

# DOGMÁTICA DEL CONTRATO DE DEPÓSITO COMENTARIO EXEGÉTICO DE LAS NORMAS QUE LO REGULAN EN LOS CÓDIGOS CIVIL Y DE COMERCIO

Por Fernando José D. LÓPEZ DE ZAVALIA\*

## Título XV - Del depósito\*\*

---

\* Miembro del Instituto de la Región NOA. El presente trabajo fue redactado por pedido de los Dres Atilio Aníbal Alterini, Héctor Alegría, y Carlos Hernández, para formar parte de una obra destinada a comentar en forma simultánea los Códigos Civil y de Comercio que dirigían los dos primeros, y cuya publicación se frustró con la presentación del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, finalmente sancionado. Como parece evidente que aquella obra ya no verá la luz, nos ha parecido conveniente publicar este trabajo por la utilidad que pudiera presentar para el estudio de los nuevos arts 1356 a 1377 CCivCom, sin perjuicio de la tarea de actualizarlo, que en su oportunidad habremos de emprender. Salvo la presente nota, presentamos este trabajo tal y como en su oportunidad fue remitido para su publicación, conservando su formato original – sin notas al pie de página- que obedecía a exigencias editoriales.

\*\* **Bibliografía general:** ARIAS, J.: *Contratos Civiles. Teoría y práctica*, Cia. Argentina de editores, Buenos Aires 1939, v. 2; BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Contratos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, t. II, cap. XXXII, n° 2005 a 2076; CASTILLO, R. S., *Curso de Derecho Comercial*, Gráfico Ariel, Buenos Aires, 1947, t. II; CAIVANO, Roque, en ETCHEVERRY, Raúl A., *Derecho Comercial y Económico. Contratos. Parte especial*, Astrea, Buenos Aires, 2000, t. 3; CIFUENTES, Santos (dir.) y SAGARNA, Fernando (coord.), *Código Civil Comentado y Anotado*, La Ley, Buenos Aires, 2008, t. IV; CUIÑA RODRIGUEZ, M.: *Contrato de depósito (Efectos, extinción, mora y responsabilidad sobreviniente)*, en L.L. 1996-A, 21; FARINA, J.M.: *Depósito*, en Enciclopedia jurídica OMEBA, t. VI, p. 803; FERNÁNDEZ, Raymundo: *Código de Comercio comentado*, Compañía Impresora Argentina S.A., Buenos Aires, 1961, t. II; FERNÁNDEZ, Raymundo y GÓMEZ LEO, Oscar: *Tratado teórico práctico de derecho comercial*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991, t. III.B; FERRARIO, *Algunas consideraciones sobre el contrato de guardarropas*, en E.D. 82-829; FREITAS, A. T.: *Esboço*, Río de Janeiro, 1860/5. *Código Civil*, traducción del *Estoco*, Buenos Aires, 1909; GASTALDI, José María y CENTANARO, Esteban, *Contratos aleatorios reales*, Belgrano, Buenos Aires, 1997; GARRIDO, R. F. – ZAGO, J.A.: *Contratos Civiles y Comerciales*, Ed. Universidad, Buenos Aires 1998, v. 2 parte especial; GHERSI, Carlos Alberto, *Contratos civiles y comerciales*, Astrea, Buenos Aires, 1998, t. I, cap. XXIII, § 278 a 287; LAFAILLE, Héctor, *Curso de contratos*, compilado por Pedro Frutos e Isauro P. Arguello (h), Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1927/8, t III; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Teoría de los contratos*, Zavallía, Buenos Aires, 1993, t. 4, cap. XX, § 133 a 135; LORENZETTI, Ricardo, *Tratado de los Contratos*, 2° ed. ampliada y actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, t. III, cap. LVIII; LOZANO, G.E.: *Depósito mercantil*, en Enciclopedia jurídica OMEBA, t. VI, p. 844; LLERENA, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, 1931, t. VI; MALAGARRIGA, Carlos C: *Tratado de derecho comercial*, Ed. Tea, Buenos Aires, 1963, t II, cap. XII; MACHADO, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, 1920, t. VI; MASSOT, Ramón y CALVO COSTA, Carlos, en BUERES, Alberto (dir.) y HIGHTON, Elena (coord.), *Código Civil*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, I. 4-E, p. 512; MOEREMANS, Daniel, *Contrato de depósito: concepto, caracteres y prueba*, en L.L. 1191-E-542; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe; MUÑOZ, Luis: *Contratos Comerciales*, TEA, Buenos Aires, 1960, t 3, cap. XXXIII, n° 540 a 564; PIANTONI, Mario, *Contratos civiles*, Lerner, Córdoba, 1993, v.2; ROUILLON, Adolfo y (dir.) y ALONSO, Daniel: (coord.) *Código de Comercio Comentado y Anotado*, La Ley, Buenos Aires, 2005, t. I; SALVAT, Raymundo: *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones, anotado por Arturo Acuña Anzorena*, Ed. Tea, Buenos Aires, 1950/54, t. III; SEGOVIA, Lisandro: *El Código Civil de la República Argentina*, Imprenta de Pablo E. Coni, Buenos Aires, 1891, t I; SEGOVIA, Lisandro: *Explicación y crítica del nuevo Código de Comercio de la República Argentina*, Librerías y Editorial "La Facultad", Buenos Aires, 1933, t. 2; SIBURU, J. B.: *Comentario del Código de Comercio*, Ed. Félix Lajouane y Cía., Buenos Aires, 1905/1908, t II, n° 307; SOZZO, Gonzalo, comentario arts. 2182/2239 en LORENZETTI, Ricardo. (dir.) y HERNÁNDEZ, Carlos (coord.), *Código Civil Comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006; SPOTA, Alberto, *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2009, vol. VII, n° 2121 a 2153; VITOLO, Daniel Roque, *Contratos comerciales*, Ad Hoc,

ARTICULO 2182.- El contrato de depósito se verifica, cuando una de las partes se obliga a guardar gratuitamente una cosa mueble o inmueble que la otra le confía, y a restituir la misma e idéntica cosa.

CONCORDANCIAS: arts. 600, 607, 1138 a 1142, 1191 a 1193, 1197, 2190, 2200, 2219, 2220 Cód. Civil; art. 572 C. de Comercio

## A- Doctrina

Como suele acontecer en el lenguaje jurídico, la palabra depósito carece de univocidad; es un término polisémico, pues con razón se ha señalado que pertenece al mundo de la plurisignificación (LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO, FERNÁNDEZ – GÓMEZ LEO).

### 1.- Problemas terminológicos y conceptuales

Es que, en efecto, la ley indistintamente ha llamado "depósito": a) A un contrato típico que recibe, en el art. 2182, el nombre de "contrato de depósito", y sirve para anudar la relación de guarda; b) A la oferta de contrato de depósito con miras de anudar una relación de guarda (arts. 2193 y 2195); c) Al pacto que la ley introduce imperativamente en el contrato de hospedaje (art. 2232) y del que puede resultar una relación de guarda; d) A la relación de guarda ya anudada, emerja o no de ese contrato típico (arts. 2185/6); e) A la cosa que es objeto de la relación de guarda, como, vg., en los arts. 2196 *in fine*, 2207, 2215 *in fine*, 2217, 2221/2.

Este uso anfibológico, que está en la ley, ha de tenerse presente al enfrentarse con el término "depósito, para así moverse con la cautela del caso, pues tras la polisemia muchas veces subyacen verdaderos problemas conceptuales. Aunque es verdad que, en principio, ello no acontece con los empleos del vocablo "depósito" para aludir a la oferta de contrato de depósito y a la cosa depositada, que se ubican en el puro campo de la plurisignificación, sin traer reales problemas conceptuales. Eso deja todavía en pie los problemas que plantea el significado de los enumerados sub a), c), y d), esto es el uso del término para nombrar al contrato de depósito, para designar a una cláusula del contrato de hospedaje, y para referirse a una relación de guarda que puede derivar ya del primero, ya de la segunda, ya de otras causas (LÓPEZ DE ZAVALÍA).

Si se pretende una unificación de reglas, ello solo puede ser obtenido dirigiendo la mirada a la relación de guarda, porque eso es lo único de realmente común que presentan todos los casos. Ese es el concepto de común interés que salta a la vista.

Pero, ¿cómo se lo construye? Para arribar a él, hay que tener en cuenta que "la ley no ha querido que ciertas relaciones de guarda sean asumidas por el contrato de depósito, pero simultáneamente ha querido que la relación de guarda sea examinada a través del contrato de depósito. Ese no querer y ese querer, resultan explícitos del art. 2185" (LÓPEZ DE ZAVALÍA).

Cabe proceder entonces, por vía de construcción jurídica, partiendo del contrato de depósito voluntario regular. Pues, aunque existe un tipo contractual al que corresponde el nombre de "contrato de depósito" (dentro del que quedan subsumidos tanto el voluntario como el *miserabile*, el regular como el irregular), el Código no lo ha

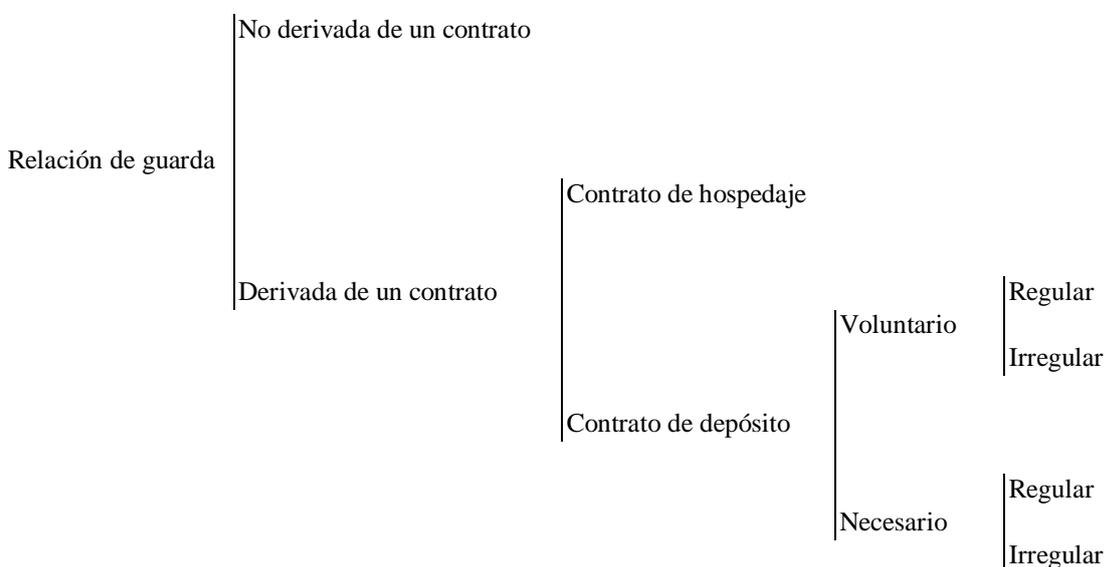
---

Buenos Aires, 1993; WAYAR, Ernesto, *Contratos*, Zavallía, Buenos Aires, 1993; ZAVALA RODRIGUEZ, Carlos Juan, *Código de Comercio y Leyes Complementarias Comentados y Concordados*, Depalma, Buenos Aires 1976, t. III; ZUNINO, Jorge, *Depósito y otras relaciones de guarda. Aplicaciones del sistema de responsabilidad*, Astrea, Buenos Aires, 2006; ZUNINO, Jorge, comentario arts. 2182/2239 en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) y ZANNONI, Eduardo (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 2004, t. 9;

regulado, prefiriendo presentar el grueso de sus reglas a través del contrato de depósito voluntario regular. Para exponer ese tipo contractual, hay que arrancar del contrato de depósito voluntario regular, paradigma del cual conviene partir, y frente al cual el contrato de depósito voluntario irregular y el *depositum miserabile*, aparecen como situaciones de excepción (LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO).

Esas situaciones de excepción pueden acumularse: un depósito, además de *miserabile* puede ser irregular, pues aunque el art. 2188 trae la clasificación en regular-irregular a propósito del depósito voluntario, nada obsta a que se la traslade también para el *depositum miserabile* (LÓPEZ DE ZAVALÍA, LORENZETTI, ROUILLON - ALONSO), ya que éste en todo lo que no tiene de excepcional se rige por las reglas del voluntario (art. 2239). Por contrapartida, el depósito en posadas es convencional, derivado de contrato típico (con lo que se cumple el supuesto de hecho del encabezamiento del art. 2185), pero el contrato del caso no es contrato de depósito (LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO, LORENZETTI).

De allí que, en líneas generales y glosando las enseñanzas de López de Zavalía, el sistema de nuestra ley pueda describirse, conforme al siguiente esquema:



## 2. Definición

La definición del art. 2182 se aplica al contrato de depósito voluntario regular. Elásticamente entendido lo de "confía", puede hacerse extensivo al *depositum miserabile* regular, pues el depositante, aunque forzado por las circunstancias, confía en el depositario. Pero para generalizarla, de modo que convenga a las variedades irregulares del contrato, hay que espiritualizar el concepto de "guardar" y suprimir las palabras "misma e idéntica", porque en el depósito irregular no se restituye el *idem* sino el *tantumdem*. Por ello, aunque el art. 2182 especifica que la restitución debe ser de "la misma e idéntica cosa", ello sería inexacto como definición genérica del contrato de depósito. Solo conviene al de depósito regular, porque en el irregular la restitución exigible no es por devolución, sino por substitución.

Y para aplicarla al derecho comercial, todavía debe suprimirse toda referencia a la gratuidad y, según algunos autores (SPOTA, MALAGARRIGA, ZAVALA RODRÍGUEZ, ROUILLON – ALONSO, MUÑOZ), también a las cosas inmuebles.

2.1 *Notas tipificantes: finalidad de guarda.* Existe una nota tipificante que es común al depósito civil y comercial, y sobre la que no existe ninguna discusión entre los autores; tal es, la finalidad de guarda.

Una segunda nota, la gratuidad, es ajena al depósito comercial (art.573, C. Com), y existe debate entre los civilistas acerca de sus reales alcances (ver comentario al 2183).

Y, finalmente, algunos autores agregan como nota típica la existencia de la obligación de restituir, que se examinará en el apartado siguiente.

La finalidad del depósito regular (sea voluntario o *miserabile*) es la guarda de la cosa. Ese es su fin principal, pues el depositante no quiere tener la cosa, por las molestias y el peligro que ello representaría (SIMONETTO, LÓPEZ DE ZAVALÍA) y la entrega a quien le presta el servicio de guardarla. El depositario asume una obligación de hacer. El contrato de depósito regular es, en suma, un contrato de prestación de actividad, lo que plantea el tema de distinguirlo de otros contratos de prestación de actividad.

Esa debe ser la finalidad principal, pues no hay contrato de depósito regular si la guarda solo constituye una finalidad instrumental o accesoria o consecuente de otra que, por ser la principal, tipifica un contrato distinto (LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO, SOZZO: ver nota al art. 2182). También para el depósito irregular (sea voluntario o *miserabile*) cabe hablar de una obligación de guarda, aunque, claro está, espiritualizando el concepto de guarda, aplicado no a la cosa misma (ya que se restituirá el *tantumdem*) sino al valor de ella, de modo que sea posible la posterior restitución del equivalente, cuando el mismo sea requerido (LÓPEZ DE ZAVALÍA)

2.2. *La obligación de restituir*: Se encuentra expresamente mentada en la definición del art. 2182. Hay quienes le niegan toda relevancia contractual, en tanto que otros, la presentan como nota tipificante. Nuestro Código se ubica en una prudente posición intermedia.

a) En una posición extrema, se le niega relevancia. Se pretende que la obligación de restituir de la que se habla en los contratos reales no constituye un efecto contractual, sino la consecuencia legal de la posición en la que queda colocado el *accipiens*, que es tenedor de una cosa en nombre de otro, o se encuentra indebidamente enriquecido.

b) En las antípodas de la posición anterior, se ha pretendido erigir la obligación de restituir en la principal emergente del contrato de depósito y, por ende, en nota tipificante del mismo. Según ello, del contrato de depósito derivaría una obligación de resultado, paralela a la de resultado existente en la locación de obra.

c) En una posición intermedia, se afirma que la obligación de restituir nace del contrato, pero no es la obligación definitiva de su función, pues la tipificante es la de guarda. Cabe adherir a esta doctrina. No se depositan las cosas *para* que sean restituidas, sino que, por el contrario, se las deposita para que sean guardadas, y mientras son guardadas se satisface el interés del depositante (LÓPEZ DE ZAVALÍA). La restitución es una consecuencia contractual que adviene cuando cesa la obligación de guarda del depositario, sea porque expiró el término al que se obligó, sea porque el depositante ejercita su poder rescisorio.

### 3.- Caracteres

Cabe distinguir entre el depósito civil, y el comercial, pues la caracterización del caso difiere en uno y otro, aunque de ambos pueda decirse que son contratos de confianza con finalidad de guarda (LORENZETTI, SOZZO).

#### 3.1. El depósito civil es

a) Gratuito: Conforme a la doctrina que se habrá de exponer en comentario al art 2183, es esencialmente gratuito (LÓPEZ DE ZAVALÍA, LORENZETTI, SOZZO), aunque algunos autores (BORDA, ZUNINO) enseñan que es naturalmente gratuito;

b) Unilateral: Obligado es el depositario a guardar la cosa. Pueden surgir obligaciones a cargo del depositante pero no se dan en la relación de reciprocidad que caracteriza el sinalagma.

c) No formal: La clasificación de los contratos en formales y no formales es independiente de la clasificación en reales y consensuales. El contrato de depósito es real pero, en principio, no formal (ver comentario al art. 2200)

d) Real: Su carácter real, ya insinuado por el art. 2182 y anticipado en el art. 1142, se encuentra expresamente recordado en el art. 2190 (ver comentario)

3.2. El depósito comercial es:

a) Esencialmente oneroso (FERNÁNDEZ, ROUILLON – ALONSO): Conforme lo prescribe expresamente el art. 573, C. Com.

b) Bilateral: pues engendra obligaciones para ambas partes: para el depositario, entre otras, guardar, conservar y restituir la cosa; para el depositante, abonarle una retribución, esté o no estipulada (art. 573 C. Com, FERNÁNDEZ)

c) No formal: Se aplican, en la especie, las normas del C. Civil

d) Real: Según lo entiende en general la doctrina comercialista (MALAGARRIGA, FERNÁNDEZ, ZAVALA RODRIGUEZ, FERNÁNDEZ – GÓMEZ LEO); sin embargo, un sector minoritario de la doctrina civilista predica su carácter consensual (SPOTA, LÓPEZ DE ZAVALÍA), a partir de una exégesis del art. 574 del C. Com.

#### **4.- Objeto de la guarda**

Pueden ser depositadas tanto las cosas muebles como las inmuebles.

4.1. *Cosas*: El contrato de depósito se refiere a cosas y no a derechos. Solo las cosas son susceptibles de tradición (art. 2190), y solo respecto a ellas cabe hablar de tenencia, o de propiedad, en su caso (art.2191). Los derechos no son susceptibles de depósito, pero lo son los títulos representativos de los mismos. Respecto a la energía, no se duda de que sean susceptibles de depósito los recipientes de ella, y en cuanto a la energía en sí, en nuestro sistema para afirmar la posibilidad de un depósito de energía, basta con lo normado por el segundo párrafo del art. 2311, y el depósito irregular se presta a ello. (LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO)

4.2. *Muebles e inmuebles*: Fue materia de una vieja discusión doctrinaria la de decidir si el depósito podía referirse a inmuebles. Vélez se apartó del Código Napoleón, (art. 2182) y prefirió seguir en esto a las Leyes de Partidas. Y realmente no existe razón alguna para que los inmuebles no puedan ser dados en depósito, como bien lo ha expuesto la doctrina civilista (LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO). No obstante ello, en general la doctrina comercialista (MALAGARRIGA, ZAVALA RODRÍGUEZ, ROUILLON – ALONSO, MUÑOZ), enseña que el depósito mercantil no se extiende a los inmuebles, con argumentos que han sido rebatidos por Zunino.

#### **5.- Comparación con otros contratos**

Cabe distinguir:

5.1. *Depósito regular y comodato*: El depósito tiene como finalidad la guarda de la cosa, en tanto que el comodato, el uso de la cosa. Bien ha dicho Borda que, en la inteligencia de las partes, el depósito se verifica en el interés del *tradens*, en tanto que el comodato en el interés del *accipiens*.

Pero, como puede haber un depósito regular con concesión de uso surge de inmediato el problema de distinguirlo del comodato. Desde el punto de vista de la estructura negocial, hay una clara diferencia. El depósito con concesión de uso es un fenómeno en el que intervienen dos contratos, pues responde a la estructura de las liberalidades mutuas, en tanto que el comodato es un único negocio. Entrando al análisis de la obligación de guarda en el depósito con concesión de uso, cabe distinguir los casos

en que se aplican las reglas del depósito, de aquellos en que rigen las del comodato. Lo primero acontece cuando el depositario no usa la cosa, o lo hace como contenido de un deber; lo segundo ocurre si el depositario usa la cosa, no como contenido de un deber, sino ejercitando el derecho derivado de la concesión de uso (LÓPEZ DE ZAVALÍA)

5.2. *Depósito irregular y mutuo*: La comparación ha de efectuarse entre el depósito irregular sin remuneración espontánea y el mutuo gratuito. La distinción es análoga a la del depósito regular con concesión de uso y el comodato, esto es debe dirigirse la mirada al beneficiario de la atribución patrimonial: el depósito es en el interés del *tradens*, en tanto que el mutuo gratuito es en interés del *accipiens*.

5.3. *Depósito y locación de cosas*: “La doctrina suele marcar la diferencia entre ambos tipos contractuales recordando que la locación de cosas es un contrato oneroso, consensual, por el cual se concede el uso o el goce, en tanto que el depósito es un contrato gratuito, real, y por él no se concede el uso de la cosa. Esa forma de encarar el tema es errada”, pues deja en las sombras el esquema de las combinaciones contractuales, y el del depósito oneroso (LÓPEZ DE ZAVALÍA).

La real distinción entre ambos contratos está en la finalidad que persigue quien entrega o debe entregar la cosa. La locación es con fines de renta de la cosa, en tanto que el depósito persigue la guarda de la cosa. Por eso, son inconfundibles la locación de cosas y el depósito oneroso (como el comercial). En la locación de cosas debe pagar el precio quien recibe la cosa, en tanto que en el depósito, quien entrega la cosa.

5.4. *Depósito y locación de actividad*: La diferencia entre ambos tipos contractuales es clara, ya que el depósito es gratuito y la locación de actividad es onerosa.

Pareciera entonces que no debiéramos detenernos en el tema, pero lo hacemos porque quedan dos puntos por dilucidar: a) Uno, que concierne al juego de los arts. 1627/8. Si las partes se explicitaron, *nulla quaestio*. Pero si no se explicitaron, surge la dificultad, que López de Zavalía resuelve haciendo jugar las presunciones de los arts. 1627/8 para examinar las distintas hipótesis; b) Otro, que concierne a la configuración de la obligación de guarda. Cuando la obligación de guarda aparece como principal pero en la estructura de la locación de actividad, cabe preguntar si entra en el subtipo de la locación de servicios o en el subtipo de la locación de obra. Si entra en lo primero, el locador cumple guardando, satisfaciendo una obligación de medio; si entra en lo segundo, asume una obligación de resultado, por lo que recién cumple entregando el *opus* consistente en la cosa guardada. Cualquiera de las dos configuraciones es imaginable, pero en la duda ha de estarse a que lo que se ha querido es un servicio, y no un *opus* (LÓPEZ DE ZAVALÍA).

## **6.- Depósito civil y comercial**

Pareciera innecesario distinguir una figura de otra, ya que el primero es esencialmente gratuito, y el segundo esencialmente oneroso.... Pero ello sería eludir el real problema que no reside en distinguir el depósito civil del comercial, sino la locación de actividad con fines de guarda, del depósito comercial. En ambos casos tenemos contratos onerosos con fines de guarda.

En términos generales, no hay dificultad en distinguir la locación de guarda del contrato de depósito comercial, atento a lo dispuesto por los arts. 572 y 573 del Cód. Com., que, al decir de Fernández “debe interpretarse en la siguiente forma: para que el depósito sea comercial se requiere que por lo menos uno de los contrayentes sea comerciante y que tenga por finalidad o por causa un acto de comercio, a lo que debe agregarse el carácter oneroso”. Se requiere la confluencia del elemento objetivo y subjetivo (FERNÁNDEZ, ROUILLON – ALONSO, LORENZETTI), a menos que ambas partes sean comerciantes, en cuyo caso el acto se presume mercantil (FERNÁNDEZ, ROUILLON – ALONSO, FERNÁNDEZ – GÓMEZ LEO). Si no hay

un comerciante, o habiéndolo, el depósito no tiene por objeto o no nace de un acto de comercio, quedaremos en el terreno de la locación de actividad, pues como siempre, ante las ramas desgajadas del tronco del Derecho Civil, éste es residual, esto es, lo que queda después del desgajamiento. (LÓPEZ DE ZAVALÍA)

Pero hay un caso que exige respuesta: cuando la actividad de guarda es de la profesión o modo de vivir de quien la presta. Cuando la actividad de guarda es de la profesión o modo de vivir, el art. 1627 del Código civil contesta: el servicio se presume oneroso. Si esa presunción no queda contradicha, tendríamos una locación de actividad, según el Código Civil. Empleamos el condicional "tendríamos", porque acto seguido debemos dirigir la mirada al Código de Comercio, que captura la hipótesis y la asume como depósito comercial. El depositario del caso, al hacer profesión habitual de la guarda es un comerciante (arts. 1, 8 inc. 5, 123 y sigts. de la ley mercantil) pero no un comerciante cualquiera, sino uno dedicado a la guarda, por lo que estimamos cumplido el requisito del art. 572 comercial de que el contrato tenga por objeto un acto de comercio (LÓPEZ DE ZAVALÍA). Igualmente, se ha dicho que a las empresas de depósito "la ley les atribuye carácter mercantil, aun cuando los depósitos considerados en sí mismos tengan naturaleza civil, puesto que la comercialidad no fluye de los sujetos que intervienen, ni de la naturaleza del depósito en sí, sino de la organización en forma de empresa de los mencionados establecimientos" (FERNÁNDEZ – GÓMEZ LEO)

## **B- Jurisprudencia**

El depósito civil es una especie de liberalidad dado su carácter de acto gratuito (art. 2182 Cod. Civil), en cuya virtud el depositario se obliga a guardar la cosa, absteniéndose de uso y con la obligación final de restituir (arts. 2202 y 2208, Cod. Civil) CNCiv, Sala D, 13/09/1979, ED, 87-231)

Para que la entrega de una cosa tome el carácter de depósito, es preciso que ella tenga por fin esencial y principal la guarda de la cosa (Cám. Com., LL, 12, 384; ídem, LL, 28, 276; ídem, JA, 1944-I, 233; ídem, LL, 47, 62; A, LL, 1986-C, 113; B, ED, 86, 359; ídem, LL, 1981-C, 573; ídem, LL, 1978-D, 713; C, RED, 14, 319; ídem, ED, 93, 648; ídem, ED, 92, 272; ídem, ED, 92, 271; ídem, ED, 93, 648; D, LL, 1979-A, 535, con nota de N. HALPERIN; ídem, ED, 87, 230; ídem, LL, 1979-A, 240; E, LL, 1985-D, 615; Cám. Civ., A, ED, 89, 233; ídem, ED, 34, 480; ídem, LL, 1979-C, 413; B, RED, 15, 293; ídem, ED, 29, 188; C, LL, 1983-A, 338, con nota de G. A. BORDA; D, ED, 87, 230; ídem, ED, 87, 410; E, ED, 21, 527; ídem, ED, 73, 257).

Para distinguir el depósito comercial del civil se establecen dos clases de diferencias: las objetivas y las subjetivas. Entre las primeras, además de las que consisten en el carácter oneroso, están las que atañen a las causas que lo producen -que han de ser comerciales-, referentes al depositante o depositario o a los dos; y las que concurren al objeto depositado, que han de consistir en mercaderías. Entre las segundas, la principal es la que se refiere a las personas entre las cuales se concierta el depósito; dichas personas, o por lo menos una de ellas, han de ser comerciantes (Cám. Com., LL, 12, 383).

El depósito mercantil es de carácter excepcional y no se presume, por lo que en caso de duda debe considerárselo civil, y, por tanto, gratuito (Cám. Com., LL, 12, 384; Cám. 2ª, III, La Plata, DJBA, 68, 137).

Si a la demandada le estaba confiada la guarda y conservación de las mercaderías recibidas, ello implica la determinación concreta de la existencia de un contrato que participa de los caracteres del depósito, y aunque la gratuidad sea uno de los caracteres de este contrato (art. 2183, Cód. Civil), puede ser también oneroso, por lo que, ateniéndose subjetivamente al carácter de comerciante de la sociedad demandada, es competente el juez de comercio para entender en las actuaciones originadas en dicha relación (CNCom., Sala D, 1979/07/13, La Ley, 1979-A, 240 - R. DJ, 979-8-19, sum. 49 - ED, 82-683).

**ARTICULO 2183.-** Una remuneración espontáneamente ofrecida por el depositante al depositario, o la concesión a éste del uso de la cosa al celebrar el contrato, o después de celebrado, no quita al depósito el carácter de gratuito.

CONCORDANCIAS: arts. 1819, 2182, 2208, 2531, Cód. Civil; art. 573 de Comercio

BIBLIOGRAFIA ESPECIAL: GASTALDI, José María y CENTANARO, Esteban: El cuasi contrato de depósito oneroso, LL – 1997 – C – 1111.

## A- Doctrina

El art. 2182 afirma la gratuidad del depósito, y el art. 2183 aclara que una remuneración espontáneamente ofrecida por el depositante al depositario "no quita al depósito el carácter de gratuito". Hay un problema de armonización normativa que se plantea exclusivamente en el campo del derecho civil, y no así en el del derecho mercantil, pues el art. 573 del Código de Comercio es explícito: "El depósito gratuito no se considera contrato de comercio."

¿Cómo se explica que mediando una remuneración, o la concesión del uso de la cosa, se pueda seguir hablando de un negocio gratuito? Y ¿*quid* del depósito irregular?

### 1. El depósito y la remuneración

Nuestros autores discrepan sobre la forma de coordinar ambos textos.

En el derecho francés se presenta un problema análogo con relación a los arts. 1917 – que, de manera explícita, afirma el carácter esencialmente gratuito del contrato de depósito- y 1928 que – al enumerar los casos en los que se aplica una norma sobre deberes del depositario, incluye la hipótesis en que éste hubiera estipulado un salario- viene a desmentirlo. De allí que, y prescindiendo de otras posturas, a grandes rasgos la doctrina se haya dividido entre los que dan prevalencia al art. 1917 y afirman el carácter *esencialmente* gratuito del depósito, y los que hacen triunfar al 1928, y afirman su carácter *naturalmente* gratuito.

A grandes rasgos, ese debate se reproduce en nuestro derecho.

a) Enseñan unos que puede haber un depósito gratuito, pese a la existencia de una remuneración. Pero estando de acuerdo en el punto de partida, ya no lo están en cuanto al criterio de distinción entre el depósito con retribución y la locación de actividad. Unos, se fijan en la clase de voluntad que sustenta la remuneración: la remuneración "espontáneamente ofrecida" del art. 2183 significa, para Segovia, una remuneración no solicitada, y para Lafaille, la que depende de la buena voluntad del depositante. Atienden otros a la magnitud de la remuneración, de la cual deducen la finalidad, entendiendo que no excluye la gratuidad una pequeña retribución (SALVAT)

b) Llerena inicia el camino de los que abandonan la clara prescripción legal, pues afirma que "desde el momento que el depositario tenga derecho a exigir judicialmente la remuneración, el contrato es de locación de servicio y no de depósito". Por ese camino de apartarse de la literalidad de la ley, también con matices, transitan otros autores como Spota, Borda, y Zunino, aunque para arribar a conclusiones diferentes. Así, Borda llega a la conclusión de que el depósito civil puede ser oneroso. Para superar la antinomia obra al modo de la doctrina francesa que da prevalencia al art. 1928, concluyendo que el art. 2182 sólo se refiere a lo que el contrato de depósito es por su naturaleza, sin perjuicio de que las partes lo convengan como oneroso. A parecidas conclusiones arriban Zunino y Wayar.

c) A su turno, López de Zavalía, seguido por Sozzo, concilia ambos artículos de otra manera, y sostiene que no es necesario corregir la letra de ninguno de ellos, pues no entran en contradicción. Afirma que aunque en una futura reforma se estatuyera un depósito oneroso, la doctrina del art. 2183 seguiría siendo válida más allá de la subsistencia – o no- de ese texto legal. Añade que no es lo mismo un depósito oneroso que un depósito gratuito retribuido, pues el depósito oneroso supone una obligación de remunerar *interna*, que reconoce su fuente en el contrato. En cambio, para el depósito

gratuito retribuido, la obligación de remunerar no surge del contrato de depósito, es *externa*, y reconoce su causa en otro contrato: a la liberalidad del depositario, el depositante contesta con otra liberalidad. Siguiendo a este autor, a cuya enseñanza se adhiere en este comentario, solo cuando la remuneración no es espontáneamente ofrecida, sino exigida, deja de haber depósito y estamos ante un contrato de locación de actividad, o ante un contrato innominado, según en qué consista la retribución. Este matiz entre lo espontáneamente ofrecido y lo exigido ya fue enseñado por Pothier, y puede funcionar incluso en aquellos sistemas en que se admite que el depósito puede ser oneroso, como ocurría en el *Esboço* de Freitas. Y el matiz no tiene nada de exótico, pues responde al mismo esquema de las donaciones mutuas, generalizable para todas las liberalidades mutuas, configuración esta última que explica que, así como en las donaciones mutuas no funciona la *exceptio non adimpleti*, tampoco se admite para el depósito inserto en una estructura de liberalidades mutuas (doctrina del art. 2218). “El art. 2183 presenta, así, la utilidad de despertar nuestra atención sobre un fenómeno que igual existiría sin él: no es lo mismo prestaciones recíprocas, que liberalidades recíprocas” (LÓPEZ DE ZAVALÍA)

## **2.- El depósito y la concesión de uso**

La concesión del uso de la cosa al depositario, al celebrar el contrato, o después de celebrado, tampoco quita al depósito el carácter de gratuito: art. 2182. Hay aquí liberalidades mutuas. El depósito con concesión de uso se aproxima al comodato, con el cual debe ser comparado.

## **3.- Conclusión**

El de depósito civil es un contrato esencialmente gratuito (LÓPEZ DE ZAVALÍA, LORENZETTI, SOZZO), y no pierde ese carácter por el hecho de que haya una remuneración espontánea, ni la concesión del uso. Es claro que, desde que aparece una real onerosidad, deja de haber depósito. Si todavía las particularidades del caso permiten seguir hablando de una relación civil (por no haberse configurado directamente un contrato comercial, como el mentado por los arts. 572 y ss C. Comercio), se cae en el ámbito de la locación de actividad (si el precio es en dinero) o en el de los contratos innominados (LÓPEZ DE ZAVALÍA, LORENZETTI, SOZZO).

La correcta calificación jurídica, reviste también su cuota de importancia práctica, a poco que se reflexiona en el siguiente interrogante ¿cuáles serán las reglas a que se sujeta la obligación de guarda en los casos en que se detecta un contrato que no es de depósito? Pensamos que cabe aplicar la doctrina de los arts. 2185/6, con lo cual, por otro camino, en lo que sea aplicable retornamos a las reglas del depósito; pero ese retorno no se hace de manera directa, sino indirecta, pasando primero por las propias del tipo específico, y previa depuración de las que no se apliquen por la gratuidad.

## **4.- El depósito irregular**

El art. 2183 prevé dos hipótesis: una remuneración espontánea y la concesión del uso. De la remuneración espontánea, dígase para el depósito irregular (sea voluntario, sea *miserabile*) lo mismo que para el regular. Pero para la concesión del uso, hay que cambiar el enfoque. La irregularidad así lo impone. Cuando se da la irregularidad, no se presenta la alternativa de que pueda o no concederse el uso, pues necesariamente se lo concede, ya que en definitiva queda autorizado el consumo, y si no se concediera el uso, no habría depósito irregular. Esa concesión es también una liberalidad. Y así como la concesión del uso en el depósito regular lo aproxima al comodato, con la concesión del uso, para el depósito irregular, hay una aproximación al mutuo gratuito (LÓPEZ DE ZAVALÍA)

## **B- Jurisprudencia**

La falta de convenio sobre retribución del depositante no excluye la existencia del depósito comercial (Cám. Com., GF, 182, 299).

Es un rasgo propio del depósito comercial la percepción de una remuneración por parte del depositario, la cual puede ser estipulada en el contrato, o establecida por el uso del lugar, o determinada por arbitradores. Cuando no existe comisión no hay depósito mercantil (Cám. 1ª C.C. Córdoba, BJC, IV, 437).

**ARTICULO 2184.-** El error acerca de la identidad personal del uno o del otro contratante, o a causa de la sustancia, calidad o cantidad de la cosa depositada, no invalida el contrato. El depositario sin embargo, habiendo padecido error respecto a la persona del depositante, o descubriendo que la guarda de la cosa depositada le causa algún peligro, podrá restituir inmediatamente el depósito.

CONCORDANCIAS: arts. 925, 927, 2207, 2215 A 2217 Cód. Civil;

## **A- Doctrina**

El de depósito, como cualquier contrato, exige el consentimiento de las partes. Que no baste con solo el consentimiento, pues es un contrato real, es una cosa, y otra muy distinta que no haga falta (LAFAILLE, LÓPEZ DE ZAVALÍA). Esto es cierto para el contrato de depósito voluntario. Y lo es, también, aunque haya sido puesto en tela de juicio, (BORDA) para el *depositum miserabile*.

Si el Código hubiera guardado silencio, a los vicios del consentimiento se aplicarían directamente los arts. 1157/9. Pero para el de error, el Código ha sentado, en el art. 2184, una regla que corresponde analizar. Donde los principios generales conducirían a una nulidad, el texto se conforma con una rescisión

### **1.- El error sobre la cosa**

Invirtiéndolo el orden en que los casos son mentados por el texto, comencemos con éste, al que se refiere la nota al art. 2184, y del que se suele partir para construir la extensión de similar regla para el error en la persona.

1.1. Que el error sobre la cosa no invalide el contrato, se explica, al decir de Vélez, porque "lo que forma el objeto del contrato, no es lo que el uno o el otro ha entendido dar o recibir, sino lo que efectivamente ha dado o recibido". Se ha considerado insatisfactoria dicha explicación, al igual que todas las intentadas partiendo de las fuentes del artículo (LÓPEZ DE ZAVALÍA), para concluir que hay que reconocer lo evidente: el art. 2184 constituye un régimen de excepción.

1.2. La parte final del art. 2184 concede al depositario una vía de escape: si el depositario descubre que la cosa depositada le causa algún peligro puede restituir inmediatamente el depósito.

a) Es necesario que medie un descubrimiento por el depositario. El depositario que conoce al tiempo de la entrega, no incurre en error. Y sin duda conoce si por su aspecto exterior la cosa exhibe el peligro, o si ha sido informado de él por el depositante. Se ha dicho que no es necesario que produzca la prueba del error, bastando con que acredite que el peligro no era cognoscible ni por el aspecto exterior, ni por la información dada por el depositante, que debe resultar del contrato (BORDA). Para otros, si no hay prueba escrita de la información dada por el depositante, cabe aplicar el espíritu del art. 2201 y estar a lo afirmado por el depositario, en cuanto a su ignorancia, siempre que no quede contradicha por el aspecto exterior de la cosa, según la descripción de ella en el contrato (LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO).

b) Lo de "peligro" debe ser entendido ampliamente. Basta con que sea susceptible de ocasionarle algún perjuicio.

## 2. Error en la persona

Nuestro Código admite que el depositario, cuando medió error en la persona, se libere restituyendo inmediatamente el depósito: tiene al contrato como válido, pero otorga al depositario el poder de rescindirlo. Del error en que pudo incurrir el depositante, no se ocupa, pues éste siempre podrá reclamar la cosa (art. 2217)

Para un sector de la doctrina (BORDA), la facultad de rescisión otorgada al depositario se explica únicamente cuando el depósito es no remunerado, pues solo entonces es gratuito. Para otros, ubicados en la tesis de que la remuneración no impide la gratuidad, no cabe hacer distingos, pues la ley no los hace (LÓPEZ DE ZAVALÍA).

### B- Jurisprudencia

La entrega de una lámina adulterada como objeto de un depósito colectivo en la Caja de Valores, no importa una causal de anulación del contrato conforme a lo reglado por los arts. 924, 926 y 927 del Cód. Civil, sino que se rige por el art. 2184 del mismo ordenamiento legal [...] La regla sobre el error en el depósito, contenida en el art. 2184 del Cód. Civil, es válida para cualquier modalidad de depósito, inclusive el colectivo, en tanto sea posible establecer la individualidad de la cosa sobre la que recayó (T. Arbitraje Gral de la Bolsa de Comercio, 1989/10/13, La Ley, 1990-B, 554).

ARTICULO 2185.- Las disposiciones de este título se refieren sólo al depósito convencional, y no a los depósitos derivados de otra causa que no sea un contrato.

En todo lo que respecta a los efectos del depósito, las disposiciones de este título rigen subsidiariamente en lo que fueren aplicables:

- 1 - Al depósito constituido en virtud de disposiciones de última voluntad;
- 2 - Al depósito judicial en virtud de embargo, prenda, etcétera;
- 3 - Al depósito de las masas fallidas regidas por las leyes comerciales;
- 4 - A los depósitos en cajas o bancos públicos, a los cuales se deben aplicar con preferencia las leyes que les sean especiales.

ARTICULO 2186.- No habrá depósito sin contrato, ley o decreto judicial que lo autorice. El que se arrogase la detención de una cosa ajena, no será considerado depositario de ella, y queda sujeto a las disposiciones de este Código sobre los poseedores de mala fe.

CONCORDANCIAS: arts. 1870, 2483, 2786, 3207 y 3724 Cód. Civil; art. 579 C. de Comercio; ley 24.522 arts. 107, 177 y concs; Cod Penal art. 173, inc. 2°

CONCORDANCIAS: arts. 2434 a 2444 y 2531 Cód. Civil

BIBLIOGRAFIA ESPECIAL: ARGERI, Saúl, *Contrato de caja de seguridad*, en L. L. 1975-D-125S; BARBIER, Eduardo A., *El contrato de caja de seguridad y las cláusulas exonerativas*, en L. L. 1994-E-I302, y *La prueba del contenido en las cajas de seguridad*, en J. A. del 23-7-97; BOLLINI SHAW y BONEO VILLEGAS, *Manual para operaciones bancarias y financieras*, p. 425; BRIZZIO, C. R., *Responsabilidad del banco por el servicio de cajas de seguridad*, en GERSCOVICH, C. (dir.). *Derecho bancario y financiero moderno*, Buenos Aires, 1999; BRIZZIO, Claudia, *La obligación de resultado del banco en el contrato de cajas de seguridad*, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, N° I, p. 49; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Responsabilidad de los bancos en la prestación del servicio de cajas de seguridad*, en L. L. 1997-B-79; CARCHIO, Miguel y ALLENDE, Lisandro, *Cajas de seguridad*, en L. L. del 23-5-97; MILITELLO, Sergio, *El contrato de caja de seguridad*, en L. L. 1995-A-670; RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela, *Responsabilidad del banco nacida del contrato de caja de seguridad* en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 18, *Responsabilidad contractual*, p. 33; ROTMAN, Rodolfo P., *Tipicidad del llamado contrato de garaje*, en L. L. 1976-A-381

### A- Doctrina

El Código legisla sobre el contrato de depósito, pero la relación de guarda puede emerger de otras causas. Y a esa relación de guarda, el Código la llama también

"depósito".

### **1. Las causas de la relación**

Según el art. 2186 el depósito puede ser convencional, legal y judicial. Esa enumeración, es observable:

Por un lado, podría decirse que peca por defecto, pues ha omitido el testamento, que el Código mencionó en el art. 2185, inc. 1. Por el otro, no han faltado quienes lo acusaran de pecar por exceso, para reducir la clasificación a las categorías de convencional y legal, ya que "las resoluciones de los jueces deben a su vez inspirarse en la ley y no existe propiamente depósito judicial que no sea al mismo tiempo un depósito legal" (ACUÑA ANZORENA; LAFALILLE). Pero bien se advierte que, con un proceso de reducción similar, podría concluirse que el único depósito es el legal, ya que los contratos deben apoyarse, también, en la ley.

Lo realmente importante del art. 2186 es lo relativo a la arrogación de la detención de una cosa ajena. Nadie, por su sola voluntad, puede constituirse en depositario, y pretender la aplicación de las reglas del depósito. Quien así obrare "queda sujeto a las disposiciones de este Código, sobre los poseedores de mala fe". Eso de que "queda sujeto" debe ser entendido en cuanto se trate de normas que lo perjudiquen, no que lo beneficien, porque no es un poseedor, sino un tenedor, y al no ser un poseedor, no podría invocar las acciones posesorias, ni disfrutar de la usucapión (LÓPEZ DE ZAVALÍA)

### **2. Generalización de las reglas**

En el art. 2185 el Código señala que las disposiciones del Título "se refieren sólo al depósito convencional, y no a los depósitos derivados de otra causa que no sea un contrato", para de inmediato aclarar que, en cuanto a los efectos del depósito esas disposiciones rigen subsidiariamente en lo que fueren aplicables a las hipótesis que allí enumera. Debe entenderse que la enumeración no pretende ser exhaustiva (LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO), porque lo mismo debe decirse de cualquier otro caso en que esté de por medio una relación de guarda que no derive de un contrato (caso de los tres primeros incisos) o que no obstante derivar de un contrato (hipótesis del inciso 4) esté regulado por leyes especiales. Para toda la multiplicidad de figuras "atípicas", "usualmente típicas", "complejas" o "sui generis", que conlleven una relación de guarda, rige la aplicación subsidiaria prevista en la norma.

### **3.- Las cajas de seguridad**

La contratación relativa a ellas entra dentro de las prácticas bancarias. En su práctica actual, implica una infraestructura y una organización particulares. Dentro de una bóveda acorazada hay múltiples cajas de seguridad, metálicas, empotradas, formando compartimentos o nichos, cuyas puertillas tienen doble cerradura, una que se abre con la llave que el Banco entrega al usuario, y otra con la llave maestra que queda en poder del Banco; dentro de cada caja o nicho, hay un cofre, también metálico, que tiene su propia cerradura, o a la que se puede asegurar con un candado, de cuya llave dispone el cliente. El acceso a la bóveda se verifica en horas determinadas, cuando las puertas se abren por un mecanismo de relojería, siendo la entrada a ella, controlada bajo firma; acompaña al cliente un empleado que acciona la llave maestra, y deja luego al cliente para que haga lo suyo, retirando el cofre que está dentro de la caja, y trasladándose con él a una cámara contigua para extraer del cofre, o introducir, los objetos que correspondan. Luego el cliente retorna a la bóveda, coloca dentro de la caja de seguridad el cofre, cierra la puertecilla, y se retira por la puerta por la que accedió. Según la clase de institución, pueden imaginarse formas más elementales o más sofisticadas de estructura y organización.

Al decir de Fernández – Gómez Leo la naturaleza del contrato de caja de

seguridad se halla en terreno controvertido, pues mientras algunos autores sostienen que se trata de una locación o arrendamiento, otros lo califican como depósito, o de contrato mixto; no se agota allí el listado, pues algunas opiniones aisladas lo catalogan como contrato de custodia, o contrato unitario de máxima seguridad, o contrato bancario autónomo, o de tipo propio.

Prescindiendo de un examen minucioso de todas esas posturas, a grandes rasgos, se discute si entre el Banco y el cliente hay una locación de la caja de seguridad, o un depósito, o una combinación contractual, o un contrato bancario autónomo. Los partidarios de la doctrina de la locación fijan el acento en el hecho de que el Banco pone a disposición un espacio físico para su utilización, y encarnizándose en su crítica contra la doctrina del depósito, observan que no puede hablarse de él, pues estamos aquí ante un contrato consensual y oneroso, y porque el Banco no conoce el contenido que introduce el usuario en la caja.

a) Las críticas que se dirigen contra la doctrina del depósito son exageradas. Dejando a un lado la objeción relativa a la consensualidad y a la onerosidad, cuya crítica puede no rozar al depósito comercial, debe también descartarse la atinente a que el Banco no conoce el contenido que pueda haber en la caja, pues el mismo fenómeno se presenta en el caso de depósito en saco, caja o bulto cerrado (art. 2188, inc. 2).

b) A la luz de la doctrina de la locación queda sin explicación la obligación de custodia que pesa sobre el Banco. Es en vano que los partidarios de ella pongan de relieve el que hay casos de locación que llevan una obligación de custodia, como es la hipótesis de la locación de un departamento con servicio anexo de portería. El ejemplo que colocan sale ya de la locación pura, al aparecer prestaciones accesorias que no son de locación, y si se sigue hablando de ésta, es porque se ve en ella lo principal. Si se quiere trasladar la analogía al servicio de cajas de seguridad, habría que ver lo principal en la concesión del uso de la caja, lo que se ha afirmado, pero que parece forzado: el cliente del Banco no busca un lugar donde poner sus efectos, sino una protección a los mismos, y ésa es su mira principal, pues si se admite que puede haber una locación con prestaciones accesorias de custodia, ¿por qué no admitir a la inversa que puede haber una guarda, con prestación accesoria de provisión de un lugar en exclusiva?

c) Cabe concluir que el fenómeno debe ser enfocado como una combinación contractual usualmente típica, donde lo principal es el depósito. Para quienes insisten — sin razón — en que el depósito es gratuito, sin necesidad de acudir al ejemplo del depósito comercial, bastará con recordarles que la locación es con fines de renta, y que, en la práctica bancaria, lo ínfimo del precio que el cliente abona, está demostrando que tal finalidad no se da, sino que entran otras motivaciones de atracción de clientela

#### **4.- Contrato de garaje**

La doctrina se inclina a ver una combinación de contratos, al que conceptúa un contrato innominado que no es locación de cosas y que participa de las características conjugadas de depósito, de locación de cosas y de locación de servicios; pero subsiste el problema de determinar si la locación de cosas o el depósito constituyen lo principal.

Aquí no se puede dar una respuesta uniforme, porque como lo ha señalado la doctrina (ZUNINO, LORENZETTI, LÓPEZ DE ZAVALÍA) hay distintas variedades en nuestras prácticas: con control o no de acceso y de salida, con cochera fija o no, con puertas abiertas o cerradas, con entrega o no de la llave del coche. Así, en la casuística se han examinado distintas hipótesis: la simple locación de cocheras, las playitas de estacionamiento los parquímetros, los estacionamientos en los supermercados, el estacionamiento en la vía pública, el que se realiza en lugares de acceso público pero con cerramiento y custodia.

En un extremo de esas variantes, se encuentra el simple pago de un precio por el

uso y goce de una cosa, como ocurre con el simple alquiler de un espacio, lo cual es una locación de inmuebles incluso mentada por el art. 2 de la ley 23.091, y no un contrato de garaje (LÓPEZ DE ZAVALÍA, LORENZETTI). En el extremo opuesto, se presenta el estacionamiento que se promociona como "gratuito", pues aunque ciertamente no se cobre por él, aspectos tales como la responsabilidad del prestatario se resuelven por los principios del depósito oneroso, cuando su accesoria a una actividad lucrativa implica la pretensión de un beneficio adicional (ZUNINO).

El contrato de garaje es más complejo: implica el uso y goce del espacio, la custodia y los servicios, todo ello contra el pago de un precio. Por esta razón, es un contrato innominado, pues no está regulado en el ordenamiento jurídico argentino, y se rige por las normas que establezcan las partes, las que surgen de la parte general de los contratos, y las de los contratos análogos (LÓPEZ DE ZAVALÍA, LORENZETTI). Cuando acaece, estamos en presencia de un contrato consensual, bilateral, oneroso, conmutativo, no formal, generalmente comercial y de consumo (LORENZETTI, SOZZO).

#### **5.- Depósito testamentario**

Las normas sobre depósito civil rigen subsidiariamente todas las hipótesis en los que el testador dispone la custodia de un bien hasta el cumplimiento de alguna condición o plazo. Tal es el caso del fideicomiso testamentario previsto por el art. 2662 C. Civil y la ley 24.441 (ZUNINO, ZANNONI)

#### **6.- Depósito judicial**

La jurisprudencia ha aplicado las normas de este Título a los depósitos judiciales, entendiendo estos en sentido amplio (embargo, secuestro, prenda), aunque señalando que en estas hipótesis el depositario cumple una función pública como auxiliar de la justicia, por lo cual está regido por las normas procesales, y el cumplimiento de sus obligaciones debe juzgarse con parámetros más rigurosos que en el depósito civil. Como derivación de estos principios, ha concluido que las cuentas judiciales en dólares abiertas a la orden del juzgado interviniente contienen depósitos que escapan a todo criterio de libre contratación y por lo tanto a la regulación financiera, actuando la entidad bancaria como simple custodio, razón por la cual, como auxiliar externo del juez, carece de legitimación para cuestionar las decisiones que este puede adoptar respecto de los bienes cuya custodia le confió.

#### **7.- Depósito de las masas fallidas**

El inciso 3° alude al fenómeno del desapoderamiento que sobreviene a la declaración de quiebra, materia regida por la ley 24.522. A pesar del estatuto normativo específico, las normas del depósito son subsidiariamente aplicables respecto a las obligaciones del síndico como funcionario depositario de los bienes confiados a su administración.

#### **8.- Relaciones que conllevan la guarda de la cosa como obligación accesoria.**

Existe una gama de relaciones contractuales y extracontractuales respecto de las cuales la jurisprudencia ha dispuesto la aplicación subsidiaria de las normas del depósito. Así, a título enunciativo, ha ocurrido en los casos de *locaciones de obra o de servicios* que obligan a dejar la cosa en custodia del prestador, como tintorerías, talleres mecánicos y afines, estaciones de servicio, *services* de electrodomésticos o actividades profesionales. También se incluyó al depósito de la materia prima o del producto elaborado anterior o posterior y la recepción de animales *en pastoreo* cuando se asume también su cuidado, lo mismo que en materia de transporte. (ZUNINO, ROUILLON - ALONSO)

#### **B- Jurisprudencia**

En el supuesto especial de los denominados "depósitos judiciales" está comprometida tanto la división de poderes como el derecho de propiedad. El estatuto del poder diseñado en la Constitución establece un área de reserva para los jueces y uno de sus aspectos es el juzgamiento sobre el destino de los bienes litigiosos. Los otros poderes no pueden decidir un pleito ni ejercer funciones relativas a la justicia, y esa frontera existe tanto en tiempos de normalidad como de emergencia. Son los jueces quienes deben resolver el destino de los fondos, sin injerencia de ninguna otra autoridad. Por otra parte, la legislación referente a depósitos no autoriza a interpretar que comprende las relaciones jurídicas que se examinan en el presente. El fenómeno de la custodia, caracterizado por la existencia de la entrega de un bien a otro sujeto para que sea restituido a su dueño, comprende un espectro muy amplio de situaciones jurídicas. La custodia es el género mientras que el contrato de depósito es una especie, y la obligación restitutoria puede tener fuentes convencionales, legales o judiciales. De tal modo, no puede entenderse que la ley se aplica a un género que no existe como tal, sino a un supuesto de hecho restringido a los contratos de depósito [...] La garantía de propiedad también debe ser resguardada en el caso. Una interpretación estricta de la ley vigente lleva a la aplicación subsidiaria de las reglas del depósito irregular y por lo tanto, es claro que el banco se transforma en dueño del bien recibido y soporta todos los riesgos, aun los del caso fortuito. Por esta razón es que no está obligado a devolver la misma cosa, sino su valor. La aplicación de las reglas de distribución del riesgo de las cosas lleva a la conclusión de que no es admisible ninguna disminución del valor del bien recibido en custodia. No es razonable que quien ha disputado un bien en un pleito, se vea perjudicado por una decisión en la que no participó, por riesgos que no negoció, compartiendo una pérdida con un banco que no eligió. En cambio, es racional que una entidad bancaria, que acepta celebrar con el Poder Judicial un vínculo para la custodia de bienes sometidos a litigio, conociendo de antemano los riesgos que asume, deba soportarlos. No se trata de una relación de buen samaritano sino de un contrato con vínculo que le acarrea beneficios contra la asunción de riesgos. El banco, que debe comportarse como un profesional racional y razonable, debe considerar que tiene un vínculo de larga duración, y que si bien puede haber períodos de pérdida, éstos se compensan largamente con otros de grandes beneficios. (CSJN, 20/03/2007, EMM S.R.L. c. Tía S.A., L. L. 2007-B, 719, con nota de Juan José Casiello; en idéntico sentido: CSJN, 20/03/2007, in re "Bellmann, Gerardo Diego c. Asoc. Médica Lomas de Zamora s/daños y perjuicios", AR/JUR/9635/2007)

El contrato celebrado por el garajista con el propietario del vehículo que guarda su automotor en el local de aquél, pertenece a los llamados "contratos innominados", con las características que son propias de la locación de cosas, de la de servicios y del depósito, por más que aparezcan prevaleciendo en cierto modo las de esta última figura jurídica (Cám. Civ., B, ED, 21, 351; ídem, ED, 14, 77; A, JA, 1958-IV, 49; ídem, ED, 1, 625; D, ED, 10, 535; ídem, ED, 1, 624; E, ED, 53, 302; ídem, ED, 61, 423; ídem, ED, 72, 472; F, ED, 4, 735; ídem, JA, 1959-IV-333; Cám. Com., A, ED, 9, 173; B, ED, 7, 774; E, LL, 1985-C, 615; Cám. Paz, III, ED, 15, 530; Cám. C.C., I, Lomas de Zamora, ED, 84, 572).

Como contrato atípico que es el de garaje, participa de los caracteres de varios contratos, pero es dominante en él la naturaleza jurídica del depósito (Cám. Civ., E, ED, 72, 472; Cám. Com., A -voto del Dr. Malagarriga-, ED, 9, 173; C, ED, 5, 426; Cám. Civ., D, ED, 10, 535; F, ED, 16, 432; ídem, LL, 1977-D, 451; Cám. Com., A, ED, 3, 841), y tratándose de un depósito oneroso debe exigirse al depositario con mayor severidad el cumplimiento de las obligaciones que impone la ley al depositario a título gratuito (arts. 2182, 2202, 2208, 2210 y concs., C.Civ.) (Cám. Civ., E, ED, 72, 472; F, LL, 1977-D, 451; Cám. Com., C -voto del Dr. Anaya-, ED, 82, 645).

Aun cuando la guarda de un vehículo en un garaje y su estacionamiento en una playa, presentan diferencias de grado, en ambos casos el contrato se verifica porque una de las partes se obliga a la guarda de una cosa mueble que la otra le confía, siendo tal deber el primordial en la convención (Cám. Civ., A, ED, 89, 232).

Que el ingreso y egreso de los vehículos a la playa de estacionamiento situada en un establecimiento comercial sea libre, gratuito y sin obligación de compra y que el servicio de vigilancia se limite a cumplir funciones de protección de sus bienes y eventualmente a dirigir el tránsito, permite concluir que si bien no media un contrato típico de depósito (arts. 2182 y 2190, Cód. Civil), no necesariamente cabe seguir de ello la inexistencia de relación jurídica alguna que obligue al propietario del establecimiento frente a las personas que estacionan sus vehículos en dicha playa (CNCom., Sala A, 1998/03/06, La Ley, 1998-C, 612 - DJ, 1998-2-1215).

El arrendamiento del nicho de un cementerio para inhumar en él un cadáver constituye a la Municipalidad demandada en depositaría, razón por lo cual resultan aplicables los arts. 2182 a 2239 del Cód. Civil,

rigiendo en consecuencia los supuestos de incumplimiento a las obligaciones contractuales asumidas y la consiguiente responsabilidad (CNCiv., Sala E, 2006/06/02, La Ley, 2006-E, 688).

Cabe responsabilizar a la Comuna de la Ciudad de Buenos Aires por los daños y perjuicios reclamados por los actores en virtud de la desaparición de los restos mortales de su madre antes del vencimiento del plazo de arrendamiento del nicho en el que se encontraban depositados, pues al arrendar dicho nicho se constituyó en su depositaria y ante supuestos de incumplimiento de las obligaciones asumidas deben aplicarse los arts. 2182 a 2239 del Cód. Civil (CNCiv., Sala E, 2005/04/27, DJ, 2005-2, 578).

**ARTICULO 2187.-** El depósito es voluntario o necesario. Será voluntario cuando la elección del depositario dependa meramente de la voluntad del depositante; y necesario, cuando se haga por ocasión de algún desastre, como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otros semejantes, o de los efectos introducidos en las casas destinadas a recibir viajeros.

**ARTICULO 2188.-** El depósito voluntario es regular o irregular.

Es regular:

- 1 - Cuando la cosa depositada fuere inmueble, o mueble no consumible, aunque el depositante hubiere concedido al depositario el uso de ella;
- 2 - Cuando fuere dinero, o una cantidad de cosas consumibles, si el depositante las entregó al depositario en saco o caja cerrada con llave, no entregándole ésta; o fuere un bulto sellado, o con algún signo que lo distinga;
- 3 - Cuando representase el título de un crédito de dinero, o de cantidad de cosas consumibles, si el depositante no hubiere autorizado al depositario para la cobranza;
- 4 - Cuando representase el título de un derecho real, o un crédito que no sea de dinero.

**ARTICULO 2189.-** Es irregular:

- 1 - Cuando la cosa depositada fuere dinero, o una cantidad de cosas consumibles, si el depositante concede al depositario el uso de ellas o se las entrega sin las precauciones del artículo anterior, núm. 2, aunque no le concediere tal uso y aunque se lo prohibiere;
- 2 - Cuando representare crédito de dinero, o de cantidad de cosas consumibles; si el depositante autorizó al depositario para su cobranza.

CONCORDANCIAS: arts 1192, 2227 y siguientes, C. Civil

CONCORDANCIAS: arts 2202 y siguientes, C. Civil; inc. 1: arts 2138, 2208 y 2235 C. Civil; inc. 2: art. 2241 y 2189, inc. 1º C. civil; inc. 3: art. 2189, inc. 2º, 2191, 2193 y 2317 C. Civil; inc. 4: art. 2189, inc. 2º, 2313 y 2319, C. Civil

CONCORDANCIAS: arts 2220 a 2223, C. Civil; inc. 1: 1915, 2188, inc 2, 2240 y ss C. Civil; inc. 2: art. 2188, inc. 3, C. Civil

## **A- Doctrina**

### **1.- Las clases de depósito**

En los arts 2187/2189 el código se ocupa de la clasificación del contrato de depósito, tema que, en sus líneas generales, ya fuera abordado en el § 1 del comentario al art. 2182. Aquí se intentará dilucidar cuales son los criterios que el código ha utilizado para llegar a esa clasificación

### **2.- Depósito regular e irregular**

Es una *summa divisio*, porque cualquier contrato de depósito es necesariamente regular o irregular. En el depósito regular, el depositante deberá restituir la misma cosa, en tanto que en el irregular restituirá el *tantumdem*. El Código trae esta clasificación en los arts. 2188 y 2189 inspirados en el *Esboço* de Freitas, y en el art 2188 enumera los casos de depósito regular, y en los dos incisos del art. 2189, los de depósito irregular.

Según López de Zavalía, ambas enunciaciones dejan bastante que desear y más son los problemas que crean que los que resuelven, pues, a su entender, los seis incisos que suman ambas enunciaciones producen la impresión de que todo gira en torno a determinar, como punto de partida de los distintos análisis, si el depósito es o no de cosa consumible, e incluso más específicamente de "cantidad de cosas consumibles".

a) Y como, en efecto, sólo uno de los seis incisos no alude a la consumibilidad-inconsumibilidad, un sector de la doctrina centra en dicha calidad la esencia del distingo (ZUNINO, SALVAT) y llega a afirmar que "el carácter consumible de la cosa es esencial al depósito irregular" (ACUÑA ANZORENA)

b) Para otros autores, en opinión que se comparte, que el depósito sea regular o irregular depende de la voluntad de las partes, y no de la calidad de consumible o inconsumible de la cosa, la que solo sirve de indicio para conocer esa voluntad cuando ella no se explicita idóneamente en contrario (LÓPEZ DE ZAVALÍA, LORENZETTI), pues todo depende de que se haya mentado a la cosa a restituir como cierta o como incierta: en el primer caso, la restitución se hará por devolución y estaremos ante un depósito regular, y, en el segundo, el depósito será irregular y la restitución se hará por substitución.

A fin de evitar repeticiones, ha de tenerse en mente esta división de la doctrina al entrar al análisis de los "casos" que la ley enumera, que tendrán una lectura diferente según se milite en una u otra postura.

2.1. *Depósito de inmueble y de mueble no consumible*: El depósito de cosa mueble no consumible es regular "aunque el depositante hubiere concedido al depositario el uso de ella". Aquí, la restitución será también por el *idem*, en el estado en que se encuentren después del uso autorizado en los términos de los arts. 2183 y 2208. Por "mueble no consumible" debe entenderse, en el inc. 1 del art. 2188, el que reúne estas dos características: no ser materialmente consumible y no consistir en "cantidades". Pero cabe aclarar que, siguiendo la tesis expuesta sub b), aún versando sobre muebles consumibles el depósito no es forzosamente regular, sino que simplemente se presume tal "cuando las partes no se han explicitado, porque dadas las características de la cosa, es de pensar que se pactó la restitución por el *idem*. Pero nada impide que las partes convengan el *tantumdem*" (LÓPEZ DE ZAVALÍA). Para los inmuebles, la razón de la ley reside en que los inmuebles son inconsumibles, pero, siguiendo la tesis adoptada, nada impide que las partes pacten una restitución por el *tantumdem*, esto es: que en lugar de una restitución por devolución, se conforme el depositante con una restitución por substitución. En síntesis, si la cosa es no consumible, se presume que el depósito es regular, pues la calificación del negocio efectuada por ley, tiene el carácter de *lex supletoria*.

2.2. *Las cosas consumibles en bulto cerrado*: A estar a la letra de la ley, para las cantidades (cosas fungibles por naturaleza, y por lo tanto de consumibilidad derivada, al decir de López de Zavalía), debe hacerse un distingo: el depósito es regular si el depositante toma las precauciones del art. 2188, inc. 2 e irregular si concede el uso, o no toma dichas precauciones, que la ley define así: "si el depositante las entregó al depositario en saco o caja cerrada con llave, no entregándole ésta; o fuere un bulto sellado, o con algún signo que lo distinga". Lo que la ley establece, es que lo que se identifica o individualiza al entregar debe ser restituido *in idem* (LÓPEZ DE ZAVALÍA, LORENZETTI). Con ese alcance, lo identificado pueden ser también cantidades que no vayan en caja, bulto, pues se identifica un billete indicando la numeración. Pero aquí nuevamente, el dispositivo legal no pasa de constituir una presunción *juris tantum*. Solo es *lex supletoria*, pues nada impide que las partes, pese a identificarse lo entregado, pacten una restitución por el *tantumdem*. El caso del papel

moneda nos suministra un ejemplo, pues bien puede ocurrir que en el instrumento probatorio del depósito se consigne la numeración de los billetes, no con la finalidad de pactar la restitución *in idem*, sino para poner al depositario al resguardo de una eventual entrega de dinero falsificado.

2.3. *Las cosas representativas de títulos de crédito*: De la combinación del art. 2188, inc. 3, con el art. 2189, inc. 2, resulta que la cosa mueble por su carácter representativo (art. 2313) puede ser objeto, tanto de un depósito regular, como de uno irregular. Es irregular en la hipótesis del art. 2189, inc. 2, donde la ley da por supuesto que lo que cobre quedará en depósito irregular, en una situación que guarda analogía con la de la nota al art. 2182 referida al mandato. Y es regular en el caso del art. 2188, inc. 3, donde el depósito se refiere, exclusivamente a la cosa representativa; se comprende que, mientras no se autorice al depositario a la cobranza, carece de interés el tipo de crédito, pues lo mismo deberá decirse si es por cosas inconsumibles, o por un hacer... Pero refiriéndose exclusivamente a la cosa representativa, cabe decir que, si normal estadísticamente, estaremos ante un depósito regular, nada impide que las partes pacten una restitución por el *tantumdem*. Todo dependerá siempre de cómo se menciona a la cosa en la restitución, si como cierta o como incierta.

2.4. *Otras cosas representativas*: El depósito es también regular en la hipótesis mentada en el art. 2188, inc. 4. Respecto al título de un derecho real, teniendo en cuenta que con sólo él nada se puede obtener en el futuro, no se da la posibilidad de que se transforme en un depósito irregular. Y en cuanto al título de un crédito, no basta con que no sea de dinero, ya que lo mismo pasaría si en lugar de dinero se tratara de cantidades, pues dándose ese caso, la hipótesis entraría en la doctrina del inciso 3 del art. 2188.

### **3. Depósito voluntario y necesario**

El depósito es voluntario o necesario, y no hay una tercera especie. Partiendo de esta base, y que no hay, por lo tanto, un depósito convencional del que quepa decir que no es voluntario y que tampoco es necesario, se comprende que basta con definir bien cualquiera de los dos para que ya se conozca lo que es el otro. Con definir positivamente uno de los dos casos, hubiera bastado, pues de ese modo se hubiera podido construir, por vía *negativa*, la definición del otro. Lamentablemente, el Código no se ha contentado con una definición positiva y ha dado dos. Ha definido positivamente al depósito voluntario (art. 2187) y luego ha dado una definición positiva del depósito necesario que hay que construir combinando dos textos (arts. 2187 y 2227); por el primero de esos textos el criterio de distinción parece ser el de la libertad o no de elección, por el de los dos restantes el "criterio de distinción es que haya acontecido o no un hecho de los descriptos, o para decirlo en otros términos, el criterio es el de las *circunstancias*" (LÓPEZ DE ZAVALÍA) Cuando se dan dos definiciones positivas que responden a criterios distintos, es fatal que se produzcan lagunas....

3.1. *El criterio correcto*: El problema que plantean esas lagunas solo tiene una salida: la decisiva es la definición del depósito necesario. Si el caso no entra en la definición del depósito necesario, estaremos ante un depósito voluntario. No interesará tanto que el depositante tenga o no libertad de elección del depositario, sino más bien que se den o no las circunstancias que definen al depósito necesario. El depósito necesario es un caso de excepción, y si no se da la excepción, quedamos en la regla. O dicho de otro modo, depósito voluntario es el que no es depósito necesario (LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO)

3.2. *Contratos de depósito voluntario y miserabile*: En los arts. 2187 y 2227, se distingue el depósito voluntario del necesario, englobando bajo el calificativo de "necesario" tanto al *depositum miserabile* como a la custodia hotelera. Pero si la

atención se dirige al “contrato de depósito”, cabe afirmar directamente que contrato de depósito voluntario es el que no es contrato de *depositum miserabile*. A esa reducción se llega por una sencilla razón: no hace falta distinguir el contrato de depósito de la custodia hotelera, porque ésta directamente no es contrato de depósito (LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO, LORENZETTI). El *depositum miserabile*, en cambio, es contrato de depósito, como lo es el depósito voluntario. Uno y otro son variedades del género "contrato de depósito". Por lo demás, la especie *depositum miserabile* se distingue del depósito voluntario, en muy poco... En el Derecho Romano, si el depositante había obrado forzado por un incendio, ruina, pillaje, naufragio u otros acontecimientos similares, el depositario infiel era castigado con la pena del doble. En el Derecho moderno ya no subsiste la pena del doble. Entre nosotros, el *depositum miserabile* sólo presenta dos especificidades: una, razonable, relativa al régimen de prueba, y otra, inexplicable, que concierne a la capacidad del depositario.

## **B- Jurisprudencia**

El contrato de depósito voluntario es una determinada relación jurídica que integra como elemento la acción de depósito. Ésta sólo existe en virtud de una concreta declaración de voluntad, con la cual uno entrega algo a otro, obligándose éste a custodiarla y restituirla, y reservándose aquél el derecho de recuperarla como propietario (Cám. 2ª C.C. Córdoba, CJ, VIII, 315)

La prohibición de uso de la cosa dada en depósito no es suficiente para darle el carácter de regular, puesto que es necesario que se haya observado las precauciones previstas expresamente por el art. 2188, inc. 2, C.Civ. (Cám. Civ., ED, 98, 389).

La depositaria irregular, si bien condenada a restituir los mismos títulos depositados, puede restituir otros en la misma cantidad y calidad que los especificados en la sentencia (Cám. Civ. 2ª, GF, 178, 138).

Habiendo convenido el depositario en devolver los animales que recibía u otros equivalentes, debió probar ante la demanda del actor la extinción de la obligación, pues tratándose de un depósito irregular a él correspondía la prueba, que baste para probar la transferencia de los animales el hecho de que el actor le hubiese transferido los boletos de marca y señal, ya que no estaba obligado a devolver los mismos animales (Cám. Civ., 2ª, GF, 189, 445).

La entrega de una suma de dinero en garantía de las obligaciones asumidas por el locatario participa de los caracteres del depósito irregular lo que torna inaplicable el art. 2203 del Cód. Civil que exige al depositario del caso fortuito, pues de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 2189, inc. 1º y 2191 del Cód. Civil el depositario adquiere la suma entregada, en especial al no haber prohibición alguna respecto a su disponibilidad, quedando obligado a devolver "otro tanto de la cantidad depositada" (art. 2220, Cód. Civil) (CNEsp. Civ. y Com., Sala II, 1980/07/03, BCECyC, 690, núm. 10.256 - JA, 1981-1-401 - ED, 91-585).

Al depósito en cuenta corriente —que es una de las operaciones contempladas por nuestro Código de Comercio como integrantes del contrato de cuenta corriente bancada, en sus arts. 791 a 797 (la otra es la apertura del crédito)— le resultan aplicables subsidiariamente las normas del depósito irregular. En esa operación la propiedad del dinero es sustituida por la propiedad del crédito que resulta del dinero depositado en el banco (arts. 732, 2189 y 2220, Cód. Civil) y respecto de dicho crédito recae la obligación de custodia que asume la entidad financiera (CNFed. Civ. y Com., Sala II, 1991/12/13, La Ley, 1992-E, 184 - ED, 147-236).

## **Capítulo I - Del depósito voluntario**

ARTICULO 2190.- El contrato de depósito es un contrato real, y no se juzgará concluido, sin la tradición de la cosa depositada.

CONCORDANCIAS: arts. 577, 1140 a 1142, 2182, 2241, 2256 Cód. Civil; art. 574 de Comercio

## A- Doctrina

El depósito es un contrato real. En cuanto a la manera de realizarse la tradición, rigen los principios generales. Cabe por lo tanto una *traditio brevi manu*, lo que permite, v.g., la transformación de un comodato en depósito por cambio de causa de la tenencia, y así, si se prestó cubiertos de oro para una fiesta de casamiento y después de la fiesta se conviene que el comodatario los guarde a título de depósito, no es necesario acudir al rodeo de una real devolución por el comodatario, para luego verificarle una entrega material a título de depósito.

Dado ese carácter, se plantea la clásica pregunta: ¿cuál es el valor de un preliminar de depósito? A ella, cabe agregar una segunda: ¿Debe distinguirse entre el depósito civil y el comercial?

### 1.- El preliminar de depósito civil

Para el depósito civil, Salvat se limita a recordar que la doctrina admite la validez de la promesa de recibir un depósito, que es sancionada con daños y perjuicios en caso de incumplimiento. Borda se pronuncia por la validez, tanto de la promesa de hacer un depósito, como de la promesa de recibirlo, pero limitando la indemnización al interés negativo. Por estos cauces discurre, en general, la mayoría de la doctrina, que sostiene una posición ecléctica, pues entiende que la promesa no es vinculante en el sentido de que no confiere acción para perfeccionar el contrato, pero que si la otorga para el reclamo de daños y perjuicios (LLERENA, MACHADO, SALVAT – ACUÑA ANZORENA, SPOTA, BORDA, FERNÁNDEZ – GÓMEZ LEO)

En posición un tanto aislada, Wayar sostiene no solamente la posibilidad de demandar el daño al interés negativo en los términos de la responsabilidad precontractual por contrato inválidamente celebrado, sino también en algunos casos la validez misma del preliminar, y la exigibilidad de su cumplimiento; tal es lo que acontecería con la promesa de recibir lo cosa efectuada por el depositario.

Por su parte López de Zavalía, a cuya posición se adhiere en este comentario, se pronuncia en contra de la validez del preliminar de contrato de depósito. No hay, es verdad, una regla expresa que niegue valor a la promesa de depósito, por lo que uno podría sentirse tentado a sostener que el preliminar queda protegido por la doctrina del art. 1197; pero milita la siguiente consideración: estamos ante un contrato gratuito y si la promesa de donación no es válida, ni la de comodato, ni la de mutuo gratuito (art. 2244), parece que tampoco ha de serlo la de depósito. Aquí, debe entenderse que el Código ha exigido la *datio rei* como medio de constatar la existencia de una *intentio juris donandi causa*, y si se diera valor al preliminar de depósito, desaparecería la razón de la exigencia de ese medio.

### 2. El preliminar de depósito comercial

Las razones que se vienen de exponer no son trasladables sin más al depósito comercial que, a diferencia del civil, es esencialmente oneroso.

A pesar de ello, un importante número de comercialistas ha discurrido por las mismas huellas que los civilistas, y negado validez a este contrato (ROUILLON – ALONSO, VITOLO, FERNÁNDEZ – GÓMEZ LEO). Podría afirmarse que, para arribar a dichas conclusiones, han razonado, consciente o inconscientemente, en dos pasos: por el primero, han admitido el carácter real del depósito comercial, minimizando el tenor literal del art. 574 del C. comercio, y la enseñanza de autores que, como Spota y López de Zavalía, predicán su carácter consensual; por el segundo han tomado por exactas, y sin beneficio de inventario, las opiniones de otros autores (Mosset Iturraspe, Etcheverry) para quienes carecen de todo valor los preliminares de contratos reales.

Prescindiendo del debate acerca del carácter real o consensual del depósito

comercial, entendemos que aunque se diere por supuesta su condición de contrato real, igualmente cabría en esta hipótesis predicar la validez y exigibilidad de dicho preliminar, con apoyo en la doctrina del art. 1197, de la cual los supuestos de la donación, el mutuo gratuito, y el depósito civil son excepciones que se explican por un *quid* que no se da en la concreta especie bajo análisis: la gratuidad del contrato, que por ello mismo está exigiendo una más rigurosa exteriorización de la *intentio juris*.

## **B- Jurisprudencia**

La ley (art. 2190) es terminante al calificar al depósito como "contrato real" (Cám. Com., D, LL, 1983-C, 6, con nota de E. I. HIGHTON; Cám. Civ., D, ED, 87, 410), y no se juzga concluido sino con la entrega o tradición de la cosa (art. 2190) (Cám. Com., A, LL, 1986-C, 112).

Por ser el depósito civil gratuito en su esencia y de carácter real, el posible depositario no tiene acción para forzar su constitución, porque "no se juzgará concluido sin la tradición de la cosa depositada" (art. 2190) (Cám. Civ., A, JA, 1959-III, 439).

Si el contrato de depósito es un contrato real, y no se juzga concluido sin la tradición de la cosa (art. 2190, Cód. Civil), siendo el depositario en el depósito regular un simple tenedor de la cosa, la conclusión de esa relación jurídica exige una actuación concreta, terminante y congruente destinada a tal fin, cumpliendo con el retiro de los bienes depositados (CNCom., Sala A, 1986/03/20, La Ley, 1986-C, 112).

No puede existir contrato de depósito sin realidad de la cosa depositada, y la cosa, en el caso, no estuvo disponible para ser objeto cierto de ningún acto jurídico durante el mes de la fecha de los negocios, porque en todos los contratos de compraventa se indicó entrega para los meses siguientes. La ley (art. 2190, Cód. Civil), es terminante al calificar al depósito como "contrato real", y esto es decisivo en el caso (CNCom., Sala D, 1982/09/07, La Ley, 1983-C, 12, con nota de HIGHTON, E. I. - ED, 103-392).

**ARTICULO 2191.-** Si el depósito fuere regular, el depositario sólo adquiere la mera detentación de la cosa. Si fuere irregular, la cosa depositada pasa al dominio del depositario, salvo cuando fuese un crédito de dinero o de cantidad de cosas consumibles, que el depositante no hubiere autorizado al depositario para cobrarlo.

CONCORDANCIAS: arts. 600, 2182, 2186, 2188, 2189, 2462, inc. 2, 2469, 2490, C. Civil

BIBLIOGRAFIA ESPECIAL: GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo: Depósito irregular y sus efectos, en L.L. 2000-E-600

## **A- Doctrina**

El texto trata de las clases de "señorío fáctico" que adquiere el depositario, sea el depósito regular o irregular. Con el nombre de "señorío fáctico" cabe aludir a tres fenómenos: posesión, cuasiposesión y tenencia (LÓPEZ DE ZAVALÍA)

### **1. Depósito regular**

En el depósito regular (sea voluntario o *miserabile*) "el depositario sólo adquiere la mera detentación de la cosa". No adquiere la posesión. Pero es un tenedor fuerte (art. 2462, inc. 2) y a título de tal, tiene las acciones protectoras de los arts. 2469 y 2490. (LÓPEZ DE ZAVALÍA)

### **2. Depósito irregular**

Sobre el depósito irregular se pronuncia el segundo precepto del art. 2191.

a) Se ha criticado al Código hablar de dominio y no de posesión (LÓPEZ DE ZAVALÍA), estableciéndose así, claramente, la distinción entre el señorío fáctico del depositario en un depósito regular (tenencia fuerte) y el del depositario en un depósito irregular (posesión). Pero mencionando el texto al dominio, *a fortiori* queda mentada la posesión, porque el dominio se ejerce por la posesión, y porque (salvo cuando aparecen los registros constitutivos) *dominium per possessionem acquiritur*: art. 577.

b) Igualmente se ha criticado la pretendida salvedad del último párrafo del art. 2191, que no constituye una excepción a los principios del depósito regular, sino un caso típico de depósito regular (LLERENA, LAFAILLE, LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO, SOZZO), pues como se ha dicho «esa salvedad es impropia: un crédito no es susceptible de depósito, ni regular ni irregular, y si la ley al emplear la palabra "crédito" quiso aludir al documento representativo, entra en contradicción con su propia doctrina, ya que combinando el art. 2188 inc. 4 con el art. 2189 inc. 2, estaríamos ante un caso de depósito regular, por lo que la salvedad resulta inútil» (LÓPEZ DE ZAVALÍA)

### **B- Jurisprudencia**

Tratándose de un depósito irregular, el depositario adquiere la propiedad de las cosas depositadas, pues esta especie de depósitos se efectúa en beneficio de dicho depositario, a quien se supone, por derivación, autorizado a usar de la cosa (arts. 2191 y 2221, Cód. Civil),(Cl<sup>a</sup> Civ. y Com., San Nicolás, 1993/06/24, DJ, 1994-1-264).

Si hubo depósito irregular —soja y sorgo en el caso— las cosas objeto del mismo pasaron en propiedad a la concursada depositaria por imperio del art. 2191 del Cód. Civil, ello excluye la viabilidad del reclamo a la luz de los arts. 142 y 181 de la ley concursal, desde que según los mismos es insoslayable que los pretensores mantengan el dominio de los bienes en poder del deudor cuya restitución impetren (JConcursos y Sociedades, Córdoba, N°3,1985/08/15, LLC, 986-285).

**ARTICULO 2192.-** La validez del contrato de depósito exige de parte del depositante y del depositario la capacidad de contratar.

**ARTICULO 2193.-** Sin embargo, si una persona capaz de contratar, acepta el depósito hecho por otra incapaz, queda sujeta a todas las obligaciones del verdadero depositario, y puede ser perseguida por los derechos del depositante y por sus obligaciones como depositario, por el tutor, curador, o administrador de los bienes de la persona que hizo el depósito, o por esta misma si llega a tener capacidad.

**ARTICULO 2194.-** Si el depósito ha sido hecho por una persona capaz, en otra que no lo era, el depositante sólo tendrá acción a reivindicar la cosa depositada mientras exista en poder del depositario, y el derecho a cobrar al incapaz todo aquello con que se hubiese enriquecido por el depósito.

**ARTICULO 2195.-** La persona incapaz, que ha aceptado un depósito de otra persona capaz o incapaz, puede cuando fuese demandada por pérdidas o intereses originados por no haber puesto los cuidados convenientes para la conservación de la cosa depositada, repeler la demanda por la nulidad del contrato; pero no puede invocar su incapacidad para sustraerse a la acción de la restitución de la cosa depositada.

**ARTICULO 2196.-** La persona incapaz que ha hecho un depósito, puede sustraerse a las obligaciones que el contrato le impondría si el depósito fuese válido; pero queda siempre sometida a la acción de los gestores de negocios, si por consecuencia del depósito, el depositario, obrando útilmente, hubiese gastado algo en la conservación del depósito.

CONCORDANCIAS: arts. 1040 a 1043 y cc, 1160, 1164 a 1166, 1881, inc 11, 2193 a 2196 y 2228, C. Civil

CONCORDANCIAS: arts. 1040 a 1043 y cc, 1160, 1164, 1898, 2192, 2196, y 2257, C. Civil

CONCORDANCIAS: arts. 921, 1040 a 1043 y cc, 1164, 1165, 1898, 2257, y 2258, C. Civil

CONCORDANCIAS: arts. 921, 1040 a 1043 y cc, 1164, 1165, 1898, 2257, y 2258, C. Civil

CONCORDANCIAS: arts 921, 1040 a 1043 y cc, 1160, 1165, 1898, 2193, 2197 y cc, 2198, 2297, y 2298 C. Civil

## A- Doctrina

En los artículos 2192/96 el Código se ocupa de las reglas que rigen la capacidad en el depósito voluntario, para más adelante, en el art. 2228, legislar un régimen de excepción respecto al *depositum miserabile*.

El Código parte de las reglas generales que rigen todos los contratos. No exige una capacidad especial, y se conforma con la general, según resulta del art. 2192. Se ha conceptualizado erróneo este artículo (SPOTA), lo que ha merecido réplica en la doctrina (LÓPEZ DE ZAVALÍA); según los últimos, que no hiciera falta reproducir lo que ya deriva de los principios generales, es una cosa, y otra muy distinta que el art. 2192 sea erróneo, pues quien lo tache de errado, tendría que concluir que los principios generales, que dicen lo mismo (art. 1160), también lo son.

En caso de que ambas partes sean capaces, el depositante tiene la *actio depositi* directa contra el depositario (por sus obligaciones de guarda y de restitución de la cosa), y éste tiene la *actio depositi* contraria contra aquél (por reembolso de gastos, por indemnización de perjuicios ocasionados).

Si una o ambas partes son incapaces, entra a funcionar el sistema de los arts. 2193/6, que no implican apartamiento de las reglas generales, salvo en lo que atañe a la concesión de la *negotiorum gestio*.

### 1. Depositante incapaz y depositario capaz (arts. 2193 y 2196)

El contrato es nulo (arts. 1041/2; SALVAT, LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO, SOZZO; otros autores como SPOTA, hablan de una anulabilidad, donde se aplica el 1046), pero la nulidad es relativa (art.1049). La parte incapaz (por medio de sus representantes, o por sí, una vez superada la incapacidad) es la única que puede alegar la nulidad; de allí se sigue que se ofrecen dos posibilidades al depositante, pues puede optar por tratar al contrato como válido, o como nulo.

1.1. Si el depositante incapaz no alega la nulidad, esto es, si decide tratar el contrato como válido, se aplica el art. 2193. En esta hipótesis, se aplican todas las reglas del depósito:

a) La parte incapaz tiene, contra el depositario capaz, la *actio depositi directa*, porque entonces el capaz queda sujeto "a todas las obligaciones del verdadero depositario".

b) La parte capaz tiene, contra el depositante incapaz, la *actio depositi contraria*. No solo el capaz está obligado; también el incapaz queda obligado en la misma medida en que lo estaría un depositante capaz (SALVAT). Aunque ello no resulta explícito del art. 2193, deriva de los principios generales: el vicio de nulidad relativa sólo proporciona la posibilidad de elegir entre la validez y la nulidad.

1.2. Si el depositante incapaz alega la nulidad, se aplica el art. 2196. No hay, entonces ni *actio depositi directa*, ni *actio depositi contraria*:

a) El texto niega la *actio depositi contraria*: la parte incapaz "puede substraerse" a las obligaciones propias de un depósito válido, lo que hará invocando la nulidad (por acción o excepción). Pero sería injusto negar toda acción al depositario que ha hecho gastos. Según los principios generales, le correspondería la *actio de in rem verso*, pero el art. 2196 le concede algo más intenso (SEGOVIA): la *actio negotiorum gestorum contraria* regulada por el art. 2297.

b) Nada dice el texto sobre la *actio depositi directa*. Los principios generales responden que el depositante incapaz, pues eligió la nulidad, carece de ella. A través de la nulidad podrá obtener la restitución de la cosa. No hay acción ex depósito, pero hay acción de nulidad con todas sus consecuencias.

## **2. Depositante capaz y depositario incapaz (arts. 2194 y 2195)**

Como para el caso anterior, el contrato es nulo, de nulidad relativa. La suerte del contrato depende de la decisión del depositario, parte incapaz.

2.1. Si el depositario incapaz decide tratar al contrato como válido, se aplica lo ya dicho sub 1.1: proceden las acciones propias del depósito, tanto la directa como la contraria.

2.2. Si el depositario incapaz optara por la nulidad, rigen las siguientes reglas.

El depositante capaz no tiene la *actio depositi directa* (Arg. de los arts. 2194/5).

a) Si el depositante capaz pretende accionar por daños ex depósito contra el incapaz, es repelido en los términos del art. 2195, primera parte, a cuyo tenor puede: "repeler la demanda por la nulidad del contrato...".

Ello no significa que el depositante carezca de toda acción por daños. La negativa es solo respecto a los daños "originados por", es decir, a los que —de haber sido válido el contrato— hubiera podido reclamar por una acción de depósito directa. Las acciones extracontractuales quedan a salvo (doct. art. 1056; TROPLONG).

b) Tampoco el depositante capaz puede reclamar al incapaz la restitución de la cosa por la vía de la acción de depósito. Contra esta afirmación, no cabría invocar el art. 2195 *in fine*, a cuyo tenor el depositario incapaz "no puede invocar su incapacidad para substraerse a la acción de la restitución de la cosa depositada", porque esta previsión debe ser leída en consonancia con lo dispuesto por el art. 2192. De la conjunción de ambos resulta que el depositante reclamará la restitución de la cosa por una acción que no es la de depósito. Tal es la doctrina que emana del art. 2194, simple aplicación de lo ya dispuesto en el art. 1165, aunque con una redacción menos feliz.

## **3. Depositante y depositario incapaces**

El contrato es nulo, de nulidad relativa. Como ambas partes con incapaces, cualquiera de ellas puede alegar la nulidad. Por lo tanto, para que el contrato sea tratado como válido, y procedan las acciones propias del depósito, ambas partes deberán coincidir en tratar al contrato como válido.

Si la invalidez es alegada:

a) El depositante carece de la acción de depósito directa. Se aplica el art. 2195, pues, según su letra explícita, rige, sea el depositante "capaz o incapaz". La última parte del art. 2195 relativa a la acción de restitución debe ser entendida según la doctrina del art. 2194, esto es: la acción de restitución no puede ser la propia del depósito, puesto que el contrato es nulo, y el depositario incapaz no puede quedar desprotegido y sin la limitación que resulta de la combinación de los arts. 2194 y 1165.

b) El depositario incapaz carece de la acción de depósito contraria. Se aplica el art. 2196 que, en su letra, no formula distinguos.

## **4. El depositum miserabile**

Para el *depositum miserabile* rige la regla específica del art. 2228, a cuyo comentario remitimos.

ARTICULO 2197.- El depósito no puede ser hecho sino por el propietario de la cosa, o por otro con su consentimiento expreso o tácito.

ARTICULO 2198.- El depósito hecho por el poseedor de la cosa, es válido entre el depositante y el depositario.

ARTICULO 2199.- La persona que ha recibido en depósito una cosa como propia del depositante, sabiendo que no le correspondía, no puede ejercer contra el propietario ninguna acción por el depósito, ni puede retener la cosa depositada hasta el pago de los

desembolsos que hubiere hecho.

CONCORDANCIAS: arts. 1145, 1146, 1177/8, 2198, 2199, 2215, 2412, C. Civil

CONCORDANCIAS: arts. 1177/8, 1199, 2197, 2215, y 3216, C. Civil

CONCORDANCIAS: arts. 1177/8, 1195, 2186, 2198, 2198, C. Civil

## A- Doctrina

Los arts. 2197/9 dirigen nuestra atención a un tema íntimamente vinculado con el de los arts. 1177/8. En ambos casos, se trata de una cosa ajena. Pero hay una diferencia: los arts. 1177/8 se refieren a la promesa de entregar una cosa ajena en tanto que los arts. 2197/9 a la dación de una cosa ajena. Al ser el de depósito un contrato real, el depositante no promete dar, sino que da actualmente.

### 1. Las relaciones internas y las externas

Corresponde distinguir según se trate de las relaciones internas o de las externas.

*1.1. Relaciones internas:* En las relaciones internas depositante-depositario, el depósito de cosa ajena es válido, tal como lo preceptúa el art. 2198

El texto emplea la palabra "poseedor". No interesa que sea o no un poseedor legítimo. En las relaciones internas, el depósito hecho por el no propietario es válido. Aún más: la palabra "poseedor" debe ser entendida en sentido amplísimo, abarcando no solo la posesión y la cuasiposesión, sino también la tenencia (MACHADO, LAFAILLE, LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO). El depósito hecho por un locatario es válido inter partes, pero el locatario sólo es un tenedor.

Cualquier señorío fáctico es suficiente. Incluso el ladrón deposita válidamente, pues el régimen especial del art. 2215 no implica nulidad. Tan no la implica, que si el dueño no reclama, "el depositario debe entregar el depósito al depositante".

Si falta el señorío fáctico (posesión, cuasiposesión o tenencia) no hay depósito. Pero no es un caso de nulidad del depósito, sino falta de conclusión del mismo, pues sólo es *tradens* quien está en relación fáctica con la cosa.

*1.2. Relaciones externas:* En las relaciones externas, es inoponible al dueño de la cosa. Tal es el sentido que debe asignarse al art. 2197.

a) La redacción del art. 2197 sugiere más de lo que pretende, pues se desprendería de él que el depósito hecho por el no propietario es nulo, y esto no es así, como luego lo demuestra el art. 2198. Todo se reduce a un problema de inoponibilidad (MACHADO, SALVAT, LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO).

b) La expresión final "o por otro con su consentimiento expreso o tácito", abre la puerta a dos grupos de casos que pueden exceder, incluso, la hipótesis de "consentimiento" (LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO).

En un primer grupo están los depósitos que son oponibles al dueño en el sentido de que éste nada tiene que objetar a la legitimidad de la tenencia en la que se encuentra el depositario. Son hipótesis como la de los depósitos hechos por el usufructuario, o el locatario. Sin embargo el depositario no puede intentar contra el dueño la *actio depositi contraria* por aplicación del *res inter alios acta*, pues los contratos no pueden perjudicar a terceros. (LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO)

En un segundo grupo están los depósitos hechos por personas facultadas a incidir en el patrimonio del dueño de la cosa. (v.g.: representante). Aquí, el efecto es más intenso, pues el dueño es pasible de la *actio contraria* y tiene la *actio directa*.

### 2. El art. 2199

Se ha detectado la fuente del texto en Aubry y Rau, observando que sus doctrinas en este punto "son tan vagas como poco satisfactorias" (SEGOVIA). Pero cabe interpretar nuestra ley prescindiendo de la fuente, pues hay suficientes diferencias

de redacción entre nuestro texto y el de Aubry y Rau.

2.1. La ley no ha dicho "sabiendo que no pertenecía al depositante", sino "sabiendo que no le correspondía", fórmula que potencialmente abraza tanto el no corresponder al depositante, como el no corresponder al depositario, concertar el contrato. Para que se dé esa hipótesis, hay que suponer la mala fe de ambas partes, que conduce a que el depositario obre como cómplice. Tal es el caso del depositario que recibe una cosa robada. Es ante esa hipótesis de máxima que el art. 2199 decide que el depositario "no puede ejercer contra el propietario ninguna acción por el depósito, ni puede retener la cosa depositada hasta el pago de los desembolsos que hubiere hecho"

El depositario no puede ejercer "ninguna acción por el depósito". No se trata de las acciones nacidas del depósito, pues con ese sentido, el art. 2199 podría llevar a la rechazable conclusión (argumentando a contrario) de que el depositario que ignorara, tendría tales acciones, cuando —tanto en un caso como en el otro— para negarlas, bastaría con el *res inter alios acta*. De lo que aquí se trata es de "ninguna" acción por el hecho de haber actuado como depositario, es decir, tanto de las ex depósito como de cualquier otra en ocasión del depósito; se le niega a ese depositario no ya la *negotiorum gestorum* (que por otras razones no podría tenerla: aquí sub 2.2.) sino la misma *actio in rem verso*.

El depositario no puede retener la cosa. La razón de la negativa reside en que no tiene crédito alguno invocable.

2.2. Cabe decidir el caso en el que el depositario ignorara. No tiene la *actio depositi contraria* contra el propietario porque el *res inter alios* lo impide; tampoco le corresponde la *negotiorum gestorum contraria*, porque falta el requisito de ausencia de mandato o de cualquier otra relación que explique la actuación (en el caso, hubo depósito). Pero no debe vacilarse en concederle la *actio de in rem verso* (LLERENA, LÓPEZ DE ZAVALÍA)

## **B- Jurisprudencia**

Cuando un sujeto deposita un bien, se presume que actúa por el dueño de la cosa (art. 2197 C.Civ.), y tal suposición, que no es psicológica, sino legal, integra el contrato de depósito (Cám. Com., D, ED, 89, 654).

Aun tratándose de un contrato atípico, el de garaje, el régimen al supuesto en que se demanda por el cobro de precio por la guarda del vehículo es el relativo al depósito. Si bien el art. 2197 C.Civ., establece que el depósito no puede ser hecho sino por el propietario de la cosa o por otro con su consentimiento expreso o tácito, ello no implica que si el propietario no lo ha consentido, el depósito hecho por un tercero lo obligue. Tal conclusión resulta del art. 2198, C.Civ., al disponer que el depósito hecho por el poseedor de la cosa es válido entre depositante y depositario. De allí que si lo que se reclama en autos es el precio del depósito fundado en la relación contractual entre depositante y depositario, no puede ser condenado al pago el propietario del automotor a quien el contrato no es oponible, por no haber sido parte de él (art. 1197, C.Civ.) (Cám. Com., A, LL, 1983-C, 468).

La guarda de una cosa puede ser contratada por todo aquel que tenga un derecho que lo autorice a usar de ella en cierta medida o por todo interesado en su custodia, aun cuando el depositante no lo haga en nombre del propietario ni por su cuenta, pues resulta aplicable la disposición contenida en el art. 2198 del Cód. Civil (CNCom., Sala B, 1999/09/13, La Ley, 2000-E, 601, con nota de GREGORINI CLUSELLAS, E. L. - DJ, 2000-3-697).

**ARTICULO 2200.-** La validez del contrato de depósito, no está sujeta a la observancia de ninguna forma particular.

CONCORDANCIAS: arts. 974, 1141, 2190, C. Civil; art. 574 C. Com.

## **A- Doctrina**

## 1.- El principio

El contrato de depósito es real pero, en principio, no formal.

El art. 2200 lo preceptúa expresamente para el depósito voluntario. Dígase lo mismo del *depositum miserabile*, no solo por lo dispuesto por el art. 2239, sino porque, en rigor, ni siquiera hacía falta decirlo del depósito voluntario, ya que cuando no hay disposición alguna que imponga una forma, rige el principio de libertad del art. 974 (LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO)

## 2.- Aplicaciones. El depósito comercial

Por aplicación de esta regla, se acepta que el depósito de inmuebles no exige formalidad alguna (SPOTA, ZUNINO), ni tampoco el depósito judicial.

Igualmente ha sido predicado el carácter no formal del depósito comercial (FERNÁNDEZ, ZAVALA RODRIGUEZ, VITOLO, ROUILLON – ALONSO, FERNÁNDEZ – GÓMEZ LEO, ZUNINO), y de los contratos comerciales con finalidad de guarda, como el de garaje

## 3.- Las excepciones

Se dijo que "en principio" es no formal. Habría que hacer una salvedad cuando se trata del depósito irregular y se da el caso de excepción de versar sobre cosas para cuya transmisión del dominio se encuentren estatuidas reglas especiales sobre forma del título. El caso puede presentarse si se adopta, como algunos adoptan, una caracterización del depósito irregular que le permita actuar sobre cualquier clase de cosas, con tal que la restitución pactada sea por el *tantumdem*. (LÓPEZ DE ZAVALÍA)

## B- Jurisprudencia

El depósito es un contrato no solemne, al punto de que no requiere documento privado, pues puede derivar de base verbal (Cám. Com., D, LL, 1983-C, 6, con nota de E. I. HIGHTON).

Si bien el contrato de depósito es real y se perfecciona con la entrega de la cosa, es menos exacto que ello se prueba por cualquier medio idóneo de los autorizados la ley, incluso aunque se trate de un negocio concertado verbalmente (CNCom., Salí 1991/05/30, La Ley, 1991-E, 542, con nota de MOEREMANS, D. E. - DJ, 1992-1-410).

El contrato de depósito es un típico contrato real y no solemne, en el cual la entrega de la cosa —real o ficta— es esencial para su perfeccionamiento. Como su concertación no está sujeta a una formalidad particular, la carencia de instrumento escrito ni óbice para tenerlo por celebrado (CNCom., Sala B, 1997/04/30, La Ley, 1997-E, 454 -1997-3-483).

ARTICULO 2201.- El contrato de depósito no puede ser probado por testigos, sino cuando el valor de la cosa depositada no llegare sino hasta doscientos pesos. Si excediese esta suma, y el depósito no constase por escrito, el que es demandado como depositario, es creído sobre su declaración, tanto sobre el hecho del depósito como sobre la identidad de la cosa y restitución de ella.

CONCORDANCIAS: arts. 1191 a 1193, 1817, 2200, 2246 C. Civil; arts. 207 a 209, C. Com.

## A- Doctrina

Con relación a la prueba, y salvo para aquellos casos en que el depósito es formal, rigen los siguientes principios, que obligan a distinguir el depósito voluntario del necesario.

### 1. El depósito voluntario. Regla y excepciones. Depósito comercial

No reviste interés detenerse en la redacción originaria de los arts. 1193 y 2201, y las diferencias que quedaron plasmadas luego de la reforma de 1968, pues la inflación

barrió con todas esas cifras, y lo cierto es que esas tasas legales equivalen hoy a "cero". Como regla, todos los contratos deben probarse por escrito (LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO, BORDA). Las excepciones a la necesidad de prueba por escrito que existen, no dependen del valor del contrato, sino de otras motivaciones; un ejemplo de ello se encuentra al examinar el art. 2238 (*depositum miserabile*), como también existe a propósito del art. 2263 (comodato). Lo que sigue presentando interés práctico, es el segundo precepto del art. 2201: a falta de escrito, "el que es demandado como depositario, es creído sobre su declaración, tanto sobre el hecho del depósito, como sobre la identidad de la cosa y restitución de ella". Si el demandado niega ser depositario, la suerte está jugada, y salvo que corresponda la aplicación del art. 1191, la acción debe ser rechazada, por falta de prueba. Si el demandado reconoce ser depositario, reconoce, pero en los términos que reconoce y no en otros, pues su confesión es indivisible (SALVAT, LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO).

1.1. Desde luego, rigen en la especie los arts. 1191, y 1192, y por aplicación de ellos, se admite toda clase de prueba, incluso la testimonial y de presunciones cuando exista principio de prueba por escrito (BORDA, SPOTA, ZUNINO). Se consideran tales el recibo emanado del depositario, el ticket como comprobante de las relaciones de guardarropa, o garage. Aún en ausencia de principio de prueba por escrito, el depósito puede probarse por confesión del depositario (MACHADO, LLERENA, ZUNINO)

1.2. En materia comercial se señalado la correspondencia del art. 1193 C. Civil, y el 209 C. Comercio, con la particularidad de que este último contempla otros medios probatorios, como los libros de comercio, y el recibo del art. 123, inc. 3, C. Comercio. Sin perjuicio de ello, algunos fallos han concluido en la posibilidad de probar por testigos el estacionamiento de vehículos en playas, aún en ausencia de principio de prueba por escrito, solución que ha sido cuestionada por la doctrina (ZUNINO).

## **2. El depósito miserabile. Remisión**

Por sus características, el depósito puede ser probado por toda clase de prueba, según se ha de ver en comentario al art. 2238.

## **B- Jurisprudencia**

El art. 2201, C.Civ., ha reproducido, en su primera parte, el texto del art. 1193 del mismo cuerpo legal. En lo que se refiere a la segunda parte —es decir, si el contrato de depósito excede de \$ 200 y no consta por escrito—, es evidente que en su interpretación deben aplicarse las normas de los arts. 1191 y 1192, que regulan los casos en que existe imposibilidad de obtener prueba de esa naturaleza y los alcances de lo que se debe entender por "principio de prueba por escrito" (Cám. Civ., F, JA, 1959-III, 449).

El contrato de depósito puede ser convenido verbalmente, ello no obsta a la regla de la prueba tasada prevista por el art. 1193 Cód. Civil. De este encuadramiento surge la necesidad de la prueba escrita, la que puede ser suplida si existe imposibilidad material de presentar el documento, por principio de prueba por escrito o principio de ejecución del contrato (CCiv. y Com. Azul, 1993/08/12, DJ, 1994-1-576 - JA, 1994-1-652).

Si existe un documento en el que el demandado reconoce el depósito —en el caso de monedas de oro—, no se trata de la situación prevista por el art. 2201 del Cód. C (CNCiv., Sala D, 1979/11/26, ED, 87-410).

Ante la falta de normas específicas que reglan la prueba del depósito bancario, cabe remitirse a las reglas del Código Civil (arts. 2200 y 2201), de donde, existiendo principio de prueba por escrito, el depositante pudo probar el hecho en discusión aun por testigos, mas no habiéndolo hecho y desde que el famoso talón para el cliente sólo habilita a quien lo tiene en su poder para "probar de qué se trata", no basta por sí solo para probar el hecho (CCiv. y Com., Mercedes, Sala 1, 1994/11/08, LLBA, 1995-76),

Si el vínculo emergente del estacionamiento por hora en una playa de un garage es considerado comercial, puede ser justificado por cualquier medio de prueba, incluido testigos, documentos y presunciones; si, al contrario, es considerado como un depósito civil (que también puede ser retribuido interpretando el art. 2183, C.Civ., en su verdadero alcance), no podría ser demostrado por testigos cuando el valor sobrepase

la previsión legal (art. 2201, C.Civ.), pero bastaría el ticket como principio de prueba por escrito que permitiría acreditar en qué consistía el depósito (Cám. Civ., C, ED, 94, 623).

## **Capítulo II - De las obligaciones del depositario en el depósito regular**

ARTICULO 2202.- El depositario está obligado a poner las mismas diligencias en la guarda de la cosa depositada, que en las suyas propias.

ARTICULO 2203.- El depositario no responde de los acontecimientos de fuerza mayor o caso fortuito, sino cuando ha tomado sobre sí los casos fortuitos o de fuerza mayor, o cuando éstos se han verificado por su culpa, o cuando se ha constituido en mora de restituir la cosa depositada.

ARTICULO 2204.- Es obligación del depositario dar aviso al depositante de las medidas y gastos que sean de necesidad para la conservación de la cosa, y de hacer los gastos urgentes, que serán a cuenta del depositante. Faltando a estas obligaciones, es responsable de las pérdidas e intereses que su omisión causare.

CONCORDANCIAS: arts. 512, 513, 902, 909, 1724, 2269, 2463, 2531, C. Civil; arts. 123 inc. 4, 236, 238, 247, C. Com.

CONCORDANCIAS: arts. 508, 513, 584, a 589, 892, 904, 1561, 1568, 1569, 2202, 2204, 2210, C. Civil; arts. 126, 270, C. Com.

CONCORDANCIAS: arts. 1544, 1598, a 1960, 2202, 2218, 2224, 2287, 2463, 2466, C. Civil; arts. 123, inc. 4, 248, 577, C. Com.

### **A- Doctrina**

Se espera del depositario que obre con fidelidad. La idea de fidelidad es la piedra de toque para determinar los alcances de la obligación de guarda.

#### **1.- Regla. El depósito civil. El depósito comercial**

El art. 2202 contempla la obligación esencial y definitoria del contrato, que marca su función económica.

1.1. Lo mismo que en materia de comodato, el texto debe ser leído a la luz del art. 512. Mas hay diferencia entre el régimen de la responsabilidad del comodatario y la del depositario, diferencia que no afecta a la doctrina del art. 512, que manda tener en cuenta la "naturaleza" de la obligación". Y es que no es lo mismo la "naturaleza" de la obligación del comodatario, que la del depositario, pues aquél recibe una liberalidad, en tanto que éste la hace. Se explica así (como lo recuerda el mismo Vélez en la nota al art. 2202) que no rija para el depositario la regla que manda al comodatario: salvar primero la cosa recibida que la suya. Por eso, el Código no reproduce aquí una norma similar a la del art. 2269 *in fine*. (LÓPEZ DE ZAVALÍA)

La situación cambia cuando se trata de un depósito civil con concesión de uso, o un depósito mercantil, esencialmente oneroso. La concesión de uso es una liberalidad del depositante; hay liberalidades recíprocas (ver comentario al art. 2183). El art. 512, que domina la materia, manda tener en cuenta la "naturaleza" de la obligación, y aquí nos encontramos con una obligación de otra "naturaleza". Mientras el depositario no emplee la cosa, sólo es depositario, pero, desde que la emplea, y mientras la está empleando, se coloca en la situación de comodatario y cabe aplicarle el art. 2269 *in fine*. Tal es la consecuencia de la tesis de las liberalidades recíprocas, que, en su lugar se expuso. (LÓPEZ DE ZAVALÍA). En la medida que se pretendiera encuadrar una concreta hipótesis debatida como verdadero depósito, como por ejemplo en los

denominados depósitos bancarios, habrá también de recordarse esta aplicación del art. 2269 *in fine*.

Por ello, en materia mercantil, donde rigen normas específicas como las de los arts. 575 y 577, C. Com., la responsabilidad del depositario que percibe remuneración es más rigurosa que la responsabilidad del depositario civil, cuyo servicio es gratuito (SEGOVIA, SIBURU, FERNÁNDEZ - GÓMEZ LEO, ZUNINO), entendiéndose que el primero debe responder de toda culpa apreciada con criterio objetivo (BORDA, ZUNINO, ROUILLON - ALONSO).

1.2. La diligencia exigida al depositario es la misma "que en las suyas propias". No se le pide más, pero tampoco bastará con menos.

Habrá que tener en cuenta la "persona" (art. 512) del depositario. No se queje el depositante si eligió a quien es negligente con las cosas propias: *debet sibi imputare quod talem elegerit*. Por lo demás, cuando se toma como referencia las cosas del depositario, hay que tener en cuenta las distintas clases de cosas. No se trata de calcular una suerte de diligencia "promedio", sino la referida a la clase de cosas de que se trate.

Cabe examinar la hipótesis de que estén en peligro tanto la cosa depositada como la propia, y que no pudiendo el depositario salvar ambas, se decide por la propia. Si las cosas son de igual valor, y el depositario prefiere la propia, nada podrá reprochársele. Pero la situación cambia cuando son de tan diferente valor que, de haber sido ambas del depositario, éste hubiera elegido la de mayor valor.

Así, v.g., suponiendo que la cosa de mayor valor perteneciera al depositante:

a) Si el depositario, puesto en la alternativa, elige salvar la del depositante, sacrificando la suya, experimenta un perjuicio en razón del depósito que no hubiera sufrido de no mediar el depósito, y tendrá derecho a ser indemnizado del valor de lo que perdió: art. 2224 *in fine*. b) Síguese de allí que si el depositario, en esa alternativa, se decide por la suya, sólo tendrá que pagar al depositante la diferencia de valor entre la cosa suya y la cosa depositada.

1.3. Se acepta que el depositario ponga la cosa al cuidado de un dependiente, respondiendo por éste, pero se discute que pueda subdepositar (*infra*, aquí, nº 4).

## **2.- Caso fortuito**

El art. 2203 contiene una reiteración de lo que ya resulta del art. 513, por lo que nada cambiaría si se suprimiera el texto.

## **3.- El art. 2204 C. Civil. El art. 577 C. C. Com.**

Según el art. 2224 el depositante debe reembolsar al depositario los gastos que hubiese hecho para la conservación de la cosa. Si solo existiera el art. 2224 quedaría en pie esta pregunta: ¿está obligado el depositario a hacer esos gastos, reserva hecha de luego cobrarlos al depositante? Con sólo el art. 2224 nada podríamos contestar de seguro, salvo que —por analogía— acudiéramos a los arts. 1918 y 1948/50 aproximando la posición del depositario a la de un mandatario (LÓPEZ DE ZAVALÍA).

El art. 2204 nos da una respuesta directa. La obligación del depositario depende de que los gastos necesarios para la conservación de la cosa, asuman o no la calidad de urgentes. Si no asumen la calidad de urgentes, cumple con dar aviso al depositante para que proporcione los fondos necesarios; si son urgentes, debe afrontar los gastos.

En materia mercantil, el art. 577 C. Com. verifica una aplicación de estos principios, pues si el depósito "*consiste en documentos de crédito que devengan intereses, estará a cargo del depositario su cobranza y todas las demás diligencias necesarias para la conservación de su valor y efectos legales, so pena de daños y perjuicios*". Se ha dicho al respecto, que la función de custodia del depositario no es estática, sino que, por el contrario, su tarea debe ser activa (ZAVALA RODRIGUEZ,

ROUILLON – ALONSO). También se ha aclarado que la cobranza del documento no implica autorización para el uso del dinero.

#### **4.- El subdepósito**

El subdepósito es un nuevo contrato de depósito de la misma cosa, que el depositario concluye con un tercero. Hay un contrato base entre depositante y depositario, y un subcontrato entre depositario (ahora subdepositante) y tercero (subdepositario) (LÓPEZ DE ZAVALÍA). Algunas legislaciones regulan expresamente el subdepósito. Otras, como la francesa, la española y la nuestra, guardan silencio.

Ante ese silencio, debe acudirse a una construcción jurídica, para la cual hay dos modelos: la sublocación de cosas y el submandato. Pero siendo el de depósito un contrato gratuito, la figura más próxima es la del submandato, ya que el mandato admite la especie gratuita. Añádase a ello que depósito y mandato tienen de común el que ambos son contratos de prestación de actividad. Dicha construcción jurídica debe hacerse atendiendo a la regulación del depósito, a la cual hay que adaptar las que se extraigan de dichos modelos.

4.1. *Permisión y prohibición:* Un subcontrato puede estar permitido o prohibido. ¿Cuál es la regla para el subdepósito?

En nuestra doctrina, Borda y Zunino erigen en regla la prohibición, pero entre los franceses, ha prevalecido la regla de permisón.

López de Zavalía entiende que la respuesta debe obtenerse a través de dos textos. Por un lado, está la doctrina del art. 2198; como el subdepósito es un nuevo depósito, la regla, entendida en su espíritu, conduce a que el subdepósito no pueda ser hecho sin el consentimiento expreso o tácito del depositante. La regla es, por lo tanto, de prohibición, pero de una prohibición que cesa si media el consentimiento del depositante, que puede ser expreso o tácito. Lo de "tácito" abre ciertas posibilidades de subdepósito permitido. Por el otro, está el art. 2202, de allí que, cuando en la diligencia de las cosas propias se acude al depósito, bien hará el depositario si subdeposita las ajenas, y así nadie afeará la conducta de un depositario que en ocasión de incendio, ruina, procede a subdepositar.

4.2. *Régimen:* a) En las relaciones entre el depositante originario y el subdepositario, el subdepósito no presenta el mismo interés que ofrecen figuras como las del subarriendo y el submandato, pues no nacen acciones directas entre depositante originario y subdepositario, sino subrogatorias pues las acciones directas son de carácter excepcional, y no hay aquí textos que la consagren; en cambio, la distinción entre un subdepósito permitido y prohibido puede ser útil a los fines de la doctrina del art. 2199, pues si estuviéramos ante una hipótesis de prohibición y el subdepositario conociera su existencia, caería bajo régimen del mismo. b) En cuanto a las relaciones entre depositario-subdepositante y subdepositario no interesa que se trate de un subdepósito permitido o prohibido. El contrato es válido (doct. art. 2198). c) En las relaciones entre depositante y depositario: 1) Si el subdepósito está permitido, con designación de la persona con quien se puede concluir, es de aplicación la doctrina de los arts. 1924/5. Pero, si estando permitido el depósito, no hay designación de la persona del eventual subdepositario, su responsabilidad se intensifica, si faltó a la diligencia debida en la elección de la persona. 2) Si el subdepósito está prohibido, el subdepositante asume la culpa del subdepositario y responde, incluso, de los casos fortuitos que no hubieran afectado la cosa, de no haber subcontratado (LÓPEZ DE ZAVALÍA).

#### **B- Jurisprudencia**

Pareciera que en el depósito civil la ley es más benigna, en cuanto a la responsabilidad del guardián, que debe poner el "cuidado de sus cosas propias". La expresión entre comillas del art. 2202 del Cód. Civil no es feliz, ni autoriza el apartamiento del criterio objetivo de culpa, como lo sostiene en contrario la

generalidad de nuestra doctrina. Porque esto llevaría a decidir que, si el depositario acredita una costumbre descuidada para con sus cosas, el daño y la pérdida de la ajena y en depósito, no le sería imputable; criterio desprovisto de sustento lógico. El texto legal debe interpretarse atendiendo a la conducta de una persona normal, para cuya consideración valen las circunstancias especiales de cada caso (CNCiv., Sala D, 1979/09/13, ED, 87-231).

Atento al carácter mercantil del depósito, que califica la obligación de guarda del depositario (art. 572, C.Com.), éste, dada su organización empresaria, observará la misma preocupación y cuidado que respecto de sus bienes debe poner una empresa (Cám. Com., C, RED, 14, 319).

No responde por el robo cometido el comerciante relojero que recibió un reloj para su arreglo, si el servicio era gratuito, pues el depósito bajo esas condiciones (contrato accesorio), exige menos rigor en la apreciación de las obligaciones del depositario, enfrentado a soportar las consecuencias de hechos que derivan de una situación creada por el dueño de la cosa en su exclusivo beneficio (CNCiv., Sala E, 1977/06/13, La Ley 1977-D, 125).

Si el depositario puso en el cuidado de las cosas las mismas diligencias que en las suyas propias (art. 2202, Cód. Civil), y que a su respecto, el incendio configuró un acontecimiento de fuerza mayor o caso fortuito que especialmente no asumió, ni se verificó por su culpa, lo exime de responsabilidad por la destrucción de las cosas depositadas (art. 2203, Cód. citado) (CNFed. Civ. v Com., Sala 1, 1980/08/29, ED, 91-152 - JL, 980-3-203).

No tratándose de un supuesto de depósito oficioso, retribuido, o celebrado en exclusivo interés del depositario, el alcance de la obligación de custodia de las cosas dadas en guarda se rige por el art. 2202 del Cód. Civil, que deroga la regla general que en materia de apreciación de la culpa contiene el art. 512 del Cód. citado (CIª Civ. y Com., Bahía Blanca, Salal, 1995/04/11, LLBA, 1996-593).

Teniendo en cuenta el hecho de que los automotores permanecen en el garaje abierto y con las llaves puestas, no por desidia de sus propietarios, sino por imposición de la forma en que se desenvuelven las actividades del garaje, ninguna duda cabe de que el control debe ser particularmente extremado, máxime si el local carece de puertas o cortinas metálicas para cerrar su acceso (Cám. Com., C, ED, 82, 644).

Procede la indemnización al depositante cuando el caso fortuito o de fuerza mayor que derivó en el robo del automóvil del actor se produjo por culpa del depositario, quien tenía una sola persona -el sereno- sin posibilidades ciertas de evitar un robo, aun cuando no fuere a mano armada, máxime que las llaves del automóvil, como es modalidad, fueron exigidas de dejar puestas en el rodado (Cám. Civ., C, LL, 1977-D, 525).

El fundamento normativo de la reparación de privación del uso del automotor radica en la responsabilidad contractual de la demandada por no haber obrado con la diligencia definida genéricamente por el art. 512 del Cód. Civil y específicamente por los arts. 2202, 2216 concs. del mismo cuerpo legal, en materia de depósito. Dentro de tal contexto el deudor no sólo es responsable por el equivalente de la cosa a cuya restitución estaba obligado, sino también por los perjuicios e intereses experimentados por el dueño (art. 579, Cód. Civil) (CNCom., Sala C, 1992/11/30, La Ley, 1993-B, 289 - DJ, 1993-1-889).

Producida la desaparición temporal -por hurto- de un automóvil por falta de diligencia en quien tenía contractualmente su guarda, la responsabilidad contractual culposa del guardador se limita a las consecuencias inmediatas y necesarias de su obrar, que en tal caso -según el curso normal y ordinario de las cosas- se concreta en los perjuicios derivados de la privación del uso. Los daños que presentaba el rodado al ser encontrado escapan a la responsabilidad del guardador, pues constituyen consecuencias mediatas de su obrar culposo (art. 901, 2º párr., C.Civ.), ya que han resultado de la conexión de ese hecho con un acontecimiento distinto -aunque previsible-, cual era el uso que el ladrón haya hecho del coche (Cám. Civ., C, LL, 1983-A, 338, con nota de G. A. BORDA).

El depositario es responsable de la culpa grave "*in custodiando*"; y se libera de ella Demostrando que el perecimiento, el deterioro o la sustracción de la cosa, han tenido lugar por hecho no imputable a él; la llamada diligencia media importa el cumplimiento de obligaciones instrumentales", como la de alimentar a los animales en su poder, dar aviso al depositante de las medidas v gastos que sean necesarios para la conservación de la cosa, de hacer gastos urgentes (art. 2204, Cód Civil), y, con mayor razón, dar aviso en caso de pérdida o deterioro de la cosa (CCiv. Y Com., Córdoba, 5ª Nom. 1993/11/04, LLC, 1994-190)

ARTICULO 2205.- La obligación del depositario de conservar la caja o bulto cerrado, comprende la de no abrirlo, si para ello no estuviere autorizado por el depositante.

ARTICULO 2206.- Esa autorización en caso necesario se presume, cuando la llave de la caja cerrada le hubiere sido confiada al depositario; y cuando las órdenes del depositante respecto del depósito, no pudieran cumplirse sin abrir la caja o bulto depositado.

ARTICULO 2207.- Si por la autorización expresa, o presunta del depositante, o por cualquier otro acontecimiento, el depositario llegare a saber el contenido del depósito, es de su obligación guardar el secreto, so pena de responder de todo daño que causare al depositante, a menos que el secreto por la calidad de la cosa depositada, lo expusiese a penas o multas.

CONCORDANCIAS: arts. 2188, inc. 2, 2189, inc. 1, 2206, 2207 C. Civil

CONCORDANCIAS: arts. 918, 920, 2188, inc. 2, 2189, inc. 1, 2205, 2207, C. Civil

CONCORDANCIAS: arts. 2184, in fine, 2215, 2280, C. Civil

## **A- Doctrina**

Los arts 2205/7 regulan la obligación de guarda cuando el depósito se verifica en caja o bulto cerrado.

### **1. Bultos cerrados y secreto**

Entre los autores existe la tendencia a examinarlos a propósito de la obligación de guardar secreto. López de Zavalía prefiere encararlos desde una perspectiva más general, pues a su entender puede haber bulto cerrado sin secreto, y secreto, sin bulto cerrado.

Las razones por las cuales se entrega algo en caja o bulto cerrado, pueden ser de la más variada índole. Quizás la razón consista en que el depositante no quiere que nadie conozca el contenido del bulto. Esta es la hipótesis en que se coloca el art. 1931 francés. Pero la redacción del 2205 es distinta. Entre las múltiples razones que pueden haber movido al depositante, puede estar también esta: las de buena conservación del contenido. Con ello, nuestro texto lo que prohíbe es abrir, se trate o no de conocer secretos y, en buenos términos, háyalos o no, porque la obligación de no abrir subsiste, incluso, cuando antes de cerrar el depositante ha exhibido al depositario lo que el bulto contiene. La obligación de no abrir se funda (y ello resulta de la letra misma del texto) en que es corolario de la de conservar. El depositario debe conservar la cosa en el estado en el que le ha sido entregada.

### **2.- Autorización para abrir la caja o bulto**

Una caja o bulto cerrado puede ser abierta por el depositado, si ha sido autorizado. La autorización puede ser, a tenor del art. 2207: a) Expresa, que es la contemplada en el art. 2205 *in fine*. Habrá que estar a los términos de la autorización para determinar cuándo, cómo, y porqué, el depositario podrá abrir el bulto cerrado; b) Presunta, en los casos del art. 2206, sobre el que cabe observar que del solo hecho de haberse entregado la llave no deriva una autorización para abrir en cualquier circunstancia: solo en "caso necesario", y no por capricho, ni por mera curiosidad.

### **3.- El secreto**

Es con el art. 2207 que entramos propiamente en el tema del secreto; bajo la expresión "cualquier otro acontecimiento" queda incluido el caso de que el secreto haya sido conocido por el depositario a raíz de que violó su obligación de no abrir el bulto,

pues que el texto abarque incluso el conocimiento "inocente" para sancionar la divulgación culpable, es una cosa, y otra muy distinta que no sancione la divulgación culpable de un conocimiento también culpable (LÓPEZ DE ZAVALÍA)

Va de suyo que, en los casos que se encuentra excusado del secreto, no se trata de divulgar a los cuatro vientos, sino de revelar a quien corresponda. La responsabilidad de la divulgación del secreto debe existir incluso cuando nunca hubo secreto para el depositario, porque *ab initio* el depositante se lo reveló. Lo confiado fue un depósito con secreto, y si se lo restituyera sin secreto no se estaría restituyendo el *idem*. Queda con ello dicho que lo que no va en bulto cerrado, sino abierto, si es confiado con la reserva de no divulgarse, cae también en el espíritu del art. 2207 (LÓPEZ DE ZAVALÍA)

ARTICULO 2208.- El depósito no transfiere al depositario el uso de la cosa. No puede servirse de la cosa depositada sin el permiso expreso o presunto del depositante.

ARTICULO 2209.- Si el depositario usare la cosa depositada sin consentimiento del depositante, es responsable por el alquiler de ella desde el día del contrato como locatario, o pagará los intereses de ley como mutuario a título oneroso, según fuese la cosa depositada.

CONCORDANCIAS: arts. 2182, 2183, 2209, 2221, 3226, C. Civil

CONCORDANCIAS: arts. 600, 608, 1722, 1913, 2222, C. Civil

## A- Doctrina

### 1.- El uso de la cosa

El uso de la cosa puede ser contenido de un derecho o contenido de una obligación de no hacer, o contenido, incluso, de una obligación de hacer. Los dos primeros aspectos están regulados por los arts. 2208/9, en tanto que el tercero fluye de una sana interpretación del art. 2202.

### 2.- La regla absoluta del art. 2208 en materia civil. El derecho mercantil

En su primera parte prescribe un precepto absoluto, que no reconoce excepciones. No la hay en el art. 2183, pues según se examinara, la concesión de uso no surge del depósito sino de una liberalidad distinta; tampoco existe en los casos de la segunda parte del art.2208. El depósito, en cuanto depósito, no confiere el uso, y esta regla tampoco queda contradicha en los casos de permiso expreso o presunto del depositante.

Esa posibilidad de uso que fluye del art. 2208, tampoco es algo que surja del depósito. El depósito sólo es la ocasión del permiso. A diferencia de la concesión de uso del art. 2183, que tiene como fuente una liberalidad contractual, el uso del art. 2208 no pasa de ser un uso permitido, esto es, autorizado, derivado de acto unilateral y revocable por otro acto unilateral (LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO).

La ley no exige que el permiso sea expreso. Se conforma con el presunto, aunque no establece directamente una presunción *juris*, sino que tiene por justificado al depositario que manejándose con presunciones *hominis* pudo creerse autorizado para servirse de la cosa; para que corresponda hablar de un permiso presunto, hay que suponer que, dadas las circunstancias, como sería en caso de ausencia del depositante, el depositario no se encontró en condiciones de gestionar el expreso de cuya concesión no dudaba, porque el permiso presunto se desarrolla dentro del terreno de la buena fe (art. 1198), y no falta a la fidelidad debida el depositario que obra ateniéndose a él (LÓPEZ DE ZAVALÍA).

En materia mercantil, la regla no tiene la misma rigidez que en materia civil, ya que se puede pactar el uso como parte de la contraprestación a favor del depositario, si bien dicha autorización de uso, aun cuando sea concedida con amplitud, no transforma al depósito en mutuo, pues continúa siendo lo primordial la guarda de la cosa (FERNÁNDEZ - GÓMEZ LEO).

### **3.- La obligación de no hacer y la sanción del art. 2209**

Salvo las hipótesis de concesión, y de permisión, el depositario no puede usar la cosa; está obligado a no usar la cosa, pesa sobre él una obligación de no hacer, cuyo incumplimiento trae la sanción del art. 2209.

La parte final de este texto, que habla de intereses como mutuario, produce perplejidad en quienes para distinguir el depósito regular del irregular, acuden a las clasificaciones de las cosas en fungibles - infungibles, y salen del paso suponiendo que se trata de cosas que pudiendo haber sido entregadas en depósito irregular, fueron objeto de depósito regular por haber ido en bulto cerrado, que el depositario procedió a abrir y a servirse de su contenido (BORDA)

Para quienes lo decisivo no finca en el carácter de fungible-infungible, o el de consumible-inconsumible, sino el que se haya pactado la restitución del *idem*, o del *tantumdem*, es decir, que se haya descrito la cosa para la restitución, como cierta o como incierta, su punto de partida les permite extraer dos consecuencias (LÓPEZ DE ZAVALÍA): a) Primera: que alquiler o intereses se deberán según se trate de la clase de cosas que presuntivamente se dan en alquiler o en mutuo y que, en el caso, han sido objeto de un depósito regular; b) Segunda: que como se razona con el depósito regular, la aplicación del art. 2209 supone que no queda afectada la restitución en el *idem*. Si del uso no autorizado se pasara al consumo, ya habría algo más intenso: el incumplimiento de la obligación de restituir. En ese caso, la sanción prevista por el art. 2209 puede no dar una indemnización suficiente, y es a ésta que el depositante tendrá derecho según los principios generales.

### **4.- El uso obligado**

El uso, a veces, es contenido de una obligación positiva del depositario. Ya no se trata de que tenga el derecho de usar, sino que debe usar. Ello resulta de la doctrina del art. 2202. Hay, en efecto, cosas que no se guardan debidamente si se prescinde del uso necesario para la conservación de las mismas en buen estado. Y ello no rompe el carácter absoluto de la regla al que se aludiera sub 2, pues no es lo mismo un uso previsto como contenido de un derecho (arg. extraído del “transfiere”), que un uso previsto como contenido de un deber.

### **B- Jurisprudencia**

Si el demandado no había ejecutado su cometido como depositario judicial de conformidad a esta condición (art. 2203, Cód. Civil), usando de ella sin el permiso de quien estuviera verdaderamente legitimado para acordarlo (art. 2208, Cód. Civil), circunstancias en que se produce el robo, debe entenderse que éste ocurrió con ocasión del uso indebido y cuando había transcurrido un lapso por demás considerable para haber podido cumplir la obligación de restitución (arts. 2211 y sigts., Cód. Civil). Se ha interpuesto maliciosamente o por lo menos asumiendo el riesgo por la continuación de una tenencia prolongada “*sine die*” (CNCiv., Sala D, ED, 87-231).

Cuando el depositario usa irregularmente la cosa confiada a su custodia, no comete robo, ni abuso de confianza, sino únicamente abuso de depósito que acarrea, a título de caución, una condena al pago de daños y perjuicios (Cám. Civ., A, RED, 4, 499).

ARTICULO 2210.- El depositario debe restituir la misma cosa depositada en su estado exterior con todas sus acciones y frutos, y como ella se encuentre, sin responder de los deterioros que hubiese sufrido sin su culpa.

CONCORDANCIAS: arts. 515., 586, 587, 1615, 2182, 2202, 2203, 2204 C. Civil; art. 578 C. Com

## **A- Doctrina**

### **1.- Objeto de la restitución. Alcances. Subrogación real. El art. 578 C. Com.**

El texto legal habla de la misma cosa depositada en su estado exterior, porque estamos ante el depósito regular, en el que se debe el *idem*. Con la aclaración "en su estado exterior", debe sobreentenderse que se trata de ese estado al tiempo del contrato que, comparado con el estado exterior al tiempo de la restitución, sirve para identificar que se trata de la misma cosa. La mención cobra importancia en hipótesis como las de depósito en bulto cerrado, para las que es de esperar que el estado originario se mantenga (MACHADO, LAFAILLE, LÓPEZ DE ZAVALÍA, SPOTA, ZUNINO)

Pero la entrega debe hacerse en el estado en que la cosa se encuentre. Si está deteriorada, así se entregará, reserva hecha de la obligación del depositario de responder por su culpa. (LÓPEZ DE ZAVALÍA, SOZZO, ZUNINO)

La restitución debe hacerse: a) Con todas sus accesiones (v.g.: aluvión, avulsión) por la regla *accessorium sequitur principale*; b) Con sus frutos, porque el depositario carece de derecho a ellos; c) Con sus subrogados reales, si los hubiere.

El art. 578 C. Com. contempla una hipótesis de aplicación del principio de subrogación real, para el caso del depositario a quien se ha arrebatado la cosa por fuerza, dándole en su lugar dinero o algo equivalente: el obligado a la restitución lo está entonces a entregar al depositante lo que ha recibido en cambio.

### **2.- Incumplimiento de la obligación**

En la hipótesis de incumplimiento de la obligación de restituir, entran a jugar los principios generales en la materia, en especial la doctrina del art. 515 C. Civil (SOZZO, ZUNINO). En su caso, y eventualmente, también podría generarse responsabilidad penal en los términos del art. 173, inc. 2º C. Penal, y 124 del C. Comercio.

## **B- Jurisprudencia**

Si el robo de la cosa depositada se produjo en ocasión del uso indebido de ella por el depositario y cuando había transcurrido un lapso por demás considerable para cumplir con la obligación de restitución, poco importa que ese robo hubiera sido a mano armada y con fuerza irresistible, pues el daño le es imputable (Cám. Civ., D, ED, 87, 230).

La cláusula impresa al dorso de algunos recibos extendidos por el depositario imponiendo unilateralmente la obligación a cargo del depositante de asegurar la mercadería y quedar eximido de toda responsabilidad, que no ha sido suscrita por ninguno de los contratantes, carece de eficacia, máxime si no se probó que hubiese sido expresamente aceptada por el depositante (arg. art. 919, C.Civ.) (Cám. Civ., B, RED, 15, 293).

La custodia y conservación de la cosa en el depósito predispone su cuidado, para que no se produzca un acto determinante (por ejemplo, hurto), que haga imposible cumplir la restitución, que en definitiva es el objeto final del contrato (CNCom., Sala A, 1986/03/20, La Ley, 1986-C, 112).

No habiendo el depositario cumplido con el deber de restitución (arg. art. 2211 y afines, Cód. Civil), se encuentra obligado a responder por el daño ocasionado (arts. 512, 579 y 585, Cód. Civil) (CNFed. Civ. y Com., Sala I, 1984/05/08, ED, 110-390)

**ARTICULO 2211.-** El depositario debe hacer la restitución al depositante, o al individuo indicado para recibir el depósito, o a sus herederos. Si el depósito ha sido hecho a nombre de un tercero, debe ser restituido a éste o a sus herederos. Si hubiere muerto el depositante o el que tiene derecho a recibir el depósito, debe restituirse a sus herederos si todos estuviesen conformes en recibirlo. Si los herederos no se acordasen en recibir el depósito, el depositario debe ponerlo a la orden del juez de la sucesión. Lo

mismo debe observarse, cuando fuesen dos o más los depositantes, y no se acordasen en recibir el depósito.

CONCORDANCIAS: arts. 667 y sigas, 675, 686, 731, 757, 1613, 1930, 2213, 2214, 2465, 2467, 3488, C. Civil;

## **A- Doctrina**

El art. 2211 contiene cinco preceptos, pero los dos primeros no traen verdaderos problemas interpretativos, pues son mera aplicación de los principios generales. Los problemas exegéticos se suscitan con los preceptos tercero a quinto, que conviene examinar en dos casos.

### **1.- Primer caso: pluralidad por muerte del depositante**

Los preceptos tercero y cuarto contemplan la hipótesis de muerte del depositante. De no existir esos preceptos, correspondería aplicar el art. 731, inciso 4, y el art. 3488. Habría, en suma, que distinguir según se tratase de obligación divisible o indivisible, aplicando todo el sistema de los arts. 667 y sigas. Correspondería, si la obligación es divisible, que la restitución se haga a cada heredero por su cuota, y si es indivisible, a cualquiera de ellos (arts. 675 y 686).

Pero existe el art. 2211, en cuya interpretación la doctrina se ha dividido, en dos tesis que, denominaremos "amplia" y "restrictiva" (LÓPEZ DE ZAVALÍA).

Para la tesis amplia (SALVAT, SEGOVIA, LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO), el Código abandona, aquí, los principios generales. Contra ellos la restitución no debe hacerse pro parte para las cosas divisibles, ni a cualquiera de los herederos para las indivisibles, sino que la restitución debe hacerse recibiendo los herederos en forma conjunta. Se atienen a la nota al art. 2211, y según esa interpretación, ajustada a la nota, el texto requiere la conformidad de todos los herederos, sea la obligación de restituir divisible o indivisible, y en defecto de conformidad, el depositario debe poner el depósito a la orden del juez del sucesorio.

La tesis restrictiva (SPOTA, MACHADO) entiende que aunque el art. 2211 haya omitido hacer la distinción, el texto debe ser leído en consonancia con el art. 731 inc. 4, de tal modo que su alcance queda reducido al caso de depósitos de restitución indivisible: sólo para este caso la recepción debe ser conjunta. Limitan, así, la discordancia del art. 2211 con los principios generales. El problema se reduce a los depósitos indivisibles, para los que se sigue exigiendo la actuación conjunta de los herederos.

### **2.- Segundo caso: pluralidad originaria**

El quinto precepto contempla la hipótesis de pluralidad originaria de depositantes. Cabe entonces preguntar si, como en el caso anterior, deben efectuarse distingos según que el depósito sea divisible o indivisible. Al decir de López de Zavalía, una vez más entran en pugna las tesis amplia y restrictiva, y es fatal que entren, porque el texto ha dicho que "lo mismo debe observarse".

Para pronunciarse por la tesis amplia – tanto en esta, como en la anterior hipótesis- los autores (LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO) dan una explicación tomada de Gennaro para el Derecho italiano, y que fundamenta el abandono de los principios generales: el que el depósito haya sido efectuado por una pluralidad de depositantes actuando conjuntamente puede responder a las más variadas motivaciones en cuanto a posiciones jurídicas y de hecho, por lo que resulta oportuno que la restitución se haga a todos ellos recibiendo conjuntamente, y no a uno de ellos en los depósitos indivisibles, o pro parte en los divisibles, porque de no obrarse así podrían modificarse las posiciones jurídicas y de hecho de los depositantes, dando lugar a dificultades para su posterior

restablecimiento.

## **B- Jurisprudencia**

La falta de titularidad dominial del depositante del vehículo no constituye impedimento para la consideración del reclamo contra el titular del garage, derivado de la sustracción del automotor, en tanto la legitimación del mismo surge de resultar titular del contrato de garage, y en consecuencia, por aplicación de los arts. 2211 y 2215 del Cód. Civil, quien resulta depositante de la cosa es titular de la acción de reintegro de la misma o la indemnización correspondiente (CNCom., Sala B, 1988/03/15, L.L. 1990-B, 233, con nota de BEKERMAN, J.M)

El depositante no tiene necesidad de justificar su derecho de propiedad sobre la cosa para exigir su devolución, toda vez que la acción de restitución o la sustitutiva de indemnización de los daños y perjuicios, originados en el incumplimiento contractual de la obligación asumida por el depositario de restituir la cosa en el mismo estado en que la recibió, no está sustentada en el dominio del bien sino en el contrato de depósito (CNCom., Sala A, 1991/07/05, La Ley, 1992-A, 87 - DJ, 1992-1-561).

El art. 2211 del Cód Civil, cuando establece que *“depositario debe hacer la restitución al depositante, o al individuo indicado para recibir el depósito, o a sus herederos”*, se refiere a los herederos del depositante y no a los herederos del tercero indicado para recibir el depósito (SCBA, LL, 52-224; JA, 1948-III-649)

**ARTICULO 2212.-** Los herederos del depositario, que hubiesen vendido de buena fe la cosa mueble, cuyo depósito ignoraban no están obligados sino a devolver el precio que hubiesen recibido.

CONCORDANCIAS: arts. 2194, 2272, 2273, 2356, 2431, 2767, 2777 a 2780, 3427, 3432, 3897 C. Civil;

## **A- Doctrina**

Deudor de la restitución es el depositario. Sus herederos le suceden en la deuda, y es la hipótesis que contempla el texto legal.

La solución legal entra en paralelismo con la análoga previsión para el comodato (art. 2272), pero con mejor justificación de equidad (LÓPEZ DE ZAVALÍA). Poco importa que el precio haya sido bajo; solo deberán el precio recibido. Si nada hubieren todavía recibido, procede aplicar la misma regla que para el comodato y el depositante podrá exigir la cesión del crédito. Si en lugar de vender, hubiesen donado de buena fe, piensan unos que nada deberán (LLERENA, SALVAT – ACUÑA ANZORENA, ZUNINO); pero ello no se justifica: el art. 2212 sólo contempla el caso de venta, y saliendo de él, haya buena o mala fe de los herederos, se retorna a la regla general, a tenor de la cual los herederos deben como debería el causante (MACHADO, BORDA, LÓPEZ DE ZAVALÍA, WAYAR). Dígase lo mismo de la hipótesis de consumo de la cosa. Pero si obraron de mala fe, se encuentran en incumplimiento inexcusable, como lo hubiera estado el depositario en cuyas obligaciones suceden (LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO)

**ARTICULO 2213.-** Si el depósito hubiese sido hecho por un tutor o un administrador de bienes ajenos, en calidad de tales, no debe ser restituido, acabada la administración, sino a la persona que el depositante representaba.

**ARTICULO 2214.-** Si el depositante hubiese perdido la administración de sus bienes, la restitución debe hacerse a la persona a la cual hubiera pasado la administración de esos bienes.

**ARTICULO 2215.-** El depositario no puede exigir que el depositante pruebe ser suya la

cosa depositada. Si llega sin embargo a descubrir que la cosa ha sido hurtada, y quién es su dueño, debe hacer saber a éste el depósito para que lo reclame en un corto término. Si el dueño no lo hiciera así, el depositario debe entregar el depósito al depositante.

CONCORDANCIAS: arts. 731, inc. 1930, 2211, C. Civil

CONCORDANCIAS: arts. 731, inc. 1, 735, 2211, C. Civil

CONCORDANCIAS: arts. 1612, 2184, 2277, 2279, 2412, 2467, 2531 y sigas, 2539, C. Civil

## **A- Doctrina**

Los arts 2213, 2214 contienen meras reiteraciones de principios generales, y el primero de ellos incluso con impresiones en su redacción, por lo que no faltan autores que los han considerado innecesarios (LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO).

El art. 2215 sienta el principio de que el depositario no puede exigir que el depositante pruebe que es suya la cosa depositada, y ello se explica, porque para la validez del depósito inter partes no es necesario que el depositante sea propietario de la cosa y siendo el acto válido, no habría razón alguna para que el depositario se negara a satisfacer todas las consecuencias que se siguen de la validez (LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO, WAYAR)

Si al tiempo de la restitución hubiere otros que pretendieron la cosa, se aplica el art. 2467, y el depositario obrará, entonces, por reacción ante la pretensión de terceros. El art. 2215 contempla otra hipótesis, en la que el depositario no actúa por reacción sino tomando la iniciativa. La ley le impone el deber, para el caso de que llegare a descubrir que la cosa es hurtada y supiera quién es el dueño, de hacerlo saber a éste para que la reclame en un corto término.

Los autores están de acuerdo en que por cosa "hurtada" debe entenderse, también, la robada, sobre lo que no cabe duda, pues en el lenguaje civilista no se distingue entre el hurto y el robo. Lo que se discute es si la regla del art. 2215 se aplica también a las cosas perdidas; se pronuncian unos por la negativa (SALVAT, LLERENA, BORDA); y otros por la afirmativa (SEGOVIA, LAFAILLE, GARRIDO ZAGO, FERNÁNDEZ, LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO), en general invocando lo dispuesto por el art. 2539 y, sobreentendiendo el distingo que fluye del juego de los arts. 2531 y sigas, es decir, que el depositante se hubiera apropiado de ella sin cumplir con los recaudos de los arts. 2531 a 2534.

También se debate si la regla juega en materia de inmuebles; unos la aplican con carácter general a este tipo de bienes (SPOTA), mientras que otros solamente a los inmuebles cuya posesión el depositante adquirió por violencia, pero no cuando la adquisición fue clandestina o por abuso de confianza, porque *poenalia non sunt extendenda*; (SEGOVIA, ZUNINO). Contra ambos, se ha replicado que si Segovia hubiera aplicado el *poenalia non sunt extendenda* desde el principio, no hubiera pasado de los muebles a los inmuebles, para concluir que, por su letra, el art. 2215 sólo rige para las cosas muebles, pues sólo para estos existe el especial peligro en que se encuentra el dueño (art. 2412) que justifica que la ley se detenga en ellos, sentando reglas especiales (LÓPEZ DE ZAVALÍA).

La ley no exige una forma específica para notificar al propietario, pero se aconseja un medio fehaciente, a fin de acreditar el cumplimiento del deber legal, y dar certeza al cómputo del plazo que se le concede (ZUNINO). Tampoco se pronuncia sobre la duración del plazo que tiene el dueño para reclamar, pero en la actualidad se interpreta la exigencia conforme los plazos procesales medios, por lo que se estima adecuado acotarlo en unos diez (SOZZO) o quince días (BORDA, ZUNINO, SOZZO)

## **B- Jurisprudencia**

Resulta irrelevante que el depositario pruebe la titularidad del vehículo cuando reclama la responsabilidad del depositario por su desaparición, pues basta al respecto que aquél se encuentre en posesión del mismo al tiempo de producirse el siniestro, y por ende facultado para promover la acción, toda vez que la normativa del art. 2215 del Cód. Civil determina que no es dable exigir que el depositante pruebe ser suya la cosa depositada, ya que su acción de restitución no surge del dominio, sino del contrato (CNCom., Sala C, 1989/05/24, La Ley, 1989-E, 270 - DJ, 1990-1-762).

En virtud de lo dispuesto por el art. 2215 del Cód. Civil, cuando se produce el robo del contenido de una caja de seguridad, el banco no puede condicionar la restitución de lo depositado a que el depositante justifique el derecho de propiedad sobre las cosas reclamadas (CNCiv., Sala K, 2006/02/28, La Ley, 2006-D, 21).

**ARTICULO 2216.-** El depositario debe restituir la cosa depositada, en el lugar en que se hizo el depósito. Si en el contrato se hubiese designado otro lugar, debe transportar la cosa a éste, siendo de cuenta del depositante los gastos que el transporte causare.

**ARTICULO 2217.-** Aunque se haya designado un término para la restitución del depósito, ese término es siempre a favor del depositante, y puede exigir el depósito antes del término.

**ARTICULO 2218.-** El depositario tiene el derecho de retener la cosa depositada, hasta el entero pago de lo que se le deba por razón del depósito; pero no por el pago de la remuneración que se le hubiese ofrecido, ni por perjuicios que el depósito le hubiese causado, ni por ninguna otra causa extraña al depósito.

**ARTICULO 2219.-** El depositario no puede compensar la obligación de devolver el depósito regular con ningún crédito, ni por otro depósito que él hubiese hecho al depositante, aunque fuese de mayor suma o de cosa de más valor.

CONCORDANCIAS: arts. 101, 576, C. Civil; art. 578 C. Com.

CONCORDANCIAS: arts. 509, 570, 226, C. Civil; art. 578 C. Com.

CONCORDANCIAS: arts. 1618, 1956, 2199, 2204, 224, 2278, 2466, 3939, C. Civil; arts. 129, 130, 279, C. Com

CONCORDANCIAS: arts. 820, 824, 2223, C. Civil

BIBLIOGRAFIA ESPECIAL: FORTE, R. – DOCAMPO, A.: *Derecho de retención y derecho a retener. Su análisis comparativo con el contrato de depósito*, L.L, 1981-C, 1072; VALLESPINOS, C.G.: *El derecho de retención en el contrato de depósito*, L.L., 1979-D, 669

## **A- Doctrina**

Los cuatro textos bajo análisis, abordan distintos problemas, a saber:

### **1.- Lugar de la restitución**

1.1. Conforme los principios generales, lugar de restitución es el previsto en el contrato. Las partes pueden pactar libremente cuál será ese lugar, pues ello entra dentro de la autonomía privada. Si no se pronuncian explícitamente, entra a jugar la *lex* supletoria. Puede ocurrir que el lugar explícitamente designado sea distinto al que resultaría, implícito, de la *lex* supletoria. Como se torna necesario verificar un transporte de la cosa, la ley decide que es obligación del depositario el transportarla, pero que los gastos son a cargo del depositante. Prevé una obligación *adicional*, que es también de hacer, pero no una de dar, puesto que los gastos corren por cuenta del depositante, lo que responde a la regla del art. 2224 *in fine*.

1.2. A falta de acuerdo, entra a jugar la ley supletoria, a la que alude la primera parte del art. 2216.

¿Qué debe entenderse por "*lugar en que se hizo el depósito*"? La mayoría de los autores, entiende que "el lugar en que se hizo el depósito" de nuestro art. 2216, es el lugar donde se celebró el contrato, pues no detectan nada de ambiguo en dicha expresión, y observan que esa es una solución congruente con la del art. 747, porque el lugar donde existía la cosa al tiempo de contraerse la obligación es, sin duda, el lugar en que ella fue entregada, y por ende, el lugar del contrato que por hipótesis es un contrato real (MACHADO, SEGOVIA, LLERENA, LAFAILLE, GARRIDO-ZAGO, FERNÁNDEZ, BELLUSCIO)

Para la tesis minoritaria, a la que adhiere este comentario, la fraseología legal sigue siendo suficientemente ambigua como para abrir el camino a una solución más justa. La ambigüedad deriva de que la ley no ha empleado la expresión "el lugar en que se hizo el contrato de depósito" sino que más lacónicamente ha hablado del "lugar en que se hizo el depósito", lo que ante la plurisignificación del vocablo da, ya, materia para dudar. Siguiendo las huellas de los antecedentes romanos y la doctrina francesa, sostiene que "lugar en que se hizo el depósito" no tiene por qué ser necesariamente leído como el lugar en el que el depositario *recibió* la cosa, pues también puede aludir al lugar donde el depositario efectuó la guarda, que será por ende aquél donde se encuentre la cosa al tiempo de la restitución. Ante esa ambigüedad, se conceptúa más justo que el lugar de la restitución sea aquél donde se encuentra guardada la cosa, siempre que ese sea el lugar donde debía ser custodiada (LÓPEZ DE ZAVALÍA, SPOTA, ZUNINO). Por lo demás, solo entendiendo que es ese el lugar mentado por la *lex* supletoria, se comprende que, cuando el lugar designado por el contrato sea otro, haya necesidad de transportar la cosa, hipótesis en la que se coloca la segunda parte del art. 2116. La letra de esa segunda parte no hace distingos y da por sentado que cuando el lugar del contrato es otro, *siempre* debe transportarse la cosa, lo que sólo es imaginable cuando ese otro lugar no es el de la guarda de la cosa.

## **2. Tiempo de la restitución. Caso del depósito comercial y del irregular**

El depósito puede hacerse por tiempo determinado o por tiempo indeterminado (*infra*, comentario al art. 2226). Cuando lo ha sido por tiempo determinado, el plazo es a favor del depositante, pues pese a la fijación de plazo, éste puede pedir la restitución en cualquier tiempo (art. 2217).

Aunque algunos autores enseñan que, atento su carácter bilateral, dicho artículo no se aplica a la variante onerosa del depósito, que – indiscutidamente- es la hipótesis del depósito comercial (LAFAILLE, SPOTA), la mayoría entiende que la onerosidad no impide la aplicación del 2217, pues la finalidad de guarda es el elemento tipificante del contrato, y ello explica que el plazo juegue a favor del depositante (BORDA, ZAVALA RODRIGUEZ, FERNÁNDEZ, ZUNINO), aunque algunos reconocen un derecho a ser indemnizado del daño al interés negativo (BORDA, FERNÁNDEZ); pero, como bien se ha señalado, este último derecho también le asiste al depositario en el depósito gratuito (ZUNINO). Con arreglo a idénticos parámetros – el de la finalidad de guarda como elemento tipificante del contrato- se ha predicado la aplicabilidad del art. 2217 al depósito irregular, en particular a los depósitos irregulares bancarios – obviamente, para aquellos que postulan dicha naturaleza a este último contrato- concluyendo que la posibilidad de exigir la restitución anticipada no es excepcional, sino la regla en la materia (BORDA, ZUNINO); pero la doctrina no es pacífica, pues de otro lado se ha afirmado que en estas hipótesis el cumplimiento del plazo también interesa al depositario (LAFAILLE).

Mediando acuerdo explícito celebrado al efecto, se ha admitido la derogabilidad de la cláusula legal que autoriza al depositante a extinguir el contrato, por acto de propia autoridad, antes del vencimiento del plazo (MACHADO, BORDA). Pero, al mismo

tiempo, se ha señalado que el criterio de valoración de tales cláusulas ha de ser estricto, porque la eventual sustitución de la guarda como objeto excluyente de la relación compromete la identidad misma del contrato de depósito (ZUNINO); por ello, si el depósito es irregular, la derogación convencional de lo dispuesto en este artículo roza los límites de la figura, tal como ocurre con el denominado depósito a plazo fijo, donde el plazo a favor del depositario tiene su contrapartida en el interés del depositante que busca lucrar con el arrendamiento del dinero (ZUNINO, BARBIER).

### **3.- Derecho de retención. El depósito comercial**

Está contemplado en el art. 2218. La primera parte del art. 2218, hasta el punto y coma, es el art. 1947 francés. Con ella, nuestro Codificador se aparta de la solución de nuestro Derecho Patrio, pues por las leyes de Partidas el depositario carecía del derecho de retención. La segunda parte es creación de Vélez, presumiblemente inspirada en el art. 2656 del *Esboco* de Freitas. En ella, se mentan tres "excepciones". La última "excepción": no es tal, y el art. 2218 pudo haberse ahorrado el mencionarla, porque ésta no es una excepción, sino directamente un caso que no entra en el concepto de retención, ya que falta **toda** conexidad con la cosa. En lo que aquí podría pensarse, es en una "compensación", tema que luego es regulado por el Código, en el art. 2219.

Un sector de la doctrina (ACUÑA ANZORENA, BORDA), suele irritarse con las otras dos "excepciones".

Para quienes entienden que el depósito civil es un contrato esencialmente gratuito (ver comentario al art. 2183), la del pago de la remuneración tampoco es una verdadera y propia excepción, sino la mera fraseología que ha utilizado la ley para explicitar la inaplicabilidad del derecho de retención a la concreta especie prevista, solución perfectamente explicable una vez que se concluye que esa remuneración no nace del depósito, sino de una causa externa a dicho contrato, es decir de una liberalidad distinta. Por ello, esa inaplicabilidad del derecho de retención que predica la ley para el pago de la remuneración en el depósito civil, cesa en materia comercial, pues, por hipótesis, la obligación de pagar la comisión al depositario es interna al contrato, configura la contraprestación con la que se retribuye la guarda de la cosa, en un típico supuesto de contrato con prestaciones recíprocas.

La mayoría de la doctrina es crítica con la excepción prevista por la ley para la hipótesis relativa a los perjuicios que el depósito hubiese ocasionado al depositario (SEGOVIA, MACHADO, BORDA, SPOTA, ZUNINO); pero López de Zavalía no ve aquí una verdadera excepción, por faltar conexidad del crédito con la cosa.

### **4. Compensación**

El art. 2219 impide compensar la obligación de devolver el depósito regular con ningún crédito, ni por otro depósito que él hubiese hecho al depositante, aunque fuese de mayor suma o de cosa de más valor. El fundamento de la norma no radica en la naturaleza de la cosa a restituir, como ha pretendido cierta doctrina, sino en la relación de confianza que tipifica a este contrato de guarda y conservación que podría verse desvirtuada si el depositario pudiera desentenderse de sus obligaciones por el hecho de tener créditos contra el depositante; por ello, aunque se trate ya de cosa fungible, tampoco sería compensable la obligación de pagar daños y perjuicios en caso de tornarse imposible la restitución, porque ello equivaldría a fundar un derecho en la falta o dolo del depositario (ZUNINO)

### **B- Jurisprudencia**

El depositante tiene derecho a la restitución del depósito en el lugar de la celebración del contrato (arg. art. 618, C.Civ.), es decir, en el lugar donde se hizo el depósito (Cám. Civ., A, JA, 1961-I, 135; F, LL, 105, 972).

La restitución de la cosa depositada debe efectuarse inmediatamente, una vez efectuado el requerimiento en tal sentido que haga el depositante; si así no lo hace, este último puede ejercer la correspondiente acción civil, para exigir la restitución con los daños y perjuicios e intereses de la demora (Cám. Civ., B, ED, 98, 389).

De conformidad con lo preceptuado por los arts. 2217 y 2226, inc. 2° del Cod. Civil, el depositario es responsable por la pérdida de la cosa depositada, puesto que no parece razonable gravar al depositante con la carga de aguardar indefinidamente la potencial ubicación de la misma. Por ello, no habiendo cumplido el depositario con el deber de restitución, se encuentra obligado a responder por el daño ocasionado (CNFed. Civ. y Com., Sala III, 1989/11/13, La Ley, 1990-A, 542 - DJ, 1990-2-303)

El depositario puede tener un derecho de retención para asegurar el cobro de las expensas hechas en beneficio de cosa depositada (Cám. Fed. C. y C., LL, 94, 5).

El depositario por precio determinado de bienes muebles, ante la falta de pago, puede asegurarse el cobro de la remuneración, únicamente mediante el ejercicio del derecho de retención autorizado por los arts. 3939 y 3940, C.Civ. (Cám. Fed. Rosario, LL, 98, 100).

El depositario judicial de bienes carece de derecho de retención por los gastos realizados (Cám. 1ª, II, La Plata, JA, 1946-II, 363; Cám. 2ª, II, La Plata, LL, 105, 717; Cám. Com., C, LL, 1985-B, 87).

### **Capítulo III - De las obligaciones del depositario en el depósito irregular**

ARTICULO 2220.- Si el depósito fuese irregular, de dinero o de otra cantidad de cosas, cuyo uso fue concedido por el depositante al depositario, queda éste obligado a pagar el todo y no por partes, otro tanto de la cantidad depositada, o a entregar otro tanto de la cantidad de cosas depositadas, con tal que sean de la misma especie.

ARTICULO 2221.- Se presume que el depositante concedió al depositario el uso del depósito, si no constare que lo prohibió.

ARTICULO 2222.- Si el uso del depósito hubiese sido prohibido, y el depositario se constituyese en mora de entregarlo, debe los intereses desde el día del depósito.

ARTICULO 2223.- El depositario puede retener el depósito por compensación de una cantidad concurrente que el depositante le deba también por depósito; pero si se hubiese hecho cesión del crédito, el cesionario no puede embargar en poder del depositario la cantidad depositada.

CONCORDANCIAS: arts. 607, 608, 616, 742, 2189, 2191, 2221, C. Civil; art. 575 C. Com.

CONCORDANCIAS: arts. 2189, 2191, 2206, 2208, 2209, C. Civil; art. 575 C. Com.

CONCORDANCIAS: arts. 608, 622, 1093, 1722, 1913, 1915, 2209, 2221, C. Civil; art. 575 C. Com.

CONCORDANCIAS: arts. 824, 1474, 2219, C. Civil

#### **A- Doctrina**

Como el depósito irregular transfiere la propiedad de la cosa, no hay una obligación de guarda en el sentido de la regulada para el depósito regular. Lo que aparece en primer plano es la obligación de restituir, pero sería exagerado el afirmar que a ello se reduce la posición del depositario. El depositante no obra para que el depositario restituya, sino para que guarde el valor, prestando así un servicio al depositante, guarda espiritualizada al máximo, pero sin la cual no se comprendería la finalidad del depósito. El Código, al regular las obligaciones del depositario, trae cuatro artículos. Es una magra regulación. En lo que no contradiga esos textos y la naturaleza

"irregular" las obligaciones del depositario se regirán, en lo demás, por lo dispuesto para el depósito regular.

### **1.- La restitución**

Por el art. 2220, el depositario está obligado a restituir, no lo mismo recibido, sino el *tantumdem*:

1.1. La ley solo se refiere al depósito irregular consistente en dinero u otra cantidad de cosas. Normalmente, el depósito irregular versa sobre eso, pero ya hemos visto que nada impide que verse sobre cosas que no consistan en cantidad, y en tal caso, rige también la doctrina del texto: la restitución no es del *eadem res*, sino del *tantumdem*.

1.2. Como la ley ha llamado "cantidad" al dinero, queda explicada la poco elegante redacción de la parte final del artículo sub examen: "otro tanto de la cantidad depositada, o a entregar otro tanto de la cantidad de cosas depositadas". En el art. 2658 del *Esboço*, esa reiteración de la palabra "cantidad" no se produce, pues se habla, primero de la "cuantía" (refiriéndose al dinero) y luego de la "cantidad".

1.3. No se encuentra en Freitas la aclaración de que el depositario está "obligado a pagar el todo y no por partes". Se ha dicho que la aclaración es inútil, pues ya resulta del art. 742 (LAFAILLE); pero a ello se ha replicado que apunta a otra dirección: que para el depósito irregular rige también la norma del art. 2211 sobre pluralidad de depositantes, originaria o por sucesión (LÓPEZ DE ZAVALÍA).

### **2.- La presunción del 2221. El art. 575 C. Comercio**

A un sector de la doctrina le causa sorpresa el texto, pues observa que el depositante no podría prohibir el uso ya que equivaldría a pretender prohibir al dueño que use de lo suyo (BORDA, LAFAILLE).

Para otra opinión, lo más que puede decirse es que está desubicado, pero presenta su interés. Sería absurdo si dijera que en el depósito irregular "se presume" que el uso fue concedido, pues necesariamente debe ser concedido (y un uso que lleve al consumo mismo) ya que se da algo más intenso pues el depositante entiende transferir el dominio. Pero el texto no dice eso, sino esto otro: que cuando el préstamo verse sobre cuantías y cantidades se presume que se concedió el uso, y por lo tanto se presume que el depósito es irregular; y ello porque, que un depósito sea regular o irregular no depende de la clase de cosas, sino de la forma en que la cosa haya sido mentada para la restitución. Para las cuantías y cantidades, se presume; para las otras cosas no se presume; en ambos casos, la presunción es *juris tantum* (LÓPEZ DE ZAVALÍA).

Desde esta última perspectiva de análisis encontraría también una explicación más plausible la norma del art. 575 C. Comercio, interpretándola como una regla que establece la presunción del carácter regular del depósito, aún en hipótesis en que este verse sobre cantidades de dinero. La presunción legal encontraría su justificación en que el dinero debe estar siempre a disposición del depositante, pues el depositario no podría convertir la custodia en una fuente de provecho personal. (ZAVALA RODRIGUEZ, ROUILLON - ALONSO)

### **3.- El art. 2222**

Se ha señalado que la norma se encuentra desubicada, pues cuando el uso del depósito ha sido prohibido, estamos ante un depósito regular; pero con esta salvedad, la norma concuerda con lo prescripto en el art. 2209 (LÓPEZ DE ZAVALÍA).

### **4.- La compensación**

Se encuentra regulada en el art. 2223, que contiene una excepción a lo normado por el art. 824 según el cual no es compensable la obligación "de devolver un depósito irregular". La armonización se obtiene por esta vía: como regla no es compensable, pero como excepción lo es con un crédito por depósito.

Para el caso de cesión, que haya o no un régimen excepcional depende de cómo se interprete el art. 1474. En ese sentido se ha dicho que lo preceptuado en el art. 2223 es aplicación del art. 1474; es la postura de quienes interpretan este último texto en el sentido de que, aún después de la notificación, el deudor cedido puede oponer la excepción de compensación que tuviera contra el cedente, pues la salvedad final de dicho texto que exceptúa la excepción de compensación es únicamente para el caso de que el deudor cedido hubiere aceptado "pura y simplemente" la cesión (LÓPEZ DE ZAVALÍA)

## **B- Jurisprudencia**

Al depósito en cuenta corriente —que es una de las operaciones contempladas por nuestro Código de Comercio como integrantes del contrato de cuenta corriente bancaria, en sus arts. 791 a 797 (la otra es la apertura del crédito)— le resultan aplicables subsidiariamente las normas del depósito irregular. En esa operación la propiedad del dinero es sustituida por la propiedad del crédito que resulta del dinero depositado en el banco (arts. 732, 2189 y 2220, Cód. Civil) y respecto de dicho crédito recae la obligación de custodia que asume la entidad financiera (CNFed. Civ. y Com., Sala II, 1991/12/13, La Ley, 1992-E, 184 - ED, 147-236).

La obligación de dar del depositario irregular no es una obligación de dar cosa cierta, porque la cosa objeto de la prestación no está individualizada (doct. del art. 574, Cód. Civil). Debe dar una cantidad correspondiente al objeto de la obligación de la misma especie y calidad (arts. 607 y 2220, Cód. cit.) (SC Buenos Aires, 1989/06/13, DJBA, 137-5451).

Resulta inaplicable la normativa de emergencia dictada a partir del mes de enero del año 2002 a la devolución de las sumas de dinero que retuvo al autorizar la escritura de compraventa de un inmueble para cancelar las deudas de impuestos —con cargo de rendir cuentas de la gestión—, pues debe identificarse dicha situación con la figura del depósito irregular, porque, a diferencia de lo que ocurre en el depósito reglado por el art. 2188 del Cód. Civil, la interpretación de la voluntad de las partes es concluyente en el sentido de que el actor, al constituir el depósito, lo hizo en base al art. 2189, inc. 1, del mencionado ordenamiento, es decir, transmitiendo la propiedad de los dólares con la consiguiente obligación del depositario de restituir los importes que no fueron aplicados a tal fin en especie y calidad. (CNCiv., Sala A, 18/10/2006, Rullo, Edgardo c. Y., A. E., DJ2007-I, 850)

El locador debe restituir en la moneda de origen el depósito en garantía efectuado en dólares cuando no medió una prohibición expresa para que aquél dispusiese libremente de ese importe en tanto, la interpretación de la voluntad de las partes es concluyente en el sentido de que el locatario, al constituir el depósito en garantía, lo hizo en base a lo previsto en el art. 2189 inc. 1 del Cód. Civil, o sea, transmitiendo la propiedad de los dólares con obligación del locador de restituir su equivalente en especie y calidad. (CNCiv., Sala A, 13/07/2006, Instituto Nacional de Serv. Soc. para Jubilados y Pensionados c. Fenieme S.R.L., DJ18/10/2006, 496; en idéntico sentido: CNCiv., Sala G, 02/06/2006, Bravi, César c. Toppazzini, Nora)

Tratándose de un contrato de depósito irregular -en el caso, el actor entregó una cantidad de dólares sin tomar las debidas precauciones en punto a su identificación- donde la deuda deriva de la obligación incumplida de restituir cantidades de cosas -no dinero- corresponde revocar el pronunciamiento que en virtud de la ley 25.561 y del decreto 214/2002 (Adla, LXII-A, 44; 117) dispuso la pesificación de la deuda, pues dicha normativa no resulta aplicable en tanto rige específicamente para las deudas dinerarias. (CNCiv., Sala D, 06/04/2005, Sánchez, Gustavo A. c. Lorenzo, Mercedes y otro, DJ 2005-2, 1216, L L 2005-D, 736, con nota de José Mariano GASTALDI)

No procede la compensación respecto de un crédito originado por un depósito irregular de dinero (art. 824, C.Civ.), a menos que se trate de la situación expresamente prevista por el art. 2223, C.Civ. (Cám. Com., LL, 33, 102).

## **Capítulo IV - De las obligaciones del depositante**

**ARTICULO 2224.-** El depositante está obligado a reembolsar al depositario, todos los gastos que hubiese hecho para la conservación de la cosa depositada, y a indemnizarle

de todos los perjuicios que se le hayan ocasionado por el depósito.

CONCORDANCIAS: arts. 1949, 1953, 2196, 2199, 2202, 2204, 2218, 2219, 2228, C. Civil; 130, 226, 227, 276, C. Com

## **A- Doctrina**

Se regulan las obligaciones del depositante, según se pasa a exponer.

### **1.- Obligación de reembolsar los gastos**

El depositante está obligado:

1.1. A "reembolsar al depositario, todos los gastos que hubiese hecho para la conservación de la cosa depositada" (art. 2224, primera parte).

a) Son los gastos del art. 2204 que entran en la categoría de necesarios. La palabra "gastos", aquí, debe ser tomada en sentido amplio, abarcando tanto los gastos que rewerten en mejoras como los que no se traducen en ellas.

b) Para los gastos útiles, reconociendo que no hay acción de depósito, se ha dicho que el depositario tiene la que emerge del art. 589 (SALVAT, BORDA). Contra ello, se ha replicado que el art. 589 supone un poseedor de buena fe y, sin entrar a formular distinciones entre posesión y tenencia, cabría preguntar: ¿qué buena fe puede invocar un depositario que se pone a hacer gastos que al no ser necesarios para la conservación de la cosa escapan a su obligación de guarda? Se trataría de una curiosa liberalidad que se vuelve contra su gratificado, pues esas cuentas no tienen explicación alguna, ya que el depositario no puede usar la cosa, por lo que en buenos principios, no tiene derecho a hacer tales mejoras (LLERENA, LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO). En cuanto a los gastos voluptuarios, ni siquiera invocando el art. 589 podría pensarse en la posibilidad de que el depositario reclame el reembolso. Lo que el depositario podrá hacer para las mejoras útiles y voluptuarias, será separarlas, en los términos de la doctrina de los arts. 1620/1.

1.2. A reembolsar los gastos que el depositario hubiera hecho para transportar la cosa en los términos del art. 2216.

### **2.- Obligación de indemnizar**

El depositante está obligado a indemnizar al depositario "de todos los perjuicios que se le hayan ocasionado por el depósito" (art. 2224, segunda parte). La regla abarca cualquier perjuicio que el depositario no hubiere experimentado de no existir el depósito, como por ejemplo, si encontrándose en peligro la cosa depositada y la propia, hubiera preferido salvar la primera.

### **3.- La pretendida obligación de remunerar**

Un sector de la doctrina (SALVAT, BORDA), incluye la obligación de remunerar, ofrecida ex art. 2183. Se ha replicado que ello configura un error (LÓPEZ DE ZAVALÍA), pues quien es depositario tiene acción para exigir el pago de la remuneración, pero no en virtud del contrato, sino por ser el beneficiario de una liberalidad (ver comentario al art. 2183)

### **4.- La pretendida obligación de recibir la cosa**

Se ha pretendido que el depositante tiene obligación de recibir la cosa (BORDA). Ello configura un error conceptual, que lleva a multiplicar *ad infinitum* derechos y obligaciones. Conceptualmente, el derecho es – juzgado como un todo- una posición activa, una posición favorable y diferenciada de libertad absoluta, mientras que, por contrapartida la obligación – también juzgada como un todo- es una posición pasiva, o desfavorable, de necesidad absoluta de conducta; de quien tiene el "derecho" a recibir (posición favorable), no puede decirse en buenos principios que tenga el "deber" (posición desfavorable) de hacerlo.

## **B- Jurisprudencia**

Los gastos del depósito se denominan tales o por servicios de administración, pero no varían en su esencia por la calificación que se haga de ellos (Cám. Com., C, LL, 1977- B, 611).

El depositario debe probar el gasto cuyo pago reclama al depositante (SCBA, Dig. Jur., III, 1398).

La ley impone al depositario la obligación de realizar inmediatamente los gastos urgentes para la conservación de los bienes, en cuyo caso aquél tiene derecho a que con posterioridad y previa aprobación de la cuenta de ellos, se le reconozca expeditivamente y con cargo de reembolso por parte del depositante (Cám. Civ. Com. y Minas, Mendoza, BJM, 1946-6, 12).

Es propósito de la ley impedir que el solo arbitrio del depositario determine erogaciones que hagan más oneroso el depósito; por esa razón, si se trata de gastos necesarios, beneficiosos o útiles, el depositario debe dar aviso previo al depositante, cuya autorización hace indiscutible su derecho a ser reembolsado sumariamente (Cám. Civ. Com. y Minas, Mendoza, JM, XIII, 153).

Deben ser satisfechos los gastos de conservación y depósito de los muebles que habiendo sido llevados a una casa con el objeto de efectuarle ciertos arreglos, no fueron retirados después de un tiempo prudencial (Cám. Paz, IV, GP, 30, 127).

El depositario puede, sin duda, realizar los gastos que estime necesarios, beneficiosos o útiles, prescindiendo del aviso legal; pero su derecho a reembolso no se regirá ya por los principios comunes al depósito, sino por los del empleo útil o los del enriquecimiento sin causa, que requieren para su justificación el procedimiento del juicio ordinario (Cám. Civ. Com. y Minas, Mendoza, BJM, 1944-6, 12).

## **Capítulo V - De la cesación de depósito**

ARTICULO 2225.- El depósito voluntario no se resuelve, ni por el fallecimiento del depositante, ni por el fallecimiento del depositario.

ARTICULO 2226.- El depósito se acaba:

1 - Si fue contratado por tiempo determinado, acabado ese tiempo. Si lo fue por tiempo indeterminado, cuando cualquiera de las partes lo quisiere;

2 - Por la pérdida de la cosa depositada;

3 - Por la enajenación que hiciese el depositante de la cosa depositada.

CONCORDANCIAS: arts. 1195, 2187, 2226, 3417, C. Civil;

CONCORDANCIAS: arts. 566 a 570, 888 a 890, 1521, 1604, 1739, 1767, 2184, 2217, C. Civil

## **A- Doctrina**

El código dedica al tema, los arts, 2225 y 2226

### **1.- Fallecimiento**

El art. 2225, configura una simple aplicación de los principios generales, reglados en el art. 1195 C. Civil

### **2.- Cesación**

Según el art. 2226, el depósito se acaba

2.1. En la hipótesis del inciso 1. Aun contratado por tiempo determinado, puede concluir antes. Por un lado, el plazo es a favor del depositante (art. 2217). Por el otro, el art. 2184 concede al depositario una facultad excepcional de rescisión.

2.2. En la hipótesis del inciso 2. El cumplimiento de la obligación de guarda se torna imposible, sin perjuicio de que, si media responsabilidad del depositario, éste deba indemnizar.

2.3. En la hipótesis del inciso 3. La enajenación rompe el depósito, tanto desde la perspectiva del depositario, como desde la del depositante y desde la del adquirente. La norma parece carecer de interés cuando el depósito es por tiempo indeterminado, ya que con arreglo al inciso 1 cualquiera de las partes puede dar por concluido el depósito. Incluso cuando hay tiempo determinado, parece carecer de interés desde la perspectiva del depositante-enajenante y del adquirente, ya que el plazo es siempre a favor del depositante (art. 2217). Pero el interés aparece cuando se da la hipótesis de sujeto plural, ya que ante la regla sub examen no hace falta una decisión mayoritaria para requerir o verificar la restitución (BORDA, LÓPEZ DE ZAVALÍA)

## **B- Jurisprudencia**

Siendo el depositario en el depósito regular un simple tenedor de la cosa, la conclusión de esa relación jurídica exige una actuación concreta, terminante y congruente destinada a tal fin, cumpliendo con el retiro de los bienes depositados (Cám. Com., A, LL, 1986-C, 112).

Si fallece la persona a cuya orden se halla el depósito hecho a nombre de otra cuya existencia y paradero se ignoran, no procede entregar el depósito, a los herederos de aquél, sino aplicar el art. 2211, C.Civ. (Cám. Civ. 2ª, JA, 1945-I, 719), norma, ésta, que cuando establece que "el depositario debe hacer la restitución al depositante o al individuo indicado para recibir el depósito o a sus herederos", se refiere a los herederos del depositante, y no a los herederos del tercero indicado para recibir el depósito (SCBA, DJBA, 1948-XXV, 754).

A tenor de lo preceptuado por los arts. 2217 y 2226, inc. 2º del Cód. Civil —aplicables analógicamente— la indemnización abonada al asegurado encontró causa legítima, aunque posteriormente aparecieran los efectos extraviados, puesto que no resulta razonable gravar al depositante con la carga de aguardar indefinidamente la potencial ubicación de la cosa depositada (CNFed. Civ. y Com., Sala 1, 1984/05/08, ED, 110-390).

De conformidad con lo preceptuado por los arts. 2217 y 2226, inc. 2º del Cód. Civil, el depositario es responsable por la pérdida de la cosa depositada, puesto que no parece razonable gravar al depositante con la carga de aguardar indefinidamente la potencial ubicación de la misma. Por ello, no habiendo cumplido el depositario con el deber de restitución, se encuentra obligado a responder por el daño ocasionado (CNFed. Civ. y Com., Sala III, 1989/11/13, L.L., 1990-A, 542 - DJ, 1990-2-303).

## **Capítulo VI - Del depósito necesario**

ARTICULO 2227.- Será depósito necesario, el que fuese ocasionado, por incendio, ruina, saqueo, naufragio, incursión de enemigos, o por otros acontecimientos de fuerza mayor, que sometan a las personas a una imperiosa necesidad; y el de los efectos introducidos en las posadas por los viajeros.

CONCORDANCIAS: arts. 55 y 127, 921, C. Civil

BIBLIOGRAFIA ESPECIAL: ALLENDE, Guillermo: *Naturaleza jurídica de la responsabilidad del posadero y del contrato de posada (hostería)*, en L.L. 1980-A, 96; SANCHEZ HERNÁNDEZ, A.: *La responsabilidad del posadero por todo daño o pérdida que sufran los efectos introducidos en las posadas por los viajeros*, en J.A., 1995-IV, 953

## **A- Doctrina**

En el presente capítulo el código aborda el tratamiento de un grupo de relaciones de guarda que englobaremos bajo el nombre de "custodia hotelera", que legisla especialmente, pero que —según veremos— no implica un contrato de depósito civil. Se trata de un fenómeno de particulares contornos que, contemplado por el Derecho Romano, ha experimentado el sacudón de los tiempos y del cambio de costumbres. A raíz de un contrato de hospedaje se anuda entre posadero y cliente una relación de

guarda de los efectos del segundo, aproximada a la que deriva de un contrato de depósito, y sujeta a un régimen especial de responsabilidad.

### **1.- El método del Código**

Es un tema que debe ser propuesto, a fin de sortear dos dificultades

1.1. La primera dificultad, deriva del lenguaje de la ley, pues hay una grave diferencia que resulta de la confrontación del art. 1120 con los arts. 2187 y 2227. Por el art. 1120 la custodia hotelera no es depósito necesario. Depósito necesario es tan solo lo que hemos denominado *depositum miserabile*, es decir el que se verifica por ocasión de peligro o de fuerza mayor. Pero según los arts. 2187 y 2227 la custodia hotelera es depósito necesario..... La fraseología legal, conduce naturalmente a formularse la obligada pregunta: ¿Existe o no un género común que abarque al *depositum miserabile* y a la custodia hotelera, al que por darle un nombre llamemos "depósito necesario *lato sensu*"?

Cabe responder negativamente (LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO). No hay un "contrato de depósito necesario *lato sensu*", por la sencilla razón de que la relación de *depositum miserabile* emerge de un contrato de depósito en tanto que la custodia hotelera deriva de un contrato de hospedaje. Tampoco hay lo que, manejándonos con la plurisignificación del vocablo "depósito" (ver comentario al 2182), pudiéramos calificar de "relación de depósito necesario *lato sensu*", suponiendo un género de relación de guarda que abrazara la del *depositum miserabile* y la custodia hotelera. La razón de este aserto es también muy simple: para la obligación de guarda del *depositum miserabile*, se aplican directamente las reglas del depósito voluntario, en tanto que para las de la custodia hotelera, hay una serie de normas específicas que se aplican antes de que proceda acudir a las del depósito voluntario. El signo lingüístico "depósito necesario" de los arts. 2187 y 2227 representa solamente un género gramatical, más no de un género conceptual dentro del cual puedan quedar reducidas a unidad una serie de figuras específicas, porque no hay nada común entre esas figuras que permita practicar una *reductio ad unum*.

1.2. La segunda dificultad reside en lo siguiente: el art. 1120 se encuentra incluido en una seguidilla de textos que comienza con el art. 1118 y culmina con el art. 1121, lo que plantea el problema de coordinarlos con los arts. 2227 y sigts.

### **2.- La causa de la custodia hotelera**

Prescindiendo de los antecedentes a los que alude el 2227 C. Civil, y de los debates en la doctrina francesa donde se habla de dos contratos, uno de locación servicios, y otro – principal o accesorio, según las opiniones- de depósito, cabe afirmar que en nuestro sistema no hay contrato de depósito en modo alguno, ni siquiera con el carácter de accesorio. Todo lo que se detecta es un contrato de hospedaje, y como una cláusula imperativa de él, la custodia hotelera (LÓPEZ DE ZAVALÍA). La custodia hotelera resulta sí de un contrato, pero no de un contrato autónomo de depósito, y ni siquiera de un contrato accesorio de depósito, sino directamente del contrato de hospedaje. Que no hay un contrato autónomo de depósito parece por demás evidente, ya que es requisito de la custodia hotelera el que haya hospedaje. Y que la custodia hotelera resulta directamente de una cláusula imperativa del contrato de hospedaje, cabe afirmarlo con apoyo en el art. 2232 C. civil (LÓPEZ DE ZAVALÍA). Sin embargo, para otra doctrina, la responsabilidad por los efectos introducidos es legal, en el marco de la oferta de un contrato de hospedaje, pero independientemente de que dicho contrato concluya o no en el alojamiento efectivo (ZUNINO)

### **3.- Fundamentos de la regulación especial**

Desaparecidas las razones de desconfianza hacia la actividad que entre los romanos justificaron una regulación especial de la custodia hotelera, ella se justifica hoy en la idea de riesgo profesional (LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO)

## **B- Jurisprudencia**

El art. 2227 del Cód. Civil que define al depósito necesario debe ser aplicado con estrictez, y en las hipótesis que el mismo califica como de "imperiosa necesidad", o por acontecimientos de "fuerza mayor", cuando hay peligro de perder la cosa o necesidad de entregarla a otra (CNCom., Sala B, 1978/10/06, JA, 1979-III-334).

Si bien el art. 2229 del Cód. Civil dice que el depósito se verifica por la introducción en el hotel de los efectos de los viajeros, aunque expresamente no se hayan entregado al posadero o sus dependientes, y aunque ellos tengan llave de las piezas donde se hallan los efectos, esa norma no tiene la virtud de transformar en depósito voluntario el del dinero entregado por el pasajero en manos del hotelero, confundiendo el depósito necesario por causa de ruina, incendio u otro acontecimiento semejante, con el que tiene lugar por el hecho de introducir efectos en un hotel, que obedece a causas diversas, pero que la ley los considera en iguales condiciones (art. 2187, segunda parte, *in fine*, Cód. citado). Si el dinero u objetos de valor en un hotel son considerados como un depósito necesario del que responde su dueño, con sólo hacerlo saber el viajero al posadero o mostrárselos (art. 2235, Cód. Civil), con más razón debe responder cuando esos valores le fueron entregados (CNCom., Sala B, 1979/05/28, La Ley, 1980-A, 97, con nota de ALLENDE, G. L.).

ARTICULO 2228.- El depósito necesario por ocasión de peligro o de fuerza mayor, puede hacerse en personas adultas aunque incapaces por derecho, y éstas responden del depósito, aunque no estén autorizadas por sus representantes para recibirlo.

CONCORDANCIAS: arts. 55 y 127, 921, C. Civil

## **A- Doctrina**

La fuente del texto legal es, con aportes propios de Vélez, una simbiosis de Troplong y de Freitas, con predominio del último en cuanto a la solución (LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO).

Siguiendo a Troplong – y apartándose de Freitas, para quien el supuesto de hecho era comprensivo de todo depósito necesario- la regla solo se aplica al *depositum miserabile* (LÓPEZ DE ZAVALÍA, SOZZO, ZUNINO). Por un lado, el artículo habla de manera explícita del "depósito necesario por ocasión de peligro o de fuerza mayor"; por el otro, al tratarse de una norma de excepción que rompe con todo el sistema de protección de los incapaces de hecho, no cabría extenderla a la custodia hotelera.

Pero la consecuencia que se adscribe no es la de Troplong – para quien, lo que no vale como contrato, valdría siempre como cuasi contrato- sino la de Freitas: el contrato es válido y obliga al incapaz. Esta es la interpretación mayoritaria (LLERENA, LAFAILLE, SALVAT-ACUÑA ANZORENA, BORDA, LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO), que recuerda que la ley ha dicho que el depósito "puede hacerse", con lo que sin duda apunta a la posibilidad jurídica, pues de la fáctica no cabe dudar, no ya para el *depositum miserabile*, sino para cualquier otro contrato de depósito. Un sector minoritario se ha opuesto a esta solución (MACHADO), argumentando que "responder por la cosa depositada, no es estar sujeto a las obligaciones del depositario, como algunos creen, pues no puede imponerse a un menor, tal obligación sin notoria injusticia, y sin alterar los principios del derecho".

También discrepa la doctrina en lo concerniente a la clase de incapaces a los que se refiere el texto. Pero, no obstante las divergencias, hay tres puntos sobre los cuales no se vacila. Primero: que cuando el texto habla de "incapaces por derecho" se está refiriendo no a la incapacidad de derecho, sino a la de hecho; segundo: que Vélez,

respecto a los menores, se apartó de Troplong, y siguió a Freitas, pues habla de "personas adultas"; y tercero, en fin, que al tratar la ley a esos incapaces como si fueran capaces, da por sentado que están "con uso de razón" (art. 921) pues si no lo estuvieran, el contrato sería inválido, no por incapacidad, sino por ausencia de discernimiento.

Lo que ya no resulta tan claro, es qué incapaces de hecho comprende el texto. En su momento, la mayoría de la doctrina entendió que la norma aludía a la mujer casada y el menor adulto (SEGOVIA, LAFAILLE, MACHADO, LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO), aunque hoy ya no cabe ejemplificar con la mujer casada, que es plenamente capaz, por lo que la aplicación de la regla quedaría reducida a los menores adultos.

Sin embargo, el problema se plantea respecto a otros incapaces de hecho. En esta línea de pensamiento, Borda estima que solo los menores impúberes y los dementes estarían excluidos de la aptitud para ser depositarios, por carecer de discernimiento a tenor del art. 921, pero no los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, que sí lo tienen. A ello, se ha replicado (LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO): a) que se mezclan aquí, indebidamente, los conceptos de incapacidad y de ausencia de discernimiento; b) que desde el punto de vista de la capacidad, el sordomudo está en la misma línea que los menores impúberes y los dementes declarados: es *un* incapaz absoluto de hecho; en cambio, el menor adulto es un incapaz relativo, y para él ya no resulta violento el imaginar su capacitación para ciertos actos; c) que debe mirarse con disfavor y como de aplicación restrictiva el art. 2228, y, por lo tanto, la pretendida inclusión del sordomudo que no sabe darse a entender por escrito contrariaría dicha pauta hermenéutica, y aumentaría los inconvenientes de un texto ya de suyo cuestionable.

Por ello, ha hecho cierta fortuna en doctrina (LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO) la afirmación de Segovia, para quien "no es posible dar una explicación y justificación satisfactoria de este, artículo". Pretendiendo justificarlo, Machado establece un paralelismo entre el art. 2228 sub examen y el art. 2259, para concluir en una afirmación que en buenos términos se reduce a esto: que ante un *depositum miserabile* el legislador se encuentra en la alternativa de desamparar al depositante o de imponer al incapaz la obligación de restituir. A ello se ha contestado, que la norma trae como consecuencia no la mera obligación de restituir, sino algo más intenso: la equiparación del incapaz como depositario pleno.

ARTICULO 2229.- El depósito hecho en las posadas se verifica por la introducción en ellas de los efectos de los viajeros, aunque expresamente no se hayan entregado al posadero o sus dependientes, y aunque ellos tengan la llave de las piezas donde se hallen los efectos.

ARTICULO 2230.- El posadero y todos aquellos cuya profesión consiste en dar alojamiento a los viajeros, responden de todo daño o pérdida que sufran los efectos de toda clase introducidos en las posadas, sea por culpa de sus dependientes o de las mismas personas que se alojan en la casa; pero no responden de los daños o hurtos de los familiares o visitantes de los viajeros.

ARTICULO 2231.- El posadero responde de los carros y efectos de toda clase que hayan entrado en las dependencias de las posadas.

ARTICULO 2232.- El posadero no se exime de la responsabilidad que se le impone por las leyes de este capítulo, por avisos que ponga anunciando que no responde de los efectos introducidos por los viajeros; y cualquier pacto que sobre la materia hiciese con

ellos para limitar su responsabilidad, será de ningún valor.

ARTICULO 2233. La responsabilidad impuesta a los posaderos, no se aplica a los administradores de fondas, cafés, casas de baños y otros establecimientos semejantes, ni respecto de los viajeros que entren en las posadas, sin alojarse en ellas.

ARTICULO 2234. Tampoco se aplica respecto de los locatarios de piezas, a particulares que no fuesen viajeros, o que no estén como huéspedes, ni respecto a las personas que viviendo o pudiendo vivir en los pueblos, alquilan piezas como locatarios en las posadas.

ARTICULO 2235. El viajero que trajese consigo efectos de gran valor, de los que regularmente no llevan consigo los viajeros, debe hacerlo saber al posadero, y aun mostrárselos si éste lo exige, y de no hacerlo así, el posadero no es responsable de su pérdida.

ARTICULO 2236. El posadero no es responsable cuando el daño o la pérdida provenga de fuerza mayor, o de culpa del viajero.

ARTICULO 2237. No es fuerza mayor la introducción de ladrones en las posadas si no lo hiciesen con armas, o por escalamiento que no pudiese resistir el posadero.

CONCORDANCIAS: arts. 1118 a 1123, 2235, C. Civil

CONCORDANCIAS: arts. 1066, 1067, 1113 a 1123, 2231 a 2237, C. Civil

CONCORDANCIAS: arts. 1113 a 1123, 2229, 2230, C. Civil

CONCORDANCIAS: arts. 21, 872, C. Civil

CONCORDANCIAS: arts. 1113 a 1123, 2227, 2230, 2234, C. Civil

CONCORDANCIAS: arts. 2227, 2233, C. Civil

CONCORDANCIAS: arts. 2236, C. Civil

CONCORDANCIAS: arts. 513, 514, 902, 1111, 1118, 1517, 1528, 1529, 2230, 2237 C. Civil

CONCORDANCIAS: arts. 514, 2236 C. Civil

## **A- Doctrina**

Hay que comenzar por definir el contrato de hospedaje. Sin contrato de hospedaje no cabe hablar de este depósito especial. Mas no cualquier hospedaje es suficiente, pues cabe distinguir entre el hospedaje en casas particulares, y el hospedaje en casas públicas, y solo en este último supuesto cabe pensar que se anude una relación de depósito en posadas. El contrato de hospedaje, es aquél por el cual una de las partes se obliga a proporcionar por lo menos alojamiento a la otra, y ésta se obliga a pagar, por ello, un precio en dinero nacional o en moneda extranjera (LÓPEZ DE ZAVALÍA)

### **1. Sujetos: el depositario**

Para esta relación especial, depositario sólo puede ser "el posadero y todos aquellos cuya profesión consiste en dar alojamiento" (art. 2230). La referencia a "todos aquellos cuya profesión consiste en dar alojamiento" sólo implica una advertencia para que no se tome el vocablo "posadero" en un sentido vulgar que, por lo demás, prácticamente ha desaparecido del léxico diario.

1.1. Posadero es el titular de la posada. Las posadas pueden ser de distinta clase, lo que en la práctica se traduce en los nombres distintos con los que el habla popular las designa. Empleando el vocabulario del art. 27 de la ley de locaciones urbanas, posada es un "*hotel, residencial, pensión familiar u otro tipo de establecimiento asimilable*". Lo que caracteriza a las posadas es que consisten en establecimientos cuyo destino

principal es dar alojamiento oneroso; son casas públicas en el sentido de los arts. 1118 y 1121. Una pensión familiar es posada; una casa de familia en la que se dé alojamiento oneroso, no es posada. Sólo para lo que es posada se aplica el régimen sub examen: art. 1120 (LÓPEZ DE ZAVALÍA, BORDA, ZUNINO).

Dar alojamiento (función de las posadas) no es lo mismo que dar ámbito para alojarse. Entre el "ser alojado" y el "alojarse" hay una diferencia radical que permite distinguir el contrato de hospedaje de la locación de cosas. Se "da alojamiento" cuando además de un ámbito para vivir, se proporcionan servicios complementarios de los propios de una posada.

1.2. Si no hay un posadero, no se anuda esta relación especial. En nuestro sistema, y a tenor de lo dispuesto en el art. 2223, el régimen no se aplica a los titulares de establecimientos que no dan alojamiento, aunque presten alguno de los servicios que, a título de complementarios, puedan prestarse en algunas posadas.

Entre los servicios complementarios de una posada, pueden figurar los propios de fondas, cafés, casas de baños, y entonces los locales respectivos son "dependencias de las posadas" (art. 2231), para ellos los titulares son posaderos, y para los efectos en tales dependencias rige el régimen especial (LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO). Pero la prestación de esos servicios, sin alojamiento, excluye el régimen especial.

## **2. Sujetos: el depositante**

Para el régimen especial, depositante sólo puede ser el viajero en tránsito que concluye con el posadero un contrato de hospedaje.

2.1. Tal lo que resulta del art. 2234, aunque el lenguaje del texto no sea feliz, y posea una redacción impropia. No es feliz, porque emplea por dos veces el vocablo "locatarios" para aludir a una posición jurídica que no es la del locatario en sentido técnico. Ese vocabulario debe ser tomado como una licencia verbal, pues en otros textos el Código distingue entre la locación de cosas y el contrato de hospedaje, que no es locación sino un contrato parcialmente típico en sentido civilista. Y más inadecuado resulta si con la expresión "locatarios" se pretende aludir a los contratos de alojamiento gratuito... (LÓPEZ DE ZAVALÍA)

2.2. Leyendo el texto según su espíritu, resulta que quedan excluidas tres clases de contratantes de alojamiento, a los que el artículo, en su encabezamiento, con esa licencia verbal, engloba bajo la denominación de "locatarios de piezas":

a) Los que "no fuesen viajeros". La exclusión resulta del art. 2234. Es a los viajeros que se dirige la preocupación legislativa, y lo que explica, según palabras de Vélez en la nota al art. 2227 "la asimilación del depósito en las posadas con el depósito necesario...fundada en que los viajeros que se hospedan en ellas, están en cierto modo forzados a confiar sus efectos a la fe del posadero" (MACHADO, LAFAILLE, LÓPEZ DE ZAVALÍA).

b) Los que "no estén como huéspedes". Para que esta hipótesis —que ha sido mencionada especialmente— tenga su propio sitio, hay que suponer que se trata de viajeros que no están como huéspedes. No son "huéspedes", en el sentido del texto, aquellos a quienes se les proporciona alojamiento, pero en forma gratuita. No hay una relación de hospedaje, sino de hospitalidad (art. 2490). El posadero puede tener "invitados", y respecto a ellos, no es posadero: no se anuda la relación especial de depósito.

c) Los que "viviendo o pudiendo vivir en los pueblos, alquilan piezas como locatarios en las posadas". Superando la impropiedad de hablar de "locatarios", para dar un sitio propio a este caso que no entre en los dos ya examinados, hay que suponer que estamos ante un viajero que es huésped y que, sin embargo, por esta disposición no anuda la relación especial de depósito. La hipótesis es imaginable, pues el estar de viaje,

si convierte a alguien en viajero no lo hace viajero transeúnte en la partida *del* y en el arribo *al* pueblo de su residencia (doctrina del art. 1120). Y el que no se anude, tiene su explicación dentro del sistema de la ley: de tales viajeros no puede predicarse que estén —para emplear las palabras de la nota al art. 2227— "en cierto modo forzados a confiar sus efectos en la fe del posadero", ya que el acontecimiento de viajar no los ha privado de la posibilidad de no ir a posadas y emplear sus lugares habituales de residencia, por lo que han tenido libertad de elección.

2.3. *A fortiori*, quedan fuera del régimen especial las situaciones que están todavía más alejadas. Mal podría pensarse que los locatarios en sentido técnico, así sea de piezas amuebladas, anuden esta relación especial de depósito. Tampoco los comodatarios... En el mismo edificio destinado a posada, podemos imaginar que con relación a una pieza se celebre directamente un contrato de locación de cosa. El locador, posadero para las otras piezas, no lo es para ésta: la pieza no es posada; el locatario no es cliente de una posada, pues se aloja pero no es alojado ya que, por hipótesis, no se le suministran los servicios complementarios propios de una posada.

### **3. Objeto**

Objeto de esta relación especial son los "efectos" introducidos por los viajeros. Por hipótesis, debe tratarse de cosas susceptibles de ser introducidas (cosas muebles, semovientes, inmuebles por su carácter representativo). Siéndolo, quedan incluidos, a estar a los arts. 2230 y 2231 los efectos "de toda clase", y en esta concepción, el art. 2231 menciona expresamente a los carros.

Pero hay que tener en cuenta el art. 2235. De ese texto resulta, explícita, una clasificación, e implícita, una limitación.

a) La clasificación toma en cuenta este criterio: que sean o no "efectos de gran valor de los que regularmente no llevan consigo los viajeros". Si se reúnen esos dos requisitos, se aplica el art. 2235. Si falta cualquiera de ellos, funciona el resto de las disposiciones, con exclusión del art. 2235. La determinación de lo que es un efecto de gran valor, como la calificación de si es o no de los que regularmente llevan los viajeros, depende de las circunstancias. Hay posadas y posadas y hay viajeros y viajeros... (LÓPEZ DE ZAVALÍA)

b) La limitación resulta de dos expresiones del citado art. 2235 que, a nuestro juicio, presentan interés para toda clase de efectos. El art. 2235 habla de efectos que el viajero "trajese consigo", de efectos que los viajeros regularmente "no llevan consigo". De allí parece extraerse que el depósito en las posadas abarca sí toda clase de efectos, sujetos unos al art. 2235, excluidos otros de él, pero todos en cuanto y sólo en cuanto hayan sido traídos por los viajeros durante su viaje. Los efectos que el viajero adquiera durante su estadía en la posada, por más que sean introducidos en ella, escapan a este régimen especial de depósito en las posadas (LÓPEZ DE ZAVALÍA).

### **4.- Anudamiento de la relación de guarda**

Nuestro Código formula una distinción, según se trate del anudamiento normal o del excepcional.

4.1 Para el anudamiento normal, rigen los arts. 2229, y 2231.

a) Basta con la introducción de los efectos en la posada (art. 2229) o en sus dependencias (art. 2231). No es necesario que el posadero o los dependientes reciban las cosas, ni tampoco que tengan conocimiento de qué es lo que exactamente se introduce.

b) De que no sea necesario que los efectos hayan sido entregados al posadero o sus dependientes, no se sigue que no presente interés el que efectivamente hayan sido entregados. El interés aparece cuando todavía no hay efectiva introducción en el ámbito físico de la posada, pero ya hay entrega a un dependiente que recibe el efecto fuera de la posada. La custodia hotelera comienza desde ese momento (BORDA, LÓPEZ DE

ZAVALÍA, ZUNINO), porque el ámbito exterior a la posada funciona aquí como "dependencia" de la posada.

c) La responsabilidad hotelera existe aunque los viajeros "tengan la llave de las piezas donde se hallen los efectos". Bien se ha dicho que el hecho de que el viajero tenga la llave no es ninguna garantía de que no haya un duplicado en poder del posadero (BORDA, LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO). Agréguese a ello que, por definición legal, el viajero es tenedor débil de la pieza (art. 2490) por lo que el señorío tutelado sigue en manos del posadero (LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO). Por los mismos motivos cabe predicar la responsabilidad del hotelero por la sustracción de los efectos guardados en cajas de seguridad individuales (ZUNINO)

4.2. Para el anudamiento excepcional, ya no basta con la simple introducción, a tenor del art. 2235. Deben concurrir dos circunstancias: que sean efectos de gran valor y que no sean de la clase de los que regularmente llevan consigo los viajeros. El determinar si esas circunstancias concurren o no, desemboca en una cuestión de hecho.

Y si por la clase de objetos, el posadero exige que ellos sean depositados en la caja fuerte del hotel, el viajero que se negara a ello incurriría en culpa de que no se tomen las medidas de seguridad que las circunstancias aconsejaren y no podrá responsabilizar al hotelero (BORDA, LÓPEZ DE ZAVALÍA)

## **5.- Responsabilidad**

El posadero es responsable de "todo daño o pérdida que sufran los efectos de toda clase de los viajeros" (art. 2230).

El posadero responde salvo que acredite una causal que lo exonere de responsabilidad, la prueba de cuya existencia pesa sobre él. El posadero responde por su propia culpa, por la de sus dependientes, por la de las personas que se alojan en la casa (art. 2230). Para excusarse de responsabilidad deberá acreditar la culpa del viajero, o la de los familiares o visitantes de los viajeros, o la fuerza mayor (arts. 2230 y 2236). Pero no es fuerza mayor "la introducción de ladrones en las posadas si no lo hiciesen con armas, o por escalamiento que no pudiese resistir el posadero" (art. 2237).

5.1. Los arts. 1118/9 y 1121 traen disposiciones que conciernen a la responsabilidad de los posaderos. Lo concerniente a la conciliación de los mismos con las disposiciones sobre custodia hotelera, ha generado controversias. Se advierte en la doctrina, una cierta tendencia a interpretarlo a la luz de los arts. 2230 y sigts. (LLAMBÍAS), lo que conduce a una unificación de regímenes de responsabilidad. Se declara contractual la responsabilidad del art. 1118 y al texto, metodológicamente desubicado.

5.2. Esa tendencia debe ser rechazada. En efecto, la responsabilidad de los arts. 2230 y sigts., solo se aplica a los posaderos respecto a los efectos de los viajeros, mientras que la del art. 1118 atañe a establecimientos que pueden no ser posadas, y es relativa a efectos que pueden ser de personas que no son viajeros; añádase que, por el art. 1119, resulta aplicable el art. 1118 a hipótesis todavía más lejanas de la custodia hotelera (LÓPEZ DE ZAVALÍA).

El art. 1118 forma parte de una serie de textos que comienza en el art. 1113, serie en la que, de lo que se habla, es de la responsabilidad por el hecho de otro. La responsabilidad del art. 1118 es por los hechos ilícitos de los dependientes. Es una responsabilidad indirecta inexcusable de naturaleza extracontractual. Hay acumulación de responsabilidad extracontractual con una contractual, en el limitado sector donde se superponen los arts. 1118 y 2230, y el damnificado tiene opción para elegir una de las dos vías (LÓPEZ DE ZAVALÍA)

## **B- Jurisprudencia**

El depósito en las posadas es reglamentado en las legislaciones antiguas y modernas, como lo hace nuestro Código Civil, como un caso de depósito necesario; en consecuencia, como un contrato, puesto que existe acuerdo de voluntades entre el posadero y el viajero. El posadero ofrece a los viajeros el alojamiento y sus servicios y lo hace en su propio interés y en el de su negocio; es justo entonces que él tenga a su cargo toda la responsabilidad que la ley le impone. Todo ello sin perder de vista que los posaderos u hoteleros están sometidos a una reglamentación de carácter policial, algunas veces bastante severa, razón por la cual es necesario tener en cuenta la particular calidad "profesional" del depositario en este caso. (CNCom., Sala B, 1979/05/28, La Ley, 1980-A, 97, con nota de ALLENDE, G. L.).

El art. 2235 del Código Civil afirma el depósito "necesario" y la responsabilidad del hotelero en los mismos términos que lo hace en todo el capítulo (Cám. Civ., E, ED, 21, 348)

El hecho de que nuestro Código Civil no contenga una disposición análoga al art. 1113 (Adla, XXVIII-B, 1799), no quiere significar que el deudor no sea responsable contractualmente por el hecho de otro, pues semejante solución sería inaceptable desde el punto de vista práctico; razón por la cual se admite sin discrepancias que el deudor responde por los hechos de sus dependientes efectuados en el incumplimiento de la obligación, sin excusa posible. Nuestro Código trae aplicaciones concretas de ese principio en materia de locación de cosas (art. 1561), de locación de obra (art. 1631), de depósito necesario (art. 2230); pero como no hay nada de particular en estos supuestos, lo que se decide a su respecto puede ser generalizado para lograr una construcción jurídica (CNCiv., Sala D, 1983/08/29, La Ley, 1984-B, 75, con nota de BUSTAMANTE ALSINA, I. - JA, 983-IV-643 - ED, 106-683).

El hotelero responde aunque demuestre que le ha sido imposible evitar el daño; es decir que se trata de un caso de responsabilidad objetiva no sólo porque no hay liberación con la prueba de la ausencia de culpa, sino también porque responde aunque no se pueda atribuir imputación subjetiva a persona determinada. La demanda prospera aun cuando no se individualice al autor del daño; de ahí que sea casi imposible fundar la responsabilidad en la culpa cuando el sujeto que acusa el daño no está individualizado (CNCiv., Sala F, 1988/11/28, ED, 134-736).

Entre los efectos entregados al hotelero para su custodia y sobre los cuales versa la responsabilidad respectiva, se cuenta también el dinero. Lo que puede considerarse efectos de gran valor en un establecimiento de muy limitada importancia, no ha de serlo en los de categoría superior. De ahí que todo es cuestión de circunstancias en materia de responsabilidad específica del hotelero por la pérdida o sustracción de los efectos de las personas alojadas, y, en ese sentido, debe ser entendido el art. 2235 del Cód. Civil con arreglo al cual el viajero que trajese consigo objetos de gran valor, de los que regularmente no suele llevar, debe hacerlos saber y aun mostrarlos si se lo exigen, porque en caso contrario cesa la responsabilidad por pérdida. La responsabilidad del hotelero no es absoluta, en el sentido de comprender todas las pérdidas del cliente por grandes sumas. Si este tiene sus efectos, dinero, joyas u otros objetos de gran valor, razones de prudencia hacen aconsejable llevarlo a conocimiento del hotelero (CNCiv., Sala B, 1967/04/14, ED, 21-348 - La Ley, 1.127, p. 119).

**ARTICULO 2238.** En el depósito necesario es admisible toda clase de pruebas.

CONCORDANCIAS: arts. 1191, 1192, C. Civil

## **A- Doctrina**

Con una regla que literalmente es común al *depositum miserabile* y a la custodia hotelera, el art. 2238 preceptúa la admisibilidad de toda clase de pruebas".

### **1.- El depósito miserabile**

La excepción a los principios generales (art. 1193) y el apartamiento de la regla específica del art. 2201 se justifica, pues ante acontecimientos como los mentados en el art. 2227, no es de esperar que el depositante disponga ni de tiempo, ni de calma, para requerir una prueba escrita, aparte de que, posiblemente en dificultades ya para encontrar un depositario, no cabría agravarlas requiriéndole algo que psicológicamente es apto para retraer el ánimo de prestar el servicio. Sin embargo, se ha criticado al artículo, el hecho de que el Código pudo haberse ahorrado de repetir lo que ya resulta

del art. 1192 (LÓPEZ DE ZAVALÍA)

## **2.- La custodia hotelera**

La doctrina que enseña que aquí no hay un contrato de depósito (LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO, LORENZETTI), entiende en general que no se trata de la prueba de un tal contrato, sino de la prueba de la introducción de los efectos, de su clase, valor, y también de la prueba de haber dado la debida información que exige el art. 2235 para el anudamiento excepcional (LÓPEZ DE ZAVALÍA, ZUNINO).

## **3.- Criterio de valoración. Carga de la prueba**

La genérica admisión de todo tipo de prueba, exige que todos ellos, en particular la testimonial, sean examinados a la luz de la sana crítica, como pauta objetiva y racional que evite la connivencia dolosa para defraudar los intereses del depositario (ZUNINO).

En materia de carga probatoria, rigen los principios generales, esto es cada una de las partes debe probar los hechos controvertidos que alegue, y el presupuesto de hecho de la norma que invoque como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Así, se ha dicho que el depositante en el *depositum miserabile*, y el viajero o huésped, deben probar la cantidad, calidad, y valor de los bienes que se alegan perdidos o dañados, como así también el supuesto fáctico previsto por la ley para tornar aplicable el régimen de excepción propio del depósito necesario (ZUNINO).

## **B- Jurisprudencia**

En el caso de depósito necesario y de efectos introducidos en las posadas u hoteles por los viajeros, el legislador ha considerado que, en razón de las circunstancias premiosas en que el depositante se halla -en el primer supuesto- o de las condiciones propias del lugar al cual llega -en el segundo supuesto-, ni a uno ni a otro se les puede exigir previamente los documentos que demuestren el depósito, por lo cual se les autoriza, en tales hipótesis, el empleo de toda clase de pruebas (Cám. Civ., F, LL, 94, 520)

ARTICULO 2239. En todo lo demás el depósito necesario es regido por las disposiciones relativas al depósito voluntario.

CONCORDANCIAS: arts. 2190 a 2193, 2197 a 2200, 2202 a 2226, C. Civil

## **A- Doctrina**

La norma se aplica a la custodia hotelera (LÓPEZ DE ZAVALÍA), aunque se ha señalado su escaso interés respecto a este contrato debido a su completo marco regulatorio (ZUNINO), razón por la cual se entiende que su mayor campo de aplicación refiere al *depositum miserabile*, pues su estatuto especial se limita a los regimenes probatorio y de capacidad (ZUNINO)

## **TITULO VIII**

### **Del depósito**

ARTICULO 572 - Sólo se considera comercial el depósito que se hace con un comerciante, o por cuenta de un comerciante, y que tiene por objeto o que nace de un acto de comercio.

CONCORDANCIAS: arts. 1190 a 1193, 2182 a 2239, C. Civil; arts. 5, 8, 123 a 130, 207 a 209, 573, 577 C. Com.

## **A- Doctrina**

Se remite al comentario de los arts. 2182, 2184 a 2189 C. Civil

ARTICULO 573 - El depositario puede exigir por la guarda de la cosa depositada, una comisión estipulada en el contrato, o determinada por el uso de la plaza. Si ninguna comisión se hubiese estipulado, ni se hallase establecida por el uso de la plaza, será determinada por arbitradores. El depósito gratuito no se considera contrato de comercio.

CONCORDANCIAS: arts. 2183, 2218, 2219, 2223, 2224, C. Civil

#### **A- Doctrina**

Para los aspectos generales, se remite al comentario de los arts. 2183, 2218 y 2219 C. Civil.

Como a diferencia del civil, el depósito comercial es esencialmente oneroso, el interés del artículo radica en que la falta de convenio expreso sobre retribución no excluye necesariamente la existencia de este último contrato, el que podrá ser probado conforme a las reglas ordinarias. Y allí entra a jugar el orden de prelación previsto por el texto legal, en caso de ausencia de una estipulación expresa (ROUILLON – ALONSO)

ARTICULO 574 - El depósito se confiere y se acepta en los mismos términos que el mandato o comisión, y las obligaciones recíprocas del depositante y depositario, son las mismas que se prescriben para los mandantes y mandatarios y comisionistas, en el título: "Del mandato y de las comisiones o consignaciones".

CONCORDANCIAS: arts. 2182, 2190 a 2224, C. Civil; arts. 123 a 130, 221 a 281, 572, 573, 575, 577, 578 C. Comercio

#### **A- Doctrina**

Para los aspectos generales, se remite al comentario de los arts. 2182, 2184, 2192 a 2224, C. Civil.

Para el problema del debate acerca del carácter consensual o real del depósito mercantil: ver comentario al art. 2182 § 3. El tenor literal del artículo, que expresa que el depósito "*se confiere y se acepta en los mismos términos que el mandato o comisión*" da pie a aquellos autores (SPOTA, LÓPEZ DE ZAVALÍA) que predicán su carácter consensual,

ARTICULO 575 - El depositario de una cantidad de dinero no puede usar de ella. Si lo hiciere son de su cargo todos los perjuicios que ocurran en la cantidad depositada, aunque provengan de caso fortuito, y debe abonar al depositante los interés corrientes.

ARTICULO 576 - Si el depósito se constituyere con expresión de la clase de moneda que se entrega al depositario, serán de cuenta del depositante los aumentos o bajas que sobrevengan en su valor nominal.

CONCORDANCIAS: arts. 584 a 588, 2188, inc. 2º, 2189, inc. 1º, C. Civil

#### **A- Doctrina**

Para el art. 575, se remite al comentario de los arts. 2220 a 2223 C. civil, especialmente el § 2.

Según enseñanza corriente de la doctrina, el art. 576 haría una aplicación de aquél principio según el cual las cosas se deterioran aumentan, o perecen para su dueño (FERNÁNDEZ – GÓMEZ LEO, LORENZETTI, ROUILLON - ALONSO). Pero ello supone reputar “dueño” al depositante, lo cual no es jurídicamente posible en el depósito irregular. La regla tampoco podría fundarse en el “oficio de amistad”, que no es lo que se tiene en miras en el depósito mercantil (LORENZETTI). Parece mejor decir que, en ausencia de pacto en contrario, la ley – inspirándose en las resonancias de ambos principios, y no obstante que no sean estrictamente aplicables- ha querido poner sobre las espaldas del depositante esos riesgos, con independencia del carácter regular o irregular del depósito.

ARTICULO 577 - Consistiendo el depósito en documentos de crédito que devengan intereses, estará a cargo del depositario su cobranza y todas las demás diligencias necesarias para la conservación de su valor y efectos legales, so pena de daños y perjuicios.

CONCORDANCIAS: arts. 2202 a 2204, C. Civil; art. 574, C. Com.

#### **A- Doctrina**

Se remite al comentario de los arts. 2202 a 2204 C. civil, especialmente § 3.

ARTICULO 578 - El depositario a quien se ha arrebatado la cosa por fuerza, dándole en su lugar dinero o algo equivalente, está obligado a entregar al depositante lo que ha recibido en cambio.

CONCORDANCIAS: art. 2210, 2216, 2217, C. Civil; art. 574 C. Com.

#### **A- Doctrina**

Se remite al comentario del art. 2210 C. civil

ARTICULO 579 - Los depósitos hechos en bancos públicos, quedan sujetos a las disposiciones de las leyes, estatutos o reglamentos de su institución; y en cuanto en ellos no se halle especialmente determinado, serán aplicables las disposiciones de este título.

CONCORDANCIAS: arts. 2182 a 2226 C. Civil; arts. 8, inc. 3º, 572 a 578, 791 a 797, Libro II, Tit. X C. Com.; Leyes 20.663, 21.526, 24.485; Com BCRA “A” 2807, “A” 3042, “A” 3043, “A” 3075

#### **A- Doctrina**

##### **1.- Depósitos bancarios. Nociones generales**

Se ha dicho que el «depósito bancario es la operación realizada entre el cliente del Banco, y el Banco, en razón del cual el primero recibe fondos del segundo y tiene obligación de devolverlos cuando el cliente depositante lo exija (a la vista), o al vencer el plazo por el cual depositó» (ROUILLON – ALONSO, BOLLINI SHAW – BONEO VILLEGAS, MARTORELL), para añadir inmediatamente que se «trata de la principal operación pasiva de la banca, mediante la cual se captan ahorros del público para su posterior colocación, en general en concepto de préstamos» (ROUILLON – ALONSO)

En un marco conceptual y terminológico donde casi todo ha sido discutido, se debate arduamente en doctrina sobre la naturaleza jurídica del depósito bancario, y es clásico enunciar cuatro tesis: la del depósito irregular, la del mutuo, la del contrato sui generis, y la del contrato bancario típico.

En realidad – y prescindiendo de aquél debate que será abordado en otra parte de esta obra- una parte de las dificultades deriva del uso indistinto del término “depósito bancario”, para designar una serie de figuras u operaciones bancarias (de títulos, o de dinero; a la vista, o a plazo fijo; retribuido con tasa de interés, o sin retribución; etc), a las que resulta un tanto difícil reducir a unidad conceptual. Así v.g., y como ya fuera examinado (ver comentario a los arts. 2216 a 2219 § 2), en el denominado depósito a plazo fijo, aunque algunos han pretendido ver un depósito irregular, como bien se ha dicho la derogación convencional de lo dispuesto en el artículo 2217 C. civil roza los límites mismos de la figura, pues el plazo a favor del depositario tiene su contrapartida en el interés del depositante que busca lucrar con el arrendamiento del dinero (ZUNINO, BARBIER). Desde la perspectiva de la teoría de las atribuciones patrimoniales (BEKKER, REGELSBERGER, VON TUHR, DIEZ PICAZO), que es la que usualmente se emplea para diferenciar el depósito del mutuo (ver comentario al art. 2182, § 5.2) distinguiendo según el beneficiario del interés sea el *tradens*, o el *accipiens*, resulta en efecto muy difícil ver aquí un depósito, toda vez que es el *accipiens* – y no el *tradens*- quien paga por tener el dinero; y en general podrá afirmarse otro tanto, cada vez que se reproduzca este fenómeno de la retribución a cargo del banco receptor de los fondos. Sin adscribir por ello a la tesis del mutuo, parece indudable que en estas hipótesis, la aproximación con la mencionada figura es mayor que con la del depósito, en especial si – como es práctica bastante usual en nuestros días- además del pago de un interés a favor del *tradens* y pretense “depositante”, se pactare una multa para el caso de que este pretendiere precancelar la colocación, o la mantuviere prolongadamente a la vista luego del vencimiento del plazo.

Por ello, la aproximación a la figura del depósito irregular en sentido técnico, se reduce a aquellas hipótesis de colocaciones en cuentas a la vista, que además no generen una obligación de retribuir para el *accipiens*. Sin embargo, aún allí la teoría de las atribuciones patrimoniales tendría lo suyo que aportar al debate, desde el momento en que se considerara que para el banco receptor de los fondos la operación del caso sería pasiva, es decir de captación de ahorros del público para su posterior colocación, y por lo tanto una hipótesis donde podría decirse que, bien mirado, el *accipiens* recibe algún tipo de beneficio. Pero por otra parte, en un terreno donde casi todo ha sido discutido, también se ha puesto en tela de juicio – con variados argumentos- la clasificación entre operaciones activas y pasivas (COLAGROSSO, LA LUMIA, GRECO, HAMEL).

De todos modos, y como una observación aplicable a toda la variada gama de figuras que se estudian bajo la común denominación de “depósito bancario”, a la hora de conceptualizar a cualquiera de ellas como contrato de “depósito” en sentido técnico, ha de tenerse presente un principio ya estudiado: no hay depósito si la guarda solo constituye una finalidad instrumental o accesoria o consecuente de otra que, por ser la principal, tipifica un contrato distinto (ver comentario al art. 2182, § 2, y a los arts. 2202 a 2204, § 1).

En síntesis, con la terminología “depósito bancario”, se designa un género gramatical, antes que un verdadero género conceptual dentro del cual puedan quedar reducidas a unidad una serie de figuras específicas, porque fuera de tratarse de contratos donde el banco actúa como *accipiens*, poco hay de común entre todas las figuras que permita practicar una *reductio ad unum*. Por motivos distintos, también pertenece al mundo de la plurisignificación (ver comentario al art. 2182 C. Civil), y por lo tanto las

reglas del contrato de depósito solamente serán aplicables en la medida de una real aproximación a la figura.

**2.- Remisión**

Se remite al comentario de los arts. 791 a 797 C. Com.