sino desde que el depositante se lo reclame. Mientras que esto no ocurra no está en mora, sino que, al contrario, continúa su "bienfaisance". Sería pues contrario a la lógica del derecho y a la equidad hacerlo víctima de ello.

De otro lado,la solución rebatida supone que el depositario sería indemnizado de la pérdida de los intereses de la suma que le es debida por la ganancia de los intereses de la suma que él debe. Mas advierte DEMOLOMBE que también en el depósito irregular, el depositario ha de estar siempre en disposición de restituir el depósito. Aunque haya adquirido la propiedad de la suma de dinero recibida, debe tener siempre a disposición del depositante una suma igual para devolvérsela tan pronto como se la reclame. No puede obtener beneficios de esta suma ni percibir los intereses.

Añade, finalmente, que la solución que se rebate origina una chocante inigualdad, ventajosa por entero para el depositante y en detrimento del depositario.

En cuanto a la compensación **judicial**, es la que tiene lugar por efecto de una sentencia cuando la deuda opuesta en compensación no reúna alguno de los requisitos exigidos por la ley, ni se den tampoco los supuestos de una compensación voluntaria[26]. Se produce por el cauce de una reconvención que opone el demandado, alegando la existencia de otra deuda de signo contrario y pidiendo sean compensadas ambas. En un sentido más restringido se entiende que la compensación

[26] LOPEZ VILAS : "Comentarios...", tomo XVI, vol. 1, pag. 412 y DIEZ-PICAZO: "Fundamentos...", tomo I, pag. 651.

judicial se produce cuando el demandado se opone a la parte actora (que actúa un crédito líquido, homogéneo y exigible, esto es, compensable) y le contrapone un contracrédito en el cual el único requisito que falta para ser calificado como tal es la liquidez. La particularidad de la compensación judicial así entendida, reside en que comporta una derogación al requisito de la liquidez, en el sentido de que pueda ser opuesto en compensación también un crédito que no esté determinado en su montante, pero que sea de fácil y pronta liquidación[27].

Pese al silencio de nuestro Código, esta modalidad de compensación está claramente admitida por nuestra doctrina, estando ya superada la opinión negativa de MANRESA[28]. Lo que no está muy claro es si se admite con alcance amplio (y que por lo tanto es posible sea cúal sea el requisito que falte a la compensación legal, siempre que el juez estime oportuno declararla) o con alcance restringido (entendiendo que el juez sólo puede declararla si el requisito que faltaba era la liquidez de uno de los créditos).

A excepción de algunos autores que expresamente le atribuyen uno u otro alcance[29], la mayoría, aunque de una forma un tanto velada, parecen admitir la

---

[27] TAPIA FERNANDEZ: "La compensación...", pag. 61.

[28] "Comentarios...", Tomo VIII, vol. 1, pag. 819.

[29] LOPEZ VILAS ("Comentarios...", pag. 412) y LACRUZ BERDEJO ("ELementos..." II, 1, pag. 430) la admiten con carácter general y TAPIA FERNANDEZ ("La compensación...", pag. 61) le atribuye carácter restringido.

compensación judicial con independencia de cúal sea el presupuesto que falte[30], optando así por un punto de vista contrario al de la doctrina tradicional[31], que ha sido el consagrado por el Código Italiano (art. 1243).

También el Tribunal Supremo parece optar por permitir que el juez declare la compensación, aún cuando el requisito que falte para la compensación legal no sea la liquidez. Así se establece en la Sentencia de 7 de junio de 1983[32], cuya doctrina parece quedar de hecho en el plano de las meras formulaciones teóricas, en tanto en cuanto que, como pone de relieve TAPIA FERNANDEZ, comentando dicha sentencia, cuya doctrina reitera la de 24 de octubre de 1985 (R.A. 7139), no hay ningún caso en que se haya planteado en casación una compensación judicial basada en algún otro requisito cuya ausencia impidió la compensación legal[33].

---

[30] DIEZ-PICAZO ("Fundamentos...", tomo I, pag. 651), si bien exige que las deudas sean homogéneas y que se trate de un elemento cuya falta pueda ser suplida mediante la actividad judicial; ALBALADEJO ("Curso..." II, 3a. edición, pag. 167); CASTAN ("Derecho Civil Español Común y Foral, tomo III, 10a. edición, Madrid 1967, pag. 337) y ARRILLAGA ("Diccionario Serx, voz "compensación", pag. 484).

[31] BARASSI: "Teoria delle obbligazioni", vol. III, Milano 1948, seconda edizione, pag. 155; LAURENT: "Principes...", tome XVIII, pag. 487, n. 477; CARBONNIER ("Droit...", IV, pag 516); RIPERT BOULANGER ("Derecho Civil", tomo V, Buenos Aires 1965, pag. 604, n. 1979).

[32] Según ésta la compensación judicial "se produce cuando, a falta de alguno de los requisitos de la legal, y entonces sí que ordinariamente por el cauce de la demanda reconvencional, el demandado alega la existencia del crédito que hace valer con ocasión del reclamado en la demanda iniciadora del juicio, creándose o constituyéndose dentro del proceso y por efecto que sólo dentro del proceso puede producirse, la aportación subsanatoria del o de los requisitos faltos, que de ordinario, giran en torno a la liquidez de la deuda que se trata de compensar; bastando para esta liquidación judicial con la preexistente homogeneidad de las deudas existentes iure proprio y con signo opuesto entre los titulares que las compensen dentro del juicio".

[33] "La compensación en...", pag. 67, nota 79.

Por lo demás, la característica fundamental de esta especie de compensación -y sobre ello sí hay acuerdo- es que, lo mismo que en las dos especies de compensación voluntaria, el efecto extintivo de los créditos no se remonta al momento de su coexistencia, sino que tiene lugar a partir de la sentencia "por ser éste el día en que se produce la concurrencia de las respectivas obligaciones con virtualidad suficiente para extinguir las deudas en la cantidad en que coincidan" (S. de 6 de diciembre de 1979, RA 4316). Por otra parte, para que pueda ser declarada esta compensación es preciso que el demandado formule reconvención solicitando expresamente "tal tipo de compensación" (En este sentido, la sentencia anteriormente citada).

b) LA COMPENSACION LEGAL. SUS REQUISITOS.-

Define CASTAN la compensación diciendo que es "el modo de extinguir, en la cantidad concurrente, las obligaciones de aquéllas personas que por derecho propio sean reciprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra"[34]. Si a ello añadimos que es necesario que las deudas sean homogéneas, líquidas y exigibles obtendremos un concepto bastante completo de la compensación legal.

Es lo tradicional definir ésta mediante una exposición de los elementos que para que tenga lugar exige el legislador y este es el sistema que voy a adoptar.

---

[34] "Derecho Civil...", III, pag. 385.

Quede claro, pues, que no se pretende hacer una exposición exhaustiva de los mismos, pues de ello ya se ocupa ampliamente la doctrina[35], sino tan sólo hacer unas mínimas aclaraciones a lo establecido por el Código, poniendo especial énfasis en los aspectos más relevantes a los fines de este trabajo.

Adoptando una clasificación que ya es tradicional voy a distinguir entre presupuestos (o requisitos) subjetivos de la compensación (esto es, los concernientes a los titulares de los créditos, a los sujetos que compensan) y presupuestos objetivos (o sea, referidos a las deudas que se extinguen). Dentro de los primeros voy a distinguir la reciprocidad, el "derecho propio" y el carácter principal de los deudores. Y dentro de los objetivos la fungibilidad de las cosas, la homogeneidad de las prestaciones, la liquidez, la exigibilidad y la situación expedita de los créditos.

-Reciprocidad.-

La reciprocidad (art. 1195) viene referida al doble y mutuo carácter de acreedor y deudor. Supone que cada uno de los sujetos ha de ser, al mismo tiempo. acreedor y deudor del otro. Consecuencia elemental de ello es que la compensación requiere dos créditos y dos sujetos distintos. Así, la falta de alguno de los créditos o la concurrencia de más de dos sujetos excluyen de inmediato la compensación legal.

[35] La doctrina del Tribunal Supremo sobre los distintos requisitos está magnificamente recogida en el libro de TAPIA FERNANDEZ "La compensación...".

La doctrina, a la hora de explicar este requisito, suele aclarar que no guarda relación alguna con el concepto de obligaciones recíprocas, y que la reciprocidad que exige el Código no supone que las obligaciones tengan que nacer de un contrato bilateral o recíproco. Es más, algunos autores exigen para hablar de compensación que las deudas tengan causas distintas, esto es, que procedan de distintos títulos[36].

En el derecho moderno no es necesario, a diferencia de lo que ocurría en el romano, que las obligaciones procedan de una misma causa. Así lo establecio la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1911, cuya doctrina ha sido posteriormente reiterada. Esta cuestión está superada, pero en la actualidad la doctrina, dando un paso más, se plantea si es correcto hablar de compensación cuando las deudas destinadas a extinguirse nacen de un mismo contrato y son obligaciones recíprocas, es decir, que cada una sirve de causa a la otra.

De esta cuestión se ha ocupado entre nosotros recientemente TAPIA FERNANDEZ[37], a la que un detenido análisis de la jurisprudencia del Supremo le permite llegar a la importante conclusión de que en relación con las obligaciones bilaterales no puede en rigor hablarse de compensación, ni considerar infringidos los preceptos alusivos a tal institución, sino que lo que propiamente sucede es una

---

[36] CASTAN: "Derecho...", III, pag. 384; MANRESA: "Código Civil", tomo VIII, vol. 1, pag. 815; PUIG BRUTAU: "Fundamentos..." I, 2, pag. 444 y RAGUS SA-MAGGIORE: "Nueva...", voz "compensazione", pag. 19.

[37] Páginas 140 a 154 de su obra "La compensación...".

situación de crédito y deuda derivada de este tipo de obligaciones, respecto de la cual es por tanto irrelevante que se den los supuestos del art. 1196 del Código.

En varias sentencias había aplicado nuestro más alto tribunal esta doctrina, aunque hay que reconocer que en otras, relativas igualmente a obligaciones sinalagmáticas y compensación, se muestra confuso. La Sentencia de 7 de junio de 1983 responde en sentido negativo y de una forma rotunda a la cuestión de si la compensación opera en las relaciones que nacen de un contrato bilateral. Además su doctrina ha sido reiterada por la Sentencia de 21 de diciembre de 1988 (R.A. 9745), con lo que podemos decir que esa directriz jurisprudencial se consolida.

Siguiendo la exposición de la autora, el caso de la Sentencia de 7 de junio de 1983 (R.A. 7000) era, muy resumidamente, el siguiente: en reclamación de cantidad, la sociedad demandada opone el incumplimiento del contrato de fletamento suscrito entre los contratantes litigantes; incumplimiento que le produjo daños en una cantidad determinada. La demandada fué condenada en sendas sentencias de instancia, que no tuvieron en consideración ese crédito opuesto por ella basado en determinados cargos (diversos daños sufridos en el cargamento, almacenaje y guarderías), porque "en el orden procesal aparece que no se articuló reconvención conforme a lo que autoriza el artículo 542 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni siquiera de manera implícita como pudiera haber sucedido de haber deducido peticiones distintas de la pura y simple absolución, siendo consiguientemente inviable el efecto pretendido"... ya que "es preciso utilizar la compensación mediante reconvención... lo

que no ha efectuado la demandada, en cuyo favor, por consiguiente , no es posible pronunciar declaración alguna afirmativa de la invocada compensación en observancia del principio de congruencia".

Contra estos pronunciamientos, la demandada interpuso recurso de casación, por infracción por no aplicación del art. 1124 del Código Civil y por infracción por interpretación errónea del art. 1195 y siguientes del mismo cuerpo legal relativos a la compensación de deudas, entre otros motivos.

El Tribunal Supremo dió lugar al recurso de casación interpuesto, siendo lo más interesante de los considerandos de esta sentencia lo siguiente: "... se ofrecen serias dudas acerca de la existencia de una compensación (cualquiera que sea su clase) ya que en cualquiera de ellas y como requisito común a todas las especies se precisa institucionalmente, en presencia del art. 1195 del C. Civ, que una persona deba a virtud de un determinado título y que, por la existencia de otro título diferente de aquél en que aparece como obligada, sea, a su vez acreedora, en igual o diversa cantidad de su deudor, de tal suerte que debe existir para que de compensación se hable propiamente, una dualidad, al menos, de títulos y créditos recíprocos; pero, dada tal indispensable dualidad no ha de exigirse que además de ella las dos obligaciones cruzadas tengan un común origen, no siendo lo ordinario que tengan por fuente un contrato único y por lo tanto no existirá compensación en su genuino sentido cuando las recíprocas prestaciones reflejadas en correlativos abonos y adeudos llamados a liquidarse mutuamente fluyan de un contrato único en cuya

ejecución, por hallarse comprometidas, tuvieran efecto aquéllas, no dándose entonces el presupuesto o requisito de la dualidad de los créditos sujetos a compensación, el cual ha de referirse a fuentes asimismo duales, lo que excluye del concepto aquellas obligaciones que nacen de contrato bilateral en el seno del cual la dualidad se resuelve en mutua condicionalidad, funcionando las obligaciones asumidas por cada parte contratante como causa de las aceptadas por la otra en régimen de querida y esencial equivalencia, siendo la estructura sinalagmática ajena a la situación que propicia la compensación propia en la cual no existe sentido sinalagmatico alguno, ni originaria (en el sentido de que las obligaciones nazcan la una de la otra) ni finalísticamente, no produciéndose por ello la mutua interdependencia que contempla el art. 1124 del C. Civ, invocado por el primero de los motivos en examen y que, por lo razonado, resulta incompatible con la invocación del cuarto a los artículos 1195 a 1202" (Cuarto Considerando).

-"Derecho propio".-

Este requisito, que el legislador diferencia del anterior (art. 1195), significa que los sujetos intervinientes en la compensación han de ostentar los créditos y las deudas como pertenecientes a ellos mismos. Por tanto, quedan excluídas de la compensación las obligaciones de la sociedad con las deudas de los socios, las del representante o administrador en relación con las que sus acreedores ostenten frente al representado...

En realidad, el presupuesto, así entendido, no tiene razón de ser, puesto que quedaría incluido en el anterior; si el representante no puede compensar sus deudas con las que sus acreedores ostenten frente al representado no es sino porque en tales casos falta la necesaria reciprocidad. El representante aparece como deudor, pero no como acreedor (el acreedor sería el representado).

No obstante, la mención del requisito del "derecho propio" como una exigencia separada de la reciprocidad puede explicarse por razones históricas. Para MUCIUS SCAEVOLA el Código pretende, con una sóla frase resolver las dudas y disquisiciones de los jurisconsultos antiguos sobre la compensación del marido a nombre de la mujer, del tutor a nombre del pupilo, del heredero contra los acreedores o deudores de la herencia y del socio frente a la sociedad y los terceros. El Código aclara todos estos problemas reduciéndolos a una sóla fórmula: compensan el deudor o el acreedor, pero no quien los representa"[38].

LOPEZ VILAS atribuye a este elemento otro alcance. Se trataría de una excepción a la regla general del art. 1153, que permite en nuestro derecho el pago por tercero Según él "A sólo podrá saldar mediante compensación su propia deuda pero no la de un tercero, a diferencia de lo que ocurre en tema de cumplimiento de las obligaciones"[39]. Desde esta interpretación, la utilidad del presupuesto en el derecho moderno es obvia.

---

[38] "Código Civil", tomo XIX, pag. 1080.

[39] "Comentarios...", tomo XVI, vol. 1, pag. 421.

-Carácter principal de los deudores.-

A este requisito se refiere el art. 1196 ("Para que proceda la compensación es preciso: 1-Que cada uno de los obligados lo esté principalmente y sea a la vez acreedor principal del otro") y, en contra de lo que pudiera parecer, no es una reproducción del anterior, puesto que "principal" se opone a "subsidiario".

Para fijar su verdadero sentido hay que relacionarlo con el art. 1197, según el cual "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el fiador podrá oponer la compensación respecto de lo que el acreedor debiere a su deudor principal".

Del análisis conjunto de ambos resulta que la finalidad del art. 1196 es, estrictamente, impedir que el deudor oponga al acreedor en compensación, el crédito que frente a éste último tiene su fiador. Teniendo en cuenta que el fiador es, por definición, un deudor subsidiario, es lógico impedir al deudor principal (a priori el único obligado) que extinga la deuda valiéndose de un crédito del que el fiador (que sólo está obligado, según el art. 1822, para el caso de que no lo haga el deudor) es titular frente al acreedor.

Pero el artículo no está dirigido a excluir toda posibilidad de compensación en relaciones jurídicas en las que intervenga un fiador. Buena prueba de ello es el art. 1197, cuya finalidad es permitir al fiador oponer, ante una reclamación del acreedor, la compensación de lo que este debiese al deudor principal. El funda-

mento de esta solución es el carácter automático de la compensación (art. 1202). Realmente la deuda ya estaba extinguida. En apoyo de ella también se puede citar el art. 1853.

Una última hipótesis puede plantearse en relación con las obligaciones garantizadas por un fiador. Si el acreedor le reclama a éste el pago y él es, a su vez, acreedor suyo, ¿podrá oponerle la compensación?. La doctrina entiende que sí porque desde el momento en que al fiador se le reclama el pago se convierte en deudor, de manera que no puede decirse ya que falte el carácter principal de los deudores. Esta solución se fundamenta, además, en el art. 1847, según el cual "La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demás obligaciones".

-Fungibilidad y homogeneidad.-

El requisito de la fungibilidad, considerado, junto con la reciprocidad, como esencial al instituto de la compensación[40] aparece recogido por el número 2 del artículo 1196 C.C, según el cual para que proceda la compensación es preciso "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 ésta se hubiese designado".

[40] MENDEGRIS: "La nature...", pag. 83

La finalidad que con esta regla persigue el legislador parece bastante clara, y la razón de ella también. GARCIA GOYENA, que recoge en este punto las ideas de POTHIER, la explica diciendo que "pueden compensarse las cosas fungibles de un mismo género, como dinero con dinero, vino con vino , aceite con aceite; no las de diverso, como vino con aceite, y al contrario, o dinero con uno u otro"[41]. En cuanto al motivo por el que las cosas han de reunir este carácter para ser objeto de compensación reside en que, siendo la compensación una forma de pago, no puede por virtud de ella el acreedor ser constreñido a recibir para la satisfacción de su crédito una cosa distinta de la debida.

Pese a su aparente claridad, la interpretación del artículo se enturbia debido al empeño de la doctrina por reducirlo a un único concepto (bien fungibilidad, bien homogeneidad) con un afán, a mi juicio excesivo, se simplificación.

El término "fungible" no está empleado por el número 2 del art. 1196 en el sentido erróneo del art. 337, ni tampoco tiene en él el significado que le atribuyeron las fuentes romanas, que lo refirieron a la cualidad de las cosas que se designan ordinariamente por su número, peso o medida. Dicha expresión se emplea en general, y también en este precepto, para aludir a aquéllas cosas susceptibles de ser sustituidas por otras equivalentes. Como dice BEUDANT[42] "cosas fungibles son

---

41 "Concordancias, motivos ...", Tomo II, pag. 600, comentario al artículo 1124.

42 Citado por MENDEGRIS: "La nature...", pag. 82, nota 45.

aquéllas cosas de tal naturaleza que pueden reemplazarse una por otra sin que ningún interés sea lesionado".

Por supuesto que la condición de fungible o no fungible de una cosa no viene determinada por su naturaleza, sino por la cualidad que las partes le hayan querido atribuir en la relación jurídica de que se trate. Así, las cosas objeto de depósito y comodato son, por este mero hecho, cosas no fungibles, aún cuando, aisladamente consideradas, sean sustituibles por otras equivalentes.

La consecuencia fundamental de la exigencia de la fungibilidad de las cosas a efectos de compensación es la exclusión de este modo de extinción de las obligaciones respecto de aquéllas prestaciones cuyo objeto pertenezca a la categoría de las cosas no fungibles[43]. Para MUCIUS SCAEVOLA "ante todo, quedan excluídas de la compensación las cosas no fungibles, que son las ciertas y determinadas"[44].

Ahora bien, no es suficiente con que las cosas sean fungibles para que opere la compensación. Una deuda de trigo no puede ser compensada con una deuda de toneladas de cemento[45]. Es además necesario que las prestaciones debidas sean homogéneas entre sí[46]. A ello alude el artículo cuando dice que las cosas debi-

---

[43] ZARRELLI: "Fungibilita ed infungibilita nell'obbligazione", Napoli 1969, pag. 119.

[44] "Código Civil", tomo XIX, pag. 1082.

[45] ARRILLAGA "Diccionario Seix", voz "compensación", pag. 485.

[46] LAURENT ("Principes...", tomo XVIII, pag. 411, n. 389); GIORGI ("Teoría...", tomo VIII, pag. 27); DEMOLOMBE ("Cours, tomo V, n. 488, pag. 354); LOMONACO ("Delle obbligazioni", T. IV, Torino 1925, pag. 341); COSENTINO PATTI ("La compensazione...", pag. 67.

das han de ser de la misma especie, aunque éste término no es muy adecuado. Lo que se quiere en realidad decir es que las cosas han de ser del mismo género. De hecho, en el nuevo Código Italiano se ha sustituido aquélla expresión por ésta (art.1243).

Entiendo que el art. 1196. 2 debe de ser interpretado en la forma expuesta y que es erróneo reducir los dos requisitos que en el mismo se contienen a uno sólo. Las simplificaciones, a las que tan propensos se muestran los autores en este tema, son peligrosas, dado que conducen a desvirtuar el verdadero sentido de la ley, ampliando el campo de actuación de la compensación a hipótesis respecto de las que no consta el ánimo del legislador de que quedasen comprendidas en ella.

Que la fungibilidad por sí sóla no basta para que la compensación se produzca, es algo obvio. Si el legislador impusiese a los acreedores y deudores recíprocos la extinción de sus respectivas deudas por el mero hecho de ser su objeto cosas fungibles, se vulneraría el principio de identidad del pago del art. 1166, resultando ambos acreedores obligados a recibir cosas diferentes de las debidas.

Tampoco es acertado, a mi juicio, exigir la "fungibilidad de las prestaciones", al menos en el sentido en que lo sugiere PEÑA. Para él, en realidad lo que importa no es la fungibilidad de las cosas, sino la de las prestaciones y para predicar de dos obligaciones que son homogéneas no basta con que las prestaciones de ambas consistan en dinero o en cosas fungibles de la misma especie y calidad. Lo que se requiere es que haya igualdad en una y otra obligación en cuanto a la

conducta (dar, hacer o no hacer) en que cada prestación consista y que por su finalidad económica las prestaciones sean entre sí fungibles. Es por ello por lo que niega la compensabilidad entre la obligación de dar (transmitir el dominio) dinero o cosas fungibles de cierta especie y calidad (que es la que, por hipótesis está a cargo del depositante) y una obligación de hacer (la de restituir determinadas cosas que, aunque sean fungibles, siguen siendo del dominio del depositante. Afirma que" la compensación no podría tener, en este supuesto, efectos sin rebasar su mecanismo ordinario"[47].

En efecto, la compensación en este caso no es posible, mas no creo que sea necesario para averiguarlo acudir a un planteamiento distinto del adoptado por el Código y realizar una valoración económica de la finalidad de las prestaciones. Si en el caso planteado por el autor no se produce la compensación es, sencillamente, porque falta la fungibilidad en la cosa o cosas que tiene que restituir el depositario. Y si la fungibilidad por sí sóla no es bastante para que la compensación tenga lugar, tampoco la homogeneidad es el vehículo de expresión adecuado a los fines del legislador si tenemos en cuenta que el Código se muestra muy preciso y que es posible la homogeneidad sin fungibilidad (cuando los sujetos reciprocamente acreedores y deudores lo son de una misma cosa).

-Liquidez.-

[47] "Facultad ...", pag. 460.

Se refiere a él el número 4 del art. 1196 y es consecuencia necesaria de la institución si tenemos en cuenta que la compensación es un pago abreviado y automático impuesto por la ley.

Dentro de este presupuesto suelen incluirse dos aspectos distintos. Se dice que la liquidez supone, en primer lugar, la existencia del crédito y en segundo lugar, la determinación de la prestación. La verdad es que lo primero, la indubitada existencia de ambos créditos, es algo que, como ya dije, va implícito en la propia idea de "reciprocidad".

En cuanto a la determinación de la prestación, falta ésta cuando no se sepa, exactamente, cúal es la cosa o cosas debidas. Es lo que ocurre en las obligaciones alternativas antes de la elección y en las facultativas antes del ejercicio del "ius variandi" por el deudor, aunque, en realidad, en estas últimas la prestación sí está determinada porque es única[48].

No basta, sin embargo, con que esté determinado el "quid debeatur", sino que también tiene que estar fijado el "quantum", esto es la cantidad de la deuda. Según tiene reiteradamente declarado el Tribunal Supremo, para que el requisito de la liquidez se cumpla no es imprenscindible que esté fijada con precisión la cuantía

[48] Sobre la compensación en obligaciones con facultad alternativa, véase RUIZ-RICO RUIZ-MORON: "Las causas de extinción del art. 1156 del Código Civil y su aplicación a las obligaciones con prestación facultativa", RDP 1988, pags. 119 y ss.

de la deuda, siendo suficiente con que sea susceptible de determinación exacta con una simple operación aritmética[49].

Faltando la liquidez no opera la compensación legal, aunque es posible que el juez declare la compensación si lo solicita el deudor del crédito ilíquido y el juez lo estima conveniente. Será entonces un caso de compensación judicial que extingue los créditos desde la sentencia, que es la que en este caso marca, en definitiva, la concurrencia de los requisitos legales. Dice MENDEGRIS que la intervención del juez cuando uno de los créditos es ilíquido, no cambia nada, ya que esa intervención tiene como único objeto "preparar y permitir el funcionamiento del mecanismo legal"[50].

-Exigibilidad.-

A la exigibilidad de las deudas alude asimismo el número 4 del art. 1196. Está íntimamente ligado con el vencimiento, al que se refiere también de modo expreso el Código en el número 3 del mismo artículo.

Una primera apreciación conduce a pensar que se trata de una reiteración innecesaria y que hubiese bastado la mención de la exigibilidad para entender en él comprendido el requisito del vencimiento, en tanto en cuanto que un crédito no

---

[49] Sobre el requisito de la liquidez en la compensación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ampliamente, TAPIA FERNANDEZ, pags. 116 a 124 de su obra repetidamente citada.

[50] "La nature...", pag. 77.

vencido no puede ser reclamado, (faltando en él por tanto la exigibilidad). GARCIA GOYENA, comentando el correlativo del Proyecto del 51, propugnaba la adopción de la fórmula más breve del Código Francés, según el cual "Las deudas han de ser igualmente líquidas y exigibles". En su opinión "no se habría perdido nada en copiarlo"[51].

A mi modo de ver, sin embargo, la precisión de nuestro Código al separar el presupuesto de la exigibilidad del del vencimiento, es útil, pues es posible encontrar hipótesis en las que ambas deudas sean exigibles no obstante no haber vencido una de ellas. Se entiende por "exigibilidad" la cualidad de un crédito en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho de costreñir al deudor al pago, sin que ningún obstáculo, temporal o definitivo, lo impida. Pues bien, el crédito del depositante dirigido a obtener la restitución de la cosa depositada es exigible por concurrir en él en todo momento esa circunstancia. El depositario no puede oponer ninguna excepción para no cumplir. Pero la obligación sólo vence en el momento en que el depositante exige la devolución o cuando llega el plazo pactado, dado que éste está establecido a su favor. Es decir que, en tanto en cuanto no reclame el depositante la cosa, falta el vencimiento. Pero la deuda es exigible incluso antes de ello, porque si lo hace, el deudor no dispone de ningún medio para eludirla.

El régimen es distinto del de las obligaciones a término, en que el plazo se entiende establecido en beneficio de ambas partes, (que es la regla general), pues en

---

[51] GARCIA GOYENA, "Comentarios...", tomo II.

ellas hasta que no llegue el término la deuda no es exigible. Ello no quiere decir que el vencimiento por sí sólo baste para que se de la nota de la exigibilidad, pues ésta tiene un significado más amplio. Así, falta en las obligaciones naturales, en cuanto que están desprovistas de acción; en las sujetas a condición suspensiva hasta que no se cumpla la condición; y en las deudas prescritas. Y, finalmente, suscitan dudas a este respecto las obligaciones susceptibles de anulación o rescisión. Según MANRESA su compensación depende de que se ejercite o no la acción de rescisión o nulidad y, por tanto, si pasa el tiempo fijado a aquélla, se renuncia a su ejercicio o se confirma el contrato viciado, las obligaciones así convalidadas son compensables[52].

-Situación expedita de las deudas.-

Este último presupuesto, de carácter negativo, está formulado por el número 5 del art. 1196, que exige que sobre ninguna de las deudas "haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor".

Se trata con él de proteger los derechos de terceros, evitando posibles fraudes en perjuicio de quienes puedan resultar titulares del crédito que se pretende compensar.

---

52 "Comentarios...", tomo VIII, vol. 1, pag. 827.

Para que cualquiera de las dos circunstancias previstas (la retención o la contienda) impidan la compensación es preciso que sean previas al momento en que ambos créditos concurren con el carácter de compensables, pues si son posteriores dado el carácter ipso iure de la compensación, no le afectan.

Según LOPEZ VILAS[53] la contienda supone un litigio entre uno de los interesados y un tercero acerca de a quien corresponde el carácter de acreedor en una de las obligaciones, y la retención (salvo que vaya incluida en una contienda o se limite a un embargo preventivo) supone una resolución definitiva consistente en aplicar a la satisfacción del derecho de un tercero el crédito que uno de los interesados en la compensación prohibida en tal caso, tenga contra otro.

3-COMPENSACION IMPROPIA.-

La expresión "compensación impropia" se utiliza de forma generalizada, sobre todo por la doctrina italiana, para aludir a un efecto específico y peculiar de la prenda irregular, recogida expresamente por el Código de aquél país y que en nuestro ordenamiento es un contrato atípico. Por su parte, PEÑA utiliza esta expresión para aludir a la dación en pago que tendría lugar -sin acuerdo de las partes- en los casos en que el obligado a restituir una cosa se la quedase en pago (pese a ser distinta de la debida) de lo que el acreedor de la restitución le debe. Esta última figura no ofrece interés, dado que ello resulta imposible por la simple aplicaciòn de

[53] "Comentarios...", pag. 437.

las reglas generales; y en cuanto a la compensación impropia que se produce como efecto de la prenda irregular la considero como una hipótesis especial de compensación, dado que algunas de sus notas características se diluyen -lo mismo que en la compensación anticrética del art. 1868, razón por la que me voy a ocupar de ellas en un último apartado dentro de este capítulo.

Lo que he dado en llamar "compensación impropia" es una figura de carácter general (tanto como la verdadera compensación), en lo que se diferencia de esas otras figuras especiales, cuyo ámbito de aplicación está siempre reducido al contrato de prenda.

Para obtener el concepto de "compensación impropia" es preciso retomar las anteriores consideraciones relativas al requisito de la fungibilidad y la homogeneidad en la compensación propia. La conclusión establecida a este respecto es que el art. 1196, 2 recoge dos presupuestos distintos de la compensación legal, referidos ambos a las deudas que se enfrentan: las cosas objeto de las mismas han de ser fungibles y, además homogéneas.

Según quedó expuesto, si no se da esa homogeneidad, la situación que se plantea es absolutamente ajena al instituto compensatorio. Sin embargo, no puede decirse lo mismo si la nota que falta es la fungibilidad de las cosas debidas, de manera que, dandose la homogeneidad junto con la reciprocidad de los sujetos

acreedores y deudores se origina una situaciòn anàloga a ella y -me atrevería a decir- sustancialmente idéntica.

Pensemos en un deudor A, obligado a entregar a su acreedor B una cosa determinada (la cosa x) por haber cesado, por ejemplo, la relación de comodato existente entre ellos; y que a su vez B esté obligado a entregar a A la misma cosa x porque se la ha arrendado a A, quien actualmente la posee. Las prestaciones de los acreedores y deudores recíprocos son homogéneas y sin embargo no se puede decir en rigor que se den los presupuestos de la compensación legal (pues falta la fungibilidad). Pese a ello, parece obvio que A no tendrá que restituir la cosa x a B, pues sería absurdo e innecesario que lo hiciera para a su vez entregársela este cumplimiento del contrato de arrendamiento que han celebrado. Ambos créditos quedarán automáticamente extinguidos, siempre que se den los restantes requisitos de la compensación legal, pues el mismo fundamento de ésta aparece en este caso: comete dolo quien reclama lo que a su vez está obligado a entregar.

Resulta, pues, que si abandonamos los esquemas tradicionales y nos liberamos de prejuicios, llegaremos a la conclusión de que hipótesis como la planteada encajan sin esfuerzo en el mecanismo compensatorio. Así parece entenderse en el Derecho Alemán, en el cual el requisito de la equivalencia de las prestaciones está formulado de una manera mucho más general. Según el parágrafo 387 del BGB "Si dos personas se deben reciprocamente prestaciones que por su objeto son de igual naturaleza, cada parte puede compensar su crédito contra el crédito de la otra

parte, tan pronto como pueda exigir la prestación que le corresponde y efectuar la prestación que le incumbe". Con apoyo en este texto la doctrina alemana señala que para que la compensación sea posible es preciso que el objeto del crédito y el del contracrédito sean de igual especie[54], de donde resulta que "**Por lo regular**[55] la compensación sólo se presenta cuando se trata de créditos de dinero y otras cosas fungibles"[56]. Nótese que no se excluyen de la compensación las cosas no fungibles, aunque lógicamente estos casos serán mucho menos frecuentes. Dice ENNECERUS que la compensación sólo se produce entre deudas de especie "cuando -cosa que ocurre raramente- el deudor ha de exigir el mismo objeto que él debe[57].

PEREZ GONZALEZ Y ALGUER, comentando la anterior observación, declaran que, habida cuenta del fundamento dado a la compensación por POMPONIO ("Ideo compensatio neccesaria est, quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere", L.3D. l6, 2) y por PAULO ("Dolo facil, qui petit quod redditurus est, L.8 pr. D, 44, 4) nada se opone a la compensación en este caso.

No creo, sin embargo, que el supuesto pueda ser incluido en la compensación que regula nuestro Código. Me parece que la redacción dada al art. 1196, 2 lo deja rotundamente al margen, aunque encuentro muy dudoso que el legislador lo

---

[54] ENNECERUS, KIPP, WOLFF: "Tratado...", Tomo II, vol. 1, pag 343.

[55] El subrayado es mío.

[56] ENNECERUS..., obra y pag. citados en nota 54.

[57] Obra y pag. citados en nota anterior, nota 21.

hiciese conscientemente. Me inclino más a creer que la razón de ser de esa redacción estriba en el hecho de que el campo de actuación de la compensación es, por excelencia, el de las obligaciones pecuniarias y de cosas fungibles, y ellas son las que por este motivo se tuvieron en cuenta al regular la figura. Dice DERNBURG[58] que es presupuesto de la compensación que los créditos opuestos sean de la misma especie y que por ello son **preferentemente** compensables los créditos de dinero o de otras cosas fungibles.

Creo que pueden ser traídos al campo de la compensación aquéllos supuestos en que dos sujetos son reciprocamente acreedores y deudores de una misma cosa, aplicándoles el efecto extintivo (en este caso total) que caracteriza la figura, teniendo en cuenta que su finalidad es evitar innecesarios desplazamientos patrimoniales y que se considera doloso el comportamiento de quien reclama aquéllo que por su parte está obligado a entregar. Puede no ser un caso de compensación de los regulados por el Código , pero tampoco en él se contemplan la compensación facultativa ni la judicial, admitida por la doctrina y la jurisprudencia de los distintos países y consagrada ya legislativamente en los textos más modernos. En favor de esta solución se puede además citar la opinión de MANRESA[59] que propugna la interpretación extensiva del art. 1196, 2, siempre que haya identidad de las obliga-

[58] "Diritto delle obbligazioni", Torino 1903, pag. 260.

[59] "Comentarios...", tomo VIII, vol. 1, pag. 824 y 825.

ciones y que la compensación sea total, circunstancias ambas que concurren en el caso planteado.

A la vista de lo expuesto, creo que se puede sostener la posibilidad de que el propio legislador haya usado en alguna ocasión el término "compensación" pensando en este caso. Y es que, en realidad, "el deudor puede compensar sin consentimiento del acreedor siempre que pueda exigir del acreedor lo mismo que él le debe" y aunque en el Derecho Romano esta idea no se abrió paso sino paulatinamente, fué reconocida en el nuevo Derecho Romano y en el Común respecto a todas las clases de crédito, como asimismo en cuanto a las **pretensiones reales**[60] y lo mismo ocurre a tenor del Código Civil Alemán"[61].

La idea de compensación impropia aplicada al depósito implica reconocer la facultad del depositario (deudor de la restitución) de aplicar las cosas depositadas a la extinción de un crédito exigible que por su parte ostente frente al depositante.

Considera PEÑA BERNALDO DE QUIROS[62] que el depositario no puede cobrarse con los bienes depositados porque de esta forma la compensación rebasaria su mecanismo ordinario. Apoya su decisión en el art. 1767 C.C, que prohí-

---

60 El subrayado es mío.

61 ENNECERUS: "Tratado...", pag. 334.

62 "Facultad de compensar...", pag. 460.

be al depositario usar de las cosas depositadas (si no está facultado para usarlas, mucho menos para apropiárselas) y en el 1768, según el cual cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo o comodato.

Hay otros argumentos, de gran peso, en favor de la respuesta negativa: si ni siquiera el acreedor pignoraticio (que recibe la cosa en garantía del cumplimiento de una obligación principal) puede apropiarse de ella a pesar del incumplimiento, sin que se admita pacto en contrario de las partes en el momento de celebración del contrato (art. 1859), mucho menos podrá hacerlo el depositario que recibe la cosa para su custodia y está obligado en todo caso a restituirla, y no eventualmente como el acreedor pignoraticio. Por otra parte, el principio general en virtud del cual nadie puede hacerse justicia a sí mismo, impide que el depositario, valiéndose de su situación de poseedor de la cosa, se la quede en pago de su crédito sin el consentimiento del depositante, y si media este consentimiento, habrá una dación en pago, a cuya admisión no parece haber obstáculo alguno[63].

---

[63] JORDANO FRAGA en el Comentario a la Sentencia de 27 de marzo de 1990 (Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, abril-agosto 1990, pag. 602) señala como uno de los objetivos del art. 1200 C.C. el de "impedir la compensación convencional o voluntaria de la deuda restitutoria del depositario con un crédito no homogéneo de ésta frente al depositante ". No encuentro ningún fundamento a una prohibición de esta índole. Una cosa es que, sin consentimiento del depositante, no pueda esta apropiación tener lugar, y otra muy distinta que se limite la libertad de las partes para acordarlo así. Incluso en la prenda, a pesar del art. 1859, se admite la validez del acuerdo de las partes, una vez incumplida la obligación, de que el acreedor se dé por pagado apropiándose de la cosa, "porque el deudor ha tenido la posibilidad de no acceder al pacto en cuestión y soportar la realización de valor de la cosa a través de los correspondientes procedimientos de ejecución" (GUILARTE, "Comentarios...", tomo XXIII, pag. 371). Queda la posibilidad de que se esté refiriendo el autor a un pacto de este tipo acordado por las partes en el momento de celebrarse el depósito, pero el contrato en cuestión ya no sería un depósito, cuya finalidad esencial es la custodia, sino que se trataría de un contrato de garantía.

A lo que el autor responde negativamente, como no podía ser menos, es a la posibilidad de que el depositario se quede con la res deposita en pago del crédito del que él es titular frente al depositante, pero lo refiere al caso de deudas no homogéneas, lo que, realmente, poco tiene que ver con la compensación.

La situación es distinta cuando hay homogeneidad entre las cosas de las que cada uno de los sujetos de la relación obligatoria es acreedor y deudor, de manera que cada uno pueda recibir en pago aquéllo que él mismo debe. Esto puede ocurrir en dos casos: en primer lugar, cuando el depositante deba cosas fungibles de la misma clase que las depositadas, y en segundo lugar cuando el depositario tenga un derecho de crédito sobre la propia cosa depositada.

Por lo que se refiere a la primera hipótesis, se trata de un depósito irregular y entiendo que es un caso de compensación con perfecto encaje en la normativa que a ésta institución dedica el Código y no creo, por las razones expuestas en el capítulo anterior, que la prohibición de compensar del párrafo primero del art. 1200 esté establecida para él.

Por lo que respecta al segundo supuesto, creo que se puede predicar para él el mismo efecto extintivo por las razones ya expuestas, siempre y cuando se den los restantes requisitos de la compensación legal, pues siendo así, y estando ya las deudas vencidas, no se aprecia ninguna actitud abusiva en el depositario que pretende quedarse una cosa que se le debe y sí se aprecia mala fe en el depositante que reclama la restitución de lo mismo que ha de entregar. No creo que una negativa a

restituir del depositario que tenga un derecho de crédito sobre la cosa (homogeneidad de las prestaciones), siempre que lo tenga frente al deponente (reciprocidad de los sujetos) y que sea exigible y no controvertido, ni objeto de retención judicial, pueda reputarse una traición a la confianza de que fué objeto, ni supone para él la obtención de ningún provecho. La única finalidad que se persigue es simplificar el pago.

Tampoco es correcto fundar una respuesta negativa en este caso en el texto del art. 1859 ("El acreedor no podrá apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas), en el cual basa la doctrina y la jurisprudencia la prohibición del pacto comisorio, porque dicha prohibición responde a una ratio muy concreta: la de impedir que el acreedor, aprovechándose de las circunstancias adversas que pesan sobre el deudor, se beneficie a costa de este, apropiándose de las cosas gravadas por cantidades inferiores a su verdadero valor, y ello no es posible en el caso planteado dada la identidad de las prestaciones; el depositario se estaría "apropiando" únicamente de lo que se le debe, pero es que además dicha "apropiación" no debe ser entendida como una adquisición de propiedad, sino que se trata simplemente de un "autopago" o "pago a sí mismo" que no es transmisivo de dominio en ningún caso. Y ello por lo siguiente: si el título del cual deriva el crédito del depositario frente al depositante era transmisivo de propiedad, ya se había producido dicha transformación al estar la cosa ya en poder del adquirente (art. 1463); y si no se trataba de un título transmisivo de dominio, el pago tiene unicamente por objeto el traspaso de la posesión.

4-FIGURAS ESPECIALES DE COMPENSACION.-

a) LA COMPENSACION ANTICRETICA DEL ARTICULO 1868 DEL CODIGO CIVIL.-

Un caso de compensación impropia lo encontramos en el artículo 1868 del Código, según el cual "Si la prenda produce intereses, **compensará** el acreedor los que perciba con los que se le deben, o en cuanto excedan de los legitimamente debidos los imputará al capital".

La doctrina de nuestro país parece aceptar con la mayor naturalidad que estamos ante un caso de compensación. Precisamente en ello se apoya MARTINEZ-PEREDA[64] para rechazar la extensión de la norma a los frutos, poniendo de relieve las dificultades para practicar en este caso la compensación, por la necesidad previa de realizar una valoración de los mismos, sin que el Código contenga norma alguna al respecto.

Entiendo que el mero hecho de que el artículo tome en consideración la cuantía de los intereses, indica sobradamente que no estamos aquí ante una sus-

---

[64] "La prenda de cosa fructífera y el art. 1868 del Código Civil" RCDI 1989, pags. 1101 y 1102.

titución en bloque ("compensación"), análoga a la que el art. 488 confiere al usufructuario, sino que por el contrario el montante de unos y otros es relevante.

El primer paso para averiguar si es una verdadera compensación la del art. 1868 es comprobar que las prestaciones sean fungibles y homogéneas. Cabe distinguir dos hipótesis:

-La primera, que la deuda garantizada sea una deuda pecuniaria. La homogeneidad en tales casos es obvia. Por ello, la imputación por el acreedor de los intereses al crédito garantizado es independiente del incumplimiento. Es decir que, vencida la obligación principal, el acreedor aplica los intereses en la forma ordenada por la disposición, y el deudor está sólo obligado a satisfacer el resto.

-La segunda hipótesis posible es que la deuda principal no sea pecuniaria. La imputación de los intereses percibidos a su extinción sólo tendrá lugar si hay incumplimiento (de lo contrario, se estaría forzando al acreedor a recibir en pago algo distinto de lo debido) y la deuda se traduce en una indemnización de daños y perjuicios. El deudor puede impedir esa imputación cumpliendo la obligación pactada y el acreedor conserva, lógicamente, su derecho a exigir el cumplimiento forzoso en forma específica.

Creo que, propiamente, el art. 1868 está pensado para el primer caso, aunque no creo que haya inconveniente en que, no siendo la deuda pecuniaria, se realice idéntica imputación si se transforma en una deuda indemnizatoria. En cualquiera de los dos casos, las prestaciones son homogéneas, pues se trata de deudas dinerarias. Por eso, incluso los que consideran incluidos los frutos de la prenda en el supuesto de la norma[65] entienden que habría que proceder a su venta para convertirlos en dinero y poder de esta forma llevar a cabo la compensación.

El requisito de la homogeneidad entre las prestaciones no basta para que estemos ante una compensación en el sentido de los artículos 1196 y siguientes. Es necesaria, por otra parte, la reciprocidad de los sujetos que compensan, esto es, que cada uno sea acreedor y deudor del otro. La cualidad deudora del deudor pignoraticio (valga la redundancia) es obvia: debe el capital y, en su caso, los intereses. También es, por aplicación de las reglas generales, titular de un derecho de crédito frente al acreedor pignoraticio por los intereses producidos por la prenda y que este haya percibido. Como dice RUGGIERO "Rige para los frutos el principio general de toda cosa accesoria; de modo que quien es propietario de la cosa madre es propietario de los frutos, y quien está obligado a restituir la cosa madre debe con ella restituir sus frutos cuando no tuviere un título que autorizase su goce"[66]. El acreedor

---

[65] Sobre esta opinión y la contraria, que constituyen la cuestión más debatida entre nuestros autores a propósito del artículo, puede verse el trabajo citado en la nota anterior, así como el comentario de GUILARTE ZAPATERO en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por M. Albaladejo", tomo VII, vol.1.

[66] RUGGIERO (citado por Castán en "Derecho Civil...", tomo I, vol. 2, pag).

prendario asume por virtud del contrato de prenda la obligación de restituir la cosa recibida en el momento en que se extinga por cualquier causa la obligación garantizada. Y no teniendo derecho al disfrute de la misma, esta obligación alcanza a los frutos (art. 353) y, entre ellos, logicamente, a los frutos civiles (art.354).

Correlativamente a la deuda del deudor pignoraticio hay, obviamente, un derecho de crédito que corresponde al acreedor garantizado, quien es, por su parte, deudor de los intereses frente a aquél.

La reciprocidad existe siempre que el constituyente de la prenda sea el propio deudor, pero no en otro caso. En aquellas ocasiones en que la prenda esté constituida por un tercero (hipótesis expresamente prevista por el inciso final del art. 1857), aunque sigue habiendo dos créditos, la intervención de un nuevo sujeto altera la relación de reciprocidad. El acreedor pignoraticio será deudor de los intereses de la prenda, pero no frente a su deudor, sino frente al que celebró con él el contrato. En el deudor pignoraticio no concurre ya la doble cualidad deudora y acreedora, sino que falta esta última. El acreedor de los intereses de la cosa pignorada será ahora el constituyente de la prenda. No obstante, la "compensación" del art. 1868 será igualmente aplicable, puesto que el precepto no distingue. Además, teniendo en cuenta su fundamento, no hay razón alguna para excluir esta imputación cuando la prenda haya sido constituida por un tercero, pues ello no tiene por qué redundar en perjuicio del acreedor, el cual, previsiblemente, ha tenido en cuenta los intereses en

el momento de constitución de la prenda. Para TROPLONG[67] los intereses forman parte de prenda, son accesorios de la misma y como tal deben ir a buscar al acreedor. De hecho, GUILARTE entiende que la única peculiariadidad de la prenda constituida por tercero es que no rije respecto de ella la norma del art. 1872.

Ahora bien, una vez admitido que el acreedor puede imputar los intereses recibidos a la extinción del crédito garantizado, queda por resolver de qué forma puede hacer valer el deudor esa compensación ante el acreedor. Entiendo que a tales efectos no hay inconveniente alguno en equiparar la posición del pignorante a la de un fiador solidario, aunque sólo en lo que se refiere a las relaciones externas. De esta forma, por aplicación del artículo 1148 el deudor pignoraticio podrá oponer al acreedor la "compensación" de la deuda en la cuantía de los intereses por éste percibidos de la cosa, entendiendo que ésta es la parte de deuda de la que él es responsable.

Así pues, en algunas ocasiones se va a producir la compensación entre los intereses debidos por el acreedor prendario y los devengados por el crédito garantizado (o el capital) a pesar de faltar la reciprocidad entre los sujetos que compensan. Además de los requisitos propios de ésta (que concurren en general, salvo que la prenda la haya constituído un tercero) hay una particular circunstancia, que la reviste de un matiz distinto: el acreedor, que ha percibido los intereses[68],

---

[67] Citado por Martinez-Pereda, "La prenda...", pag. 1070.

[68] COLIN ET CAPITANT, igualmente citados por Martinez-Pereda, pag. 1070.

tiene el "derecho-deber"[69] de aplicarlos a la satisfacción de la deuda garantizada, primero a los intereses y seguidamente al capital, respetando así el orden establecido en el art. 1172; es decir, que se le permite autopagarse, una vez que tiene en su poder cosas del deudor (o de un tercero que las ha ofrecido a este fin) aptas para la satisfacción del crédito.

En opinión de la doctrina, el artículo 1868 se limita a permitir al deudor que aplique a la extinción del crédito asegurado, los intereses que las cosas pignoradas produzcan, sin que ello quiera decir que adquiera "la propiedad de los intereses cobrados, pese al carácter fungible que éstos ostentan, pues los recibe como mandatario y con una finalidad concreta y legalmente establecida sin que se le esté tampoco confiriendo el derecho a usar de la misma. De ahí deduce MARTINEZ-PEREDA la obligación del acreedor de rendir cuenta (art. 1720 C.C), "si bien el sistema de compensación automática, total o parcial, reducirá y simplificará tal obligación"[70].

El fundamento de esta facultad de "autopagarse" que el art. 1868 confiere al acreedor pignoraticio coincide con la razón de ser de la compensación y, además, se justifica por la finalidad de garantía ínsita a la prenda.

---

[69] MARTINEZ-PEREDA, "La prenda...", pag. 1104.

[70] MARTINEZ-PEREDA, "La prenda...", pag. 1105.

Como señalan COLIN Y CAPITANT[71] la solución del Código (es idéntica en este punto la del Francés a la del nuestro) simplifica sobradamente las relaciones entre las partes. ¿De qué serviría que el deudor cobrara por sí mismo los intereses del crédito dado en prenda para después entregarlos al acreedor pignoraticio?. En el mismo sentido manifiesta MARTINEZ-PEREDA que se trata de "una simplificación compensatoria de intereses, con la finalidad de restringir la posible complicación que ello comporta"[72].

De otro lado, incide de modo decisivo en la adopción de esta solución (que recogen los códigos de los distintos paises sin sustanciales diferencias), la finalidad de garantía propia de la prenda, que, en última instancia, va a explicar una norma que es excepcional, por muy sensata que sea.

Los comentaristas franceses ponen especial énfasis en la idea de que la prenda no constituye un motivo de ganancia para el acreedor, y que sólo supone una garantía, de manera que satisfecho el crédito el deudor ha de devolver la cosa empeñada y todo lo que provenga de ella. Mas,qué duda cabe que, tratándose de cosa fructífera, esta condición fué tenida en cuenta en el momento de la constitución y que, por ello, debe de quedar incluida en la función de aseguramiento que la cosa desempeña. Por eso al acreedor pignoraticio se le considera tácitamente encargado del cobro y posterior imputación de los intereses del crédito pignorado, enten-

---

[71] MARTINEZ-PEREDA, pag. 1070.

[72] MARTINEZ-PEREDA, pag. 1104.

diéndose que por la notificación realizada al deudor, ha perdido el acreedor pignorante de su crédito el derecho de cobrar periodicamente los intereses, que ahora han de satisfacerse al acreedor.

El efecto extintivo final que se obtiene con la aplicación del precepto hace que, como pone de relieve MUCIUS SCAEVOLA[73] la mera función de garantía de la prenda quede ampliamente rebasada,convirtiéndose además en una forma de pago.

Quiero insistir en que, al margen de las variadas y complejas cuestiones que suscita el precepto,la idea que pretendo destacar es esta: un poseedor de cosas ajenas (en este caso los intereses percibidos) y obligado a restituirlas, titular a su vez de un crédito vencido frente al deudor de la restitución, puede imputarlas a la extinción de éste siempre y cuando sean objetivamente aptas para el pago (homogéneas); Dicho de otra forma, no tendrá que devolverlas.

Para referirse a este fenómeno habla el legislador español de "compensación", a diferencia de los preceptos paralelos de los Códigos Francés (art. 2081) e Italiano (art. 1886) que hablan de "imputación", si bien el empleo de aquél término no es exclusivo de la doctrina de nuestro país.

En realidad, no me parece especialmente merecedora de crítica la terminología del Código en este punto. Sin embargo no deja de llamarme la aten-

[73] "Código Civil", tomo XXIX, pag. 379.

ción, y no porque no haya compensación (la hay en la mayor parte de las ocasiones) sino porque no es la más adecuada para destacar el aspecto fundamental de la norma.

¿Cúal es la finalidad que con ella se persigue?, ¿Porqué la introduce el legislador? .No estamos a mi entender ante un precepto obvio: ni es una norma de imputación de pagos (sería innecesaria una vez que coincide plenamente con la regla del art. 1173), ni, dada la generalidad de la compensación, es lógico pensar que el legislador se esté limitando a declarar la extinción por esta causa de dos créditos en los que concurren los requisitos necesarios para ello.

Bien es verdad que dicha compensación también operará en ocasiones en las que en rigor está no tendría iugar (cuando la prenda haya sido constituida por un tercero). La utilidad de la norma podría ser comprender en su ámbito este supuesto. Sin embargo, no me parece probable; de un lado, porque las normas del Código sobre la prenda están pensadas para la hipótesis normal (que es la de que el propio deudor la constituya) y ,de otro, porque tampoco lo sugiere la forma en que está redactada la disposición.

Creo que la norma responde a una distinta razón de ser. Supongamos que no existiese en el Código. ¿Podría el acreedor pignoraticio imputar los intereses de la prenda al pago de los intereses que le son debidos y despues al capital? Obviamente no. Lo impediría el art. 1859,que prohíbe el pacto comisorio. Aún dándose todas las circunstancias que para que opere la compensación exige el Código, habría

que excluirla o, cuanto menos, se suscitaría una fundamentada duda acerca de si era o no posible. Ciertamente, los autores interpretan el art. 1868 de manera que no contraviene la prohibición del pacto comisorio. Entienden que el acreedor no adquiere los intereses y recurren a la figura del mándato tácito para el pago. Pero esta interpretación, dado el carácter fungible de los intereses, es poco convincente, pues van sin duda a confundirse con el patrimonio del acreedor. A la vista de ello, quizás sea preferible entender que el acreedor hace suyos los intereses, y que el 1868 es una excepción al 1859, aunque también queda el recurso de salvar el inconveniente que representa éste último en la forma en que lo hace JORDANO FRAGA[74] en relación con la prenda irregular, si bien de esta otra forma no podríamos nunca extender esta imputación a los intereses que el acreedor perciba después de vencida (e incumplida) la obligación; y puesto que el precepto no distingue, habrá que entenderlos también comprendidos en su campo de aplicación.

En suma, se explique el precepto como se explique, la imputación prevista en este artículo no hubiese sido posible ante el silencio legislativo. La finalidad de la norma es expresamente, no ya permitir, sino imponer al acreedor pignoraticio que aplique los intereses percibidos a la extinción de su crédito. De donde resulta que es irrelevante la oposición que a ello pudiera manifestar el acreedor de los intereses.

b) LA COMPENSACION IMPROPIA, EFECTO DE LA PRENDA IRREGULAR.-

[74] Véase el apartado siguiente de este mismo capítulo, nota 85.

El calificativo "irregular" referido a cualquier negocio es indicativo de la existencia de una o varias peculiaridades que lo separan de su configuración propia. En este sentido se usa referido a la prenda, si bien las peculiaridades en este caso son de tal índole que en opinión de algunos[75] no hay una verdadera prenda.

Las especialidades de la llamada prenda irregular vienen determinadas por el carácter del objeto sobre el que recae. Se trata de cosas fungibles por naturaleza y tratadas como tales en el contrato en cuestión[76] y, por lo tanto, fundamentalmente, dinero. El accipiens adquiere la propiedad de dichas cosas, que se confunden con su patrimonio, y se obliga a devolver el "tantundem" si la prestación garantizada se cumple. Este doble efecto (transmisivo y obligacional) del contrato de prenda irregular señala (como ha puesto de relieve JORDANO FRAGA[77] una indiscutible afinidad con otros contratos restitutorios irregulares, fundamentalmente con el depósito irregular y el mutuo, con la importante diferencia de que mientras que en estos la restitución del "tantundem" ha de efectuarse necesariamente (bien en el plazo pactado, bien "ad nutum" y cuando lo quiera el depositante), el acreedor

---

[75] ALBALADEJO ("Derecho..." III, 2, Barcelona, 1983, pag. 252) y GUILARTE ("Comentarios...", tomo XXIII, pag. 412.

[76] Si las cosas fungibles aparecen individualizadas por las partes, estaremos en presencia de una prenda regular, pero la simple entrega de dichas cosas sin empleo de un procedimiento adecuado para especificarlas, se interpreta como expresiva de la voluntad de transmitirlas al accipiens.

[77] "Prenda regular, prenda irregular y prenda de crédito", ADC 1990, pags 310 y 312.

garantizado con prenda irregular sólo eventualmente está obligado a restituir el "tantundem": cuando el deudor cumpla la obligación garantizada.

Así pues, al constituirse la prenda irregular no se crea ningún derecho real limitado, sino que las relaciones de las partes se mantienen en el campo de las puramente personales, ineficaces ante terceros. Lo que sí es cierto es que se cumple la misma finalidad de garantía que con la prenda, pero por un procedimiento bien distinto consistente en alterar las respectivas situaciones de acreedor y deudor, atribuyéndose a éste la condición de aquél y viceversa[78].

La otra especialidad importante de la prenda irregular se pone de relieve en el caso de que se incumpla la obligación garantizada. Puesto que las cosas han pasado a ser del dominio del acreedor, no es ya posible el ejercicio del "ius distrahendi", que se sustituye por un medio especial: la imputación de la cantidad recibida (o, más exactamente, del valor del crédito por el tantundem) al crédito asegurado.

Pues bien, para aludir a esa imputación habla la doctrina de compensación impropia (JORDANO FRAGA), compensación especial (KRESCHMAR), "especie de compensación" (GUILARTE), y otras expresiones similares, que los primeros que las utilizaron fundan en el empleo en algunos pasajes del Digesto de

[78] GUILARTE, "Comentarios...", tomo XXIII, pag. 412.

la expresión "pensare secum" con un significado distinto del habitual. Concretamente esos textos son los siguientes:

D. XIII, 7, 18: "Si se hubiere convenido, que el crédito contra mi deudor te sirva de prenda, ha de ser amparado por el Pretor esta convención, de modo que te auxilie tanto a tí para exigir el dinero, como al deudor contra mí, si contra él ejercitara yo la acción. Por consiguiente, si este crédito hubiere sido pecuniario, **compensarás contigo** el dinero cobrado; pero si de alguna otra cosa, lo que hubieres recibido, lo tendrás en lugar de prenda".

D XX, 1, 13: "Habiéndose determinado que puede recibirse en prenda una cosa pignorada, mientras se debe una y otra deuda, queda obligada la prenda al segundo acreedor, y se le ha de dar así excepción, como acción útil. Pero si el dueño hubiere pagado la cantidad, se extingue también la prenda. Pero puede dudarse, si al acreedor se le haya de dar, o no, acción útil por razón del dinero pagado; porque, ¿Qué se dirá, si la cosa hubiere quedado libre? Y es verdad lo que escribe Pomponio al libro séptimo de sus comentarios al Edicto, que si verdaderamente debe dinero este cuya deuda fué dada en prenda, cobrado aquél, deberá el acreedor hacer **compensación consigo mismo**; pero si aquél hubiere debido una cosa corporal, y la hubiere entregado, habrá de quedar en calidad de prenda en poder del segundo acreedor".

Existen indudables analogías entre la compensación y la imputación que se produce como efecto de la prenda irregular. Pero las divergencias también son

sustanciales. Para VIÑAS MEY la similitud entre ambas es tan sólo aparente. En la situación que crea el contrato de prenda irregular hay, en efecto, dos créditos: el del acreedor garantizado a la prestación principal y el del deudor (o constituyente de la garantía) al reintegro del "tantundem"; pero "cuando la imputación se verifica, el crédito del pignorante está ya extinguido, por el incumplimiento de la deuda asegurada. Pervive un sólo crédito, el del acreedor, faltando por consiguiente, el invicem deberi esencial a la compensación"[79]. Pero es que además, y en contra de lo que ocurre por efecto de la compensación, la imputación que realiza el acreedor únicamente extingue la deuda garantizada, es decir que él recibe un beneficio sin merma de su patrimonio.

Esto último es, sin duda, cierto. El efecto final a que conduce la prenda irregular es la extinción del crédito principal sin la paralela extinción de un crédito del deudor pignoraticio[80]. El patrimonio de éste disminuye en la misma medida en que se incrementa el del acreedor. Su efecto es el de cualquier pago, mientras que con la compensación se produce la liberación recíproca de los sujetos compensantes sin merma patrimonial para ninguno de ellos cuando, por coincidir la cuantía de ambas prestaciones, el efecto extintivo es total. La "compensación" de la que habla-

[79] VIÑAS MEY "La prenda irregular", RDP 1925, pag. 346.

[80] Es verdad que, de modo inmediato, se produce también la extinción del crédito por el tantundem, pero este había nacido como consecuencia de la prenda, y si contemplamos la situación patrimonial de los sujetos antes y después de ella, veremos que sólo uno de ellos ha sufrido un empobrecimiento y sólo otro se ha enriquecido.

mos tiene, pues, un carácter adquisitivo o lucrativo. Es, como dicen los alemanes, una "Erwerbscompensation". En ella falta el contrapeso de la recíproca liberación.

En lo que no estoy de acuerdo es en la separación temporal que en cuanto al momento extintivo de los créditos (el garantizado y el del tantundem) hace este autor. Es verdad que si se incumple la obligación garantizada, el acreedor no tiene que restituir otro tanto igual de lo que había recibido en garantía, pero no creo que transcurra un periodo de tiempo -que es lo que parece sugerir VIÑAS MEY- entre este momento y el de la "imputación", sino que todo ocurre simultaneamente y, además, de manera automática.

Quizás la forma inmediata y automática de producirse la imputación es lo que más aproxima ese efecto de la prenda irregular a la compensación. Es el vencimiento y consiguiente incumplimiento del crédito garantizado el que determina la inmediata y necesaria imputación a él del crédito por la restitución del tantundem[81].

La vida de éste último crédito es ciertamente peculiar. Nace en el momento en que se constituye la prenda, aunque reviste carácter eventual. El incumplimiento de la deuda garantizada marca el momento de su extinción, pero esta extinción no se va a producir sin más, sino por **compensación** con el crédito garantizado.

---

[81] JORDANO FRAGA: "Prenda regular...", pag. 317.

Dice JORDANO FRAGA que es la función de garantía de la prenda la que determina que el vencimiento de esa obligación eventual se asocie indisolublemente al de la obligación garantizada[82] y esa misma función de garantía es la que determina que el acreedor garantizado tenga forzosamente que imputar el valor del tantundem al de la deuda garantizada y que, por lo tanto, no pueda pretender el cumplimiento forzoso de ésta[83] e igualmente que el acreedor garantizado no pueda compensar el valor del tantundem con un crédito distinto del asegurado.

Como en toda operación compensatoria dicha extinción será sólo parcial cuando no coincidan la cuantía de uno y otro, quedando subsistente por la diferencia el crédito de mayor montante. Es decir, que si las cosas dadas en prenda son de mayor valor que el crédito asegurado, el acreedor tendrá que pagar al deudor el tantundem por el exceso y si, por el contrario, el crédito asegurado es de mayor valor que las cosas pignoradas, subsistirá en la cuantía que lo sobrepase.

Aunque con profundas diferencias, la imputación que se deriva de la prenda irregular presenta importantes puntos de contacto con la del art. 1868 C.C, de la que me ocupé en el apartado anterior. El fenómeno en ambos casos es el mismo: el acreedor se paga a sí mismo[84] con cosas que está obligado a devolver a su deudor y sobre las cuales éste tiene por lo tanto un derecho de crédito. Lo único

---

[82] "Prenda...", pag. 321.

[83] No existe sin embargo acuerdo en la doctrina en cuanto a que, producido el incumplimiento, el acreedor tenga, necesariamente, que realizar la imputación.

[84] MARIN PEREZ, "Derecho Civil", vol. III, Madrid 1984, pag. 197.

que ocurre es que el cauce jurídico para ello es diferente en uno y otro caso, si bien persigue un mismo objetivo: salvar el obstáculo que representa el art. 1859 que prohíbe el pacto comisorio. En la imputación prevista por el art. 1868 este inconveniente se supera acudiendo a la figura del mándato tácito conferido al acreedor para que aplique los intereses percibidos a la extinción de su crédito, y en el caso de la prenda irregular, entendiendo que el acreedor adquiere la propiedad de las cosas pignoradas en el mismo momento en que las recibe, de manera que no se puede hablar de "apropiación" de cosas ajenas por parte del acreedor[85].

Por otra parte, mientras que en los casos de prenda irregular, el cumplimiento específico de la obligación garantizada excluye esa compensación, en el caso del art. 1868 no es posible esta exclusión porque, consistiendo la deuda en una cantidad de dinero, llegado el vencimiento, se aplican por el acreedor los intereses a su extinción y sólo subsiste a su favor el crédito en la cuantía no cubierta por estos[86].

A ello hay que añadir que en este último las prestaciones son homogéneas, mientras que en el caso de la prenda irregular lo más probable es que no lo sean, puesto que carece de sentido que el deudor entregue sólo con fines de garan-

---

[85] Explica JORDANO FRAGA ("Prenda ...", pag. 314) que esa apropiación que se produce como efecto de la prenda irregular no vulnera la prohibición del pacto comisorio del art. 1859 C.C, porque lo que éste artículo prohíbe es que el acreedor pignoraticio, en el momento de ejecución de la garantía, se apropie de cosas ajenas y el contrato de prenda irregular produce la transferencia inmediata de las cosas entregadas al acreedor (antes, por lo tanto, del incumplimiento de la obligación garantizada) al compensarse con ella la obligación del acreedor pignoraticio de restituir el tantundem.

[86] Ello es así si se entiende que el art. 1868 está referido tan sólo a deudas pecuniarias. En otro caso el cumplimiento específico de la prestación garantizada excluye la imputación.

tía cosas que son aptas para el pago, pues, como dice ALBALADEJO (83), para eso las daría en pago. Sin embargo la posibilidad de que las cosas debidas sean homogéneas no hay que rechazarla de modo absoluto; basta con pensar que el pignorante sea un tercero.

CAPITULO VII:

CAUSAS DE EXCLUSION DE LA OBLIGACION DE RESTITUIR DE DEPOSITARIO Y COMODATARIO.-

1-EL CARACTER ESENCIAL DE LA OBLIGACION DE RESTITUCION EN EL DEPOSITO.

2-LA RESTITUCION EN EL COMODATO.

3-SUPUESTOS EN QUE CESA LA OBLIGACION DE RESTITUCION DEL DEPOSITARIO.

a) ACLARACION PREVIA.

b) CESACION TEMPORAL DE LA OBLIGACION DE RESTITUCION: EL DERECHO DE RETENCION DEL ART. 1780.

4-LA CESACION DEL DEBER DE RESTITUIR DEL COMODATARIO.

5-ESPECIAL REFERENCIA AL SUPUESTO EN QUE LA COSA DEPOSITADA SEA ROBADA: EL ART. 1771 C.C. SU APLICACION AL COMODATO.

6-CESACION DE LA OBLIGACION DE RESTITUCION DE DEPOSITARIO Y COMODATARIO ANTE LA REIVINDICACION DE UN TERCERO.

a) REIVINDICACION Y DEPOSITO.

b) EFECTOS DE LA REIVINDICACION SOBRE EL COMODATO.

7-ANALISIS DEL SUPUESTO EN QUE LA COSA DEPOSITADA O PRESTADA SEA DEL DEPOSITARIO O COMODATARIO. EFECTOS DE ESTA SITUACION.

a) OTROS CASOS DE CESACION DEL DEBER DE RESTITUCION.

b) DEPOSITANTE NO PROPIETARIO Y DEPOSITARIO PROPIETARIO.

c) SIGNIFICADO DEL ART. 1946 DEL CODIGO FRANCES Y 1779 DEL ITALIANO.

d) SOLUCION APLICABLE EN DERECHO ESPAÑOL.

e) EL SISTEMA ALEMAN.

f) CONCLUSION.

CAPITULO VII:

CAUSAS DE EXCLUSION DE LA OBLIGACION DE RESTITUIR DEL DEPOSITARIO Y COMODATARIO.-

1-EL CARACTER ESENCIAL DE LA OBLIGACION DE RESTITUCION EN EL DEPOSITO.-

Tanto en el comodato como en el depósito la obligación de restitución aparece como la forma de poner fin a la detentación de la cosa ajena por el comodatario o el depositario. Cesado el deber de tolerancia del comodante (normalmente por concluirse el uso para el que se entregó la cosa),o reclamada esta por el deponente en base a la facultad que le concede el art. 1775, deja de tener justificación aquella detentación, surgiendo en consecuencia el deber de restitución para el sujeto de la misma.

Constituye una vieja polémica a propósito del depósito la de si es la obligación de restitución la que ocupa el lugar prioritario dentro del contenido de este contrato o si, por el contrario, es el deber de guarda. Este último punto de vista es el mayoritario y consiste basicamente en entender que, si bien es cierto que la obligación de custodia no es exclusiva de este tipo contractual, sólo respecto de él se convierte en fundamento, causa o razón de ser del contrato, siendo ésta la exclusiva o más importante finalidad del mismo. Por el contrario, los que sitúan la obliga-

ción de restitución en primer plano consideran que la custodia de la cosa tiene un carácter funcional con respecto a la obligación de restituir. Es decir, que mientras que para los primeros se debe de restituir porque se tiene la obligación de guardar, y esta es una obligación temporalmente limitada, para los segundos se debe de custodiar porque se ha asumido la obligación principal de restituir[1].

Parece evidente que lo que caracteriza la relación de depósito es que se entrega una cosa para guardarla. En muchas otras relaciones jurídicas tiene lugar la entrega de una cosa con la obligación para el que la recibe de conservarla y devolverla, sin que por ello se pueda hablar de depósito. Es lo que sucede, por ejemplo, en el arrendamiento o en el comodato en los que se recibe la cosa para usarla. Nuestra doctrina, recogiendo las ideas de POTHIER, no considera sin embargo obstáculo a la existencia del depósito el hecho de que las partes hayan añadido a la obligación principal de guarda alguna otra prestación accesoria. Habrá depósito siempre que el fin principal de la entrega de la cosa sea su custodia. En caso contrario estaremos en presencia de un contrato diferente. Así "si la entrega se efectúa para transferir la propiedad de la cosa a quien la recibe, es una venta, una permuta o una donación, si es para conceder el uso al deudor, es un préstamo. Si es para hacer algo en provecho de quien entrega la cosa es o un mandato o un arrendamiento"[2]. Es muy importante distinguir estos contratos -concluye POTHIER- porque

---

[1] De esta polémica se ocupan ampliamente DALMARTELLO y PORTALE en "Enciclopedia del Diritto", voz depósito, pags. 235 y ss.

[2] LAURENT: "Principes...", tome XXVII, pag. 88.

las obligaciones del deudor son muy diferentes según que haya arrendamiento, mandato, préstamo o depósito. En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1960 (R.A. 2094) establece que "la característica esencial del depósito es la de la entrega de la cosa con la finalidad única y exclusiva de su guarda, conservación y devolución, característica que desaparece en cuanto de algún modo aparece aquella entrega efectuada con miras a su posible uso o aprovechamiento, o aún en plan de simple preparación para un futuro contrato, en cuyo supuesto no puede entenderse surgido un contrato de depósito con su peculiar y exclusiva finalidad con su autonomía propia de la que derivan los derechos y obligaciones que le sean inherentes". Por su parte, la S. de 26 de mayo de 1964 (R.A. 2772) niega la calificación de depósito a un contrato por virtud del cual el accipiens se comprometió a vender el maiz que había recibido e ingresar su importe en una cuenta corriente, subsumiendo la hipótesis en el art. 254 del Código de Comercio. Más recientemente, en la Sentencia de 10 de junio de 1987 (R. A. 4272) se afirma "debe distinguirse el contrato de depósito, propiamente dicho, que no tiene otra finalidad sino la guarda y custodia de bienes a disposición del depositante, de otros contratos en los que, entre otras prestaciones se encuentra la del deber de custodia, pero cuya finalidad y naturaleza jurídica son diferentes (por ejemplo, comisión, hospedaje, transporte) y cuyas consecuencias, en orden al incumplimiento, admiten matizaciones respecto del deber que corresponde al mero depositario".

Sin embargo,la premisa que ahora pretendo establecer se sitúa en rigor al margen de dicha cuestión. Se trata de destacar el carácter esencial de la obligación de restituir del depositario, no en el sentido de que sea más importante que la de guarda, sino en el sentido de que sin ella no hay depósito. Esta afirmación es , no sólo perfectamente compatible con la tesis mayoritaria de que la guarda es la verdadera causa del contrato, sino, además, consecuencia necesaria de ella.

Partimos de la idea de que sin finalidad esencial de custodia no hay depósito. Este es el criterio para diferenciar este contrato de aquellos otros en que la conservación de la cosa tiene tan sólo carácter accesorio (arrendamiento, comodato, mandato...), en los que es otra la razón por la que se entrega la cosa al accipiens[3].

Sin restitución no hay depósito porque la ausencia de la obligación de devolver la cosa recibida indica que hay otra causa, distinta de la de guarda, que justifica que el accipiens la siga teniendo en su poder. Existiendo esa otra finalidad, la de custodia deja de ocupar el lugar preferente, lo que por definición, según hemos dicho,excluye el depósito.

---

3 Generalmente es fácil determinar en los supuestos concretos si se da o no este requisito y, en consecuencia si se puede hablar de depósito. Ello es fácil si la cosa se entrega para su uso (la convención será entonces comodato si no hay retribución y arrendamiento si la hay), o si la cosa se entrega para asegurar el cumplimiento de una obligación principal (se tratará de una prenda), o para ejecutar en ella una obra (será un contrato de obra), o con otro fin distinto como es el proceder a su venta por cuenta del tradens (estaremos ante un mandato).

"No hay ninguna otra finalidad (más que la custodia) en la detentación de la cosa por el depositario"[4]. Pues bien, la falta de la obligación de restituir del accipiens una vez finalizada la guarda, sería indicativa de la no existencia de depósito propiamente dicho, sino de un contrato preparatorio que podría, quizás, ser incluido dentro de la categoría más general de contratos de custodia.

Dos son, pues, las notas que definen en nuestro Código el depósito: la finalidad esencial de guarda, de cuyo carácter temporal es consecuencia la necesidad de restitución, y su naturaleza real. La primera permite diferenciarlo de los restantes contratos restitutorios y la segunda resulta útil para distinguirlo de los contratos de custodia puramente consensuales.

Pudiera pensarse que sólo partiendo de la naturaleza real del contrato es exacta la afirmación según la cual sin restitución no hay depósito, dado que si el contrato es consensual, la obligación de devolver la cosa no nace propiamente de éste, sino del cumplimiento por el depositante de la obligación de entrega[5]. Sin embargo, en el sentido que aquí se quiere atribuir a esta idea, es indiferente que el contrato se configure o no como real. Por supuesto que sin entrega no hay obligación de restitución, más lo que se quiere decir es que no es posible hablar de depósito -ni siquiera en aquellos ordenamientos en que se trata de un contrato consen-

---

[4] DIEZ-PICAZO Y GULLON BALLESTEROS: "Sistema de Derecho Civil II", cuarta edición, pag. 494.

[5] Según DALMARTELLO: "Appunti in tema di contratti reali, contratti restitutorii e contratti sinalagmatici", Rivista di Diritto Civile, pag. 832, "el contrato restitutorio no genera (y no puede, logicamente, generar) la obligación de restitución, en virtud del simple consentimiento, sino siempre y solamente bajo el presupuesto, indefectible, de la entrega al obligado". En contra, NOVITA: "Giurisprudenza sistematica civile e commerciale diretta da Walter Bigiavi. I contratti reali", pag. 158.

sual- si el "depositario " no se convierte en deudor de la cosa desde el momento en que esta le ha sido entregada.

Lo verdaderamente importante es por lo tanto que el traspaso de la cosa origine en el accipiens el deber de devolverla finalizada la guarda. Si se trata de un derecho como el nuestro- que atribuye naturaleza real al depósito, este deber de restitución surje desde el momento del nacimiento del contrato, dado que la entrega es presupuesto necesario de éste. Si, por el contrario, el depósito se conceptúa como contrato simplemente consensual -caso del Código Suizo y, según algunos autores, del Alemán- la obligación de restitución surje según la mayor parte de la doctrina, desde que el otro contratante cumple su obligación de entrega. Se excluye, por lo tanto, la posibilidad de que las partes hayan previsto su no nacimiento a pesar de la entrega.

Propiamente la referencia a la restitución como elemento definitorio del contrato no es necesaria, pues finalidad esencial de guarda y deber de restitución van necesariamente unidos. Al derivar este último del fin propio del contrato, podría ser omitido sin alterarse por ello el perfil de la figura.

De hecho, no menciona este elemento de la restitución el BGB, cuyo parágrafo 688 dice que "Por el contrato de depósito el depositario se obliga a custodiar una cosa mueble a él entregada por el depositante". Pese a ese silencio, también la doctrina alemana destaca que el elemento que caracteriza al contrato es la finalidad esencial de guarda, con io cual la situación no difiere de la de nuestro

derecho, salvo en la cuestión, objeto de opiniones encontradas en la doctrina de este pais, concerniente a la realidad o consensualidad del depósito[6], problemática que sin embargo no incide en la exigencia de restitución para el caso de entrega de la cosa. Tampoco el Código Federal Suizo de Obligaciones, según el cual el depósito se perfecciona por el mero consentimiento, hace alusión alguna, en el artículo que lo define, al deber de restituir[7].

Resulta, pues, que en el depósito la restitución no es tan sólo un deber que nace a cargo del depositario desde el momento en que se efectúa la entrega, sino que pasa a ser un verdadero elemento definitorio de este tipo contractual. El efecto práctico de ello es que no podrá ser calificado como depósito ningún acuerdo de voluntades (que, además, según el sistema de nuestro Código habrá de ser real), celebrado en términos tales que no imponga al accipiens la obligación de devolver aquella cosa que previamente se le ha entregado, tratándose de un contrato de

---

[6] La naturaleza, real o consensual, no sólo del depósito, sino también del mutuo y del comodato, no es nada clara en el Código Civil Alemán. Señala JORDANO BAREA ("La categoría de los contratos reales", pag. 40.) que "Entre los redactores del Proyecto se discutió largamente cuando se trataba de determinar la naturaleza jurídica de los antiguos contratos reales del Derecho Romano: ¿Se debía continuar aún considerándolos como contratos consensuales?. La primera comisión se inclinó por el carácter real, acogiendo el sistema tradicional sobre la base de que la obligación de restituir la cosa, inherente a estos contratos, presupone la entrega. La segunda comisión modificó parcialmente las propuestas de la primera, conservando la estructura real tradicional del mutuo, y proponiendo que el código se abstuviera de pronunciarse sobre el carácter real o consensual del depósito, determinación que creyó oportuno reservar a la doctrina". En concreto respecto del texto del parágrafo 688, entiende que el código deja a primera vista imprejuzgada la cuestión de la "realidad" o "consensualidad" del depósito, que, por otra parte es bastante controvertida entre los autores alemanes, siendo sin embargo la opinión dominante la que reconoce la "realidad", tanto del depósito como del comodato y del mutuo.

[7] Según su artículo 472, 1 "El depósito es un contrato por el cual el depositario se obliga frente al depositante a recibir una cosa mueble que este le confía y a guardarla en lugar seguro".

custodia distinto del depósito al que, como dice LACRUZ BERDEJO[8] sólo le serán aplicables sus normas por analogía, demostrando en cada caso la eadem ratio.

La consideración de la restitución como un elemento esencial del depósito explica, a mi juicio, muchos aspectos de su regulación que no han pasado desapercibidos a la doctrina. Así, la tremenda controversia, de la que se ha ocupado especialmente la doctrina italiana, acerca de si es este el carácter fundamental de la relación de depósito o si, por el contrario, lo es la guarda de la cosa. Dice por ejemplo PUIG BRUTAU que "en torno al concepto de contrato de depósito el Código se limita a agrupar unas cuantas reglas especialmente dirigidas a garantizar la debida restitución de una cosa mueble"[9]. VALPUESTA FERNANDEZ, comentando la tesis mayoritaria, que atribuye carácter prioritario a la obligación de guarda, señala "Si bien esta afirmación es cierta ...ello no debe servir para minimizar el papel del deber de restituir en el contrato de depósito, entendiendo a tal fin que es algo más que el hito final de la relación jurídica derivada del mismo contrato, en la medida que coadyuva a la funcionalidad del tipo negocial elegido por las partes para la consecución de la finalidad práctica pretendida. Pues, si bien tal deber se hace efectivo al término del contrato de depósito, proyecta su influencia sobre toda su vida, condicionando o matizando, inclusive, el contenido del deber de custodia"[10]. PELLISE PRATS por su parte, sostiene: "La obligación de guardar o custodiar la

---

8 "Elementos de Derecho Civil II", 2a. edición, Barcelona 1986, pag. 356.

9 "Fundamentos de Derecho Civil II-II", pags. 442-443.

10 "Frutos, productos y accesiones en el depósito civil", RDN 1982, pag. 350.

cosa reviste gran importancia en el depósito por ser la que da contenido propio al contrato, pero sin duda no es esta la obligación que merece principal atención del legislador, sino que lo que más preocupa a este es garantizar la devolución de la cosa al depositante al terminar el contrato. Esta obligación de restituir, que parece haber alcanzado en pretéritas legislaciones un carácter casi sagrado, goza aún hoy de una protección especial encaminada a evitar en lo posible el que pueda, por cualquier motivo, dejar de cumplirse o demorarse esta restitución, quebrantando así un ineludible imperativo de justicia"[11]. Para ROCA JUAN "El depósito es por su naturaleza un contrato de duración temporal, y por consiguiente la restitución no parece que pueda considerarse como la justificación causal del contrato, ni la esencia de la función que cumple -que es detentar y custodiar la cosa- sino el deber que pone en evidencia la temporalidad de la detentación que el deponente atribuye al depositario. Lo que significa que aunque el deber de restitución, como nota de temporalidad en la duración, se da en todo depósito, ..."[12].

Todas las afirmaciones anteriores ponen de relieve como la doctrina, de una forma más o menos consciente, se da cuenta de la importancia que tiene la restitución en el depósito, y si son pocos los que llegan a afirmar directamente que

---

11 Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, tomo VI, voz "depósito", Barcelona 1985, pag. 863.

12 "Comentarios al Código Civil...", tomo XXII, vol 1, pag. 196.

esta se da en todo depósito, es porque centran toda su atención en decidir si es este elemento o el de la guarda el que tiene mayor importancia[13].

No faltan, además, quienes de modo expreso sotienen que la restitución no se da siempre en el depósito. Es el caso de DALMARTELLO Y PORTALE, quienes rebaten la tesis según la cual la razón de ser del contrato es la restitución y no la custodia, diciendo que la restitución es el fin mediato del depósito y que de ningún modo es necesario, "siendo esta la objeción más grave contra esta forma de entender la relación entre custodia y restitución en el depósito"[14]. No es necesario porque el depósito puede responder a una finalidad práctica diversa: se deposita, no para liberarse temporalmente del engorro que la cosa comporta y del empeño que su conservación requiere (y por tanto, en vista de su recuperación), sino para destinarla, a través del depositario, a otro sujeto. Es lo que ocurre en el caso del art. 1773[15], cuyo examen revela -según él- "como la restitución (la verdadera y propia

---

[13] Es el caso de DEL POZO CARRASCOSA ("El derecho de retener..., pag. 36"), para quien "El tema de la restitución del depósito tampoco puede conceptuarse como elemento esencial de la situación de depósito en abstracto, pues variará según la causa de dicha situación (así, en el depósito voluntario, dependerá de la voluntad del depositante -art. 1766 CC-, mientras que en el secuestro estará sujeta a la del Juez -art. 1787 C.C) y según los avatares por los que la situación haya atravesado (así, el derecho de retención del depositario -art. 1780 C.C- traslada el tema de la restitución a la única voluntad de este). La restitución, por lo tanto, será la consecuencia lógica de la obligación de custodia". La obligación de restitución es una obligación complementaria resultante de que la primera, la obligación de guarda, es una obligación que da lugar a la posesión y es temporal (art. 432 C.C)".

[14] Enciclopedia del Diritto, voz "deposito", pag. 246.

[15] "Si la cosa ha sido depositada también en interés de un tercero y este ha comunicado al depositante y al depositario su adhesión, el depositario no puede liberarse restituyendo la cosa al depositante sin el consentimiento del tercero". Sobre la interpretación dada a este art. veáse "Enciclopedia del Diritto", voz deposito, n. 29

restitución) puede faltar, no así la custodia"[16]. Este punto de partida les lleva despues a concluir que el depósito es normalmente pero no necesariamente restitutorio.

Estos autores adoptan un concepto restringido de restitución, entendiendo que esta consiste propiamente en la devolución de la cosa al mismo sujeto de quien se recibe[17], y que esto no ocurre en el caso de que en el contrato se haya designado un tercero a quien se deba entregar, hipótesis también prevista expresamente en nuestro Código (art. 1766). Pero que, además, ello supone atribuir en ocasiones al depósito un fin diferente del que normalmente desempeña. En la misma línea dice ROCA JUAN que permitir que recupere la cosa depositada alguien distinto del deponente " significa, en realidad, una alteración del esquema típico del contrato que, sin embargo, entra en los límites admisibles dentro del principio de autonomía privada, lo que, sin duda permite realizar a través del negocio de depósito fines que, en sí considerados, transcienden de la función normal de aquél, con aplicaciones prácticas, singularmente de garantía"[18].

Con el art. 1766 se acoge expresamente -sin que por ello se altere el carácter de depósito- la posibilidad de que, finalizada la guarda, se entregue la cosa a persona distinta del deponente, si este lo ha previsto así. Se pretende dar cabida dentro de esta figura a los supuestos en que se quiera conservar la cosa para otro,

---

16 "Enciclopedia...," pag. 247.

17 Según el Diccionario de Derecho Privado de Labor "restitución es volver una cosa a quien la tenía antes o restablecer o poner una cosa en el estado que antes tenía".

18 "Comentarios...", tomo XXII, 1, pag. 196.

no para el que la entrega. Entiendo que la esencia del depósito no sufre variación por ello[19] sino que se trata de una finalidad accesoria, añadida al fin fundamental, que sigue siendo la guarda. Si no es así y la prioridad de fines es la inversa (esto es, si lo que persigue el tradens es valerse de una persona para que esta entregue la cosa a un tercero), la obligación de conservación se habrá convertido en un deber de carácter simplemente accesorio, faltando el elemento que caracteriza al depósito. El contrato será entonces o mandato o transporte.

No es acertado decir que se deposita para destinar la cosa, a través del depositario, a otro sujeto. Se deposita, en todo caso, para guardar, porque si no es así las partes habrán celebrado un contrato distinto del depósito. El art. 1766 no hace sino aclarar que el pacto por virtud del cual se acuerda que la cosa depositada se devuelva a un tercero no determina un tipo contractual distinto. Mas en todo caso creo que tiene que ser interpretado de conformidad con la más íntima esencia del depósito: siempre es necesario que lo prioritario sea la custodia.

Cuando por mi parte concluyo que todo depósito conlleva la obligación para el depositario de restituir la cosa que previamente se le ha entregado, estoy adoptando un concepto más amplio de "restitución", o, mejor, contemplando el fenomeno desde una perspectiva distinta. Da igual, desde mi punto de vista -al menos en esta ocasión- que el sujeto a quien hay que devolver la cosa sea el mismo de quien

---

[19] Como tampoco la sufre en el caso del art. 1763 ("También puede realizarse el depósito por dos o más personas, que se crean con derecho a la cosa depositada, en un tercero, que hará la entrega en su caso a la que corresponda") en el cual el fin principal sigue siendo la guarda de la cosa hasta que se dirima la controversia respecto de quien tiene derecho a ella. En el caso que nos ocupa se pretende igualmente la conservación de la cosa, pero para su entrega a un sujeto distinto del deponente.

se tomó u otro distinto designado por él. Lo verdaderamente importante es que necesariamente va a llegar el momento en que el depositario tenga que desprenderse de aquella, obligación a la que, con mayor o menor exactitud, se denomina siempre de restitución, y a la cual se aplican todas las normas que dentro del Título dedicado al depósito tienden a asegurarla, con independencia de quien sea el destinatario.

Curiosamente, el propio DALMARTELLO, que en la obra anteriormente citada niega que el depósito sea siempre restitutorio, porque estima que no es verdadera restitución la devolución de la cosa a alquien que no es el deponente, se ocupa en una obra posterior[20] de precisar el significado jurídico de este término, y no incluye aquella entre las notas que lo conforman.

Según él, para hablar de "restitución" es necesario lo siguiente:

-La previa "aprensión" por parte del restituyente. Se habla de "aprensión" también para incluir aquellos casos en que la cosa no haya llegado a poder del obligado a restituir como consecuencia de un acto voluntario de quien tiene derecho a la restitución.

-Es necesario entregar de nuevo la cosa, sin que baste la transmisión de un derecho, sin que vaya acompañado de dicha entrega.

---

20 "Appunti ...".

-El objeto de la restitución ha de ser el mismo de la previa aprensión. Sin embargo, en un sentido más amplio se habla (la misma ley lo hace) de restitución también para referirse a un bien diverso, pero perfectamente fungible, del que ha sido objeto de aprensión.

No menciona por lo tanto como requisito de la restitución que el sujeto acreedor de la misma sea aquél de quien se recibió o se tomó la cosa, (punto de vista que me ha parecido más conveniente acoger), centrándose en la idea de que lo que realmente determina que haya restitución es que se efectúe de nuevo la entrega de la misma cosa que previamente se ha recibido.Es evidente que en todo depósito asume el depositario este deber, salvo, como ha indicado algún autor, en el supuesto del depósito irregular[21].

2-LA RESTITUCION EN EL COMODATO.-

Los caracteres de este contrato hacen que fijar el papel que en él desempeña la obligación de restitución ofrezca menos dificultades, dado que no coexiste con otra obligación de rango análogo con la que se dispute el primer puesto.

Es claro que en el comodato la cosa se entrega para su uso, pero el comodatario no está propiamente obligado a usar la cosa, simplemente puede hacer-

---

[21] RODIERE en "Encyclopedie Dalloz", tome III, 2eme. edition, París, 1972, voz "depôt", n. 22, en donde afirma "Todo contrato que no ponga como obligación principal el deber de guardar la cosa no merece la calificación de depósito. Esta idea se conjuga generalmente con la de que la cosa depositada debe ser restituida in natura al depositante, pero esta segunda directriz no tiene la constancia de la primera, como prueba la existencia de depósitos irregulares".

lo (en el depósito por el contrario, entregada la cosa para su guarda, el depositario sí está obligado a cumplir esa obligación, coincidiendo pues la finalidad del negocio con la principal obligación que de él nace). Este uso es, necesariamente, limitado en el tiempo (art. 1740), de tal manera que, una vez finalizado y careciendo ya de justificación la detentación de la cosa por el comodatario, tiene éste que devolverla. Junto con esta obligación, pesa sobre él la de conservación de la cosa, que ahora reviste, (a diferencia de lo que ocurría en el depósito) carácter accesorio.

No ofrece pues duda el carácter fundamental de la obligación de restituir[22]. En ella se basa la doctrina tradicional para explicar la naturaleza real que desde antiguo se ha atribuido a este contrato: dado que la restitución es la única obligación principal del comodatario, es necesario partir de la entrega de la cosa para que esta obligación surja de hecho. Esto no implica, al menos para algunos autores, que no se considere válido y obligatorio el mero acuerdo de voluntades celebrado con idéntico fin, "produciendo el contrato, entonces, obligaciones inmediatas distintas de la de restituir"[23].

---

[22] Sólo excepcionalmente la doctrina española ha destacado este aspecto (MANRESA: "Código Civil", tomo XI, Madrid 1905, pag. 582), frente a los autores extranjeros que lo hacen con mucha mayor frecuencia (TOULLIER: "Diritto...", tome X, pag. 206; LAURENT: "Principes...", tome XXVI, pag. 466; JOSSERAND: "Derecho Civil", tomo 2, vol. 2, Buenos Aires 1951, pag. 268; PLANIOL: "De[illegible]o Civil vol VII, traducción de la 12a. edición francesa, pag. 440; ENCYCLOPEDIE DALLOZ, voz "comodat", n. 154; CARRESSI: "Il comodato", Torino 1954, pag. 39; FRAGALI: "Del comodato", "Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro delle Obbligazioni, Bologna 1959, pag. 186. También la jurisprudencia italiana ha destacado el papel en el comodato del "ius restituendi" (sobre la doctrina jurisprudencial en este país, BARBIERI en "Giurisprudenza sistematica civile e commerciale. I contrati reali", pag. 270).

[23] LACRUZ BERDEJO: "Elementos...II, 3", pag. 257.

Aclarado este punto, la idea que respecto del comodato se quiere destacar coincide totalmente con las conclusiones obtenidas respecto del depósito: independientemente de que se exija o no para caracterizar el comodato que tenga lugar la entrega de la cosa (lo cual funcionará como un requisito añadido a los demás), no puede ser conceptuado como tal ningún contrato en que, terminado el uso para el que la cosa se recibió, no tenga ésta que ser devuelta. Un pacto de estas características -con o sin traditio- será , bien un contrato típico distinto, bien un contrato preparatorio de otro principal, bien una claúsula de otro contrato, pero no, desde luego, un comodato. La disciplina reguladora de este no le es, en principio, aplicable.

Dice en este sentido CARRESSI[24] que el acuerdo de restituir la cosa "es esencial a la configuración del comodato : por tanto, si una de las partes entiende que da o recibe sin que para el accipiens haya obligación de restituir, el contrato no surje por falta de consentimiento; si, viceversa, ambas partes están de acuerdo en excluir la obligación de restitución, hay que considerar que tienen intención de celebrar una donación, más que un comodato".

Pero es igualmente importante -continúa- que las partes establezcan que la restitución es "in natura", ya que, si no es así, ningún contrato nace, pudiendo en consecuencia el tradens repetir la cosa entregada. Si, por el contrario, las partes establecen que el accipiens debe restituir, pero no la misma cosa, sino otra, aunque

---

[24] "Il comodato", pag. 39.

de la misma especie, o bien, a su elección, la cosa recibida o su equivalente en dinero, no habrá comodato, sino un contrato diverso: mutuo en el primer caso, contrato estimatorio o venta bajo condición potestativa en el otro.

La misma idea de fondo manifiesta SCHNEIDER a propósito del Derecho Suizo, (en el cual, a diferencia del Italiano, el comodato es un contrato consensual) : "A ejemplo del derecho común, el Código de Obligaciones hace de la restitución de la cosa la principal obligación del prestatario. Esta obligación no es simplemente una parte del contrato o una carga asumida por él; al contrario, la ausencia de esta obligación privaría al contrato de su carácter de contrato de préstamo. Esta no es tampoco una obligación en el sentido jurídico de esta palabra, porque la no restitución no aniquila el contrato. Por contra, la promesa de devolver es uno de los elementos "sine qua non" del contrato"[25].

La propia forma de redacción del art. 1740 de nuestro código es reveladora de esta idea. En él se agrupan bajo el nombre de préstamo dos especies distintas: el comodato y el mutuo. Respecto de este último es fácil comprender que la restitución es esencial: si simplemente se transmite la propiedad de la cosa al accipiens, sin acuerdo de devolución de otro tanto de la misma especie y calidad, estaremos ante una donación. En el caso del comodato, la cuestión es algo distinta, porque en él se parte de que la entrega no es transmisiva de la propiedad. La falta de pacto de restitucion no es ahora suficiente para conceptúar dicha convención

---

25 "Commentario du Code Federal des Obligations", adaptation française de la 4eme. edition allemande. Neuchatel, 1915, pag. 508.

como una donación, más no por ello va a ser un comodato. Se tratará ahora de un contrato preparatorio, excluyéndose el comodato, que según la doctrina es un contrato principal[26]. En este sentido la Sentencia de 21 de diciembre de 1967 (R.A. 238) niega que sea aplicable el art. 1745 C.C (relativo al comodato) en un caso en que el comprador de unas cajas de cerveza se obligaba a restituir los envases, a pesar de haberse señalado por las partes que se trataba de "envases prestados a devolver", declarando el Tribunal Supremo que el citado artículo "nada tiene que ver con la hipótesis relativa al presente caso, haya o no habido tasación, pues se trata de un contrato de suministro en el que los envases cuya reclamación dió origen a la litis entablada, son simples elementos indispensables pero necesarios del referido contrato dado el objeto del mismo (cerveza), sin que pueda verse el surgimiento de un pacto distinto y autónomo respecto de ellos".

Si el legislador español aúna en un único precepto las dos especies de préstamo es, desde luego, porque existen notas comunes a ambas. La nota decisiva es, a mi juicio, la restitución. Si la suprimiesemos de la definición, no quedaría más dato común que la entrega, que no parece suficiente para explicar el tratamiento conjunto.

También, obviamente, existen diferencias, y diferencias importantes, que es usual referir al explicar el contrato de préstamo, tales como que el comodato

---

[26] PUIG BRUTAU: "Fundamentos de Derecho Civil II, 2", pag. 304; DE DIEGO y SANCHEZ ROMAN (citados ambos por Mucius en "Código Civil", tomo XXVII, Madrid 1952, pag. 119). El primero, pese a entender que el comodato ha de ser un contrato principal, no ve obstáculo alguno en aplicar las normas del comodato a aquellos casos, como los de venta a prueba o "ad gustum", en que los tratos preliminares del contrato de compraventa incluyen la breve concesión del uso de una cosa.

únicamente transfiere el uso de la cosa [illegible] mutuo sin embargo transmite la propiedad, o que el primero es esencialmente gratuito y el segundo no.

El Código Francés basó la distinción en la diferente naturaleza de las cosas que se prestan: "Hay dos clases de préstamo -dice el art. 1874- el de las cosas que se pueden usar sin destruirlas; y el de las cosas que se consumen por el uso que se haga de ellas. La primera especie se llama préstamo de uso o comodato; la segunda se llama préstamo de consumo o simple préstamo".

Los redactores del Código se inspiraron en la idea, atribuida a Pothier, según la cual, "resulta de la naturaleza de las cosas que aquellas de las que se puede usar sin consumirlas ni destruirlas, son las únicas que pueden ser objeto de préstamo de uso o comodato; que aquellas, por el contrario de las cuales no se puede usar sin consumirlas, no pueden ser objeto más que de un préstamo de consumo[27]. El criterio del Código fué criticado desde el principio por entenderse que lo verdaderamente importante no es la naturaleza física de las cosas, sino la voluntad de las partes, las cuales pueden decidir atribuir a una cosa consumible un uso que no la destruya, o, viceversa, dar a una cosa no consumible un uso que la destruya. Se propone entonces por la doctrina la sustitución de los términos "consumible" y "no consumible" por el de "fungible" o "no fungible".

Efectivamente, dicha terminología traduce mejor la idea que se quiere expresar, y, de hecho ha sido la adoptada en el Código Español y en el Italiano. Lo

---

27 BOUTTEVILLE, citado por Laurent: Principes...", tome XXVI, pag. 457, n. 451.

que hace que el préstamo sea de uno u otro tipo (y esto también lo observó POTHIER), es que las partes estipulen un uso que destruya la cosa o que, por el contrario, la deje subsistente, o, lo que es lo mismo, las partes celebran uno u otro tipo de contrato según que acuerden que el prestatario tiene que devolver la misma cosa u otra diferente del mismo género. Lo que distingue realmente el comodato del mutuo es que en el primero la restitución es in individuo y en el segundo es del tantumdem, y ello determina un diferente régimen jurídico.

No sólo los códigos de la mayor parte de los países[28], sino también los distintos autores incluyen la restitución en la definición del contrato, y además, lo hacen en un lugar destacado. Para TOULLIER "El comodato es un contrato por el cual una de las partes se obliga a restituir a la otra una cosa que esta última le da gratuitamente, para hacer, personalmente, un uso que la deje subsistente"[29]. Considera que esta definición reúne todas las nociones necesarias para dar una idea exacta y completa del préstamo de uso. La obligación de restituir -añade- "ocupa regularmente el primer lugar, puesto que es el efecto directo y principal, la consecuencia necesaria del contrato". ENNECERUS[30] dice que "El comodato es la cesión gratuita de una cosa para su uso con estipulación de su futura devolución".

---

28 No así el Código Alemán, cuyo parágrafo 598 preceptúa: "Por el contrato de comodato el comodante de una cosa se obliga a permitir gratuitamente al comodatario el uso de la cosa".

29 "Diritto...", tome X, pag. 195, n. 28.

30 "Tratado de Derecho Civil II, II, 3a. edición, traducción española por Ferrandis Vilella, Barcelona 1966, pag. 400.

Si en el depósito la exigencia inexcusable de restitución deriva de que la finalidad primordial es la guarda (y que esta no es ilimitada en el tiempo), en el comodato es en principio consecuencia de la necesaria temporalidad del uso que se otorga al accipiens.

No obstante, también el uso que se confiere al arrendatario es necesariamente temporal (art. 1543), y, sin embargo, no deja de ser arrendamiento y estar regido por sus normas, pese a no existir obligación de restituir, todo acuerdo por virtud del cual un sujeto conceda a otro "el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto" (art. 1543)[31].

La razón última de la esencialidad de la restitución en el comodato es, pues, algo distinto de la temporalidad. También el uso de la cosa por el arrendatario es temporalmente limitado, pese a lo cual es posible sin restitución.

Entiendo que la verdadera razón es que para que haya comodato es preciso que la finalidad, si no única, al menos prioritaria, de la entrega de la cosa, sea proporcionar al que la recibe el uso gratuito de la misma; y que la gratuidad, que es esencial al comodato, falta cuando no hay pacto de restitución. Es decir, que el hecho de que el sujeto a quien se le entrega la cosa no tenga que devolverla,

---

[31] Dándose una cosa por tiempo determinado y precio cierto, siendo todas las prestaciones en atención al uso de la cosa, se dan todos los requisitos para la configuración del arrendamiento (S. del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1981).

indica (salvo que se trate de una donación) la presencia de una causa onerosa en el contrato principal del cual forma parte[32].

La gratuidad, considerada connatural a la esencia del contrato desde una larga tradición que se remonta al Derecho Romano, no sólo desaparece cuando se ha estipulado un compensación a cargo del comodante (bien consistente en dinero, bien en otra cosa o en un servicio), sino también en aquellas ocasiones en que, aún sin obligarse el comodatario a realizar una prestación a cambio del uso, el comodante no entregue la cosa con esta finalidad principal, sino con otra que suponga una ventaja para él.

No quiere elio decir que sea incompatible con la esencia del comodato que el comodante obtenga una ventaja como consecuencia del contrato[33], pero sí que hay que excluir de su regulación aquéllas hipótesis en que se desdibuje su auténtico perfil de relación de cortesía[34], al que, en definitiva responde su normativa.

---

[32] LACRUZ BERDEJO: "Elementos II, 3", pag. 258.

[33] Esta es, según GIAMPICCOLO ("Comodato e mutuo", pag. 7) doctrina pacífica. Sin embargo, entre nosotros llega a afirmar MARTIN RETORTILLO ("El comodato en nuestros días", ADC 1953, pag. 844) que no se desvirtúa la gratuidad del comodato porque ofrezca alguna ventaja para los dos contratantes, como sucede en el caso citado por Ruggiero en el que uno presta su potro salvaje para que otro lo emplee en sus labores agrícolas y se lo devuelva domado; ni tampoco en el supuesto de que adquiera un mayor relieve la utilidad o conveniencia que derive de este contrato para el comodante, como acontece cuando preste el coche o el caballo para que otro vaya de romería o llegue a la ciudad y a la vez recoga un encargo, retire un documento o haga entrega de una carta en provecho del propio comodante, si la intención manifiesta de las partes es facilitar el uso de dicho vehículo o semoviente al comodatario, siempre y cuando éste sea el cometido principal que determinó este negocio, que no queda neutralizado por la mera ventaja que a la vez pueda reportar al comodante".

[34] De esta perspectiva se ocupa ampliamente CARRESSI: "Il comodato", pags. 13 y ss.

Según ALBALADEJO el contrato "Es, sin duda comodato, si, concedido el derecho al uso, la utilidad que se sigue al comodante es consecuencia de aquél uso. Pero, en otros casos, aunque haya uso, no se tratará de comodato. Especialmente, cuando hay un deber de usar concedido como medio de hacer un servicio al comodante, servicio que implique la posesión de la cosa y su uso (no como derecho) por el comodatario (por ejemplo, te presto mi caballo para que me lo domes). Y tampoco habrá comodato, si en beneficio del comodatario se concede el derecho al uso, pero a cambio de un deber de usar que haya de entenderse como contraprestación (por ejemplo, se presta el caballo a cambio de que se nos entrene)[37].

En opinión de MICCIO[38] la cuestión planteada es de índole puramente cuantitativa, ya que, a partir de un cierto límite la carga no es tal, convirtiéndose en contraprestación. Se trata de ponderar caso por caso si el fin determinante del negocio es el uso del comodatario o si, más bien, consiste en una ventaja para el comodante. Considera este autor que ambos criterios deben de ser tenidos presentes y que, por tanto, para que se pueda hablar de comodato, no debe concurrir ni la contraprestación del comodatario ni la prevalencia de ventaja del comodante.

Resulta, pues, que cuando en la relación establecida por las partes no existe la gratuidad entendida en la forma antes vista, carece de fundamento la aplicación de una normativa legal construida en todos los países precisamente sobre esa

---

37 "Derecho Civil II, 2", octava edición, Barcelona 1989, pag. 372.

38 "Dei singoli contratti" en "Commentario del Codice Civile", Tomo IV, seconda edizione, Torino 1966, pag. 80.

El problema es, en última instancia, adoptar un criterio para decidir cuando , a pesar de haber una ventaja para el comodante, sigue habiendo comodato, y cuando no. Los autores analizan este tema en torno al ejemplo, ya clásico, del préstamo de un caballo con el fin de que, sirviéndose de él el comodatario para uso propio, lo devuelva domado o entrenado.

Señala GIAMPICCOLO[35] que tal ventaja no es obstáculo a la existencia del comodato, siempre y cuando esta sea indirectamente obtenida por el comodante y no se presente como una contraprestación , sino tan sólo como consecuencia de la detentación o del uso de la cosa.

En opinión de CARRESSI, resolver en casos como el anteriormente expuesto si se trata o no de un comodato, es una indagación fundamentalmente de hecho. Hay que averiguar si el fin principal es el uso o el beneficio que suponga para el comodante. Si es el primero, será un comodato, si es el segundo un contrato diferente (por. ej. de trabajo). Concluye diciendo que "la existencia de una ventaja y por tanto, en cierto sentido, también de un interés para el concedente no es incompatible con la esencia del comodato, al menos siempre que tal interés pueda ser perseguido sin imponer al accipiens obligaciones sustancialmente diversas o más onerosas de aquellas que ya pesan sobre el comodatario"[36].

---

35 "Comodato e mutuo", pag. 7.

36 "Il comodato", pag. 25.

base, hasta el punto de que según ENNECERUS[39] "la ley ha conformado el derecho del comodato, en una cierta medida, sobre el modelo del derecho de la donación".

El comodato tiene su causa en un acto de liberalidad (algunos autores se refieren a la existencia en el comodante de un especial "animus", similar, aunque menos cualificado, al "animus donandi") y, aún cuando un sector de la doctrina y la jurisprudencia actual sean más flexibles en cuanto a la apreciación de este requisito es claro que prescindir totalmente de él sería desvirtuar la figura. El pacto de no restitución, aún concediéndosele el uso al accipiens, es índice, no sólo de una causa onerosa, sino también de la existencia de un contrato principal del cual dicho pacto forma parte. La normativa del comodato, al menos en bloque, no le puede ser aplicada porque responde a una ratio diferente.

A modo de conclusión sobre este punto se puede decir que la obligación del comodatario de restituir la cosa no puede en modo alguno ser eliminada, pero ello no implica que el fin del comodato se identifique con la obligación de restitución, identificación ésta que si se produce a propósito del depósito en que la obligación principal (la de guarda) coincide con la causa del contrato. En cualquier caso, la obligación de restituir es un elemento común a los dos contratos (depósito y comodato), con la diferencia de que en el primero el carácter esencial del contrato es la custodia y en el segundo el uso.

---

39 "Tratado de Derecho Civil", Tomo II, II, pag. 402.

3-SUPUESTOS EN QUE CESA LA OBLIGACION DE RESTITUCION DEL DEPOSITARIO.-

a)-ACLARACION PREVIA.-

Una vez sentado en los apartados anteriores el papel fundamental que tanto en el depósito como en el comodato desempeña la obligación de restituir, y teniendo también presente el carácter sagrado que en ellos posee, voy a ocuparme de las hipótesis en que ésta cesa, teniéndome especialmente en aquellas que guardan relación directa con el tema en estudio. En todo caso no hay que olvidar el carácter excepcional de esas causas de exclusión del deber de restituir de depositario y comodatario, que habrán en consecuencia de ser restrictivamente interpretadas, doctrina recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1966 (R.A. 5123). Fuera de estas excepciones, el depositario no puede, bajo ningún pretexto, negarse a restituir la cosa al depositante.

Habida cuenta del concepto acogido de restitución (considerando que ésta también existe cuando la cosa se devuelve a un sujeto distinto del deponente, si éste ha muerto, deviene incapaz o designa voluntariamente a un tercero para ello), no voy a tratar de la restitución en favor de tercero o de los herederos (art.1766) ni tampoco del caso contemplado por el art. 1773 (restitución a los que tengan la administración de los bienes y derechos del depositante cuando éste pierda, después

de constituido el depósito, su capacidad para contratar), dado que no son, en mi opinión, supuestos de exclusión de la obligación de restituir.

Sí lo son, en base al concepto acogido[40], aquellos supuestos en que resulta obligado el depositario a la restitución por equivalente, lo que tendrá lugar, por aplicación de las reglas generales, siempre que la cosa se haya perdido por su culpa. También entran dentro del grupo de los casos de cesación del deber de restituir del depositario las peculiares hipótesis previstas por los artículos 1765, 1777 y 1778, cuyo análisis tampoco va a ser abordado por plantear una problemática totalmente al margen de la que nos interesa.

Por la misma razón prescindo de tratar del caso en que cesa de modo definitivo, y liberándose plenamente el depositario, su obligación de restituir por pérdida no imputable de la cosa depositada, teniendo en cuenta que "su responsabilidad, en cuanto a la guarda y pérdida de la cosa, se regirá por lo dispuesto en el Título I de este libro" (art. 1766).

La obligación de restitución se extingue también por prescripción. El plazo de prescripción es el de quince años, con arreglo al artículo 1964, a contar desde que venció el término convenido para realizarla, o desde el día en que reclamó la cosa el depositante sin que le fuera devuelta[41]. Ahora bien, la facultad de

---

[40] Restitución propiamente dicha lo es sólo la restitución en especie.

[41] LACRUZ ("Elementos..."II, 3, pag. 369), ROCA JUAN ("Comentarios...", pag. 226), ALBALADEJO ("Derecho...", II, 2, pag. 400.

extinguir el depósito, pidiendo la restitución, es una facultad ejercitable por el deponente a su arbitrio, razón por la que, como dice LACRUZ[42], se le aplica la regla "in facultativis non praescribitur".

Queda por mencionar, aparte de los supuestos de los artículos 1771 y 1775, que serán estudiados más adelante de modo detallado, la cesación, en este caso temporal, del deber de restituir, que se produce por efecto del ejercicio por el depositario del derecho de retención que le confiere el art. 1780, del que sí me voy a ocupar, dada la analogía que presenta con la compensación.

b) CESACION TEMPORAL DE LA OBLIGACION DE RESTITUIR: EL DERECHO DE RETENCION DEL ARTICULO 1780.-

Según este artículo "El depositario puede retener en prenda la cosa depositada hasta el completo pago de lo que se le deba por razón del depósito".

Para GIORGI "el derecho de retención legal es la facultad que sin convención de las partes, corresponde al poseedor 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 debito correspondiente"[43]. Podemos pues afirmar que el derecho de retención del depositario es la facultad que le otorga la ley para continuar con la pose-

---

42 "Elementos..." II, 3, pag. 369.

43 "Teoría de las Obligaciones", vol. II, 2a. edition (traducción de la séptima italiana), Madrid 1977, pag. 419.

sión de la cosa depositada -pese a haber nacido ya su deber de restituirla hasta el completo pago de lo que se le debe por razón del depósito.

La problemática que plantea este derecho aplicado al depositario no presenta ninguna peculiaridad respecto de la general de la figura, salvo por lo que respecta a la determinación de cúales son los créditos del depositario en cuya garantía se concede, teniendo en cuenta la amplitud de la expresión legal.

Se ha dicho que el derecho de retención legal es un derecho sumido en tinieblas[44]. Esta oscuridad afecta a muchos de sus aspectos, pero no todos van a ser abordados aquí, limitándonos a destacar aquello que pueda resultar más interesante para nuestro estudio, y muy especialmente lo relativo a sus afinidades con la compensación.

El fundamento último del derecho de retención es -al igual que en la compensación- la equidad. Por eso en el Derecho Romano tanto uno como otro se ejercían por medio de una excepción de dolo. Se piensa que 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 retenida. En tales casos habla la doctrina francesa de una conexión objetiva o material que liga el crédito garantizado y el bien retenido y que fundamenta en concreto el derecho de retención del depositario, aunque algunos

[44] GIORGI, "Teoría...", vol. II, pag. 422..

creen que la base del art. 1948 (que es el paralelo en el Código de Napoleón de nuestro 1780), es tanto la conexión objetiva como la jurídica[45].

La doctrina y la jurisprudencia de los distintos paises se han esforzado en deducir un principio general que permita justificar el derecho de retención, y se ha encontrado en la idea de "conexión", distinguiéndose entre una conexión jurídica o subjetiva y una conexión material u objetiva. La primera se produce cuando hay una comunidad de origen entre el crédito del retentor y su deuda de restitución; dicho de otra forma, cuando crédito y detentación se derivan de un mismo acuerdo. Pero esta idea (aparte de originar una confusión entre derecho de retención y exceptio non adimpleti contractus) resulta por sí sóla insuficiente para explicar todos los casos de derecho de retención. Por esta razón ha sido abandonada, acudiéndose a la idea de conexión objetiva o material, que es la que se produce entre el crédito garantizado y la cosa retenida, y permite justificar el derecho de retención también al margen de toda relación contractual entre el acreedor y el que reclama la restitución. Actualmente los autores se dividen entre dos opiniones distintas: la de los que encuentran que la conexión objetiva es el único fundamento del derecho de

[45] MAZEAUD: "Lecciones de Derecho Civil", III, 1º, Buenos Aires 1962, pag. 162.

retención, y la de los que admiten su justificación por vía de ambas, siendo ésta la tesis de la jurisprudencia[46].

Entre nosotros ha sido DEL POZO CARRASCOSA quien se ha preocupado recientemente de concretar el fundamento del derecho de retención del depositario. "Sin poner en duda -dice- que la equidad constituye el fundamento último de todo derecho de retención, aplicando dicha idea al caso concreto de la retención del depositario, la equidad se nos aparece como un concepto demasiado amplio, como un auténtico cajón de sastre que evitaría cualquier discusión sobre el tema, ocultando los problemas concretos y específicos que resultan de conceder al depositario el derecho de retener la cosa objeto del depósito"[47].

Efectúa este autor una distinción entre el fundamento de la obligación que sirve de presupuesto al derecho de retención -reembolso de los gastos e indemnización de los perjuicios producidos (art. 1779 del Código) y el fundamento del derecho de retención en sí mismo considerado.

El fundamento de la acción de reembolso de los gastos hechos para la conservación de la cosa depositada es evitar que el depositante se enriquezca injustamente. Como dice MANRESA "Si en la conservación del depósito se han origi-

---

[46] Sobre esta cuestión MARTY-RAYNAUD: "Droit Civile", tome III, 1er. vol, París, 1971, pags. 21 a 27. Se impone por otra parte advertir que el término "conexión" referido a las obligaciones no está siempre aludiendo al mismo fenómeno, aunque sean las mismas instituciones las que aparecen como efecto de las distintas acepciones que se le atribuyen. Dice GIORGI que la figura que conocemos bajo el nombre de obligaciones conexas "podría llamarse mejor un complejo de figuras jurídicas, y los efectos que de la misma se derivan son tan numerosos y diferentes que interesan por entero a toda la teoría de las obligaciones" ("Teoría...", vol. II, pag. 473).

[47] "El derecho de retener...", pag. 48.

nado gastos, nada más justo que el depositante los satisfazga; de lo contrario habría un enriquecimiento a costa ajena, condenado por las leyes"[48]. El fundamento de la obligación de indemnizar los perjuicios derivados del depósito estriba en la necesidad de procurar que el depositario salga indemne de la situación de depósito. "Es evidente que el depositario no debe asumir los menoscabos producidos en su patrimonio por la tenencia de la cosa depositada, si obró con la debida diligencia"[49].

Y en cuanto al fundamento del derecho de retención en sí mismo considerado la concesión de esta especial garantía al depositario es un medio de que se vale el legislador para contrarrestar, por así decirlo, la situación privilegiada en que este contrato sitúa al depositante, pues no olvidemos que el depósito está concebido en su exclusivo beneficio, sin que este principio resulte alterado por la existencia de una retribución. "Puesto que el favorecido durante la situación de depósito es el depositante o beneficiario, sería inicuo no conceder al depositario una ventaja una vez finalizada dicha situación"[50].

Pese a reconocerse como base de este derecho de garantía la justicia y la equidad los autores advierten sobre los peligros de abuso que puede encerrar, ya que se trata, en definitiva de un medio bastante primitivo de hacerse justicia a uno mismo. Y puesto que se considera un derecho odioso no puede concederse a todo

---

[48] Código Civil, Tomo XI, pag. 691.

[49] DEL POZO, "El derecho...", pag. 50.

[50] DEL POZO, "El derecho...", pag. 56.

acreedor. Sólo excepcionalmente puede el acreedor continuar con la posesión de la cosa que debe restituir, fundándose en una obligación que incumbe a su deudor[51]. Es sobre todo LAURENT[52] el que propugna el carácter excepcional de la retención y como consecuencia de su naturaleza de privilegio, la no aplicación a casos distintos de los expresamente contemplados en las leyes. Pero esta opinión fué posteriormente abandonada. De ahí el empeño de la doctrina y la jurisprudencia por encontrar un fundamento al derecho de retención en la idea de conexión, pues ésta va a permitir reconocerlo en casos no taxativamente contemplados por la ley y, al mismo tiempo, rechazar la opinión de que el derecho de retención existe en favor de todo acreedor que detente una cosa de su deudor, cualquiera que sea la causa de su posesión, e incluso aunque su crédito carezca de relación alguna con la cosa o con su propia deuda (tesis hoy totalmente abandonada porque implicaría un campo excesivamente amplio de aplicación de este derecho).

Son requisitos del derecho de retención la existencia de un crédito en favor del retentor, la detentación por este de una cosa ajena, y la conexión entre el crédito y la deuda.

El crédito del retentor es siempre pecuniario. Sus requisitos se suelen exponer siguiendo los de la compensación. La razón no es que la retención cons-

---

51 Compárese la excepcionalidad que se atribuye al derecho de retención con la generalidad que caracteriza la compensación.

52 "Principes...", tome XXIX, pag. 320 y ss.

tituya de hecho un procedimiento indirecto de pago, como afirma MAZEAUD[53], sino que lo que ocurre es, simplemente, que van a coincidir algunos de los presupuestos de los créditos compensables con los que tienen que concurrir en el crédito del retenedor, de la misma forma que las dos figuras coinciden en otros aspectos.

En primer lugar, el crédito del retenedor ha de ser cierto, lo que significa que cualquier duda sobre su certidumbre basta para impedir el derecho de retención. De otro lado, el credito debe de ser exigible, lo que excluye el derecho de retención en garantía de una obligación natural. Mucho más debatido es si el crédito tiene o no que ser líquido. En el derecho común ambas posiciones se sostuvieron, si bien en los códigos modernos la exigencia de este requisito apenas se ha planteado. Es la jurisprudencia la que parece exigirlo, sin que sea su opinión compartida por la mayor parte de los autores[54]. En cualquier caso, el requisito de la liquidez del crédito garantizado por la retención, se excluye cuando es la ley la que otorga el derecho y puesto que es esto lo que ocurre respecto del depositario, podemos sin ningún género de duda sostener que no es necesario para que el depositario continúe legiti-

---

53 "Lecciones III, 1º", pag. 165. Este autor afirma erróneamente que la retención constituye un medio indirecto de pago. Más acertado me parece lo que dice a este respecto LOPEZ DE HARO ("El derecho de retención", Madrid 1921, pag. 34): "Si las dos prestaciones fuesen susceptibles de compensación, el acto de retener sería, simplemente, una manera de extinguirlas; no siéndolo, la situación es semejante en apariencia, pero radicalmente diferente a la que da lugar a la compensación".

54 Respecto de la liquidez como requisito de la retención, dice BELTRAN DE HEREDIA lo siguiente: "Se ha dicho también que el crédito debe de ser líquido, y se apoya esta creencia en que pudiera ocurrir que el retentor, so pretexto de hacer liquidar su derecho de crédito, podría retrasar durante más tiempo la restitución de la cosa. Esta afirmación, si bien se mira, es un contrasentido. El retentor no tiene interés en la no restitución, sino que, al no verificarse ésta hasta que reciba su pago, su interés será verificar la entrega cuanto antes, pues ello será señal de que se satisfizo su crédito. Otros apoyan la necesidad de que el crédito sea líquido en que en la compensación ha de serlo, y siendo instituciones afines, líquido ha de serlo también en la retención. Aparte de que, como vimos, se trata de figuras distintas, razonando de esta manera también se podría afirmar que, dada la afinidad existente entre la retención y la compensación, aquélla podría recaer sobre cosas fungibles. Pero no es necesario que el crédito sea líquido para que pueda ser garantido por la retención: basta que sea cierto, probado y exigible" ("El derecho de retención en el Código Civil Español", Salamanca 1955, pag. 77).

mamente con la posesión de la cosa, que sea líquido el crédito que ostenta frente al depositante.

En cuanto a la detentación, es evidente que sin esta no hay retención. El objeto de la detentación debe ser una cosa corporal y no fungible, si bien parece que se ha admitido sobre sumas de dinero[55]. Aunque en el depósito es siempre un bien mueble, es posible que recaiga sobre inmuebles. No supone un obstáculo el hecho de que la cosa que se detenta no sea propiedad de aquél a quien ha de restituirse. Por lo tanto, podrá el depositario retener el depósito hasta el completo pago de lo que se le deba por razón de éste, aún cuando el depositante no sea dueño de la cosa.

La detentación debe ser, además, legítima. Es decir, que la detentación adquirida por despojo violento o clandestino no puede servir de base a la retención. Los autores citan a este propósito el mismo principio que fundamenta la prohibición de compensar en los casos de despojo: "spoliatus ante omnia restituendus". Tengamos presente que si se permite el derecho de retención, que es en el fondo una forma de justicia privada, es porque el poseedor, para hacer valer su derecho, no necesita alterar el estado de hecho, poniendo sus manos en cosas ajenas, sino que las cosas del deudor están ya en su poder. Desde el momento en que esto no es así, y que el acreedor se apropia indebidamente de la cosa de su deudor, aunque sólo

---

[55] Trib. Com. Lyon, 21-sept-51 (sentencia citada por Marty Raynaud, pag. 20). No olvidemos, pese a la aparente contradicción de esta afirmación que una cantidad de dinero puede ser considerada en el tráfico como una cosa no fungible y que en tales casos la obligación de restitución del retentor tiene por objeto un cuerpo cierto, debiéndose restituir precisamente las monedas de que se trate.

sea con fines de garantía, para costreñirle al pago, esa posesión es ilegítima y, por tanto, insuficiente para ampararse en este derecho. Si no se estableciese esta limitación, se estaría facilitando que el acreedor se apropiase indebidamente de un bien de su deudor para obtener el pago.

Un último requisito del derecho de retención es la conexión entre el crédito y la deuda, a la que unas veces se alude, ciertamente, como requisito, y otras como fundamento del derecho de retención[56], habiendo sido esto último criticado por BELTRAN DE HEREDIA, quien afirma "La conexión que ha de existir entre el crédito y la cosa es, evidentemente un requisito indispensable para que entre en juego el mecanismo de la retención, pero no fundamenta, ni mucho menos, la existencia de este derecho, no justifica la acción del acreedor de retener la cosa que está obligado a entregar. Una cosa es los requisitos o condiciones para el ejercicio de la retención y otra muy distinta y más profunda el fundamento de esta figura jurídica"[57]. Esto último es, desde luego, cierto. Y desde este punto de vista el fundamento del derecho de retención es la equidad. Pero no deja de ser verdad, a mi modo de ver, que la razón por la cual es conforme a la equidad permitir al depositario retener la cosa depositada, es que su crédito frente al depositante se ha originado precisamente como consecuencia de la posesión de la cosa, de tal manera que su ausencia determinaría, no simplemente la falta de uno de los requisitos del dere-

---

[56] A esta segunda orientación responde el planteamiento hecho anteriormente cuando se aborda la cuestión de la conexión.

[57] "El derecho de retención...", pag. 24.

cho de retención, sino la desaparición de la causa de equidad que se pretende tutelar.

El efecto del derecho de retención es permitir al depositario continuar detentando la cosa "hasta el completo pago de lo que se le deba por razón del depósito". En tres pueden ser clasificadas las cuestiones fundamentales que en torno a los efectos han preocupado a la doctrina: la oponibilidad del derecho frente a terceros, la de si otorga al depositario una especial preferencia para el cobro y, finalmente, si confiere un derecho de persecución sobre la cosa depositada.

Las respuestas a estos interrogantes son bastante pacíficas. Cuestión distinta es, a la luz de ellas, pronunciarse en favor de la naturaleza -real o personal- del derecho de retención, lo que constituye el aspecto más debatido de todos los que se han planteado a propósito de esta figura y respecto del cual hay una gran variedad de puntos de vista[58]. Señala LAURENT que "A decir verdad, no hay opinión general en esta materia. Unos dicen que la retención engendra un derecho real; otros consideran esta doctrina inexacta. En todas las opiniones es un derecho de naturaleza singular : real sin derecho de persecución, o no real y oponible sin embargo a terceros"[59].

La retención es una excepción de oponibilidad absoluta, lo que significa que el depositario puede utilizarla, no sólo frente al depositante, deudor de los

---

58 Sobre este tema, BELTRAN DE HEREDIA, "El derecho...", pags. 28 y ss.

59 "Principes...", tome XIX, pag. 345, n. 302.

gastos, sino también ante el propietario de la cosa (en el supuesto de que el depósito no haya sido celebrado por éste). Es esta nota de la oponibilidad frente a terceros la que ha suscitado la problemática relativa a su carácter real[60]. Ahora bien, este derecho no confiere a su titular ninguna otra prerrogativa. El mero hecho de que el legislador le confiera la facultad de negar la restitución no implica, por sí sóla, que tenga una preferencia para el cobro respecto de los demás acreedores. Unicamente la tendrá cuando, además, la ley le otorgue expresamente este privilegio. Tampoco tiene, a diferencia del acreedor prendario, el "ius distrahendi", que le permite vender la cosa depositada y satisfacer su crédito con el producto de la venta[61]. Por último, tampoco el retentor tiene un derecho de persecución sobre la cosa, de tal manera que no dispone de medio alguno para recobrarla cuando voluntariamente la haya restituido al deudor, aún cuando no se le haya satisfecho el crédito.

---

60 "Alegan los partidarios de la realidad del derecho de retención ser este un derecho real, por ser oponible a terceros. Ciertamente, la oponibilidad a terceros es también una característica del derecho real, es este el prototipo de los derechos absolutos, porque puede ejercitarse y hacerse efectivo contra todos. El derecho real, por esto de ser absoluto, puede ser invocado siempre, bien sea demandado, bien sea excepcionado, en via de acción o en vía de excepción. Pero, como dice Butera , aún siendo la oponibilidad a terceros uno de los caracteres normales del derecho real, no por el'o se puede razonar "a contrario sensu" y decir que todo derecho oponible a terceros es derecho real...El que el derecho de retención sea oponible a terceros no estriba en que sea un derecho real, sino en una razón eminentemente práctica y de evidentísima equidad, verdadero fundamento de la retención, pues, si esta no fuera oponible a terceros, la garantía que ofrece al acreedor sería ilusoria. Ya que bastaría que el deudor confiriese al comprador la cosa, o a cualquier otro que le represente, el derecho de recobrar la cosa que él no puede exigir por sí mismo, y el derecho del retentor quedaría burlado con toda seguridad" (BELTRÁN DE HEREDIA, "El derecho...", pags. 39 y 40.

61 TOULLIER: "Diritto Civile...", vol. X, aunque reconoce que no tiene el depositario retentor ninguna preferencia para el pago, porque considera que todo privilegio ha de ser expresamente establecido por la ley, se muestra partidario de su consagración porque considera que es contradictorio permitir al depositario que conserve la cosa hasta que cobre su crédito e impedir en consecuencia a los restantes acreedores embargarla, venderla o ser satisfechos con su precio y negarle, no obstante, la facultad de provocar la venta para pagarse lo que se le debe con preferencia a cualquier otro. En el mismo sentido MAZEAU ("Lecciones...", III, pag. 178) destaca que el Código Civil Suizo permite la realización de la cosa retenida cuando el deudor no haya podido suministrar otra garantía, y se pronuncia en favor de una reforma de esa índole en Francia, a la vez que afirma que "el derecho de retención aparece en el derecho positivo francés contemporáneo como una garantía imperfecta y cuya evolución no se halla todavía terminada".

De todo ello resulta que el perfil con el que aparece configurado en la actualidad el derecho de retención es el mismo que le dió la legislación romana, en donde más que una garantía real para el acreedor, fué un medio para obtener el pago.

En el caso de que ese resultado se consiga, el derecho de retención se extingue. Como derecho accesorio que es, ese mismo efecto extintivo se producirá desde el momento en que desaparezca por cualquier causa el crédito del depositario. También cuando se renuncia, expresa o tácitamente, a esta facultad. Se entiende que hay renuncia tácita cuando el depositario voluntariamente entrega la cosa al depositante, pero no cuando lo hace violentamente o por error. En el primer caso, está asistido por las acciones que corresponden a todo poseedor. En el segundo puede repetir lo pagado, ejercitando la "condictio indebiti". Finalmente, cesa también el derecho de retención cuando el retentor, por inversión de la posesión, deviniera poseedor en nombre propio. Ello es lógica consecuencia de la necesidad de que la retención recaiga sobre cosa ajena.

Problema distinto es el de establecer lo que ocurre en el caso de que mediante el ejercicio del derecho de retención no se logre la finalidad para la que se concede, esto es, cuando el deudor no paga. Los autores que entienden, como DEL POZO[62] que el art. 1780 confiere al depositario un auténtico derecho de pren-

---

62 Véase, especialmente, el capítulo VIII de su obra, en donde se contiene una detallada exposición de las razones en que se basa y una precisa adaptación de las normas de la prenda al derecho de retener en prenda del depositario, distinguiendo según que el depositante sea o no propietario de la cosa depositada y retenida en prenda.

da legal, resuelven esta cuestión adaptando la normativa de ésta, que permite al retentor proceder a la venta del depósito y aplicar las cantidades obtenidas a la satisfacción de su crédito. Para los que por el contrario piensan, a pesar de la expresión legal "retener en prenda", que al depositario se le concede un simple derecho de retención, la cuestión está pendiente de resolver, pues sabido es que éste no va acompañado de un derecho de realización de valor. Se hace entonces preciso determinar cúal va a ser, finalmente, el destino de la cosa retenida.

Ante todo hay que tener en cuenta que el retentor puede usar para cobrar su deuda todos los medios que el derecho pone al alcance de cualquier acreedor. El derecho de retención es una especial garantía que se suma a ellos, pero que no los excluye. Ello implica que, si bien en un primer momento el retentor puede permanecer inactivo, en la lógica creencia de que el uso de esta facultad que le concede la ley va a ser por sí sóla suficiente para compeler al deudor al pago, una vez que compruebe que no es así, no se limitará ya a oponer (por vía de excepción) el derecho de retención, sino que iniciará una actividad dirigida a obtener el pago. En esa actividad de ejecución y embargo, su condición de retentor lo va a situar, indirectamente, en una posición más favorable a la del resto de los acreedores, en el sentido de que conocerá que, cuanto menos, el bien depositado pertenece a su deudor[63], y podrá señalarlo a efectos del embargo. Como dice DEL POZO "El derecho de retención concede al depositario una garantía realmente eficaz a la hora de exigir el pago de su crédito; y ello, no sólo, como hemos visto, en sentido positi-

[63] Esto en la hipótesis más frecuente de que el depositante sea propietario de la cosa.

vo, ejecutando la cosa retenida, sino también en sentido negativo, de oponibilidad de su derecho de retención a terceros ejecutantes, pudiendo el depositario no entregar la cosa hasta que estos no le satisfazgan su crédito. El concepto posesorio de retentor no es en sí mismo título legitimador para proceder a la ejecución del bien retenido. Pero el retentor podrá ejecutar dicho bien en tanto que acreedor. El derecho de retención constituye pues un instrumento facilitador del embargo y realización del valor del bien retenido"[64].

Hasta ahora hemos visto las dos formas en que normalmente se va a producir el desenlace de la situación de incumplimiento que da lugar al ejercicio del derecho de retención. O bien el deudor -ante la presión que ejerce el retentor- paga (pues sabe que mientras que no lo haga no recupera la cosa), o bien el acreedor -ante la ineficacia de esta especial medida de coacción- inicia una acción judicial dirigida a obtener el cumplimiento, en cuya fase de ejecución va igualmente a desplegar su utilidad, aunque indirecta, aquél derecho.

Pero hay aún otra situación que se puede plantear. Piénsese que el deudor persista en su actitud de incumplimiento y que el acreedor permanezca inactivo, hasta el punto de que prescriba el derecho a reclamar los gastos, limitándose, legitimamente, a no restituir. ¿Significa eso que el retentor va a continuar indefinidamente detentando la cosa?. Esto es lo que sostiene LOPEZ DE HARO, quien llega a decir que si se da la prescripción extintiva respecto del dueño de la cosa, "se extin-

---

64 "El derecho de retener...", pag. 111. Este autor se ocupa ampliamente de la cuestión en nuestro derecho y señala que la doctrina francesa anterior a él adopta posiciones similares (nota 12, pag. 107).

gue el ius retentionis si el retentor quiere utilizar aquélla excepción, quedándose con la cosa", considerando que de esta forma queda satisfecho el crédito que motivó la retención, "pagado en sentido legal y en consecuencia extinguido"[65].

A mi modo de ver, lo que ocurre en el caso de que prescriba la acción del depositario para exigir del deponente los gastos derivados del depósito es, ciertamente, que el derecho de retención se extingue, más no creo en absoluto que pueda defenderse que el depositario vaya a quedarse con la cosa, satisfaciendo así su crédito.

La razón por la cual se extingue el derecho de retención es obvia: se trata de un derecho accesorio que sigue la suerte del principal. Extinguido por prescripción el derecho a reclamar los gastos -en garantía del cual se establece- no tiene ya razón de ser. Incluso aunque se piense que lo que prescriben no son los derechos, sino las acciones, habremos de llegar a la misma conclusión, si entendemos, con la doctrina mayoritaria[66] que para retener la deuda garantizada ha de ser -como en la compensación- exigible. Para LAURENT una deuda es exigible cuando el acreedor pueda exigir su pago sin que el deudor pueda oponerle una excepción que destruya la acción[67]. Conforme a este criterio, el crédito pres-crito del depositario no es ya

---

65 "El derecho de retención", pag. 91 y 92.

66 En contra, MESSINEO (citado por Arrillaga en Diccionario Seix, voz "compensación, pag. 482).

67 "Principes...", tomo XVIII, pag. 403.

una deuda exigible: ante una posible reclamación, podrá el deponente oponer la excepción de prescripción.

Por otra parte, el hecho de que la ley otorgue al depositario el derecho de retención, no incide para nada en el fundamento de la prescripción. El depositario acreedor de los gastos debe sufrir las consecuencias que se derivan de su inactividad o negligencia, de la misma forma que cualquier otro acreedor, de manera que transcurrido el lapso de tiempo previsto por la ley, el deudor puede oponer la prescripción ante la exigencia de pago.

Por lo que hace a la posibilidad de que el retentor en tales ocasiones se quede definitivamente con la cosa dada en guarda, entendiéndose que queda pagado con ella, debe rechazarse rotundamente, no sólo porque no exista en el Código ningún precepto en que se conceda al deudor esta facultad, sin que pueda presumirse por tratarse de una forma de justicia privada, sino además porque está expresamente prohibido en relación con la prenda y la hipoteca por el art. 1859. Si con arreglo a este artículo entienden la doctrina y la jurisprudencia que es nulo el pacto comisorio por considerarlo contrario a la moral, con mayores motivos hay que rechazar que pueda el retentor -que ni siquiera goza del "ius distrahendi" -apropiarse o disponer de la cosa retenida.

Una cosa es conceder al depositario el derecho de retención -que tiene una finalidad meramente dilatoria- y otra muy distinta permitirle apropiarse con

carácter definitivo de la cosa depositada, atribuyéndose a este hecho un efecto liberatorio.

Una vez que hemos establecido en qué consiste el derecho de retención del depositario, hay que fijar en garantía de qué créditos se establece. Recordemos la expresión legal: el depositario puede retener "hasta el completo pago de lo que se le deba por razón del depósito". Determinar el alcance concreto de esta expresión supone realizar una interpretación sistemática con el artículo precedente, que se ocupa de establecer qué gastos debe reembolsar el depositante al depositario. Son los gastos que haya hecho para la conservación de la cosa depositada y los perjuicios que se le hayan seguido del depósito. Y es a estos a los que se refiere el derecho de retención del depositario[68].

Dentro de los gastos se establece una tripartición entre gastos necesarios, útiles y de puro lujo o mero recreo, entendiéndose que los que son reembolsables son los primeros, si bien algunos autores franceses entienden que también los gastos útiles son reembolsables (mediante el ejercicio de una "actio in rem verso"), puesto que de lo contrario el depositante se enriquecería injustamente con las mejoras introducidas en la cosa por el guardador. ROCA JUAN, sin embargo, considera más razonable la opinión negativa "si tales gastos de mejora han sido hechos por el depositario sin el consentimiento del deponente: argumento fundamental es el de que establecida la situación jurídica de depósito con un contenido determinado, en

---

[68] Sobre este tema, ampliamente, y con referencias a la doctrina francesa, DEL POZO CARRASCOSA, "El derecho de ...".

la posición del depositario no se incluye la facultad de imponer al deponente una responsabilidad por enriquecimiento , criterio éste que el Código sigue respecto del arrendatario (cfr. art. 1573) y al usufructuario (cfr. art. 487), los cuales, aún pudiendo realizar tales mejoras, no tienen derecho a la indemnización, si bien están facultados para retirarlas, si fuera posible. Con tal criterio parece querer protegerse al dueño de cualquier imposición de gastos por parte del que tiene la posesión, y parece que con mayor razón el deponente no tendrá el deber de indemnizar al depositario, si se tiene en cuenta que este no tiene el uso, ni el disfrute de la cosa en función de los cuales realizar tales gastos (como sucede en el caso del arrendatario y del usufructuario), ni tiene la facultad (salvo pacto) de realizarlos[69].

Cuestión distinta es la de si, tratándose de un depósito retribuido, se puede o no entender garantizado el precio mediante el derecho de retención. El código no se pronuncia sobre el tema, probablemente porque se inspira en el Francés en la regulación del depósito y en este no existía una previsión sobre ello, dado el carácter esencialmente gratuito con que se configura este contrato.

Las dos opiniones se han sostenido entre los civilistas españoles, si bien la mayor parte de los autores que se pronuncian sobre ello se limitan a tomar partido, sin exponer razones[70]. Sí lo hace, no obstante, DEL POZO, para quien son dos los argumentos de la tesis negativa (que él, sin embargo, no acoge): uno histórico y

---

69 "Comentarios...", Tomo XXII, vol. 1 pag. 285.

70 Así, FERRANDIS VILELLA (Notas al Tratado de Derecho Civil de Ennecerus, tomo II, 2a. parte, pag. 656), MUCIUS SCAEVOLA (Código Civil, tomo XXVII, Madrid 1952, pag. 522), VIÑAS MEY ("Más sobre el derecho de retención", RDP 1923, pag. 11).

otro derivado de la interpretación sistemática. El primero consiste en observar que los arts. 1779 y 1780 del Código Civil actual reproducen exactamente el 1684 y 1685 del Proyecto del 51, copiados a su vez del 1947 y 1948 del Código de Napoleón, y que tanto en uno como en otro el depósito era gratuito por su esencia. El segundo argumento lo explica con las siguientes palabras: "Los arts. 1779 y 1780 del Código integran una sección entera, la cuarta, del capítulo dedicado al depósito propiamente dicho y si en dicha sección no se menciona la retribución no debe incluirse en el precepto un concepto que dicha ley ha omitido"[71]. Por su parte, los defensores de la solución contraria pueden esgrimir como argumento la amplitud de la expresión legal ("hasta el completo pago de lo que se le deba por razón del depósito").

Pero adoptar una de estas dos soluciones debe suponer una apoyatura más sólida que la proporcionada por todo lo anterior. El argumento histórico es pobre. El hecho de que el Código vigente reproduzca el contenido de los preceptos concordantes del Código de Napoleón y del Proyecto del 51 en donde no se incluía la retribución, no debe llevar a concluir que ésta no esté garantizada por el derecho de retención, limitándose a dar la misma redacción que en el Proyecto al artículo en donde se determina cúales son los gastos reembolsables por el depositante y al que consagra el derecho de retención. Idéntica apreciación priva de valor al argumento extraído de la interpretación sistemática. En cuanto a la amplitud de la expresión legal no debe de conducir -al menos por sí sóla- a incluir dentro de ella la remuneración debida al depositario. Mucho más coherente me parece la opinión de aque-

---

[71] "El derecho...", pag. 91.

llos que como ALBALADEJO[72] entienden que la retribución excluye el pago de los gastos ordinarios. Siendo esto así, lo único sensato es sostener que el precio del depósito está igualmente amparado por la retención (pues en caso contrario estaríamos haciendo de peor condición al depositario en el depósito retribuido que en el gratuito), pero únicamente -como dice DEL POZO- cuando la retribución se ha pactado expresamente con el ánimo de cubrir aquellos gastos de conservación previsibles, porque en este caso "cabe entender la retribución como la previsión o el pago hecho por adelantado de un gasto de conservación futuro, previsible y líquido[73].

Al margen de esta hipótesis, voy a partir, para exponer mi punto de vista sobre la cuestión planteada de si la retribución en el depósito está o no tutelada por el derecho de retención, de la opinión al respecto formulada por DEL POZO.

Tras concluir inicialmente que el derecho de retención del depositario no alcanza a la retribución en el caso de depósito oneroso, pone de relieve la analogía existente entre este contrato y el arrendamiento de obra, por cuanto que en ambos se realiza con plena autonomía una actividad remunerada, siendo sólo relevante su resultado. Y puesto que entiende que esta similitud debe conllevar idéntica protección a la retribución en una y otra figura, concluye en favor de la aplicación analógica del 1600 al crédito que nos ocupa.

---

72 "Derecho Civil", Tomo II, vol. 2, 5a. edición, 1983, pag. 403.

73 Pags. 94 y ss. de su obra.

En principio el razonamiento es convincente, pero si atendemos a la conexidad entre el crédito y la deuda, que hemos señalado como uno de los requisitos de la retención, comprobaremos que es equivocado. En efecto, esa conexión se da en el contrato de obra, puesto que el crédito (precio de la obra) ha surgido con ocasión de la cosa. Para poder retener es indispensable que se haya ejecutado la obra. El derecho de retención en este supuesto se fundamenta, según DE ANGEL YAGUEZ en el plusvalor adquirido por la cosa y paralelo enriquecimiento obtenido por el dueño[74]. Sin embargo, la conexión falta en el caso del depósito retribuido porque éste nace del mismo acuerdo de voluntades, pero no como consecuencia de la cosa. Sí ocurre esto último respecto de los gastos necesarios para la conservación de la cosa y de los perjuicios que se derivan del depósito, y por este motivo están protegidos por la retención independientemente del carácter gratuito u oneroso de la relación en la que se originen.

No creo, pues, que el precio del depósito esté protegido por el derecho de retención. Y no tanto porque el Código no lo diga expresamente (lo que, según hemos visto, tiene una explicación histórica que hace en este caso inútil argumentar que, como toda excepción, debe de ser restrictivamente interpretada), sino porque falta uno de los requisitos que justifican esta medida excepcional en ocasiones permitida por el legislador.

---

[74] Cita recogida por LUCAS FERNANDEZ en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo XX, vol. 2. Madrid 1986, pag. 482.

No es válido, para responder positivamente, argumentar la analogía que presenta el depósito retribuido con el contrato de obra, pues si bien es cierto que ambos tienen notas comunes, también lo es que se diferencian en un aspecto fundamental relacionado con esta cuestión.

Ambos son contratos bilaterales en los que, sin embargo, la restitución no entra en la relación de reciprocidad, en el sentido de que no es la contrapartida ni de la retribución debida por el depositante ni del precio de la obra, sino que estas lo son, respectivamente, del deber de guarda y de la ejecución de la obra[75]. Ello excluye la "exceptio non adimpleti contractus" respecto de la restitución, colocando al deudor de esta en una cierta situación de indefensión, dado que no puede negarse a devolver la cosa por el hecho de que no se le pague el precio del servicio realizado, aunque algún autor haya opinado en contra[76].

Este resultado no es convincente, más queda el recurso de obtener el contrario, más equitativo,por una vía distinta: el derecho de retención, establecido precisamente por el legislador respecto de relaciones en las que no es posible la "exceptio non adimpleti contractus", bien por tratarse de relaciones no contractuales (arts. 453 y 522), bien por faltar la reciprocidad (art. 1730).

---

[75] La retribución se estipula a cambio de la guarda de la cosa en el depósito y como equivalente de la realización de la obra en el arrendamiento de obra.

[76] DE ANGEL YAGUEZ, citado por Lucas Fernández en "Comentarios...", tomo XX, vol. 2, pag. 481.

En una primera consideración pudiera pensarse que las mismas razones de equidad abogan en favor de la concesión del derecho de retención respecto del precio de la obra que respecto de la retribución del depósito, pero a poco que se profundice, resulta claro que no es así: por efecto de la realización de la obra la cosa se revaloriza, lo que no ocurre respecto de la cosa depositada, que el depositario se ha limitado a "guardar", realizando, eso sí, los gastos necesarios para ello, los cuales sí están amparados por el derecho de retención, así como "los perjuicios que se le hayan seguido del depósito" (arts. 1779 y 1780).

Al argumento anterior cabría todavía añadir otro: recordemos la analogía existente entre mandato y depósito; pues bien, el alcance del derecho de retención del mandatario es muy preciso y no alcanza la retribución[77]. Según el art. 1730 "El mandatario podrá retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante realice la indemnización y reembolso de que tratan los dos artículos anteriores. Estos artículos se refieren a las cantidades anticipadas al mandatario para la ejecución del mandato y a la indemnización de daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato sin su culpa.

4-CESACION DEL DEBER DE RESTITUIR DEL COMODATARIO.-

La regulación del comodato es en nuestro Código mucho menos detallada que la del depósito. Buena prueba de ello es que a éste último dedica casi el

[77] Aunque algunos consideran (LEON ALONSO, "Comentarios..." Tomo XXI, vol. 2, pag. 448), dada la evolución de la figura, que el código en realidad deja imprejuzgada la cuestión de si la retribución debida por el mandante está o no garantizada por el derecho de retención.

doble de artículos que a aquél,(sin tener en cuenta los que tratan del depósito necesario y del secuestro).

Ello se refleja también en las normas relativas a la obligación de restituir del comodatario. El Código no recoge ninguna causa de exclusión de ésta[78], a pesar de ser la obligación fundamental que nace del contrato. En realidad, las disposiciones que el Código dedica a las obligaciónes del comodatario (que conforman la sección segunda del capítulo dedicado a este contrato) están casi exclusivamente dirigidas a hacer más rigurosa su responsabilidad que la de los deudores ordinarios, como consecuencia de su carácter gratuito.

El hecho de que el Código guarde silencio sobre el tema no significa, desde luego, que no haya ningún caso en que ceda esta obligación. Basta, por ejemplo, con que se produzca la pérdida de la cosa para que sea imposible devolverla.

De las circunstancias que excluyen esa obligación, unas van a resultar de la aplicación de las reglas generales y otras de la aplicación analógica de las normas del depósito.

Básicamente puede, pues, seguirse el esquema anteriormente adoptado para el depósito. Conviene, no obstante, tener en cuenta que, a diferencia del depositario, obligado en todo momento a devolver la cosa si el depositante se la reclama (art. 1775), el comodatario sólo tiene que ejecutar esa obligación después de con-

---

[78] El art. 1747 lo que hace es negar al comodatario el derecho de retención.

cluido el uso para el que se prestó, salvo que el comodante se la reclame antes por tener urgente necesidad de ella (art. 1749) o por no haberse pactado "la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada", sin resultar este determinado por la costumbre de la tierra (art. 1750).

La regla general es que la restitución debe de ser hecha al comodante. Es también posible, sin embargo, que se efectúe al representante, a los herederos, o a un tercero designado a tal fin, sin que por ello se deje de hablar de restitución.

Si después de celebrado el contrato deviene el comodatario incapaz, la restitución se hace a su representante. Ello es así, no sólo por la aplicación analógica del art. 1773, sino porque resulta de las reglas generales, siendo en realidad la norma innecesaria también respecto del depósito. No obstante, si la restitución se efectúa al depositario incapaz, surtirá efecto conforme al art. 1163, sin perjuicio de la responsabilidad que por ello incumbe al depositario, siempre y cuando conozca dicha incapacidad por habérsela notificado.

Caso de fallecimiento del comodante, la cosa se entrega a sus herederos. Nuevamente, no ya porque lo diga el Código respecto del depósito (art. 1766), sino porque "es aplicación de los principios elementales que rigen las obligaciones y las sucesiones"[79]. Es de destacar que, pese a tratarse de un contrato "intuitu personae", la regla general es que "Las obligaciones y derechos que nacen del comodato pasan a los herederos de ambos contrayentes a no ser que el préstamo se haya hecho en

[79] LAURENT: "Principes...", tome XXVI, pag. 135, n. 117.

contemplación a la persona del comodatario, en cuyo caso los herederos de éste no tienen derecho a continuar en el uso de la cosa prestada" (art. 1742).

Es posible que el comodante designe a una persona distinta a la cual la cosa prestada ha de restituirse, pudiendo dicha designación revestir dos formas diversas, según que el comodatario quede obligado, o tan sólo facultado, para entregarla a ese tercero[80].

Llegamos así a aquél grupo de supuestos en que la restitución in natura a la que en principio está obligado el comodatario se transforma en una obligación de restitución por equivalente, lo cual tendrá lugar siempre que aquella haya devenido imposible por su culpa. Interesa aquí recordar la especial responsabilidad que incumbe al comodatario, a tenor de los artículos 1744 y 1745.

Aunque generalmente la obligación de restitución se traduce en restitución por equivalente cuando la cosa no está ya en poder del deudor, hay un supuesto en que se origina un efecto distinto: si el comodatario era incapaz al tiempo de la celebración del contrato, sólo deberá en tales casos abonar al comodante "la cantidad en que se hubiere enriquecido con la cosa o con el precio". Así lo dispone el art. 1765 respecto del depósito y no parece existir inconveniente alguno en aplicarlo al comodato, máxime si tenemos en cuenta que la doctrina lo suele considerar tan sólo como una aplicación a un caso concreto de la regla general del art. 1304.

---

80 CARRESSI: "Il comodato", pag. 78, FRAGALI, "Commentario del Codice Civile a cura di A. SCIALOJA, Libro IV, Bologna 1959, pag. 187.

No se puede en realidad sostener que la hipótesis del art. 1765 sea una nueva causa de exclusión de la obligación de restitución. Ciertamente el comodatario, lo mismo que el depositario incapaz, no está obligado a restituir la cosa si no está ya en su poder. Mas este supuesto no presenta ninguna peculiaridad , tratándose, simplemente, de un caso en el que no es ya posible la restitución in natura. La especialidad que presenta es que, en vez de estar obligado el poseedor a la restitución por equivalente, que sería lo que ocurriría si fuese plenamente capaz, sólo lo está en la medida en que se hubiese enriquecido, lo que, como muy bien apunta la doctrina no deja de ser la aplicación de la regla general del Código para el caso de contratos celebrados por incapaces.

Es evidente, de otro lado, que también se extingue la obligación de restituir del comodatario cuando la cosa prestada se haya perdido sin culpa del deudor. Esta doctrina, aparte de ser resultado de la aplicación de las reglas generales (art. 1105), resulta a sensu contrario establecida también respecto del comodato por el art. 1744, que hace responsable al comodatario de la pérdida de la cosa, "aunque ésta sobrevenga por caso fortuito", si el comodatario destina la cosa para un uso distinto de aquél para que se prestó, o la conserva en su poder por más tiempo del convenido.

Más difícil resulta pronunciarse acerca de la aplicabilidad al comodato del art. 1777, en cuanto que establece. para el supuesto de hecho que contempla ("El depositario que por fuerza mayor hubiere perdido la cosa depositada y recibi-

do otra en su lugar"), un efecto algo distinto al establecido en general para tales casos por el art. 1186.

Según ROCA JUAN[81] "como se trata de pérdida de la cosa, el principio del art. 1186 -que atribuye al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de la cosa- se concreta aquí en la entrega de otra diferente, si el depositario que perdió la cosa depositada sin su culpa hubiera recibido esa otra en su lugar, estableciendo con ello una subrogación especial, ya que acciones "directamente atribuidas "por razón de la cosa" perdida corresponderán siempre, en principio -lo mismo que los daños- al dueño, no al depositario".

Sin entrar en las cuestiones que suscita el artículo[82], pero teniendo en cuenta que su campo de aplicación son los supuestos de requisa forzosa por causas de guerra o alteraciones de orden público[83], y teniendo también presente la necesidad y justicia del precepto, se puede defender sin problemas (o al menos, sin mayores problemas de los que origina en relación con el depósito) su aplicación al comodato. Por la misma razón que el depositario que se ve privado por una causa de fuerza mayor de la cosa que custodiaba y recibe a cambio una cantidad de dinero u

---

81 "Comentarios...", Tomo XXII vol. 1, pag. 274.

82 Fundamentalmente en relación con el contrato de seguro concertado por el depositario.

83 POTHIER pone el siguiente ejemplo: en un tiempo de carestía y de gran escasez de trigo en el mercado, el depositario se ve compelido por el Magistrado de la ciudad a venderlo a determinado precio y a recibir la remuneración. Entonces, el depositario se libera de todas sus responsabilidades en relación al depositante, restituyéndole el precio recibido.

otra cosa, no puede quedarse con ella, pues se enriquecería injustamente, tampoco puede hacerlo el comodatario.

En cualquier caso, la entrega de una cosa distinta de la depositada o prestada no es ya propiamente un acto de restitución, según el concepto ya expuesto.

Muy relacionado con este supuesto se encuentra el previsto por el 1778: "El heredero del depositario que de buena fe haya vendido la cosa que ignoraba ser depositada, sólo está obligado a restituir el precio que hubiere recibido o a ceder sus acciones contra el comprador en el caso de que el precio no se le haya pagado". Idéntico caso puede plantearse respecto del heredero del comodatario y creo que dándose todos los requisitos que prevee la norma, la solución ha de ser la misma, puesto que como apunta ROCA JUAN lo más probable es que el precepto sólo tenga "la finalidad de declarar la no responsabilidad del heredero del depositario si la cosa se pierde para el deponente propietario despues de haberla vendido -y creo que entregado- a un tercero por el heredero del depositario con buena fe; y al mismo tiempo, que aún extinguida su obligación de devolver por la pérdida de la cosa, no resulte enriquecido por el precio que recibió o puede recibir. Pienso que el precepto no tiende a legitimar la adquisición en compra del tercero, sino que contempla todos los casos en que la cosa depositada y vendida por el heredero del depositario, con buena fe, se haya perdido haciéndose imposible el cumplimiento de la obligación de restituir, cualquiera que sea la causa de la pérdida de la cosa, que salió del poder del depositario por vía de una compraventa, y se pierde, precisamente, estando en poder del tercero comprador, pues mientras está en poder del herede-

ro del depositario, la cosa no se ha perdido, y si se pierde estaremos en el caso del artículo precedente"[84]. De otro lado, un argumento en favor de la aplicación al comodato del art. 1778, lo encontramos en el párrafo 47 de la Ley 1, Título II, Libro XVI del Digesto, referido a la venta de la cosa depositada o dada en comodato por el heredero del depositario o comodatario.

Por último, el plazo de prescripción de la restitución de la cosa dada en préstamo es igualmente de quince años, (art. 1964) a contar desde que haya finalizado el tiempo por el cual se hubiese conferido el uso de la cosa o la haya reclamado el comodante por tener urgente necesidad de ella (artículo 1749) o por no haberse pactado duración ni uso a que debía destinarse la cosa, ni resultar determinado por la costumbre de la tierra (art. 1750).

El comodatario no goza, sin embargo. de derecho de retención sobre la cosa dada en préstamo. El texto del artículo 1747, según el cual "El comodatario no puede retener la cosa prestada a pretexto de lo que el comodante le deba, aunque sea por razón de expensas", elimina las dudas que hubiese suscitado el silencio del Código sobre el particular.

La norma encuentra una fácil justificación. Como dice GARCIA GOYENA, y repiten todos los autores "sería en estremo duro que el comodante, después de beneficiar al comodatario y concluido el uso de la cosa, se viese privado de gozarla so color de espensas, más o menos ciertas y justas". La posición del depo-

---

[84] ROCA JUAN: "Comentarios...", tomo XXII, vol. 1 pag. 279.

sitario es diversa, pues es él quien presta un servicio al deponente, lo que explica que resulte equitativo otorgarle aquél derecho.

No obstante, hay algunos aspectos de la postura del Código que llaman la atención: uno, que carece de precedente en nuestro derecho histórico, que optó siempre por la solución contraria; y otro que "desde el punto de vista de los glosadores y con POTHIER, podría criticarse el artículo 1747, diciendo que el comodatario tiene de común con todos los que hacen gastos para la conservación de una cosa el "veluti quodam pignoris iure"[85].

Según la ley 4, Título XXIII, Libro 4 del Código de Justiniano "Praetestu debiti, restitutio commodati non probabiliter recusatur", es decir que so pretexto de una deuda no se rehúsa plausiblemente la restitución de lo dado en comodato. GUTIERREZ FERNANDEZ entiende a partir de aquí que "el comodatario no puede retener la cosa por vía de prenda ni bajo el pretesto de que el comodante tenía que pagarle deuda u otra cosa[86]. Sin embargo, según apunta GARCIA GOYENA los jurisconsultos romanos antiguos concedían la retención por los gastos, sobre todo por los necesarios que el comodatario hubiese hecho en la cosa, y que la citada ley del Código de Justiniano debe "entenderse de créditos estraños que no traen su origen del comodato"[87].

---

[85] MANRESA: "Código Civil", Tomo XI, pag. 590.

[86] "Códigos o estudios...", tomo V, 3a. edición, Madrid 1878, pag. 222.

[87] "Concordancias...", Tomo II, pag. 856, Comentario al art. 163º

El Fuero Real, en su Ley 6a. dice: "Si alguno emprestó caballo a alguno para llevarle a alguna lid, e lo mataren o se perdiere, no sea tenudo de gelo pechar; e quien alguna cosa recibió emprestada de su deudor, no le pueda toller lo que prestó por razón de lo que se debía: esto mandamos en los emprestidos que no son por cuenta o medida...".

La Ley 9 del Título 2 de la Partida V establece lo siguiente: "Para servicio cierto, ó fasta tiempo señalado, rescibiendo alguno de otri caballo ó otra cosa semejante emprestada; luego que el servicio fuese fecho, o el tiempo cumplido, tenudo es de la tornar a su señor. E non la puede tener dende en adelante como en razón de prenda, maguer aquel que gela habia prestada, le oviese a dar alguna debda, o otra cosa: fueras si la debda fuese por pro, o por razón de aquella cosa mesma que rescibió prestada. E aun estonce ha manester que sea fecha despues que gela prestaron, e non ante. Ca estonce bien la puede tener, fasta que sea entregado de la despensa que fizo en la cosa prestada: seyendo la despensa atal que con derecho la puede demandar. E la pena que deben aver aquellos que no tornaren la cosa prestada es esta: que la deben dar con las costas, e las misiones que fizo en demandandola, a aquél que la prestó. E demás, si la cosa se perdiese, o muriese, o menoscabase después que el pleito fuese comenzado por demanda, e por respuesta, sería el peligro de aquellos que la recibiesen prestada".

Resulta, pues, que, llámese retención, llámese impropiamente compensación, lo que es claro es que hasta el Proyecto del 51, nuestro derecho permitió al comodatario continúar con la posesión de la cosa prestada hasta que se le satis-

faciesen por el comodante los gastos realizados con ocasión de la misma, siempre y cuando hubiesen sido posteriores a la entrega.

Aunque la solución contraria encuentra una justificación en la la gratuidad esencial del comodato, no es del todo convincente porque implica privar al deudor de la restitución de una garantía para el cobro de su crédito por los gastos realizados en la cosa, que se confiere al resto de los deudores en la misma situación. No vale argüir, como hace MANRESA, que el comodatario "tiene siempre expedita la acción derivada del contrato"[88], pues una cosa es que pueda, lógicamente, reclamar el abono de tales gastos, y otra bien distinta que, aparte de ello, se le conceda por ley una especial garantía para asegurarle mucho más eficazmente que va a cobrar su crédito.

Encuentro en consecuencia bastante probable que la razón del cambio que en esta materia introduce el Proyecto del 51 sea la confusa y extraña redacción del artículo 1885 del Código de Napoleón ("El comodatario no puede retener la cosa en compensación de lo que el comodante le deba"), que ya fue ampliamente comentado en otro momento[89] y, en última instancia, la tremenda confusión existente entre compensación, retención y otras figuras análogas carentes de una denominación propia.

---

88 "Código Civil", Tomo XI, pag. 591.

89 Pags 59 y siguientes.

Recordemos que frente a un importante sector de la doctrina francesa que niega que dicho precepto esté realmente prohibiendo el derecho de retención del comodatario, otros, especialmente entre los autores antiguos, así lo entendieron. Probablemente se pueda incluir a GARCIA GOYENA entre estos últimos. Si, además, entendió la norma plenamente justificada sobre la base de la gratuidad propia del comodato, no es de extrañar que la incluyese en el Proyecto y que, convenciendo igualmente a los redactores del Código, pasase al texto definitivo.

En cualquier caso, lo que resulta claro es el sentido del art. 1747 de nuestro Código, al que en consecuencia no cabe dar un alcance distinto del que se deduce de sus palabras. El comodatario carece de derecho de retención según la letra del precepto y es ésta además la intención del legislador. Las anteriores consideraciones pretenden únicamente encontrar una explicación al cambio que respecto del derecho histórico español introdujo en este punto el Proyecto del 51.

5-ESPECIAL REFERENCIA AL SUPUESTO EN QUE LA COSA DEPOSITADA SEA ROBADA: EL ARTICULO 1771. SU APLICACION AL COMODATO.-

Los párrafos segundo y tercero del artículo 1771 del Código contienen un supuesto de exclusión, en principio temporal, pero que se puede convertir en definitivo, de la regla general de restitución de la res deposita al depositante, sus herederos, o persona por aquél designada en el contrato. Si el depositario "llega a descubrir que la cosa ha sido hurtada y quien es su verdadero dueño, debe hacer saber a éste

el depósito". "Si el dueño -continúa el párrafo tercero- a pesar de esto, no reclama en el término de un mes, quedará libre de toda responsabilidad el depositario, devolviendo la cosa depositada a aquél de quien la recibió".

Se trata de una regla cuyos orígenes se remontan al Derecho Romano y que en la actualidad recoge la práctica totalidad de los códigos, en forma muy parecida a como lo hace el nuestro.

El precedente concreto en el Derecho Romano lo encontramos en el párrafo 39 de la ley 1a, tit. 3, libro 16 del Digesto y la ley 31 del mismo título y libro que, sin embargo, no imponían la obligación de avisar al dueño. Según dichos textos el ladrón podía reclamar la cosa hurtada que había depositado, pero si al mismo tiempo era reclamada por su propietario, se debía entregar a éste.

El Fuero Real contempla igualmente este caso. Según su Ley 6a. del Título XVI del Libro III,cuando el ladrón diere a guardar cosas hurtadas, no sabiendolo el que las recibió, si el dueño las reclamare, está obligado a darselas a este y no a aquél. Cuando el dueño no las demandare, aunque sepa que es ladrón, debe entregarlas al deponente. Además de ello contempla la misma Ley el caso de que la cosa robada se depositara en poder de su dueño, disponiendo que cesaba entonces la obligación de restituir ("Pero si la cosa que le dió en guarda era suya no es tenudo de gela entregar, si no quisiere").

Por lo que respecta a Las Partidas recogen (Ley 6a. Titulo 3, Partida V) cuatro causas que modifican la obligación de restitución del depositario. Dos de ellas

hacen referencia al tema de que tratamos. Según la causa tercera de la Ley citada, si concurren a pedir la cosa el ladrón que la depositó y otro que dice ser suya, se devolverá a éste si lo probare y si no lo pudiere probar le será devuelta a aquél que se la dió en guarda. Y la causa cuarta establece que "cuando algun'ome da en guarda a otro, alguna cosa que oviese furtado a él mesmo: ca este que la tiene en guarda, desque conociere que la cosa es suya, non es tenudo de gela tornar, si probare que es así".

El Proyecto del 51, aunque no menciona expresamente este último supuesto, recoge sustancialmente en su art. 1675 la solución del Derecho Romano en relación con el caso de que la cosa depositada sea robada, pero además impone al depositario que descubre este hecho y quién es el verdadero dueño de la cosa, el deber de comunicarle a éste el depósito "intimándole que reclame en un plazo señalado y suficiente".

Tan sólo en esto último se diferencia la norma de la que definitivamente adoptó el Código, que prescindiendo de la opinión de GARCIA GOYENA de que la ley no debía fijar el plazo durante el cual podía el propietario reclamar la cosa robada "porque puede variar según las distancias a que se encuentran las personas, y la naturaleza de la cosa depositada" concede al dueño el plazo de un mes para reclamar la cosa del depositario, transcurrido el cual este se libera entregándola a aquél de quien la recibió.

Los párrafos tercero y cuarto del art. 1771 deben ser puestos en relación con el párrafo primero, que preceptúa que "El depositario no puede exigir que el depositante pruebe ser propietario de la cosa depositada", conteniendo aquellos una doctrina de excepción, o mejor, como dice MUCIUS[90] de complemento de esta.

Este primer párrafo prueba que el depositante no tiene que ser necesariamente propietario de la cosa depositada, cualidad que tampoco se le exige, obviamente, a efectos de reclamar del depositario el cumplimiento del deber de restitución. Su finalidad principal es establecer de modo expreso que el depositario debe restituir a quien en él puso su confianza[91].

La entrega de una cosa para su custodia hace surgir entre tradens y accipiens una relación contractual en la que para nada interfiere el hecho de que su propietario sea o no el mismo sujeto que efectúa la entrega: siempre hay que devolvérsela a éste[92].

La regla general cede, sin embargo,ante un motivo de orden público, el de que la cosa depositada sea robada, pues entonces la ilicitud en la tenencia del

---

90 Código Civil, Tomo XXVII, Madrid 1952, pag. 504.

91 ROCA JUAN: "Comentarios...", tomo XXII, vol. 1 pag. 255.

92 Ahora bien, logicamente , el hecho de que el depósito efectuado por un no propietario no produzca sus efectos respecto del verdadero dueño de la cosa, no implica, ni mucho menos, que éste no pueda reclamarla. Podrá hacerlo como propietario, nunca como depositante. Es decir, estará amparado por la acción reivindicatoria si el poseedor la tiene indebidamente, pero no está legitimado para ejercitar la acción de restitución del depósito, por la sencilla razón de que no es parte en el contrato.

deponente "excluye el deber de fidelidad a la confianza puesta en el depositario"[93]. Para MAZEAUD[94] la norma evita el fraude del depositario consistente en pretender, con el exclusivo objeto de retrasar la devolución, que la cosa no es propiedad del depositante.

Los requisitos exigidos por los códigos modernos sobre este punto son tan precisos que la consecuencia jurídica establecida por la norma -la suspensión del deber de restitución - va a ser en la práctica escasamente aplicable. Téngase en cuenta que para que se produzca es preciso, en primer lugar, descubrir que la cosa es robada y en segundo lugar a quien pertenece, a cuya indagación no está sin embargo obligado el depositario. "Si ignora lo segundo, aunque recele o sepa lo primero, puede y debe entregar la cosa al deponente: ¡tan santa y delicada es la fe del depósito!"[95].

La doctrina antigua se preguntaba si debía o no de aplicarse la norma al caso en que la cosa depositada hubiese sido perdida por su dueño. Algunos autores, como TOULLIER[96] respondían afirmativamente, más la opinión generalizada en el derecho moderno es la contraria[97], por entenderse que la razón de orden público

---

93 ROCA JUAN: "Comentarios...", tomo XXII, vol. 1, pag. 256.

94 "Lecciones de Derecho Civil", vol IV, pag. 489.

95 GARCIA GOYENA: "Concordancias...", Tomo II, comentario al art. 1675, pag. 873.

96 "Diritto...", Tome X, pag. 360, n. 476 y 477.

97 MANRESA ("Código . ', tomo XI, pag. 675), AUBRY ET RAU ("Droit Civil Francais", 4eme. edition, París 1871, pag.625) COLIN ET CAPITANT ("Curso Elemental de Derecho Civil", pag. 759).

que confluye en la primera hipótesis falta en la segunda, sin que se dé, por tanto, la necesaria analogía entre ambas. Sin embargo, tras la ampliación por el nuevo Código Italiano de los supuestos a que ha de aplicarse la norma (en el antiguo Código se hablaba de "cosa robada", en el actual de "cosa proveniente de delito"), defienden algunos autores en este país su aplicación también a la cosa perdida, que es además el alcance dado expresamente por los Códigos de El Salvador, Colombia y Chile.

No parece, no obstante, que el principio según el cual las normas excepcionales deben de ser restrictivamente interpretadas, deba alegarse para excluir del ámbito de aplicación del artículo supuestos que, pese a no ser estrictamente de "hurto", merezcan idéntica solución por concurrir la misma razón de orden público. No es sólo, como dice VALPUESTA FERNANDEZ[98] que la referencia al hurto deba hacerse extensiva al robo, sino que parece más acertado -y así lo ha hecho el vigente Código Italiano- ampliar el supuesto de hecho de la norma a cualquier cosa proveniente de un delito (robo, hurto, estafa apropiación indebida...). Para la doctrina italiana[99] la norma se verifica siempre que el depositario tenga la objetiva certeza de la procedencia delictuosa de la cosa.

En cuanto a los efectos previstos por la norma, precisan de alguna aclaración, siendo la primera que conviene hacer la de que en ella se regulan únicamente

---

98 "Frutos...", pag. 355, nota 11.

99 FIORENTINO ("Comentario...", tomo IV, pag. 87), DALMARTELLO ("Enciclopedia"..., pag. 264).

los efectos civiles de la situación de hecho contemplada y que con respecto a los posibles efectos penales hay que remitirse al ordenamiento penal[100].

Aclarado esto, lo primero que se observa es que el efecto que establece la norma es un tanto ambiguo, quizás porque sea la forma más equitativa de conciliar los distintos intereses en juego. En base a esta disposición, ni el depositario puede, sin más, entregar la cosa al ilicitamente privado de ella, ni negar definitivamente la restitución al deponente, aunque sea este el autor del robo. Debe simplemente incitar la acción de la víctima del delito, que es el único que, emprendiéndola, puede anular el "sagrado" derecho del depositante a obtener la restitución. Estaríamos entonces en realidad ante un caso de "oposición de un tercero a la restitución o traslación de la cosa depósitada", expresamente previsto por el párrafo segundo del art. 1775 como causa de exclusión del deber de restituir.

Ello aclara bastante respecto de la forma como se van a producir en la práctica los efectos del 1771. La aplicación de la norma puede suscitar dos situaciones distintas. La primera de ellas, menos probable y de más sencilla solución, es la que se origina cuando en el plazo señalado no reclama la cosa el propietario. En tal caso "quedará libre de toda responsabilidad el depositario, devolviendo la cosa depositada a aquél de quien la recibió", lo que debe de ser entendido en el sentido de que la restitución se rige por las reglas generales y que el depositario debe realizarla en cualquier momento en que la solicite el depositante.

---

100 VALPUESTA FERNANDEZ: "Frutos...", pag. 355, nota 11.

Algo más compleja es la segunda de las situaciones posibles, aquella que se suscita cuando dentro del término de un mes el verdadero propietario reclama la cosa. Obviamente ello no es suficiente para que el depositario se la entregue sin más. Tampoco puede aceptarse la solución apuntada por TOULLIER[101] de que sea necesaria la presencia y el consentimiento del deponente para entregar la cosa al verdadero propietario, pues aunque no veo inconveniente en que esto se efectúe, pienso que es una hipótesis al margen de la planteada, en la que se parte de la concurrencia de dos pretensiones de restitución de la cosa depositada, la del sujeto que la entregó y la del ilicitamente privado de ella. También hay desde luego que descartar que sea el depositario el encargado de juzgar si el ilícito efectivamente se cometió y de decidir si el pretendido propietario lo es realmente.

La actual doctrina italiana resuelve esta cuestión de forma rotunda al entender que desde el momento en que se ha producido dicha reclamación, el caso puede ser subsumido en el supuesto de hecho de la norma contenida en el párrafo segundo del art. 1777[102] con lo cual habrá que aplicar al caso en cuestión la doctrina y la jurisprudencia que lo interpretan.

---

101 "Diritto...", tome X, pag. 360, n. 477.

102 Dicho artículo, tras sentar en el párrafo primero que el depositario debe restituir la cosa al depositante o a la persona designada para recibirla, y que no puede exigir que el depositante pruebe ser su propietario, continúa diciendo "Si es demandado por quien reivindica la propiedad de la cosa o pretende tener sobre ella algún derecho, debe, bajo pena de resarcimiento del daño, denunciar la controversia al depositante, y puede obtener ser excluído del juicio, indicando la persona del mismo. En este caso puede además liberarse de la obligación de restituir la cosa, depositándola, en el modo establecido por el juez, a costa del depositante".

También en nuestro Código encontramos un artículo en que puede ser incluido el caso de reclamación al depositario por el dueño de la cosa ilícitamente obtenida. Se trata del art. 1775 que exceptúa del deber de restituir al depositario cuando "se haya notificado a éste la oposición de un tercero a la restitución o traslación de la cosa depositada".

Sin perjuicio de que en el apartado siguiente nos ocupemos con mayor detalle de esta disposición, lo que sí podemos ya decir es que la oposición necesaria para que cese el deber de restitución del depositario ha de ser en forma de demanda judicial, "dependiendo del exito del juicio que la cosa deba ser restituida al propietario o al depositante"[103].

Resulta, pues, que una vez producida la reivindicación de la cosa depositada cuando esta es hurtada, sus consecuencias son idénticas, en cuanto a la relación de depósito,a las que tienen lugar por efecto de cualquier reivindicatoria y que la única diferencia se produce, precisamente, antes de que ésta se inicie, consistiendo en imponer al depositario que conozca el robo y quién es el dueño de la cosa, el deber de notificarle a éste el depósito a fin de que inicie el pleito.

La inclusión, dentro de la regulación del depósito, de una norma que contemple expresamente el caso de que esta tenga una procedencia ilícita, descubriéndolo a posteriori el depositario, goza, no sólo de una larga e ininterrumpida

---

[103] FUNAJOLI: "Deposito" in "Trattato di diritto civile" diritto da Grosso e Santoro Passarelli", Milano 1961.

tradición, sino también de bastante generalidad. Así, en la discusión sobre el Código Civil Francés, afirmaba CAMBACERES a propósito del art. 1938, que se trataba de una regla existente en todos los tiempos y admitida por todos los jurisconsultos y que sería extraño no encontrarla en el Código[104].

Pese a ello, ni el Código Alemán ni el Federal Suizo de Obligaciones incluyen ninguna regla relativa a dicho supuesto, de donde habrá que deducir la inexistencia para el depositario de un especial deber de hacer saber al dueño de la cosa robada que la tiene en depósito. Y aunque ello sea una exigencia derivada de la buena fe, no creo, a falta de una norma expresa, que se le pueda hacer responder si no lo hace. Cuestión distinta es determinar los efectos que se producirían en el caso en que el dueño despojado reivindique la cosa, hipótesis que sí está expresamente prevista, al menos en el Código Suizo, y sobre la que ha tenido ocasión de pronunciarse la jurisprudencia alemana.

Su aplicación al comodato.-

El Código no contiene ninguna previsión de lo que habrá de ocurrir en el caso de que el comodatario descubra que la cosa que ha recibido en préstamo sea robada, ni tampoco una previsión de carácter general relativa a los efectos de la reivindicación de la cosa prestada por un tercero.

---

104 "Discussión sur le Code Civil", pag. 626.

La pregunta inmediata es si procede la aplicación del artículo 1771, pero puesto que este se completa con lo preceptuado en el 1775, conviene deslindar claramente dos cuestiones: la primera, la de si procede la aplicación analógica al comodato del art. 1771; y la segunda, la de si el art. 1775, 2 es, por su parte, susceptible de dicha aplicación.

Por una parte, hay que tener presente que el precepto en cuestión recoge una hipótesis de suspensión del deber de restitución, deber que corresponde a todo depositario desde el momento en que el depositante, sea o no propietario, le reclama la cosa. En el caso del comodato supondría igualmente una excepción al también sagrado deber de restitución del comodatario, (aunque ahora desde que haya finalizado el uso o el plazo para el que se concedió la cosa), sin que tampoco sea relevante a los efectos del cumplimiento de ese deber de restitución la cualidad o no de dueño de la cosa. El comodatario debe devolverla a aquél de quien la recibe.

El carácter excepcional de la norma apunta en principio en favor de la respuesta negativa. La especialidad del artículo consiste en imponer al depositario que descubre que la cosa es robada, el deber accesorio de poner en conocimiento del dueño el depósito y de suspender durante el plazo de un mes la entrega. Si transcurre ese período de tiempo sin reclamación de la cosa por parte del dueño, las cosas se desenvolverán normalmente. Caso contrario, se prolongará la suspensión de la restitución, pero ahora por aplicación del párrafo segundo del 1775, que es el que

determina este efecto para el caso de la oposición de un tercero a la restitución, y respecto del cual habrá igualmente que analizar si se debe aplicar al comodato[105].

Resulta tremendamente difícil pronunciarse acerca de si es o no aplicable al comodato la norma que establece el 1771 para el depósito. Si mediante este artículo se estuviere confiriendo al depositario únicamente la facultad de negar la restitución al deponente, una vez que descubre que la cosa es robada, la respuesta habría de ser positiva. Su efecto sería entender ajustada a derecho la conducta del comodatario que, en idéntica situación, niega la restitución al comodante. Este comportamiento no podría ser calificado como incumplimiento (lo que en otro caso ocurriría), ni dar lugar a las consecuencias propias de éste.

El problema es que lo que hace el art. 1771 no es conceder al depositario una facultad, sino imponerle un deber: el de notificar al despojado que la cosa está en su poder y el de conservarla durante un tiempo fijado por la ley, a la espera de que éste inicie la reivindicatoria, si bien de esta última obligación puede liberarse mediante la consignación.

Teniendo en cuenta que la otra vertiente del deber es la responsabilidad del obligado en caso de incumplimiento, optar por la aplicación de la norma al comodatario supone hacerle responder, pese al silencio de la ley, de los daños que para el dueño se deriven de la no restitución. Esta consecuencia es extremadamente grave para un poseedor como el comodatario, ligado por un especial vínculo de

---

[105] Esta cuestión se aborda en el apartado siguiente.

confianza con el comodante, y respecto del cual sería por tanto perfectamente excusable que se limitase a entregar la cosa a aquél que gratuitamente se la cedió para su uso. Ciertamente que también para el depositario es una grave consecuencia, pero hay dos importantes diferencias: una, que al depositario se lo impone expresamente la ley, y otra, que siendo el comodatario el que recibe el beneficio del comodante, su negativa a restituir sería frente a este más desleal que la del depositario frente al deponente.

Por otra parte, aunque aparentemente iguales, las consecuencias de la aplicación de la norma al comodato difieren de las que se producen respecto del depósito:

Si el depositario descubre, teniendo ya la cosa en su poder, que es robada y quién es su dueño, habrá de notificarle a éste el depósito, sin que pueda desprenderse de ella en el plazo de un mes, periodo de tiempo durante el cual continuará detentándola como depositario. No es una situación especialmente gravosa para el guardador, ni siquiera en el caso de que haya finalizado el plazo pactado, máxime porque, por aplicación del art. 1776, si tiene justos motivos para no continúar el depósito, puede obtener del juez la consignación. Hay que entender que se produce, por disposición de la ley, una prórroga de la relación de depósito, como medio de contribuir a hacer efectivo el derecho del depojado a recuperar su cosa. Se trata de una obligación accesoria del depositario que se añade a las principales y

que pone de relieve que la relación no se desarrolla normalmente[106]. Queda sin embargo por resolver si la normativa que regulará esta nueva situación es la del depósito voluntario (arts. 1781, 1 y 1782) o la pactada por las partes al celebrar el contrato.

Respecto del comodatario que efectúa ese descubrimiento, surje una primera cuestión: caso de serle aplicable la norma, ¿Continuaría disfrutando la cosa como comodatario o no?. Entiendo que la respuesta dependería de que hubiese o no finalizado el término de duración del contrato. Si el uso o plazo no han concluído,el comodatario continuará disfrutando de la cosa en calidad de tal, con la única peculiaridad de existir a su cargo un deber accesorio de notificar a la víctima del delito la situación en que se encuentra su cosa. De resto, la relación obligacional entre las partes no quedará afectada. Si, por el contrario, la relación de comodato hubiese llegado ya a su fin, es claro que el descubrimiento de la condición de hurtada de la cosa y de a quién pertenece, no pueden nunca facultar a quien hasta ahora la tenía como comodatario a continúar usándola. Sin embargo, estaría obligado a no restituirla. Continuará entonces con la posesión de la cosa, más no como comodatario sino como depositario, ya que ahora su deber esencial será la guarda, y es para ello para lo que se le prolonga su tenencia. Se trataría de un caso de depósito necesario del art. 1781, cuya característica definitoria es la no revocabilidad "ad libitum" por el deponente.

---

106 MESSINEO: "Derecho Civil y Comercial", tomo V, traducido al español por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1971.

También la utilidad que de la notificación del comodatario se derivaría para el dueño de la cosa es algo distinta, en el sentido de que hasta que no se extinga el contrato no puede recuperar la cosa, dado que una acción reivindicatoria contra el comodatario no prosperaría.

La conclusión que se puede extraer de la anterior comparación entre los efectos del art. 1771 aplicados al depósito por un lado y al comodato por otro, es que mientras que en el primero se prolonga por imperativo legal la relación de depósito ya existente entre las partes, en el segundo esta relación se crea por la ley, y aunque el Código contempla de modo expreso esta posibilidad en el art. 1781 ("Es necesario el depósito: 1-Cuando se hace en cumplimiento de una obligación legal") entiendo que será precisa una disposición expresa de la ley, sin que sea admisible entenderla tácitamente impuesta o extraída por la vía analógica de otra norma.

Se podría arguir en pro de la solución positiva que el mismo fundamento de orden público en que se basó el legislador para introducir la regla del art. 1771, ha de ser tomado en consideración en relación con el comodatario, entendiendo que de la misma forma que la ineludible obligación de restituir del depositario se excluye temporalmente desde que éste descubre la ilícita procedencia de la cosa, idéntico descubrimiento debe determinar la suspensión de esa obligación del comodatario.

Este punto de vista debe, sin embargo, ser matizado. No creo que el deber del depositario de notificar al dueño de la cosa hurtada que está en su poder

esté directamente basado en una razón de orden público. De ser así, habría que entender que corresponde al depositario incluso ante el silencio legislativo, y es evidente que no es así. Se trata, en efecto de un comportamiento conforme a la buena fe, que nuestro legislador ha decidido exigir del depositario a fin de facilitar al dueño de la cosa el empleo de los mecanismos legales para su recuperación. Pero un comportamiento distinto por parte del depositario no sería propiamente contrario al orden público. Lo que sí atentaría contra éste sería negar la cosa al propietario despojado de ella una vez que la reclame, y por esa razón,incluso en aquellos códigos que no contemplan expresamente el supuesto, como el alemán, se entiende suspendido el deber de restituir del depositario cuando el dueño de la cosa interpone una acción reivindicatoria dirigida a recuperarla.

La solución de nuestro Código me parece acertada, tanto para el depósito como para el comodato. Para el depósito porque es más que razonable exigir del depositario dicha conducta, de efectos tremendamente útiles para el propietario despojado y que además en ningún caso perjudica sus intereses, dado que el en principio no obtiene ninguna ventaja del contrato y porque, además, caso de serle especialmente gravoso el cumplimiento de lo que le impone la norma, puede ampararse en la regla del art. 1776. Y en relación con el comodato, por todas las razones anteriormente expuestas.

La solución contraria ha sido adoptada por algunos Códigos, como los de Chile (art. 2183), Colombia (art. 2208) y El Salvador (art. 2183). GUTIERREZ FERNANDEZ, siguiendo la doctrina de POTHIER , sostiene que "El comodatario

no puede escusar su obligación a pretesto de que el comodante no era dueño: por su parte debe entregarla a aquél de quien la recibió; éste cuidará de darla a quien corresponda: no obstante, si averiguó que era robada, conviene que lo avise al verdadero dueño para que haga con tiempo las oportunas gestiones[107]".

En la moderna doctrina italiana se pronuncian expresamente en favor de la aplicación al comodato de esta norma GIAMPICCOLO[108] y CARRESSI[109], con la peculiaridad de que este último propugna la aplicación al comodato de las normas que regulan el depósito, pero no por vía de analogía, sino directamente, entendiendo que, una vez que se extingue el derecho del comodatario de servirse de la cosa, se encuentra, en relación con aquél que se la ha concedido, en la posición de un verdadero depositario[110].

6-CESACION DE LA OBLIGACION DE RESTITUCION DEDEPOSITARIO Y COMODATARIO ANTE LA REIVINDICACION DE UN TERCERO.-

a) REIVINDICACION Y DEPOSITO.-

---

107 "Códigos o estudios...", Tomo V, pag. 221.

108 "Comodato...", pag. 40.

109 "Il comodato", pag. 79.

110 Entiendo que ello puede ser verdad desde el momento en que, concluído su derecho al uso, continúe el comodatario detentando la cosa, más aquí de lo que se trataba precisamente era de averiguar si está obligado a continúar teniéndola en su poder o, por el contrario, si continúa obligado a restituirla.

Las consecuencias que en la restitución produce la reivindicación por un tercero de la cosa depositada, estando esta aún en poder del depositario, están expresamente contempladas por la mayor parte de los Códigos (no así por el BGB), pese a que en opinión de algún autor[111] el hecho de que el depositario no pueda, durante el juicio, restituir la cosa al depositante -que es siempre la solución adoptada-, deriva de los principios generales y no requiere expresa previsión legislativa.

Nuestro derecho antiguo no contiene ninguna previsión de este tipo, encontrándose por primera vez en el párrafo segundo del art.1681 del Proyecto del 51, que pasa de forma idéntica al 1775 del Código: "El depósito debe ser restituido al depositante cuando lo reclame, aunque en el contrato se haya fijado un plazo o tiempo determinado para la devolución. Esta disposición no tendrá lugar cuando judicialmente haya sido embargado el depósito en poder del depositario, o se haya notificado a éste la oposición de un tercero a la restitución o traslación de la cosa depositada".

El párrafo primero de este artículo consagra uno de los principios más característicos del depósito, que aparecía ya formulado en el Digesto[112] y recogido por Las Partidas[113]. El plazo está establecido en interés del depositante, lo que significa que puede éste renunciar al mismo y exigir en cualquier momento la res-

---

111 DE GENNARO: Commentario al Codice Civile diretto da Vittorio de Martino, Libro IV, Roma, 1971, pag. 696.

112 Párrafos 45 y 46 de la Ley 2, Título III, Libro 16.

113 Ley 5, Título 3, Partida V: "Tenudo es el que recibe la cosa en guarda, e sus herederos de la tornar a aquél que gela dió a guardar, ó a los que heredasen lo suyo, cada que gela demandasen ...".

titución. Este principio responde a la idea clásica de depósito constituído en interés del deponente.pero ¿Puede sostenerse lo mismo en aquellos otros casos en que se haga el depósito en interés de ambos contratantes (por ejemplo, caso de depósito retribuído) o en interés exclusivo del depositario?[114]. Téngase en cuenta que una restitución anticipada exigida por el deponente puede perjudicar gravemente al depositario, sin que exista razón alguna para que deba de soportar ese perjuicio. A pesar de ello se considera subsistente el derecho del depositante de pedir en cualquier tiempo la restitución, aunque, en opinión de algunos, deberá indemnizar al depositario "en las condiciones ordinarias de la responsabilidad contractual (cálculo de daños y perjuicios sobre la base del daño emergente y del lucro cesante)"[115] y, a juicio de otros, deberá satisfacer por entero la retribución al depositario, si el depósito era oneroso[116]. En cualquier caso, este principio se ha considerado siempre tan esencial al depósito que RODIERE llega a afirmar que "si el depositante no tuviera, salvo los daños y perjuicios, la entera libertad de retirar su cosa cuando lo desee, el contrato no sería un depósito"[117].

No obstante, el vigente Código Italiano ha introducido una importante modificación en este aspecto. El párrafo primero de su artículo 1771 dispone que

---

114 Hipótesis ésta que algún autor ha considerado "imposible desde un plano lógico y jurídico".

115 RODIERE: "Encyclopèdie..." n. 213.

116 Esta es la solución del Código Portugués.

117 "Encyclopèdie...", n. 213.

"El depositario debe restituir la cosa en seguida que el depositante la reclame, salvo que se haya pactado un término en interés del depositario".

Aunque algunos afirman que la norma se introduce por razones prácticas, no es fácil encajarla con los restantes caracteres del depósito. Incluso en alguna sentencia[118] se ha señalado, ya en vigor el nuevo Código, que el establecer un término en favor del depositario puede indicar la voluntad de las partes de no concluir un verdadero depósito, sino otro contrato diferente.

La doctrina, por su parte, destaca que no es fácil encontrar un interés del depositario digno de tutela por encima del interés del depositante de recuperar en cualquier tiempo la cosa. Es evidente que ese interés no puede ser el de custodiar hasta el fin del contrato, pues este no es en absoluto merecedor de protección. Tampoco puede ser el interés de percibir la retribución por el depósito, dado que ésta no tiene por qué sufrir alteración por la restitución anticipada. Desde luego que habría un interés claro en el depositario si a este se le hubiese autorizado el uso de la cosa, pero desde el momento que las partes confieren a ese uso mayor relevancia que a la custodia pretendida por el deponente, el contrato dejará de ser depósito, tratándose, según la naturaleza de las cosas que constituyen su objeto, de un comodato o un mutuo.

El párrafo segundo contiene dos excepciones al principio contenido en el primero, que no van a operar en el sentido de facultar al depositario a negar la

---

118 Trib. Salerno, 15 settembre 1954 in Dir. e giu. 1955, 258.

restitución (como ocurre, por ejemplo, con el derecho de retención), sino en el sentido de imponer al guardador el deber de continúar detentando la cosa hasta que finalice el juicio.

Se establece en el precepto una distinción en atención a la causa que motiva la intervención del tercero: si es un acreedor del depositante, el medio de que dispone es el embargo, aún cuando la cosa se halle en poder del depositario, y si se trata de un pretendido propietario de la cosa, iniciará una acción reivindicatoria. Practicado el embargo o contestada la demanda, no puede el depositario desprenderse de la cosa sino por virtud de una decisión judicial.

Las razones por las que el embargo de la cosa depositada excluye el deber de restitución son las mismas que inspiran el art. 1165 del Código, y a su vez la invalidez del pago que este determina es consecuencia de la falta de libre disposición, necesaria, según el art. 1160, para la validez del pago[119]. Tanto uno como otro precepto están establecidos en interés de los acreedores. La garantía que para ellos supone el embargo quedaría frustrada mediante el cumplimiento por el depositario de su deber de restitución. Esta razón se estima suficientemente poderosa como para constituir el embargo en causa de excepción al sagrado deber de restitución del depositario. Como dice ROCA JUAN[120] al ser embargadas las cosas, se superpone al interés del deponente el del tercero que obtiene el embargo. El embar-

---

119 La libre disponibilidad no es sinónimo de ser dueño de la cosa, sino que implica, según HERNANDEZ GIL ("Derecho de Obligaciones", Madrid 1983, pag. 322) ocupar una posición jurídica que permita realizar la prestación en que la obligación consista.

120 "Comentarios...", tomo XXII, vol. 1 pag. 270.

go de la cosa depositada produce como efecto la extinción del depósito, pero, en vez de efectuarse la restitución, el depositario la entrega al nuevo depositario designado, o se constituye en él un nuevo depósito subsiguiente al embargo, si es designado y acepta, asumiendo entonces los deberes que asigna el art. 1788 para el secuestro.

La otra circunstancia que, según el art. 1775, excluye la restitución es que al depositario se le haya notificado la "oposición de un tercero a la restitución o traslación de la cosa depositada". La expresión está tomada del artículo 1944 del Código Francés. Hablaba igualmente de "oposición", aunque de "oposición en forma legal" el art. 1860 del antiguo Código Italiano.

Tales expresiones se han entendido siempre referidas a la pretensión, por parte de un tercero, de un derecho de propiedad o de otro derecho real sobre la cosa depositada, y, por ello, los Códigos que han sido reformados, como el Italiano y el de Portugal,hablan ahora de acción reivindicatoria (arts. 1777 y 1192 respectivamente).

También alude a la acción reivindicatoria como causa de exclusión de la restitución el Código Federal Suizo de Obligaciones en su art. 479, que, además, impone al depositario, en este caso y en el de embargo, el deber de avisar inmediatamente al deponente.

Aunque pudiera parecer que la hipótesis es igual en los distintos textos legales, en cada país se entiende de forma diferente. La jurisprudencia francesa considera que en los casos en que un tercero se pretenda propietario de la cosa

depositada no es necesaria, para interrumpir la restitución, ninguna forma especial de oposición, bastando un acto suficientemente explícito de carácter extrajudicial, aunque no faltan decisiones en que los tribunales franceses se muestran más exigentes. Se ha entendido que cuando la propiedad de la cosa depositada es controvertida, el depositario puede negarse a devolverla al depositante hasta que el litigio sobre la propiedad sea resuelto. La negativa, en este caso, no lo constituiría en un depositario infiel, puesto que se puede considerar que un proceso sobre la propiedad del depósito es una justa causa para suspender la restitución, siempre y cuando, claro está, se trate de una verdadera controversia, es decir siempre que haya oposición.

Entre nosotros se ha entendido que la oposición del tercero requiere una orden judicial de retención[121], interpretándose que esta era la opinión de GARCIA GOYENA a propósito del Proyecto del 51. Desde este punto de vista, para que se dé el supuesto de hecho de la norma no basta con que un tercero que se pretenda propietario de la cosa depositada inicie el pleito y dirija la demanda contra el depositario, sino que será preciso que se haya adoptado una resolución judicial por virtud de la cual se ordenará al depositario que conserve la cosa a disposición del Juzgado bajo su responsabilidad.

De esta forma, el embargo a que se refiere el precepto sería el establecido sobre la cosa depositada para asegurar el pago de una deuda dineraria, y la

---

121 ROCA JUAN: "Comentarios...", tomo XXII, 1º, pag. 271.

oposición de un tercero a la restitución o traslación de la cosa depositada -segunda hipótesis del art. 1775, 2- sería la expresión utilizada para referirse al depósito judicial constituido para el aseguramiento de un bien litigioso.

Aunque, por una parte, la distinción tiene sentido[122], no creo que haya sido acogida en esta ocasión por nuestro legislador, fundamentalmente porque la letra del artículo no permite entenderlo así y, además, porque, dado que las cosas muebles son las únicas susceptibles de depósito voluntario, ambas medidas (el embargo propiamente dicho y el practicado para asegurar la conservación de la res deposita si es litigiosa) se llevan a cabo mediante la constitución de un secuestro. Afirmó en este sentido la Sentencia de 8 de octubre de 1887 que la retención judicial de cualquier cosa mueble en poder de una persona tiene el carácter de depósito. Siendo así, la distinción del legislador es innecesaria: le hubiese bastado señalar que, constituído el secuestro sobre la cosa depositada, el depositario se abstendrá de restituirla al deponente a requerimiento de éste. Este efecto resultaría igualmente aunque el Código nada hubiese dicho, por aplicación del art. 1787 del Código y 1410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No faltan, sin embargo, en Derecho comparado, textos legales, hoy derogados, que la acogen. Es el caso del art. 2528 del Código de Méjico de 1928 (El depositario no está obligado a entregar la cosa cuando judicialmente se le haya mandado retener o embargar) o del art. 1448 del antiguo Código

[122] El término "embargo" estaría empleado en su sentido propio, para aludir a aquella retención judicial que se práctica con el objeto de proporcionar el pago de una deuda exigible; y la "retención judicial" -que para algunos autores es la hipótesis aludida con la segunda de las expresiones del párrafo segundo del artículo- estaría referida al embargo conservativo, es decir, al que se verifica para evitar la desaparición o deterioro de las cosas litigiosas.

Portugués, que excluía el deber de restitución del depositario cuando fuese judicialmente embargada la cosa depositada o el depositario intimado para no entregarla.

Entiendo, sin embargo, que el legislador está estableciendo dos casos perfectamente diferenciados en los que el depositario deberá de abstenerse de restituir. El término "embargo" está en mi opinión referido a la retención judicial de la cosa depositada, a fin de asegurar el pago de la deuda cuyo cumplimiento se reclama en el pleito, siendole de aplicación el art. 1410 LEC ("Cuando el embargo se hubiere hecho en bienes existentes en poder de un tercero, se le ordenará que los conserve a disposición del Juzgado bajo su responsabilidad"). Lo que en definitiva va a ocurrir es que la cosa, objeto hasta entonces de un depósito voluntario, va a devenir objeto de un secuestro. La otra expresión utilizada por el artículo: "o se haya notitificado a este la oposición de un tercero a la restitución o traslación de la cosa depositada" está referida a la pendencia de un litigio sobre la propiedad de la res deposita, o relativo a un derecho real pretendido sobre ella.

El alcance del artículo conforme a esta segunda interpretación es bien distinto. Es suficiente con que exista un pleito relativo a la propiedad de la cosa (siempre y cuando este no se entable entre los sujetos de la relación de depósito), sin necesidad de que se ordene judicialmente al guardador su retención, para que deba este abstenerse de devolverla al deponente.

El supuesto de hecho de la norma alcanza así una amplitud mucho mayor, si bien no basta con el ejercicio extrajudicial del derecho real. Ha de tratarse

de una pretensión formulada en juicio y dirigida al depositario como detentador de la cosa en interés del depositante. Desde el momento en que la demanda es notificada al depositario, queda éste obligado a continuar con la custodia de la cosa y a negar la restitución al deponente si se la exige.

El efecto suspensivo de la restitución se produce con independencia de que la acción reivindicatoria esté o no fundada. Basta con que se notifique la demanda al depositario para que nazca para él el deber de abstenerse de entregar la cosa, incluso en los casos de irreivindicabilidad del art. 464.

Tampoco es necesario para que esta consecuencia se produzca que se haya contestado a la demanda, es decir que haya una verdadera disputa ,pues la medida tiene pleno sentido incluso si no se produce dicha contestación o el demandado se allana a la demanda, dado que su finalidad es evitar que el depositante recupere la cosa, ante la duda, judicialmente planteada, de que tenga derecho a ella.

Esta incertidumbre desaparece (o, al menos, deja de ser relevante) bien por por haberse producido el desistimiento a la demanda, bien por haber recaído sentencia. En el primer caso parece lo razonable entender que desde que este es notificado al demandado, recobra su aplicabilidad la regla del párrafo primero del art. 1775. Si no fué necesaria una intervención judicial dirigida expresamente a suspender el deber de restitución que incumbe al depositario, tampoco lo es para ponerle fin, una vez que no concurre ya el presupuesto de la norma. Otro tanto ocurrirá si la sentencia desestima la pretensión del demandante, salvo que en el

curso del pleito se hubiere ordenado judicialmente la retención de la cosa, en cuyo supuesto el depositario únicamente la entregará cuando el juez se lo ordene. Si la sentencia es estimatoria de la demanda, persistirá para el depositario el deber de continuar con la custodia de la cosa, hasta que en periodo de ejecución de sentencia se adopten las medidas judiciales que procedan en relación a la misma.

Entre los dos supuestos del art. 1775, 2, existe, pues, una nota común: la de evitar al acreedor embargante o al pretendido titular de un derecho real sobre la cosa, el perjuicio que se derivaría para ellos de la restitución en el caso de que la sentencia estime fundado su derecho. Pero mientras que el embargo sobre la cosa depositada extingue el depósito, no produce el mismo efecto la pendencia de una controversia judicial sobre su propiedad. La obligación de custodia a cargo del depositante, así como su deber de restituir, permanecen intactos, si bien se hace incierta, hasta el fin de la controversia, la persona legitimada para hacer valer el derecho a la restitución. El depósito celebrado por las partes continúa por disposición legal, lo cual no quiere decir que el depositario esté obligado a continúar siéndolo contra su voluntad, si, por ejemplo, ha transcurrido ya el plazo durante el cual se comprometió a custodiar la cosa. La vía de que dispone entonces para liberarse del depósito es el uso de la facultad que le confiere el art. 1776, de obtener del juez la consignación de la cosa depositada, incluso antes de haber transcurrido el término designado, estimándose que el pleito sobre su propiedad es un justo motivo para no conservar el depósito.

La aplicabilidad de la norma del art. 1776 del Código al caso de reivindicación por un tercero de la cosa depositada es clara. De hecho,el art. 1777 del Código Italiano, en vez de recogerla con carácter general, la refiere exclusivamente a esta hipótesis y a la del embargo.

De otro lado, este precepto impone al depositario el deber de poner en conocimiento del deponente la controversia. También lo hacen el Código Federal Suizo de Obligaciones (art 479), el Código Portugués (art. 1187, b) y el de Costa Rica (art. 1355), pero no el Código Francés, el Español, ni los de El Salvador, Colombia y Chile[123] todos los cuales imponen sin embargo al depositario la obligación de hacer saber el depósito al dueño de la cosa si esta es robada, obligación que los tres últimos códigos citados extienden a los casos de hurto y pérdida[124].

Conviene a continuación concretar algo más cúales son las acciones que producen el efecto señalado por la disposición. Teniendo en cuenta la expresión poco precisa que en esta ocasión emplea el legislador, dicha determinación habrá de efectuarse a partir de la aplicación de principios generales y teniendo muy presente la finalidad que con la norma se persigue, sin olvidar que se trata de la excepción a

---

123 Respecto de estos tres últimos, ello se explica perfectamente, pues ninguno contempla de modo expreso la hipótesis de reivindicación por tercero de la cosa depositada.

124 Sería interesante, ante el silencio del Código, preguntarse si hay alguna base en nuestro derecho en que apoyar este deber de notificación, cuya finalidad es clara (se trata de poner al depositante en situación de intervenir en el proceso y de hacer valer sus derechos sobre la cosa reivindicada por un tercero) a cargo del depositario. He decidido, sin embargo, no abordarlo, por considerarlo al margen del tema de que me ocupo.

una regla fundamental y característica del contrato de depósito: el ca-rácter inexcusable de la restitución.

Tomando estos presupuestos como punto de partida, resulta claro que las únicas acciones que pueden incidir en la relación de depósito son las de naturaleza real. Ante todo deben por tanto ser excluídos los derechos personales de terceros frente al depositante. Así por ejemplo, la venta de la cosa depositada a un tercero, vigente la relación de depósito, no supone cambio alguno en el sujeto acreedor de la restitución[125]. El deponente continuará siendo el legitimado para reclamar la cosa. Dado que el contrato "res inter alios acta", la relación derivada del depósito no puede verse afectada por otra relación contractual, y es el deponente comprador el que, una vez que recupere la cosa, cumplirá su obligación de entregarla al vendedor. Si se vende la cosa depositada, el depositario no puede cumplir la obligación de entrega de la cosa vendida (salvo que actúe como mandatario), pues carece de la libre disponibilidad sobre ella, necesaria para la validez del pago. Y, por supuesto, que el comprador no podrá exigirla del depositario, sino tan sólo el vendedor, que es con quien ha celebrado el contrato.

---

125 Esta cuestión, de solución no controvertida en nuestro derecho, plantea mayores problemas en aquéllos ordenamientos que, como el francés y el italiano, no acogen respecto de la adquisición de la propiedad la teoría del título y del modo. Abordan en concreto este problema, RODIERE (Encyclopèdie, voz "depot", números 190, 191 y 198) y BUTERA ("La rivendicazione nel diritto civile, commerciale e processuale", Milano 1911, pags. 14 y ss, n. 10).

A la vista, sin embargo, de la redacción dada al art. 1777 del vigente Código Italiano[126], algún autor en este país ha considerado que la expresión "quien ... pretenda tener derecho" sobre la cosa puede ser interpretada extensivamente y comprender los casos en los cuales se hace valer frente al depositario un derecho personal o una acción posesoria.

Semejante cuestion no se ha suscitado entre nosotros, pese a que los términos poco claros del art. 1775, 2 ("se haya notificado a éste la oposición de un tercero a la restitución o traslación de la cosa depositada") no permiten descartar totalmente esa interpretación. Pero dado que esta norma está copiada de la del art. 1944 del Código Francés, seguida a su vez por el 1860 del antiguo Código Italiano, nuestra doctrina siempre le dió el mismo alcance que se atribuyeron a aquéllos. Téngase en cuenta, además, que la duda en el Derecho italiano -aparte de ser minoritaria- no ha surgido bajo el imperio del antiguo Código, sino precisamente tras la redacción dada a la norma en el nuevo. Por otra parte, ese significado que algunos autores italianos le pretenden atribuir supone una importantísima excepción al principio fundamental de que los contratos sólo producen efectos entre los contratantes. Hay que entender por lo tanto que no cabe duda, al menos por lo que respecta al Código Español que los únicos derechos que pueden interferir en la relación con-

126 El párrafo segundo de este artículo preceptúa: "Si es demandado (el depositario) en juicio por quien reivindica la propiedad de la cosa o pretende tener derecho a ella, debe, bajo pena de resarcimiento del daño, denunciar la controversia al depositante y puede obtener ser excluído del juicio, indicando la persona del mismo.

tractual depositante-depositario, y en concreto en la obligación de restituir, son los de naturaleza real.

Dentro ya de las acciones reales, las únicas comprendidas en la norma son la acción reivindicatoria y aquellas otras que, teniendo éste carácter, estén dirigidas a obtener la posesión de la cosa, siendo más dudoso respecto del interdicto de recobrar.

En cuanto a la primera, la única acción que suspende la restitución del depositario es la reivindicatoria propiamente dicha, más no la acción declarativa de dominio. Señala LETE DEL RIO[127] que es cuestión pacífica la de entender que la acción que el párrafo segundo del art. 348 del C.C. otorga al propietario, como fundamental protección de su derecho, tiene un contenido amplio; en cuanto que comprende, no sólo la propia y típica acción reivindicatoria, que se dirige contra el tenedor o poseedor de la cosa para reintegrarla a su dueño, sino también la acción declarativa de la propiedad, que pretende la afirmación o reconocimiento del derecho de dominio frente a quien, en cualquier forma, lo desconoce. También para el Tribunal Supremo la distinción entre una y otra acción es decisiva. Dice la Sentencia de 21 de febrero de 1941 (R.A. 153) "la tutela del derecho de propiedad se desenvuelve y actúa especialmente a través de dos distintas acciones, muy enlazadas y frecuentemente confundidas en nuestro derecho; a saber, la clásica y propia acción reivindicatoria, que sirve de medio para la protección del dominio frente a una

127 "Protección del Derecho de Propiedad", Santiago de Compostela, 1979, pag. 20.

privación o detentación posesoria, dirigiéndose fundamentalmente a la recuperación de la posesión, y la acción de mera declaración o constatación de la propiedad, que no exige que el demandado sea poseedor y tiene como finalidad la de obtener la declaración de que el actor es propietario de la cosa, acallando a la parte contraria que discute ese derecho o se le abroga". (La misma doctrina aparece recogida en las Sentencias de 25 de Abril de 1949 R.A. 435 y 29 de septiembre de 1966 R.A. 4490).

El motivo por el cual la acción declarativa de dominio no entra dentro del campo de aplicación de la norma es que su finalidad no es recobrar la posesión de la cosa. Siendo así, y teniendo en cuenta que la propiedad de la cosa depositada, por sí sóla, no es relevante ni en el momento de constitución del depósito (que puede ser realizado por un poseedor no propietario según se deduce del art. 1771, 1), ni en el momento de la restitución (art 1775, 1), en nada puede perjudicar al que interpone esta acción (que lo único que pide es que se declare que es dueño de la cosa depositada) que se restituya el depósito. El perjuicio que la disposición trata de evitar sólo concurre en aquél que persigue mediante su acción recuperar la cosa porque se cree y alega ser su dueño.

Por la misma razón, las únicas acciones, relativas al ejercicio de derechos reales limitados, que se pueden entender comprendidas dentro del supuesto de hecho de la norma, son aquellas que tengan por objeto obtener la posesión de la cosa, como la del usufructuario.

En cuanto a si el interdicto está o no incluido en la disposición que estudiamos, pienso que dependerá de que se admita o niegue en nuestro ordenamiento la legitimación pasiva del depositario en dicho procedimiento. Si se sostiene que se puede interponer una demanda de interdicto contra el guardador, y teniendo en cuenta que la finalidad de esta acción es, precisamente, recuperar la cosa (art. 1658, 2 LEC) habrá de entenderse incluida la hipótesis en el art. 1775, 2, siendo su efecto suspensivo de la restitución de la cosa al deponente un medio dispuesto por el legislador para garantizar al poseedor despojado la restitución en la posesión a la que se refiere el art. 446 del Código.

Para resolver la cuestión de la legitimación pasiva del depositario en el interdicto de recobrar hay que acudir a las normas procesales, concretamente a los arts. 1651 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que son los que tratan de esta acción. Pero mientras que la respuesta es clara a la vista del derecho positivo, no lo es tanto para la doctrina, que tiende, por razones de equidad, a ampliar el campo de los pasivamente legitimados, lo que origina el problema de su encaje en las normas de procedimiento.

El art. 1652 exige que en la demanda de interdicto se manifieste si el acto de despojo lo "ejecutó la persona contra quien se dirige la acción, u otra por orden de ésta". Es decir, que tanto este interdicto como el de retener, han de dirigirse contra la persona que ejecutó o mandó ejecutar los actos de perturbación o despojo (Sentencias de 11 de octubre de 1898 y 16 de febrero de 1934).

Aunque de dicho artículo parece deducirse que el interdicto de recobrar no puede ser ejercitado frente a terceros, no ofrece duda alguna para la doctrina la posibilidad de dirigirse contra el sucesor a título universal del despojante. Realmente, como dice DE LOS MOZOS[128], no se puede hablar en este caso de tercero legitimado (es decir, de persona que no intervino en la lesión posesoria), ya que el heredero propiamente no lo es. Se invocan en favor de esta posibilidad los arts. 440, 459 y 659 del Código.

Mayores dudas plantea determinar si está pasivamente legitimado el sucesor a título singular del despojante. Un buen número de autores[129] se muestra partidario de la posibilidad de dirigir la acción contra el tercero conocedor del despojo ("tertius spolii conscius"), a pesar de tratarse de un caso que no se ajusta a la letra del art. 1652 in fine de la LEC. Los argumentos en que se basa esta opinión son variados: se alega la equidad, los precedentes históricos, las soluciones adoptadas en derecho comparado y razones de orden sistemático.

En cuanto al primero, hay que tener en cuenta que decidir cúales son los sujetos pasivamente legitimados en los interdictos es en definitiva resolver en favor de unos u otros el conflicto de intereses existente entre los sujetos a los que afecta. Por una parte está el interés del despojante de recuperar la posesión que le ha sido

---

128 "Tutela interdictal de la posesión", Madrid 1962, pag. 247.

129 GARCIA VALDECASAS: "La posesión", segunda edición, Granada, 1987, pag. 81; PRIETO CASTRO: "Derecho Procesal Civil", vol. II, pag. 79; DE LOS MOZOS: "Tutela...", pag. 247; DIEZ-PICAZO: "Sistema de Derecho Civil", vol. III, quinta edición Madrid, 1990, pag. 132; ALBALADEJO: "Protección y efectos de la posesión.", RDP 1963, pag. 307...

arrebatada. Por otra el del actual poseedor de mantenerla. Este último se verá privado de ella siempre y cuando haya efectuado (u ordenado efectúar) el despojo. La cuestión es menos clara si es un tercero el que ahora posee la cosa, pues también merece ser protegido. Razonablemente la solución dependerá de que ese tercero sea o no de buena fe: sólo si actuó de mala fe porque conocía que la cosa le había sido arrebatada a otro, se verá perjudicado por el interdicto y perderá su posesión.

Por lo que respecta a los precedentes históricos, se cita en favor de la legitimación del "tertius spolii conscius" la Ley 30, Título 2, Partida III: "Forçado seyendo algund ome de cosa que quissiesse despues demandar en juizio, en su exigencia es de facer esta demanda aquel que la fallaren o al otro que la forço por sí, o mando a otro forçarla o a aquel que la recibió del que sauia la auia forçado. Otro si dezimos que si alguno temiendo que le demandare en juizio alguno cosa que tiene la enajenare a otro más poderoso que si, o que sea de otro fuero, por fazer más trabajar al que entiende que le quiere mouer pleyto sobre ella que puede el demandado demandar al que la touiere. Otrosí puede demandar al que la enajenó quanto daño le vino por aquel enajenamiento. Pero si non quisier fazer la demanda a aquel que tiene la cosa, bien puede demandar la valía della a aquel que la enajenó. Mas despues que este previo que diximos, lleuare del enajenador, non puede despues demandar al que la cosa tiene".

En Derecho Comparado esta tesis es acogida por el Código Civil Alemán, cuyo parágrafo 858 admite la legitimación del que conoce el vicio de la pose-

sión de su causante; por el Código Italiano, que permite en su art. 1169 la acción contra el tercero "que está en posesión en virtud de una adquisición a título particular hecha con conocimiento del despojo producido"; y por el art 1281 del Código Portugués.

El argumento sistemático es formulado por DE LOS MOZOS[130] en los siguientes términos: "Un argumento podemos extraer del propio art. 444 del Código Civil, cuando establece que los actos violentos, los clandestinos y los realizados sin conocimiento del poseedor no afectan a la posesión, pues una cosa es que no pueda invocarse la excepción de posesión viciosa, contra el ejercicio de la acción interdictal, y otra bien distinta es que cuando viciosamente (es decir, con conocimiento del despojo) se quiera fundar una posesión, esta circunstancia no pueda hacerse valer por el actor, y esto, con independencia de que el despojado pueda mantener, dentro del año del despojo, su corpus ideal sobre la posesión de la que se ha visto privado por el despojo...".

Aunque en conjunto las anteriores razones son convincentes, hay que tener en cuenta que, como suele ocurrir, se desvanecen bastante si se observan los mismos fenómenos desde diferente perspectiva.

Así, y aun siendo exigida por la equidad la solución propugnada, conviene llamar la atención sobre el hecho de que la contraria no sería tan desastrosa e injusta como en principio pudiera parecer, dado que persiste para el tercer poseedor

130 "Tutela...", pag. 248 y 249.

la posibilidad de hacer valer su derecho en un juicio petitorio. No olvidemos que en este procedimiento no se ventila nada que no afecte a la mera situación posesoria, debiendo de plantearse todo lo concerniente al derecho a poseer en un procedimiento distinto. Nos repugna, y ello es lógico, la idea de que se permita a un tercero conocedor del acto de despojo conservar la cosa frente al privado violentamente de ella. Sin embargo está legitimado para interponer el interdicto todo poseedor o detentador, también por tanto el clandestino o violento, y ello se admite sin demasiados problemas[131]. No son, en sí consideradas, soluciones justas, pero se explican por exigencias del propio procedimiento y del carácter fundamental de éste: la sumariedad.

El inconveniente principal para admitir la legitimación pasiva del tercero de mala fe -y en general de cualquiera que no sea el autor del despojo- no deriva ya de la interpretación literal del art. 1652 LEC, que hay que entender superada[132], sino del conjunto de normas procesales que lo regulan. Para DIEZ-PICAZO "esta solución claramente lleva al marco del proceso interdictal cuestiones relacionadas con el título por el que se posee, cuestiones de derecho a poseer, ya que, según

---

131 MARTI MIRALLES sostuvo lo contrario basándose en una interpretación errónea del art. 444 C.C, objeto de duras críticas. Unicamente PRIETO CASTRO hace un razonamiento que parece apoyar indirectamente su tesis: "La excepción del demandado en el juicio de despojo sobre la posesión viciosa del actor podría estar fundada en el art. 444 del Código Civil, según el cual los actos meramente tolerados y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa o con violencia, no afectan a la posesión; de no ser así, tal precepto carece de sentido. Lo que pasa es que no puede tener efectividad procesal por virtud de lo establecido en los artículos 1651 y 1652 de que tratamos...". Sobre esta tesis puede verse MARTI MIRALLES: "Spoliatus ante omnia restituendus " en RJC 1911 y DE LOS MOZOS: "Tutela..." , pags. 144 y ss en donde se comenta ampliamente.

132 Como dice DIEZ-PICAZO ("Sistema..." Vol. III, pag. 132), de interpretar literalmente este precepto, además de su injusticia se obtendría otra conclusión: el despojante debe continuar en la posesión de la cosa. La legitimación pasiva sólo la tendría el despojante que, además, se encontrase en la posesión de la cosa.

vimos en el capítulo anterior, la calificación de la posesión como de buena o mala fe obliga a conectar necesariamente el poder de hecho que se ejerce sobre una cosa con el derecho de donde emana ese poder. Y en el ámbito interdictal están incluídas todas las cuestiones referentes al derecho por el que se posee, para fijarse sólo en la relación posesoria en sí, en los puros hechos. Luego el que invoca la protección posesoria contra el despojo no puede ver enervada su acción con cuestiones referentes al título que tiene el que posee actualmente la cosa"[133].

Las anteriores conclusiones se extraen, desde luego, del derecho positivo y, en concreto de los preceptos que la Ley de Enjuiciamiento Civil dedica a la prueba que ha de practicarse en dicho procedimiento (art. 1656 en relación con el 1652). Señala MIGUEL Y ALONSO que en este juicio "puede admitirse cualquier medio de prueba, con tal que se refiera concretamente a los dos extremos fundamentales en este proceso sumario, la posesión y la perturbación o despojo, debiendo el juez, bajo su responsabilidad, repeler aquellas pruebas que no se refieran concretamente a este objeto"[134]. De nuevo insiste sobre esta idea cuando trata, más adelante, de la resolución con que termina el juicio: "Los límites de esta resolución han de restringirse, de acuerdo con el carácter de todo el juicio, a los dos extremos fundamentales, objeto del debate, es decir, al hecho de la posesión o tenencia ...y al hecho de esa

133 "Sistema...", vol III, pag. 132.

134 "Enciclopedia...", pag. 204.

perturbación o despojo, sin entrar en otros temas que se reservan para el juicio plenario".

Del mismo modo,el argumento histórico puede ser empleado en sentido inverso. Apoyan los autores la legitimación pasiva del poseedor no despojante pero de mala fe en el texto de las Leyes de Partida anteriormente recogido. Mas también se podría arguir que la LEC de 1855, que fué el primer texto legal que exigió en nuestro país la designación del autor del despojo (art. 724, 2) pretende precisamente modificar el derecho anterior, restringiendo el campo de los legitimados pasivos. Esta es la opinión, por ejemplo, de DE LOS MOZOS, para quien esta norma, que mantiene la Ley Procesal vigente de 1881, supone una innovación puesto que "ya no aparece legitimado pasivamente todo tercer detentador, ni siquiera el tertius spolii conscius, como en Las Partidas"[135].

Por lo que respecta al derecho comparado, no es demasiado útil, a fin de justificar esta interpretación, citar textos legales extranjeros en que se acoge. Ello sería oportuno si lo que estuviese en debate fuese la conveniencia o justicia de un precepto, siendo, por ejemplo, adecuado alegarlo de cara a una reforma del derecho positivo.Más no es ello lo que se discute. Queda fuera de duda que entender pasivamente legitimado al tercer poseedor de mala fe es una solución conforme a la equidad, más ello de nada sirve si el propio ordenamiento no proporciona los medios para que tenga lugar. Y me inclino a pensar que, a la vista de las normas de la

135 "Tutela...", pag. 134.

Ley de Enjuiciamiento Civil, es poco probable que un juez admitiese una demanda de interdicto de recobrar contra alguien distinto del autor (material o no) del despojo.

Cuestión distinta a la del"tertius spolii conscius" es la de si se puede dirigir la acción contra el sucesor a título singular adquirente de buena fe. GARCIA VALDECASAS, valientemente en opinión de algunos[136] admite la legitimación pasiva de todo tercer poseedor, entendiendo que la posesión (incorporal) como derecho, que el despojado conserva durante un año, requiere que pueda recuperar la cosa de cualquiera que la tenga[137].

Sin embargo, la opinión negativa es la mayoritaria por entenderse que la anterior solución repugna a la técnica del derecho posesorio de que se trata, como pone de relieve el Derecho comparado, nuestra tradición histórica y la conciencia social y jurídica de la época"[138].

ALBALADEJO, por su parte, acude para resolver el conflicto al criterio que revela el art. 464, en el cual se acoge un principio de protección al poseedor, aunque exceptuándose los casos de privación ilegal. "esto presupuesto, creemos que, quizá, la solución más correcta sea mantener que en el espíritu de nuestra ley, si el

---

136 DE LOS MOZOS: "Tutela...", pag. 249.

137 La opinión de este autor se encuentra contenida, aparte de en su obra "La posesión", ya citada, en un artículo, publicado en la revista de Derecho Privado, año 1946, pags. 413 y ss, titulado "La posesión incorporal del despojado y la posesión de año".

138 "Tutela...", pag. 249.

poseedor ignoraba el despojo, no cabe recuperar de él la posesión, excepto que se trate de una clase de despojo de los que el art. 464, 1, engloba bajo la locución "privación ilegal".

La verdad es que, en este caso, parece más razonable resolver el conflicto de intereses entre la víctima del despojo y el actual poseedor de buena fe, en favor de este último. Curiosamente, no es incompatible con el carácter sumario del proceso, el permitir que se dirija la acción contra cualquier poseedor, pues aún en tal caso seguirían siendo de hecho todas las circunstancias debatidas en el pleito.

Establecida esta panorámica general de los problemas que suscita en nuestro derecho la legitimación pasiva en el interdicto de recobrar, en la que, como muy acertadamente ha indicado VIADA LOPEZ-PUIGCERVER[139] reside la esencia misma de la institución, estamos ya en condiciones de hacer algunas reflexiones en torno, particularmente, a la legitimación del depositario.

Lo primero que se piensa es que en la duda acerca de si se puede o no dirigir la acción contra el depositario, lo más oportuno es dirigirla contra el depositante autor del despojo sin que sea inconveniente para ello que no posea ya la cosa[140], más ello no resuelve todos los problemas. Baste pensar que el despojado

---

139 "Legitimación activa y pasiva en los interdictos de retener y recobrar la posesión", ADC, 1955, pag. 792.

140 ALBALADEJO: "Derecho Civil", tomo III, 1, 5a. edición, Barcelona, 1983, pag. 102.

descubra la cosa en manos del depositario e ignore quién se la ha entregado a éste. La cuestión planteada no es, pues, inútil.

Entiendo que las peculiaridades del contrato de depósito pueden tener alguna incidencia en la forma de resolverla. Según ha quedado anteriormente expuesto, lo que subyace en el tema de la legitimación pasiva en el interdicto de recobrar es un conflicto de intereses, de modo que cualquier respuesta implica tomar partido en favor de uno u otro de los sujetos afectados por él: o el despojado o el tercer poseedor de la cosa. Hemos visto igualmente como se propugna como criterio para resolver dicho conflicto la buena o mala fe del tercer poseedor, y las dificultades que plantea el encaje de este sistema en las leyes procesales en vigor. Pues bien, creo que hay en el depósito un dato distinto del de la buena o mala fe y que no plantea las dificultades de éste, en que basar la respuesta: teniendo en cuenta que el depositario no posee la cosa en su propio interés, sino que simplemente la guarda en interés de otro, falta uno de los elementos del conflicto o, al menos (en aquellos contrato de depósito celebrados también en interés del depositario) queda muy matizado. La posesión del depositario no merece la misma protección jurídica que, por ejemplo, la de un arrendatario, pues no son equiparables en ningún caso los perjuicios que se derivarían para uno o para otro de la privación de la cosa.

La conclusión de todo ello es que no hay razón alguna, ni de fondo ni de procedimiento, para impedir que prospere frente al depositario la acción del despo-

jado. Es más, si así fuera, le bastaría al despojante, para eludir la acción, entregar la cosa en depósito.

No hay razón de fondo, porque no se puede decir que la privación de la posesión perjudique al depositario, ni de procedimiento, porque al no entrar en juego ninguna cuestión de derecho, no sufre alteración el esquema típico del interdicto de recobrar.

b) EFECTOS DE LA REIVINDICACION SOBRE EL COMODATO.-

La mayor parte de los códigos (salvo los de El Salvador, Colombia y Chile) no contienen en materia de comodato ninguna regla en la que se contemplen -a efectos de suspensión del deber de restitución o a otros diferentes- las circunstancias que respecto del depósito menciona el art. 1775, 2. El ob-jetivo del presente apartado es ver, ante ese silencio legal, cúal es la incidencia en la obligación de restitución del comodatario de todos los supuestos anteriormente analizados a propósito de la exégesis de dicho precepto.

Conviene en todo momento tener presente la diferencia sustancial que hay entre uno y otro contrato en cuanto al tiempo en que debe de ser cumplida la obligación de restitución: mientras que el depositario ha de hacerlo en el momento en que el deponente se lo exiga, el comodatario sólo está obligado a ello una vez

concluído el plazo o el uso pactado, salvo que el comodante se la reclame antes por tener urgente necesidad de ella (art. 1749).

Asimismo hay que tener presente que tampoco el comodatario puede exigir al tiempo de devolver la cosa que el comodante pruebe su condición de propietario, dado que ésta no se le exige tampoco para celebrar el contrato.

Es claro que el comodatario no puede negarle la cosa al comodante alegando que no es su propietario. La situación sin embargo se complica desde el momento en que aparece un tercero que pretende tener derechos sobre la cosa dada en comodato. Para ver de qué manera afecta esta circunstancia al deber de restitución del comodatario (bien en cuanto el tiempo en que deba cumplirse, bien en cuanto al sujeto que ha de percibir la cosa), voy a adoptar el esquema anteriormente seguido para el depósito.

Si la cosa es embargada en manos del comodatario, la posición de éste es idéntica a la del depositario, quedando sujeto a las decisiones de la autoridad judicial. La situación del comodatario ofrece además la peculiaridad, derivada en último término de su carácter gratuito, de que la privación del uso de la cosa no le da derecho a dirigirse contra el comodante, pues éste no está obligado a mantener en el disfrute al comodatario, obligación que sí compete al arrendador (art. 1554, 3 y 1560 a sensu contrario).

Ninguna nueva observación hay que hacer en cuanto a los derechos personales que un tercero pretenda hacer valer sobre la cosa. Bastará con aplicar las

reglas generales. Pero sí hay una peculiaridad en el caso venta de la cosa prestada. Pienso que le es aplicable lo preceptuado en el art. 1571 respecto del arrendamiento. Si "El comprador de una finca[141] arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta...", con mayor motivo lo tendrá en relación con el comodato dado su carácter gratuito. Si el comprador hace uso de ese derecho, el comodatario tendrá que entregarle a éste la cosa y no al comodante, sin perjuicio de la indemnización que pueda exigir de éste último, pues el comodante responde ante el comodatario de las perturbaciones o daños que provengan directamente de hechos suyos[142].

En cuanto a la reivindicatoria, no cabe duda que la demanda de reivindicación se puede dirigir contra el comodatario, pues el art. 348, 2 C.C establece la regla general según la cual "El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla".

En tal caso, el comodatario opondrá al reivindicante el título en virtud del cual posee y, probado éste, será rechazada la acción reivindicatoria. Como dice TRAVIESAS "Si estas excepciones no hubiesen de prevalecer, jamás podría gozarse de un derecho sobre cosa ajena"[143].

---

141 Aunque el precepto hable de "finca", se entiende igualmente aplicable a los muebles.

142 TOULLIER: "Diritto...", tome XI, n. 110, pag. 228.

143 "Extinción y reivindicación del derecho de propiedad", RDP 1963, pag. 204.

Mas también el propietario puede dirigir su acción contra el comodante, pues para ello no es indispensable que el demandado tenga la posesión material de la cosa. Si el comodante resulta vencido en juicio, el efecto para el prestatario es la privación del disfrute de la cosa. La unica duda en tal supuesto es si tendrá derecho a exigir del comodante la indemnización de daños y perjuicios.

Tal derecho corresponde al arrendatario (arts. 1554, 3 y 1556) , pero entiendo que no al comodatario, salvo en un caso: en el de que el comodante le haya prestado la cosa sabiendo que no le pertenecía.

La razón por la cúal se hace al arrendador responsable en todo caso y no al comodatario es la siguiente: La obligación de indemnización ha de derivar necesariamente de un incumplimiento. El arrendador está obligado a "mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato" (art. 1554, 3). Por eso el art. 1560, entendido a sensu contrario, le hace responsable de las perturbaciones de derecho sobre la finca arrendada. La situación del comodante es distinta, pues "no está obligado, en virtud del contrato, a mantener en el disfrute al comodatario: entregada la cosa, cesa toda obligación por su parte, mientras que en el arrendamiento la obligación esencial del arrendador se manifiesta precisamente en sentido contrario"[144].

---

[144] FUBINI: "El contrato de arrendamiento de cosas" (traducido por Roberto Sánchez Jiménez), Madrid 1930.

TOULLIER[145] exceptúa de esta regla general el caso de que el prestamista sepa que la cosa no le pertenece, pues él sí está obligado a no perturbar el uso concedido al comodatario y responderá si lo hace.

La misma regla es aplicable en nuestro derecho, pues la doctrina que la inspira aparece recogida en el art. 1752, que dispone que "El comodante que, conociendo los vicios de la cosa prestada, no los hubiere hecho saber al comodatario, responderá a éste de los daños que por aquélla causa hubiese sufrido".

Es decir, que de lo que no responde el comodante es de las perturbaciones o daños derivadas de terceros[146], pero sí de las propias.

Finalmente, por lo que respecta al interdicto, y retomando la problemática general de los sujetos contra los que se puede dirigir la acción, creo que nuevamente hay que apoyar la solución en la gratuidad esencial del comodato. Imaginemos el conflicto entre el demandante despojado y el poseedor que gratuitamente disfruta de la cosa. Bien es verdad que también el derecho de éste último merece ser protegido, pero creo que en esta ocasión se debe preferir al primero, porque, como observa CARRESSI[147] mientras que el despojado sufre un daño emergente, el comodatario sólo soporta un lucro cesante. Aparte de ello, y de la misma forma que

---

145 "Diritto...", tome XI, números 108 a 112.

146 También por ello el comodante, a diferencia del arrendador, no es responsable de evicción.

147 "Il comodato", pag. 33, nota 3.

respecto del depositario, no hay obstáculo procesal alguno para la admisión de la legitimación pasiva del comodatario.

7-ANALISIS DEL SUPUESTO EN QUE LA COSA DEPOSITADA O PRESTADA SEA DEL DEPOSITARIO O COMODATARIO.EFECTOS DE ESTA SITUACION.-

a) OTROS CASOS DE CESACION DEL DEBER DE RESTITUCION.-

En el apartado anterior hemos visto de qué forma influye sobre el deber de restitución de depositario y comodatario la acción de un tercero que se pretende propietario de la cosa objeto del contrato. Sucintamente expuesta, la conclusión fundamental es que , independientemente de la suspensión temporal de la obligación de devolver la cosa del depositario, tanto en uno como en otro contrato,si el tradens resulta vencido en juicio, no es a él a quien habrá que entregar la cosa, sino al verdadero propietario.

Para que la pretensión del actor sea estimada no basta con su cualidad de propietario, sino que es también preciso que el demandado no tenga derecho a poseer la cosa (por ejemplo, como usufructuario o arrendatario) y , además, que no se trate de uno de los supuestos de irreivindicabilidad. Por aplicación del art. 464 C.C, estos últimos van a ser frecuentes, al menos respecto del depósito, que sólo puede recaer sobre muebles. Según este artículo son irreivindicables las cosas mue-

bles que hayan sido adquiridas de buena fe por la persona que las tenga en su poder, salvo el caso de que su dueño las hubiese perdido o hubiese sido privado de ellas ilegalmente. Dicho de otra forma, la acción reivindicatoria sólo prosperará frente al depositante y al comodante de cosa mueble cuando éstos sean de mala fe o el demandante hubiese perdido la cosa o sido ilegalmente privado de ella.

Aún hay otras hipótesis, análogas a las anteriores, que pueden incidir sobre la deuda de restitución: piénsese que vigente la relación contractual, el poseedor compre al tradens la cosa que de él recibió, o que, perfeccionado el contrato, descubren el guardador o el prestatario que la cosa que han recibido es de su propiedad, y no sólo eso, sino que deponente o prestamista no tienen derecho alguno sobre ella.

Nuestro Código no contempla de modo expreso ninguno de estos supuestos, ni tampoco lo hacen el Código Federal Suizo de Obligaciones, el Alemán, ni el Portugués, entre otros. Por el contrario, contienen un artículo dedicado a la segunda de las hipótesis indicadas los siguientes códigos:

> -Código de Napoleón: art. 1946: "Todas las obligaciones del depositario cesan si descubre y prueba que es, el mismo, propietario de la cosa depositada"

-Código Civil Italiano de 1865: art. 1861: "Cesa toda obligación por parte del depositario cuando descubra y pruebe que es propietario de la cosa depositada".

-Código Italiano de 1946: art. 1779: "El depositario está liberado de toda obligación si resulta que la cosa le pertenece y que el depositante no tiene sobre ella ningún derecho ".

-Código Civil de Perú: art. 1876: "Todas las obligaciones del depositario cesan si llega a declararse judicialmente que él mismo es propietario de la cosa depositada. Pero antes y en el caso de que pida su devolución el que la confió, no puede el depositario retenerla con el pretexto de justificar o de estarse justificando que es de su propiedad".

-Código Civil de Chile: art. 2185: "Cesa la obligación de restituir desde que el comodatario descubre que él es el verdadero dueño de la cosa prestada. Con todo, si el comodante le disputa el dominio, deberá restituir, a no ser que se halle en estado de probar, breve y sumariamente, que la cosa prestada le pertenece". Por remisión del art. 2233, esta regla le es también aplicable al depósito.

-Código de Colombia: Su art. 2210 es exacto al anteriormente recogido, y también es aplicable al depósito por expresa remisión del art. 2257.

-Código de Méjico de 1928: art. 2530: ""Cuando el depositario descubra o pruebe que es suya la cosa depositada, y el depositante insista en sostener sus derechos, debe acudir al juez, pidiéndole orden para retenerla o para depositarla judicialmente".

-Código de Venezuela: art. 1772: "Todas las obligaciones del depositario cesan desde que descubre y prueba que es suya la cosa depositada".

-Código Civil del Salvador: su art. 1943 coincide con el 2185 del de Chile y 2210 del de Colombia. La norma se aplica también al depósito, por expresa remisión del art. 1990.

Fácilmente se observa que en la mayor parte de los Códigos la disposición se refiere al depósito. La explicación de ello puede ser que la regulación de este contrato es mucho más detallada que la del comodato en casi todos los textos legales, a excepción de los códigos de Chile, Colombia y El Salvador, que son, justamente, los únicos que la aplican a ambos. No puede pues establecerse, al menos a priori, que la norma rija sólo para el depósito. Antes, no obstante, de abordar esta cuestión, conviene aclarar cúal es el significado exacto de una regla que BAUDRY-LACANTINERIE[148] calificó de inútil, pese a lo cual el nuevo Código Italiano decidió mantenerla.

148 "Prècis de Droit Civil", douzième edition, tome deuxième, París 1921, pag. 642.

b) DEPOSITANTE NO PROPIETARIO Y DEPOSITARIO PROPIETARIO.-

Para explicar la norma, es preciso, en primer lugar, aclarar dos cuestiones previas: una, si el depositante ha de ser necesariamente dueño de la cosa y, otra, si es posible que el depositario reciba para su custodia una cosa de la cual es propietario.

La condición de propietario de la cosa no se exige en el depositante. Ello es algo perfectamente aceptado en el derecho actual, pese a que los textos legales propician más bien la interpretación contraria. Así, el art. 1922 del Código de Napoleón dispone que "El depósito voluntario no puede ser hecho regularmente sino por el propietario de la cosa depositada". En términos prácticamente idénticos se expresaba el art. 1840 del Código Italiano de 1865, aunque la norma ha sido suprimida en el nuevo Código. El artículo, no obstante, es unanimemente interpretado por los comentaristas franceses en el sentido de que no implica que el depósito hecho por un no propietario sea nulo, sino que lo que verdaderamente quiere decir es que el dueño de la cosa depositada, cuando no ha intervenido en el depósito, no queda ligado por el contrato, ya que éste es para él "res inter alios acta."Esta interpretación que no es más que una aplicación del derecho común, se apoya, además,

en el texto del art. 1938[149]. Así pues, la cosa puede ser depositada por quien no tiene más que su posesión, e incluso por quien la tiene indebidamente.

Algo más confusa aparece esta cuestión entre los italianos, quienes, basándose en el art. 1860, sostuvieron en ocasiones que el depositante había de ser el dueño de la cosa, no habiendo depósito en otro caso[150]. La opinión contraria se impuso. Buena prueba de ello es que la norma se ha omitido en el nuevo Código, de cuya regulación se deduce que puede ser depositante cualquiera que tenga la detentación de una cosa y, por tanto, no sólo el propietario, "sino también el arrendatario, el acreedor pignoraticio, el secuestratario, el mandatario, el simple poseedor..."[151].

En nuestro derecho, por el contrario, siempre ha estado clara la posibilidad de que constituya el depósito un sujeto distinto del propietario. Ya GUTIERREZ FERNANDEZ[152] manifestaba que no hay que entender privado del derecho de depositar al que tiene el disfrute de la cosa por un título que reemplaza al del propietario. Nuestro Código en modo alguno exige el carácter de propietario de una cosa para poder constituirla en depósito, conclusión a la que se llega a partir de los artículos 1763 y 1771, que regulan, respectivamente, el depósito constituido

---

149 "El depositario no puede exigir de aquél que hace el depósito la prueba de que es el propietario de la cosa depositada"

150 TOULLIER: "Diritto...", vol. X, n. 388, pag. 343; RUGGIERO: "Instituciones de Derecho Civil", pag. 458.

151 DE MARTINI: "Novíssimo Digesto", vol V, terza edizione, Torino, 1957, pag. 500, n. 4.

152 "Estudios ...", tomo V, pag. 237.

por dos o más personas que se creen con derecho a la cosa depositada y el depósito de cosa ajena hurtada.

La segunda cuestión, la relativa a la posibilidad de recibir en depósito una cosa propia, sí ha suscitado entre nosotros algunas vacilaciones. La razón de ello es el texto del art. 1758 del Código, que al definir el depósito habla de "cosa ajena" (el 1915 del Francés utiliza la expresión "cosa de otro" e igualmente el 1835 del Italiano de 1865).

En nuestro país existe, en relación con este tema, una cierta confusión, derivada de dos causas distintas: una, que los autores más antiguos, siguiendo las directrices del Derecho Romano, enfocan la cuestión hacia el depósito de cosa propia por error; y otra, que tras la tesis defendida por ROCA JUAN de que el art. 59 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión, contiene un supuesto de depósito en cosa propia, suele la doctrina circunscribir a este precepto y a la opinión sustentada por este autor la figura en cuestión.

En cuanto a la primero, se suelen citar algunos fragmentos del Digesto[153] como base para afirmar que el depósito de cosa propia no se admitía en el

---

153 Libro XIII, Título III, 15: "El que consiente que se deposite en él su propia cosa, o la pide para usarla, no se obliga ni por la acción de depósito, ni por la de comodato, así como el que toma en arrendamiento una cosa suya, o la ruega en precario, ni se obliga por el precario, ni por el arrendamiento".

Libro XIII, Título III, 31: "...Más si ignorando el ladrón al hijo o al esclavo de quien hubiese hurtado una cosa, la depositó en poder del padre ó del señor de aquél, que lo ignoraba, ni aún por derecho de gentes existirá el depósito; cuya eficacia es ésta, que a otro, no al dueño, se de para guardarla como ajena la cosa propia de él mismo. Y si una cosa mía, que me hurtó ignorándolo yo, la hubiese un ratero depositado en mí, ignorando también ahora su delito, con razón se dirá que no se verifica depósito porque no es de buena fe que sea compelido el dueño a restituir su propia cosa a un ladrón; pero aún si también en este caso hubiera sido entregada como por causa de (Cont....)

Derecho Romano, si bien en opinión de ROCA JUAN[154] lo que realmente ocurría en este ordenamiento es que el contrato era nulo cuando por error uno recibía en depósito una cosa que le pertenecía. El depositario ignoraba esta circunstancia y entonces se entendía el depósito como inexistente. Pero la situación es diferente cuando el depositario es consciente, desde el momento de la celebración del contrato, de su cualidad de dueño de la cosa. El Derecho Romano no se llegó nunca a cuestionar la validez de tales casos.

Pues bien, gran parte de los autores que entre nosotros han proclamado la nulidad del depósito de cosa propia, están en realidad aplicando esa conclusión al depósito de cosa propia efectuado por error. Es el caso de COVIAN[155] y PUIG PEÑA[156]. "En definitiva, estos autores no niegan concretamente la admisibilidad de este depósito cuando el deponente tenga derecho a la posesión de la cosa"[157].

Por lo que respecta a la segunda causa, ROCA JUAN defendió en nuestro derecho la figura del depósito de cosa propia apoyándose en el art. 159 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión y en el art

---

153(...Cont.)
depósito por el dueño que lo ignorase, competerá sin embargo la condición de lo dado no ha biendo sido debido". Libro L, Título XVII, 45: "No puede haber ni prenda, ni depósito, ni precario, ni compra, ni locación de cosa propia".

154 "El depósito y la garantía real mobiliaria", Murcia, 1946, citado por Pellisé Prats en "Enciclopedia", pag. 857.

155 Citado por Pellisé Prats en "Nueva...", voz "depósito", pag. 857, nota 77.

156 "Derecho Civil", tomo IV, vol. 2, Madrid 1946, pag. 427.

157 Pellisé Prats:"Nueva...", pag. 857.

1867 bis del Código (agregado por la Ley de 5 de diciembre de 1941 y derogado después por la disposición final de la ley anteriormente citada). Esta tesis ha sido objeto de bastantes críticas[158]. De ahí que los que piensan que dicho artículo no contiene un caso de depósito, hayan negado el depósito de cosa propia.

Pero ambas cuestiones deben de ser distinguidas: una cosa es no admitir que el art. 159 de la citada ley recoga un supuesto de depósito, lo que se rebate por distintas razones, y otra muy distinta negar la posibilidad de que uno reciba en depósito la cosa propia, siempre y cuando su posesión no le corresponda.

Autores como ALBALADEJO y LACRUZ deslindan, sin embargo, perfectamente, ambas cuestiones. Según el primero "La cosa puede ser de cualquiera, incluso del depositario, con tal de que su posesión no le corresponda...A pesar de que el art. 1758 exige literalmente que la cosa sea ajena (ajena respecto al depositario), tal expresión hay que entenderla, no en sentido estricto, (ajena=no propiedad del depositario), sino en el que le he dado, ya que cuando la posesión y custodia de la cosa pertenecen a persona distinta del propietario, éste también puede asumir por contrato (de depósito), e independientemente de su condición de dueño, la obligación de guardarla.

---

158 El propio autor recoge parte de estas críticas en "Comentarios...", Tomo XXII, vol 1, pags 174 y ss. También está ampliamente recogidas por CASTAN: "Derecho Civil Español Común y Foral", tomo IV, Undécima edición, Madrid 1981, pags 668 y ss.

Esa expuesta es la argumentación correcta en pro de que pueda recibirse en depósito una cosa del depositario.

Al menos en general, no es argumento válido a favor del depósito de cosa propia el que la ley, en caso como el de la prenda sin desplazamiento (art. 59 de la Ley de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento) establezca que la cosa pignorada, en vez de entregarse al acreedor o a un tercero, como es lo normal (C.C, art. 1863), quedará en poder del pignorante-dueño, que tendrá, entonces, la consideración de depositario de aquélla.

Sin embargo, a base de esto, muchos estiman que la ley admite el depósito de cosa propia. Más tal argumentación debe rechazarse, ya que realmente el de la guarda por su dueño de la prenda sin desplazamiento no es un caso de depósito (aunque la ley hable de que el pignorante-dueño se convierte en depositario), sino que se trata, simplemente, de que obligaciones como las del depositario, o como alguna de ellas pueden -según ya he dicho- nacer también de otros hechos jurídicos distintos del contrato de depósito"[159].

LACRUZ BERDEJO, por su parte, manifiesta lo siguiente: "Según el art. 1758, el depósito lo es de "cosa ajena", lo cual ha de entenderse en el sentido de cosa que no se halla a nuestra disposición, aunque sea propia; por ejemplo, porque la tenemos arrendada, o es objeto de usufructo: el arrendatario o usufructuario

---

159 Derecho Civil II, 2, séptima edición, Barcelona 1982, pag. 358.

pueden depositar en nuestro poder, para que se la guardemos, una cosa que nos pertenece, pero que ahora poseen y están obligados a custodiar y conservar ellos.

Por supuesto, cabe también que asumamos especiales obligaciones de custodia de cosa propia sobre la cual otros adquieren derechos actuales o eventuales a fin de garantizar la integridad de éstos, pero en tales casos la obligación de custodia es secundaria y no obedece a un contrato de depósito, aunque le sean aplicables algunas de sus normas. Es así como ha de interpretarse, por ejemplo, el art. 59 de la Ley de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento: estos institutos, al permitir que la cosa mueble quede en poder y goce del deudor propietario de la misma, le constituyen en custodio de ella en interés del acreedor garantizado, pero no establecen una propia relación de depósito sobre cosas que, normalmente, no habrá que "restituir", que el titular posee en propio interés y disfruta como dueño, siquiera con el gravamen real de garantía"[160].

Podemos decir a modo de conclusión que, en nuestro derecho, una vez superadas las dos confusiones que anteriormente han quedado expuestas, no existe dificultad alguna en admitir que el depósito sea de cosa propiedad del depositario, siempre y cuando el que lo constituye tenga la posesión de la cosa.

---

160 Elementos de Derecho Civil II, 3, segunda edición, Barcelona 1986, pag. 356.

c) SIGNIFICADO DEL ART. 1946 DEL CODIGO FRANCES Y 1779 DEL ITALIANO.-

La doctrina francesa no dedica practicamente ninguna atención a este precepto[161], quizás por compartir la opinión de BAUDRY-LACANTINERIE de que es inútil porque no es más que la aplicación de los principios generales[162]. Aparte de este comentario, encontramos el de TOULLIER, claramente equivocado, de que la norma es una consecuencia de la imposibilidad de que coincidan en el mismo sujeto las cualidades de propietario y de depositario[163]. Más acertada es la opinión de AUBRY ET RAU[164], para quien es necesario, para que el depositario se libere de todas las obligaciones nacidas del depósito, no sólo que éste pruebe que es el dueño de la cosa depositada, sino que no tiene sobre ella ningún derecho de goce o detentación. LAURENT, por su parte, considera que en el caso del art. 1946 no hay depósito, siendo ésta la razón por la que cesan las obligaciones del depositario[165]. Finalmente, para RODIERE el artículo prevee una causa particular de liberación del depositario, pero para que este efecto se produzca no es suficiente una alegación

---

161 "Todas las obligaciones del depositario cesan si descubre y prueba que es, el mismo, propietario de la cosa depositada".

162 "Prècis...", tome deuxieme, pag. 642.

163 "Diritto...", vol. X, pag. 363.

164 "Droit Civil Francais", 4eme. edition, París 1871, pag. 626.

165 "Principes...", tome XXVII, pag. 144.

por su parte de que es el propietario, sino que es preciso que pruebe su derecho; en caso de duda, las presunciones actúan en su contra y en favor del deponente[166].

La doctrina italiana, tras el nuevo Código, ha dado un gran paso en cuanto a la interpretación de este artículo, fundamentalmente porque se ha modificado la redacción respecto del Código antiguo. Mientras que el art. 1861 de éste preceptuaba que "Cesa toda obligación por parte del depositario cuando descubra y pruebe que es propietario de la cosa depositada", el texto del actual 1779 es el siguiente: "El depositario queda liberado de toda obligación, si resulta que la cosa le pertenece y que el depositante no tiene sobre ella ningún derecho".

Ya no se niega, como ocurría bajo el imperio del antiguo Código, que el contrato de depósito está validamente celebrado a pesar de recaer sobre un objeto propiedad del depositario, sino que, muy por el contrario, se apoya su validez precisamente en este artículo.

Dentro de él incluyen los autores dos hipótesis distintas: la del depositario que es ya propietario en el momento de celebración del contrato y la del que deviene propietario con posterioridad. El efecto de ambas situaciones es el mismo: cesan las obligaciones del depositario, no sólo la de guarda, sino también la de restitución. La razón de ello es, sin embargo, distinta en uno y otro caso[167]. Cuando

---

166 "Encyclopèdie...", n. 222.

167 Para FIORENTINO ("Commentario del Códice Civile", Libro IV, Bologna, 1959, pag. 88), sin embargo, en ambos casos el contrato es nulo por falta de causa.

el depositario es ya dueño de la cosa en el momento de recibirla, el contrato es nulo por falta de causa, "no pudiéndose concebir y no postulando por ello tutela jurídica una función de custodia sobre cosa propia en interés de una persona que sobre tal cosa no tiene ningún derecho"[168]. En opinión de NOVITA[169] si la obligación de restitución no surje o cesa cuando resulta que la cosa pertenece al depositario, no surje tampoco la obligación de restitución. Para explicar la razón por la cual se extinguen todas las obligaciones del depositario cuando este adquiere durante el depósito la propiedad de la res deposita, se acude en general a la figura de la imposibilidad sobrevenida de la prestación[170], aunque algún autor también ha traído a colación la confusión, afirmando que las obligaciones del depositario se extinguen por esta causa[171].

La doctrina italiana interpreta el supuesto de hecho de la norma en cuestión con una cierta amplitud, incluyéndo en su ámbito todos los casos en que el depositario sea propietario de la cosa depositada, tanto si lo era ya al celebrarse el contrato, como si adquirió esta condición con posterioridad. Pero en relación con la primera hipótesis hace MICCIO una matización importante, pese a ser obvia: el presupuesto de la norma es, ante todo, que el depositario ignore que la cosa le

---

168 DE MARTINI: "Novíssimo...", volume V, pag. 517.

169 "Giurisprudenza sistematica..., I contratti reali", pag. 191.

170 "Commentario al Codice Civile...", Libro IV, pag. 699; DE MARTINI: "Novíssimo...", vol. V, pag. 517.

171 Es el caso de DE MARTINI ("Novíssimo...", vol. V, pag 517), quien considera que la confusión se produce, no sólo cuando la pertenencia de la cosa al depositario es sobrevenida, sino cuando es anterior.

pertenece, ya que si no fuese así, el negocio sería inválido en cuanto al propietario. Aunque manifieste que quiere celebrar un contrato de depósito, estaría movido por la voluntad de entrar en posesión de lo que le pertenece, faltando así el consentimiento de las partes sobre el objeto del contrato. En este caso, por tanto, el art. 1779 no es aplicable al depositario, que debe restituir la cosa, en espera de probar su cualidad de propietario[172].

d) SOLUCION APLICABLE EN DERECHO ESPAÑOL.-

Teniendo presente que nuestro derecho admite que el depositario sea dueño de la cosa, se trata ahora de determinar, ante la imprevisión legislativa, los efectos que se producen (y, en concreto, si inciden o no sobre el deber de restituir) cada una de las dos situaciones planteadas: la del descubrimiento por el depositario, durante el depósito, de que la cosa es de su propiedad y la de la adquisición de la misma por el depositario, también durante la vigencia del contrato.

La primera hipótesis estaba prevista en el Digesto, aunque no con carácter general, sino sólo en el caso de que la cosa procediese de robo. La regla 31 del Título III del Libro XVI, además de resolver en favor del dueño al que se le ha robado la cosa, el conflicto relativo a quién debía de devolvérsela el depositario de ésta (si al dueño o al depositante) se ocupa de resolver el caso de que la cosa robada se deposite en manos de su dueño. Se entiende entonces que no hay depósito

172 "Commentario...",tomo IV, pags. 29 y 30.

"porque no es de buena fe que sea compelido el dueño a restituir su propia cosa a un ladrón".

La misma regla aparece recogida en el Fuero Real y en las Partidas. La Ley 6, Título XV, Libro III del Fuero Real, que, además de establecer que en el caso de que se depositen cosas robadas, el depositario debe entregarlas al dueño (si las reclama), y no al deponente, contempla la hipótesis de que la cosa robada se deposite en poder de su dueño. En tal caso "non es tenudo de gela entregar, si no quisiere".

La Ley 6 del Título 3 de la Partida V recoge las razones por las cuales no está obligado el que tiene la cosa en depósito a devolverla al que se la dió. La cuarta y última de estas causas es la siguiente: "cuando algun ome da en guarda a otro alguna cosa que oviese furtado a el mesmo: ca este que la tiene en guarda, desque conociere que la cosa es suya, non es tenudo de gela tornar, si probare que es así".

Este mismo alcance atribuye GARCIA GOYENA al art. 1683 del Proyecto del 51, pese a que está redactado en términos de mayor amplitud, casi idénticos a los del Código de Napoleón: "Todas las obligaciones del depositario cesan desde que descubre y prueba que es suya la cosa depositada". Para GOYENA[173] también el art. 1946 del Código Francés, original del nuestro, está limitado al caso de hurto. "Podría por lo tanto inferirse de nuestro artículo, que el depositario tendrá

173 "Concordancias...", tomo II, pag. 876.

el derecho de retención[174] en la cosa depositada por la simple alegación de dominio: la Comisión no lo estimó así; y en efecto esta concesión absoluta e indefinida, sería tan peligrosa como contraria a la naturaleza del contrato. Deberá por lo tanto limitarse el artículo al caso de la ley Romana y de Partida, o a otro en que la prueba del dominio sea pronta, fácil y evidente, no siendo así, el depositario deberá pedir al juez el secuestro judicial, o que el deponente afiance".

El Código, sin embargo, no recoge esta regla que de modo constante aparece en nuestro derecho histórico, lo que no creo que deba interpretarse como un cambio de orientación. El silencio no indica en este caso que la solución a la hipótesis planteada sea la inversa, sino, más bien, que los redactores del código entendieron que ,por ser aplicación de los principios generales, era un precepto obvio, (que era, justamente, lo que ya habían opinado los comentaristas franceses a raiz de la inclusión del mismo por el código de ese país).

Es decir, que la aplicación de la normativa reguladora del depósito lleva a solucionar este supuesto en el mismo sentido que lo hacía nuestro antiguo derecho. Veamóslo.

El caso en cuestión es este: el depositario, una vez que tiene la cosa en su poder, descubre que es de su propiedad y además que el que se la entregó no tiene ningún derecho a ella. ¿Afecta este descubrimiento a la obligación de restitución?. Esta pregunta debe de ser contestada de la misma forma que si fuese un

174 Obviamente, el término no está aquí usado en su sentido propio.

tercero el que se considerase propietario de la cosa depositada; es decir, otorgando al depositario el mismo trato que a cualquier otro pretendido propietario.

Recordemos que el depositario no puede negar la restitución al deponente alegando que la cosa no es de su propiedad (art. 1771, 1). La regla se aplica, tanto si el dueño de la cosa es una extraño a la relación de depósito, como si es el propio depositario. Ello no quiere decir que el depositario-dueño no pueda recuperar la cosa. Estará amparado por la acción reivindicatoria si el deponente la tiene indebidamente, pero no puede prevalerse de su posición de detentador de la cosa para eximirse del cumplimiento de un deber que ha asumido como depositario. Por lo tanto, tendrá que restituir cuando el deponente se lo pida e iniciar como dueño la acción dirigida a obtener la posesión de la cosa.

Si la acción reivindicatoria se inicia por el depositario estando vigente el depósito, los efectos serán los previstos por el 1775,2. El depositario se abstendrá de restituir, lo cual no significa que disfrute de la cosa como dueño sino que continuará ligado por las obligaciones propias de un depositario hasta que concluya el pleito, a no ser que el juez, durante el mismo, haya nombrado un secuestratario diferente.

Recordemos también que hay una excepción a la regla general del art. 1771, 1: el caso de que el depositario descubra que la cosa es robada y quién es su dueño. ¿Qué ocurrirá si el depositario descubre que la cosa es suya y ésta le había sido robada?. La obligación que en estos casos impone al depositario el párrafo segundo de dicho artículo, de notificar al dueño el depósito, es ahora inútil, mas

tampoco convence la aplicación de la regla general que llevaría al depositario-propietario a restituir la cosa a aquél de quien la recibió a pesar de que le fué indebidamente arrebatada.

Es claro que en este caso el depositario podrá negar la devolución de la cosa al depositante. El deber de fidelidad que le liga con el deponente es suficientemente fuerte como para que tenga que cumplir esta obligación a pesar de ser el dueño de la cosa, **salvo si** ésta le hubiese sido hurtada. En el juego del principio según el cual el depositario está obligado por encima de todo a la restitución de la cosa recibida interfiere un principio preferente,porque responde a una razón de orden público: "spoliatus ante omnia restituendus".

Entiendo que esta es la razón de ser de la excepción y no, como apunta GARCIA GOYENA, que la prueba del dominio sea pronta y fácil. De otro lado, tanto la regla general (restitución no obstante la condición de dueño del depositario), como la excepción (no restitución si la cosa, propiedad del depositario, le había sido robada) son coherentes con el sistema de reivindicación de bienes muebles recogido por el art. 464 del Código.

Las cosas de las que uno haya sido ilegalmente privado pueden ser reivindicadas frente a cualquiera. Por ello, es lo razonable que, probando el depositario este hecho, continúe él con la posesión de la cosa. Y puesto que el mismo sistema rige para las cosas muebles perdidas, habrá que extender a ellas la excepción. Y ello sin entrar en la problemática concerniente a si la excepción comprende estricta-

mente los casos de "robo" y "hurto", o si habrá que darle un alcance más general y entenderla referida a todos los casos de "privación ilegal".

En los restantes casos la acción de reivindicación de la cosa depositada sólo tendrá éxito frente al poseedor (depositante) de mala fe. Puesto que la buena fe se presume siempre (art. 434), en la duda de a quien atribuir la detentación de la cosa, mientras que esté pendiente el pleito relativo a su propiedad, el derecho debe de adoptar una solución coherente con dicho principio y obligar en consecuencia al depositario a que restituya (lo que no quiere decir que si éste prueba la mala fe del deponente, se estime su demanda de reivindicación y recupere la cosa).

En la solución de la segunda hipótesis, la de adquisición posterior de la propiedad de la cosa por el depositario, van a interferir dos principios distintos, que conducen a soluciones opuestas.

Los precedentes históricos expuestos no alcanzan a este supuesto. La situación que se origina cuando el depositario adquiere la cosa del depositante recuerda a la que da lugar a la extinción de las obligaciones por confusión, pero no encaja exactamente en ella. Según el art. 1192 C.C "Quedará extinguida la obligación desde que se reúnan en una misma persona los conceptos de acreedor y deudor, pero no es esto lo que ocurre en el caso planteado, porque la posición acreedora y deudora de una misma relación no coincide en un único sujeto (que es lo que caracteriza la confusión), sino que el depositario, deudor de la cosa por un título (contrato de depósito) se ha convertido ahora en acreedor de la misma por virtud de un

título distinto (compraventa, permuta...). Se trata, sin duda, de un caso de compensación impropia que produce, por apreciarse en ella el mismo fundamento que en la verdadera compensación, idéntico efecto extintivo que ésta.

Contemplemos ahora la situación desde otro punto de vista: el de la regulación positiva del contrato de depósito y sus principios inspiradores. Pensemos que, en el anterior estado de cosas, el depositante exija al depositario la restitución. ¿Puede éste negársela?. Según el principio general establecido, no: el depositario no puede dejar de restituir alegando que es propietario de la cosa. ¿Significa eso que el único medio de que dispone para recuperar la cosa es iniciar una reivindicatoria y que hasta la conclusión del juicio va a estar privado de ella -al menos como dueño- **pese a haberla adquirido del depositante**? . La solución no es convincente. De hecho, en el derecho común, en el que se negaba al depositario la facultad de valerse de la "exceptio domini", se excluía el caso de que el depositario hubiese adquirido la cosa del depositante estando vigente el contrato. Sin embargo, la única excepción en el Código a ese principio general responde a un motivo de orden público que aquí, desde luego, no se aprecia, sin que la mera alegación de la equidad parezca suficiente para sostener lo contrario.

En realidad, la solución a este conflicto no estriba en la aplicación o exclusión de esa regla general, la cual, deducida sobre todo del art. 1771 del Código, tiene por finalidad evitar que bajo el pretexto de que un tercero reclame la cosa como dueño, no devuelva ésta al que la entregó, y le es aplicable también al deposi-

tario, quien, a pesar de resultar ser el dueño de la cosa depositada, no queda por ello eximido de la restitución.

Ahora bien, el depositario que adquiere del deponente dispone de otro medio para eludir la restitución; no puede hacer valer su condición de propietario de la cosa, pero sí puede **oponer al depositante la extinción del crédito**. Y es que, efectivamente, el crédito se ha extinguido por compensación.

Es decir, que el depositario sólo puede evitar la restitución si ha adquirido la cosa del propio depositante, pues sólo entonces se da la reciprocidad de los sujetos, esencial para que se produzca el efecto compensatorio.

Si, por el contrario, es un tercero distinto del depositante el que le ha transmitido la cosa, no podrá negar a éste la restitución y la única vía de que dispone para recuperarla es iniciar -como dueño- una acción reivindicatoria contra el que la posea, dado que ha adquirido ya la propiedad de la misma "por el sólo acuerdo o conformidad de los contratantes" al tener ya la cosa en su poder en el momento de celebración del contrato (art. 1463 C.C).

d) EL SISTEMA ALEMAN.-

La peculiaridad que ofrece el Derecho Alemán es que la solución del derecho común de no permitir al depositario que descubre que la cosa es suya negar la restitución al comodatario, no fué aceptada de modo pacífico.

WINDSCHEID y DERNBURG mantienen al respecto posturas encontradas. El primero defiende la misma solución para el depósito y para el comodato. Admite en línea de principio la posibilidad de que la cosa sea propiedad de depositario y comodatario; ello no obsta a la validez del contrato, siempre y cuando sea depositada o prestada como cosa del que la recibe, pero no si éste está en un error sobre la propiedad. Igualmente cesa la obligación del comodatario si después adquiere la propiedad de la cosa prestada[175].

La obligación principal que nace de ambos contratos es la de restitución de la cosa, obligación de la que no pueden escapar ni depositario ni comodatario ni siquiera alegando su derecho de propiedad sobre la cosa. Si hay oposición de su adversario, debe devolver la cosa y alegar su derecho de propiedad en una causa separada. Argumenta que si esta regla rige respecto del arrendamiento, mucho más respecto del comodato. Señala, además, que el Tribunal del Imperio reconoce expresamente la máxima establecida y hace sólo una excepción, bastante justificada, para el caso de que el depositario haya adquirido del deponente, después del depósito, la cosa depositada, viéndose en ello una resolución contractual del depósito[176].

DERNBURG critica la opinión de WINSDCHEID, quien sigue considerando excluída la excepción de propiedad frente a la actio depositi, basándose en

---

175 "Diritto delle Pandette", traduzione dei professori Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, volume secondo, Torino, 1925. parágrafo 374, pag. 453.

176 "Diritto...", parágrafo 375 y 378, pags. 454 y 461-62.

la Ley 11 del Título XXXV del Código[177], según la cual a la acción nacida de depósito no pueden tampoco oponerse las acciones "in rem". "Pero tal opinión -dice Dernburg- no es exacta. De hecho , el que recibe el depósito no alega ninguna acción real, sino que niega la subsistencia jurídica del depósito de cosa propia... Si el depositario ha adquirido la cosa depositada del deponente despues del depósito, está fuera de toda duda que puede oponer esto a la acción derivada de depósito; de hecho ello ha puesto fin al depósito"[178]. En cuanto al comodato, la excepción del comodatario de que él es el propietario de la cosa prestada la considera admisible sobre la base del fragmento 15 del Título III del Libro XVI del Digesto[179].

La admisibilidad de la "exceptio domini" es la postura que triunfa en el Código Alemán, de manera que en este ordenamiento, a diferencia de lo que ocurría en el derecho común, el depositario y comodatario (al igual que el arrendatario) pueden válidamente negarse a restituir, fundándose en su propiedad, si depositante

---

177 "Si alguno hubiere recibido a título de depósito o dinero u otras cosas, sea compelido de todos modos a devolverlas inmediatamente, queriéndolo éste, al que las depositó, y no se oponga ninguna compensación, o deducción o excepción de dolo, como pretendiendo él mismo algunas acciones personales, o real o hipotecaria, contra el que hizo el depósito, cuando no hubiere recibido el depósito de este modo, que naciese para el la retención que no le está permitida, y que el contrato, que nace de buena fe, se convirtiese en otro de mala fe. Pero si por ambas partes se hubiese depositado alguna cosa, tampoco en este caso surja el impedimento de la compensación, sino que restituyánse ciertamente cuanto antes sin ningún obstáculo las cosas o las cantidades por ambas partes depositadas, por supuesto, primeramente al que primero lo hubiere querido, y reservénsele después íintegras también las acciones legítimas. Lo cual se debe observar, según ya se ha dicho también si por una de las partes se hubiera hecho el depósito y por la otra se le hubiere opuesto la compensación, de suerte que, reservada íntegra toda cuenta legítima, se restituyan desde luego las cosas o las cantidades depositadas. Pero si por escrito se le hubiere hecho, transmitida por otro, no por dolo o fraude, una notificación al que recibió el depósito, para que de ningún modo restituya el depósito, y esto lo hubiese afirmado con juramento, séale lícito al que hizo el depósito recuperar cuanto antes las cosas depositadas, habiendo prestado caución idónea para la defensa".

178 "Pandette", volume secondo, traduzione di Cicala sulla 6a. edizione, Torino, 1903, parágrafo 92, pag. 375, nota 22.

179 "El que consiente que se deposite en él su propia cosa, o la pide para usarla, no se obliga ni por la acción de depósito, ni por la de comodato, así como el que toma en arrendamiento una cosa suya, o la ruega en precario, ni por el arrendamiento".

y comodante no tienen derecho alguno a su posesión, aunque la propiedad de un tercero no libera del deber de devolver[180].

e) CONCLUSION.-

El analisis realizado en este apartado permite establecer una importante conclusión. El comodato y el depósito de cosa propia del que la recibe con ignorancia por parte de éste de dicha circunstancia, es susceptible de dos soluciones distintas, ambas plasmadas en los códigos modernos:

La primera consiste en entender que en tales casos el contrato es nulo por falta de causa. El efecto de la nulidad es la restitución recíproca por las partes de las cosas que hubiesen sido materia del contrato (art. 1303). Depositario y comodatario tendrán que devolver la cosa recibida e iniciar la correspondiente acción para recuperarla, probando su dominio. Es la solución mayoritariamente adoptada por los códigos actuales, sin que necesariamente derive de un precepto expreso, y está precedida por una larga e ininterrumpida tradición histórica.

La segunda solución consiste en entender que el contrato es válido y que el accipiens puede negarse a restituir si el tradens no tenía derecho a la cosa. Es la solución adoptada por el Derecho Alemán, que se separa de esta forma del Derecho Común.

---

180 ENNECERUS: "Tratado...", Tomo II, vol. 2, pags. 651 y 653, pag. 251, 4, d) y pag. 402.

En dos grupos pueden por tanto ser clasificadas las legislaciones en relación a esta cuestión: un primer grupo, el de aquellas que permiten a depositario y comodatario que utilicen frente a deponente y comodante la "exceptio domini", esto es que no restituyan la cosa alegando y probando que es de su propiedad; el segundo grupo es el constituido por aquellos otros ordenamientos en que se niega a depositario y comodatario tal posibilidad, de suerte que se le obliga primero a restituir, sin perjuicio de que a posteriori puedan reclamar la cosa como propietarios. **Y coincide que mientras que en las primeras no aparece la prohibición de compensación en los casos de depósito y comodato, si aparece en las segundas.**

Llegados a este punto, recordemos que el término "compensación" no siempre se usa en su sentido técnico y que en los propios textos legales pudo emplearse referido a lo que se llamado "compensación impropia", es decir a la situación en que dos sujetos son reciprocamente acreedores y deudores de una misma cosa. Lo más probable, dada la naturaleza no fungible del objeto del depósito y del comodato, es que, en relación con la deuda de restitución que nace de estos contratos, se haya utilizado con esta acepción.

Aunque en la compensación impropia lo que se enfrentan son dos derechos de crédito, desde el momento en que uno de ellos deriva de un título transmisivo de propiedad y se trata de sistemas en que el dominio se adquiere "solo consensu", la diferencia entre la acción de cumplimiento, dirigida a obtener la entrega de la cosa (entrega que no es transmisiva de propiedad) y la reclamación del dominio, se diluye. E incluso en sistamas como el nuestro, en el que rige la teoría

del título y el modo, dicha diferencia deja de tener relevancia en el caso planteado, puesto que, estando ya en poder del adquirente la cosa (que tenía en su poder como depositario) tiene lugar la traditio por el mero consentimiento (art. 1463 C.C).

Creo por todo lo anterior que las prohibiciones de compensar que para el depósito y el comodato establece nuestro Código y todos los que siguen el modelo francés, es la prohibición de que el depositario y comodatario utilicen la excepción de dominio frente al depositante y comodante.

Entiendo pues, que la expresión legal del párrafo primero del art. 1200 deuda que "proviniere de las obligaciones de depositario o comodatario" está dirigida a impedir que los obligados a la restitución por virtud de tales contratos rehusen efectuarla alegando su cualidad de propietarios de la misma. Esta regla tiene a su vez una excepción, derivada de los principios generales y que algunos códigos recogen de modo expreso (entre ellos el Proyecto de 1851) , para el caso de que cosa depositada o prestada le hubiese sido hurtada al depositario o comodatario. Interfiere aquí una razón de orden público que le faculta para quedarse con la cosa, solución coherente con el sistema de reivindicación de bienes muebles en nuestro derecho.

Por otro lado, en el derecho histórico la limitación está exclusivamente referida a los supuestos en que el depositario o comodatario descubran su condición de dueños de la cosa después de celebrado el contrato y estando ya por tanto en

posesión de ella. Creo que la explicación de ello es que si se convierten en propietarios durante la vigencia del contrato, concurren otros factores que conducen a soluciones distintas.

Varias hipótesis deben de ser distinguidas en este últi-mo caso. Si depositario o comodatario suceden al depositante o comodante, a título universal o particular, se extingue el contrato por confusión (art. 1192 C.C). Si adquieren la cosa por título oneroso o lucrativo, habrá que distinguir según que el transmitente sea el depositante (o comodante) o que sea un tercero. En el primer caso, se produce la extinción de la deuda de restitución por compensación (arts. 1196 y ss por analogía). Finalmente, si adquiere la cosa de un tercero, faltando los requisitos de ésta última y no pudiendo tampoco valerse de su condición de propietario (art. 1200, 1 C.C), tendrá que restituirla a aquél de quien la recibió, cuya confianza no puede ser traicionada.

Esta interpretación es acorde con la solución adoptada por el Derecho Común que negaba al depositario y comodatario el derecho de oponer la "exceptio domini", salvo en el caso de que hubiesen adquirido durante el contrato la cosa de aquél que se la entregó. El Derecho Alemán se separa de esta tradición y otorga a aquéllos el mismo trato que al arrendatario: no tienen que restituir si son dueños de las cosas recibidas. Por ello no recoge las prohibiciones de compensar referidas a tales contratos.

Queda por explicar la ubicación de la norma en el título de la compensación. Pues bien, recordemos que en todos los textos legales -y también en el nuestro según la interpretación acogida- va unida a la prohibición de compensar en los casos de despojo. Téngase en cuenta que esta última tiene un doble campo de aplicación; en primer lugar para el caso de que las cosas indebidamente tomadas sean fungibles y se confundan en el patrimonio del depojante (compensación propia), y, en segundo lugar, para el caso de que se trate de una cosa no fungible (compensación impropia). El fin que la norma persigue en este último caso, es que el despojante pretenda quedarse la cosa ("compensarla consigo mismo") alegando tener derecho a ella. Se enlaza así con la **ratio** de la prohibición para los casos de depósito y comodato, lo que explica el lugar en que el código la ha incluido,sin que quiera ello decir que su ubicación sea la adecuada. Creo que debería estar incluida dentro de las Secciones que el Código dedica a las obligaciones de depositario y comodatario.

Entiendo que la norma rige respecto de todas las relaciones contractuales por virtud de las cuales uno de los sujetos resulte obligado a restituir a otro una cosa determinada, siempre y cuando concurra además cualquiera de las razones a que responde la prohibición: o la gratuidad o la nota de confianza.

A la aplicación analógica del precepto no se opone el hecho de tratarse de una norma restrictiva y, en consecuencia, excepcional, porque la razón por la cual se introdujo expresamente sólo para el depósito y el comodato es que unicamente en estos dos tipos contractuales se da ineludiblemente la circunstancia de existir a cargo del accipiens el deber de restitución de una cosa específica, hecho que, aunque

posible en otras relaciones contractuales, no reviste en ellas el carácter de elemento "sine que non" con que aparece en éstas.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA: El fundamento de la prohibición de compensar en el depósito es la nota de confianza que caracteriza este tipo contractual y en el comodato su esencial gratuidad, unidos uno y otro al hecho de que se trata de contratos que no transfieren la propiedad de las cosas sobre las que recaen y en las que por tanto el accipiens se obliga a restituir, finalizada la relación contractual, la misma cosa recibida, lo que quiere decir que sólo mediante la percepción de esta se satisface plenamente el interés del tradens.

SEGUNDA: La finalidad de la prohibición es procurar a depositante y comodante la recuperación de su cosa. Ni depositario ni comodatario, simples poseedores de cosas ajenas, pueden negar la restitución a aquellos de quienes la recibieron, bajo pretexto de compensación. Se trata de una norma protectora de la posesión como hecho, en lo cual coincide con los interdictos. No se persigue proteger el dominio dado que ninguno de los contratos requiere la cualidad de dueño en el tradens.

TERCERA: Aunque el Código no incluya de modo expreso una prohibición de compensación referida a la deuda nacida de despojo, hay que entender que está vigente en nuestro ordenamiento. Pero la única deuda procedente de tal acto que está excluida de la compensación legal es la de restitución "in individuo" (la de la misma cosa tomada), no la de restitución por equivalente en el caso de no ser

posible aquélla, ni tampoco la de indemnización de daños y perjuicios a que resulta obligado el autor del ilícito.

También las cosas fungibles indebidamente tomadas quedan incluidas en el ámbito de la prohibición, pues el mero hecho de que, dada su naturaleza, se confundan en el patrimonio del despojante, sin que sea posible su individualización, no es razón para que el derecho de la víctima del despojo a recuperarlas (que se basa en el principio "spoliatus ante omnia restituendus") merezca menor protección que cuando se trata de cosas fácilmente identificables.

Esta prohibición de compensar hay que entenderla establecida en interés exclusivo de la víctima del despojo, quien puede renunciar a este impedimento a la compensación legal establecido a su favor. Pese a tratarse entonces de un caso de compensación facultativa, la cual en general sólo puede producirse cuando el sujeto que la posibilita mediante la renuncia al hecho obstativo ofrezca al otro un pago total, en esta ocasión, dada la causa de la deuda, no hay inconveniente en permitir al sujeto que ha padecido la apropiación que oponga a su autor una compensación que conduzca a una extinción parcial del crédito que se le reclama.

CUARTA: La explicación del silencio legislativo en cuanto a la improcedencia de compensación en el despojo podría estar en un error de transcripción, de manera que la expresión del párrafo primero del art. 1200 "deuda que proviniere de **depósito**" habría querido estar referida a la "deuda que proviniere de **despojo**".

QUINTA: La exclusión de compensación del art. 1200, pfo. primero para el caso de que "alguna de las deudas proviniere de las obligaciones de depositario" no está referida a la deuda de restitución del "tantundem" que surje a cargo del depositario en los depósitos irregulares. Tampoco puede ser utilizado para paliar la problemática que suscita la figura en la actualidad porque ni estaba originariamente establecido para ello, ni puede ser adaptado a este fin mediante una interpretación "conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas la normas" (art. 3, 1 C.C), porque responde a una ratio muy diferente.

SEXTA: Los problemas de la compensación legal en el ámbito de los depósitos irregulares bancarios y otros contratos análogos derivan de la circunstancia de que el plazo se establece en interés del depositante. Para resolver las dudas relativas a la procedencia de la compensación se hace necesario introducir una norma expresa que permita al depositario "autopagarse" con la suma de dinero depositada o, lo que es lo mismo, compensar los créditos exigibles de que sea titular frente al depositante con las cantidades que está obligado a restituirle. En nuestro ordenamiento positivo debe de ser incluida una norma dirigida a tal fin.

En cuanto a los posibles abusos que para los particulares pueden surgir de la imposición por parte de las entidades bancarias de pactos de compensación, su represión debe de ser encauzada por la vía de las condiciones generales de contratación.

SEPTIMA: Junto con la compensación en su sentido propio, que regula el Código en los artículos 1196 a 1202, existe una figura análoga, la compensación "impropia" que se diferencia de ella en que las cosas objeto de las deudas que se enfrentan no son fungibles, aunque sí homogéneas. La situación sobre la que opera la compensación impropia es aquella en que dos sujetos son acreedores y deudores de una misma cosa. Cuando esto ocurre y se dan los restantes requisitos de la compensación legal, se produce "ipso iure" el mismo efecto extintivo de ambos créditos que origina ésta, con la peculiaridad de que se trata siempre de una extinción total. El fundamento de este pago forzoso y automático es el mismo que inspira la verdadera compensación: se trata de evitar desplazamientos patrimoniales innecesarios y de no amparar la conducta dolosa o de mala fe de quien reclama aquello que a su vez está obligado a entregar.

OCTAVA: La restitución es un elemento esencial tanto del depósito como del comodato en el sentido de que, faltando ese deber a cargo del accipiens (que se entiende nacido en el momento mismo de la perfección mediante la entrega de la cosa), el contrato celebrado por las partes no merecerá dicha calificación, para lo cual es además necesario que la restitución pactada sea "in natura". Ello es decisivo a la hora de explicar las razones por las que las prohibiciones de compensar se establecen sólo en relación con estos dos tipos contractuales y no respecto de otros que presentan notas comunes con ellos.

NOVENA: La prohibición de compensar que para el depósito y el comodato establece nuestro Código y todos los que se inspiran en el Francés es en reali-

dad la prohibición impuesta al depositario y comodatario de que se valgan de la **excepción de dominio** para eludir la restitución. Lo que se trata de evitar mediante la norma es que rehúsen devolver la cosa alegando que son propietarios de ella.

Esta regla, que se deduce de las normas reguladoras de estos contratos, coincide con la solución adoptada por el Derecho Común para el caso de que, perfeccionado ya el contrato, descubriesen depositario o comodatario que la cosa recibida era de su propiedad, aunque es abandonada por el Código Alemán, razón por la que no recoge dichas excepciones de compensación.

Unicamente se admite el empleo de la "exceptio domini" si la cosa hubiese sido hurtada a su dueño, solución acorde con los precedentes históricos, expresamente recogida por algunos códigos extranjeros y que en nuestro derecho positivo, aparte de deducirse de los principios generales, es la coherente con el sistema de reivindicación de muebles.

DECIMA: La limitación del párrafo primero del art. 1200 C.C. rige con toda su plenitud (salvo en la hipótesis indicada) en los casos en que el accipiens tuviese ya la cualidad de dueño de la cosa en el momento de celebrarse el contrato, descubriendo esta circunstancia después de perfeccionado. Si, por el contrario, adquiere la propiedad en un momento posterior, aunque continúa subsistente el principio, la interfencia de nuevos elementos hace que la solución general en algún caso se modifique. Diversas hipótesis deben de ser distinguidas en este último caso:

-Si depositario o comodatario suceden a depositante o comodante, a título universal o particular, el contrato se extingue por confusión (art. 1192 C.C).

-Si adquieren la cosa del tradens, se produce la extinción de la deuda de restitución por compensación (compensación impropia, arts. 1196 y ss del Código Civil por analogía).

-Si adquieren la cosa de un tercero, falta la reciprocidad necesaria para que la compensación tenga lugar, y no pudiendo tampoco hacer valer su condición de propietario (art. 1200, pfo. 1) tendrán que restituirla, sin perjuicio de iniciar para recuperarla la correspondiente acción.

UNDECIMA: La regla del párrafo primero del art. 1200 C.C, no obstante contemplar supuestos muy marginales, resulta necesaria y útil. De no ser por ella depositario y comodatario tendrían abierta la posibilidad de eludir la restitución simplemente alegando su derecho de propiedad sobre la cosa.

Sin embargo, aunque explicable, no es adecuado el lugar que ocupa en el Código, dentro del capítulo dedicado a la compensación. Debería en consecuencia ser suprimida la referencia al depósito y al comodato por ese precepto (en cuyo párrafo primero se debería recoger la exclusión de compensación de la deuda de restitución nacida del despojo) y ser llevada la norma a la Sección tercera del capítulo primero del Título XI del Libro IV del Código, relativa a las obligaciones del

depositario, y a la Sección segunda del capítulo primero del Título X del mismo Libro, concerniente a las obligaciones del comodatario.

Dentro de las respectivas secciones los preceptos que se manifiestan como más adecuados para la inclusión de la norma son el 1766 y el 1747, que podrían quedar redactados así:

-El depositario está obligado a guardar la cosa y restituirla cuando le sea pedida al depositante, a sus causahabientes o a la persona que hubiese sido designada en el contrato, **sin que pueda eximirse de su deber de restitución alegando que es propietario de la cosa**...(art. 1766).

-El comodatario no puede retener la cosa prestada a pretexto de lo que el comodante le deba, aunque sea por razón de expensas. **Tampoco puede negar la restitución alegando que la cosa es de su propiedad, quedando a salvo su derecho a iniciar la acción que corresponda para recuperarla**.

DUODECIMA: La norma contenida en el art. 1200, pfo. 1 del C.C. rige respecto de todas aquellas relaciones contractuales, principales o preparatorias, en virtud de las cuales resulte una de las partes obligada a restituir a la otra una cosa determinada que de ella hubiera recibido, siempre que a esta circunstancia se una, bien el carácter gratuito del negocio, bien un especial vínculo de confianza entre los contratantes.

INDICE DE AUTORES CITADOS

-ALBALADEJO: "Derecho Civil" II, 2, 7a. edición, Barcelona 1982.

-ALBALADEJO: "Protección y efectos de la posesión RDP 1963.

-ALBALADEJO: "La prohibición o improcedencia de compensación en los casos de depósito y comodato", RDP 1947.

-ALBALADEJO: "Derecho Civil", Tomo II, vol. 2, 5a edición, Barcelona 1983.

-AUBRY ET RAU: "Droit Civil", Tomo IV, 4eme. edition, París 1871.

-BALBI: "La obbligazione di custodire. Il comportamento dovuto", Rivista di Diritto Civile 1940.

-BARASSI: "Teoria delle obbligazioni",vol III, Milano 1948.

-BARBIERI: "Giurisprudenza sistematica civile e commerciale. I contratti reali", Torino 1965.

-BAUDRY-LACANTINERIE: "Prècis de Droit Civil", Tome X, París 1921.

-BAUDRY-LACANTINERIE ET L. BARDE: "Trattato teorico pratico di Diritto Civile", vol. III, Milano 1914.

-BELTRAN DE HEREDIA:"El derecho de retención en el Código Civil Español", Salamanca 1955.

-BONET: "Código Civil Español", Tomo IV, Barcelona 1891.

-BORRELL Y SOLER: "Derecho Civil Español", Tomo III, Barcelona 1955.

-BUTERA: 'La rivendicazione nel diritto civile, commerciale e processuale", Milano 1911.

-CAPILLA RONCERO: "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por M. Albaladejo", tomo XXI, 1, Madrid 1986.

-CARAVELLI: "Teoria della compensazione e diritto di ritenzione", Milano 1940.

-CARBONNIER: "Droit Civil", Tome IV, "Les obligations", 4eme. edition, París 1976.

-CARRESSI: "Il comodato" in "Trattato di Diritto Civile Italiano" sotto la direzione di Filippo Vassalli,vol. VIII, seconda edizione, Torino 1954.

-CASTAN TOBEÑAS: "Derecho Civil Español Común y Foral Tomo IV, undécima edición, Madrid 1981 y Tomo III, 10a. edición, Madrid 1967.

-CASTAN: "Derecho Civil Español Común y Foral Tomo IV, undécima edición, Madrid 1981.

-COLIN ET CAPITANT: "Curso Elemental de Derecho Civil", Tomo IV, 2a. edition, traducido por De Buen, Madrid 1949.

-COSENTINO PATTI: "La compensazione nei suoi aspetti giuridici", Napoli 1983.

-CROMME: "Manuale del Diritto Civile Francese traducción de Barassi, vol. 2, Milano 1907.

-CUTURI: "Trattato delle compensazioni nel Diritto Privato italiano", Milano 1909.

-D'ORS Y OTROS: "Versión castellana del Código de Justiniano", Pamplona 1968.

-DALMARTELLO Y PORTALE: "Enciclopedia del Diritto", voz "depósito".

-DALMARTELLO: "Appunti in tema di contratti reali, contratti restitutorii e contratti sinalagmatici", Rivista di Diritto Civiles 1955.

-DE DIEGO: "Instituciones de Derecho Civil Español", Tomo II, Madrid 1959.

-DE GENNARO: "Commentario al Codice Civile diretto da Vittorio de Martino, Libro IV, Roma 1971.

-DE ARRILLAGA: "Diccionario jurídico Seix", voz "compensación".

-DE LOS MOZOS: "Tutela interdictal de la posesión", Madrid 1962.

-DEL POZO CARRASCOSA: "El derecho de retener en prenda del depositario", Barcelona 1989.

-DEL VISO: "Lecciones Elementales de Derecho Civil", Tomo III, Valencia 1870.

-DEMOLOMBE: "Cours de Code Napoleon", París 1877.

-DI PRISCO: "Trattato di Diritto Privato diretto da Pietro Rescigno", "Obligazzioni e contratti", Torino 1988.

-DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO DE LABOR, Barcelona 1963.

-DIEZ-PICAZO: "La representación en el Derecho Privado", Madrid 1979.

-DIEZ-PICAZO: "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial", Tomo I, Madrid 1970.

-DIEZ-PICAZO: "Sistema de Derecho Civil", vol.III, 5a. edición, Madrid 1990.

-DIEZ-PICAZO Y GULLON: "Sistema de Derecho Civil", vol. II, 5a. edición, Madrid 1988.

-DISCUSSION SUR LE CODE CIVIL, Tomo II, París 1850.

-DUBOC: "La compensation et les droits des tiers", París 1989.

-DURANTON: "Corso di Diritto Civile", vol. VII, Napoli 1855.

-ENGEL: "Traitè des obligations en DroitSuisse", Neuchatel 1973.

-ENNECERUS, KIPP, WOLFF: "Tratado de Derecho Civil", traducido por Pérez González y Alguer, Barcelona 1966.

-ESPIN CANOVAS: "Manual de Derecho Civil Español", vol. III, 3a. edición, Madrid 1970.

-FALCON: "El Derecho Civil Español, Común y Foral", Tomo IV, 6a. edición, Barcelona 1902.

-FERRANDIS VILELLA: "Notas al Tratado de Derecho Civil de Ennecerus, Kipp, Wolff".

-FIORENTINO: "Commentario al Codice Civile", Libro IV, Bologna 1959.

-FLORES MICHEO: "El depósito irregular", RDP 1962.

-FRAGALI: "Del comodato", "Commentario al Codice Civile a cura di Sciloja e Branca. Libro Delle Obbligazioni", Bologna 1959.

-FUBINI: "El contrato de arrendamiento de cosas", traducido por R. Sánchez", Madrid 1930.

-FUNAJOLI: "Depósito" in "Trattato di Diritto Civile" diretto da Grosso e Santoro Passarelli", Milano 1961.

-GAGLIARDI: "Commentario teorico pratico al Codice Civile direto da Vittorio de Martino", Libro Iv, Roma 1971.

-GARCIA GOYENA: "Concordancias, Motivos y Comentarios al Código Civil Español", Tomo II, Madrid 1852.

-GARCIA VALDECASAS: "La posesión", 2a edición, Granada 1987.

-GARRIGUES: "El depósito irregular y su aplicación en el Derecho Mercantil", RCDI 1932.

-GHUL: "Le droit federal des obligations", Zurich, 1947.

-GIAMPICCOLO: "Comodato e mutuo", Milano 1972.

-GIORGI: "Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno", Madrid 1912.

-GIORGI: "Teoría de las Obligaciones",vol II, 2a. edición (traducción de la 7a. italiana), Madrid 1977.

-GOMEZ, PEDRO: "Elementos de Derecho Civil y Penal" Tomo II, Madrid 1877.

-GUILARTE ZAPATERO: "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por M. Albaladejo", tomo XXIII, Jaen 1980.

-GUTIERREZ FERNANDEZ: "Estudios de Derecho Civil Español Madrid 1869.

-HERNANDEZ GIL : "Derecho de Obligaciones", Madrid 1983.

-HERRERA BRAVO: "El contrato de depósito en el Derecho Romano", Granada 1987.

-JORDANO BAREA: "La categoría de los contratos reales", Barcelona 1958.

-JORDANO FRAGA: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1990" Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, abril-agosto de 1990.

-JOSSERAND: "Derecho Civil", tomo II, vol. 2, traducción de S. Cuchillos, Buenos Aires 1951.

-LACRUZ BERDEJO: "Elementos de Derecho Civil", Tomo II, vol. 1, Barcelona 1977 y vol. 3, 2a. edición, Barcelona 1986.

-LACRUZ BERDEJO: "Elementos de Derecho Civil II, 3, 2a. edición, Barcelona 1986.

-LARENZ: "Derecho de Obligaciones", Tomo II, Madrid 1959.

-LAURENT: "Principes de Droit Civil FranÇais", Bruxelles 1876.

-LEON ALONSO: "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por M. Albaladejo", Tomo XXi, vol. 2.

-LETE DEL RIO: "Protección del Derecho de Propiedad Santiago de Compostela 1979.

-LOMONACO: "Delle Obbligazioni", Tomo IV, Torino 1925.

-LOPEZ DE HARO: "El derecho de retención", Madrid 1921.

-LOPEZ VILAS: "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por M. Albaladejo", tomo XVI, vol. 1, Madrid 1.

-LUCAS FERNANDEZ: "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por M. Albaladejo", tomo XX, vol. II, Madrid 1986.

-MANRESA: "Comentarios al Código Civil", Madrid 1972.

-MARCO TULIO: "Compendio del Derecho Civil de España", Madrid 1893.

-MARIN PEREZ: "Derecho Civil", vol. III, Madrid 1984.

-MARTI: "Tratado Elemental de Derecho Civil", Tomo II, Barcelona 1838.

-MARTIN RETORTILLO: "El comodato en nuestros días", ADC 1953.

-MARTINEZ-PEREDA: "La prenda de cosa fructífera y el art. 1868 del C'odigo Civil", RCDI 1989.

-MAZEAUD: "Lecciones de Derecho Civil", Tomo III, 1, Buenos Aires 1962.

-MAZEAUD: "Leçons de Droit Civil", tome X, vol 1, París 1978.

-MENDEGRIS: "La nature juridique de la compensation".

-MENDEGRIS: "Repertoire de Droit Civil", 2eme. edition, Tomo II, París 1980, voz "compensation".

-MESSINEO: "Derecho Civil y Comercial", tomo V traducido al español por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires 1971.

-MICCIO: "Commentario del Codice Civile", Tomo IV, seconda edizione", Torino 1966.

-MOLLE: "Novíssimo Digesto", voz "conto corrente bancario", Rivista di Diritto Civile, 1957.

-MORATO: "El Derecho Civil Español", Tomo II, 2a. edición, Valladolid 1877.

-MUCIUS SCAEVOLA: "Código Civil", Madrid 1952.

-NAVARRO AMANDI: "Comentario al Código Civil Reformado", Tomo IV, Madrid 1891.

-NOVITA: "Giurisprudenza sistematica civile e commerciale diretta da Walter Bigiavi. I contratti reali", Torino 1965.

-OURLIAC Y MALAFOSSE: "Derecho Romano y Francés Histórico", tomo I.

-PANDOLFELLI: "Codice Civile", Milano 1942.

-PELLISE PRATS: "Nueva Enciclopedia Jurídica Seix", Tomo VI, voz "depósito", Barcelona 1985.

-PEÑA BERNALDO DE QUIROS: "Facultad de compensar y encargo de custodia" en "Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro", Tomo II, Madrid 1976.

-PERLINGIERI: "Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca", Libro IV: Obbligazioni. "Modi di estinzione delle obbligazioni diversidall' adempimento", Bologna 1975.

-PLANIOL: "Tratado Elemental de Derecho Civil" vol. VII, traducción de la docimosegunda edición francesa, México 1948.

-PLANIOL ET RIPERT: "Traitè pratique de Droit Civil FranÇais", tomo VII, París 1954.

-PLANIOL ET RIPERT: "Tratado de Derecho Civil Francés", Tomo XI, 2a. parte. La Habana 1946.

-POTHIER: "Traitè des Obligations", vol. II, París 1825.

-PRIETO CASTRO: "Derecho Procesal Civil", vol. II, 5a. edición, Madrid 1989.

-PUIG BRUTAU: "Fundamentos de Derecho Civil", 2a. edición, Barcelona 1982.

-PUIG PEÑA: "Tratado de Derecho Civil", Tomo IV, vol. 1, Madrid 1946.

-RAGUSA-MAGGIORE: "Enciclopedia del Diritto", voz "compensazione".

-RICCI: "Corso teorico pratico di Diritto Civile", terza edizione, Torino 1923.

-RICCI: "Corso teorico pratico di Diritto Civile", terza edizione, Torino 1923.

-RICCI: "Derecho Civil", tomo XIV, Barcelona 1985.

-RIPERT BOULANGER: "Derecho Civil", tomo V, Buenos Aires 1965.

-ROCA JUAN: "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por M. Albaladejo", Tomo XXII, vol. 1, Madrid 1982.

-RODIERE: "Encyclopedie Dalloz", Tome III,2eme edition, voz "depot", París 1972.

-RODRIGUEZ MARIN: "El desistimiento unilateral como causa de extinción del contrato", en prensa.

-ROJO AJURIA: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1988", Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,.

-RUGGIERO: "Instituciones de Derecho Civil", tomo II, vol. 1, traducción de la 4a. edición italiana, Madrid 1977.

-RUIZ-RICO RUIZ MORON: "Las causas de extinción del art. 1156 del Código Civil y su aplicación en las obligaciones con prestación facultativa", RDP 1988.

-SALEILLES: "Etude sur la theorie generale de l'obligation", 3a. edition, París 1925.

-SANCHEZ DE MOLINA: "El Derecho Civil Español", Madrid 1871.

-SANTOS BRIZ: "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por M. Albaladejo", Tomo V, vol. 1, Jaen 1980.

-SCHLESINGER: "Novíssimo Digesto Italiano", voz "compensazione"

-SCHNEIDER: "Commentario du Code Federal des Obligations", adaptation française de la 4eme. edition allemande. Neuchatel 1915.

-SIMONETTO: "Novíssimo Digesto", voz "depósito irregolare".

-SOLAZZI: "La compensazione nel Diritto Romano Napoli 1950.

-TAPIA FERNANDEZ: "La compensación en el proceso civil Madrid, 1988.

-TOULLIER: "Diritto Civile Francese", Napoli 1859.

-TRAVIESAS: "Extinción y reivindicación del derecho de propiedad", RDP 1963.

-VALPUESTA FERNANDEZ: "Frutos, productos y accesiones en el depósito civil", RDN 1982.

-VALVERDE: "Tratado de Derecho Civil Español", Tomo III, segunda edición, Valladolid 1920.

-VIADA LOPEZ-PUIGCERVER: "Legitimación activa y pasiva en los interdictos de retener y recobrar la posesión" ADC 1955.

-VIÑAS MEY: "Más sobre el derecho de retención" RDP 1923.

-VIÑAS MEY: "La prenda irregular", RDP 1925.

-WINDSCHEID: "Diritto delle Pandette", traduzione dei professori Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, volume secondo, Torino 1925.

-ZARRELLI: "Fungibilita ed infungibilita nell'obbligazione", Napoli 1969.

RELACIÓN CRONOLOGICA DE SENTENCIAS CITADAS

- S. de 27 de marzo de 1901
- S. de 8 de noviembre de 1911
- S. de 20 de enero de 1915
- S. de 21 de marzo de 1932 (R.A. 968)
- S. de 21 de febrero de 1941 (R. A. 153)
- S. de 10 de diciembre de 1941 (R.A. 1391)
- S. de 22 de diciembre de 1941 (R.A. 1400)
- S. de 7 de marzo de 1944 (R. A. 955)
- S. de 2 de julio de 1948 (R. A. 1116)
- S. de 25 de abril de 1949 (R. A. 435)
- S. de 31 de enero de 1956 (R. A. 676)
- S. de 15 de junio de 1960 (R. A. 2094)
- S. de 26 de mayo de 1964 (R. A. 2772)
- S. de 3 de noviembre de 1965 (R. A. 4850)
- S. de 29 de septiembre de 1966 (R. A. 4490)
- S. de 29 de octubre de 1966 (R. A. 5123)
- S. de 21 de diciembre de 1967 (R. A. 258)
- S. de 5 de marzo de 1968 (R. A. 1276)
- S. de 31 de marzo de 1970 (R. A. 1594)
- S. de 4 de diciembre de 1975 (R. A. 4361)
- S. de 14 de mayo de 1976 (R. A. 2180)

- S. de 23 de febrero de 1977 (R. A. 660)
- S. de 21 de noviembre de 1978 (R. A. 3639)
- S. de 15 de octubre de 1979 (R.A. 3391)
- S. de 6 de diciembre de 1979 (R. A. 4316)
- S. de 12 de marzo de 1981 (R. A. 908)
- S. de 7 de junio de 1983 (R. A. 7000)
- S. de 27 de marzo de 1985 (R. A. 1216)
- S. de 24 de octubre de 1985 (R. A. 7139)
- S. de 10 de junio de 1987 (R. A. 4272)
- S. de 19 de septiembre de 1987 (R. A. 6069)
- S. de 21 de abril de 1988 (R. A. 3269)
- S. de 21 de diciembre de 1988 (R. A. 9745)
- S. de 27 de marzo de 1990 (R. A. 1733)

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

PRIMERA PARTE: ESTADO DE LA CUESTION.

CAPITULO I: EL PARRAFO PRIMERO DEL ART. 1200 DEL CODIGO CIVIL: PROBLEMAS QUE PLANTEA.- pag. 5

CAPITULO II: CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PROHIBICION.-

1-INTRODUCCION.- pag. 17

2-JUSTIFICACION DE LA PROHIBICION DESDE UNA INTERPRETACION AMPLIA.- pag. 18

3-FUNDAMENTO DE LA PROHIBICION ESTRICTAMENTE INTERPRETADA.- pag. 23

4-FIN DE LA PROHIBICION.- pag. 32

5-FUNDAMENTO DE LA PROHIBICION DE COMPENSAR EL "ID QUOD INTEREST".- pag. 33

6-CONCLUSIONES SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PROHIBICION.- pag. 36

CAPITULO III: EL ALCANCE DE LA PROHIBICION SEGUN LA DOCTRINA.

1-TESIS TRADICIONAL.- pag. 47

a) INCONVENIENTES DE ESTA TESIS. pag. 51

b) INTENTOS DE SUPERAR DICHOS INCONVENIENTES: pag. 52

-La explicación para el caso del depósito. pag. 54

-Tesis formuladas en relación al comodato. pag. 55

-Teorías comunes a ambos contratos: especial referencia a la tesis según la cual la prohibición está establecida para la restitución por equivalente. pag. 69

2-TESIS DE ALBALADEJO. pag. 77

3-TESIS DE PEÑA. pag. 89

SEGUNDA PARTE: PRESUPUESTOS PARA UNA NUEVA INTERPRETACION DEL PARRAFO PRIMERO DEL ART. 1200 C.C.

CAPITULO IV: LA NO COMPENSABILIDAD EN LOS CASOS DE DESPOJO.-

1-ANTECEDENTES Y DERECHO COMPARADO.- pag. 111

2-VIGENCIA DE ESTA PROHIBICION EN NUESTRO DERECHO: EL PROBLEMA DE SU ALCANCE. pag. 115

a) EXTENSION DE LA PROHIBICION DE COMPENSACION A TODAS LAS DEUDAS NACIDAS DE UN ILICITO. pag. 116

b) TESIS INTERMEDIA: PROHIBICION DE COMPENSAR PARA EL CASO DE DESPOJO QUE COMPRENDE TAMBIEN LA RESTITUCION POR EQUIVALENTE. pag. 120

c) TESIS RESTRICTIVA: PROHIBICION DE COMPENSAR LA DEUDA DE RESTITUCION DE LA COSA INDEBIDAMENTE TOMADA. pag. 126

3-FUNDAMENTO, NECESIDAD E INTERES PROTEGIDO POR LA PROHIBICION.- pag- 134

a) FUNDAMENTO pag. 134

b) NECESIDAD pag. 136

c) INTERES PROTEGIDO POR LA PROHIBICION pag. 145

4-LA RAZON DEL SILENCIO LEGISLATIVO.- pag. 144

CAPITULO V: LA APLICACION DE LAS NORMAS GENERALES SOBRE COMPENSACION A LA FIGURA DEL DEPOSITO IRREGULAR.-

1-INTRODUCCION.- pag. 149

2-LA FIGURA DEL DEPOSITO IRREGULAR.- pag. 151

a) CONCEPTO Y NATURALEZA pag. 151

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. pag. 166

c) El depósito irregular en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. pag. 171

3-DEPOSITO IRREGULAR Y COMPENSACION.- pag. 175

a) LA INAPLICACION DEL ART. 1200, PARRAFO PRIMERO AL DEPOSITO IRREGULAR. pag. 200

b) LA PROBLEMATICA DE LA COMPENSACION EN EL DEPOSITO IRREGULAR. pag. 200

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. pag. 213

2-LA COMPENSACION PROPIAMENTE DICHA. pag. 220

a) COMPENSACION LEGAL, VOLUNTARIA Y JUDICIAL.

b) LA COMPENSACION LEGAL. SUS REQUISITOS. pag. 229

- Reciprocidad
- "Derecho propio"
- Carácter principal de los deudores
- Fungibilidad y homogeneidad
- Liquidez
- Exigibilidad y vencimiento
- Situación expedita de las deudas

3-COMPENSACION IMPROPIA.- pag. 246

4-FIGURAS ESPECIALES DE COMPENSACION.- pag. 255

a) LA COMPENSACION ANTICRETICA DEL ART. 1868 C.C.

b) LA COMPENSACION IMPROPIA EFECTO DE LA PRENDA IRREGULAR. pag. 264

CAPITULO VII: CAUSAS DE EXCLUSION DE LA OBLIGACION DE RESTITUIR DE DEPOSITARIO Y COMODATARIO.-

1-EL CARACTER ESENCIAL DE LA OBLIGACION DE RESTITUCION EN EL DEPOSITO. pag. 275

2-LA RESTITUCION EN EL COMODATO. pag. 288

3-SUPUESTOS EN QUE CESA LA OBLIGACION DE RESTITUCION DEL DEPOSITARIO. pag. 300

a) ACLARACION PREVIA.

b) CESACION TEMPORAL DE LA OBLIGACION DE RESTITUCION: EL DERECHO DE RETENCION DEL ART. 1780. pag. 302

4-LA CESACION DEL DEBER DE RESTITUIR DEL COMODATARIO. pag. 324

5-ESPECIAL REFERENCIA AL SUPUESTO EN QUE LA COSA DEPOSITADA SEA ROBADA: EL ART. 1771 C.C. SU APLICACION AL COMODATO. pag. 335

6-CESACION DE LA OBLIGACION DE RESTITUCION DE DEPOSITARIO Y COMODATARIO ANTE LA REIVINDICACION DE UN TERCERO. pag. 351

a) REIVINDICACION Y DEPOSITO.

b) EFECTOS DE LA REIVINDICACION SOBRE EL COMODATO. pag. 377

7-ANALISIS DEL SUPUESTO EN QUE LA COSA DEPOSITADA O PRESTADA SEA DEL DEPOSITARIO O COMODATARIO. EFECTOS DE ESTA SITUACION. pag. 382

a) OTROS CASOS DE CESACION DEL DEBER DE RESTITUCION.

b) DEPOSITANTE NO PROPIETARIO Y DEPOSITARIO PROPIETARIO. pag. 386

c) SIGNIFICADO DEL ART. 1946 DEL CODIGO FRANCES Y 1779 DEL ITALIANO. pag. 393

d) SOLUCION APLICABLE EN DERECHO ESPAÑOL. pag. 396

e) EL SISTEMA ALEMAN. pag. 403

f) CONCLUSION. pag. 406

CONCLUSIONES pag. 415

INDICE DE AUTORES pag. 423

RELACION DE SENTENCIAS pag. 435

INDICE SISTEMATICO pag. 437