---

<sup>78</sup> Sugiero otra. Véase capítulo IV-4.

<sup>79</sup> En cursiva en el original.

último que es irrelevante a los efectos de la prohibición que el crédito contemplado por la norma sea o no el reclamado.

PEÑA<sup>80</sup> basa en el mismo párrafo segundo del 1200 la solución contraria. Para ello pone especial énfasis en el adverbio "**tampoco**" con el que se inicia la disposición, y que viene a indicar que "igualmente no" podrá invocar la compensación el deudor (es decir, el depositario o comodatario). Se interpreta, pues, el primer párrafo con arreglo al sentido que tiene en el segundo, que impide oponer la compensación al deudor frente a una reclamación del acreedor.

Au margen de las críticas anteriormente expuestas, que, junto con el descontento manifestado por el propio autor<sup>81</sup> son por sí sólo suficientes para explicar que se insista en la búsqueda de otra interpretación, es obligado reconocer que es inestimable la aportación que este trabajo supone de cara a una mayor profundización en el tema, y que tiene sobre todo el mérito de proponer por primera vez una forma coherente y razonable de explicar la duplicidad de expresiones que en relación con el depósito establece el art. 1200, 1.

### 3-TESIS DE PENA.-

---

<sup>80</sup> "Facultad...", pag. 473.

<sup>81</sup> Quien, de hecho, concluye su trabajo con las siguientes palabras: "... con el artículo 1200, 1 se ordena algo que puede, pero que creemos no debe ser. Y ahí está su gravedad. Desacertado o no, existe. O desaparece él o no deberán desaparecer todas las consecuencias que hemos señalado. Por eso, permítasenos que pidamos, ya que no de fe, al menos un auto de razón".

PEÑA BERNALDO DE QUIROS es el otro autor que, junto con ALBALADEJO ha realizado un análisis en profundidad sobre el párrafo primero del art. 1200 del Código.

Si para ALBALADEJO el punto de partida era el rechazo de la tesis sostenida por la doctrina antigua, PEÑA parte de una crítica a las conclusiones de aquél, en los términos que ya han quedado expuestos. De resto, sin embargo, los trabajos de ambos civilistas difieren bastante, tanto en los resultados como en los argumentos e incluso en el punto de partida.

Al contrario que ALBALADEJO, quien niega rotundamente que las prohibiciones de compensar en los casos de depósito y comodato tengan un fundamento, PEÑA admite de entrada que el precepto tiene justificación suficiente, ya que "es natural que, en orden a la compensación, hayan dispensado los distintos ordenamientos mejor trato a unos acreedores que a otros"<sup>82</sup> en función de la distinta causa o naturaleza de los créditos y que, por tanto, lo que hay que someter a revisión no es tanto el precepto como su interpretación.

Para llevar esta tarea a cabo no se ciñe a la letra del artículo, sino que utiliza los restantes elementos interpretativos enumerados por el art. 3, 1 del Código, citando en este sentido la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de mayo de 1974, que dispuso que "toda interpretación legal, si bien debe apoyarse en los términos en que se manifiesta el mandato, pues de él son

---

<sup>82</sup> "Facultad de ...", pag. 452.

#### EL ALCANCE DE LA PROHIBICION SEGUN LA DOCTRINA

vehículo y testimonio autorizados, debe inquirir sobre todo cuál sea, dentro del total Ordenamiento jurídico, la ratio y finalidad del precepto, lo que equivale a descubrir, más allá de las palabras, el verdadero alcance de la norma que con ellas se expresa"

Concluye que están excluidas de compensación:

-La deuda que proviniere de depósito: la de restitución (art. 1200-1 en relación con el 1758 del Código Civil).

-La deuda que proviniere de las obligaciones del depositario: resarcimiento por infracción dolosa o culposa de la obligación de guarda o de las obligaciones específicas que tiene como depositario (art. 1200-1 en relación, principalmente, con los arts. 1766-1778 del Código Civil).

-La deuda que proviniere de comodato, es decir, la de restitución de la misma cosa prestada, aunque se trate de cosas fungibles (comodato ad pompam). El Código no recoge el supuesto por entender que basta, al efecto, con lo dispuesto en el art. 1196, 2: en ningún caso habrá la homogeneidad requerida para la compensación.

-La deuda que provenga de las obligaciones del comodatario (art. 1200-1 en relación con los arts. 1743-1748 del Código Civil): gastos

necesarios ordinarios y responsabilidad por pérdida o deterioro cuando le sea imputable.

La excepción no comprende deuda alguna del depositante ni del comodante, cuyas facultades en orden a oponer la compensación al depositario o comodatario no se ven limitadas por la disposición.

PEÑA muestra una especial preocupación por encontrar la razón por la que se impide a estos sujetos oponer la compensación, y, de hecho, dedica gran parte de su esfuerzo a ello.

Intenta fundamentar la exclusión de compensación del depositario en el principio de incompensabilidad de las obligaciones "ex delicto" que, pese a no estar expresamente recogido en el Código, considera vigente como principio general del derecho<sup>83</sup>. Pero tal principio es insuficiente a esos efectos, pues, todo lo más, explicaría la excepción de compensación en los casos extremos de apropiación indebida de las cosas depositadas, pero no en el resto.

Para él "la prohibición de que el depositario pueda oponer compensación responde a la idea, más general, de que aquél a quien se confían potestades en interés y por cuenta de otra persona, no puede prevalerse de esta situación en provecho propio. Es decir, responde a la misma idea que, también, impide la llamada

---

<sup>83</sup> Sobre como llega a esta conclusión, véanse las páginas 460 a 464 de su artículo y la exposición y crítica que a la misma hago en el capítulo IV-2.

autocontratación"<sup>84</sup>. Y continúa diciendo: "Ha querido, pues, el legislador que incluso en cuanto a esta deuda (la que proviene de las obligaciones de depositario) el depositario no anteponga su propio interés al interés del depositante. Con ello se evita todo estímulo a la infidelidad en la guarda de las cosas depositadas. Y se mantienen apartadas con la mayor claridad las dos esferas de intereses en que tiene potestad para actuar el depositario, la suya propia y, en las cosas depositadas, la del depositante"<sup>85</sup>.

En el caso del comodato es insuficiente alegar que el comodatario sea titular de una potestad de custodia, pues hay otras muchas relaciones jurídicas en que ocurriendo otro tanto el efecto compensatorio se produce con toda normalidad. Pero, habiendo una concesión graciosa por parte del comodante, tiene el comodatario un especial deber de fidelidad frente a éste, en base al cual se le niega la posibilidad de oponerle la compensación. La prohibición privará al comodatario de estímulos para violar la fidelidad que debe al comodante.

Tras determinar de esta forma el fundamento del párrafo primero del art. 1200, se ocupa PEÑA de explicar el contenido de la expresión "deuda que proviene de depósito". De ella excluye las obligaciones del depositante, esto es, la retribución, resolviendo en este sentido la ambivalencia de la expresión, de conformidad con las exigencias tradicionales, el derecho comparado y el contexto del

---

<sup>84</sup> Pag. 465.

<sup>85</sup> Pag. 467.

precepto: "El art. 1200, 1 del Código Civil estaba ya redactado en el Anteproyecto 1882-1888 (art. 1217-1) cuando aún no se había elaborado el Título del Depósito. Por imperativo de la Base 1a. se redactaba el Código "tomando por base el Proyecto de 1851", y en él, del contrato de depósito no surgían obligaciones para el depositante porque "el depósito propiamente dicho es un contrato gratuito por su esencia" (art. 1660 del Proyecto de 1851). En el momento de la redacción del art. 1200-1 del Código Civil, no había, pues, motivo de dudas sobre qué no podía referirse a obligaciones del depositante"<sup>86</sup>.

La utilización por parte del legislador de dos distintas expresiones referidas al depósito, permite clasificar en tres grupos distintos las obligaciones que nacen de este contrato: a) deuda proveniente de depósito; b) deuda proveniente de las obligaciones del depositario y c) deuda proveniente de las obligaciones de depositante. Estas últimas son las únicas sometidas a las reglas generales de compensación.

Teniendo en cuenta la distinción que hace el precepto, la frase "deuda proveniente de depósito" ha de ser estrictamente interpretada, por oposición a la otra expresión que en él se utiliza. Esta deuda "no puede ser otra que la de restitución del depósito: sean las mismas cosas ajenas originariamente recibidas, sean las que por causa de depósito y en concepto también de depósito se reciban después: productos y accesiones (art. 1770 del Código Civil); cosa en lugar de otra

---

<sup>86</sup> Pag. 469.

perdida por fuerza mayor (art. 1777 del Código Civil); precio de la venta (supuestos en que el depositario pueda vender, ya vistos; supuestos del art. 1778 del Código Civil)<sup>87</sup>.

Estos razonamientos descansan en la admisión de la figura del depósito regular de cosas fungibles. Frente a la opinión de aquellos que sostienen que todo depósito de cosas fungibles es irregular, es decir que el depositario deviene propietario de las cosas y queda obligado a restituir otro tanto de la misma especie y calidad, opina que nuestro código no exige, como hace respecto del comodato (art. 1740) la cualidad de no fungible de las cosas para que exista depósito. El que recibe las cosas fungibles para su custodia no puede, como depositario que es, servirse o disponer de ellas y debe restituir las idénticamente. Respecto de esta deuda no es posible la compensación porque faltaría siempre una de las condiciones generales: la homogeneidad de las prestaciones.

También difiere la opinión de PEÑA de la de ALBALADEJO en cuanto a quienes sean los sujetos destinatarios de la prohibición. Según PEÑA son el depositario y el comodatario los que no pueden oponer la compensación de lo que ellos deban a comodante y depositante frente a una reclamación de éstos. La deuda nacida de depósito o de las obligaciones de depositario o comodatario ha de ser aquella cuyo cumplimiento se reclama. ALBALADEJO, según vimos, sostenía lo contrario sobre la base de los términos del 1200, 1: "La compensación no procederá

---

<sup>87</sup> Pag. 470.

cuando **alguna de las deudas ...**". A esta interpretación opone PEÑA los siguientes argumentos: "1-Que va contra la doctrina tradicional a que responde el precepto: la excepción, que en orden a la compensación, se introduce en materia de depósito, atiende sólo -ya lo hemos visto- al interés del depositante. 2- Que carece de precedentes en los códigos que sirvieron de ejemplo al nuestro. 3- Que se trataría de una novedad sin las justificaciones exigidas en la Base 1a. de la Ley de Bases"<sup>88</sup>. En su opinión la frase "cuando alguna de las deudas" indica que la compensación no procede tanto si **una sólo de las deudas** tiene ese origen como si la tienen **las dos**, que es la solución que sobre esta cuestión adoptó el Código de Justiniano.

Dado que el fin de la prohibición es evitar estímulos a la infidelidad del depositario, considera aplicable el precepto:

-A todo tipo de depósito, civil o mercantil, judicial o extrajudicial, voluntario o necesario, y tanto si la relación jurídica entre las partes es depósito desde el principio, como si, iniciada con otra causa, se convierte después en depósito.

-Al supuesto de efectos introducidos por los viajeros en las fondas o mesones.

-A los conductores de efectos (art. 1601 del Código Civil).

---

<sup>88</sup> Pag. 472.

-A los que "por razón de representación, voluntaria o legal, de personas o patrimonios, están obligados a la custodia de cosas del dominus, cualesquiera que sean los poderes que en relación con ellas ostenten"<sup>89</sup>.

En cambio, no cabe extender la exclusión de la compensación a quienes, como los arrendatarios de cosas, los usufructuarios, etc tienen la obligación de guarda de cosas ajenas, pero en las que no se ven las características propias de la representación, pues ni las cosas ajenas se tienen en función del interés ajeno, ni la obligación de custodia tiene por causa una pura relación de confianza constituida *intuitu personae*.

Son muchas, variadas e importantes las ideas que PEÑA desarrolla en su trabajo, de tal manera que no es fácil un comentario global sobre el mismo. El trabajo merece en su conjunto una valoración muy positiva. Sin embargo entiendo que, aunque en menor escala, puesto que la interpretación que propugna del art. 1200 es menos extensa que la defendida por ALBALADEJO, suscita en primer lugar una crítica similar a la de aquél: con semejante alcance la disposición produce efectos inexplicables, tales como negar al heredero del depositario la facultad de excepcionar la compensación, ante la reclamación por parte del depositante, del precio que hubiese recibido por la venta, de buena fe, de la cosa que ignoraba ser depositada (artículo 1778), o el negar al comodatario la facultad de servirse de la compensación en el caso de que resulte obligado a satisfacer su precio al como-

---

<sup>89</sup> Pag. 474.

dante, pese a haberse perdido por caso fortuito, por haberse entregado la cosa con tasación (art. 1745).

De otro lado, aún estando de acuerdo con Peña respecto de cuál sea el fundamento de la prohibición (la especial relación de confianza que caracteriza el depósito y la gratuidad del comodato), discrepo en cuanto al fin que la norma persigue. No es el mantener separadas las dos esferas de intereses (la del depositante y la del depositario), ni, mucho menos, el evitar de esta forma estímulos a la infidelidad del depositario, como ya quedó expuesto en otro momento, sino garantizar al deponente (y comodante) la recuperación de la cosa que habían entregado al ahora deudor de la restitución.

La tesis de Peña se apoya en la idea central de que el depositario es un representante. Ello significa admitir que está colocado en una situación que le faculta para actuar en la esfera jurídica del depositante (o, lo que es lo mismo, que tiene un poder de representación).

Pero, ¿Cuál es el origen de ese poder de representación?. En un plano puramente teórico puede ser o la ley o un negocio jurídico<sup>90</sup>. Es evidente que no se trata de un poder "ex lege" en sentido estricto, entendiendo por tales aquellos "que nacen directamente de la ley y en los cuales es ésta quien los configura y quien

---

<sup>90</sup> Siguiendo a DIEZ-PICAZO ("La representación en el Derecho Privado", Madrid 1979, pags 131 y ss.), fuera de los poderes atribuidos en virtud de una decisión judicial, las fuentes de creación de los poderes de representación son reconducibles a dos grandes grupos: el de los poderes de representación creados "ex lege", y el de los creados en virtud de un negocio jurídico.

determina su ámbito de extensión"<sup>91</sup>. Cabría, sin embargo, plantearse la posibilidad de que se trate de uno de los llamados "poderes típicos", constituídos por aquellas hipótesis mixtas en las cuales, si bien la atribución del poder de representación en favor de una determinada persona tiene un origen voluntario, la configuración del poder y la delimitación de su alcance es algo que se encuentra predeterminado por la ley. Es decir, "aunque el poderdante puede o no conferir el poder, no puede, sin embargo modificar los términos legales de su contenido"<sup>92</sup>.

Aplicando este esquema al depósito, significaría entender que aunque el depositante es libre de constituirlo o no, una vez que lo hace, su contenido está fijado de antemano. Al margen de la exactitud o no de esta segunda afirmación<sup>93</sup>, la cuestión de fondo es averiguar si la relación de depósito es una relación representativa o, por el contrario, si sólo puede serlo. Dicho de otra forma, se trata de determinar si el mero hecho de encargar a otro de la custodia de una cosa implica, sin más, concederle el poder de actuar por cuenta del depositante.

---

<sup>91</sup> DIEZ-PICAZO: "la representación...", pag 132.

<sup>92</sup> Obra y página citadas en nota anterior.

<sup>93</sup> No sólo porque, como dice ROCA JUAN ("Comentarios...", tomo XXI, vol 2, pag. 218) "la prestación de custodia no puede ser apriorísticamente determinada en lo que se refiere a los específicos actos que el depositario debe realizar, y los medios que ha de poner, salvo en forma muy genérica y aproximada, pues exigirá siempre el comportamiento que demanden las circunstancias", sino porque, además, es posible que las partes acuerden una determinada modalidad de custodia. Esta es la conclusión que la doctrina italiana extrae del párrafo segundo del art. 1770 del vigente Código Italiano (conforme al cual "Si circunstancias urgentes lo exigen, el depositario puede ejercitar la custodia en forma distinta de la pactada dando aviso de ello al depositante en cuanto sea posible"). Pese a la ausencia de un precepto paralelo en nuestro Código, lo mismo puede ocurrir en nuestro derecho por aplicación de los principios generales.

Entiendo que el depositario no es un representante del depositante por haber asumido frente a él la obligación de custodia de la cosa, ni siquiera por el hecho de realizar esta actividad en interés ajeno. Si así fuera habría que sostener que cualquiera que resulta obligado, ya sea por virtud de un contrato, ya por disposición de la ley, a conservar una cosa en interés de un tercero, es un representante. Habría en consecuencia que atribuir esta consideración al comodatario, al arrendatario, al usufructuario, o al deudor de cosa específica, obligado por prescripción del art. 1094, a conservarla con la diligencia de un buen padre de familia.

Aunque en la relación de depósito existen algunas de las notas características de la relación representativa, tales como la confianza y el hecho de tutelarse un interés ajeno, ello no es suficiente para hablar de representación. DIEZ-PICAZO excluye expresamente de la figura de la representación la gestión de intereses ajenos que no exige relacionarse con terceros. La representación "es, por lo tanto, aquella situación jurídica en la cual una persona presta a otra su cooperación mediante una gestión de sus asuntos en relación con terceras personas"<sup>94</sup>.

Pues bien, la actividad que el depositario se obliga a realizar es la "custodia" de la cosa depositada, prestación cuya realización es perfectamente posible (y así con frecuencia ocurrirá), sin necesidad de celebración de negocios jurídicos con terceros, y sin que aparezca por lo tanto en ningún momento dibujada la figura de la representación.

---

<sup>94</sup> "La representación...", pag. 64.

Pero también en ocasiones el cumplimiento de la obligación de custodia va a requerir que el depositario celebre negocios con terceros. Cuando esto ocurra y, además, esté facultado por el depositante para actuar en su nombre, estaremos realmente ante un negocio representativo, que va a producir sus efectos de modo directo en la esfera del depositante. Podemos entonces afirmar que el depositario actúa como "representante" del que le entregó la cosa. Pero no por ser depositario, sino en su calidad de apoderado de aquél.

Desde este punto de vista, la diferencia depósito-representación es paralela a la que la doctrina moderna establece entre mandato y representación. No en vano se considera el depósito, en cuanto encargo de custodia, como una modalidad del mandato.

El depósito, como el mandato, atiende a las relaciones internas que se producen entre las partes que lo celebran, mientras que la representación indica una situación de una persona, el representante, respecto de los terceros. Se admiten por tanto dos tipos de mandato: el mandato representativo, que tiene lugar cuando el mandatario actúa en nombre del mandante, y el mandato sin representación, que se produce, al decir de LACRUZ BERDEJO, cuando el mandatario contrata con tercero en nombre propio, "o cuando el mandante le encarga asuntos que no exigen relacionarse con terceros"<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> "Elementos de Derecho Civil II, vol 3, segunda edición, Barcelona 1986, pag. 320.

El mismo esquema cabe aplicar al depósito, y en él encontramos un primer e importante motivo para rechazar la tesis de Peña: habrá ocasiones en que el depositario actúe como representante del deponente, pero en general y por principio no se da entre ellos una relación representativa. Depósito y representación van por separado, aunque en ocasiones confluyan, y parece poco probable que el legislador se haya fijado para establecer la prohibición de compensación del 1200 en una circunstancia que no es de esencia al depósito, sino que, simplemente, puede coincidir con él, máxime cuando sólo una mínima parte de los actos que integran la prestación de custodia son susceptibles del fenómeno de la representación, en cuanto que en la mayoría falta la relación con terceros<sup>96</sup>, habiéndose llegado a afirmar que se trata de una obligación negativa<sup>97</sup>.

Pienso que si la verdadera razón de las exclusiones de compensación del párrafo primero del repetido artículo fuese la existencia de una relación representativa, se habría hecho mención de cualquier otra figura, como la tutela, en que ésta

---

<sup>96</sup> El contenido de la obligación de custodia, aunque no de fácil determinación, es más amplio que el simple deber de vigilancia, pero más reducido que el de la administración, si bien presenta puntos de contacto con una y con otra. El deber de vigilancia está dirigido a la mera constatación de lo que ocurre a la cosa y a advertir oportunamente de ello a la persona frente a la cual se está obligado. La vigilancia es una obligación comprendida en la custodia, pero ésta implica algo más.

La "administración" es, por su parte, diferente de la conservación o custodia de los bienes, si bien ésta última forma parte del contenido de aquella. Toda forma de administración supone un mínimo de gestión, o sea un comportamiento suficientemente discrecional para el administrador, relativo a la obtención de sus normales rendimientos, que comprende, por tanto, la facultad de concluir los actos y negocios jurídicos necesarios para ello. Se trata, pues, de una función dinámica, frente a la custodia, que supone, de modo exclusivo y esencial, un punto de vista estático. La actividad del que custodia es una actividad en gran parte preventiva, dado que su fin es el mantenimiento de la cosa en el mismo estado en que se encuentra en el momento de la constitución de la obligación. (Sobre el contenido de la obligación de custodia, ampliamente, BALBI: "La obbligazione di custodire, il comportamento dovuto", *Rivista di Diritto Civile* 1940, págs 97 y ss)

<sup>97</sup> Lo han sostenido, respecto del depósito, BAUDRY-LACANTINERIE et WHAL y BRUCKNER, según recoge Balbi en la pag. 246 de su trabajo "La obbligazione..."

aparece con absoluta claridad. Si a juicio del autor es preciso prohibir la compensación entre depositante y depositario para mantener separadas las dos esferas de intereses, más aún en el caso de que tutor y pupilo fueran acreedores y deudores recíprocos, o de que lo fueran el ausente y su representante legal. Incluso se habría comprendido, dada la confusión existente hasta no hace mucho entre representación y mandato, la referencia a éste último.

El fundamento que Peña le asigna a la prohibición le lleva a incluir al mandatario en su ámbito, y no sólo a éste, sino a todos "los que por razón de representación, voluntaria o legal, de personas o patrimonios, están obligados a la custodia de cosas del dominus, cualesquiera que sean los poderes que en relación con ellas ostenten"<sup>98</sup>, sosteniendo de esta forma un punto de vista contrario al que parece deducirse de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1956 (R.A. 676), en la que se negó su aplicación a un albacea testamentario y la de 21 de noviembre de 1978 (R.A. 3639) en la que el Tribunal declaró que la norma "ha de ser de exclusiva aplicación a los supuestos que previene el art. 1758...según el cual se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa con obligación de guardarla y restituirla, siendo por tanto su nota característica la estricta custodia de la cosa entregada a tal fin y esta circunstancia no se da con respecto a la cantidad compensada, como deuda del recurrente, perteneciente al recurrido y que obraba en poder del primero, pues dicha suma no la recibió en depósito con obligación de guardarla,

---

<sup>98</sup> "Facultad de compensar...", pag. 474.

sino que "...servía al recurrente de garantía" y no podía ser retenida por haber cesado el riesgo... y había de ser devuelta a su dueño".

A la razón principal para rechazar la tesis de Peña, de que el depositario no es un representante, cabría añadir las siguientes:

-No es exacto que nuestro derecho prohíba el autocontrato, al menos con carácter general, sino tan sólo cuando exista conflicto de intereses o un perjuicio al representado. Ello significa que, en los casos en que depositario y comodatario sean representantes, la razón para mantener separadas, mediante la exclusión de compensación, las esferas de intereses de los dos sujetos que intervienen en la relación representativa, sería evitar un perjuicio al deponente y comodante. Permitir al depositario oponer la compensación puede suponer, ciertamente, un perjuicio al depositante, lo mismo que a cualquier otro sujeto al que se exceptiona la compensación, pero hemos de tener en cuenta, como muy bien dice SALEILLES<sup>99</sup> que "si la compensación puede dañar a uno de los acreedores, no lo daña sino porque falta a su propia obligación".

-De otro lado, la tesis de Peña no es del todo coherente. Sostiene que a la prohibición relativa al comodato "le apoyan las mismas razones que las expuestas respecto del depositante"<sup>100</sup>. Previamente, sin embargo,

---

<sup>99</sup> "Litide...", pag. 56.

<sup>100</sup> "Facultad de compensar...", pag. 480.

#### EL ALCANCE DE LA PROHIBICION SEGUN LA DOCTRINA

niega la extensión de la prohibición al arrendatario, por entender que aunque éste tiene la obligación de guarda de cosas ajenas, no se dan los requisitos propios de la representación, al no tenerse las cosas ajenas en función de un interés ajeno.

El autor considera, pues, y ello es claro, que no se dan los caracteres de la representación en el caso del arrendamiento. Otro tanto habrá que decir respecto del comodato, pues es sabido que la única diferencia entre ambos es la retribución. De aquí resulta que la única razón que, desde este punto de vista, se encuentra a la negación de compensación es la gratuidad, y la única finalidad común con el depósito, la de "evitar estímulos a la infidelidad del comodatario".

La tesis de Peña es hoy la mayoritaria en nuestro país. Ello es bastante lógico, dado que sin llegar a la extrema amplitud que propugna ALBALADEJO, atribuye a la norma un alcance que, pese a separarse de la tradición histórica, es conforme con los términos empleados por el legislador (que, obviamente no se deben desconocer), habiéndose encontrado, además, un fundamento a la prohibición entendida de esta forma.

Ya antes que Peña, otros autores habían interpretado el párrafo primero del artículo 1200 con idéntica extensión, si bien basándose exclusivamente en la letra de la ley y sin preocuparse de encontrarle una justificación.

Según BORRELL Y SOLER la prohibición alcanza a las obligaciones "accesorias que puedan resultar de circunstancias incidentales que obliguen a indemnizar por incumplimiento imputable al depositario o comodatario"<sup>101</sup>.

MANRESA, por su parte, afirma lo siguiente: "La primera parte de este artículo da lugar a dudas en cuanto a su alcance, porque consignando en términos muy generales la prohibición, que ya tiene precedentes en el derecho antiguo, parece comprender en ella todas las obligaciones del depositario o del comodatario, y se plantea la cuestión de si alcanza el precepto sólo a la principal de devolver la cosa depositada o se extiende a las otras responsabilidades incidentales, que pueden o no surgir por faltas de aquéllos y obligarles a indemnizar, y en general a cualquier obligación que tengan los mismos y que encuentre su origen más o menos remoto en dichos contratos de depósito.

La opinión general se inclina a la interpretación restrictiva, por razones de utilidad y argumentos no infundados de carácter teórico. Pero nosotros creemos que el texto del Código ha querido comprender, y por ello está tan explícito, las obligaciones todas del depositario o comodatario, sin que deje de tener motivo, en cuanto precisamente el origen de las expresadas responsabilidades incidentales estará en faltas de los obligados que justifican el rigor en que este precepto se basa.

Por análogos motivos a los expresados, que en esta otra hipótesis concurren con mayor fuerza, creemos que no cabe compensación cuando la obliga-

---

<sup>101</sup> "Derecho Civil Español", Tomo III, Barcelona 1955, pag. 157.

ción de restituir la cosa recibida en depósito o comodato se transforme en la de satisfacer su importe por pérdida imputable al obligado, y nos afirmamos aún más en lo dicho, encontrando sutil la teoría según la cual, al condenar el juez al pago de tal importe, se verifica una especie de novación judicial que convierte en pecuniaria la primitiva obligación de cosa cierta <sup>102</sup>

Para DIEZ-PICAZO<sup>103</sup> frente a la doctrina clásica sobre el alcance de este artículo, "con mejores argumentos se ha sostenido que la imposibilidad de compensación no queda referida a las deudas de restitución, porque esta es deuda de un cuerpo cierto, sino a todas las posibles obligaciones de reembolso de gastos e indemnización de perjuicios que del depósito o comodato puedan resultar".

---

<sup>102</sup> "Comentarios...", tomo VIII, vol. 1, pag. 846.

<sup>103</sup> "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial", tomo I, Madrid, 1970, pag. 645.

**CAPITULO IV:**

**LA NO COMPENSABILIDAD EN LOS CASOS DE DESPOJO.-**

**1-ANTECEDENTES Y DERECHO COMPARADO.-**

**2-VIGENCIA DE ESTA PROHIBICION EN NUESTRO DERECHO: EL PROBLEMA DE SU ALCANCE.**

a) EXTENSION DE LA PROHIBICION DE COMPENSACION A TODAS LAS DEUDAS NACIDAS DE UN ILICITO.

b) TESIS INTERMEDIA: PROHIBICION DE COMPENSAR PARA EL CASO DE DESPOJO QUE COMPRENDE TAMBIEN LA RESTITUCION POR EQUIVALENTE.

c) TESIS RESTRICTIVA: PROHIBICION DE COMPENSAR LA DEUDA DE RESTITUCION DE LA COSA INDEBIDAMENTE TOMADA.

**3-FUNDAMENTO, NECESIDAD E INTERES PROTEGIDO POR LA PROHIBICION.-**

a) FUNDAMENTO

b) NECESIDAD

c) INTERES PROTEGIDO POR LA PROHIBICION

**4-LA RAZON DEL SILENCIO LEGISLATIVO.-**

## CAPITULO IV:

### LA NO COMPENSABILIDAD EN LOS CASOS DE DESPOJO.-

#### 1-ANTECEDENTES Y DERECHO COMPARADO.-

Según un texto de ULPIANO, en el Derecho Romano se admite la compensación aunque se trate de acciones por delito: "Siempre que surge acción de algún delito, como por causa furtiva y por los demás delitos, si se reclama sobre aquél asunto alguna pena pecuniaria tiene lugar la compensación; lo mismo ocurre si se demandara con la condición por causa furtiva. (D. 16, 2, 10, parr. 2)<sup>1</sup>.

En el Código de Justiniano, la compensación es una figura de general aplicación, aunque se excluía el caso de ilícita ocupación de cosa de otro<sup>2</sup>.

Tres textos aparecen en Las Partidas referidos a esta cuestión:

Partida V, 14, 27: "Dada seyendo sentencia contra alguno que pechasse cierta quantía de maravedis a otro, por razón de fuerza o de tuerto que ouiesse fecho; maguer este que recibió el tuerto, deuiesse alguna cosa al otro, e le fuesse demandado que descontasse aquella

---

<sup>1</sup> Versión castellana por D'ORS y otros, Pamplona 1968.

<sup>2</sup> "No se les da la compensación a los que malamente ocupan una posesión ajena" (Ley 14, par. 2, Tit. 31, Libro IV del Código).

debda por la otra sobre que fue dado el juyzio non es tenuto de lo fazer, si non quisiere...".

Partida VII, 10, 14: "Atreuidos fon a las vegadas omes y ha de tomar por fuerça como en razó de prenda, o de paga algunas cofas de aquellos que les deuen algo: e como quier que aquellos fean sus deudores tenemos que fazen defaguifado. Ca por aquello fon pueftos los judgadores en los lugares, porq los omes alcancen derecho por mandamiento dellos, e non lo pueden por ellos mifmos fazer. E por ende dezimos que fi alguo contra efto fiziere tomando alguna cofa de cofa, o de poder de fu deudor, q fi algun derecho auia en aquella cofa que tomo, que lo deue perder porende, e fi derecho non auia deue tornar lo que tomo, e por la ofadia que fizo deue perder el deudo que auia de auer: de aquel quien lo forço, e de alli adelante non es tenuto el deudor de refponder porende. E ha lugar efta pena quando aquel que prendo a fu deudor lo fizo por fuerça, o de otra manera fin derecho, e fin plazer del".

Partida V, 13, 11: "Rendar non deue ninguno las cofas de otro fin mandado del judgador, o del merino de la tierra. Fueras ede, fi ouieffe puefto pleyto, co fu debdor q lo pudieffe el fazer por fi, fin mandado del alcalde. E fi alguno cotra efto fizieffe, tenemos por bien, e mandamos que torne la prenda a fu dueño, e q peche la valia

de la deuda al Rey, e demás que pierda la demanda, que auia contra aquel, que afsi prendo"<sup>3</sup>.

La doctrina anterior al Código<sup>4</sup> incluye este caso entre las prohibiciones de compensar. Aparece expresamente establecida en el art. 1126 del Proyecto del 51: "Contra la demanda para la restitución de la cosa en los casos de despojo, depósito o comodato, no puede oponerse la compensación". Y he aquí que, curiosamente, la limitación no aparece en el Código, suprimiéndose así por el legislador, de un plumazo y sin explicación alguna, una tradición de siglos que, por lo demás, parece evidente para todos<sup>5</sup>.

¿Significa esta omisión que se ha suprimido y que, por tanto, el que ha realizado el ilícito puede oponer la compensación frente al que ha sido injustamente desposeído de su cosa?. Ello es algo que cuesta admitir, no sólo porque va en contra de nuestra tradición histórica, sino porque todos los ordenamientos recogen, con uno u otro alcance, limitaciones en este sentido.

---

<sup>3</sup> También Fuero Real, 3, 19, 2.

<sup>4</sup> SANCHEZ ROMAN: "Derecho Civil ...", pag. 419; SANCHEZ DE MOLINA BLANCO: "El Derecho ...", pag. 279; MARTI: "Tratado..." ,tomo II, pag. 356; DEL VISO: "Lecciones ...", Tomo III, pag. 130; MORATO: "El Derecho...", tomo II, , pag. 494; ELIAS: "Derecho Civil ...", pag. 56.

<sup>5</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIROS: "Facultad de...", pag. 463; ELIAS: op. y pag. citada nota anterior; GUTIERREZ FERNANDEZ, "Estudios...", tomo IV, pag. 151, y MANRESA: "Comentarios..." tomo VIII, vol. 1, pag. 845, entre otros.

El Código Francés, siguiendo los postulados de POTHIER<sup>6</sup>, exceptúa de la compensación "la demanda en restitución de una cosa de la cual el propietario ha sido injustamente despojado" (art. 1293, 1). La limitación se recoge en idénticos términos por el Código Italiano de 1865 (art. 1289) y, sin variación alguna, pasa al actual (art. 1246). El mismo alcance da a la prohibición el Código Portugués de 1867 (art. 767) en el de Costa Rica (art. 898, 2) y en el de Bolivia (art. 887, 1).

En otra serie de códigos la prohibición se extiende, por expresa mención de la ley, a la indemnización de daños y perjuicios a que se condena al que efectúa el acto de despojo cuando no es posible la restitución de la misma cosa. Esto es lo que ocurre en el Código Argentino<sup>7</sup>, en el Mejicano de 1928<sup>8</sup>, en el Federal Suizo de Obligaciones de 1881 (art. 132), en el vigente (art. 125) y en el de Chile (art. 1662).

Por otra parte, hay un grupo de códigos en donde se introduce una prohibición de compensar de alcance más amplio pero que comprende también las deudas nacidas de despojo. Es el caso del BGB, cuyo § 393 excluye la compensación

---

<sup>6</sup> "Traité des obligations", vol II, París 1825, pag. 98.

<sup>7</sup> Art 824: "No es compensable la obligación de pagar daños e intereses por no poderse restituir la cosa de que el propietario o poseedor legítimo hubiese sido despojado, ni la de devolver un depósito irregular".

<sup>8</sup> Su art. 2198, inc 2 dispone que la compensación "no tendrá lugar si alguna de las deudas toma su origen de fallo condenatorio por causa de despojo, pues entonces el que obtuvo aquél a su favor deberá ser pagado, aunque el despojante le oponga la compensación".

## LA NO COMPENSABILIDAD EN LOS CASOS DE DESPOJO

contra crédito procedente de acto ilícito dolosamente cometido, aún cuando no sea punible. De modo análogo se pronuncia el art. 853 del vigente Código Portugués.

Y, finalmente, el Código de Colombia (art. 1721) dispone, no sólo que no puede oponerse compensación a la demanda de restitución de una cosa de la que su dueño ha sido injustamente despojado, aún cuando perdida la cosa, sólo subsista la obligación de pagarla en dinero (párrafo primero), sino que además señala que tampoco podrá oponerse a la "demanda de indemnización por un acto de violencia o fraude" (párrafo segundo).

## 2-VIGENCIA DE ESTA PROHIBICION EN NUESTRO DERECHO. EL PROBLEMA DE SU ALCANCE.-

Así pues, de entre todas las prohibiciones de compensar, la más generalmente admitida, con mayor o menor amplitud, es ésta (no aparece, sin embargo en el Código de Puerto Rico, cuyo art. 1154 reproduce idénticamente el 1200 del nuestro). La reconocen incluso aquellos códigos que, como el Alemán, no recogen sin embargo las del depósito y comodato. Si a ello añadimos la tradición ininterrumpida de nuestro antiguo derecho, y la idea de justicia que la inspira, habremos de

concluir que subsiste en el régimen de la compensación legal y que no es suficiente la carencia de un texto expreso para negar la excepción.

La vía que propone nuestra doctrina<sup>9</sup> para admitir la excepción es entender que persiste como un principio general del derecho. Esta solución deja sin embargo pendiente de determinar el aspecto más fundamental: el del alcance con el cual hay que entender vigente esta prohibición.

A partir de las sistemas adoptados por otros códigos, caben en un plano teórico tres soluciones que de mayor a menor amplitud son las siguientes: primera, entender que se prohíbe la compensación frente a cualquier crédito derivado de un ilícito; segunda, considerar que la prohibición abarca la indemnización de daños y perjuicios cuando no sea posible la restitución de la cosa tomada por la fuerza; y tercera, limitar la exclusión de compensación a la demanda de restitución de dicha cosa.

**a) EXTENSION DE LA PROHIBICION DE COMPENSACION A TODAS LAS DEUDAS NACIDAS DE UN ILICITO.-**

Es la solución adoptada por el Código Alemán, y defendida entre nosotros por PUIG BRUTAU<sup>10</sup> y PEÑA<sup>11</sup> quien afirma: "Si en nuestro Derecho, para au-

---

<sup>9</sup> PEÑA ("Facultad...", pags 460 a 465), MANRESA ("Comentarios..." tomo VIII, vol I, pag. 845).

<sup>10</sup> "Fundamentos...", Tomo I, 2, pag. 450.

<sup>11</sup> "Facultad...", pag. 463.

mentar el rigor de alguna deuda (por ej, la de depósito) se niega la compensación, no cabe que la derivada del acto ilícito, consista o no en un despojo, sea tratada con más benevolencia". Se apoya para ello en tres argumentos distintos: en nuestro antiguo derecho (especialmente en Las Partidas), en la doctrina tradicional y en la idea de que se trata de una consecuencia del principio general según el cual el delito no puede ser estimulado, sino reprimido.

En cuanto al primero, el texto concreto en que se basa es la Partida V, 14, 27, a partir del cual extrae SANCHEZ ROMAN la conclusión de que en el caso de que uno sea condenado a pagar a otro alguna cantidad por razón de fuerza o agravio que se le hubiese inferido "el ofensor deberá pagar al ofendido la pena pecuniaria o indemnizarle de los daños y perjuicios, no obstante ejercitar su acción separadamente para reclamar del ofensor el cumplimiento de la obligación de que por otro concepto sea deudor"<sup>12</sup>. MUCIUS, por su parte, sostiene que esta ley resolvía en sentido negativo la discusión relativa a si una deuda ordinaria podía compensarse con una indemnización de daños y perjuicios<sup>13</sup>. Se cita también en apoyo de esta tesis la Partida VII, 10, 14, si bien lo que esta ley sanciona con la "pérdida del deuo que auia de auer aquél a quien lo forçó", no es cualquier obligación nacida de delito, sino que se impone dicho efecto a aquél que toma "por fuerça, como en razón de prenda, o de paga algunas cofas de aquellos que les deuen algo".

<sup>12</sup> "Derecho...", pag. 419.

<sup>13</sup> "Código ...", Tomo XIX, pag. 1085.

Por lo que se refiere al segundo argumento alegado por este autor, es la prohibición para caso de despojo la que admite la doctrina antigua<sup>14</sup> y no esta amplia que él adopta.

Finalmente, se basa en la idea de que la negación de compensación tiene en este caso su razón de ser en el régimen de rigor que una de las deudas sufre por la fuente de que procede: el delito.

La incompensabilidad de esta clase de deudas aparece, desde esta óptica, como una de las medidas que introduce el ordenamiento jurídico para evitar y reprimir el delito, porque lo contrario implicaría para su autor una facilidad y una ventaja para la satisfacción de sus créditos, de la cual no parece merecedor tal clase de deudor.

Esta forma de pensar parece razonable y, de hecho, cuenta con partidarios<sup>15</sup>. A ella responden, además, el § 393 del Código Alemán y otros ordenamientos que consagran el mismo sistema. La propugnan ciertos sectores de la doctrina francesa e italiana, que consideran que la prohibición respecto de la restitución de la cosa objeto de despojo que sus códigos introducen, no es más que la aplicación de una regla más general en virtud de la cual hay que entender incompensables todas las deudas cuyo origen sea un acto ilícito. Además, en la jurisprudencia francesa encontramos casos en los que el mandatario declarado culpable de haberse apropia-

---

<sup>14</sup> Autores citados en la nota 5.

<sup>15</sup> BORSARI (cit. por Cuturi en "Trattato..." pag. 368).

do de diversas sumas que había recibido en virtud del mandato, es condenado a restituirlas íntegramente sin poder oponer ante el Tribunal la excepción de compensación a razón de la remuneración de que es acreedor con ocasión del mandato<sup>16</sup> y en una ocasión el Tribunal de Casación equiparó al depósito la recepción de fondos efectuada por un mandatario en el ejercicio de su mandato en un caso en que el mandatario había dispuesto irregularmente de estos fondos y cometido así "un acto ilícito"<sup>17</sup>. Sin embargo en Italia, en un caso en que la víctima del despojo solicitó, además de la reintegración, el resarcimiento del daño, estimó el Tribunal de Casación la compensación respecto de éste<sup>18</sup>.

Todo lo anterior revela un espíritu contrario a que un deudor que ha actuado dolosamente invoque que es a su vez titular de un crédito líquido y exigible frente al acreedor, para así eludir el pago. En este sentido ha hablado algún autor<sup>19</sup> de la "inverosimilitud" de que los romanos hayan podido admitir la compensación en las acciones penales, alegando que la función penal de éstas quedaría totalmente desvanecida, puesto que, permitiendo al reo oponer en compensación un crédito

<sup>16</sup> Crim. 27-nov-62. Bull. Crim. n. 340; 11-jun-63 *ibid.* n. 204; 10-oct-61 *ibid.* n. 389; 23-mai-66, *ibid.* n. 156.

<sup>17</sup> Civ. Iere. Civil, 12-dec-62, Sem-jur. 1963 II, 13006.

<sup>18</sup> "constituyendo el daño un accesorio respecto a la demanda principal de reintegración, la compensación entre el daño solicitado por el despojado y el débito del mismo es posible".

<sup>19</sup> BIONDI, según recoge Solazzi en "La compensazione nel Diritto Romano", seconda edizione, Napoli 1950, pag. 200.

propio, se viene a admitir que un simple crédito del culpable le exima de la pena debida por el delito cometido.

Consideraciones como ésta revelan una cierta confusión en ideas básicas. La compensación en ningún caso eximiría al culpable de la pena debida por el delito realizado. La compensación es un modo de extinción de las obligaciones, plenamente satisfactivo del interés del acreedor, cuyo único efecto es simplificar y facilitar el pago. La compensación no es un medio de eludir el pago, sino, simplemente, una forma distinta de realizarlo.

El fundamento genérico del principio que propugna la incompensabilidad de todas las deudas que provengan de un ilícito es, evidentemente, la causa de la deuda. Se niega la compensación a aquél que ha actuado dolosamente y precisamente por ello. La compensación sitúa a ambos acreedores-deudores en un plano de igualdad. Y esto es lo que, según algunos, no debe ser mantenido, teniendo en cuenta el dolo o la culpa de la conducta de uno de ellos. La manera de destruir esta igualdad es no imponer a la víctima ésta forma de extinción de la obligación.

**b) TESIS INTERMEDIA: PROHIBICION DE COMPENSAR PARA EL CASO DE DESPOJO QUE COMPRENDE TAMBIEN LA RESTITUCION POR EQUIVALENTE.-**

La opinión mayoritaria hoy entre los autores italianos es la que considera que la prohibición está establecida para el caso de despojo pero que alcanza también a la indemnización de daños y perjuicios en que se traduce la restitución "in natura" cuando esta no sea posible. Afirma en este sentido PERLINGIERI<sup>20</sup> que está superada la opinión excesivamente restrictiva de la vieja fórmula del art. 1289, 1, que limitaba la prohibición a la acción por la "restitución" de la cosa. Participan de esta opinión PANDOLFELLI<sup>21</sup>, PATTI<sup>22</sup>, RICCI<sup>23</sup>, BIGIAMI<sup>24</sup>, DI PRISCO<sup>25</sup>, SCHLESINGER<sup>26</sup> y CARAVELLI<sup>27</sup>. Para todos ellos el motivo de la prohibición es tutelar el orden público, que resulta turbado cuando una persona emplea la violencia en daño de otra. Se trata de evitar que los ciudadanos se hagan justicia a sí mismos.

La opinión contraria la encontramos en algunos autores antiguos como GIORGI<sup>28</sup> y LOMONACO<sup>29</sup>, más apegados a la interpretación literal. Es también la

---

<sup>20</sup> "Modi...", pag. 336.

<sup>21</sup> "Código Civile", Milano 1942, pag. 102.

<sup>22</sup> "La compensazione..." pag. 116.

<sup>23</sup> "Corso teorico pratico di Diritto Civile", Terza edizione, Torino 1923, pag. 393.

<sup>24</sup> "Giurisprudenza sistematica civile e commerciale. Le obbligazioni in generale". Torino 1970, pag. 585.

<sup>25</sup> "Trattato di Diritto Privato diretto da Pietro Rescigno. Obbligazioni e contratti", Torino 1908, pag. 331.

<sup>26</sup> Novissimo Digesto Italiano, pag. 728, voz "compensazione".

<sup>27</sup> "Teoría della compensazione e diritto di ritenzione", Milano 1940, pag. 149.

<sup>28</sup> "Teoría...", tomo VIII, pag. 82.

que permanece entre los modernos autores franceses<sup>30</sup> en los que no se aprecia una evolución similar a la acontecida en Italia, sino que, muy por el contrario, permanecen fieles a la opinión que tácitamente asumieron los antiguos comentaristas (que en realidad no abordaron la cuestión directamente respecto del despojo, aunque sí respecto del depósito y del comodato) al afirmar que la excepción solamente se produce cuando la cosa sea una suma de dinero y el despojante ha consumido la cosa o la ha confundido con la propia<sup>31</sup>. Por su parte, GARCIA GOYENA, comentando el art. 1126 del Proyecto del 51 opina que en tales casos operará la compensación porque "hay términos hábiles para ello sin detrimento del orden público ni de la moral y porque la utilidad de la compensación, así como el motivo de haberse introducido, estriba en escusar rodeos inútiles y pleitos"<sup>32</sup>.

Por lo que respecta a nuestro país, a excepción de PEÑA, cuya tesis ha quedado ya expuesta, los civilistas actuales no se ocupan de la cuestión de la incompensabilidad en los casos de despojo, probablemente porque tampoco lo hace el Código. Por el contrario los autores antiguos, especialmente antes de su publicación

---

<sup>29</sup>(...Cont.)

<sup>29</sup>"Delle obbligazioni...", tomo IV, pag. 389.

<sup>30</sup> COLIN ET CAPITANT ("Cours...", pag. 121), PLANIOL ET RIPERT ("Traité..." pag. 699, n. 1289), MENDEGRIS ("Repertoire..." n. 136), RIPERT BOULANGER ("Derecho..." (pag. 608, n. 1991).

<sup>31</sup> BAUDRY-LACANTINERIE ("Trattato...", pag. 196, n. 1854, LAURENT ("Principes...", tome XVIII, n. 448).

<sup>32</sup>"Concordancias...", tome II, pag. 148.

suelen incluir en sus tratados alguna referencia a ella, si bien bastante superficial. En dos grupos pueden ser clasificadas estas opiniones:

1-Autores que al exponer los casos en que la compensación no tiene lugar, diferencian dos supuestos distintos, ambos incluíbles dentro del despojo, con lo cual parecen admitir que no sólo se excluye la compensación respecto de la demanda de restitución de la cosa objeto de despojo, sino también respecto de alguna otra deuda surgida a propósito del mismo.

Para DEL VISO no se admite la compensación: "1- Contra la demanda para la restitución de la cosa en los casos de despojo..., 5-Cuando uno es condenado a pagar a otro alguna cantidad por razón de fuerza o agravio que le hubiese hecho, como expresa la ley 27, tit. 14, Part. V"<sup>33</sup>.

SANCHEZ DE MOLINA BLANCO declara que no son compensables las obligaciones: "4-En la demanda de restitución en caso de despojo... 8-Cuando uno es condenado a pagar a otro alguna cantidad por razón de fuerza o agravio (Ley 27, Tit. 14, Part. V"<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> "Lecciones...", tomo III, pag. 130.

<sup>34</sup> "El Derecho...", pag. 280.

En forma parecida, pero más explícita, dice SANCHEZ ROMAN<sup>35</sup> que está prohibida la compensación "1-En los casos de despojo, como excepción contra la demanda de restitución de la cosa, sin que pueda el despojante retenerla alegando que el despojado es su deudor... 4-En el caso de condena a pagar a otro alguna cantidad, por razón de fuerza o agravio que se hubiere inferido, en cuyo supuesto el ofensor deberá pagar al ofendido la pena pecuniaria o indemnizarle de los daños y perjuicios, no obstante ejercitar su acción separadamente para reclamar del ofensor el cumplimiento de la obligación de que por otro concepto le sea deudor (Ley 27, Tit. 14, Part. V).

FALCON, a su vez, distingue como exceptuadas de compensación: 1- "La (deuda) que procede de un despojo: el expoliador no puede quedarse a título de compensación con las cosas expoliadas... 4-Las indemnizaciones procedentes de fuerza o agravio"<sup>36</sup>.

2-Autores que, por el contrario, sólo recogen una excepción en relación con el despojo, en términos tales que ponen de relieve que para ellos la única deuda excluida de la compensación es la de restitución del autor del despojo. Para MARTI "no puede oponerse la compensación contra la acción de depósito, ni contra aquella con la cual pedimos lo que se nos arrancó a la fuerza"<sup>37</sup>. ELIAS<sup>38</sup> tras declarar

---

<sup>35</sup> "Derecho Civil...", pag 419.

<sup>36</sup> "El Derecho Civil ...", tomo IV, pag.48.

<sup>37</sup> "Tratado ..." Tomo II, pag. 355.

que la compensación tiene lugar sea cual fuere la causa u origen de las deudas, exceptúa "las demandas de restitución de una cosa que ha sido arrebatada a la fuerza (Ley 27, Tit. 14, Part. V). Y, finalmente, en opinión de MORATO<sup>39</sup> aunque reúnan las circunstancias expresadas, no estarán sujetas a compensación las obligaciones siguientes: "3- Lo que se debe a alguno por razón de fuerza o delito que se haya cometido frente a él, porque la cosa forzada o robada debe ante todo salir de manos del delincuente y volver a su verdadero dueño (Ley 5, tit. 3, Part. V)".

Encontramos, por tanto, dentro de nuestra antigua doctrina las dos mismas opiniones que dividen a los autores franceses; para unos la prohibición de compensar se reduce en el despojo a la restitución de la cosa, para otros alcanza también a la restitución por equivalente<sup>40</sup> y aunque todos se basan en el mismo texto<sup>41</sup>, la Ley 27, Tit. 14, Part. V, llegan no obstante a soluciones distintas.

<sup>38</sup>(...Cont.)

<sup>38</sup> "Derecho Civil ...", pag. 56.

<sup>39</sup> "El Derecho Civil ...", Tomo II, pag. 494.

<sup>40</sup> En realidad se podría añadir una tercera opinión, consistente en entender comprendidas en la prohibición todas las obligaciones nacidas de despojo, esto es: restitución in natura o restitución por equivalente, y resarcimiento del daño, que ha defendido algún autor extranjero.

<sup>41</sup> Salvo el último citado, que menciona la Ley 5, Tit. III de la Part. V, en realidad referida al depósito: "Tenudo es el que resebió la cosa en guarda et sus herederos de la tornar a aquel que gela dió a guardar o a los que heredasen lo suyo cada que gela pidieren: et maguer quel hobiese a dar alguna cosa aquel que gela acomendó, con todo eso non gela debe tener el que resebió el condesijo por razón de peyndra, a que dicen en latin compensatio, que quiere tanto decir como descontar una debda por otra, ante le debe luego entregar della, et despues desto puedel demandar aquello quel debiere".

**C) TESIS RESTRICTIVA: PROHIBICION DE COMPENSAR LA DEUDA DE RESTITUCION DE LA COSA INDEBIDAMENTE TOMADA.-**

Según ella la única deuda nacida de un acto de despojo respecto de la que no es posible la compensación es la deuda de restitución de la cosa objeto del mismo.

Es el alcance que otorga a la prohibición -al menos si nos ceñimos a su letra- el Código Francés y el Italiano. Como defensores de la misma entre nuestros autores se pueden citar a MARTI<sup>42</sup>, ELIAS<sup>43</sup>, MORATO<sup>44</sup> y MARCO TULLIO<sup>45</sup>.

Por mi parte, estimo que esta es la amplitud con que debe de acogerse esta excepción de compensación que, recordemos no está expresamente recogida en la ley, si bien hemos partido de su admisibilidad como principio general del derecho.

Decía CUTURI<sup>46</sup> refiriéndose al antiguo Código Italiano que graves incertidumbres se habrían suscitado si el legislador no hubiese previsto resueltamente esta hipótesis, porque aunque la compensación está admitida incluso contra créditos derivados de obligaciones "ex delicto", en el caso del despojo, el dolo y la culpa

---

<sup>42</sup> "Tratado...", pag. 355.

<sup>43</sup> "Derecho Civil...", pag. 56.

<sup>44</sup> "El Derecho...", pag. 494.

<sup>45</sup> "Compendio de Derecho Civil de España", Madrid 1893, pag. 427.

<sup>46</sup> "Tratatto...", n. 202, pag.

violan principios de derecho contractual y de derecho público que ha sido preciso coordinar. Y el silencio legislativo es, justamente, el grave inconveniente del sistema de nuestro Código.

En tres grupos voy a dividir las razones por las cuales entiendo que en nuestro derecho esta prohibición de compensar debe entenderse limitada a la restitución de la cosa indebidamente tomada: precedentes históricos, derecho comparado y art. 117 del Código Penal.

**-Precedentes históricos:** El Derecho Romano admitió la compensación respecto de las obligaciones nacidas de delito, aunque la excluyó para el caso de apropiación indebida. Como dice SOLAZZI<sup>47</sup>, en el derecho justiniano las acciones "ex delicto" no tienen ya como objetivo la pena; y la compensación, que sería absurdo admitir en las obligaciones penales, se aplica lógicamente a las acciones que no difieren, por su objeto, de las otras acciones patrimoniales. Según BIONDI<sup>48</sup> no es que Justiniano haya aplicado la compensación a la materia penal, sino que **la ha extendido a toda acción que tenga carácter patrimonial y contenido pecuniario.**

En cuanto a las Partidas, creo que puede dudarse que efectivamente recogiesen la incompensabilidad de todas las deudas nacidas de delito. Esta opinión se basa en la atribución de un significado amplio (entendiéndolo referido a "delito" o "daño") al término "tuerto" empleado por la Ley 27, Título 14, Partida V. Con-

---

<sup>47</sup> "La compensazione...", pag. 200.

<sup>48</sup> Citado por Solazzi en obra y pag. de la nota anterior.

forme a esta acepción, el significado de la ley es permitir a la víctima de la fuerza o al sujeto que ha padecido el daño, deudor del autor del mismo, que si no quiere no compense una deuda con otra.

Pero el término "tuerco" puede ser también entendido en un sentido distinto, referido a cualquier conducta contraria a derecho o incluso como sinónimo de error. Podría, pues, también entenderse que la ley alude a aquélla cantidad de dinero que una persona debe a otra por habersela arrebatado violentamente (por razón de fuerza) o por cualquier otro procedimiento, no violento, pero contrario a derecho ("tuerco"). El concepto que así se obtiene coincide con el concepto de despojo de la doctrina dominante<sup>49</sup> que considera tal cualquier acto como consecuencia del cual se priva a alguien sin su conocimiento, en su contra, o por medio de engaño, de algo que le pertenece.

Por otra parte, aunque la expresión "por razón de fuerza o tuerco", aisladamente considerada, parece, en efecto, referirse a cualquier deuda nacida como consecuencia de un acto de fuerza, no lo hace de forma tan clara que excluya absolutamente otra interpretación. Si lo ponemos en relación con otros textos, cuyo significado no es dudoso, se llega a conclusiones distintas que, aún no siendo inatacables, son cuanto menos, tan factibles como las otras y, desde luego, siembran la duda acerca de su verdadero sentido.

---

<sup>49</sup> DEMOLOMBE ("Cours...", n. 589, pag. 447); MENDEGRIS (Encyclopedie..., voz "compensation", n. 135); BAUDRY-LACANTINERIE ET L. BARDE ("Trattato teorico pratico di Diritto Civile" vol. III, Milano 1914, pag. 195, n. 1853).

#### LA NO COMPENSABILIDAD EN LOS CASOS DE DESPOJO

Las leyes que hay que tener en cuenta para interpretar adecuadamente el texto que nos ocupa son la Partida V, 3, 5 y la Partida VII, 10, 14 . Por su parte, la Partida V, XIV, 27, no se limita a lo anteriormente reproducido, sino que, tras ello, continúa: "E aun dezimos, q fi un ome encomendaffe a otro alguna cofa, quier fueffe de aquellas q fe pudieffen contar, o pesar, o medir quier no maguer aquel que gela dio en guarda le deuieffe a el otra debda, que non le puede demandar que fea fecho defquitamiento de lo uno por lo al, mas deuel tornar en todas guifas aquello que recibió del en guarda: e depues deffo puedel mouer demanda por lo quel deue".

A partir del análisis comparativo y relacionado de todos ellos, podemos hacer las siguientes observaciones:

Hay un texto, la Partida V, 3, 5 que, dentro del título dedicado al **depósito**, consagra la obligación del depositario de restituir la cosa depositada, aún siendo el depositante deudor suyo. A pesar de utilizarse el término "compensación", no se trata en rigor de un caso de exclusión de la misma, ya que siendo la obligación de restituir el depósito de cuerpo cierto, no es susceptible de extinguirse de esta forma. No obstante, el sentido de la norma es claro: el que guarda la cosa de otro debe primero devolverla y sólo después reclamar lo que el deponente le debe. Lo que es más dudoso es si se se está excluyendo que se la quede con fines de garantía (se referiría entonces al derecho de retención) o en concepto de pago.

También es claro el sentido de la primera parte de la Partida V, 14, 27 (dentro del título dedicado a la **compensación**): la persona que recibe de otra para

su custodia alguna cosa, aún cuando sea fungible por naturaleza, no puede compensar lo que tiene que restituir con el crédito que a su vez ostenta frente a aquél que efectuó la entrega. Pese a la semejanza con la norma anterior, no es una reiteración suya, sino que viene a declarar expresamente que "tampoco" se compensa cuando la cosa dada en depósito sea de las que se pueden contar, pesar o medir. Ahora sí se trata de una verdadera prohibición de compensar, que resulta totalmente necesaria, ya que de no ser por ella, se operaría la compensación, habida cuenta de que se trata de deudas compensables por naturaleza.

Por su parte, la Partida VII, 10, 14, dentro del título dedicado a las "fuerças"<sup>50</sup> impone al que de esta forma ha tomado algo de su deudor, la obligación de devolver lo que tomó. En este caso, y correctamente, no se alude a la compensación; no obstante, la analogía con la Partida V, 3, 5 es evidente. Aquella está referida al depositario y esta al despojante, pero su sentido es el mismo: tampoco el despojante puede quedarse con la cosa de que se ha apropiado indebidamente -aunque se le deba-. Se trata, igualmente, de una restitución de cuerpo cierto. Tan sólo se aprecia una diferencia entre ambas normas que, por lo demás, es perfectamente lógica: al despojante se le impone una sanción (la pérdida del derecho que tenía sobre la cosa y, caso de no tenerlo, la pérdida de su crédito) y al depositario no. La razón es que

---

<sup>50</sup> Que la Ley 1 del mismo Título y Partida define diciendo: "Fuerça es cosa que es fecha a otro tortizera-mente, de que non fe puede amparar el que la recibe. E fon dos maneras della. La una es que fe faze con armas. E la otra fin ellas...".

mientras que el primero ha tomado la cosa sin consentimiento de su dueño, el segundo la ha recibido de él voluntariamente.

Llegamos de esta forma a la regla contenida en la segunda parte de la Partida V, 14, 27, dentro del título dedicado a la **compensación**. Según hemos visto, con su primera parte se persigue excluir de ésta la deuda de restitución del depósito cuando su objeto sean cosas fungibles, y por tanto compensables. Lógicamente, la otra regla contenida en la misma ley y separada tan sólo por un punto y seguido, guarda alguna relación con ella. Se trata de una prohibición de compensar en su sentido propio, referida al deudor pecuniario que lo sea por razón de fuerza o agravio. Es evidente, pues, que su alcance es distinto al de la Partida VII, 10, 14, que se refiere a la restitución de una cosa determinada: la injustamente tomada. Por ello se piensa de modo inmediato en la indemnización a que queda obligado el deudor cuando aquella se pierde. Pero también puede entenderse referida a la deuda de restitución en los casos de despojo, cuando su objeto sea una cantidad de dinero.

Lo que se pretende señalar con ella es que **tampoco** el autor del despojo puede quedarse con el dinero robado, alegando que aquél que lo ha padecido le debe a su vez una suma.

Si esto es así, el legislador de Las Partidas actúa con bastante acierto, mucho más que los códigos modernos: recoge las prohibiciones de compensar en una misma ley, dentro del título que dedica a la compensación, que es donde deben estar; prohibiciones, además, que resultan justificadas, necesarias y fundadas. E

introduce -también en el lugar idóneo- sendas normas por virtud de las cuales niega al depositario y al despojante la posibilidad de quedarse con la res depósita o con la robada, argumentando que les son debidas.

El alcance de la prohibición en el Proyecto del 51 es rotundamente restringido, según resulta del art. 1126 que emplea el término "restitución" y del comentario de GARCIA GOYENA: "Si lo que se debe por delito puede, suponiendo términos hábiles, compensarse con lo que se debe por contrato u otro título, ¿Cómo podrá negarse la compensación en los casos de este artículo, reducidos a la hipótesis que he hecho (se refiere al caso de que el despojante fuese condenado en una cantidad cierta por razón de daños y perjuicios), y es la única sobre la que podía disputarse?".

**-Derecho comparado:** un segundo argumento en favor de la tesis que propugno resulta del Código de Napoleón que, como sabemos, inspira al nuestro en materia de compensación y excluye de ésta la "demanda en restitución de una cosa de la cual el propietario ha sido injustamente despojado". El término "restitución" tiene en el lenguaje jurídico un significado muy preciso. Es la entrega de una cosa determinada o específica a aquél de quien se recibió voluntariamente o se tomó sin derecho. El interés del acreedor sólo se verá satisfecho si lo que recibe es esa cosa y no otra de su mismo género. El régimen jurídico de una deuda de restitución es, por tanto, el de las obligaciones específicas, según el cual si la prestación deviene imposible por la pérdida de la cosa debida y hay culpa del deudor, la deuda se

transforma en una indemnización de daños y perjuicios. Pero ya no es una deuda de restitución y a ella, en consecuencia, no se refiere la norma. Tratándose además de una excepción a la regla general no es susceptible de interpretación extensiva ni analógica.

Un último argumento es el que se deduce del **art. 117 del Código Penal**. Según éste "La responsabilidad civil nacida del delito o de la falta se extinguirá de igual modo que las demás obligaciones con sujeción a las reglas del derecho civil. Dicha responsabilidad comprende, según el art. 101 del mismo texto legal, además de la restitución y la reparación del daño causado, la indemnización de perjuicios.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo tiene declarado en relación con estos preceptos que el origen de las obligaciones civiles no puede afectar a la normativa de su extinción, fuera de los casos establecidos en la ley o en virtud de pacto entre las partes, en defecto de los cuales ha de seguir las normas generales del Derecho Civil, por disposición expresa del art. 117 del Código Penal, que al disponer de modo imperativo da a conocer que la causa de su nacimiento -el delito o la falta- no altera su naturaleza civil ni las reglas de su extinción dentro del derecho privado, pues siendo el derecho a la reparación del daño sufrido por infracción penal un verdadero derecho patrimonial del perjudicado y, por tanto, renunciable, la extensión o ámbito del mismo no puede rebasar los límites fijados por el propio Código Penal en su art.101 y en tanto en cuanto subsistan.(Sentencia de 5 de marzo de 1968.R.A. 1276 y de 23 de febrero de 1977, R.A. 660).

Resulta evidente, a la luz de estos preceptos y jurisprudencia que los interpretan, que cuando cualquiera de estas deudas reúna las condiciones necesarias para ello se extinguirá por compensación. También conduce a ello la aplicación del principio conforme al cual la indemnización de daños y perjuicios persigue sólo dejar indemne al perjudicado, no sancionar al causante del daño. La prohibición de compensar esa indemnización revestiría sin duda el carácter de una sanción, lo que no es muy coherente.

### 3-FUNDAMENTO, NECESIDAD E INTERÉS PROTEGIDO POR LA PROHIBICIÓN.-

#### a) FUNDAMENTO.-

La excepción de compensación en el despojo se justifica minoritariamente<sup>51</sup> diciendo que se trata de una sanción al comportamiento antijurídico del despojante; otros<sup>52</sup> ven su razón en la necesidad de que, ante todo, sea reparado el ilícito. La extienden por ello a la restitución de la "aestimatio" cuando no sea posible la restitución de la "res" y ello les lleva, siendo coherentes, a defender la incompensabilidad respecto de todas las deudas nacidas de un ilícito, pues una vez que se piensa así, no se aprecia la razón por la cual únicamente respecto del despojo es

---

<sup>51</sup> SCHLESINGER: "Novissimo...", voz "compensazione" n. 16, pag. 728.

<sup>52</sup> RAGUSSA-MAGGIORE "Enciclopedia...", pag. 27; DI PRISCO "Trattato...", pag. 331; PANDOLFELLI: "Codice...", pag. 102.

imperiosa la previa y preferente reparación. Por último, la opinión mayoritaria<sup>53</sup> que es la que también por mi parte considero preferible, es la de los que entienden que el fundamento de la prohibición es que nadie puede hacerse justicia a sí mismo. Se trata de una aplicación del principio "spoliatus ante omnia restituendus", ya citado por POTHIER<sup>54</sup> a este respecto.

Así pues, la prohibición responde a la idea según la cual nada debe impedir la restitución de una cosa obtenida por un procedimiento ilícito, y es más, nadie puede hacerse justicia a sí mismo, apoderándose de la cosa perteneciente a su deudor, aunque ésta le sea debida. Resulta muy ilustrativo el siguiente ejemplo de DEMOLOMBE: "Pedro es acreedor de Pablo de una suma de 1000 fr, Pablo no le paga. Pedro se introduce en su casa y se apropia, ignorándolo aquél o con su oposición, de una suma de 1000 fr que encuentra allí. Después, cuando Pablo le reclama este dinero del cual se ha apropiado, Pedro responde: estamos liberados, se ha producido la compensación"<sup>55</sup>. Ello es, precisamente, lo que se pretende evitar.

Existe por tanto una identidad con el fin de las limitaciones establecidas para el depósito y el comodato. Despojado, depositante y comodante tienen derecho a la recuperación de su cosa y no de otra distinta. La idea de fondo en todas las

<sup>53</sup> BAUDRY-LACANTINERIE ET BARD, "Trattato...", pags 195 y 197; DEMOLOMBE, "Cours...", n. 589, pag. 446; RIPERT BOULANGER, "Derecho...", n. 1991, pag. 608; LAURENT, "Principes...", tome XVIII, n. 447, pag. 462; TOULLIER "Diritto...", vol. IV, n. 382, pag. 176; COSENTINO PATTI, "La compensazione...", pag. 116; LOMONACO "Delle Obbligazioni...", tomo IV, pag. 388 y ENGEL "Traité des obligations en Droit Suisse", Neuchatel, 1973, pag. 457.

<sup>54</sup> "Traité...", vol. II, pag. 98.

<sup>55</sup> "Cours..." pag. 447. También, TOULLIER, "Diritto...", vol. IV, n. 382, pag. 176.

hipótesis es la misma: ante todo hay que restituir. Y aunque hoy parezca que la razón por la cual el que efectúa un acto de despojo, a pesar de recurrir los requisitos de la compensación, tiene primero que devolver la cosa de la que se ha apropiado indebidamente, no es la misma por la que tienen que hacerlo el depositario y el comodatario, en sus orígenes están muy unidas en cuanto al fundamento. En el Derecho Romano, la no devolución de la cosa depositada era considerada como apropiación indebida, concediéndose al deponente, con base en lo establecido en la Ley de las XII Tablas, acción penal por el doble del valor del objeto. De ahí la frase de BIGOT-PREAMENEAU que después reproduce GARCIA GOYENA de que la cosa depositada o prestada está considerada como si estuviera en manos del propietario y que querer retenerla incluso bajo pretexto de compensación es hacer un acto de despojo.

#### b) NECESIDAD.-

Con el sentido que le he atribuído, la norma se muestra como absolutamente necesaria. Objeto de despojo pueden serlo tanto cosas infungibles, como cosas fungibles. Estas últimas son susceptibles de compensación, y aunque se haya apuntado<sup>56</sup> que la obligación de restituir del que efectúa el acto de despojo es una restitución "in natura", que recae sobre una cosa cierta, lo que excluye toda compensación, no cabe duda de que en los casos en que las cosas objeto de despojo sean

---

<sup>56</sup> LAURENT, "Principes...", tome XVIII, pag. 460; GIORGI, "Teoría...", pag. 81; DEMOLOMBE, "Cours...", pag. 447; RIPERT BOULANGER, "Derecho...", pag. 608; PLANIOL ET RIPERT, "Traité...", pag. 699.

fungibles (por ejemplo una cantidad de dinero), que se hayan confundido en el patrimonio del despojante, la regla general del número 2 del art. 1196 C.C no impediría la compensación y podría oponerla, no sólo el despojado, sino también el que efectúa el acto ilícito, lo cual, según la Exposición de Motivos del Código Francés, "contraría el orden público".

No se plantea en el caso del despojo el problema de la innecesiedad de la norma como ocurre respecto del depósito y del comodato, porque mientras que en estos la cosa queda perfectamente individualizada, en los casos de apropiación indebida, tratándose de cosas fungibles, la identificación va a ser normalmente imposible y no por ello se va a permitir conservarlas al que realizó este acto, dado que el interés del despojado va a quedar igualmente satisfecho si recibe -por ejemplo- las mismas monedas que se le arrebataron, como otras distintas, siempre que su valor sea el mismo.

Repugna al derecho la posibilidad de que quien injustamente ha tomado la cosa de otro, pretenda quedársela, alegando que le es debida. Y esto tanto si se trata de una cosa fungible como si no. La diferencia es que en el primer caso, si no se niega expresamente, podrá ello ocurrir, dada la naturaleza fungible de lo debido (fenómeno que es propiamente una compensación), mientras que en el segundo no es necesario impedirlo -al menos como exclusión de compensación-, ya que, basta el carácter no fungible del objeto debido para que estemos ya fuera del campo de aplicación de esa figura.

Desde otro punto de vista se ha cuestionado la necesidad de la norma. Una vez señalado que el objetivo de la prohibición es garantizar a la víctima del despojo la recuperación de su cosa, es clara la coincidencia del fin con el perseguido por los interdictos: se trata de proteger la posesión como hecho. Es sobre todo la doctrina italiana la que destaca la relación existente entre la exclusión de compensación en el despojo y la acción posesoria del art. 1168 del Código (art. 695 del antiguo), según el cual "Quien ha sido violenta u ocultamente despojado de la posesión, puede, en el plazo de un año desde que sufrió el despojo, reclamar contra el autor la reintegración en la posesión". La regla impide a aquél que se ha apropiado de la cosa de otro (aunque sea de buena fe, reteniendo la cosa a que tiene derecho) pueda oponer en compensación, a quien legítimamente ha intentado la acción posesoria, un crédito frente a éste último<sup>57</sup>. Ya LOMONACO afirmaba, estando vigente el código de 1846, que el legislador actúa en el caso de la prohibición de compensar en el despojo, impulsado por las mismas razones que le llevaron en el art. 696 a establecer que la reintegración debe ordenarse por el juez sin dilación y con la mayor celeridad de procedimiento, contra cualquier persona, aunque sea el propietario de la cosa que ha sufrido el despojo<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> En nuestro derecho es el art. 446 del Código el que consagra el principio general de protección de la posesión, al disponer que "Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión, y si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido por los medios que las leyes de procedimiento establecen", aunque las acciones protectoras de la posesión, los interdictos de retener y recobrar, no están regulados en este texto legal, sino en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>58</sup> "Delle Obbligazioni...", tomo IV pag. 389.

La norma no es precisa en opinión de CARAVELLI porque "Siendo la compensación uno de los modos por los que se extinguen las obligaciones, puede operar en juicios declarativos, que se dirigen a la afirmación o negación de un derecho, pero no en los posesorios, que se dirigen a tutelar la posesión como estado de hecho, y mucho menos en el del despojo, que tiene su razón en un principio de orden público, en cuanto que está decretado por la necesidad de prohibir a los ciudadanos hacerse justicia por sí"<sup>59</sup>.

Por supuesto que, como afirma este autor, en un juicio posesorio no puede hacer valer el demandado una excepción de compensación para evitar una sentencia condenatoria. En un proceso de este tipo basta con que quede probado el despojo para que el juez condene a su autor a restituir la posesión, siendo irrelevante que ostente algún derecho sobre dicha cosa, cuestión que hay que reservar para el procedimiento oportuno.

Pero el sentido de la prohibición no es excluir la posibilidad de exceptuar la compensación en un procedimiento sumario como es el interdicto de recobrar la posesión, porque ello en ningún caso iba a ser posible por razones del propio proceso. La norma tiene pleno sentido cuando las cosas objeto de despojo sean fungibles, y especialmente dinero, y no puedan ser individualizadas, pues entonces

---

<sup>59</sup> "Teoría...", pag. 149.

no les alcanza la protección interdictal, aparte de su utilidad en los casos en que el contracrédito devenga compensable en periodo de ejecución de sentencia<sup>60</sup>.

La prohibición no se extiende a otras deudas nacidas de despojo, ni siquiera al cumplimiento por equivalente, dado que, siendo ya imposible proporcionar a la víctima su cosa, carece de sentido la prohibición.

¿Significa eso que si, tratándose de un despojo de cosas fungibles, pudiese probarse que las mismas cosas que se tomaron -y no otras- han desaparecido, estaríamos ante una deuda, no ya de restitución "in natura", sino de satisfacción del "id quod interest", y en consecuencia compensable?

Aunque en pura teoría es así, entiendo que no, pues de esa forma quedaría frustrado el fin práctico de la norma. Para decidir la cuestión habrá que comprobar si el interés del acreedor va o no a quedar satisfecho mediante la percepción de otras cosas distintas -pero del mismo género- de las que le fueron arrebatadas. Si es así (como normalmente ocurrirá si se trata de una suma de dinero) la deuda no es compensable a menos que lo quiera el acreedor despojado, pues lo que en definitiva se protege es el derecho de éste a la satisfacción de su interés. Siéndole indiferente que se le devuelvan las mismas monedas que se le arrebataron u otras diferentes, la exclusión de compensación cumple su misión de procurarle, por encima de todo, la satisfacción de ese interés.

---

<sup>60</sup> Sobre esta cuestión, véase TAPIA FERNANDEZ, "La compensación en el proceso civil", Madrid, 1988, pags. 183 y ss.

c) Interés protegido por la prohibición.-

Conviene, finalmente, hacer alguna referencia a la cuestión relativa al interés -público o privado- que tutela la prohibición que estamos estudiando.

Dos afirmaciones, muy generalmente admitidas y difícilmente conciliables, encontramos en relación con este tema en las obras que lo abordan: una, que la prohibición se inspira en una razón de orden público, y otra, que el que ha padecido el despojo puede, si lo desea, dejarla sin efecto.

Esto último está unánimemente reconocido<sup>61</sup> y, sin embargo, no se aviene demasiado bien con el principio de orden público que se menciona como base de la prohibición, que goza, asimismo, de gran aceptación<sup>62</sup>. Si realmente se estuviese tutelando un interés general, no se podría permitir a ninguna de las partes prescindir de la norma y realizar la compensación, que es lo que ocurre en la prohibición de compensar la deuda de alimentos, respecto de la cual se mantiene sin ningún género de duda (salvo prestaciones alimenticias atrasadas) también respecto del alimentista, la imposibilidad de valerse de la compensación.

---

<sup>61</sup> GIORGI, "Teoría...", pag. 83.

<sup>62</sup> Desde que en la Exposición de Motivos del Code se hizo mención a este principio, como inspirador de la prohibición, son muchos los autores que lo recogen: LAURENT ("Principes...", tome XVIII, n. 444, pag. 460); RIPERT-BOULANGER ("Derecho...", n. 1991, pag. 608); BAUDRY-LACANTINERIE ("Traité... n. 1853, pag. 1955); PERLINGIERI ("Modi...", pag. 336); SACHI (citado por Cuturi, pag. 371), CARAVELLI ("Teoría...", pag. 149).

Ello es lógico por el especial carácter y fin de la deuda de alimentos entre parientes, más ¿Existe una razón similar en el caso del despojo?

Desde luego que el principio en que se inspira, el de que nadie puede hacerse justicia por sí, es de orden público. Como dice SACHI<sup>63</sup> elevadas razones de orden público deben triunfar sobre preocupaciones relativas a la economía del juicio y a la ley del mínimo esfuerzo, aplicada en las relaciones procedimentales. El hurto y el despojo doloso son delitos de acción pública y el mismo derecho privado, en el sistema de restitución, debe reflejar este carácter en interés de la moralidad y del orden público. De ahí que el autor del ilícito no pueda dejar sin efecto la prohibición e imponer a la otra parte la compensación.

Pero es evidente que el mismo rigor no puede mantenerse respecto del que ha padecido el despojo, que se vería, en el caso de ser la prohibición de carácter absoluto, perjudicado por ella sin motivo alguno. Lo lógico es que él compense si quiere, no que se le imponga la privación de una forma de pago eficaz y cómoda, mediante la cual se evitan innecesarios desplazamientos patrimoniales, en aplicación del principio según el cual es mejor no pagar que repetir lo pagado.

La regla conforme a la cual nadie puede tomarse la justicia por su mano se aplica al despojante, vetándole la posibilidad de compensar. Pero si el que ha sufrido su actuación lo quiere, ésta se producirá, pues desde el momento en que hay

---

<sup>63</sup> Citado por CUTURI, "Trattato...", pag. 371.

consentimiento para ello por parte del despojado, no se puede ya decir que se está vulnerando aquél principio.

Ciertamente, el sujeto que se apropia de una cosa ajena -aún cuando le sea debida- se está tomando la justicia por su mano, y no se le puede permitir que consiga su objetivo, permitiéndole oponer la compensación. Mas una vez que ha sido perpetrado el ilícito, no hay inconveniente en que la obligación de restitución que surge de él se extinga por compensación con lo que el despojante le debe, **si éste lo quiere**. Ello no atenta en absoluto contra el orden público, porque la prohibición es tajante respecto al despojante. Dice BAUDRY-LACANTINERIE que "si el despojante pudiese aprovecharse de la compensación, la paz pública quedaría gravemente amenazada: el acreedor para asegurarse el pago tendría interés en apropiarse de una cosa perteneciente a su deudor y así terminaría por incitar la vía de hecho y los actos de violencia, mientras que no es concebible en una sociedad bien organizada, que los individuos puedan hacerse justicia por sí"<sup>64</sup>.

Es por tanto más acertada la opinión según la cual la prohibición pretende proteger el interés de una de las partes: el despojado<sup>65</sup>. De esta forma, esta finalidad protectora aparece como el común denominador de las prohibiciones in-

<sup>64</sup> "Traité..." n. 1853, pag. 1955.

<sup>65</sup> DUBOC ("La compensation...", pag. 15); GIORGI ("Teoría...", pag. 149); en contra, COSENTINO PATTI ("La compensazione...", pag. 128).

cluidas en el párrafo primero del art.1200, sin que nada se oponga a que el acreedor en cuyo interés es dada la norma, se valga de la compensación<sup>66</sup>.

#### 4-LA RAZON DEL SILENCIO LEGISLATIVO.-

He considerado, no obstante no recoger el legislador de modo expreso la exclusión de compensación en materia de despojo, que está vigente en nuestro ordenamiento como principio general del derecho, pero es que además pienso que ese silencio del Código se debe a un error de transcripción<sup>67</sup>. No deja de llamar la atención dicho silencio, que no obedece a razón alguna y con el cual se separa de la tradición histórica, de los preceptos del Código Francés e Italiano en los que se inspira y del propio Proyecto del 51. Si a ello añadimos la inexplicable redacción del párrafo primero del art. 1200, que tras decir que "La compensación no tendrá lugar cuando alguna de las deudas proviniera de depósito", añade que tampoco se producirá cuando alguna de las deudas proviniese de "las obligaciones de depositario", y cotejamos este texto con el del art. 1126 del Proyecto del 51 según el cual "Contra la demanda para la restitución de la cosa en los casos de **despojo**, depósito o comodato, no puede oponerse la compensación", nos daremos cuenta de que en el art. 1200 párrafo primero del Código parece sobrar una expresión -la primera referida a "depósito"- y faltar otra para aludir al despojo. Teniendo en cuenta, además, la

---

<sup>66</sup> SCHLESINGER, "Novísimo..." n. 16, pag. 729.

<sup>67</sup> PANTALEON PRIETO, comunicación personal.

analogía gramatical y fonética de una y otra palabra, ¿no es razonable pensar que al copiar el artículo se sufriese un error y donde se decía inicialmente "despojo" se escribió "depósito"?

En mi opinión, esta razón extrajurídica es lo que explica la redacción definitiva del primer párrafo del art. 1200 que, de no haber mediado ese error, habría sido como sigue: "La compensación no tendrá lugar cuando alguna de las deudas provinieren de despojo o de las obligaciones de depositario o comodatario".

Se salva así el primer obstáculo de los dos señalados para la admisión en nuestro ordenamiento de la tesis restringida. Mayores esfuerzos va a suponer salvar el segundo, el de la innecesariedad jurídica de la norma, a la vista de lo establecido por el art. 1196, 2. A ello están destinados los tres capítulos siguientes.

**CAPITULO V:**

**LA APLICACION DE LAS NORMAS GENERALES SOBRE COMPENSACION A**

**LA FIGURA DEL DEPOSITO IRREGULAR.-**

**1-INTRODUCCION.-**

**2-LA FIGURA DEL DEPOSITO IRREGULAR.-**

**a) CONCEPTO Y NATURALEZA**

**b) EL DEPOSITO IRREGULAR EN EL DERECHO POSITIVO**

-Breve referencia a los antecedentes históricos y al Derecho

Comparado

-Derecho Español: el depósito irregular en el Código Civil y en el de Comercio.

c) El depósito irregular en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

**3-DEPOSITO IRREGULAR Y COMPENSACION.-**

**a) LA INAPLICACION DEL ART. 1200, PARRAFO PRIMERO AL DEPOSITO IRREGULAR.**

**b) LA PROBLEMATICA DE LA COMPENSACION EN EL DEPOSITO IRREGULAR.**

## CAPITULO V:

### LA APLICACION DE LAS NORMAS GENERALES SOBRE COMPENSACION A

#### LA FIGURA DEL DEPOSITO IRREGULAR.-

##### 1-INTRODUCCION.-

La difícil conciliación entre la norma que en la mayor parte de los Códigos actuales excluye de la compensación legal la deuda de restitución de la res deposita y la que exige como presupuesto necesario para ésta la fungibilidad de las cosas debidas, (lo que convierte a aquélla en una reiteración innecesaria), hace que aquéllos a quienes no convence que se trate de una simple aplicación de reglas generales, busquen otra interpretación desde la que resulte útil.

La misión se torna fácil si tenemos en cuenta que junto con el depósito de cosas no fungibles, existe otra figura, que se conoce con el nombre de depósito irregular, objeto de profundas y antiguas discusiones, pero que hay que admitir, por una u otra vía, y cuya nota característica y diferenciadora es, precisamente, la de la naturaleza de las cosas sobre las que recae: se trata de cosas fungibles y por ello compensables. Respecto de él, por lo tanto, la norma tiene pleno sentido: se estaría dejando fuera del campo de actuación de la compensación legal una deuda susceptible en principio de ser extinguida por esta causa. La razón de ello sería la especial confianza que liga a los sujetos de esta relación contractual. De esta forma, la no

sujección al régimen general de compensación legal, aparece como una nota peculiar de esa especie de depósito.

Ya POTHIER<sup>1</sup> entendió el texto de PAULO en el que se recoge la no compensación en el depósito, referido al depósito irregular, reiterándose después esta doctrina en todos los países y llegando a tener consagración legislativa. Es el caso del art. 824 del Código Argentino según el cual "No es compensable la obligación de pagar daños e intereses por no poder restituir la cosa de que el propietario o poseedor legítimo hubiese sido despojado, ni la de restituir un depósito irregular"<sup>2</sup>.

Este capítulo está destinado a rebatir dicho punto de vista y, al mismo tiempo, a situar en el lugar adecuado la especial problemática que suscita la compensación legal en el depósito irregular. De otro lado, no debemos olvidar que incluso si se comparte la opinión según la cual la exclusión de compensación está establecida para esta especie de depósito, queda pendiente de ser explicada la prohibición referida al comodato, de manera que no estaríamos absueltos de continuar indagando.

---

<sup>1</sup> *Traité...*, vol. II, n. 624, pag. 98.

<sup>2</sup> Sin embargo, el art. 2223 permite al depositario "retener el depósito por compensación de una cantidad concurrente que el depositante le deba también por depósito"

## 2-LA FIGURA DEL DEPOSITO IRREGULAR.-

### a) CONCEPTO Y NATURALEZA.-

Para GARRIGUES<sup>3</sup> la irregularidad de una figura "está constituida por la exclusión o modificación de un elemento no esencial ni determinante pero característico del contrato. Tampoco se trata de un elemento cualquiera del contrato, ya que estos pueden ser anulados o modificados por las partes en virtud del principio de la libertad de pactos, sin mengua de la fisonomía corriente del contrato. Cuando uno de esos elementos es eliminado o modificado por la voluntad de los contratantes, el contrato en cuestión, sin perder su "nomen iuris", se convierte en irregular".

Partiendo de esta idea, la nota que separa esta controvertida figura del depósito regular, ordinario o normal, es la naturaleza fungible de las cosas que se entregan para su guarda, cuya propiedad se transmite al que las recibe. Pero se derivan de ello tal cantidad de consecuencias que el esquema tradicional del depósito queda profundamente alterado, hasta el extremo de convertirse en dudosamente acertada tal calificación.

---

<sup>3</sup> "Depósito irregular y derecho mercantil" RCDI, 1932, pag. 168.

Lo primero que como consecuencia de la naturaleza de las cosas se modifica es la prestación de custodia. La guarda de las cosas depositadas, al menos en su concepción genuina, ya no es posible. Suele a este respecto decirse que no puede hablarse de custodia de cosas propias. En rigor, sin embargo, eso no es exacto. No hay inconveniente en que uno sea depositario de cosas de las que es propietario, siempre que le hayan sido entregadas a fin de que las conserve por la persona que tiene un derecho de uso real o personal) sobre ellas<sup>4</sup>. La verdadera razón por la que no es posible hablar de "custodia" en esta modalidad contractual es la falta de individualización de las cosas, lo que impide por completo el ejercicio de la actividad en que dicha prestación consiste.

A partir de aquí se dividen las opiniones entre los que piensan sin más que en el depósito irregular queda extinguido todo deber de custodia y los que adoptando un concepto de custodia menos estricto tratan de adecuar la especie que surge al esquema del depósito y sostienen que la custodia consiste, bien en tener siempre a disposición del depositante una cantidad igual a la recibida (lo que para otros es una sutileza jurídica), bien en emplear la cantidad recibida de manera prudente para estar siempre en situación de restituirla cuando le sea reclamada. Pero por ninguna de esas vías se consigue salvar la custodia que, como prestación, desde luego, no aparece.

---

<sup>4</sup> Sobre esta cuestión, capítulo VII-7, b).

Ahora bien, la custodia, aparte de ser la obligación principal a cargo del depositario, es también la causa del contrato, y en esta otra perspectiva permanece firme. Esta es precisamente una de las diferencias del depósito irregular con el mutuo. Mientras que aquél se celebra en interés del depositante (el cual actúa movido por el propósito de conservar sus cosas), el mutuo se celebra en interés del mutuuario. Mas esta diferencia, si no va acompañada de ninguna otra como la de establecerse el plazo en interés del tradens en el primero y en beneficio de ambos en el segundo, carece de relevancia práctica, en tanto en cuanto ello no afecta al régimen jurídico del negocio.

En suma, aún permaneciendo la guarda como causa del contrato, en el depósito irregular se desvanece totalmente como prestación. La forma en que la otra obligación del depositario, la de restitución, resulta afectada por la nota característica del depósito irregular, es distinta. En primer lugar, no se esfuma, sino más bien al contrario: cobra un especial protagonismo a raíz de la desaparición de aquélla. No obstante, se va a ver también tremendamente modificada debido a la naturaleza fungible de las cosas entregadas. La restitución a que queda obligado el depositario ya no es "in individuo" -lo que, por otra parte, según GARRIGUES<sup>5</sup> no es esencial al depósito- sino que debe otro tanto de la misma especie y calidad. La obligación de restitución cambia en todo aquéllo que directamente se refiera o dependa del hecho de tratarse de una restitución de cosa específica, más no en lo que se refiere al tiempo de la restitución, y en concreto a la facultad del deponente de reclamarla

---

<sup>5</sup> "Depósito ...", pag. 413.

en cualquier momento que es, como se sabe, una de las notas más características de este contrato.<sup>6</sup>

Las diferencias concretas que se desprenden de la modalidad de restitución del depósito irregular frente al ordinario se refieren al sistema de riesgos. Es el depositario el que soporta el riesgo de pérdida en todo caso, no resultando nunca liberado del cumplimiento de su deber de restitución. Ello supone, obviamente, una mayor garantía para el deponente, quien obtiene así, de hecho, una gran seguridad de que "sus" cosas no se van a perder, mayor de la que le resultaría del hecho de conservarlas él mismo. GARRIGUES, con la claridad que le caracteriza, ilustra magníficamente esta idea con las siguientes palabras: "...mi propiedad sobre el dinero es exigua e insignificante. Lo que ocurre es que yo sigo considerando como mío el dinero que entrego al Banco, y así digo: "tengo mi dinero en el Banco X". Más en realidad mi dinero no es mío, sino del Banco, ya que al ingresar en sus cajas se incorpora al resto del dinero que posee el Banco, siendo imposible la identificación de las piezas que yo entregué. Lo único que a mi me queda en tal caso es un crédito contra el Banco a la restitución de la suma entregada. Más siendo tan firme como es, en general, la solvencia de los Bancos, ese crédito mío es tan seguro que me permite una suplantación de conceptos jurídicos, llamando mi dinero al que en realidad es dinero de otro, es dinero del Banco. Por otra parte, y por consecuencia de la nota de indestructibilidad que caracteriza la deuda de dinero, eso que llamo

---

<sup>6</sup> Sobre esta cuestión, RODRIGUEZ MARIN: El desistimiento unilateral como causa de extinción del contrato", en prensa.

"mi dinero" está más seguro en el Banco que cuando lo conservó en mi poder, ya que los caso fortuitos que puedan producir la pérdida o destrucción del dinero entregado al Banco no le liberan a éste de la obligación de restituirlo. De donde se desprende la paradoja de que cuando más seguro tenga mi dinero es cuando no lo tengo, es decir cuando lo tiene el Banco. En suma, cuando el dinero sale de mi poder yo pierdo su propiedad. Mi dominio se ha transformado en un crédito nacido de un contrato de depósito o de préstamo, y que obliga al depositario o al prestatario a la restitución de la suma recibida"<sup>7</sup>.

Resulta, pues, que al margen de cuestiones puntuales, la figura que nos ocupa podría definirse, según doctrina unánime diciendo que se trata de un contrato real y naturalmente gratuito cuya causa es la custodia, que produce como efecto inmediato de la entrega la transmisión del dominio y que presenta como notas características el consiguiente derecho del accipiens a usar las cosas, y el estar establecido el término en interés del deponente.

El tremendo debate del que desde antiguo es objeto el depósito irregular no se refiere tanto a su concepto como a su naturaleza jurídica y al tratamiento que recibe por parte del derecho positivo.

Por lo que se refiere a su **naturaleza**, se sostienen tres puntos de vista distintos en torno a ella, lo que, realmente, sólo es relevante en tanto en cuanto implique un distinto régimen jurídico. Mas son tantas las matizaciones que introdu-

---

<sup>7</sup> Citado por FLORES MICHEO: "El depósito irregular", RDP 1962, pag. 760.

cen los defensores de unas y otras que, de hecho, acaba por no haber prácticamente diferencias en cuanto a la normativa que para el depósito irregular propugnan.

Las tres opiniones fundamentales que se han sostenido en orden a la naturaleza del depósito irregular son las de los que consideran que se trata de un mutuo, la de los que entienden que debe de ser llevado al terreno del depósito y, por último la de los que lo conceptúan como un contrato "sui generis".

Entre los primeros se pueden citar a JOSSERAND<sup>8</sup>, MICCIO<sup>9</sup> y MAJELLO<sup>10</sup>, quien, admitiendo la existencia de analogías entre el depósito irregular y el normal, tanto por su función de custodia como por lo que respecta al mecanismo entrega-restitución, observa que en el depósito traslativo falta la detentación de la cosa de otro, que para él es la característica esencial del depósito y, por ello, cree que el depósito traslativo queda comprendido en el esquema legal típico del mutuo entre los cuales hay en común dos notas esenciales: la sustitución y el aplazamiento, sin que el hecho de que en el mutuo esté el plazo establecido en favor de ambas partes o en beneficio exclusivo del mutuuario (cuando es gratuito), determine la existencia de una relación jurídica diversa del mutuo, máxime porque, como apuntan PEREZ GONZALEZ Y ALGUER<sup>11</sup> nada se opone a que en el mutuo se pacte que

---

<sup>8</sup> "Derecho Civil", tomo II, vol. 2, Buenos Aires, 1951, pag. 287.

<sup>9</sup> "Commentario...", tomo IV, pag. 37.

<sup>10</sup> Citado por Gagliardi en "Commentario...", Tomo IV, pag. 714.

<sup>11</sup> Notas al Tratado de ENNECERUS, tomo II, vol. 2, pag. 659.

la devolución se hará en cualquier momento a petición del mutuante. Ahora bien, y aquí empiezan las matizaciones, dentro del esquema del mutuo, al depósito irregular se le aplica una especial disciplina, excluyéndose aquéllas normas del mutuo que contrasten con su función económica, como es lo relativo al tiempo de la restitución, materia respecto de la cual deben de aplicarse analógicamente las normas del depósito regular.

El segundo grupo de autores es el constituido por aquéllos que piensan que se trata de una figura afín al depósito regular. Es el caso de DALMARTELLO-PORTALE<sup>12</sup>, DE MARTINI<sup>13</sup>, SIMONETTO<sup>14</sup>, GARRIGUES<sup>15</sup> y FLORES MICHEO<sup>16</sup>.

DALMARTELLO-PORTALLE, tras afirmar que "se trata de una figura negocial que del depósito parece haber conservado sólo el nombre"<sup>17</sup>, habida cuenta de las diferencias estructurales y funcionales respecto de la figura regular del depósito, observa que el dilema que plantea sólo puede ser resuelto, o bien negándole la naturaleza de depósito, o bien revisando toda la teoría de este, tratando de construir

---

<sup>12</sup> Enciclopedia del Diritto, voz "depósito", n. 31, pag. 269.

<sup>13</sup> "Novissimo Digesto", voz "depósito", n. 7, pag. 505.

<sup>14</sup> "Novissimo Digesto", voz "depósito irregolare"

<sup>15</sup> "El depósito...", pag. 569

<sup>16</sup> "El depósito ...", pag. 764

<sup>17</sup> "Enciclopedia del Diritto...", n. 31, pag. 269 y ss

una que sea capaz de abrazar una y otra figura. Se decide por esta segunda opción, que es la misma seguida entre nosotros por FLORES MICHEO, para quien el depósito irregular," por sus profundas diferencias con el mutuo no debe de ser absorbido por éste y por sus singularidades respecto al depósito irregular no deja de ser depósito"<sup>18</sup>. Entiende que es posible la coexistencia dentro del mismo ámbito negocial de las variantes de traspaso y retención de propiedad y que la causa del depósito está por encima del accidente de que haya o no desplazamiento del dominio, sin que, por otra parte, el interés del depositante en la disponibilidad de las cosas sea cuantitativamente tan importante como para cubrir toda el área negocial de la figura.

También para DE MARTINI es posible encuadrar el depósito irregular en el esquema causal del depósito, pues subsisten en él sus particularidades, como son la de recaer sobre cosas muebles y la necesaria entrega para la perfección del contrato<sup>19</sup>.

Otro de los autores que defienden este punto de vista es SIMONETTO, quien considera que debe ser valorada incluso la denominación que se le ha dado a la figura en cuestión. El adjetivo "irregular" se utiliza para subrayar la divergencia de éste de otros tipos en los cuales está presente el "animus deponendi", aunque opina que se trata de una fórmula equívoca pues no comprende en qué consiste esa irregu-

---

<sup>18</sup> "El depósito...", pag. 759

<sup>19</sup> "Novissimo Digesto", voz "depósito", n. 7, pag. 505

laridad. Para él la intención de depositar constituye un *præsumptio* respecto de la concesión de la facultad de uso de la cosa depositada. Es esta una facultad que se añade a la función práctica del depósito pero que no la altera. Tampoco la mención expresa por parte del art. 1782 del Código Italiano (que consagra legislativamente la figura) de que se rige por las normas del mutuo "en cuanto le sean aplicables" altera su naturaleza<sup>20</sup>. No cree, sin embargo, que sea el elemento de la custodia el que tiene en común la especie regular e irregular del depósito, considerando que ese elemento es, más bien, la disponibilidad de la cosa para el depositante, elemento fundamental del contrato. En el depósito irregular la transferencia de la propiedad no persigue la consecución de la función central y típica del negocio, pero sirve para hacer posible el goce de la cosa al depositario, función accidental y colateral que no perturba la consecución de la principal<sup>21</sup>.

El hecho de considerar que el depósito irregular es un verdadero depósito no significa, sin embargo, que los defensores de esta construcción propugnen la aplicación a aquél de toda la normativa legal de este contrato típico, sino que deben de ser excluidas todas aquéllas que sean incompatibles con su estructura, esto es las que estén en contradicción con la transferencia de la propiedad de la cosa al depositario y con la consiguiente insubsistencia de la obligación de custodia.

---

<sup>20</sup> La norma del art. 1782 (Código Italiano) no significa que el depósito irregular sea un mutuo, simplemente que sus normas le son aplicables. Presenta la misma estructura de un mutuo, pero cumple una función diversa.

<sup>21</sup> "Nevissimo Digesto", voz "deposito irregolare"

Una última opinión acerca de la naturaleza jurídica del depósito es la de los que piensan que se trata de un contrato "sui generis". La sostiene DE GENNARO<sup>22</sup>, quien, tras excluir la identificación del depósito irregular con el mutuo, rechaza igualmente la posibilidad de subsumir el depósito traslativo en el esquema del depósito regular, tanto por la insubsistencia del deber de custodia, característico de éste, como por la dificultad de conciliar la transmisión del dominio con la situación posesoria típica del depósito regular. Todo ello le lleva a concluir que se trata de una especie de conjunción entre el depósito y el mutuo.

No obstante, dice MICCIO<sup>23</sup>, la disputa sobre la naturaleza jurídica del depósito irregular es puramente académica, si tenemos en cuenta que su disciplina no cambia según que se considere mutuo, depósito o contrato "sui generis". Incluso en el vigente Código Italiano, en el que se recoge el depósito irregular el legislador, según la opinión dominante de la doctrina de aquél país, no ha querido tomar posición respecto a la naturaleza del instituto y resolver la cuestión dogmática que le afecta.

---

<sup>22</sup> Citado por GAGLIARDI: "Commentario...", tomo IV, pag. 719

<sup>23</sup> Citado por GAGLIARDI "Commentario...", Libro IV, pag. 38

## b) EL DEPOSITO IRREGULAR EN EL DERECHO POSITIVO.-

## -Breve referencia a los antecedentes históricos y al Derecho Comparado.-

Aunque algún autor lo niegue<sup>24</sup>, la mayoría afirma que ya el Derecho Romano conoció el depósito irregular como contrato independiente y autónomo, cuyas notas características eran tener por objeto una suma de dinero no cerrada ni sellada y el producirse la transmisión de la propiedad al depositario, por ser inconcebible que una persona pudiese usar de las cosas hasta el punto de consumirlas, no teniendo el dominio sobre ellas.

En nuestro derecho histórico la institución aparece regulada, tanto por el Fuero Real como por Las Partidas en las que se encuentran ya recogidas las notas características más salientes del depósito irregular: "E aun dezimos que el señorío o la tenencia de la cosa que es dada en guarda non passa a aquél que la recibe, fueras ende si fuesse de aquellas que se pueden contar , o pesar o medir si quando las recibiese: le fuesse dada por cuenta o por peso, o por medida. Ca entonces pasaría el señorío a él. Pero sería tenuto de dar aquella cosa, o otro tanto: e atal como aquello que recibió al que ge lo dió en guarda" (P V, 3, 2).

<sup>24</sup> Dice SCHULZ que el depósito irregular no fué conocido en el Derecho Romano clásico y que los textos que lo mencionan han de considerarse interpolados, pero que el Derecho Romano bizantino estimó que la calificación del contrato como préstamo mutuo podía no ajustarse a la voluntad de las partes si estas no se habían propuesto conceder al receptor la disposición sobre el dinero o la cosa fungible recibida, sino colocarlo bajo su custodia en beneficio de quien había hecho la entrega (opinión recogida por PUIG BRUTAU. "Fundamentos... tomo II, vol. 2, pag. 544).

Sin embargo, el Proyecto de 1851 rompe con la trayectoria histórica y descarta en su art. 1670 (que después copiará el Código) el depósito irregular. Según aquél "Cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada, el contrato cambia de naturaleza y ya no es depósito, sino préstamo o comodato". La finalidad pretendida por el legislador es clara. En palabras de GARCIA GOYENA: "Desterramos pues, el depósito irregular; cortamos la cuestión de si el depósito de cosas fungibles hecho a peso, número o medida, envuelve tácitamente el permiso de usar de ellas; si en el permiso presunto o expreso es además necesario usar de él para que el depósito se convierta en mutuo; y cortamos la diferencia entre el permiso expreso al tiempo del contrato, y el expreso posterior. En suma; el permiso ha de ser siempre expreso, y en tal caso el contrato es desde luego préstamo en las cosas fungibles y comodato en las que no lo son".<sup>25</sup>

En cuanto al Derecho Comparado, ya anteriormente apuntaba que las controversias en torno al depósito irregular se ciñen, en realidad, a la determinación de su naturaleza jurídica y que ello tiene su reflejo en el campo del derecho positivo y explica la aparente diversidad de soluciones en relación con un tipo contractual que, si bien se mira, acaba por ofrecer bastante uniformidad en su régimen jurídico, con independencia de lo proclamado en los textos legales.

Según el art. 1932 del Código Civil Francés "El depositario debe restituir idénticamente la misma cosa recibida. Así, el depósito de sumas amonedadas debe

---

<sup>25</sup> "Concordancias...", tomo II, pag. 871

ser restituído en las mismas especies en que ha sido hecho, tanto en el caso de aumento como en el de disminuci3n de su valor". LAURENT<sup>26</sup>, tras reconocer que lo relativo al aumento o disminuci3n de valor no se debía haber mencionado, porque con ello parece indicarse que basta con restituir monedas iguales, y de poner de manifiesto que habría sido más exacto decir que el depositario debe devolver al deponente las mismas monedas recibidas sostiene que hay que mantener incólume el principio, porque autorizar al depositario a devolver la suma en la misma especie sería permitirle el uso y al depositario le está prohibido usar de la cosa. También BAUDRY-LACANTINERIE considera preferible no alterar el principio de la restituci3n "in natura", entendiendo que el lenguaje del legislador puede explicarse por la consideraci3n de que al deponente le es en general indiferente recibir las mismas monedas que ha dado u otras de la misma clase. Se elimina con ello cualquier intento de admitir en un contrato de dep3sito la restituci3n, no de la misma cosa entregada, sino de otro tanto de la misma especie y calidad, arguyendo que lo que hay en tales ocasiones no es ya un dep3sito, sino un préstamo<sup>27</sup>. Esta es la forma en que la mayor parte de la doctrina<sup>28</sup> y la jurisprudencia interpreta el artículo en cuesti3n, de donde parece que debe concluirse que el C3digo de Napole3n no menciona el dep3sito irregular, ni de sus preceptos puede deducirse su existencia. No obstante, la doctrina moderna reconoce, de forma an3loga a lo que ha ocurrido en nuestro país,

---

<sup>26</sup> "Principes...", tomo XXVII, pag. 125

<sup>27</sup> "Droit Civil", tome X, pag. 639

<sup>28</sup> RODIERE: "Encyclopédiè...", voz "depot", n. 169

que no es hoy posible negar la existencia de depósitos irregulares a la vista del desarrollo de esta figura en la práctica<sup>29</sup>. El mismo sistema del Código Francés aparece plasmado por el art. 1292 del Código Civil de Bolivia.

El Código Federal Suizo de Obligaciones preceptúa en su art. 481 que "Si se ha convenido expresa y tácitamente que el depositario de una suma de dinero estará obligado a restituir, no las mismas especies, sino solamente la misma suma, tendrá a su cargo los provechos y los riesgos. Se presume que existe una convención tácita, en el sentido indicado, cuando la suma ha sido entregada sin sellar ni cerrar. Cuando el depósito consiste en otras cosas fungibles o en títulos valores el depositario no tiene derecho a disponer de ellas, salvo si ha sido expresamente autorizado por el depositante". Con las excepciones recogidas por el propio artículo, las normas del depósito le son aplicables<sup>30</sup>.

El mismo sistema de considerar el depósito irregular como tal depósito, sigue el Código Argentino, que se ocupa en un capítulo separado de "las obligaciones del depositario en el depósito irregular": arts. 2220 a 2223, el último de los cuales le permite "retener el depósito por compensación de una cantidad concurrente que el depositante le deba también por depósito".

---

<sup>29</sup> PLANIOL ET RIPERT ("Tratado de Derecho Civil Francés", traducido al español por M. Díaz, tomo XI, 2ª parte La Habana 1946, n. 1169, pag. 452); RODIERE ("Encyclopedie...", voz "depot", n. 169 y ss)

<sup>30</sup> FLORES MICHEO: "El depósito...", pag. 756); GHUL: "Le droit federal des obligations", Zurich 1947, pag. 334)

Hay otra serie de códigos de cuyo articulado se deduce la admisión del depósito irregular, aunque en ellos no se dice nada en cuanto a la normativa aplicable. Así el Código de Chile (art. 2221), el de Colombia (art. 2246) y el de El Salvador (art. 1978).

Finalmente, cabe mencionar aquéllos que, como el Alemán, el Italiano y el Portugués admiten el depósito irregular y se remiten, para la regulación de algunos de sus aspectos a la normativa del mutuo. El BGB en su parágrafo 700 dice: "En caso de que se depositen cosas fungibles de tal suerte que la propiedad deba pasar al depositario, y éste se obligue a devolver otras cosas de la misma especie, calidad y cantidad, se aplicarán las disposiciones sobre el mutuo. Si el depositante permite al depositario usar de las cosas fungibles depositadas, recibirán aplicación las disposiciones sobre el mutuo desde el instante en que el depositario se apropie de las cosas. Esto no obstante, y en caso de duda, se determinarán en ambos supuestos el tiempo y lugar de la restitución conforme a las prescripciones sobre el contrato de depósito". El art. 1782 del vigente Código Italiano dispone que "Si el depósito tiene por objeto una cantidad de dinero o de otras cosas fungibles, con facultad para el depositario de servirse de ellas, éste adquiere su propiedad y está obligado a restituir otro tanto de la misma especie y calidad. En tal caso se observan, en cuanto aplicables, las normas relativas al mutuo. Por su parte, el art. 1206 del Código Portugués, tras decir en el art. anterior que "Es irregular el depósito que tiene por objeto

M. L. MORENO-TORRES

cosas fungibles", dispone que "Se consideran aplicables al depósito irregular, en la medida de lo posible, las normas relativas al contrato de mutuo".

Una última actitud por parte de los textos legales ante la figura que nos ocupa es la de convertir expresamente en comodato o en mutuo (según su objeto) el depósito irregular. Es el sistema del Código Austriaco (art. 759), del Español (art. 1768) y del de Costa Rica (art. 1348).

**- Derecho español: el depósito irregular en el Código Civil y en el Código de Comercio.**

El texto del art. 1768 del Código Civil, unido a los precedentes históricos inmediatos (y en concreto, el comentario de GARCIA GOYENA al correlativo en el Proyecto de 1851) demuestran claramente cuál fué la intención del legislador: suprimir el depósito irregular, y acabar así con las dudas en torno a él, para lo cual se ordena que, habiendo permiso expreso de uso de las cosas al accipiens, el contrato se convierte en comodato (si la cosa es infungible) o préstamo (si se trata de cosas fungibles). Pero advierte ROCA JUAN<sup>31</sup> que la conversión en préstamo exige que el uso no permita devolver la misma cosa, sino otra de la misma especie y calidad y que la conversión en préstamo o comodato sólo será apreciable cuando el

---

<sup>31</sup> "Comentarios...", tomo XXII, 1, pag. 239

permiso concedido al depositario para usar la cosa haga perder al depósito su esencial finalidad de guarda, y alcance a los demás caracteres propios del préstamo.

Es claro, como dice GARRIGUES<sup>32</sup>, que nuestro Código participa de la repugnancia, ya manifestada por el Código de Napoleón, hacia el depósito irregular, y que el art. 1768 C.C. es categórico. Opina que su fundamento, desde el punto de vista de los redactores del Código, debió estribar en la consideración de que el principio de libertad de pactos, que permite a los contratantes derogar o modificar a su voluntad los preceptos de la ley, tiene como límite el de que sustancialmente ha de quedar intacta la esencia de la relación jurídica que da nombre al contrato, y que el Código consideró de esencia en el depósito el hecho de que al depositario sólo pase la tenencia de la cosa y no el uso de la misma.

Considera, sin embargo, que el propio articulado del Código ofrece argumentos para afirmar la posibilidad legal del depósito irregular: el art. 1200, que necesariamente supone que lo depositado no es una cosa específica, sino una cantidad de dinero o cosa fungible, porque si fuera lo primero no habría necesidad de consignar la prohibición, ya que la imposibilidad de la compensación se deduce claramente del número 2 del art. 1196. "La razón probable de esta antinomia consiste en que nuestro Código Civil, en el art. 1200 se limita a copiar el 1293 francés y el 1289 italiano, sin reparar en la contradicción en que incurría con el 1768<sup>33</sup>."

---

<sup>32</sup> "El depósito.", pag. 568

<sup>33</sup> "El depósito...", pag. 570

La decisión del Código no merece alabanzas por ser poco concorde con las verdaderas intenciones de las partes<sup>34</sup>, de manera que, en atención a éstas y a las concepciones de la práctica, nuestra doctrina civilista admite esta especie de depósito. "Se trata, en definitiva, de que, si no como depósito, en nuestro Derecho Civil el depósito irregular, innegablemente, tiene cabida como contrato atípico"<sup>35</sup>.

En cuanto al Código de Comercio, extrae GARRIGUES del análisis de sus preceptos una conclusión distinta de la que se deduce del art. 1768 del Código Civil, aunque reconoce que su interpretación sobre el art. 309 de aquél responde en buena medida al deseo de salvar la figura del depósito irregular de su identificación legal con el mutuo.

Dentro del depósito de numerario distingue el Código de Comercio los que se constituyen con especificación de monedas o se entregan sellados o cerrados (se tratará entonces de un depósito regular) y aquellos otros en que no tiene lugar tal especificación o no están sellados o cerrados. Mientras que en los primeros el depositario es tratado como cualquier deudor de cosa específica, en los segundos responderá de todos los menoscabos, daños y perjuicios que las cosas depositadas sufrieren por su malicia o negligencia y de los que provengan de la naturaleza o vicio de las cosas, si en estos casos no hizo por su parte lo necesario para evitarlos

---

<sup>34</sup> DIEZ-PICAZOY GULLON BALLESTEROS: "Sistema de Derecho Civil", vol. II, pag. 371

<sup>35</sup> ALBALADEJO: "Derecho Civil", tomo II, vol. 2, 2ª edición, Barcelona 1982, pag. 371

o remediarlos, dando aviso de ellos, además, al depositante inmediatamente que se manifestaren.

Una conclusión importante extrae del art. 307 del C. Co: el mero hecho de depositar dinero sin sellar ni cerrar y sin especificar las monedas, no lleva implícita la facultad del depositario de restituir el "tantundem". "Claro está que, como un depósito regular consistente en dinero sería una figura en contradicción con la finalidad económica de tal depósito, al quedar la compañía de crédito imposibilitada para disponer de las sumas depositadas, las consecuencias jurídicas impuestas por el art. 307, párrafo tercero, habrían en todo caso de ser modificadas por los estatutos de la compañía depositaria, al amparo de lo dispuesto en el art. 310 del Código de Comercio. De este modo los depósitos bancarios de dinero constituyen, conforme a los reglamentos de los bancos, verdaderos depósitos irregulares"<sup>36</sup>.

Por lo que se refiere al art. 309 de ese mismo texto legal dispone que "Siempre que, con asentimiento del depositante, dispusiere el depositario de las cosas que fueren objeto de depósito, ya para sí o sus negocios, ya para operaciones que aquél le encomendare, cesarán los derechos y obligaciones propios del depositante o depositario, y se observarán las reglas y disposiciones aplicables al préstamo mercantil, a la comisión o al contrato que en lugar del depósito hubieren celebrado".

Siguiendo a GARRIGUES, supone el artículo que los interesados celebran un nuevo contrato, como consecuencia del cual el depositario dispone con

---

<sup>36</sup> "El depósito...", pag. 572

asentimiento del depositante, de las cosas objeto del depósito. El efecto de esto es claro: la cesación de las obligaciones propias de depositante y depositario. ¿Qué normas se aplicarán al contrato novatorio?. Si las partes le han dado un nombre serán las del préstamo, comisión o contrato celebrado en lugar del depósito. Y si no se celebró ninguno, limitándose el depositante a autorizar al depositario el uso de las cosas fungibles depositadas, cesan por supuesto (lo dice la parte imperativa del artículo) las obligaciones del depósito regular, porque la obligación propia de éste, la de devolver la misma cosa recibida, ya no puede cumplirse. Los derechos y obligaciones que nacen en sustitución de los que cesan son los del préstamo mercantil, por ser el contrato que guarda mayor semejanza con el depósito, celebrado por las partes, cuyo cese decreta el Código. "Ahora bien, es menester dejar bien afirmado que en tal caso el depósito no se convierte en un préstamo mutuo. Lo que ocurre, sencillamente, es que como el depositario de cosa fungible que dispuso de ella con asentimiento del depositante, soporta el riesgo en concepto de propietario y se aprovecha de los frutos, rigen las mismas normas que para el préstamo, **principalmente en lo que concierne a la situación jurídica de carácter real**"<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> "El depósito...", pag. 573. El subrayado es mío

**c) EL DEPOSITO IRREGULAR EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.-**

En la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en orden a la admisión o no de la figura del depósito irregular, se observa una importante evolución. Mientras que las Sentencias de los años inmediatos a la publicación del Código (de 27 de marzo de 1901 y 20 de enero de 1915) aplican rigidamente lo preceptuado por los arts. 1767 y 1768 del Código Civil, a los que equipara en cuanto a su significado el art. 309 del Código de Comercio, interpretado con anterioridad de manera distinta<sup>38</sup>, se inicia alrededor de los años cuarenta una decidida tendencia hacia la admisibilidad del depósito irregular.

En la Sentencia del T. S. de 2 de julio de 1948 (R.A. 1116) parece aceptarse ya con cierta naturalidad la posibilidad del depósito irregular, calificación que se niega expresamente para el efectuado por varios aceituneros en un mismo almacén, entendiéndose el tribunal que se trataba de un "aceite específico, aunque no concretado, por la práctica constante de mezclar el de todos los que llevaban su aceituna a la misma almazara, cuya mezcla no constituía un depósito irregular porque no facultaba al depositario para su uso, ni permuta, ni cambio de propiedad que seguía atribuida a cada uno de los propietarios, y así lo revela el pago por éstos de una cantidad por depósito, custodia o almacenaje, y por lo mismo era para ellos el

---

<sup>38</sup> Antes de ésta, la S. de 9 de julio de 1889 entendió en relación con un depósito de monedas de oro y plata que el depositario sólo estaba obligado a devolver su valor nominal, basándose para ello en Las Partidas (P V, 1, 2 6y 8 y P V, 3, 2) así como en los arts. 309 y 312 del C. de Co. Idéntica doctrina recoge la de 30 de abril de 1891.

M. L. MORENO-TORRES

riesgo que corría el producto...". La modalidad de depósito contemplada por esta sentencia es designada en el Derecho Alemán con el nombre de "depósito colectivo", perfectamente diferenciado del irregular, y que es aquél en el que las cosas fungibles de igual especie, entregadas por varios depositarios para su custodia, deben guardarse conjuntamente y sin separación. La propiedad no se transfiere al depositario, quien, por tanto, no soporta el riesgo, convirtiéndose los varios depositantes en copropietarios.

La Sentencia de 29 de octubre de 1966 (R.A. 5123) admitió, en el ámbito de los contratos bancarios y sobre la base del art. 1255 del C.C, la validez del acuerdo por virtud del cual el tomador de un talón nominativo y el Banco librado decidieron -y así lo hicieron constar al dorso del mismo- que su importe "lo dejaban bloqueado en la cuenta correspondiente al epígrafe de este talón para el concepto de fianza exigida por adjudicación de la subasta de obras...", acuerdo que fué calificado por el Tribunal "a quo" como depósito irregular, al cual se le aplicó lo preceptuado por el art. 1766 C.C. Respecto a ello, el Supremo declaró lo siguiente: "el Tribunal de Instancia al calificar como calificó de depósito irregular el pacto vinculante entre demandante y demandado procedió con certera orientación, pues sus términos son suficientemente explícitos en cuanto exteriorizan que la cantidad figurada en el talón obraba en poder del Banco, como depósito en cuenta corriente de la sociedad libradora del mismo y que por acuerdo entre el Banco librado y el tomador en vez de hacerse efectivo materialmente se transmutó en depósito...pues para que quede establecida la relación de depósito, no precisa la entrega material

de la cosa, bastando la preexistencia de la misma en poder del depositario por cualquier otro título..."

La Sentencia de 4 de diciembre de 1975 (R.A. 4361) recoge de una forma muy clara la doctrina legal sobre la figura y concretamente sobre el llamado depósito en cuenta corriente: "Ya la doctrina científica viene distinguiendo entre los variados tipos de "depósitos bancarios" aquél que comporta para el Banco la obligación de devolver la suma depositada a petición del depositante y en el momento mismo en que este la exija, operación esta que ha venido a denominarse en la técnica mercantil y bancaria "depósito en cuenta corriente" dado que las relaciones del Banco con los clientes se instrumentan y contabilizan en la forma expresada, dándose la circunstancia de que cuando ese depósito es de cosas fungibles, se le autoriza al depositario para disponer del objeto del depósito con obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, generando entonces la figura del "depósito irregular caracterizado por el hecho de que el depositario adquiere desde el momento de la constitución de aquél, la propiedad de las cosas depositadas y, por eso, en esta clase de "depósito en cuenta corriente" la concesión del crédito no es del Banco hacia el cliente, sino del cliente hacia el Banco, de tal manera que este puede disponer del numerario depositado, obligándose a restituirlo a petición del depositante, produciéndose la circunstancia de que esa entidad bancaria es el exclusivo propietario de las cantidades dinerarias depositadas por el cuenta-correntista y es ésta precisamente la doctrina designada establecida por este Tribunal en distintas

M. L. MORENO-TORRES

resoluciones -sentencias de 7 de marzo de 1974 (R. 955) y 22 de diciembre de 1941 (R. 1400).

La anterior doctrina aparece reiterada y completada en la Sentencia de 19 de septiembre de 1987 (R. A. 6069): "Aunque es cierto que se discute en la doctrina científica y jurisprudencial acerca de la verdadera naturaleza del depósito no individualizado de dinero o depósito irregular, calificándolo unos de contrato de préstamo a tenor de lo dispuesto en el art. 1768 al poder el depositario servirse de la cosa depositada y otros de contrato "sui generis" al no reunir las características esenciales del depósito ni del préstamo, no es menos cierto que existe unanimidad en entender que tal depósito irregular atribuye la propiedad del dinero, o cosa fungible depositada, al depositario, quien puede decidir libremente de ella porque es suya, sustituyéndose la obligación de custodia, típica del contrato de depósito por la de disponibilidad a favor del depositante de la cantidad entregada; siendo, también, mayoritaria la opinión de los que entienden que, tratándose de depósitos o imposiciones a plazo fijo, al desaparecer temporalmente la disponibilidad del depositante, desaparecen igualmente, los elementos típicos del depósito -restitución de la cosa cuando le sea pedida, art. 1766 del C.C.- y se acentúan los del préstamo- recepción de una cosa fungible en propiedad para devolver después otro tanto".

Aunque no se recogen todas las sentencias del Tribunal Supremo sobre depósito irregular, sino tan sólo las más significativas, queda patente que al igual que la doctrina, la jurisprudencia, al hilo de la evolución de la vida práctica, admite

la figura, sin entender que cuando hay acuerdo de las partes para que el accipiens use de la cosa, el contrato se convierta en un mutuo, si fué intención de éstas que el fin de la custodia continuase siendo prioritario, de lo cual es prueba que se haya pactado que la restitución se hará a voluntad del deponente.

En tanto en cuanto no se reforme el texto del art. 1768 C.C. y se decida el legislador a recoger de modo expreso el depósito irregular, la única vía para admitirlo en el derecho vigente es la de los contratos atípicos (art. 1255), siendo su régimen jurídico el que resulte de la aplicación conjunta de las normas del mutuo y del depósito, rigiendo las primeras para todo aquello en que dicho contrato atípico guarde semejanza con él (por lo tanto lo relativo a la restitución del "tantundem") y las segundas en relación con todos aquéllos aspectos en que presente analogía con el depósito (es decir, lo referente al tiempo de la restitución)

### **3-Depósito irregular y compensación.-**

#### **a) LA INAPLICACION DEL ART. 1200, PARRAFO PRIMERO AL DEPOSITO IRREGULAR.-**

Aunque hoy es opinión dominante la de los que entienden que la prohibición de compensación establecida por los distintos códigos en materia de depósito no rige para el depósito irregular, no faltan a la tesis contraria un buen número de

M. L. MORENO-TORRES

defensores, aparte de que no son ni claras ni decisivas las razones esgrimidas por aquéllos<sup>39</sup>.

GARRIGUES<sup>40</sup>, reproduciendo el argumento utilizado por COPPA-ZUCCARI en relación con el antiguo Código Italiano, entiende que el párrafo primero del art. 1200 está referido al depósito irregular porque respecto del regular la regla en él consagrada resulta innecesaria, habida cuenta de los términos del art. 1196, 2 C.C. Y, además, basa en él la posibilidad legal del depósito no traslativo.

También FLORES MICHEO participa de este punto de vista, entendiendo que "Este precepto, además de referirse literalmente al depósito sin adjetivo alguno y, por lo tanto, a las dos especies de la figura, de tener sentido sólo lo tiene en cuanto a la especie irregular o traslativa, única en la que nace una deuda de cosas fungibles o de dinero, requisito indispensable, según el número segundo de nuestro 1196, para que se produzca la compensación"<sup>41</sup>. Recoge, además los argumentos de SIMONETTO, el principal defensor de esta tesis en Italia:

a) Si la ley prohíbe el pacto comisorio, es decir, que el acreedor se apropie de la cosa que el deudor le entrega en garantía, con mayor

---

<sup>39</sup> PERLINGIERI: "Commentario...", tomo IV, pag. 339

<sup>40</sup> "El depósito irregular...", pag. 414

<sup>41</sup> "El depósito irregular...", pag. 770.

motivo ha de prohibir la apropiación de las cosas entregadas, no con fines de garantía, sino muy distintos.

b) Es absurdo considerar compensables dos relaciones no homogéneas, como la que el depósito no traslativo hace nacer y la surgida de cualquier otra situación distinta.

c) La compensabilidad contradice no sólo la función, sino también el mecanismo del depósito.

d) Si se admite la compensación, el depositario utilizaría en provecho propio una relación que, como el depósito, está primordialmente contraída en interés del depositante. Es injusto pensar que el depositante esté libre del peligro de la compensación cuando retiene el dominio, y cuando lo traspasa, es decir, cuando más arriesga y más utilidad concede al depositario, puede verse sujeto a ella.

e) Por último, si el depositario pudiera compensar su deuda de restitución, la entrega traslativa que el depositante hace de la cosa, asumiría el significado propio de un muy distinto negocio: la prenda irregular.

Creo que los anteriores argumentos pueden ser rebatidos con facilidad.

En cuanto al primero, permitir la compensación en la deuda nacida de un depósito irregular no significa posibilitar que el depositario se "apropie" de cosas ajenas. Las cosas que recibe "en depósito" pasan a ser de su propiedad desde el momento mis-

mo de la entrega. Llegado el de la "restitución" pagará, como cualquier otro deudor, con cosas de su propiedad (tendrá que entregar otro tanto de igual especie y calidad a lo recibido). Su situación en nada difiere a la de cualquier otro deudor-acreedor de cosas fungibles y homogéneas. En cuanto al absurdo que supone pensar en una compensación entre la deuda de restitución del depósito (en el depósito regular) y cualquier otra prestación de que sea acreedor el depositario, es obvio que no se ha tenido en cuenta la posibilidad de la compensación impropia<sup>42</sup>. Por lo demás, la pretendida ventaja que para el depositario supone valerse de la compensación no es realmente tal. Implica sólo atribuirle el mismo trato que a cualquier otro deudor. Y si ello en principio no se acepta debido a las peculiaridades de este contrato, basta pensar en el comportamiento doloso del deponente que sin haber pagado su deuda frente al depositario le reclama el cumplimiento de la suya, para convencerse de que está plenamente justificada.

Por su parte, nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 21 de Abril de 1988 (R. A. 3269) declaró aplicable la prohibición del art. 1200 a la obligación de devolver las cantidades entregadas en concepto de depósito. En el fallo se negó al depositario (la entidad bancaria) la facultad de extinguir un crédito que le correspondía frente al demandante, cargándolo en la cuenta corriente que éste tenía en ella.

---

<sup>42</sup> Sobre ésta, capítulo VI-3.

Los hechos eran los siguientes: El banco demandado concedió un crédito a la entidad mercantil x, para pago del cual se libró una letra de cambio en la que figuraba como librador el demandado, como tomador el demandante y como aceptante la citada entidad x. Llegado su vencimiento, fué pagada sólo en parte, y la cantidad impagada, junto con los gastos de protesto, fué cargada por la entidad bancaria en la cuenta corriente que el demandante, librador del efecto, tenía en ella.

El Juzgado, estimando en parte la demanda, declaró la ineficacia del cargo en cuenta efectuado, condenando al banco demandado a reintegrar al actor la suma reclamada con sus intereses legales.

La Audiencia acogió parcialmente el recurso de la demandada, absolviéndola de la demanda. Interpuesto recurso de casación por el actor, el Tribunal Supremo confirma la sentencia del Juzgado.

En el primer motivo del recurso se argumenta que si la compensación no es esgrimida por el demandado por vía de excepción o reconvencción, no puede ser acogida de oficio por el órgano jurisdiccional. En relación con él declara el Supremo que "si bien es cierto que en el Suplico de la Contestación no se pide literalmente que se declaren compensadas las deudas, tal petición se contiene de modo expreso en los Fundamentos de Derecho, en los cuales textualmente se dice: dándose los presupuestos a que la ley condiciona la compensación y teniendo en cuenta, además, los términos del pacto de compensabilidad existente entre las partes, debe admitirse su operatividad en el presente supuesto a efectos de extinguir en la cantidad concu-

M. L. MORENO-TORRES

rente la obligación cambiaria del librador frente al Banco con el crédito de restitución del saldo de la cuenta corriente de que fuera aquél titular". A ello añade el Tribunal que de ningún modo es incongruente la sentencia con las peticiones de las partes, (que es lo que se denunciaba infringido en este primer motivo del recurso) porque "la congruencia no supone una conformidad literal y rígida a las peticiones de las partes, sino racional, siempre que guarde la debida adecuación a los presupuestos fácticos de la litis".

En los motivos segundo a cuarto el recurrente denuncia la infracción de los arts. 1283 y 1288 del Código Civil, relativos a los criterios de interpretación contractual (el segundo, sancionador del principio objetivo "in dubio contra stipulatorem") y el 57 del Código de Comercio que dispone que los contratos de comercio han de ejecutarse y cumplirse de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas... Todo ello en relación con el sentido y alcance que ha de darse a la condición tercera contenida en la ficha de apertura del contrato de cuenta corriente en la que textualmente se dice "El Banco queda facultado, si así le conviniere, para efectuar trasposos de las cuentas acreedoras a las deudoras, ya que se considerarán como una sólo las diversas posiciones del cliente, entendiéndose que las acreedoras garantizan a las deudoras".

Tanto el Banco demandado como la Sentencia de la Audiencia basan la compensación en los términos del pacto de compensabilidad existente entre las

partes. Según el Supremo "como acertadamente argumentó el Juez de Primera Instancia, esa estipulación que atribuye y encierra en sí misma una facultad compensatoria en favor del Banco, ha de interpretarse en sus propios términos, y en cuanto significa y representa una posición privilegiada para una de las partes contratantes, no es susceptible de ampliación o extensión, conforme a lo dispuesto en los artículos 1281, 1283, 1285 y 1288 del Código Civil, en relación con lo previsto en los arts. 50 y 57 del Código de Comercio; por consiguiente, no es dable contractualmente hacer uso de la facultad compensatoria que unilateralmente se reconoce en favor del Banco para "efectuar traspasos de las cuentas acreedoras a las deudoras" más allá o fuera de aquellas operaciones bancarias que entrañen o supongan un depósito de numerario, cualquiera que sea la clase de éste. Y como quiera que el pago o cargo, sin traspaso, que por anotación contable se auto-efectuó el Banco demandado no procedía de otra cuenta corriente u operación de semejante clase (supuesto de dualidad o pluralidad de cuentas) ni se encontraba comprendido en la cláusula mencionada, y, por consiguiente, el Banco no se hallaba autorizado previamente, ni después, para realizar esa operación. **La obligación de restitución que impone todo depósito -sea regular o irregular, con las diferencias propias de uno u otro- es la primera y básica que no puede extinguirse por compensación** (art. 1200, 1 del Código Civil), salvo, naturalmente, pacto en contrario, sin que tal pacto desvirtúe la naturaleza del contrato de cuenta corriente, puesto que, según dispone el art. 310 del Código de Comercio "no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores (y por tanto el 309 "con asentimiento del depositante") los depósitos verificados en Ban-

M. L. MORENO-TORRES

cos... se regirán en primer lugar por los Estatutos de los mismos; en segundo por las prescripciones de éste código y, últimamente por las reglas del Derecho Común, que son aplicables a todos los depósitos".

Entiendo que para decidir si es o no válida la imputación realizada en su favor por el propio Banco en la cuenta corriente de su cliente es preciso establecer una nítida distinción entre el pacto de compensación celebrado por las partes y el campo de actuación de la compensación legal, distinción que no aparece suficientemente destacada en los considerandos transcritos, en los que, por una parte, parece negarse la compensación practicada por exceder de lo acordado por los litigantes en el contrato de cuenta corriente, y, de otra, parece apoyarse dicha decisión en el art. 1200 C.C.

Por lo que respecta al acuerdo de compensación, parece claro que los términos en que se adoptó no permiten la operación cuya ineficacia se pretende, y el hecho de que sea "práctica bastante generalizada incluir entre las condiciones de apertura de cuenta corriente la facultad de compensar entre sí los créditos y las demás deudas que pueda ostentar ante el Banco el titular de la cuenta... no implica que en el caso de autos haya de regir por cuanto que, como ya lo entendió la sentencia del Juzgado, de la literalidad de la citada condición tercera no puede deducirse tan amplia interpretación en favor del Banco, propiciadora de algunas posibles extralimitaciones de aquéllos...".

Cuestión distinta es, una vez rechazada la compensación voluntaria, ver si procede o no la compensación legal, que, como es sabido, produce su efecto extintivo de modo automático y sin necesidad de que tengan conocimiento de ella los sujetos recíprocamente acreedores y deudores. Y es en este punto en el que no estoy de acuerdo con la sentencia.

El Tribunal califica de depósito irregular el contrato existente entre el Banco y el cliente, con lo que respeta la doctrina por él mismo mantenida en sentencias anteriores (S. de 4 de diciembre de 1975, R.A. 4361 y de 19 de septiembre de 1987, R.A. 6069) y entiende tácitamente, al acudir para excluir la compensación al art. 1200 C.C, que se dan todos los requisitos necesarios para la compensación legal. Creo que una y otra consideración pueden ser discutidas.

En cuanto a lo primero, habría que precisar si el contrato que ligaba al banco con su cliente era realmente un depósito en cuenta corriente o, más bien, podía ser incluido en la distinta categoría de "cuenta corriente bancaria". La diferencia entre una y otra, destacada por la doctrina italiana, es que la causa del primero es la custodia y que el banco asume sólo la obligación de guardar la suma depositada y restituirla a requerimiento del depositante, pero no actúa como mandatario, lo que sí ocurre en la llamada "cuenta corriente bancaria", en la que el banco se obliga a realizar pagos por cuenta del cliente, actuando como intermediario en estos. Aunque también en el depósito en cuenta corriente el banco asume pagos por cuenta del cliente, en éste el aspecto predominante es la guarda, en aquél el man-

M. L. MORENO-TORRES

dato. No obstante, también rigen en él las normas del depósito "en cuanto aplicables"<sup>43</sup>.

También la segunda premisa sobre la que el Tribunal basa su decisión, la de concurrir todos los requisitos de la compensación, merece algún comentario. En el momento de efectuar se la imputación una de las deudas no estaba vencida. La obligación del Banco de pagar las cantidades depositadas en la cuenta por el cuenta-correntista sólo vence en tanto en cuanto éste las exija, y en la cantidad en que lo haga, pero en el caso de la sentencia el Banco obtiene, al ordenar el cargo en cuenta de la cantidad debida por su cliente, un pago anticipado. Ciertamente, esta deuda ya había vencido, pero en pura teoría el contracrédito (el del cliente frente al banco) no.

Realmente el efecto práctico es el mismo, pero creo que lo que produce rechazo y se manifiesta como un comportamiento abusivo por parte del banco es el hecho de tomar la iniciativa de "autopagarse" con el dinero depositado por su cliente sin autorización para ello de éste. "Para la entidad financiera, cobrar del deudor constituye un acto unilateral que se materializa efectuando una aplicación contable en la cuenta que el deudor mantiene con ella misma. La entidad financiera, de momento, cobra; el deudor, en caso de duda, puede reclamar, pero la entidad finan-

---

<sup>43</sup> MOLLE: "Novísimo Digesto", voz "conto corrente bancario", pag. 419

ciera ya ha conseguido su primer objetivo: ir por delante en la posible reclamación"<sup>44</sup>.

A buen seguro que si en el momento en que el depositario reclama la restitución de la cantidad de dinero que entregó, el banco depositante se la niega, oponiéndole una crédito vencido contra él, el fenómeno nos parece normal y no consideramos abusiva la conducta del banco. El propio Tribunal parece entenderlo así en la Sentencia de 19 de septiembre de 1987 (R.A. 6069) en la que estimó inaplicable el art. 1200 a una imposición a plazo fijo, por entender que no existía "el depósito que el precepto contempla como impeditivo de la compensación" y que "en el depósito irregular de dinero o cosa fungible no hay depósito, propiamente dicho, dado que la propiedad de lo entregado pasa al dominio del depositario y la obligación de custodia se convierte en una obligación de disponibilidad de cantidad, obligación y correlativo derecho que en las imposiciones a plazo fijo sólo nacen cuando llega el día señalado".

Así pues, las verdaderas razones por las que uno se cuestiona -en este caso y en general- la facultad del depositario de aprovecharse de la compensación deriva de la circunstancia, característica de este contrato, de que el depositante puede reclamar la restitución de las cantidades depositadas cuando lo desee. En rigor, sólo entonces la deuda de restitución (y por la cuantía concreta que se solicita) está vencida y es, en consecuencia, compensable. No obstante, el depositario se

---

<sup>44</sup> JUNYENT, citado por ROJO AJURIA en su comentario a esta sentencia, publicado en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, pag. 440.

M. L. MORENO-TORRES

apropia **antes** de una cantidad de dinero que debe al depositante (o a un tercero designado por él) y con ella extingue su crédito. El efecto de la compensación es aquí ciertamente peculiar. Se trata como siempre de un pago forzado, sólo que aquí no es automático, no se produce en el momento en que coexisten dos créditos con el carácter de compensables, sino cuando el acreedor-deudor que está en una posición más ventajosa, por tener en su poder cosas de su deudor aptas para el pago, las aplica a este fin.

No se puede desconocer que en el depósito irregular la compensación legal produce un efecto especialmente favorable para el depositario. Cuando, además, se trata de una entidad bancaria, económica y jurídicamente más fuerte que el particular que en él deposita su dinero, se tiende a negarle la compensación a fin de evitar situaciones de abuso o extralimitación por su parte. Esto fué lo que en realidad condujo al Tribunal a negar validez a la imputación en la cuenta de su cliente realizada por el Banco, como pone de manifiesto el segundo considerando "in fine", anteriormente reproducido. Bastó el confuso texto del art. 1200 del Código, más que el convencimiento del tribunal de que el supuesto entraba dentro de su campo de aplicación, para apoyar tal decisión.

El Tribunal se vale en una Sentencia posterior (de 26 de marzo de 1990, R.A. 1733) de una vía distinta para excluir la compensación respecto de la restitución de una cantidad de dinero depositada en una entidad bancaria. En esta ocasión califica el depósito como regular y le aplica a dicha deuda el art. 1200 C.C. No

se puede pues afirmar, en sentido riguroso, que nuestro más alto tribunal aplique el precepto al depósito irregular, sino que lo que hace es utilizarlo cada vez que el efecto automático propio de la compensación legal produce -por una u otras razones- un resultado injusto, si el negocio de que deriva la deuda que se pretende que ha quedado extinguida por compensación puede ser calificado con mayor o menor propiedad como depósito. Es de alabar también en este caso la decisión de excluir la compensación, más nuevamente se disponía de un mejor medio para hacerlo que el de calificar de "típico contrato de depósito" el de una suma de dinero, alegando que no se acompañó de la "estipulación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, ni mucho menos la de disponer de la cosa depositada", configuración que JORDANO FRAGA, en su comentario a la sentencia, califica de "incomprensible". En opinión de este autor el Tribunal vino en auxilio de la demandante "afirmando - para excluir la compensación- la existencia de algo -depósito regular- que evidentemente no existía y que, además, para conseguir ese mismo efecto, no era necesario afirmar, siendo así que, de todas formas, no se daban los presupuestos subjetivos de la compensación..."<sup>45</sup>.

Los hechos de esta sentencia eran los siguientes: La entidad "Saconia" compra a la empresa demandante "Urbana Ibérica S.A" unos terrenos, pactándose el pago fraccionado del precio. "Saconia" obtiene de la Caja Postal de Ahorros un préstamo con garantía hipotecaria para satisfacer dicho precio. La cantidad recibida en préstamo se deja ingresada, de mutuo acuerdo de las partes, en una "cuenta

---

<sup>45</sup> "Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil", abril-agosto de 1990, pag. 561.

M. L. MORENO-TORRES

especial" a nombre de la prestataria. Se establece que la disponibilidad de tales fondos se realizará por ésta en las condiciones estipuladas, atemperándola a los fines para los que ha sido concedido el préstamo, que era exclusivamente el pago de las obligaciones derivadas de aquella compraventa. "Saconia" autoriza irrevocablemente a la vendedora a retirar los fondos depositados en la cuenta, cobrándose así el precio del inmueble, conforme vaya siendo entregada la urbanización en construcción. La entidad vendedora retira una primera suma y cuando intenta retirar el resto, la Caja Postal se lo niega aduciendo que el préstamo hipotecario no se ha cumplido conforme a lo pactado por el prestatario y que ha compensado los fondos que aún quedan en la cuenta especial con lo que "Saconia" le adeuda.

Interpuesta la demanda por la vendedora frente a la Caja Postal, fué estimada, siendo ésta condenada a pagar la cantidad que aún no se había retirado por aquélla de la citada cuenta. La Audiencia confirmó la Sentencia y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto por la demandada, basándose en que el negocio jurídico celebrado entre la Caja Postal y Saconia "consistente en depositar el dinero que el prestatario recibía a tenor del art. 1753 del C. Civil, en una cuenta especial ubicada en la propia Caja Postal, señalándose el destino que debía dársele, y la forma de su disponibilidad" es un contrato de depósito y que "los términos radicales del art. 1200 del mismo Cuerpo legal impiden la aplicación del instituto de la compensación para estos supuestos", aunque reconoce que puede ser objeto de discusión la existencia de un depósito irregular.

Siguiendo a JORDANO FRAGA, la cuestión de fondo que se plantea es la de la admisibilidad o no de la alegación del crédito que le correspondía a la Caja Postal frente a Saconia (téngase en cuenta que se opone por la demandada en compensación un crédito del que ella es titular, no frente a la actora, sino frente a un tercero). Para pronunciarse sobre este punto que es el central en el caso planteado, realiza un exhaustivo labor de calificación jurídica de las relaciones que vinculan a los tres sujetos que intervienen.

La relación entre Urbana y Saconia no ofrece ningún problema: celebraron un contrato de compraventa con precio aplazado.

En cuanto a la relación entre la compradora (Saconia) y la Caja Postal, es susceptible de dos calificaciones distintas: o bien se trata de una apertura de crédito en cuenta corriente o que primero se concierta entre ellas un préstamo y después un contrato de cuenta corriente a la vista o depósito irregular en cuenta corriente, resultando menos artificiosa para el autor la primera de las calificaciones propuestas.

Finalmente, se plantea el problema de la calificación jurídica de la relación existente entre la vendedora (Urbana) y la entidad bancaria, para lo cual los datos aportados por la sentencia son muy escasos. Son tres, a juicio del autor, las posibles calificaciones que ofrece dicha situación: la primera es que la Caja Postal haya permanecido en todo momento como tercero. En este caso la autorización dirigida por Saconia a la Caja Postal sería una mera delegación de pago o "mandato

M. L. MORENO-TORRES

de pago" igual al que subyace en las domiciliaciones de pago bancarias. La consecuencia de ello es que la Caja no estaba obligada a atender la invitación de pago de la delegante. En segundo lugar, cabe pensar que se haya producido una delegación promisorias y que la Caja se haya convertido en una verdadera obligada al pago frente a Urbana. La tercera posibilidad es que entre Saconia y Caja Postal se haya acordado una estipulación en favor de tercero (que sería Urbana), la cual adquiriría así un derecho que podía ejercitar directamente contra el promitente (la entidad bancaria). A falta de datos para sospechar la existencia de una estipulación de este tipo y por ser la solución de efectos menos graves, parece lo razonable inclinarse por la primera opción indicada.

No obstante, en cualquiera de los tres casos faltarían los presupuestos subjetivos necesarios para que se operase la compensación legal porque, o bien el banco era libre de no pagar el segundo plazo por razones independientes de la compensación (por no estar obligada a ello) o bien estaba obligada a pagar sin poder oponer la compensación por falta de sus presupuestos subjetivos (pero no por la vigencia del art. 1200 C.C) o, finalmente, estando inicialmente la Caja obligada al pago, había después dejado de estarlo como consecuencia de la denuncia y extinción del contrato con Saconia (también, pues, por razones distintas del art. 1200 C.C)

La conclusión de JORDANO FRAGA es declarar totalmente irrelevante dicha norma para la solución jurídica del caso en cuestión. Faltaban, simplemente, los presupuestos que requiere la compensación legal.

La opinión negativa en orden a la aplicación de la prohibición de compensar al depósito irregular es hoy la mayoritaria en Italia<sup>46</sup>, aunque las razones de ello no están muy claras. Para NOVITA<sup>47</sup> no rige para el depósito irregular el principio de restitución de la "ipsa res", por lo que no concurre la ratio que justifica la prohibición. También FIORENTINO<sup>48</sup> considera compensable la deuda del depositario con otros créditos frente al depositante, no pudiendo recibir aplicación la norma especial del art. 1246, n. 2, que se refiere sólo a la restitución in natura, o sea, del "eadem res". Frente a ello se observa que el fundamento de la prohibición está en el particular título del que deriva la deuda y no en la naturaleza de la prestación<sup>49</sup> (50) aparte de que resulta incoherente con la opinión, sostenida mayoritariamente por los mismos autores, de que la prohibición del art. 1246 se extiende a la restitución por equivalente a que resulta obligado el depositario que pierde por su culpa la cosa depositada. Si la deuda de restitución del equivalente se excluye de la compensación por el mero hecho de tener su origen en un depósito, habrá que hacer otro tanto con la deuda de restitución en el depósito irregular. Esta razón, unida a la idea de que la compensación contradice la normal función y el mecanismo del depósito, apuntada por SIMONETTO<sup>50</sup> y que goza de cierta aceptación, es

---

<sup>46</sup> DE GENNARO, FUNAJOLI, MAJELLO, NOVITA, FIORENTINO, DALMARTELLO, REDENTI, PELLIZZI...

<sup>47</sup> "Giurisprudenza..." pag. 163 y 193.

<sup>48</sup> "Commentario...", Libro IV, pag. 99.

<sup>49</sup> PERLINGIERI: "Commentario...", pag. 339.

<sup>50</sup> "Novissimo...", voz "deposito irregolare", n. 27, pag. 539.

lo que lleva a PERLINGIERI<sup>51</sup> a rechazar la opinión dominante y estimar aplicable la prohibición de compensación al depósito irregular.

La jurisprudencia italiana parece, por su parte, aceptar las directrices de la doctrina mayoritaria y aplica al depósito irregular en materia de compensación las mismas normas que al mutuo, esto es, la disciplina general<sup>52</sup>.

Entre nuestros autores, el más ferviente defensor de la inaplicabilidad del art. 200 al depósito irregular es JORDANO FRAGA<sup>53</sup>, quien basa su punto de vista en las siguientes razones:

- 1) El ámbito de la prohibición es exclusivamente el de la custodia y de ésta no puede hablarse, propiamente para el depósito irregular.
- 2) La remisión, para el depósito irregular, a las normas del mutuo, ex arts. 1768 C.C y 309 del C. Co. imponen ese mismo resultado (la posición en cuanto a la restitución del tantumdem es idéntica en el mutuo y en el depósito irregular, y no se ve porqué el depositario irregular no podría compensar esta deuda y el prestatario si)

---

<sup>51</sup> "Comentario...", pag. 342.

<sup>52</sup> De la jurisprudencia sobre el tema se ocupa NOVITA: "Giurisprudenza...", pag. 163.

<sup>53</sup> "Comentario...", pag. 560.

3) Porque la incompensabilidad es excepcional y no debe entenderse más allá del sentido y finalidad de la excepción introducida, que considera circunscrita al ámbito de la custodia.

El argumento señalado en primer lugar por este autor es utilizado por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 19 de septiembre de 1987<sup>54</sup>. La pretensión formulada en la demanda era que se dictase sentencia declarando válidamente constituido a favor de la actora el derecho de prenda sobre los derechos del depositante, en las imposiciones a plazo fijo que fueron constituídas, declarando la procedencia de los créditos pignoratícios, de los que es titular la actora, sobre cualesquiera otros de los que no constara en documento público la fecha de constitución en su garantía, condenando a la demandada a estar y pasar por tales declaraciones. "Pues bien, el problema que se planteó en instancia y que es traído a este recurso es el relativo a si al ser, también la Caja Rural (la demandada) al tiempo de realizarse la imposición a plazo fijo, acreedora del Sr. C, por una cantidad mayor a la depositada, se produjo o no una compensación de los respectivos créditos y deudas por imperio de la ley, y por tanto, si cuando se constituyó el derecho de prenda ya no existía el derecho de crédito gravado por haberse extinguido por dicha **compensación**. A este respecto y frente a la tesis de la recurrente se sostiene por la sentencia recurrida y

---

<sup>54</sup> "... en el supuesto de depósito irregular de dinero en cosa fungible, no hay depósito propiamente dicho, dado que la propiedad de lo entregado pasa al dominio del depositario y la obligación de custodia se convierte en una obligación de disponibilidad de cantidad..."

M. L. MORENO-TORRES

por el Banco actor que no concurren los requisitos exigidos para que dicha compensación opere".

El Tribunal anuló la sentencia recurrida y declaró que se produjo la compensación interesada, por entender que no procedía la aplicación del pfo. primero del art. 1200.

Estoy de acuerdo en que en este caso no procedía la aplicación del art. 1200 porque "tratándose de depósitos o imposiciones a plazo fijo, al desaparecer temporalmente la disponibilidad del depositante, desaparecen igualmente los elementos típicos del depósito -restitución de la cosa cuando le sea pedida, art. 1766 C.C- y se acentúan los del préstamo -recepción de una cosa fungible en propiedad para devolver despues otro tanto". Mas entiendo que nuevamente erró el Tribunal al reducir la solución del caso planteado a la aplicabilidad o inaplicabilidad del art. 1200.

Lo que en suma entendió la Sentencia es que en el mismo momento en que se realizó la imposición a plazo fijo, siendo la entidad bancaria acreedora del "depositante", se produjo la extinción de ambos créditos (el de la restitución del "tantundem" a cargo del banco y el del cliente frente a éste por una cantidad mayor a la depositada) Y es en ello en donde encuentro el error. Uno de los requisitos necesarios para que se produzca la compensación es la exigibilidad de ambas deudas. La deuda de restitución de una suma igual a la depositada en el banco, sólo es exigible una vez llegado el término, pero no lo es en el momento mismo en que se

perfecciona el contrato mediante la entrega. En esta ocasión la determinación del momento en que la compensación produce su efecto extintivo de modo automático, a tenor de lo dispuesto en el art. 1202 C.C, es decisivo: si se entiende que la extinción se produjo en el momento de la entrega, el derecho de prenda hubiese recaído sobre un derecho de crédito inexistente, si se entiende que la extinción se produjo en el momento del vencimiento del término, el derecho de prenda hubiese estado válidamente constituido. El Tribunal entendió lo primero<sup>55</sup> a pesar de afirmar que "la obligación y el correlativo derecho (de disponibilidad de cantidad) en las imposiciones a plazo fijo sólo nacen cuando llega el día señalado".

Cuestión distinta es la de si, llegado ese día, el depositario podía o no oponer la compensación frente al acreedor pignoraticio, cuestión de la que se ocupa la sentencia en el apartado c) del Fundamento de Derecho Primero, en donde se dice: "no puede olvidarse que si, a tenor del art. 1198 del Código Civil, la cesión de un crédito a tercero no impide al deudor, que no la consintió, oponer al cesionario la compensación de las deudas anteriores a ella que tuviera con el cedente, es indudable que lo mismo debe ocurrir cuando el presunto deudor no consiente la constitución de un derecho real de prenda, sobre el crédito que lleva potencialmente la virtualidad de su enajenación, pues si en aquél supuesto que implica la transmisión de la titularidad plena del crédito se produce el señalado efecto limitativo, con igual

---

<sup>55</sup> "no existía sobre ninguno de los créditos retención o contienda al tiempo de producirse la compensación, es decir, al tiempo de realizarse la imputación..."

M. L. MORENO-TORRES

razón se debe producir en la hipótesis de constitución de un derecho real limitativo del dominio".

La conclusión que de todo lo anterior podemos establecer es que en nuestro país no se puede hablar de una opinión clara -ni mayoritaria ni minoritaria- en favor o en contra de la inclusión del depósito irregular dentro del ámbito de la prohibición establecida por el primer párrafo del art. 1200, dado que no es un tema que, al menos de momento, haya suscitado el interés de nuestra doctrina, sin que tampoco sea posible deducir a partir de las Sentencias del Tribunal Supremo una línea definida en uno y otro sentido.

Tras el anterior planteamiento, pueden ya ser expuestas las razones en las que me fundo para defender en el derecho vigente aplicación del efecto extintivo e "ipso iure" de la compensación legal a las deudas (de restitución o no) nacidas de depósito irregular, aunque reconozco que dadas las peculiaridades que éste ofrece, la aplicación de los arts. 1196 y ss. C.C origina en relación con él una singular problemática.

-En primer lugar, el art. 1200 no fué pensado para el depósito irregular, por la sencilla razón de que este no es posible para nuestro legislador. No me convence la explicación apuntada por GARRIGUES de que sus redactores, limitándose a reproducir los preceptos del Código de Napoleón y el Código Italiano, no se dieron cuenta de la contradicción en que incurrían con el art. 1768, porque ya GAR-

CIA GOYENA había advertido en sus comentarios de dicha incoherencia, pese a lo cual se mantuvo la prohibición.

-El art. 1853 del vigente Código Italiano confirma que la excepción de compensación referida al depósito no es para el depósito irregular. Según dicho art. "Si entre el Banco y el cuentacorrentista existen varias relaciones o varias cuentas, se compensan recíprocamente salvo pacto en contrario".

La doctrina italiana considera en general<sup>56</sup> que esta norma no añade nada al régimen general de la compensación legal y que la compensación entre los saldos activos y pasivos se produciría igualmente sin necesidad de ella.

-Pese a que el Código rechaza el depósito irregular, está hoy admitida su posibilidad tanto por la doctrina como por la jurisprudencia y por esta razón conviene responder a la cuestión de si el régimen general de la compensación sufre alguna alteración en relación con él. Desde cualquiera de las opiniones sobre la naturaleza jurídica de esta especie de depósito la respuesta es negativa:

-Si se piensa que es un mutuo, le serán aplicables las normas de este contrato, (con la única salvedad de lo relativo al tiempo de la restitución,

---

<sup>56</sup> PELLIZZI: "Compensazione, mandato e conto corrente bancario", *Rivista di Diritto Civile*, pag. 11; MICCIO: "Commentario...", tomo IV, pag. 280; FIORENTINO: "Commentario...", Libro IV, pag. 511.

que será siempre a voluntad del prestamista) en el cual opera la compensación legal con toda normalidad.

-Si se entiende que se trata de un contrato innominado, que se ha de regir en parte por la normativa del mutuo y en parte por la del depósito, el resultado es el mismo, pues en todo lo referente al objeto de la restitución, dada su analogía con el mutuo, (restitución del "tantundem" y no "in individuo") le son aplicables las normas de éste.

-Finalmente, si se conceptúa como un depósito (lo que no es posible conforme a nuestro Código) no por ello se va a regir en su integridad por las normas reguladoras de este, sino que habrán de excluirse todas aquéllas que respondan a la no transmisión de propiedad característica del depósito regular, puesto que esta es, precisamente, la nota en que se diferencian ambas especies de depósito. Entre estas normas está la exclusión de compensación.

-Otra razón para defender la aplicación del régimen general la compensación al depósito irregular es que no hay motivo alguno para excluirlo. Según expuse, el fundamento de las prohibiciones de compensación del párrafo primero del art. 1200 es procurar a deponente y comodante la recuperación de **su cosa**. Desde el momento en que las cosas pasan a ser propiedad del depositario, esta finalidad no puede ya ser pretendida, porque el deponente no tiene ya derecho a la misma

cosa, sino a otro tanto de la misma especie y calidad. En el depósito regular, lo mismo que en el comodato, el tradens es acreedor del dominio, en el depósito irregular, no. En este falta la situación posesoria típica del verdadero depósito, que es lo que, en última instancia, tiene en cuenta la prohibición.

-Finalmente, la confianza que caracteriza el depósito y que hay que entender que permanece en la modalidad irregular del mismo, no puede ser esgrimida en pro de la exclusión de compensación en este último, porque la "confianza" no es una nota exclusiva de este tipo contractual, sino que aparece como característica en otra serie de contratos, como el mandato o el mutuo (es verdad que el depositante en el depósito irregular confía en el depositario, concretamente en su solvencia, pero no más de lo que lo hace el prestamista en el prestatario). Si la única razón de ser de la prohibición fuera esta, habría que darle una extensión desmesurada. No niego la relevancia de la "fides" en la exclusión de compensación del depositario, lo mismo que no niego la de la gratuidad propia del comodato en la limitación que se impone al comodatario, pero ni una ni otra son la única razón determinante. De ser así, también la prohibición alcanzaría al mutuo sin interés, celebrado en beneficio exclusivo del mutuuario. A las anteriores razones hay que unir otro dato, común a ambos contratos: la no fungibilidad de las cosas y la obligación de restituir la "ipsa res". Es por esto por lo que el legislador se ocupa especialmente de garantizar al tradens la recuperación del objeto, porque este es para las partes único e insustituible.

**b) LA PROBLEMATICA DE LA COMPENSACION EN EL DEPOSITO IRREGULAR.-**

Al margen de la conclusión de que el art. 1200 del C.C. no es aplicable al depósito irregular, es un hecho que la compensación, tanto convencional como legal, plantea en el campo de las operaciones bancarias (y no sólo en los depósitos irregulares celebrados con estas entidades) una especial problemática. Los motivos de ello son variados. Por una parte, los bancos imponen a los particulares, por la vía de las condiciones generales, pactos de compensación que les resultan perjudiciales y garantizan siempre la posición acreedora del banco, pero no la del cliente; de otro lado, el efecto automático de la compensación legal, sancionado por el art. 1202 produce en ocasiones "espejismos"<sup>57</sup> que hacen que parezca legítima la compensación unilateralmente practicada por el banco, pese a faltar alguno de los presupuestos de la compensación legal, con lo que en definitiva está obteniendo un pago anticipado.

En cuanto a los pactos de compensación, el problema central es el de si pueden o no ser calificados como abusivos. Si así fuera, podrían ser combatidos con la nulidad que el art. 10, 4 de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios impone a las cláusulas abusivas. Pero las que habitualmente se incluyen en los contratos bancarios no parecen susceptibles de ser subsumidas en el concepto

---

<sup>57</sup> ROJO AJURIA: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1988 en "Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil", pag. 456.

que de estas da el mismo artículo en su número 3, que entiende por tales "las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios".

Señala ROJO AJURIA<sup>58</sup>, a propósito de la posición del banco en el caso resuelto por la S. de 21 de Abril de 1988, que "La obligación que el Banco pretende extinguir no es otra que la de restitución del tantumdem, en concreto una cantidad de dinero, y en un ordenamiento jurídico en el que la compensación no es un mero escudo procesal, sino un modo de extinción de las obligaciones con efectos sustantivos, tal pretensión de aplicación de los artículos 1195, 1196 y 1202 C.C. no puede consistir en un privilegio o en una posición de desequilibrio, precisamente porque es el efecto jurídico por un lado ordinario, y por otro, recíproco por definición". Es verdad, y así lo he puesto anteriormente de relieve, que la actitud del banco (en el caso de esta sentencia y en otros muchos semejantes que se producen en la práctica), al ordenar un cargo en la cuenta de su cliente para extinguir la deuda de éste frente a él, supone una iniciativa por su parte que se concilia mal con la compensación legal, pero creo que ello es tan sólo una peculiaridad derivada de una de las características fundamentales de una buena parte de los contratos de depósito o cuenta corriente que se celebran con los bancos, que es que el reintegro de las cantidades depositadas se efectúa cuando lo solicita el cliente y además, no de una

---

<sup>58</sup> Comentario citado en la nota anterior, pag. 459.

sóla vez, como ocurre en los depósitos de cuerpo cierto, sino en ocasiones repetidas y generalmente durante largos periodos de tiempo.

En este estado de cosas, para la producción del efecto extintivo de la compensación regulada por el Código, sería precisa una solicitud de reintegro por parte del cliente. Sólo entonces y por la cantidad concreta que se reclama se produciría la compensación con el crédito ya exigible del banco frente al cliente. Ello es, simplemente, aplicación de la regla general según la cual mientras que el término esté pendiente el deudor no puede oponer la compensación. Dice GIORGI<sup>59</sup> que en los casos en que el término está excepcionalmente estipulado en beneficio del acreedor, la condición jurídica de las partes se invertiría completamente y la compensación vendría a ser potestativa para el acreedor. En opinión de RICCI "Si uno de los deudores puede invocar a su favor el beneficio del término, no puede mientras el término vence, ser obligado al pago por su acreedor; por lo que éste, cuando sea a su vez deudor puro y simple del otro, no puede eximirse del pago alegando la compensación"<sup>60</sup>. Pero estos principios, rígidamente aplicados en el campo de los depósitos irregulares y cuentas corrientes bancarias, supondrían un grave y absurdo obstáculo en el desenvolvimiento de esa actividad, que no está justificado puesto que va a llegar el día en que necesariamente concurra el requisito que falta.

---

<sup>59</sup> "Teoría de las Obligaciones", vol. IV, pag. 415.

<sup>60</sup> "Derecho Civil", tomo XIV, n. 312, pag. 79.

Entiendo por ello que un pacto que ampare esta conducta no puede ser calificado de "abusivo", habida cuenta del carácter general que posee en nuestro ordenamiento la compensación legal y de que el mismo efecto extintivo se iba de todas formas a producir, por ministerio de la ley, en el momento en que el "deposi- tante" reclamase la restitución total o parcial de las cantidades depositadas.

Cuestión distinta es determinar lo que debe ocurrir en ausencia de pacto. El derecho positivo vigente no permite si no se ha acordado así (aunque normalmente estas situaciones están previstas en los contratos de cuenta corriente) que se imponga la compensación al cuentacorrentista o depositante antes de que este exija la restitución de la cantidad depositada, lo que quiere decir que no está legitimada esa actuación. Sin embargo, qué duda cabe que la consecuencia práctica es similar en uno y otro caso, con la diferencia, claro, relativa al momento de la extinción del crédito. Si se permite al depositario compensar antes de exigir el deponente la restitución el plazo habrá dejado de estar establecido a su favor, principio éste que se considera esencial en dicho contrato. Encuentro absurdo empeñarse en mantenerlo en estos casos, porque ello originaría dificultades de tipo práctico no justificadas, máxime si tenemos en cuenta que el cliente puede evitar la actuación unilateral del banco conducente a la extinción del crédito mediante el pago a que está obligado. Por eso dice ROJO AJURIA "aunque aceptemos que una de las partes no puede declarar unilateralmente extinguida todo o parte de una obligación, al cargo en

cuenta se le puede dar un valor más adecuado: como declaración de voluntad del Banco de invocar la compensación frente a su cliente"<sup>61</sup>.

Lo que resulta claro, a la vista de lo anterior, es la imperiosa necesidad de que se legisle en nuestro país sobre este punto, dentro de una normativa específica, de la que hoy carecemos, destinada a disciplinar en su conjunto el importante y complejo campo de los contratos bancarios. El Código Italiano, que sí la contiene, preceptúa en su art. 1853 que "Si entre el Banco y el cuentacorrentista existen varias relaciones o varias cuentas, se compensan recíprocamente salvo pacto en contrario". Aunque algunos piensan que se soluciona el conflicto de intereses en favor del banco, entiendo que la norma responde muy bien a las exigencias prácticas y que de forma análoga debía de introducirse en nuestro derecho. La doctrina italiana entiende que se recoge en este artículo una compensación que de todas formas tendría lugar por aplicación de las reglas generales. No quiere ello decir que se trate de una norma inútil. Para unos<sup>62</sup> está dirigida a eliminar posibles dudas que podrían derivar de la calificación de "cuenta corriente" dado que en la verdadera cuenta corriente el saldo sólo es exigible al cierre de la cuenta y faltarían por tanto los requisitos de la compensación legal. En opinión de otros<sup>63</sup> el sentido de la norma es aclarar la aplicabilidad de la regla también a relaciones derivadas de operaciones bancarias, respecto de las cuales se hubiese podido dudar, dado que el banco presta un servicio

---

<sup>61</sup> Comentario repetidamente citado, pag. 456.

<sup>62</sup> FIORENTINO: "Commentario...", pag. 512.

<sup>63</sup> MICCIO "Commentario...", tomo IV, pag. 280.

y su condición de acreedor no depende de una sustancial situación deudora del cliente, sino de la misma naturaleza de tal servicio. Considera que por estas razones se hubiese podido dudar la facultad del banco de invocar la compensación en el caso de que deviniese a su vez acreedor del cliente.

No coincido con las anteriores opiniones en cuanto a las razones por las que la norma es necesaria, ni me baso en ellas para propugnar su inclusión en nuestro derecho. Su verdadera utilidad, a mi juicio, es eliminar las dudas que podría suscitar la validez de las imputaciones que los bancos efectúan en las cuentas de sus clientes cuando éstos son por su parte deudores de aquéllos **dado que falta cuando se realizan uno de los presupuestos de la compensación legal** (el vencimiento del crédito del cliente frente al banco), presupuesto que, sin embargo, necesariamente se va a producir (en el instante mismo en que el depositante o cuenta correntista ordene el reintegro de las cantidades depositadas). Para PELLIZI<sup>64</sup> el art. 1253 no impone una compensación "ipso iure" de los saldos de varias cuentas todavía con vida sino que no excluye que por **voluntad unilateral**, según los principios generales, el saldo exigible de una cuenta o relación determinada sea incluido en una cuenta aún con vida.

La inclusión de una norma que permita a los bancos practicar la compensación de los créditos exigibles frente a sus clientes no resuelve, sin embargo, todos los problemas de la compensación en los contratos bancarios. Piénsese que la

---

<sup>64</sup> "Compensazione...", pag. 110.

compensación se practique por el banco sin conocimiento del cliente, originándose un descubierto en su cuenta que impida el pago de los cheques librados por él con cargo a la misma.

Este fué el caso resuelto por la Corte di Cassazione en Sentencia de 18 de abril de 1956, por la que se negó al banco la facultad de sustraerse a la obligación del pago de cheques invocando una compensación efectuada, entendiéndose que el contrato de cuenta corriente al que acompaña el acuerdo de pago de cheques "implica una renuncia tácita de la banca a compensar el crédito ex depósito del correntista con un crédito propio frente al mismo, surgido de una relación distinta".

Para PELLIZI, quien comenta ampliamente esta sentencia, el caso en ella planteado puede resolverse con argumentos que prescinden, en sustancia, de los principios reguladores de la compensación. Entiende que las normas generales sobre esta no excluyen que se pueda producir una operación como la de la sentencia y por ello el Tribunal, para sustraerse a la lógica inevitable de la compensación, acudió a la "renuncia tácita". Para el autor el elemento determinante en este supuesto es el incumplimiento por parte de la banca de la orden de pago de cheques. Si el cuentacorrentista, en vez de librar cheques, hubiese reclamado directamente la restitución de la suma depositada, no se habría planteado la duda relativa a si el banco podría o no oponer en compensación su propio crédito frente al cliente. En el caso planteado no se trata ya de si el contrato de cuenta corriente implica por parte de la banca una renuncia a compensar con créditos propios futuros la deuda asumida "ex

recepto", sino más bien, si implica una renuncia a practicar la compensación de manera tal que haga imposible, por falta de provisión, pagos que hubieran sido posibles y obligados sin ella. Se trataría de una suspensión convencional de los efectos de la compensación, que entiendo que se debe de considerar implícita en toda aceptación de mandato.

En suma, los problemas relativos a la compensación no tienen directa influencia en esta cuestión, que debe ser resuelta exclusivamente con los principios inspiradores del mandato y planteada en los términos siguientes: si el mandatario, que ha recibido del mandante sumas destinadas a cumplir el encargo, está obligado a llevarlo a cabo independientemente de la total o parcial extinción por compensación de la propia deuda "ex recepto".

Pero mientras que en el campo general del mandato la conclusión es que, entregada una suma para un específico encargo el mandatario está obligado a cumplirlo, no obstante la compensabilidad con cualquier crédito preexistente o sobrevenido frente al mandante, de su débito "ex recepto", no se puede decir lo mismo, en opinión del autor, en el caso de la cuenta corriente con convención de pago de cheques porque en este caso el encargo que recibe el banco no es un encargo específico, sino un encargo genérico que deberá ser cumplido sólo dentro de los límites de la suma en cada momento disponible.

A la vista de lo anterior no es posible defender que la apertura de cuenta corriente conlleve una suspensión de los efectos de la compensación hasta la ejecu-

ción del mandato de pago de cheques. Sin embargo, sí se puede hacer responder a la banca de los daños causados sobre la base de los principios inspiradores del contrato de cuenta corriente. El banco no puede, con un hecho propio y desconocido por el cuentacorrentista en el momento de librar el cheque, sustraerse al pago que le ha sido regularmente ordenado, invocando una compensación ajena a las normales operaciones de la cuenta corriente. El encargo genérico característico de la cuenta corriente se convierte ahora, desde la emisión del cheque, en un encargo específico y determinado que el mandatario debe cumplir. Mas en definitiva lo que entra en juego no es la legitimidad de la compensación practicada, "sino la presencia o la ausencia de una obligación del mandatario de cumplir el encargo recibido"<sup>65</sup>.

Por lo demás, los posibles abusos de que son objeto, en materia de compensación, los particulares que contratan con los bancos, deben de ser reprimidos, limitando el poder de éstos de imponerles cláusulas que les perjudiquen. En este sentido el Anteproyecto de Ley de las Condiciones Generales de la Contratación, destinado a derogar todas las disposiciones relativas a ellas contenidas en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aparte de la norma gene-

---

<sup>65</sup> "Compensazione...".

ral del art. 8<sup>66</sup> y de la regla de interpretación del art. 7<sup>67</sup>, declara en particular en el art. 13 que "No podrá prohibirse al contratante sometido a las condiciones generales de la contratación compensar sus créditos con los de la otra parte contratante". Lo que sin embargo no me parece posible es aplicar el art. 1200, pfo. 1<sup>o</sup> (interpretándolo conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas", art. 3 C.C.) para resolver esta especial problemática, dado que responde a una ratio muy diferente: es una norma protectora de la posesión.

---

<sup>66</sup> "Las cláusulas de las condiciones generales serán ineficaces cuando perjudiquen, en contra de las exigencias de la buena fe, los intereses del contratante sometido a estas condiciones generales. Este perjuicio se presumirá cuando las cláusulas mencionadas atribuyan al que utiliza las condiciones generales de la contratación una situación injustificada o desproporcionadamente ventajosa atendido el tipo contractual de que se trate o cuando el contenido de las cláusulas que regulan los derechos y obligaciones fundamentales de los contratantes pueda impedir que el contrato alcance el fin económico protegido por el ordenamiento jurídico".

<sup>67</sup> "La interpretación de las cláusulas oscuras o ambiguas contenidas en unas condiciones generales de la contratación no favorecerá en ningún caso al que las imponga aunque no hayan sido elaboradas por él".

## CAPITULO VI:

### LA DIVERSIDAD DE SIGNIFICADOS DEL TERMINO COMPENSACION: COMPENSACION PROPIA E IMPROPIA. FIGURAS ESPECIALES DE COMPENSACION.-

1-CONCEPTO VULGAR Y CONCEPTO JURIDICO DE COMPENSACION.

2-LA COMPENSACION PROPIAMENTE DICHA.

a) COMPENSACION LEGAL, VOLUNTARIA Y JUDICIAL.

b) LA COMPENSACION LEGAL. SUS REQUISITOS.

- Reciprocidad
- "Derecho propio"
- Carácter principal de los deudores
- Fungibilidad y homogeneidad
- Liquidez
- Exigibilidad y vencimiento
- Situación expedita de las deudas

3-COMPENSACION IMPROPIA.-

4-FIGURAS ESPECIALES DE COMPENSACION.-

a) LA COMPENSACION ANTICRETICA DEL ART. 1868 C.C.

b) LA COMPENSACION IMPROPIA EFECTO DE LA PRENDA

IRREGULAR.

## CAPITULO VI:

### LA DIVERSIDAD DE SIGNIFICADOS DEL TERMINO COMPENSACION: COMPENSACION PROPIA E IMPROPIA. FIGURAS ESPECIALES DE COMPENSACION.-

#### I-CONCEPTO VULGAR Y CONCEPTO JURIDICO DE COMPENSACION.-

El término "compensación" posee en el plano jurídico un significado preciso y bien delimitado, lo que no quiere decir que en todo caso se emplee en su acepción estricta. Se habla a veces de "compensación" como sinónimo de resarcimiento o indemnización, si bien es verdad que el Código en ninguna ocasión le atribuye este alcance.

Lo que sí hace el Código es utilizar el verbo "compensar" (nunca el sustantivo) en un sentido no técnico, coincidente con el gramatical<sup>1</sup>. Así ocurre en el artículo 488, según el cual " El usufructuario podrá compensar los desperfectos de los bienes con las mejoras que en ellos hubiese hecho". Como dice ALBALADEJO aquí hay una compensación en el sentido vulgar de contrapesarse o neutralizarse recíprocamente mejoras y daños, pero no existe verdadera compensación en el sen-

---

<sup>1</sup> Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua "compensar es "igualar en opuesto sentido el efecto de una cosa con el de otra"

tido de deudas rigurosamente recíprocas y homogéneas, pues no se trata de que cuando la cuantía de mejoras y daños estuviese fijada en dinero y fuese exigible el pago de ambas se extinguiesen las dos obligaciones en la cantidad concurrente. Añade que la compensación en sentido riguroso no procedería, ya que falta por parte del usufructuario un crédito contra el propietario, que no tiene derecho al abono de mejoras<sup>2</sup>.

No hay sin embargo inconveniente, y así lo manifiesta el autor, en hablar de "compensación" para aludir al efecto que en el precepto se contempla, pues, como dice MUCIUS "En el terreno puramente gramatical compensar no es otra cosa que sustituir. Se compensa el favor que se otorga con el que se recibe; lo que se gana con lo que se pierde; el daño que produce un negocio con el beneficio que reporta otro la satisfacción que se esperaba y no ha llegado, con la inesperada que se obtiene. Hay compensación en estos casos, porque mediante la sustitución de unas cosas con otras la situación del individuo viene a ser idéntica en sus intereses materiales o morales, sin ganancia ni pérdida dignas de aprecio"<sup>3</sup>.

En igual sentido utiliza la palabra el artículo 1885. Según el " Los contratantes pueden estipular que se **compensen** los intereses con los frutos de la finca dada en anticresis". Se recoge aquí la denominada por la doctrina anticresis compensatoria, cuya característica es que en ella se "compensan" (es decir, se sus-

---

<sup>2</sup> "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por M. Albaladejo", tomo VII, vol. 1, pag. 261

<sup>3</sup> Código Civil, Tomo XIX, pag. 1070.

tituyen) totalmente los frutos con los intereses, a diferencia de lo que ocurre en la anticresis extintiva del art. 1881 en la que los frutos se "aplican" (pero no se sustituyen en bloque), primero a los intereses y luego al capital.

Como dice MANRESA<sup>4</sup> el art. 1881 es el que sanciona la regla general que ha de regir forzosa y necesariamente siempre que no exista el pacto especial indicado. El efecto fundamental de éste es que hace innecesaria la rendición de cuentas, que se estima esencial en el supuesto de la anticresis normal, "es como si el crédito, desde una perspectiva estrictamente jurídica, no devengara intereses ni la finca produjese frutos. Tal es el juego de la compensación acordada que introduce un cierto factor de aleatoriedad en la relación anticrética, o al menos modifica los riesgos en cierto aspecto, dado que frutos e intereses pueden no resultar equivalentes"<sup>5</sup>.

Por lo que respecta al art. 1686<sup>6</sup>, el sentido con que en él se alude a la compensación se aleja también notablemente de su verdadero significado, y esta es la crítica que tradicionalmente se hace al precepto<sup>7</sup>. No se trata, en efecto, de la concurrencia de créditos entre dos sujetos acreedores y deudores el uno del otro. La

---

<sup>4</sup> "Comentarios al Código Civil Español", Tome XII, 6a. edición, Madrid 1973, pag. 756.

<sup>5</sup> GUILARTE ZAPATERO: "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por M. Albaladejo", Tomo XXIII, pags. 561 y 562.

<sup>6</sup> "Todo socio debe responder a la sociedad de los daños perjuicios que ésta haya sufrido por culpa del mismo y no puede **compensarios** con los beneficios que por su industria le haya proporcionado.

<sup>7</sup> Capilla Roncero "Comentarios al Código...", tomo XXI, 1, Madrid 1986, pag. 311.

situación contemplada es, por el contrario, la de un mismo deudor (el socio) frente a un mismo acreedor (la sociedad) de dos deudas distintas; de un lado, "la prestación de su industria o, entendido en términos más generales, las ventajas que, en cumplimiento del contrato de sociedad, ha obtenido en beneficio común"<sup>8</sup>; y, de otro, el importe de la indemnización de los daños causados.

La idea que el precepto quiere plasmar es clara. Para **BATLLE VAZQUEZ** el socio cumple con su deber al beneficiar a la sociedad, pero lo incumple cuando actúa negligentemente, y "el cumplimiento de un deber no puede excusar del incumplimiento del mismo"<sup>9</sup>. Para **CAPILLA RONCERO**, la idea del precepto es que la acción negligente de un socio que ha causado perjuicios a la sociedad no puede ser disculpada, por el hecho de que ese mismo socio le haya reportado ventajas patrimoniales<sup>10</sup>.

Nuevamente, pues, el legislador se refiere a la compensación con un alcance no jurídico, próximo al significado gramatical (aquí el término podría ser sustituido por "excluir", "suprimir" o "eliminar"), cuyo inadecuado empleo sólo se explica por el peso de la tradición<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Capilla Roncero, obra citada en nota anterior, pag. 312.

<sup>9</sup> En **MUCIUS SCAEVOLA** "Código Civil", tomo XXV, 2, Madrid 1948, pag. 82.11

<sup>10</sup> "Comentarios...", tomo XXI, 1, pag. 312.

<sup>11</sup> Digesto XVII, II, 26: "si un socio hubiese hecho con negligencia algunas cosas en la sociedad, pero en las más hubiese fomentado la sociedad, no se compensa el beneficio con la negligencia".

El propio Tribunal Supremo reconoce la utilización, en el campo jurídico, del término "compensación" en un sentido vulgar. A estos efectos son, desde luego, irrelevantes los requisitos de los arts. 1196 y siguientes. En un caso en que el recurrente alegaba la infracción del número cuatro del art. 1196 (que exige el requisito de la liquidez para que se produzca la compensación), por haber declarado el juzgador de instancia en su sentencia, a propósito de las consecuencias producidas por el incumplimiento de un contrato de obra, que debían compensarse los beneficios obtenidos por los actores con los intereses en cuanto a daños y perjuicios, el Supremo declaró : "...el juzgador de instancia, aunque habla de la compensación, no emplea este vocablo en el sentido técnico y restringido a que se refiere aquél precepto, sino en el sentido vulgar, queriendo dar a entender que aunque el actor tuviera derecho a esos intereses legales durante ese periodo, no se le otorgaba porque, en cambio, había percibido y hechos suyos los rendimientos de la explotación del complejo que podrían representar una cantidad análoga o equivalente" (S. de 14 de mayo de 1976). En el mismo sentido, la S. de 27 de marzo de 1985 (R.A. 1.216) declaró en el apartado b) de su segundo considerando que "La sentencia recurrida no se refiere a la compensación como modo extintivo de las obligaciones regulado en los artículos 1195 a 1202 del Código Civil, sino que se refiere a la posibilidad de compensar el resultado a que llega la sentencia apelada con la conducta no colaboradora de la demandada y la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, conceptos bien ajenos a aquella compensación".

Fuera de la Sección que el Código dedica a la compensación, y de los artículos 151, (que establece la incompensabilidad de la deuda de alimentos que más tarde reitera el párrafo segundo del art. 1200), 1143 (relativo a las obligaciones solidarias), 1156 (que la menciona entre las causas de extinción de las obligaciones), en todos los cuales -al menos en principio- es evidente el empleo del término en su acepción técnica, hay otros preceptos a lo largo de su articulado en donde se habla, bien de "compensación" o "compensaciones", bien de "compensar" con un significado distinto, pero tampoco acorde con el vulgar. Son el 1403 y el 1868, aunque de éste último me voy a ocupar en el apartado 4 de este capítulo, relativo a las figuras especiales de compensación.

El art. 1403, dentro de la normativa dedicada a la liquidación de la sociedad de gananciales, preceptúa "Pagadas las deudas y cargas de la sociedad se abonarán las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge hasta donde alcance el caudal inventariado, haciendo las compensaciones que correspondan cuando el cónyuge sea deudor de la sociedad".

En realidad, la referencia a la compensación en esta norma, dirigida a establecer que los créditos de los cónyuges o sus herederos frente a la sociedad son de ulterior rango a los créditos de terceros frente a ella, es, simplemente, la mención de una operación aritmética o deducción que se practica en fase de liquidación, la cual, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, debe de ser excluida de la compensación en sentido riguroso.

En Sentencia de 3 de noviembre de 1965 (R.A. 4.850), que resolvió un caso en el que se ejercitaba en juicio una demanda sobre rendición de cuentas, a la que el demandado se opuso indicando unas cantidades que debían "compensarse en dicha liquidación" declaró el Tribunal Supremo que "la cuestión que en el pleito se plantea es la de la liquidación de cuentas de la administración del caudal del causante de los actores y no una concreta cuestión de compensación en sentido estricto, basada en la oposición de determinados créditos a favor de una u otra parte". "Su verdadera calificación, a la que es preciso atender, es la de computar el crédito y no la de llevar a efecto, en sentido limitado, una operación compensatoria".

También la Sentencia de 15 de octubre de 1979 (R.A.3391) excluyó del ámbito de la compensación "en el sentido estricto y técnico de dicha figura jurídica" a una resolución judicial que "lo único que hace es establecer una forma de pago por quien en definitiva resulte deudor en ejecución de sentencia". En esta ocasión se había ejercitado, ante el incumplimiento rebelde del demandado, acción de resolución del contrato de compraventa y se reclamaba el resarcimiento de los daños y perjuicios, considerando la recurrente que la sentencia del juez de primera instancia había acordado una compensación que no había sido pedida por las partes.

## 2-LA COMPENSACION PROPIAMENTE DICHA.-

### a) COMPENSACION LEGAL, VOLUNTARIA Y JUDICIAL.-

La verdadera compensación es un modo de extinción de las obligaciones (art. 1156). Para DIEZ-PICAZO este punto de vista es exacto si se entiende por obligación la relación por la que una persona tiene el derecho a exigir y otra el deber de prestar, pero no si se alude a la relación obligatoria considerada como unidad. Y más que en la línea de las causas de extinción de la relación obligatoria, la compensación opera en el campo de los subrogados del pago. Es un pago sin puesta en juego de los medios solutorios<sup>12</sup>.

Dentro ya de este significado preciso, cabe todavía hacer distinciones. La doctrina distingue la llamada compensación legal, la voluntaria y la judicial.

La primera de ellas es, por así decirlo, la genuina compensación. Es la única de la que se ocupa nuestro Código. A ella están referidos los artículos 1196 a 1202, y es la que se entiende aludida cuando se habla de compensación sin más.

La compensación **voluntaria**, como su propio nombre indica se produce por voluntad de las partes, sin necesidad de que concurren los requisitos que para

---

<sup>12</sup> "Fundamentos...", Tomo I, pag. 643.

aquella establece la ley. Dentro de ella se suelen distinguir, a su vez, dos especies: la convencional y la facultativa.

La **convencional** se produce por acuerdo de las partes (acuerdo perfectamente posible sobre la base del principio de autonomía de la voluntad). El caso más conocido de compensación convencional es la cuenta corriente, por virtud del cual las partes se obligan a liquidar a término sus recíprocos créditos, considerándolos como partidas no exigibles e indisponibles hasta el vencimiento convenido (art. 1823 del Código Civil Italiano y 124, 3 del Código Suizo de Obligaciones ). Como dice TAPIA FERNANDEZ<sup>13</sup> con el cierre de la cuenta corriente y la consiguiente fijación del saldo, se produce la compensación, extinguiéndose las deudas en la cantidad correspondiente y determinándose que contratante resulta acreedor.

La compensación **facultativa** tiene lugar cuando la parte que dispone a su favor de una circunstancia extintiva o impeditiva de la compensación legal (por ej. deuda no vencida) renuncia a dicha circunstancia y hace posible la compensación por medio de un acto unilateral de voluntad<sup>14</sup>, o, en palabras de ALBALADEJO "cuando el obstáculo que impide la compensación es suprimido unilateralmente por aquél a quien favorece"<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> "La compensación...", pag. 55.

<sup>14</sup> DIEZ-PICAZO. "Fundamentos...", tomo I, pag. 651.

<sup>15</sup> "Derecho Civil " II, I, 7a. edición, pag. 315.

En realidad, la autonomía de la categoría de la compensación facultativa es discutida. Algunos la incluyen dentro de la compensación convencional y otros la llevan al campo de la compensación legal, entendiendo que, en definitiva, se dan los requisitos necesarios para ésta y que es irrelevante la forma en que se produzcan; es decir, que da igual que los créditos sean compensables por virtud del curso normal de los acontecimientos o por renuncia de una de las partes a una circunstancia impeditiva de la compensación establecida a su favor. E incluso algunos autores antiguos la incluyeron dentro de la compensación judicial<sup>16</sup>.

La equiparación entre la compensación convencional y la facultativa es errónea. Es verdad que ambas se producen por voluntad de los particulares y no por mandato del legislador, pero mientras que en la primera el obstáculo a la compensación legal existe en interés de ambos sujetos, de forma que no puede ésta producirse sino por acuerdo de los dos, en la compensación facultativa dicho obstáculo existe en favor de una sólo de las partes, que es el que la hace posible al renunciar al mismo<sup>17</sup>. Es decir, que mientras que la compensación convencional tiene su fuente en un negocio bilateral, la unilateralidad del negocio que origina la compensación facultativa no se puede dudar<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Sobre esta cuestión véase DEMOLOMBE: "Cours...", Tomo V, pags. 506 y 507, n. 669.

<sup>17</sup> BAUDRY-LACANTINERIE ET BARDE: "Trattato...", vol. III, pags 225 y 226, n. 1882.

<sup>18</sup> CARAVELLI: "Teoria...", pag. 203.

Tampoco es adecuado subsumir la llamada compensación facultativa dentro de la categoría de la compensación legal, puesto que existen peculiaridades suficientes como para conceptualizarlas como especies diferenciadas.

La compensación legal, dado que puede ser parcial, ("extingue una y otra deuda en la cantidad concurrente", art. 1202) supone una importante excepción al principio de integridad del pago, recogido en nuestro Código por el artículo 1169. Equiparar totalmente la compensación facultativa a la legal implica aplicar a aquella los efectos de ésta, y, por lo tanto, entender que también puede ser parcial. De esta forma se atribuye a un particular el poder de introducir una excepción a dicho principio, sin apoyo alguno en la ley, ya que para nada se menciona por el Código esta clase de compensación.

De otro lado, la facultad de la parte en cuyo favor juega la circunstancia impeditiva de la compensación, de renunciar a ella, no se cuestiona. Es una consecuencia del poder dispositivo reconocido a las partes<sup>19</sup> y la ley no introduce tampoco ninguna limitación al respecto.

La única forma de conciliar ambos aspectos es admitir la compensación facultativa sólo cuando conduzca a un pago integral a favor del acreedor al que se le impone<sup>20</sup>. Esta es la solución de la antigua doctrina<sup>21</sup> y justifica la consideración de

---

<sup>19</sup> COSENTINO PATTI: "La compensazione...", pag. 41.

<sup>20</sup> Resulta muy ilustrativo el siguiente ejemplo de DEMGLOMBE: "Cours...", Tomo V, pag. 501: "Pedro es acreedor de Pablo de una suma de 20.000 francos, exigibles únicamente en el plazo de dos años. Y Pablo es acreedor de Pedro de una suma de 10.000 francos, actualmente exigibles. Así las cosas, Pablo notifica a Pedro que renuncia al beneficio del término de la deuda, de la cual resulta obligado frente a él; y declara oponerle la

la compensación facultativa como una categoría independiente, otra de cuyas notas características es que la extinción de los créditos se produce "ex nunc"<sup>22</sup>.

Conforme al concepto anterior, habrá que incluir dentro de la denominada compensación facultativa a la que se produce cuando la víctima de un despojo, el depositante o el comodante, la consienten, bien por vía de acción, bien por medio de excepción<sup>23</sup>. Su característica fundamental es que "producirá sus efectos en el momento en que, levantando el obstáculo establecido a su favor, el depositante otorga a uno de los créditos la cualidad que le faltaba"<sup>24</sup>.

Así pues, para que en tales casos tengan lugar la compensación tiene que ser opuesta por el favorecido en cada caso por la prohibición y sólo desde entonces produce el efecto extintivo del crédito y de sus accesorios. Esta doctrina mayoritaria fué, no obstante, contradicha por DURANTON<sup>25</sup>. Pero DEMOLOMBE demuestra

---

compensación hasta la concurrencia de 10.000 francos ¿Y el resto? ¿Y los 10.000 francos que representan la diferencia entre las dos deudas? No habría dificultad si Pablo ofreciese pagarlas en especie para completar su liberación. ¡Pero no!, no las ofrece; lo único que hace es decir: yo no te entrego más que 10.000 fr.; persígueme, si quieres; pero ahora solamente por 10.000 fr. ¿Está esto fundado? ...".

<sup>21</sup> GIORGI ("Teoría...", tomo VIII, pag. 127); DEMOLOMBE ("Cours...", tomo V, pags. 501 y ss, n. 663); CUTURI ("Trattato...", pag. 410, n. 217).

<sup>22</sup> Dice GIORGI (pag. 129 de la obra citada en la nota anterior) que, derivando la compensación facultativa de la voluntad de una parte, no le es aplicable la regla de producción de efectos ex tunc porque el legislador sólo establece este efecto para la compensación legal. A falta de un texto que sancione la retroactividad para la compensación facultativa, hay que aplicarle la regla general de la no retroactividad.

<sup>23</sup> DEMOLOMBE ("Cours...", tomo V, pag. 506, n. 668).

<sup>24</sup> Sentencia de la Chambre des Requetes de 25 de noviembre de 1891, citada por MENDEGRIS: "La nature...", pag. 160, nota 3.

<sup>25</sup> Citado por DEMOLOMBE (n. 672 de la obra y tomo citados en nota 23) y por AUBRY ET RAU ("Droit...", IV, n. 328, pag. 236, nota 3).

su inconsistencia y la evidencia de la tesis preponderante a través de un ejemplo, formulado, curiosamente, por los disidentes:

"Pedro ha recibido de Pablo un depósito irregular de 3000 fr.. Deviene después heredero de un tercero, que tenía un crédito exigible y productor de intereses contra Pablo. Transcurren varios años desde la apertura de la sucesión. Reclama entonces a Pablo el pago del capital y de los intereses de su crédito. Pero Pablo le opone la compensación facultativa. Tiene derecho a ello, sin duda; pues si el art. 1293-2 dispone que la compensación no puede tener lugar en el caso de la demanda en restitución de un depósito, es únicamente en interés del depositante. Y, en consecuencia, el depositante puede, renunciando a esta excepción introducida en su interés particular, oponer, en efecto, la compensación facultativa. ¡Pero la pretensión de Pablo va más lejos!. Lo que el sostiene es que esta compensación facultativa, que se ha producido hoy, debe retroceder retroactivamente, varios años en el pasado, hasta el instante en que las dos deudas han coincidido, por la apertura de la sucesión, que ha convertido a Pedro en su acreedor. Y en consecuencia, pretende que los intereses de ese crédito, a los que estaba obligado frente al autor de la sucesión, han dejado de devengarse desde ese día".

Esta solución implica para DEMOLOMBE entender que la deuda del depositario era exigible antes de que el depositante le haya reclamado la restitución del depósito; y que el depositario, desde antes de esta reclamación, estaba en mora. Pero por virtud del art. 1944 el depositario no está obligado a restituir el depósito