

mercantiles una fusión armónica de los elementos propios de las corporaciones y de las fundaciones. Una colectividad de personas corporativamente asociadas y regidas por una voluntad única, un patrimonio sustraído a la libre disposición de los socios, un fin lícito y duradero al que son consagrados los bienes, todo lo cual, puesto en relación con la disciplina legal de las sociedades mercantiles, y especialmente con el art. 77, autoriza a estimar atribuída a ellas por el mismo legislador la personalidad jurídica que debe ser negada a las civiles.

Las consecuencias que derivan de esta primera y substancial diferencia son especialmente importantes. Puesto que en las sociedades mercantiles el patrimonio pertenece al ente y no a los socios (Código de Comercio, art. 82): *a*), no éstos y sí los órganos del ente tienen la facultad de administrarlo y disponer del mismo, según las normas estatutarias (Código de Comercio, artículos 110, 111, 139 y siguientes); *b*), el ente y no los socios hace suyas las adquisiciones y responde de las obligaciones contraídas en el ejercicio de la gestión social; *c*), los bienes aportados por cada socio no pueden servir de garantía para sus particulares acreedores, pues el patrimonio social debe garantizar exclusivamente a los acreedores sociales (Código de Comercio, art. 85); *d*), no ha lugar a la compensación de deudas y créditos de la sociedad con los créditos y deudas personales de los socios, no siendo éstos, como no son, sujetos de las relaciones obligatorias de aquélla (art. 1.285 del Código de Comercio); *e*), el ente, por los órganos de su representación, es quien puede demandar o ser demandado en juicio, ya por relaciones jurídicas con los terceros, ya por relaciones jurídicas con los socios; *f*), a la sociedad corresponde un domicilio propio (Código de procedimiento civil, art. 189); *g*), la acción del socio es de carácter mobiliario, aun cuando en el patrimonio social figuren bienes inmuebles, porque sobre éstos no corresponde al socio ni siquiera un dominio en común. Todas estas notas no son aplicables a las sociedades civiles, pues en orden a éstas rigen principios contrarios.

El otro elemento que las distingue es, como se dijo, el obje-

to (1). Siendo el fin común a ambas categorías—una ganancia a distribuir entre los socios—, el objeto propio de las sociedades mercantiles es un acto, o más frecuentemente, una serie de actos mercantiles de aquellos que el Código de Comercio enumera en el art. 3.º (ver art. 76), mientras que el de las sociedades civiles es siempre operaciones de carácter civil. Las ulteriores consecuencias que derivan de esto no son menos importantes que las ya recordadas; aunque a las sociedades comerciales son aplicables los principios generales consignados en el Código civil, están, en realidad, sujetas a un régimen profundamente diverso; distintas, y, por lo general, más complejas y rigurosas, son las normas sobre constitución, administración, liquidación de las sociedades mercantiles; requieren formas solemnes y una especial publicidad en cuanto al acto constitutivo; en el caso de ser insolventes, se les aplica la quiebra, la prescripción es distinta y diversas también las normas procesales, etc. (2).

(1) Por ser prevalente la doctrina y jurisprudencia francesas que atribuyen personalidad jurídica a las sociedades civiles los elementos que distinguen éstas de las sociedades mercantiles se reducen al objeto; con ello se evidencia que tal distinción, desde el punto de vista estructural, queda muy atenuada.

(2) Relativamente a las sociedades mercantiles se dictaron durante la guerra normas de carácter excepcional derogatorias de las contenidas en el Código de Comercio. Así por la ley de 1.º de Abril de 1915, número 431, se modificó temporalmente la disposición del art. 172 del Código de Comercio, relativa a la decisión de las sociedades en cuanto a la emisión de obligaciones, y se suspendió también el derecho de separación del socio reconocido por el art. 158 del Código de Comercio en el caso de que las sociedades por acciones acordasen su fusión con otras sociedades o un aumento de capital mediante la emisión de acciones privilegiadas, reconociéndose tal derecho en el caso solamente de que tal fusión implicase un cambio del objeto de la sociedad. La norma fué prorrogada luego por otros Decretos-leyes o Reales órdenes de 23 de Diciembre de 1915, núm. 1.854, 18 de Noviembre de 1920, núm. 1.672. Del mismo modo por Decreto-ley de 7 de Febrero de 1916, núm. 123, se prohibió que en las sociedades mercantiles constituídas antes de la guerra se distribuyese entre los socios dividendos superiores al 8 por 100 del capital social, y en las constituídas después, dividendos superiores al 10 por 100, constituyéndose en reserva el exceso de los beneficios sociales. Por el Decreto-ley de 3 de Septiembre de 1916, núm. 1.108, se prohibió la disolución extempe-

El art. 1.696 del Código define de este modo las sociedades civiles: «La sociedad es un contrato por el que dos o más personas convienen en poner algo en común, a fin de dividir las ganancias que puedan obtenerse». La definición de la sociedad mercantil puede construirse sobre la base de la anterior, poniendo de relieve que la aportación crea un patrimonio separado y autónomo, y que la ganancia se obtiene mediante la realización de actos mercantiles (1). De aquí resultan los elementos esenciales de una y otra relación: el consentimiento de las partes para crear una comunidad o para formar un patrimonio autónomo, una o varias cosas aportadas por los socios, un fin de lucro común, que ha de conseguirse mediante la práctica de operaciones civiles o por la realización de uno o más actos de comercio.

Especies de sociedad.—Las formas que la sociedad puede asumir son varias y distintas en el Derecho civil y en el mercantil. El punto en que se sitúa la ley civil para hacer sus distinciones es el de la cantidad de bienes que cada socio aporta y la medida en que se establece la comunidad entre dichos socios. El Derecho civil las agrupa en *sociedades universales* y *sociedades particulares* (art. 1.699).

a) Y las universales las subdivide en:

α) *Sociedades de todos los bienes presentes*, en las que las partes ponen en común todos los bienes muebles e inmuebles que poseen actualmente y las utilidades que puedan obtener (artículos 1.700 y 1.701). Corresponde a la *societas omnium bonorum* romana, que comprendía los bienes presentes y futuros. También éstos pueden ser conferidos a la sociedad que nos ocupa, y se consiente que de los bienes que los socios adquieran por título gratuito (donación, sucesión) se otorgue solamente el disfrute, jamás la propiedad, para impedir que por vía directa se

rána de las sociedades para eludir la indicada limitación de los dividendos y por el Decreto-ley de 9 de Noviembre de 1916, núm. 1.646, se reguló el destino e inversión del exceso de las utilidades sociales.

(1) Así precisamente Vivante, *Soc. comm.*, núm. 302, lo define «como un contrato por el cual dos o más personas convienen en constituir con sus aportaciones un fondo social a fin de distribuir la ganancia que pueda obtenerse del ejercicio de uno o más actos mercantiles».

eludan las normas que prohíben los pactos sucesorios o que limitan la capacidad de disponer por testamento o donación (artículo 1.701, párrafo primero).

β) *Sociedades universales de ganancias*, las cuales comprenden todo lo que las partes adquieran con su industria por un título cualquiera durante la existencia de la sociedad, excluyéndose la propiedad de los bienes muebles o inmuebles poseídos por cada uno de los socios al tiempo de celebrarse el contrato, de los cuales solamente el goce se confiere (artículos 1.700, 1.702). Corresponde a ésta en Derecho romano la *societas quaestus* o *compendii*, con la única diferencia de que ésta comprendía exclusivamente los lucros obtenidos a título oneroso.

Una y otra forma de sociedad pueden constituirse únicamente por personas capaces de dar o recibir entre sí, y a las que no esté prohibido el beneficiarse recíprocamente con perjuicio de otras personas (art. 1.704). En casos dudosos, cuando se constituya una sociedad universal sin declarar su especie, se entiende constituida la de ganancias, no otra (art. 1.703).

b) *La sociedad particular* a su vez puede serlo:

α) Porque la masa común se forma de una sola cosa o de varias cosas determinadas conferidas en propiedad o para el solo disfrute, o de los frutos que puedan obtenerse *societas unius rei* (art. 1.705).

β) O porque resulta determinada y especificada la industria a cuyo fin se asocian las personas confiriendo sus bienes *societas alicuius negotiationis* (art. 1.706).

Muy distinto es el punto en que se sitúa la ley Mercantil para sus clasificaciones, pues atiende a la responsabilidad de los socios y a la estabilidad del capital social.

En el primer aspecto—se mantiene el principio de que las sociedades mercantiles, como personas jurídicas, responden de los débitos sociales, sin que se apele a la responsabilidad personal de los socios más que por vía subsidiaria—, puede darse una responsabilidad de los socios ilimitada, limitada o mixta; por esto distínguense:

α) *Sociedades de nombre colectivo*, compuestas, por lo general, de un número reducido de socios, cuyos nombres sirven de

razón social, disciplinándose la administración y las facultades de los socios por las normas propias de las sociedades civiles (artículos 1.720-1.723); los socios responden todos ilimitada y solidariamente por las obligaciones sociales y por las operaciones hechas en nombre y por cuenta de la sociedad (Código de Comercio, artículos 76, 105-113).

β) *Sociedades en comandita*, en las que figuran dos clases de socios: los colectivos, que dan nombre a la razón social, administran las sociedades y responden ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales, y los comanditarios, que responden solamente hasta el límite de la cuota que aportaron o prometieron y no pueden realizar acto alguno de administración que obligue a la sociedad (artículos 76, 114-120). Se distinguen dos subespecies: la *comanditaria simple*, en la que el capital está dividido en cuotas, y la *comanditaria por acciones*, en la que las cuotas están representadas por acciones, es decir, por títulos acreditativos de la participación del socio en el capital, que tienen todos idéntico valor nominal y son libremente transmisibles mediante la simple tradición, si son al portador, o mediante transcripciones o notas en los registros de la sociedad si son nominativos.

γ) Las *sociedades anónimas*, compuestas, por lo común, de gran número de socios, con un capital social dividido en cuotas mínimas e iguales, representadas también por acciones, de modo que, fortunas reducidas, pueden participar en la industria que es objeto de la sociedad. Ninguno de los socios posee facultades de administración; éstas se otorgan a uno o más gestores, que pueden ser elegidos o nombrados de entre los socios. La responsabilidad es limitada, puesto que ningún socio responde más que por el importe de la aportación (artículos 76, 121-125).

b) Desde el segundo punto de vista, hay sociedades de capital fijo y sociedades de capital variable. No quieren significar estas designaciones que las primeras no puedan aumentar o disminuir su capital, sino que cualquier variación más o menos importante implica una modificación más o menos profunda de la entidad; variación que, por otra parte, no es posible tampoco sin una serie de solemnidades, publicidad, etc., que no se exigen en

las sociedades de capital variable. A esta última categoría pertenecen:

α) Las *asociaciones de seguros mutuos*, las cuales tienen por objeto la distribución entre los asociados de los daños causados por ciertos sucesos (incendio, granizo, muerte, vejez, enfermedades, naufragio, etc.), imponiendo a cada asociado una contribución, constituyéndose así un fondo social del cual son pagadas las indemnizaciones para resarcir al asociado afectado por el siniestro. Son verdaderas sociedades mercantiles, aunque la ley las denomine asociaciones, y constituyen verdaderas entidades colectivas distintas de los socios (artículos 239-245).

β) *Sociedades cooperativas*, que tienen por fin de sus actividades el ejercicio de una industria en servicio y beneficio de los socios, asociando a todos aquellos que experimentan las mismas necesidades (cooperativas de consumo, de construcciones, de producción, de crédito), eliminando a los intermediarios, de modo que la ganancia que a éstos correspondería redunde o se traduzca en un provecho para los socios. Son sociedades mercantiles porque realizan actos de comercio, hallándose sujetas a las normas propias y a las que regulan esta especie de sociedades y asumiendo los caracteres que se indican en el art. 76 (artículos 219-228).

Al lado de todas estas formas de sociedades civiles o mercantiles aparece una relación contractual especial, que no constituye propiamente una sociedad mercantil, aunque el Código de Comercio la enumere entre las formas de sociedad que regula (artículos 233-238): la *asociación en participación*. Esta se produce cuando persona o sociedad, comerciante o no comerciante (asociante) da a una persona o sociedad (asociado) participación en las ganancias o pérdidas que derivan de una o más operaciones o de todo el comercio que ejerce. La falta de un fondo social y de unidad corporativa, que son caracteres propios de toda sociedad mercantil, impiden que esta asociación sea una verdadera persona jurídica, ya que el tercero no adquiere derechos ni contrae obligaciones sino en relación con aquel con quien trató.

Las formas que hasta aquí se han indicado, propias de la so-

ciudad mercantil, no son exclusivas de ésta. Las sociedades cooperativas pueden ser civiles, si el objeto propio de su industria es la realización de operaciones civiles. Pero expresamente la ley (Código de Comercio, art. 299), autoriza a las sociedades civiles para adoptar la organización y forma de las sociedades por acciones (anónimas y comanditarias), prohibiendo, en cambio, las formas de las sociedades colectivas y de las comanditarias simples. De este modo adquieren personalidad jurídica y se regulan por las normas de la ley Mercantil por todo cuanto atañe a la constitución, administración, responsabilidad de los socios, liquidación, salvo lo relativo a la quiebra y a la competencia. Sin embargo, la asunción de formas mercantiles no hace perder a la sociedad su primitivo carácter civil.

Obligaciones que derivan de la sociedad.—Dejando aparte ahora a las sociedades mercantiles, el contrato de sociedad civil engendra varias obligaciones que deben ser estudiadas en su estructura interna, es decir, en las relaciones de los socios entre sí y en su aspecto externo, o sea en las relaciones con los terceros. Estas obligaciones y los derechos correlativos constituyen los efectos de la sociedad, la cual los produce desde el instante mismo en que el contrato se estipula, a no ser que se hubiere fijado otro tiempo (art. 1.107); la sociedad subsiste toda la vida de los socios si no se hubiere fijado tiempo de duración, y salvo siempre el derecho de separación que corresponde al socio o mientras se realiza el negocio, si se trata de sociedad constituida para la realización de un negocio que dure un cierto tiempo (artículo 1.708).

A. *Estructura interna.*

a) Todo socio está obligado a efectuar la aportación que prometió; por tanto, si se trata de propiedad (puesto que el condominio se origina en el momento en que se presta el consentimiento), está obligado a transferir la posesión de la cosa que ha pasado a ser común; a hacer común el uso de la cosa, si lo que se prometió fué tal uso; a prestar los servicios prometidos, si la aportación consiste en la propia industria (art. 1.709). Esta obligación implica, cuando se trata de cuerpos ciertos, y, por tanto, de sociedad particular, la de responder por la evicción; en este

respecto el socio es equiparado al vendedor, y por ello debe también responder de los vicios ocultos (art. 1.709); si la aportación consiste en trabajo o en industria, deberá entregar las ganancias obtenidas con esa industria que es objeto de la sociedad (art. 1.711). Todos los accidentes que sufran las cosas aportadas, especialmente el perecimiento, afectan al socio o a la sociedad, según el principio *res perit domino*. Por eso, si lo que se ha conferido por el socio es la propiedad, el *interitus* corre de cuenta de la sociedad, aunque el perecimiento ocurra antes de la entrega, porque antes de ésta la cosa pasó a ser común; si se ha conferido solamente el goce y se trata de cosas inconsumibles, corre a cargo del socio, que es su propietario; pero si las cosas se consumen por el uso o se deterioran con éste, el riesgo es de la sociedad (art. 1.715).

El incumplimiento de lo prometido produce la responsabilidad del socio frente a los demás, debiendo abonar a éstos los daños y los intereses de las sumas o los frutos de las cosas prometidas desde el día en que debió haber efectuado la entrega o el pago (art. 1.710, párr. 1.º).

b) Todo socio debe, en sus relaciones con los demás, *comportarse del modo que exigen la cooperación y la confianza recíproca*, cuidar de los intereses sociales, tutelar los derechos de la sociedad, procurarle beneficios, abstenerse de todo acto que pueda perjudicarle, no anteponer la ventaja personal a la social. Por consiguiente, está obligado a resarcir los perjuicios causados no sólo por el dolo, sino también por la culpa (con relación a la cual responde de la *culpa levis*); no puede compensar su deuda con los beneficios procurados a la sociedad mediante su industria, aplicada a otros negocios (art. 1.714). Si tomó sumas de la caja social, deberá los intereses de las mismas desde el día que las retiró para emplearlas en su particular provecho (art. 1.710, párr. 1.º). Si un tercero es al propio tiempo deudor personal del socio y deudor de la sociedad, el socio que reciba de su deudor una cantidad debe imputarla al crédito propio y al crédito social proporcionalmente, si ambos créditos fuesen exigibles, y si el personal del socio no lo fuese aún, la imputará toda al crédito social (art. 1.712). Si de un crédito común se satisface al socio

su porción íntegramente, éste deberá ingresar en la masa lo que recibió, si el deudor resultare insolvente (art. 1.713).

c) Cada socio *tiene derecho a una cuota proporcional de las ganancias sociales*, como contrapuestamente cada socio tiene obligación *de contribuir en los gastos y pérdidas* (1). La medida de la participación de cada uno en los beneficios y en las pérdidas de la sociedad depende de la voluntad de las partes, que son libres de establecer participaciones iguales o desiguales. Sin embargo, a esta libertad se ha fijado un límite que deriva de la naturaleza misma de la relación; como contrato fundado en un común interés, la sociedad no tolera que se atribuya a uno solo la totalidad de las ganancias, ni que los capitales o las cosas conferidas por uno estén exentos de contribuir en las pérdidas; convenciones de esta especie serán nulas (art. 1.719). Pueden los socios convenir en remitir al juicio de un tercero la determinación de las porciones, y tal determinación es inimpugnabile, salvo que haya vulnerado la equidad (art. 1.718). Solamente en el caso de que el contrato no contenga determinación alguna ni ofrezca elementos o criterios para hacerla, la medida de cada participación en las ganancias y pérdidas se calcula proporcionalmente a la aportación, valorándose la parte de quien aporta solamente la industria igual a la de quien aportó la suma o porción menor (art. 1.717).

α) *La facultad de administrar el patrimonio social.*—A falta de pactos especiales y en defecto de un mandato que le atribuya a uno o más socios, corresponde aquélla a todos y cada uno de ellos; se presume, en tal caso, que los socios se han otorgado recíprocamente la facultad de administrar. Lo hecho por cada socio es válido, incluso para los consocios que no hubieren dado su consentimiento; a la inversa, a cada uno de los socios se reco-

(1) Cada socio puede, sin el consentimiento de los demás, asociar a sí a otra persona, a fin de distribuir con éste las ganancias o pérdidas correspondientes a la aportación del socio asociante (art. 1.725); la persona asociada es extraña a la sociedad *socii mei socius meus socius non est*. El asociado formará con el socio una sociedad que subyace a la primera, pero que no tiene nada de común con ella y sigue su suerte separadamente aunque dependa en cierto modo de la sociedad principal.

noce el *ius prohibendi*, que, naturalmente, es ejercitable antes de que la operación se haya efectuado por uno de ellos. Cada socio puede servirse de las cosas pertenecientes a la sociedad, con tal de que las emplee conformemente a su destino fijado por el uso y no se sirva de ellas contra el interés de la sociedad o de modo que impida el uso de las mismas a los demás socios. Ningún socio puede hacer innovaciones sobre los inmuebles pertenecientes a la sociedad, aunque las repute ventajosas para ésta, si los demás socios no consienten en ellas; del mismo modo nadie puede vender ni obligar las cosas de la sociedad, aunque sean muebles. Cada socio tiene también el derecho de obligar a los demás a contribuir con él a los gastos necesarios para la conservación de las cosas de la sociedad (artículos 1.723-1.724). Finalmente, cada socio tiene una acción contra los demás, no sólo para pedir la restitución del capital desembolsado por cuenta de la sociedad, sino también por las obligaciones contraídas de buena fe en los negocios sociales y por los riesgos inherentes a su administración (art. 1.716). El principio general que rige en toda comunidad es que todo socio puede administrar, y todo socio que no administre puede fiscalizar lo hecho por otro.

Cuando haya sido conferido un mandato a uno o más socios, ningún otro socio podrá administrar. En tal caso, todos los poderes de gestión sobre la cosa común corresponden al socio mandatario, quien puede realizar todos los actos propios de una administración normal, y sin que pueda ser privado de tal derecho por un *ius prohibendi*, y sin que pueda tampoco ser removido de su cargo de gestor no mediando causa legítima (art. 1.720). Cuando los gerentes sean uno o varios socios, los poderes de gestión corresponden a cada uno de ellos, sin necesidad del concurso de los demás, a no ser que una cláusula expresa lo exija. Sin embargo, aun habiendo tal cláusula, puede uno solo realizar actos de gestión sin la asistencia de los demás cuando se requiera urgencia o haya peligro (artículos 1.721-1.722) (1).

(1) Adviértase que estos principios se aplican si el encargo de administrar se confirió al socio o a los socios mediante un pacto especial del contrato de sociedad (art. 1.720); si se confirió mediante un acto separado e independiente, se aplican las normas propias del mandato.

β) *Estructura externa.* — Como la sociedad civil, a diferencia de la comercial, no constituye un sujeto jurídico distinto de los socios, en todas las relaciones que se concluyen con los terceros es el socio que contrata quien adquiere los derechos y asume las obligaciones, pero no la sociedad; ésta, para los terceros, no existe. Dedúcese de esto que de toda obligación contraída por la gestión común responden personalmente los socios con todo su patrimonio, sin limitaciones; responderán todos los socios si todos participaron en el negocio jurídico, cada uno por una suma o parte igual, aun cuando alguno de ellos hubiere aportado a la sociedad una porción menor; en otro caso, responderá solamente quien contrató (artículos 1.726-1.727). Para que el socio particularmente pueda obligar a los demás consocios frente a los terceros, es necesario que aquéllos le hayan concedido facultades para ello, confiriéndole la administración o haciéndole mandatario para realizar un determinado acto o negocio jurídico, o que el negocio jurídico haya sido realizado en nombre de la sociedad y haya revertido en provecho de ésta. Los consocios, en el primer caso, vendrán obligados por partes iguales y sin vínculo de solidaridad, pero ilimitadamente, debiendo responder por su cuota de deuda con todo su patrimonio personal; en el segundo, responderán en la medida de su cuota social y hasta concurrencia del provecho que el negocio proporcionó a cada uno (artículo 1.728). En esta última medida quedan también obligados los consocios, si el socio era mandatario y se excedió de los poderes que le fueron otorgados. Otro de los efectos que derivan de la inexistencia de un ente colectivo, distinto de los socios, es la equiparación de los acreedores sociales a los personales; aquéllos no tienen derecho alguno de preferencia sobre éstos; pero éstos a su vez no pueden actuar en los bienes sociales por las cuotas que en ellos corresponden a sus deudores en tanto no se efectúe la liquidación y el reparto.

Fin de la sociedad.—Las causas por las cuales la sociedad se extingue, algunas son comunes a las que provocan la extinción de los demás contratos; otras son específicas y propias de esta relación.

a) En las sociedades contraídas por tiempo determinado o

para un determinado negocio, *el cumplimiento del término o la ejecución del negocio* determinan el fin de las mismas (art. 1.729, números 1.º y 2.º); pero nada impide que los socios prorroguen su duración, y el fin, en este caso, sería el vencimiento o expiración del nuevo término (art. 1.730). Antes de expirar el término o de realizarse el negocio no pueden uno o más de los socios extinguir la sociedad, porque por efecto del vínculo contractual cada socio se obligó con los demás a permanecer en sociedad; solamente un justo motivo, cuya apreciación se confía al buen criterio del Juez—por ejemplo, el faltar un socio a sus obligaciones o el que una enfermedad crónica le inhabilitase para los negocios sociales—, podría ser causa de una anticipada disolución.

b) En las sociedades por tiempo indeterminado o no limitadas a un determinado negocio, la *voluntad de uno solo de los socios* puede provocar la disolución (art. 1.729, núm. 5.º). Prevalece aquí el distavor de que la ley hace objeto a las obligaciones perpetuas sobre el principio, según el cual los vínculos obligatorios no se extinguen sino cuando la extinción es querida libremente; se debe, por tanto, permitir que cada socio pueda liberarse del vínculo cuando esto ocurra, sin perjuicio de los demás. Por ello la renuncia del socio (que ha de ser notificada a los demás) no debe hacerse de mala fe, con el ánimo de apropiarse él solo las ganancias que los socios se habían propuesto obtener en común, ni extemporáneamente, es decir, cuando el interés de la sociedad exige que se difiera su disolución (arts. 1.733, 1.734).

c) Por perecimiento de las cosas, que constituyen en el fondo social la sociedad, se extingue por no ser posible ya la consecución del fin para el cual se constituyó (art. 1.729, núm. 2.º). Pero no precisa que todo el fondo social se consuma; aunque perezca solamente la cosa que un socio prometió aportar a la sociedad y el perecimiento ocurra antes de que la propiedad de dicha cosa haya sido realmente adquirida por la sociedad (1) o

(1) Este es el sentido de la frase del Código: «antes de haber sido real y efectivamente conferida», como confirma el art. 1.731, porque adquirido ya el dominio por la sociedad, el *interitus* recae en ésta y constituirá una de tantas pérdidas a repartir proporcionalmente entre los socios, no pudiendo ser, por tanto, una causa de disolución.

si perece en un momento cualquiera la cosa cuyo goce o disfrute solamente fué puesto en comunidad, la sociedad se extingue por faltarle total o parcialmente los medios para la gestión o porque, al no realizarse la aportación de un socio, cesa en los demás la obligación correspondiente de conferir lo que ofrecieron (artículo I.731).

d) Dado el carácter estrictamente personal del vínculo y la consideración en que se tienen para estipularlo las cualidades personales de los socios, la sociedad se disuelve por la *muerte de alguno de los socios*, y se disuelve—nótese bien—respecto a todos los socios; no sólo respecto a los herederos del difunto (art. I.729, núm. 3.º). Las partes pueden, sin embargo, impedir este efecto, conviniendo en que el heredero del socio difunto ocupe el puesto de este último en la sociedad; pueden también estipular el que la sociedad continúe entre los socios supérstites, en cuyo caso el heredero del difunto tendrá derecho a exigir la parte de los beneficios correspondientes a su causante y la restitución de la cuota de éste en el momento de su muerte (artículo I.732).

e) Finalmente, la interdicción, la insolvencia sobrevenida o la quiebra de alguno de los socios bastan para provocar la disolución, así como también la pueden provocar aquellas causas que modifican profundamente la condición personal del socio y hacen perder en los demás aquella confianza que es esencial en la relación social (art. I.729, núm. 4.º).

Cualquiera que sea la causa de la disolución, debe seguir a ésta la liquidación del patrimonio social; las normas que presiden la formación de la masa, el reparto y las obligaciones recíprocas, son las mismas que se aplican a la división hereditaria (artículos I.736, 984 y siguientes), y que expusimos sumariamente en el volumen primero (I).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.— Responde la regulación que el Código italiano hace del contrato de sociedad a la tradición romana seguida de toda su pureza. Desconoció este derecho la personalidad jurídica de las sociedades diferenciada de la de sus socios y fué el Derecho mercantil el que primero las reguló con tal característica; de ahí que el Código de Comercio italiano se la reconozca a las sociedades mercantiles mientras que las de Derecho civil carecen de ella. Nuestro Código las regula con persona-

lidad jurídica independiente y es ésta la más notable de las diferencias entre la regulación que del contrato de sociedad hacen los Códigos civiles italiano y español.

El art. 35 del Código civil español las enumera, a las sociedades bajo el nombre de asociaciones de interés particular civiles o mercantiles y el 1.669 dice que no tendrán personalidad jurídica y se regirán por las disposiciones sobre comunidad de bienes las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios y en que cada uno de éstos, contrate en su propio nombre con los terceros, de donde se deduce que las que no se encuentren en este caso gozarán de personalidad.

La definición de este contrato es idéntica en ambas legislaciones (artículos 1.696 del Código civil italiano y 1.665 del Código civil español). Sus clases se fijan por iguales bases: Así se distinguen las civiles de las mercantiles, siendo la clave de la distinción, únicamente, su objeto que, según sea civil o mercantil determina la naturaleza de la sociedad, pues hasta un requisito normal la inscripción en el Registro mercantil que servía de elemento diferenciador, está virtualmente borrado al ser necesaria la inscripción en dicho Registro de las sociedades civiles que adopten forma mercantil (art. 107, núm. 2 del Reglamento del Registro mercantil de 20 de Septiembre de 1919). Dentro de las civiles que pueden adoptar todas las formas que permite el Código de Comercio (art. 1.670 del Código civil español), y en orden a la cuantía de bienes aportados se distinguen las sociedades universales de las particulares (artículos 1.671 del Código civil español y 1.699 del Código civil italiano) y en aquéllas se diferencian las universales de todos los bienes presentes de las universales de todas las ganancias (art. 1.672 del Código civil español); con idéntica regulación en ambos Códigos, las primeras, artículos 1.673-1.674 del Código civil español y 1.700-1.701 del Código civil italiano; las segundas, 1.700 y 1.702 del Código civil italiano y 1.675 del Código civil español. Las sociedades particulares se rigen por iguales principios (artículos 1.705-1.706 del Código civil italiano y 1.678 del Código civil español).

El Código de Comercio español, cuyas normas, en cuanto no se opongan a las del civil, son aplicables a las sociedades civiles que revistan una de las formas por aquél reconocidas distingue las sociedades colectivas (artículos 76 y 105 a 113 del Código de Comercio italiano y artículos 122, núm. 1, y 125 a 144 del Código español); las sociedades comanditarias (artículos 122, núm. 2, y 145 a 150 del Código de Comercio español y 76 y 114 a 120 del Código de Comercio italiano) y las sociedades anónimas (artículos 122, núm. 3, y 151 a 174 del Código de Comercio español, y 76 y 121 al 125 del Código de Comercio italiano), basándose en la mayor o menor limitación de la responsabilidad de los socios. Hemos de hacer notar que esta clasificación es enunciativa, cabiendo otras formas de sociedades cual las colectivas de responsabilidad limitadas, ni reguladas ni prohibidas por el Código de Comercio.

Asimismo se admite en orden a la estabilidad del capital la distinción entre las de capital fijo y de capital variable, siendo tipo de éstas las enumeradas por Ruggiero: las sociedades de socorros mutuos y las cooperativas, aunque éstas legalmente tengan la consideración de asociaciones, sujetas a la ley de 1887, ya que están excluidas por el Código de Comercio (art. 124) de entre las sociedades mercantiles, y por el Código civil (art. 1.665) de entre las civiles por no tener el lucro como fin.

Elementos del contrato.—*Personales:* La única particularidad de los sujetos en este contrato en relación con su capacidad es la prohibición de constituir sociedad universal quienes no pueden otorgarse recíprocamente donación o venta (artículos 1.677 del Código civil español y 1.704 del

Código civil italiano). *Reales*: Exige a la sociedad un objeto lícito y establecido en interés común de los socios (art. 1.666 del Código civil español). *Formales*: Las sociedades en que se aporten inmuebles o derechos reales se constituirán por escritura pública, debiendo unirse a ella bajo pena de nulidad un inventario (artículos 1.667 y 1.668 del Código civil español), pero la falta de otorgamiento de escritura, según ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 7 de Febrero de 1905, no determina la ineficacia del contrato entre los socios.

Efectos del contrato.—Nacen desde el instante en que el contrato se estipula salvo pacto en contrario (artículos 1.707 del Código civil italiano y 1.679 del Código civil español) y afectan a las relaciones de los socios entre sí y a las que tengan con terceros.

Efectos entre los socios.—La identidad de doctrina de los Códigos italiano y español hace que nos remitamos al texto en cuanto a estos efectos del contrato, señalando tan sólo las concordancias. En cuanto a aportaciones, concuerdan los artículos 1.681 y 1.709 de los Códigos español e italiano respectivamente, desarrollándola en cuanto a cosas ciertas los artículos 1.681, párrafo 2.º, del Código civil español, y 1.709 del Código civil italiano; en cuanto a industria, los 1.683 del Código civil español y 1.711 del Código civil italiano; los percimientos están igualmente reglamentados en los 1.687 del Código civil español y 1.715 del Código civil italiano, y la indemnización por no realizar las aportaciones reguladas en el artículo 1.710 párrafo 1.º del Código civil italiano, concuerda con el 1.682, párrafo 1.º, del Código civil español, si bien éste la concreta a la no entrega del dinero que se prometió al fondo social, rigiéndose en las demás aportaciones no realizadas por las reglas sobre incumplimiento de obligaciones. Con referencia al deber de cooperación al fin social responden los socios de los daños que sufra la sociedad por su culpa (artículos 1.686 del Código civil español y 1.714 del Código civil italiano), debiendo indemnizar si tomase sumas de dinero de la Caja social (artículos 1.710, párrafo 1.º, del Código civil italiano, y 1.682, párrafo 2.º, del Código civil español), rigiéndose por iguales reglas la imputación de cantidades cobradas por un socio a un deudor que lo sea a la vez personal y de la sociedad y la percepción del crédito social por un solo socio (artículos 1.712 y 1.713 del Código civil italiano, y 1.684 y 1.685 del Código civil español). El derecho a participar en las ganancias y la obligación de contribuir a los gastos y pérdidas están reguladas, en cuanto a la nulidad del pacto leonino, en los artículos 1.719 del Código civil italiano y 1.691 del Código civil español, pudiendo dejar al arbitrio de un tercero no socio la partición de ganancias o pérdidas con idénticos efectos (artículos 1.718 del Código civil italiano y 1.690 del Código civil español). Las reglas del reparto si no hay pacto son idénticas también en los dos Códigos (artículos 1.717 del Código civil italiano y 1.698 del Código civil español). En cuanto a la administración del patrimonio social, si no se ha determinado su forma en el contrato, rigen los artículos 1.723, 1.724 y 1.716 del Código civil italiano con concordantes los dos primeros con el 1.695 y el último con el 1.688 del Código civil español. Si hubiese pacto, son aplicables los 1.720 del Código civil italiano y 1.692 del Código civil español, si bien el Código italiano no hace referencia a la designación de administrador después de otorgado el contrato. Si el pacto atribuyese la administración a dos o más socios, rigen los artículos 1.721 y 1.722 del Código civil italiano y los 1.693 y 1.694 del Código civil español; también el Código italiano no regula el derecho de asociar a un tercero como lo hace el Código civil español en el art. 1.696.

Efectos con relación a tercero.—No todos los tratadistas están confor

mes en que la personalidad jurídica de la sociedad esté viva frente a terceros, no pudiendo, en consecuencia, obligarse directamente con ellos: Así Valverde. Sin embargo, es común el adoptar la posición contraria, pues del examen de las reglas contenidas en los artículos 1.697 a 1.699 de nuestro Código civil no puede deducirse que le falte personalidad jurídica propia a las sociedades civiles; lo único que se infiere es que éstas necesitan un órgano para producirse como toda otra persona jurídica.

Si el órgano es individual, un socio, la obliga frente a terceros si ha actuado con carácter de tal por cuenta de la sociedad con poder para obligarla por mandato expreso o tácito y obrando dentro de los límites de éste (art. 1.697). Debiendo tenerse en cuenta que si no se pactó modo de administrar, todos los socios tienen facultad para obligar a la sociedad según las reglas del art. 1.695. Aplicación de estas normas son las afirmaciones del art. 1.698, en sus párrafos 1.º y 2.º, que determinan no resulta obligada a la sociedad por acto personal de un socio si no le ha conferido poder o si actuó en su propio nombre, pero queda obligada para con el socio en cuanto sus actos redundaran en provecho de ella, concediéndose al acreedor frente a la sociedad una acción indirecta o de *in rem verso*.

La deuda de la sociedad no obliga a los socios solidariamente (artículo 1.698), lógica consecuencia de que la solidaridad no se trasmite.

La coexistencia de acreedores en el patrimonio de un socio, tanto por deudas procedentes de la sociedad como por las particulares, determinan en favor de aquéllos un derecho de preferencia sobre los bienes sociales, pero los acreedores particulares pueden pedir el embargo y remate de la parte del socio en el fondo social (art. 1.699).

Extinción de la sociedad. — La determinan las siguientes causas:

A. Ser declarada ilícita (art. 1.166).

B. Expiración del término (núm. 1.º, art. 1.700 del Código civil español y 1.º, 1.729 del Código civil italiano), pudiendo prorrogarse por consentimiento de todos los socios, sea expreso o tácito (artículos 1.702 del Código civil español y 1.730 del Código civil italiano), pero si la prórroga tiene lugar vencido el término se entiende constituida una nueva sociedad (art. 1.703 del Código civil español).

C. Pérdida de la cosa o terminación del negocio (artículos 1.729 número 2 del Código civil italiano y 1.700, núm. 2 del Código civil español); la pérdida no es necesario que sea de todas las cosas de la sociedad; basta que se pierda la que un socio prometió aportar o de la que aportó en el goce, reservándose la propiedad; mas no se extingue cuando pereciese después de haber adquirido la sociedad la propiedad de ella (artículos 1.701 del Código civil español y 1.731 del Código civil italiano).

D. Muerte natural, interdicción civil o insolvencia de cualquiera de los socios (artículos 1.700, núm. 3, del Código civil español y 1.729, números 3 y 4 del Código civil italiano). Pudiendo pactarse en caso de muerte de un socio; la continuación entre los supervivientes o la sustitución del socio muerto por sus herederos (artículos 1.704 del Código civil español y 1.723 del Código civil italiano).

E. Voluntad de cualquiera de los socios en las sociedades constituidas por tiempo indeterminado (artículos 1.729, núm. 5, del Código civil italiano y 1.700, núm. 4, del Código civil español), ha de hacerse sin mala fe y en tiempo oportuno (artículos 1.705 y 1.706 del Código civil español y 1.733 y 1.734 del Código civil italiano). Si la sociedad es por tiempo determinado, no puede disolverse por voluntad de una parte, sino es con justo motivo apreciado por los Tribunales (art. 1.707 del Código civil español).

El efecto de la extinción es producir la liquidación de la sociedad y la

§ 90.—*Comodato*

Brugi, *Ist.*, § 65 (II b); Pacifici, *Ist.*, V, pág. 558; Chironi, *Ist.*, II, §§ 356-357; Zachariae, *Man.*, II, §§ 371-373; Aubry y Rau, *Cours.*, VI, §§ 391-393; Planiol, *Traité.*, II, números 2.047 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, 2, §§ 374-375 (1).

Comodar es dar a alguien una cosa para que la emplee en un uso determinado y para que, una vez terminado éste, la restituya, sin que el comodante reciba por ello compensación alguna. Comodato o préstamo de uso es, según el art. 1.805 del Código, aquel contrato por el cual una de las partes (comodante) entrega a otra (comodatario) una cosa, para que se sirva de ella por un tiempo o para un uso determinado, con la obligación de restituir la misma cosa recibida.

El contrato de comodato parece ser de aquellos que en las relaciones normales de la vida están fuera del campo jurídico, y se hallan regidos por la costumbre y los deberes de la amistad; son siempre cosas de poco valor aquellas cuyo uso se presta (un libro, un arnés, un caballo), raramente un inmueble; la concesión es esencialmente gratuita y se hace para rendir a otros un servicio, y, por regla general, en provecho exclusivo de quien recibe la cosa. Cuando, en efecto, la utilidad que la cosa proporciona se concede a cambio de una compensación, se tiene la figura jurídica del arrendamiento (art. 1.806). Pero, por otra parte, si es

partición de los bienes de ésta entre los socios, la cual se rige por la de las herencias, no pudiendo aplicarse al socio industrial ninguna parte de los bienes sino sólo sus frutos y los beneficios, a no haberse pactado expresamente lo contrario (art. 1.708 del Código civil español).

(1) Para el Derecho romano: Schmidt, *Das commodatum und das precarium*, 1841; Ferrini, *Storia e teoria del contratto di comodato in dir. rom.* (*Arch. Giur.*, LII, 1894, páginas 469 y siguientes; LIII, páginas 41, 257 y siguientes); Cicogna, *Ancora sull'uso nel comodato* (*Bull. ist. dir. rom.*, XIX, páginas 235 y siguientes); para el Derecho civil: Troplong, *Traité du prêt, du dépôt et du séquestre*, 1841; Duvergier, *Traité du prêt à usage* (en *Toullier*, XI); Von Schey, *Der Leihvertrag*. (en *Obligations verhältnisse des öst. allg. Privatrechts*, Wien, 1895, páginas 187 y siguiente); Guillonard, *Traité du dépôt et du séquestre*, 1893; Sechi, *Comodato* (en *Dig. it.*).

cierto que el contrato reporta ventaja a una sola de las partes, no quiere ello decir que a veces no se celebre para común ventaja (te presto un potro salvaje para que lo domes, empleándolo en tus labores, y me lo restituirás domado), y hasta para ventaja exclusiva del comodante (te presto mi coche para que te lleve a cierto sitio, donde has de cumplir el encargo que te he dado) (1).

Lo que es propiamente esencial en la relación, a más de la gratuidad de la concesión, es la entrega de una cosa, sin que se transfiera el dominio u otro derecho real, y un uso determinado que haga posible la restitución de la cosa inalterada.

Con la entrega—no antes—se perfecciona el contrato, que tiene por ello carácter real, como se ha visto; antes de la entrega podrá haber una promesa de dar la cosa en préstamo, es decir, un contrato preliminar al de comodato (2). Se transfiere la posesión natural de la cosa y sólo ésta; no se requiere, por tanto, que el comodante sea propietario de ella.

El uso que se concede se determinará de modo expreso o se establecerán las bases para determinarlo, teniendo en cuenta la naturaleza y el destino económico de la cosa. Puede consistir este uso en la obtención de todas las utilidades de que la cosa es susceptible o sólo de alguna de ellas, según la voluntad del comodante. Pero comoquiera que el contrato se extingue con la restitución, sólo pueden darse en comodato cosas que no se consumen con el uso, o que, siendo consumibles, no se consumen por aquel uso especial que las partes estipularon (así, por ejemplo, en el comodato *ad pompam* de una suma de dinero) (3).

(1) En Derecho romano esto determinaba la medida de la responsabilidad del comodatario, el cual, mientras en el caso normal respondía de la *culpa levis*, respondía también de la *culpa in concreto* si la ventaja era común y solamente de la *culpa lata* si la ventaja era exclusiva del comodante (cfr. fr. 5, § 10 y fr. 18, D. 13, 6). En nuestro Derecho, a consecuencia del principio establecido en el art. 1.224, la distinción no tiene ya importancia en lo que atañe a la responsabilidad que es siempre igual.

(2) Venzi en Pacifici, *Inst.* V, pág. 565.

(3) Sobre las cuestiones especiales de si se puede dar a comodato con facultad en el comodatario de pignorar, o si se puede dar en comodato transfiriendo la propiedad de la cosa al comodatario: Ascoli, *Comodato di cosa consumabile* (*Riv. dir. civ.*, 1919, páginas 174 y siguientes); Se-

El contrato es, por esencia, unilateral, origina obligaciones en el comodatario solamente; en la otra parte pueden surgir obligaciones en ciertos casos, pero (como ocurre en todo contrato bilateral imperfecto), sólo accidentalmente o por efecto de hechos posteriores. Ciertamente que, concediendo la cosa por un uso y para un cierto tiempo determinados, el comodante está obligado a ceder la cosa al comodatario por el tiempo convenido o por el necesario a servirse de ella para el uso estipulado; pero esto, más que obligación propiamente dicha, es una consecuencia necesaria de la concesión misma, la cual carecería de objeto si no hubiese un intervalo de tiempo entre la entrega y la restitución; la deuda del comodatario no vence antes de transcurrido dicho término.

A. *Obligaciones del comodatario.*

a) La obligación fundamental es la de restituir la cosa *dada en comodato* en el término fijado o después de haber hecho uso de ella; la restitución debe hacerse a quien la concedió, sea o no propietario, incluso al ladrón. Todo retardo en la restitución lleva, por regla general, consigo el que el comodatario soporte la pérdida o el deterioro acaecidos por efecto del caso fortuito, debiendo abonar, además, el resarcimiento normal del daño; de soportar la pérdida por caso fortuito puede eximirse el comodatario cuando pruebe que la cosa hubiera perecido, igualmente si la hubiese restituído a su debido tiempo (artículos 1.809, 1.298). Antes del tiempo convenido para la restitución, no está el comodatario obligado a restituir (art. 1.815). Sin embargo, si el comodante precisa de la cosa para una necesidad urgente e imprevista, la autoridad judicial puede obligar al comodatario a restituirla, habida cuenta de las circunstancias y del perjuicio que el comodatario experimenta (art. 1.816).

b) El comodatario debe servirse de la cosa para el uso convenido, o, en su defecto, para el uso determinado por la misma naturaleza (art. 1.808). Si contraviene lo pactado, no sólo puede ser privado de la cosa, sino que, además, está obligado al resar-

grè, Locazione e comodato di cose a scopo di pignorazione (Riv. dir. comm., 1918, II, páginas 241 y siguientes); Brúgi, Comodato di titoli al portatore (ib. 1916, II, páginas 704 y siguientes).

cimiento de daños y perjuicios, y a responder incluso de la pérdida por caso fortuito; a no ser que pruebe que el perecimiento hubiera ocurrido igualmente, aun cuando no la hubiese empleado en un uso diverso (art. 1.809).

c) Está obligado, finalmente, en tanto la cosa está en su poder, a *custodiarla y conservarla*, empleando la diligencia del buen padre de familia (art. 1.808). Corren, pues, a su cargo los gastos que le ocasiona la utilización de la cosa (art. 1.813); es también de su cuenta el riesgo del perecimiento que derive del defecto de custodia y el deterioro, a menos que no sea causa exclusiva de este último el uso mismo para el que se concedió la cosa (artículo 1.812); responde también del perecimiento sin culpa si la cosa fué estimada al tiempo de darla en comodato (art. 1.811) o cuando, pudiendo sustraerla al hecho perjudicial sacrificando una propia, prefirió que pereciese la ajena (art. 1.810).

Las precedentes obligaciones ligan solidariamente a los distintos comodatarios si éstos tomaron en comodato la misma cosa (art. 1.814).

B. *Obligaciones eventuales del comodante.*

El crédito en favor del comodatario puede producirse, en general, por dos causas principales:

a) O porque durante el contrato el comodatario se haya visto obligado, para conservar la cosa, a hacer gastos extraordinarios, necesarios y urgentes, sin poder dar aviso al comodante; en tal caso, éste le debe el reembolso (art. 1.817).

b) O porque la cosa dada en comodato tuviese tales defectos, que causaran perjuicio al comodatario, y estos defectos, conocidos por el comodante, no hubiesen sido denunciados a la otra parte; el comodante, en tal caso, debe resarcir al comodatario el daño sufrido, ya sea éste causado por la cosa misma, ya por no poder usar de ella.

Fin del comodato.

La relación se extingue: a), por expirar el término o por agotar el uso de la cosa; b), por el abuso que haga de ella el comodatario; c), por sobrevenida y urgente necesidad del comodante, reconocida por el Juez. No lo disuelve la muerte, puesto que todas las obligaciones antedichas pasan a los herederos del como-

dante o del comodatario (art. 1.807, pr.). Puede también extinguirse excepcionalmente: *a*), por la muerte del comodatario, si solamente se hizo el préstamo de uso en consideración a su persona (art. 1.807) (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. —Bajo el nombre genérico de préstamo regula nuestro Código civil tres contratos que coinciden en un punto: la transmisión temporal que del disfrute de una cosa hace una persona en favor de otra. Los tres eran conocidos en el Derecho romano y en él quedaron perfectamente definidos. Son el comodato, el mutuo —llamado en nuestro Código simple préstamo— y el precario. A éste, deficientemente regulado en la legislaciones (quizá el más claro sea el Código de Chile artículos 2.194 y 2.195), tan sólo se refiere, sin nombrarlo, el Código civil español, en el art. 1.750 al hablar de que en el comodato en que no se pactó la duración, ni el uso a que había de destinarse la cosa y éste no resulta determinado por costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a voluntad; facultad ésta que entraña la esencia del precario contractual.

Al mutuo o simple préstamo dedicaremos nuestra atención al anotar el párrafo siguiente.

El comodato es definido por el Código civil español de análoga manera que el italiano (artículos 1.740 y 1.805 respectivamente), si bien nuestro Código adiciona a esta definición la del mutuo, formando con ambas la del préstamo.

Estas dos modalidades del préstamo se diferencian en que el objeto es una cosa no fungible en el comodato y fungible en el mutuo; en que el comodato es esencialmente gratuito (art. 1.740, § 2.º del Código civil español), variando su naturaleza si interviene algún emolumento que haya de pagar el comodatario (artículos 1.741 del Código civil español y 1.806 del Código civil italiano) y el mutuo puede ser con o sin interés; y también en que el comodato no se transfiere más que el uso y ha de restituirse la cosa misma y en el mutuo se transmite la propiedad y la restitución ha de ser de otro tanto de igual género, cantidad y calidad.

Como contrato real se perfecciona por la entrega de la cosa (artículos 1.740 del Código civil español y 1.805 del Código civil italiano), no teniendo ninguna especialidad en cuanto a capacidad de los contratantes. Su objeto ha de ser cosa no fungible.

Produce efectos, como contrato intermedio, sólo respecto del comodatario, quien tiene derecho a usar de la cosa sin percibir los frutos (artículo 1.741 del Código civil español), debiendo utilizarla como buen padre de familia, satisfaciendo los gastos necesarios para el uso y conservación de la cosa prestada (artículos 1.743 del Código civil español y 1.813 del Código civil italiano), respondiendo del deterioro si fuese por su culpa, no del derivado del uso (artículos 1.746 del Código civil español y 1.812 del Código civil italiano) y de su pérdida, ya por haberla destinado a uso distinto de aquél para que se prestó (artículos 1.744 del Código civil español y 1.809 del Código civil italiano), ya por habersele hecho entrega con tasación; en este caso responde del precio salvo pacto en contrario (artículos 1.745 del Código civil español y 1.811 del Código civil italiano) y en ambos surge la responsabilidad aunque provenga la pérdida de caso fortuito. El comodatario tiene, también, que devolver la cosa al concluir el contrato, no pudiendo retenerla aun por razón de expensas (art. 1.747 del Código civil español) respondiendo de su pérdida, aun por caso for-

§ 91.—*Mutuo*

Brugi, *Ist.*, § 65 (II, c); Pacifici, *Ist.*, V, pág. 568; Chironi, *Ist.*, II, §§ 354-355; Zachariae, *Man.*, II, §§ 374-376; Aubry y Rau, *Cours.*, VI, §§ 394-396, Planiol, *Traité*, II, números 2.060 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, §§ 370-372 (1).

La entrega, que en el comodato no tiene otro objeto que el de transferir el simple uso de la cosa, excluyendo la disponibilidad de ella, y que opera, por tanto, una simple transmisión de la posesión natural, transfiere en el mutuo la plena disposición, el dominio. Pero como la relación se crea con miras a la restitución, se entiende que el accipiente sólo puede restituir otras cosas del mismo género, y en igual cantidad que el género y cantidad de las recibidas. De esta relación sólo son susceptibles las cosas fungibles, y todas las de esta clase pueden deducirse como objeto del contrato, aunque el objeto más frecuente de éste sea una suma de dinero.

La definición del Código (art. 1.819) excluye precisamente aquella limitación del concepto a los préstamos de dinero, que tan corriente es en los profanos. «El mutuo o préstamo de con-

tuito, si la conservara más tiempo que el convenido (artículos 1.744 del Código civil español y 1.809 del Código civil italiano) y debiendo entregarla si el comodante tuviera urgente necesidad de ella (artículos 1.749 del Código civil español y 1.816 del Código civil italiano). Estas obligaciones son solidarias cuando fuesen varios los comodatarios (artículos 1.748 del Código civil español y 1.814 del Código civil italiano).

El comodante resulta obligado por los gastos extraordinarios realizados para la conservación de la cosa prestada, por el comodatario, si lo hubiere, puesto en su conocimiento, salvo que fuesen tan urgentes que no pudiesen demorarse sin peligro (artículos 1.751 del Código civil español y 1.817 del Código civil italiano) y por los daños causados al comodatario por vicios de la cosa que conociera y no se los hubiera hecho saber (art. 1.752 del Código civil español). Las mismas causas producen la extinción del comodato en ambos Códigos, concordando el art. 1.867 del Código civil italiano con el 1.742 del Código civil español, en orden a la extinción por causa de muerte del comodatario.

(1) Troplong, *Du prêt, du dépôt et séquestre*, 1841; Duvergier, *Du prêt* (en Toullier, XXI); Guillouard, *Traité du prêt du dépôt et du séquestre*, 1893; Apicella, *Mutuo* (en *Dig. it.*); Messa, *Mutuo* (en *Enc. Giur.*); Papa, *Il mutuo commerciale* (*Dir. comm.*, 1913, I, páginas 63, 129 y siguientes); Storch, *Der hentige Darlehnsvertrag*, 1878; Von Schey, *Das Darlehn* (en *Obligationsverhältnisse*, páginas 15 y siguientes).

sumo es un contrato por cuya virtud una de las partes (mutuante) entrega a la otra (mutuatario) una determinada cantidad de cosas, con la obligación en la última de restituir otras tantas cosas de la misma especie y calidad». Este artículo del Código declara esencial para la constitución de este vínculo contractual la entrega (directa o indirecta) de las cosas, ya que sin dicha entrega podrá haber solamente (si hubo una promesa) un contrato preliminar de mutuo. Pero, como se dijo ya, es una entrega que implica transmisión de dominio al accipiente; de aquí la consecuencia de que sólo es capaz de dar en mutuo quien sea capaz de enajenar y quien tenga la propiedad de las cosas dadas en mutuo; en efecto, el mutuo de cosas ajenas es nulo, y el propietario de las cosas prestadas conserva la acción reivindicatoria (dentro de los límites fijados en el art. 707), y el mutuo puede ser impugnado por el mutuatario, que, con la entrega, no adquirió la propiedad.

También es evidente que no puede hablarse aquí de un uso determinado; el mutuatario, al devenir propietario, puede disponer a su antojo de las cosas recibidas; y por ello precisamente, si perecen, desde el instante mismo de la entrega la responsabilidad es del mutuatario (art. 1.820).

En cuanto a determinar si la utilidad que proporciona el mutuante al mutuatario es o no compensada por éste—la compensación viene representada normalmente por los intereses—, ello depende de la libre convención de las partes; según esto, pues, habrá mutuos gratuitos y mutuos con interés (art. 1.829). Pero este contrato tiene por naturaleza carácter gratuito, ha conservado la impronta originaria del Derecho romano, que la tradición no conservó. Ello contradice manifiestamente a los casos frecuentes de la vida, en los cuales es rarísimo el que se preste dinero sin interés. Si se tiene en cuenta el precepto del art. 1.830—según el cual, incluso no mediando convención, se reconoce en el mutuatario una obligación, aunque sea natural, de pagar intereses, en cuanto que se le prohíbe repetir los espontáneamente pagados—, se debe reconocer que en la ley está inmanente la idea de que los mutuos no se hacen sin compensación, porque nadie suele dejar infructíferos sus capitales. Sin em-

bargo, queda firme lo dicho: el carácter gratuito del mutuo debe entenderse en el sentido de que el mutuo en sí y por sí no obliga al accipiente a abonar interés alguno.

Las obligaciones se originan *ex uno latere*, se imponen todas al mutuuario; se trata, pues, de un contrato unilateral. En orden al mutuante, debe repetirse lo dicho ya respecto del comodante, quien no puede antes de haber transcurrido el tiempo fijado pedir la restitución; tampoco influye en la unilateralidad el pacto de los intereses, que, si bien añade una segunda obligación a cargo del mutuuario, no atribuye al mutuante el carácter de obligado.

Es, pues, inaplicable a este contrato la condición resolutoria tácita del art. 1.165; para que el mutuante pueda, por ejemplo, en un mutuo fructífero exigir la restitución anticipada del capital, si el mutuario retrasa el pago de los intereses o si en un mutuo restituible por fracciones se retrasa la *solutio* de una de ellas para que se pierda el beneficio del término, precisa un pacto especial.

A. *Obligaciones del mutuuario.*

Puede decirse que todas se resumen en una: restituir en el tiempo convenido la misma cantidad y calidad de las cosas recibidas, o no pudiendo restituir, abonar su valor, teniendo en cuenta el tiempo y el lugar en que, según la convención, debiera verificarse la restitución (art. 1.828). Esta última parte del artículo se aplica naturalmente y a todo otro mutuo que no sea dinero; y como la obligación de restituir la misma cantidad hace que corra a cargo o a favor del mutuuario el mayor o menor precio que en el momento de la restitución alcancen las cosas en el mercado, resulta que el reembolso del valor (no pudiendo efectuarse la restitución en especie), consistirá en el abono de la suma que en el momento del vencimiento constituya el precio, cualquiera que sea la relación que éste guarde con el valor que la cosa tenía en el momento del contrato. Lo mismo debe decirse en cuanto al lugar; si falta toda determinación de lugar y tiempo, el pago deberá efectuarse según el valor corriente al tiempo en que se constituyó en mora y en el lugar en que fué hecho el préstamo (art. 1.828).

Fijado el tiempo de la restitución, el mutuante no puede exigir la antes de haber transcurrido el tiempo convenido, ni aun en el caso de que una necesidad urgente le obligue a recurrir al crédito, y ello aun cuando las cosas hayan sido dadas en mutuo, sin compensación alguna (art. 1.825). Y aun cuando no se hubiere fijado un término, tampoco le sería lícito pedir la restitución inmediatamente después de la entrega, ya que tal relación carecería de finalidad; pero la restitución fijada para cuando haya transcurrido un cierto plazo desde que fué pedida, es perfectamente lícita, aunque la ley atribuye al Juez la facultad de poder conceder al mutuuario, atendidas las circunstancias del caso, una dilación o moratoria (art. 1.826). Corresponde también a la autoridad judicial fijar la fecha del pago cuando las partes hubieren convenido que el mutuuario pague «cuando pueda o tenga los medios» (art. 1.827).

En cuanto a las normas relativas a los mutuos de dinero y a los mutuos con interés, fueron ya expuestas al tratar de la doctrina general de la prestación (párr. 71).

B. *Obligación eventual del mutuante.*

El art. 1.824 declara al mutuante sujeto a la misma responsabilidad (establecida en el art. 1.818) que el comodante. Si hizo entrega de cosas que tuvieran defectos tales que causaran perjuicio al mutuuario, y conociéndolos los hubiere llamado a la otra parte, ésta podrá accionar en reclamación del perjuicio.

De esta figura jurídica, que en sus líneas fundamentales dibuja la ley civil, son aplicaciones particulares con características propias: el mutuo mercantil, los mutuos que se obtienen de las instituciones de crédito inmobiliario y de crédito agrícola, la deuda pública, los empréstitos provinciales y municipales. Rigen para tales aplicaciones normas especiales contenidas en el Código de Comercio (artículos 590-603), en las leyes sobre crédito inmobiliario (Fun. de 16 de Julio de 1905, núm. 646) (1) y

(1) Sobre la naturaleza jurídica del mutuo inmobiliario substancialmente idéntica a la de un mutuo común garantizado con hipoteca, véase de Ruggiero *Responsab. contratt. del mutuuario di un istituto di cred. fond.* (*Foro. it.*, 1899, páginas 344 y siguientes).

agrícola (ley de 23 de Enero de 1887, núm. 4.276), en las relativas a las Cajas de Depósitos y Préstamos (Fun. de 5 de Septiembre de 1907, núm. 751; ley de 10 de Diciembre de 1910, núm. 855; ley de 13 de Julio de 1910, núm. 431) y al crédito municipal y provincial (ley de 17 de Mayo de 1900, núm. 173; Reglamento de 30 de Mayo de 1907, núm. 569; ley de 25 de Junio de 1911), etc., (1).

§ 92.—*Deposito y secuestro*

Brugi, *Ist.*, § 65 (II d); Pacifici, *Ist.*, V. pág. 582; Chironi, *Ist.*, II, §§ 358-363; Zachariae, *Man.*, II, §§ 380-389; Aubry y Rau, *Cours.*, VI, §§ 400-409; Planiol, *Traite.* II, números 2.204 y siguientes; Windschid, *Pand.*, II, 2, §§ 377-380-384 (2).

La custodia, que en otros contratos constituye también una obligación del accipiente, se eleva a fin y función exclusivos de

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. El Código civil español pone por rúbrica del capítulo II del título X, libro IV, «Del simple préstamo», y en él regula el contrato de mutuo. Análogas son las definiciones del Código italiano (art. 1.819) y del español (art. 1.740), si bien éste hace referencia, al determinar el objeto del contrato, a la cosa que lo constituye más generalmente—dinero—añadiendo «u otra cosa fungible» para alejarse del concepto vulgar.

Contrato real, se perfecciona por la entrega, operándose por ella la transmisión de la propiedad del objeto del mutuo al que la recibe.

Este, el mutuuario, originariamente el único obligado, tiene que devolver la cosa (artículos 1.753 del Código civil español y 1.828 del Código civil italiano), lo que verificará según las reglas del art. 1.745 del Código civil español.

Si el mutuo es con interés puede ser también gratuito (artículos 1.829 del Código civil italiano y 1.740, párrafo último y 1.755 del Código civil español)—ha de satisfacerlos en la medida pactada, mas si aun siendo gratuito, los satisficiera, no podrá repetir por los pagados (artículos 1.830 del Código civil italiano y 1.756 del Código civil español).

La doctrina de los artículos 1.828, 1.825, 1.826 y 1.827 del Código civil italiano—que carecen de concordante expreso en el español—puede deducirse de las normas que regulan el efecto del incumplimiento de las obligaciones, de la transmisión de la propiedad que por el mutuo se opera y del cumplimiento de las obligaciones puras o con plazo indeterminado respectivamente.

El mutuante puede resultar obligado a indemnizar los daños que el mutuuario sufra por los defectos de la cosa que le transmite si los conociere, pues aun sin tener equivalente el art. 1.824 del Código civil italiano que señala expresamente esa obligación, tal doctrina se infiere de las reglas sobre indemnización por dolo o culpa.

(2) Para la teoría e historia del Derecho romano, especialmente de

la relación de depósito, el cual se basa esencialmente en la confianza, ya que la custodia de las cosas no se encomienda a persona que no inspire seguridad al depositante. El provecho es, por regla general, exclusivo del depositante; el servicio se presta a éste por la otra parte, que proporciona el lugar del depósito para custodiar la cosa y vigilar su conservación; tal servicio es prestado gratuitamente, ya que el depositante no abona compensación alguna al depositario. El fin de este contrato excluye que el accipiente pueda servirse de la cosa en beneficio propio ni utilizar una parte de sus productos.

Pero estas notas características no son tan esenciales que, faltando una o más de ellas, se esfume la figura del depósito, apareciendo otra en su lugar. Nada impide que el depósito se constituya también en interés del depositario y hasta en interés de éste exclusivamente (art. 1.844, núm. 3.º); ejemplo, la cosa que yo me he obligado a venderte bajo la condición suspensiva, te la confío en depósito durante la pendencia de la condición.

El Código consiente (art. 1.844, núm. 2.º) que se pacte una remuneración por la custodia, sin que la relación degenera en arrendamiento; de ahí que la gratuidad que el art. 1.837 declara esencial del depósito ordinario, significa únicamente que, no mediando un pacto especial, no se debe abonar compensación alguna (1). El depósito en que se autoriza al depositario a usar

irregular ver Schmid, *Ueber dar depositum irregulare* (*Arch. f. civ. Pr.*, XXX, 1847, páginas 77 y siguientes); Niemeyer, *Depositum irregulare*, Halle, 1889; Longo, *Appunti sul dep. irregolare* (*Bull. ist. dir. rom.*, XVIII, páginas 121 y siguientes); Segré, *Sul dep. irregolare in dir. rom.* (*ib.*, XIX, página 197); de Ruggiero, *Note sul. c. d. deposito pubblico o giudiz. in dir. rom.* (*St. ec. giur. di Cagliari*, I, 1909, páginas 121 y siguientes); Haedicke, *Depositum und Mandat.*, Rostock, 1904; de Ruggiero, *Depositum vel commodatum* (*Bull. ist. dir. rom.*, XIX, páginas 5 y siguientes). Respecto del Derecho civil, Troplong, *Du prêt, du dépôt et du séquestre*, 1841; Guillouard, *Traité du prêt, du dépôt et du séquestre*, 1893; Von Schey, *Der Verwahrungstrag* (en *Obligatio sverhältnisse*, páginas 281 y siguientes); Coppa Zuccari, *Il deposito irregolare*, Módena, 1901; Simoncelli, *Contributo alla teoria della custodia nel. dir. civ. it.* (*Riv. it. p. le sc. giur.*, XIV, páginas 3 y siguientes).

(1) Venzi en Pacifici, *Ist.* V, pág. 606.

de la cosa no se transmite en comodato ni en mutuo (art. 1.846); pero la figura ordinaria sufre una profunda modificación, sobre todo si se trata de cosas consumibles o fungibles, en cuyo caso la concesión del uso implica la plena disposición para el depositario, y, por consiguiente, la transmisión a éste de la propiedad de la cosa depositada (*depósito irregular*).

Lo que es esencial a la relación es, pues, por un lado, el fin de custodia; por otro, la tradición efectiva o ficticia de la cosa (art. 1.837, párrafos 1.º y 2.º), que da al contrato el carácter de real. La tradición transmite al depositario la posesión natural (salvo en el depósito irregular), generándose, desde el momento en que ocurre, las obligaciones del depositario y las eventuales del depositante.

Tales son los rasgos fundamentales del depósito en general. Este comprende varias figuras, que deben separarse por las modificaciones que suponen en las normas fundamentales del depósito. El Código (art. 1.836) enumera dos clases: el *depósito propiamente dicho* y el *secuestro*.

a) *Depósito* es un contrato esencialmente gratuito, por cuya virtud el depositario recibe en custodia una cosa mueble, obligándose a restituirla al depositante cuando éste la reclame (artículo 1.837). Su esencia es un acuerdo entre las partes, y su finalidad la mera custodia, pudiendo resolverse libremente a voluntad de cada una de las partes. El acuerdo puede nacer del consentimiento libremente prestado por quien da y recibe la cosa, y puede surgir, no por determinación espontánea de las partes, sino por circunstancias tales, que priven de libertad al accipiente del depósito. Como subespecies figuran, por tanto:

a) El *depósito voluntario*, que se caracteriza por provenir del consentimiento espontáneo (art. 1.839), que sólo puede constituirse por el propietario de la cosa o con su consentimiento expreso o tácito (art. 1.840), que no puede tener lugar más que entre personas capaces de contratar (art. 1.841), si bien el depósito constituido por un incapaz obliga igualmente al depositario (art. 1.841, párr. 1.º, aplicación del 1.107), y el depósito confiado a un incapaz deja a salvo en el depositante la acción reivindi-

catoria y una acción de restitución, hasta concurrencia, de cuanto hubiese beneficiado al depositario (art. 1.842, aplicación del art. 1.307).

β) El *depósito necesario* (*depositum miserabile*), en el cual, por causa de una extrema necesidad o de un peligro (incendio, ruina, saqueo, naufragio), la relación se constituye bajo el imperio de un suceso que priva al depositario de libertad de elección (art. 1.864). La principal diferencia consiste en que en el depósito necesario se admite la prueba testifical sin limitación (artículos 1.865, 1.348), mientras que en el voluntario no es permitida si el objeto supera el valor de 2.000 liras (art. 1.341, modificado por Real decreto de 20 de Septiembre de 1922, número 1.316). La ley equipara al depósito necesario el verificado por el viajero en los hoteles, cuadras, etc. (*receptum nautarum cauponum stabulariorum*) (1); los efectos que el viajero lleve consigo e introduzca en dichos locales se consideran confiados a la custodia de los hoteleros, posaderos, etc., sin necesidad de que se les haga especial entrega.

Las normas que a este respecto dictaba el Código civil en los artículos 1.866-1.868, inspirados en la severa regulación del Derecho romano, les declara responsables, aun no siendo culpables. Obligados como depositarios en cuanto a los efectos introducidos en sus hoteles o posadas por el viajero que se alojase en ellos (art. 1.866), respondían del hurto o del daño de que fueran objeto los citados efectos por obra de los criados o de las personas encargadas de la dirección y gestión del negocio o de los extraños que frecuentasen los citados albergues o posadas (art. 1.867). Era ésta una responsabilidad independiente de todo elemento de culpa, una especie de responsabilidad objetiva, que se enlaza con la frecuencia en la antigüedad de los despojos hechos al viajero (2), justificada luego por la doctrina (cuando la mala fama de

(1) Dig., 4, 9, *nautae caupones stabularii ut recepta restituant*.

(2) Ulpiano, fr. 1, § 1, D. 4, 9: *Ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum: nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant, et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos quos recipiunt coeundi, cum ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus*.

hoteleros y posaderos resultó infundada e injuriosa) con el principio del riesgo profesional, según el cual quien ejerce una industria debe soportar los riesgos derivados de hechos que no le sean imputables. Tal responsabilidad cesaba únicamente en los casos de robos cometidos a mano armada o por fuerza mayor o por negligencia del propietario mismo de las cosas, y solamente cuando el hotelero probase la fuerza mayor o la culpa del viajero (art. 1.868).

Habiéndose quejado los hoteleros del excesivo rigor de tales preceptos, fueron éstos modificados—luego de una serie de proyectos de ley (1)—, por virtud del Real decreto de 12 de Octubre de 1919, núm. 2.099 (convertido en ley por la de 7 de Abril de 1921, núm. 610), derogatorio de los artículos 1.866-1.868, los cuales sustituyó por las nuevas disposiciones contenidas en los artículos 11-14. Estos aténúan notablemente la responsabilidad de los hoteleros, y quizás han ido demasiado lejos en cuanto que el *privilegium odiosum* del Código ha sido ahora sustituido por un *privilegium favorabile*. Supuesto que los hoteleros y posaderos son responsables de la sustracción, destrucción y deterioro de las cosas que llevan las personas que alojan en sus establecimientos dentro de los límites establecidos por la nueva ley (art. 11), determina ésta los casos en los que la responsabilidad es ilimitada, fuera de los cuales sólo responden por una cierta suma de dinero, no debiendo resarcirse el mayor daño que pueda experimentar el viajero. La responsabilidad es ilimitada en los tres casos siguientes: *a*), por las sumas de dinero, títulos de crédito de cualquier especie, objetos preciosos o de notable valor, siempre que se hayan confiado de modo expreso a la custodia del hotelero o de los empleados del hotel; *b*), por las mismas cosas cuando no haya podido hacerse la entrega por haberse negado el hotelero a su custodia; *c*), por un objeto cualquiera cuan-

(1) De Ruggiero, *La riforma del Codice civile circa la responsabilità degli albergatori* (en *Scritti per Simoncelli*, páginas 143 y siguientes); Proto en *Riv. dir. civ.*, VI, 1614, páginas 386-537 y siguientes, y además *Riv. dir. comm.*, 1912, I, páginas 923 y siguientes; 1913, I, páginas 4 y siguientes; Chambert, *La responsabilité civile de l'hôtelier*, Lausanne 1914

do el daño sea imputable a culpa grave del hotelero o de los miembros de su familia o del personal dependiente (art. 12, párrafo 1.º). Es el hotelero completamente irresponsable en dos casos: *a*), cuando el daño sea imputable al viajero por haber incurrido en culpa grave o a personas que le acompañan, le visitan o están a su servicio; *b*), cuando el daño derive de fuerza mayor o de la naturaleza de la cosa depositada (art. 12, final). Entre estos dos extremos se hallan los demás casos de sustracción, destrucción o deterioro de las cosas; el hotelero responde del valor de lo sustraído, sin exceder nunca de las 1.000 liras por cada persona alojada en su establecimiento (art. 12, segunda parte). La prueba de la culpa grave del hotelero debe darse—ello se sobreentiende—por el perjudicado, y la de éste por aquél. Finalmente, la ley dispone que el viajero, para conservar su acción, debe notificar el daño al hotelero inmediatamente después que haya tenido conocimiento de él, excepción hecha del caso en que el daño sea producido por culpa grave del hotelero (art. 13); no excluyen la responsabilidad de este último las declaraciones que haga el mismo mediante avisos fijados en sus locales, en los que decline, limite o supedite a condiciones no legales su responsabilidad (art. 14).

Respecto al uso de la cosa confiada en depósito y a su restitución, se ha visto ya que a la figura ordinaria del depósito, que excluye todo uso en el depositario y obliga a éste a restituir la misma cosa recibida, se contraponen:

γ) *El depósito irregular*, el cual, teniendo por objeto cosas fungibles, atribuye al depositario, con la facultad de usar de la cosa depositada, la propiedad de ésta, con lo que resulta obligado a restituir solamente una cantidad igual de las mismas cosas.

Tipo característico de esta especie es el *depósito bancario*, o sea aquel en que el cliente deposita sumas de dinero en un Banco o Caja de ahorros, autorizando a estos establecimientos a usar de la cantidad depositada, y pagando la entidad depositaria como compensación un interés como en el mutuo, aunque menos elevado, por la facultad que se reserva el cliente de retirar el capital en cualquier tiempo. Pero no por esto se transforma la relación en un mutuo fructífero, aunque algunos elementos propios

de éste concurren en aquélla, como son, por ejemplo, las limitaciones en la facultad de retirar, imponiendo la necesidad de dar aviso previo con una cierta antelación; lo esencial y predominante en esta clase de depósitos es la custodia, y el pequeño interés que se paga oficia de compensación o alquiler por el uso mientras que la antelación con que debe darse el aviso previo para retirar el depósito representa una modalidad necesaria para hacer posible al Banco el conocer sus disponibilidades y sus obligaciones en cualquier momento (1). Más bancario es el carácter del depósito por el que se confían títulos al Banco para que los custodie sin que pueda disponer de ellos y recibiendo una compensación por la custodia; si a esto se une la facultad de cobrar los cupones o los títulos sorteados, o la de permutar éstos por otros, a la relación típica de depósito se unirá una relación de mandato o de arrendamiento de obra.

Habrá, en cambio, una mezcla de elementos propios del arrendamiento de cosa y de los del depósito en el llamado *contrato de suscripción a Cajas de seguridad*, que se concluye con los Bancos y es remunerado como el anterior. Pero se discute si los elementos prevalentes son los propios del depósito o los del arrendamiento o si no hay varios negocios concurrentes (2).

(1) Best, *Darlehn und depositum irregulare*, Bonn, 1896; Schweyer, *Die Bankdepotgeschäfte*, München, 1899; Ecker, *Die recht. Natur des reg. und irreg. Bankverwahrungsdepot*, Stettin, 1904; Adler, *Die Bankdepotgeschäfte* Berlín, 1905; Messa, *Mutuo e deposito irreg.* (*Mon. Trib.*, 1897, página 1.016); Coppa-Zuccari *La natura giur. del deposito bancario* (*Arch. Giur.*, LXVIII, 1902, páginas 441 y siguientes); La Lumia, *I depositi bancari*, Turín, 1913.

(2) Schatz, *Location des coffres forts*, París, 1903; Valery, *Location des coffres forts*, 1905; Arcangeli, *Il servizio bancario delle cassette forti di sicurezza* (*Riv. dir. comm.*, I, páginas 179 y siguientes); Bolaffio, *Il servizio dei depositi chiusi* (*ib.*, páginas 466 y siguientes); Sarfatti, *Del contratto d'abbonamento alle cassette di sicurezza nelle banche*, Turín, 1908; *Natura giur. del contr. d'abb.* (*Foro it.*, 1909, páginas 35 y siguientes); Scialoja A., *Il contr. d'abb. alle cassette forti di custodia* (*Riv. dir. comm.*, 1908, página 1.385, y en *Giur. it.*, 1906, IV, páginas 241 y siguientes); Carnelutti, *Natura del contr. di cassetta-forte per custodia* (*Riv. dir. comm.*, 1911, II, páginas 902 y siguientes, y en *Studi dir. civ.*, páginas 479 y siguientes); La Lumia, *I depositi bancari*, páginas 195 y siguientes; Rocco, *La nat.*

b) *Secuestro* es el depósito de una cosa objeto de controversia entre dos personas confiada a un tercero para que la custodie, sustrayendo así su disponibilidad a los litigantes mientras dura el litigio y la restituya al terminar éste al litigante a quien la pertenencia de la cosa se atribuya (1). Ahora bien, como este depósito puede convenirse entre los mismos litigantes o ser ordenado por la autoridad judicial, se distingue el *secuestro convencional*, relación puramente contractual y civil (art. 1.870) del *secuestro judicial* (artículos 1.865, 1.875, 1.877), sustituido por el Derecho procesal, y que origina en el secuestrario obligaciones idénticas a las que genera el secuestro convencional (artículo 1.877, párr. 1.º).

También el secuestro, como el depósito, puede ser remunerado (art. 1.871), y cuando es gratuito se le aplican las normas propias del depósito (art. 1.872). Pero existen diferencias: en cuanto al objeto, pues, el secuestro puede recaer en cosas muebles e inmuebles (art. 1.873), y en cuanto a las obligaciones del secuestrario, ya que éste no puede librarse de la custodia antes de que termine el litigio ni restituir a persona distinta de la que venza en éste, a no ser que por mutuo acuerdo de los interesados y mediando causa que el Juez estime legítima, no sea exonerado antes de decidirse el litigio (art. 1.874).

Prescindiendo de todas estas variedades y considerando la relación en su aspecto ordinario, las obligaciones que nacen de ella corren todas a cargo del depositario; eventualmente pueden imponerse también al depositante.

A. Obligaciones del depositario.

a) Debe, ante todo, custodiar la cosa que le fué confiada y

giur. del c. d. contr. d'abb. delle cassette forti (Circ. giur., 1911, páginas 52 y siguientes); Cogliolo, *Le cassette forti di custodia noleggiate sotto nome fittizio* (Scritti. dir. priv., II, páginas 205 y siguientes); Bonelli, *Sulle nat. giur. del contr. d'abb.*, etc., (Legge, 1908, páginas 2.213 y siguientes).

(1) Para la doctrina romana del secuestro véase Muther, *Sequestration und Arrest.*, Leipzig, 1856; Nikonoff, *Die Lehre von der Sequestration nach. röm. Recht.*, Berlín, 1894; Arangio-Ruiz, *Studi sulla dottrina romana del sequestro* (Arch. giur., LXXVI, 1906, páginas 471 y siguientes; LXXVIII, 1907, páginas 233 y siguientes).

emplear en esto la misma diligencia que emplea en la custodia de las cosas propias (art. 1.843). Los límites de su responsabilidad son determinados por la *culpa in concreto*, que, como ya vimos, no constituye una atenuación de la culpa ordinaria, y puede generar responsabilidad por una negligencia mínima, si en sus cosas el depositario es diligentísimo. Pero cualquiera que sea *in concreto* la diligencia del depositario en las cosas propias, en cuatro casos la ley aprecia con más rigor su responsabilidad: cuando el depositario se haya ofrecido a recibir el depósito, cuando el depósito se haya hecho en interés exclusivo del depositario, cuando el depósito sea remunerado o cuando se hubiere convenido la obligación de responder por una culpa cualquiera (art. 1.844). En estos casos, no hay variación de criterio para la determinación de la culpa, sino una apreciación más rígida. Agotándose en la custodia la finalidad del contrato, se comprende que ninguna facultad de uso corresponda al depositario (artículo 1.846), el cual no puede, cuando se trate de depósito secreto, ni siquiera descubrir las cosas que le fueron confiadas (artículo 1.847).

b) En segundo lugar, el depositario debe restituir la *misma* cosa que recibió (art. 1.848) a quien se la confió (art. 1.853) en el lugar convenido (art. 1.858) y cuando el depositante la reclame (art. 1.860). Pero respecto a la restitución, se aplican las siguientes normas: *En cuanto a la cosa*, debe restituirse tal y como se halle al tiempo en que proceda la restitución, sin que el depositario responda de los deterioros producidos sin su culpa (art. 1.849); debe restituir la cosa con todos sus incrementos y con los frutos por ella producidos y recogidos por el depositario (artículo 1.852). Tratándose de depósito de dinero con facultad de uso, se restituirá la misma cantidad de monedas que fué depositada, cualquiera que sea el aumento o disminución de su valor (art. 1.848, párr. 1.º), sin abonar intereses, porque éstos no se devengan sino desde el día de la constitución en mora (artículo 1.852, párr. 1.º), a no ser que se haya estipulado el pago de un interés o se haya usado del dinero sin permiso. Si la cosa no existe y no pereció por su culpa, el depositario debe restituir lo que en sustitución de la cosa ingresó en su patrimonio; por

tanto, la cosa o la suma que haya recibido en sustitución de la cosa de que fué privado por fuerza mayor (art. 1.850), el precio o la acción contra el comprador, cuando el heredero del depositario haya vendido el depósito de buena fe (art. 1.851). *En cuanto a la persona*, debe hacerse la restitución, en primer término, al depositante, sin que el depositario pueda exigir que el depositante pruebe que es el propietario. Sin embargo, si sabe que la cosa fué robada y conoce al dueño, debe denunciar a éste el depósito, liberándose si lo restituye a dicho dueño o al depositante cuando el robado omita hacer la reclamación, no obstante haberle sido hecha la denuncia (art. 1.854). Si el depositante es incapaz o deviene tal luego de verificado el depósito, la restitución se hará a quien corresponda la administración (art. 1.853, párrafo 1.º, 1.856). Muerto el depositante, tendrá derecho a recibirla el heredero; y si son varios los herederos, cada uno por su porción, si la cosa es divisible, y todos ellos o uno solo en representación de los demás, si es indivisible (art. 1.855). *En cuanto al tiempo*. Si fué fijado un término para la restitución, debe hacerse ésta también cuando el depositante la reclame (art. 1.860). Debe tenerse presente, sin embargo, lo dicho anteriormente sobre los depósitos bancarios. *En cuanto al lugar*, será el convenido, debiendo el depositario transportar a él la cosa a expensas del otro (art. 1.858); si no fué fijado lugar alguno, éste será aquel en que la cosa se halle (art. 1.859).

B. *Obligaciones eventuales del depositante*.—Prescindiendo de la de pagar la remuneración al depositario si se trata de depósito no gratuito, el depositante debe satisfacer al depositario los gastos hechos por éste para conservar la cosa, para transportarla, y debe también resarcirle de los daños que puede haber sufrido con ocasión del depósito (art. 1.862). En garantía de estos créditos, atribuye el art. 1.863 al depositario un *ius retentionis* hasta el pago de todo cuanto le es debido por causa del depósito mismo (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—La regulación romana de este contrato ha sido conservada casi en su pristina pureza por las legislaciones modernas, observándose sin embargo la traslación que en este contrato se ha operado del campo del Derecho civil al del mercantil, tan es así que los