

Voces: UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ CONTRATO ~ CONTRATO BANCARIO ~ DEPOSITO ~ PRUEBA ~ EFECTOS DEL CONTRATO ~ DEPOSITO VOLUNTARIO ~ DEPOSITO REGULAR ~ DEPOSITO IRREGULAR ~ DEPOSITO NECESARIO

Título: Contrato de depósito en el Código Civil y Comercial

Autor: Alou, Stella Maris

Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), 21/04/2015, 183

Cita Online: AR/DOC/1096/2015

Sumario: Introducción. Aclaraciones preliminares.— I. Concepto: análisis de su definición legal.— II. Caracteres.— III. Elementos.— IV. Prueba.— V. Clases de depósito.— VI. Efectos entre las partes.— VII. Depósito necesario o forzoso.— VIII. Depósito en los hoteles.— IX. Supuestos asimilables.— X. Casas de depósito.

(*)

Introducción. Aclaraciones Preliminares

El instituto en análisis presenta en el Derecho Objetivo a la hora de la preparación de este trabajo, una regulación dual, por cuanto lo abordan ambos códigos aún vigentes. El Código Civil lo hace en sus arts. 2182 a 2239 y el Código de Comercio lo trata desde el art. 572 al 579.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, establece para el Depósito un régimen unificado que —advertiremos en este desarrollo— tiene la elasticidad suficiente para permitir su aplicación sin tensiones a los diferentes depósitos que se celebren en la realidad negocial; tanto si lo hacen profesionales de la actividad, como si se conviene entre particulares (el denominado depósito inter amicus), comprendiendo asimismo sus diferentes clases que la nueva legislación conserva: oneroso, gratuito, voluntario, necesario o forzoso, regular e irregular.

Dado que será necesario aludir a los ordenamientos que nos dejarán de regir en breve, creemos conveniente establecer una suerte de glosario, aclarando así que cuando refiramos al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, lo denominaremos CCyC., y cuando nombremos a los códigos velezanos, lo haremos con las designaciones CCiv. y CCom.

Nos ha parecido oportuno realizar algunas consideraciones en cuanto a la metodología utilizada por la nueva legislación. Así cabe consignar que se evitan las reiteraciones en el tratamiento de temas que pueden ser resueltos por la aplicación de reglas generales. Esta es una característica muy destacable en rigor de verdad de todo el CCyC. porque ha eliminado las replicaciones de conceptos, recurso innecesario en el marco de un sistema como el que conforma.

Así veremos que respecto de cuestiones que tienen regulación ya sea en su Parte General (Libro Primero), o bien en las Disposiciones Generales de los Contratos en General (Libro Tercero), al analizar los contratos en particular, debe considerarse que hay una remisión implícita y no un olvido u omisión del legislador actual, como veremos en este trabajo en temas tales como la capacidad, los efectos del contrato entre partes, los derechos de los contratantes frente al incumplimiento de la contraria.

Asimismo es menester efectuar alguna aclaración liminar respecto de situaciones particulares en las que —a falta de regulación expresa— doctrina y jurisprudencia han entendido que es de aplicación el régimen del depósito. Nos referimos acá a relaciones convencionales que, o bien han sido consideradas lisa y llanamente supuestos de este contrato, o han sido resueltas por aplicación subsidiaria de su régimen legal. Esto ocurre por ejemplo con el contrato de caja de seguridad (1), con el contrato de garaje (2); e incluso con los depósitos bancarios. (3)

En este punto el CCyC. ha tomado partido. Regula en el Libro Tercero, Derechos Personales; Título IV - Contratos en particular; Capítulo 11 "El Depósito" en 4 Secciones: Disposiciones Generales, Depósito Irregular, Depósito Necesario (aquí trata el depósito en los hoteles y locales asimilables como garajes y playas de estacionamiento entre otros) y Casas de Depósito.

Luego dedica un capítulo diferenciado —el 12— para los "Contratos Bancarios" dentro de cuyo articulado regula los depósitos bancarios, los contratos de caja de seguridad y otros negocios afines pero específicos de la actividad bancaria, marcando de manera evidente que esos actos responden a otra causa económica social que el instituto en estudio.

En este trabajo entonces nos abocaremos al análisis del Capítulo 11.

I. Concepto - Análisis de su definición legal

El art. 1356 del CCyC. dice: "Definición. Hay contrato de depósito cuando una parte se obliga a recibir de otra una cosa con la obligación de custodiarla y restituirla con sus frutos".

La disposición coloca las tres obligaciones definitorias del tipo —las de recibir, cuidar y devolver— en

cabeza del depositario. La primera obligación enunciada en la definición, esto es la recepción, es necesaria para el comienzo de la ejecución del depósito. El recibir de la "otra" la cosa da cuenta del carácter relacional del vínculo, y es preciso que el depositante haga la entrega para que se empiecen a desplegar los efectos del contrato ya perfeccionado por el consentimiento. En otras palabras, no se puede cuidar una cosa que no fue entregada, porque de esa entrega depende el momento inicial de la ejecución de las obligaciones contraídas.

Adviértase que no surge de la definición legal —y con razón— la obligación del depositante de entregar la cosa, omisión que obedece al interés en juego en la celebración de este contrato. (4)

La entrega es entonces una condición meramente potestativa de eficacia del negocio celebrado, desde que no hay obligación de dar la cosa. El depositante tiene un directo poder decisional sobre los efectos contractuales. La extinción depende de su voluntad exteriorizada en el comportamiento de la falta de dación de la cosa objeto del depósito. (5)

El depositario se obliga a recibir la cosa que otro le da, y el depositante la entrega porque es propietario, poseedor o tenedor, es decir tiene un señorío jurídico que pasa a manos del depositario, lo que se deriva del sintagma adverbial "de otra" puesto luego del verbo recibir, y no del sustantivo cosa.

Una vez recibida la cosa, la obligación nuclear y principal del depositario es el cuidado. El servicio específico debido es la custodia. Se trata de un hacer que puede consistir en guardar la cosa donde esté segura o en desplegar una actividad con atención y diligencia para la conservación de la cosa. La obligación se cumple según lo convenido de modo específico, con las modificaciones exigidas por las circunstancias del caso, sean las previstas al tiempo de la celebración o incluso las que pudieran sobrevenir, en un todo de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1362 del CCyC.

Las expresiones "guarda" y "custodia" son sinónimos (6) y suponen tener algo a cuidado, defenderlo, vigilarlo, poner algo donde esté seguro y preservarlo del daño que le pueda sobrevenir, conservar algo.

Finalmente, está la obligación de restituir la cosa depositada, que deberá hacerse al depositante o a la persona indicada por él. La obligación de devolver la cosa comprende los accesorios, ya que el depositario de cosa cierta es tenedor y no adquiere los frutos percibidos y pendientes. Volveremos sobre los accesorios al referir a la restitución como efecto entre partes, ya que el tema asume ribetes particulares cuando el depósito celebrado se puede calificar como irregular. En síntesis, la recepción y la restitución son obligaciones que se encuentran en el principio y el fin de la vida del contrato, ínterin está el cuidado de la cosa: la custodia de la cosa ajena es lo central del depósito.

II. Caracteres

I. Según la clasificación técnico-jurídica

a) El Depósito es Consensual

Un aspecto novedoso del CCyC., ya que en ambos códigos velezanos milita en la categoría de contrato real, clasificación ésta que la nueva legislación deja sin efecto. Esta es una característica que podemos afirmar a partir del modo de conclusión de los contratos que el CCyC. prevé en su art. 971: el perfeccionamiento de un contrato se da "...con la recepción de la aceptación de la oferta o por conductas demostrativas del acuerdo". La entrega de la cosa ya no debe sumarse a la manifestación del consentimiento para constituir el acto, sino que se sitúa en la etapa ejecutiva del depósito. El carácter consensual acaba con la discusión de la validez o invalidez de la promesa de contrato real, por lo que entendemos que las partes pueden pactar eficazmente la obligación de celebrar el contrato en el futuro. Sin embargo, la omisión de dar, cuando el depósito es oneroso, no faculta al depositario a demandar la ejecución específica de la entrega, simplemente porque la entrega de la cosa no es una obligación que el codificador coloque en cabeza del depositante.

b) El Depósito se presume Oneroso

Así reza el art. 1357 del CCyC., aplicando la categoría expresa contenida en el art. 967 del mismo cuerpo legal, marcando claramente la "comercialización" del Derecho Civil. La frontera entre el depósito mercantil y el civil ha sido justamente el carácter oneroso del primero (art. 573 CCom.) frente a la gratuidad tipificante del segundo de los nombrados (arts. 2182 y 2183 CCiv.). Se colige entonces que ante el silencio de las partes el contrato debe presumirse oneroso, ya que la gratuidad requiere pacto expreso. El pacto de gratuidad no exime al depositante de abonar los gastos en que el depositario hubiera incurrido para la custodia y restitución en tanto hubieran sido razonables. Pueden presentarse situaciones de excepción al carácter oneroso cuando el contrato de depósito aparece unido con dependencia unilateral a otro contrato oneroso, tal el caso de la prestación de servicios en establecimientos y locales como sanatorios, gimnasios, restaurantes, clubes, y otros que resulten asimilables, a los que igualmente se les aplicará la regulación del depósito, conforme surge del art. 1375 CCyC. como veremos más adelante. El carácter oneroso tiene influencia decisiva en la responsabilidad de los contratantes y en definitiva en la relación de reciprocidad, más no es una nota tipificante del negocio.

c) El Depósito puede ser Unilateral o Bilateral

Estas categorías definidas por el art. 966 CCyC., podrán ser aplicadas al depósito según cómo se hubiera contratado el mismo. Si el depósito es oneroso, las partes han quedado obligadas recíprocamente la una hacia la

otra ya que el depositario deberá custodiar y el depositante abonar el precio de dicha custodia y por lo tanto estaremos frente a un contrato bilateral. Si en cambio se hubiera acordado que el negocio fuera gratuito, el único que ha quedado obligado con la celebración es el depositario a recibir, guardar y restituir, por lo que deberemos calificar a ese depósito como unilateral. En definitiva, esta es una categoría que tampoco tipifica.

d) El Depósito es Conmutativo

En efecto, cuando el depósito no tiene pacto de gratuidad y asume la forma onerosa, la certeza de las ventajas para todos los contratantes permite calificarlo como negocio conmutativo. Ello surge del art. 968 del CCyC.

e) El Depósito es No Formal

Las categorías de contratos Formales y No Formales son a partir del nuevo código, categorías expresas de clasificación, conforme el art. 969 del CCyC.

El instituto en análisis es no formal ya que la ley no exige solemnidad para su validez ni para la producción de sus efectos propios. De manera coincidente, los arts. 284 y 1015 del CCyC. consagran el principio de libertad de forma; el primero de ellos referido a los actos jurídicos en general y el segundo citado, a los contratos en general. Conforme ambas disposiciones, cuando la ley no ha establecido una forma determinada para exteriorizar la voluntad, las partes podrán hacerlo como estimen conveniente: verbal, escrita o por la ejecución material. Sin perjuicio de lo expuesto, hay una limitación en materia de prueba, que luego trataremos.

f) El Depósito es un contrato Nominado

El CCyC. en su art. 970 incorpora las categorías de contratos Nominados e Innominados, asignando a estas expresiones el mismo sentido que le adjudicó el CCiv., en contra de los criterios doctrinarios actuales en la materia. Esto es así ya que nominar en un sentido estricto es nombrar, dar un nombre o designación y sin embargo con la denominación "contrato Nominado" referimos a aquellos negocios a los cuales el legislador los nombró porque necesitó regularlos. De allí que sea muy usual encontrar en las clasificaciones estos binomios "Nominado o Típico" e "Innominado o Atípico". Se advierte entonces que cuando se refiere a "Nominado" se está diciendo mucho más, se dice que ese contrato tiene una regulación, posee normas dispositivas a las que se puede acudir frente al silencio de las partes y como contrapartida, las partes podrán modificar salvo que en ellas esté comprometido el orden público, como ocurre con el depósito necesario.

g) El Depósito es de Ejecución Diferida

Esta categoría clasificatoria, opuesta a la ejecución inmediata, continúa siendo implícita en nuestro derecho (7) (art. 1091 CCyC). Ella supone que la ejecución del contrato no se da en el acto mismo de la celebración, sino que el cumplimiento de la prestación a cargo de —al menos— una de las partes se "difiere" (8) a un momento posterior. Sin dudas el depósito se enrola entonces en esta categoría ya que la guarda de la cosa necesariamente se "remite" por la inevitable existencia de un plazo por el que se va a guardar la cosa depositada. Este plazo podrá estar convenido o no al tiempo de la celebración, según surge del art. 1359 del CCyC.

h) El Depósito es de Ejecución Continuada

La ejecución continuada o permanente es otra categoría implícita, (arts. 863 y 1091) opuesta a la ejecución instantánea y supone que la prestación de una parte al menos es insusceptible de agotarse en un único acto de ejecución. El contrato se ejecuta bien mediante una prestación continua o bien mediante una prestación reiterada en el tiempo. (9) En el instituto en estudio, si bien el depositante puede abonar el precio convenido en un único acto, al depositario le será imposible brindar toda la custodia de esa manera, la brindará de manera continua a lo largo del tiempo del depósito.

II. Según la clasificación económico-social

Desde este punto de vista estamos frente a un contrato de "Custodia", porque cumple una finalidad de seguridad, de guarda, de recaudo y conservación de bienes. Esta afirmación en el marco del depósito, parece una verdad de Perogrullo, más es de la mayor importancia porque esta finalidad esencial determina la pertenencia del interés en juego en el contrato. A resultas de ello, coadyuva a la interpretación, a la aplicación al caso de la disciplina correcta, permite descalificar las cláusulas que desnaturalicen el acto y determinar los perfiles y alcances de las obligaciones de las partes. Esta clasificación nos facilitará distinguir un depósito irregular de un mutuo y explica por qué el CCyC. reguló los depósitos bancarios en otro capítulo diferente.

III. El Depósito podrá ser un Contrato de Consumo

Cuando se verifique la concurrencia de los requisitos establecidos en los arts. 1º y 2º de la Ley de Defensa del Consumidor, el depósito deberá considerarse un contrato de consumo y allí entrará a regir la prelación dispuesta por el art. 3º de esa normativa. Es determinante en la especie, que el depositario realice las tareas de custodia como prestador profesional, aún actuando ocasionalmente. Quedarán fuera de la regulación de consumo los casos de contratos entre particulares, el supuesto ya nombrado de contrato inter amicus.

III. Elementos

La nueva legislación conserva la estructura del acto jurídico y dentro de ella, la del contrato. (10) En consecuencia, el contrato de depósito tiene elementos esenciales que pueden ser generales (también llamados estructurales o constitutivos) y particulares (o tipificantes). (11)

I) Elementos Esenciales Generales

Los elementos esenciales generales son —como en cualquier contrato— el consentimiento, el objeto y la causa. Analizaremos a continuación cada uno de ellos, no sin antes aclarar que si bien alguna obra jurídica entiende que la forma es un elemento, consideramos que en realidad se trata de un presupuesto del consentimiento, esto es, la solemnidad con la que deberá manifestarse la voluntad negocial para surtir todos sus efectos. (12)

a) Consentimiento

Es el acuerdo de voluntades entre depositante y depositario que cobra relevancia en el CCyC. porque es el único elemento que perfecciona el acto. La entrega de la cosa ya no pertenece —como anticipamos— a la instancia formativa del contrato.

En efecto, surge claro del art. 1356 que el contrato de depósito se configura con la obligación de una parte (depositario) de recibir una cosa con obligación de custodiar y restituir la misma con sus frutos.

a.1) Presupuestos del consentimiento: capacidad y forma

a.1.1) Capacidad

Atendiendo a la capacidad de ejercicio (13), el CCyC. se ha apartado con razón del criterio del legislador histórico, con relación a la inclusión de reglas de capacidad en este contrato. La metodología es acertada ya que la incorporación de reglas de capacidad en la regulación de un contrato en particular encuentra justificación si con ello se modifica la regla general, lo que no ocurre en el CCiv. y tampoco en la nueva legislación

Como consecuencia de lo expuesto, el CCyC. en el tratamiento de la parte general de los contratos a partir del art. 1000, se limita a establecer los efectos de los contratos celebrados por personas incapaces o con capacidad restringida, sin reiterarlas ni incorporar reglas diferentes a las generales contenidas en el nuevo ordenamiento a partir de su art. 22.

Es así que allí deberemos remitirnos a efectos de determinar quiénes poseen capacidad de ejercicio para celebrar un contrato de depósito. Resulta de ellas que en principio dicha capacidad se tiene a los 18 años, oportunidad en la que se adquiere la mayoría de edad. Si bien el CCyC. ha seguido los lineamientos ya vigentes en nuestro derecho positivo, se ha incorporado la denominada "capacidad progresiva", que importa el reconocimiento de ciertos derechos a los menores de 18 años, cuando han adquirido edad y grado de madurez suficiente. En estos supuestos, la regla de la incapacidad cede y el ordenamiento les permite ejercer por sí ciertos actos jurídicos.

Refiriéndonos de manera exclusiva a la capacidad para celebrar contratos aplicada al instituto en estudio, surge que la persona humana que no hubiera cumplido 18 años no podrá celebrar contrato de depósito salvo: que se hubiera emancipado (art. 27) o que la cosa depositada hubiera sido adquirida con el producto de su profesión, ejercida ésta por la obtención de un título habilitante (art. 30), ya que en esas circunstancias cuenta con la administración y disposición de los bienes así adquiridos y podrá intervenir en los procesos civiles y criminales que tengan como causa dicho ejercicio profesional, o estuvieren vinculados con actos jurídicos que tengan por objeto bienes que integran el mencionado peculio profesional.

Fuera de estos supuestos, la persona menor de edad, ejerce sus derechos a través de sus representantes (art. 26 CCyC.), presumiéndose la conformidad de éstos cuando se trate de contratos de escasa cuantía realizados en la vida cotidiana (art. 684 CCyC.).

Si la persona fuera mayor de edad, pero hubiera sido declarada incapaz o con capacidad restringida por una sentencia judicial, la posibilidad de celebrar un contrato de depósito válido surgirá de la extensión y alcance de la restricción que el resolutorio fije.

Resulta entonces de relevancia analizar la sentencia porque de allí surgirán las funciones y actos que se limitan y eventualmente también la o las personas que se desempeñen como "apoyo" (arts. 43 y ss.) y cuya manifestación de voluntad pueda ser requerida en aras a la formación del consentimiento contractual.

Lo propio acontecerá con aquellos a quienes una sentencia de inhabilitación, les hubiera limitado actos de administración en los que pudiera considerarse comprendido el contrato de depósito (art. 49).

En este punto, parecen aplicables las distinciones entre acto de administración y acto de disposición que se hacen en nuestro derecho con aceptación general. (14)

a.1.2) Legitimación

Corresponde inicialmente, sentar la diferencia entre capacidad y legitimación. La doctrina entiende con cierto grado de conformidad que la legitimación supone el "poder de disposición de un derecho", se mira la capacidad para realizar específicamente un acto concreto, la posición en que una persona se halla con relación a

un patrimonio ajeno en cuya virtud la declaración de voluntad del sujeto tiene consecuencias jurídicas respecto al titular de aquel patrimonio. (15)

Desde este punto de vista, depositante puede ser cualquier persona que tenga con relación a la cosa alguna situación de "señorío fáctico", ya que sólo puede ser tradens quien está en relación fáctica con la cosa. (16) El contrato de depósito no transmite a quien recibe la cosa ningún derecho real (con la salvedad del depósito irregular que se abordará al tratar las clases de depósito), porque sólo se espera de él la guarda o custodia de la misma, es decir un acto de administración que incluso a veces es pasivo. Tan es así, que por regla general el depositario no puede apropiarse de los frutos de la cosa, premisa que surge de la propia definición cuando reza "...restituirla con sus frutos" y sólo adquiere, en virtud del contrato, derechos personales al cobro de la contraprestación —salvo pacto en contrario— y de daños y perjuicios —si correspondiera—.

Por ello, quien entrega la cosa al depositario puede ser dueño, un mero tenedor, un administrador e incluso quien la haya robado a su dueño o detentador. Esta afirmación resulta refrendada por la regla del art. 1365 CCyC., por la cual le está vedado al depositario exigir que el depositante acredite ser dueño de la cosa depositada.

Veremos cuando tratemos los efectos del contrato entre las partes, cómo se analiza en cambio la legitimación en orden a la restitución de la cosa depositada.

a.1.3) Forma

El contrato de depósito continúa siendo en nuestro derecho un contrato no formal por cuanto la ley no le ha impuesto una solemnidad determinada para su celebración (art. 1015 CCyC.). Podemos afirmar nuevamente que a su respecto rige el principio de la libertad de formas, pudiendo celebrarse verbalmente, por escrito y en este caso por instrumento público o privado.

Sin perjuicio de ello, deberemos estar a los usos y prácticas con relación a la instrumentación, en orden a facilitar su prueba. Ello se colige del art. 1019 CCyC. que impide la prueba exclusiva de testigos para aquellos contratos que sea de uso instrumentar. En consecuencia, los contratos de depósito que conforme los usos y prácticas observadas se instrumenten, no podrán probarse exclusivamente por testigos. Se observa acá, la influencia del Derecho Comercial, ya que los usos y prácticas constituyen una fuente de derecho de relevancia en ese ámbito. Claro está que si el contrato en cuestión no fuera negado en juicio, la ausencia de instrumentación en nada afectará su validez, por ser el instrumento exigido únicamente a los fines de la prueba, tema al que nos referiremos en el punto 4 de este trabajo.

Mención aparte merece aquí lo dispuesto en el art. 1377 CCyC., referido a las Casas de Depósito. Sin perjuicio de las variantes que conforme calificada doctrina comercial pueden incluirse en esa denominación (17), lo cierto es que la unificación de las regulaciones civil y comercial para el instituto en estudio, obligan a contemplar los supuestos de depositarios profesionales (comerciantes o empresarios), a quienes esta disposición obliga a dar recibo de las cosas dadas para su custodia. En dicho documento, deberán describir naturaleza, calidad, peso y cantidad o medida de la cosa depositada. Probablemente este requisito que parece instrumental, sea en rigor de verdad más atinente a la prueba que a la forma. Acreditará a favor del depositante quien está interesado en contar con un detalle de lo depositado en orden a la restitución debida. Y también será prueba para el depositario, ya que tratándose en estos supuestos de "profesionales", estarán obligados a llevar la contabilidad dispuesta por el CCyC. en sus arts. 319 y 330 (entre otros), para llevar a la razonable convicción de la celebración, eficacia y extinción del depósito.

a.2) Vicios del consentimiento

El CCyC. mantiene respecto de los vicios del consentimiento la trilogía del derecho actual, regulando con escasa modificación los vicios de error, dolo y violencia.

a.2.1) Error

Respecto del error como vicio del consentimiento aparece una novedad en el CCyC. con respecto a la regulación que el tema tiene en el CCiv.

Este último, al tratar el error, establece una excepción a la regla general de ese cuerpo legal, sentando en su art. 2184 que 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. Conforme su última parte, le confiere al depositario que ha padecido error respecto de la persona del depositante o que ha descubierto que la guarda de la cosa causa algún peligro, la posibilidad de restituir el depósito inmediatamente. La consecuencia es similar en sus efectos a los de la nulidad (18) por cuanto en definitiva postula la restitución de la cosa dada.

El CCyC. no contiene norma similar a la comentada, por lo que deberá colegirse que para el nuevo ordenamiento en ciertos supuestos de error, el contrato deberá anularse. Para ello el error deberá ser de hecho y esencial (art. 265).

Cabe consignar aquí una novedad más metodológica que sustancial del nuevo código en la materia. En el Título Preliminar, el art. 8° trata el Principio de Inexcusabilidad, conforme el cual la ignorancia de la ley no sirve de excusa para su cumplimiento, salvo que la excepción esté autorizada por ley.

La redacción de esta disposición —al igual que muchas otras en el CCyC.— no es de lo más feliz. En rigor de verdad, el desconocimiento de la ley no puede usarse de excusa para dejar de cumplirla, es decir, para su incumplimiento. Sin perjuicio de lo dicho, queda claro que el denominado error de derecho continúa siendo inexcusable en el derecho argentino, como regla.

En consecuencia, cuando el nuevo código regula el error como vicio de la voluntad al tratar los hechos y actos jurídicos, sólo refiere al error de hecho.

En error será esencial cuando recaiga sobre la naturaleza del acto o alguno de sus elementos esenciales, lo que surge del art. 267.

A más de lo referido, el art. 265 agrega que tratándose de un acto bilateral o unilateral recepticio, el error deberá además ser reconocible por el destinatario. La excusabilidad requerida por el CCiv. ha sido sustituida en el CCyC. por la "reconocibilidad" conforme la naturaleza del acto y las circunstancias de tiempo, persona y lugar (art. 266). Con este cambio, el derecho deja de mirar al que ha errado y pasa a ocuparse del destinatario de su declaración, a quien se lo va a tutelar en protección de la confianza depositada en esa declaración de voluntad. (19)

La consecuencia lógica es que no será merecedor de tal protección si pudo denunciar el error y no lo hizo, permitiendo que la contraria permaneciera en él. Esta nueva consideración del error deviene del eje axiológico de la "prevención" que da estructura al nuevo código. (20)

No anula el error de cálculo (art. 268) y el acto subsistirá si la parte contraria a la que ha incurrido en error, acepta ejecutar el acto como fue concebido por quien erró (art. 269), novedad que resulta a todas luces razonable porque resta toda relevancia al vicio del consentimiento.

Ahondar en el análisis del error, trasciende los objetivos de esta obra, pero nos parece importante destacar el último artículo de este capítulo —art. 270— que contempla el error en la declaración, haciendo aplicable a él lo regulado para el error en las disposiciones que lo preceden. El error en la declaración ha sido motivo de estudio en la doctrina y refiere a aquellos supuestos en los cuales la voluntad declarada no coincide con la voluntad interna del sujeto declarante. (21) Se ha protegido en este tema el interés de confianza del tercero de buena fe que sólo conoció la voluntad exteriorizada, solución que debe valorarse positivamente y descansa en el reconocimiento legal expreso que tiene en el nuevo código el principio de confianza (art. 1067).

a.2.2) Dolo

No existen modificaciones con relación a este vicio en el CCyC., ya que mantiene los criterios actuales en cuanto al concepto del dolo, sus clases y efectos y la equiparación para estos últimos de la omisión dolosa. Por lo tanto el dolo determinará también la nulidad del contrato de depósito, cuando sea esencial, grave, determinante de la voluntad y no haya dolo de ambas partes (art. 272). Esta conceptualización corresponde al denominado dolo principal. Si el dolo fuera incidental (art. 273) no afecta la validez del acto, al igual que en el derogado CCiv.

Se mantiene en la nueva legislación la posibilidad de que el dolo provenga de una parte contratante o de un tercero, y las reglas sobre responsabilidad civil del o de los autores de la acción u omisión dolosa. En este punto debemos destacar que la obligación de indemnizar que el CCiv. consagra de manera expresa sólo para el dolo incidental (22) se plasma en el art. 275 del CCyC. para ambas clases de dolo.

a.2.3) Violencia

El vicio del consentimiento denominado Violencia, es tratado en el CCiv. como "fuerza y temor" (arts. 936 y ss.).

El código nuevo lo nombra Violencia, tal como la doctrina y jurisprudencia han venido llamándolo con criterio unánime. Tampoco existe en este vicio modificación alguna ya que lo configura de idéntica manera a la regulada por Vélez Sarsfield. En consecuencia el depósito será nulo cuando para obtener el consentimiento se emplee fuerza irresistible o amenazas que generen el temor de sufrir un mal grave e inminente que no se puedan contrarrestar o evitar en la persona o bienes de la parte o de un tercero (art. 276).

La última parte del artículo referido, introduce una modificación metodológica ya que se aparta del criterio vellezano de particularizar demasiado al brindar pautas de análisis de la virtualidad de la violencia para nulificar el acto. El CCyC. se limita a brindar una directriz amplia y general "...situación del amenazado y demás circunstancias del caso" que le permitirá al juzgador evaluar el caso sometido a su jurisdicción y resolver en concreto.

Por lo demás, no hay modificaciones en cuanto a que la Violencia puede provenir también de un tercero (art. 277) y a la obligación de reparar los daños (art. 278).

b) Objeto

El objeto mediato del contrato de depósito, a partir de su definición, son las cosas.

El CCyC. en su art. 16 define a las cosas como "bienes materiales", tal como lo hacemos hoy.

Nos parece oportuno antes de continuar, hacer una muy breve referencia al concepto de objeto como elemento esencial del acto jurídico, que parece resultar de los arts. 279, 1003 y 1004 del CCyC. Se ha plasmado en tales disposiciones, la concepción doctrinaria denominada restringida, conforme la cual el objeto de los actos jurídicos y de los contratos como categoría de aquellos, son los hechos y los bienes (derechos y cosas). (23)

El reparo que se tiene con relación a la concepción restringida de este elemento, es el menor provecho en el análisis de sus requisitos. Por mencionar simplemente un ejemplo, será difícil evaluar la licitud y en algún caso incluso la posibilidad de las "cosas" como objeto por no ser ellas lícitas o ilícitas, posibles o imposibles en sí mismas. Por eso iniciamos el tratamiento de este elemento refiriendo al objeto mediato. (24)

Refiriéndonos ahora a las "cosas" que pueden ser objeto mediato del contrato de depósito, debemos concluir que el CCyC. sigue el criterio de Vélez Sarsfield en cuanto a que la cosa depositada puede ser mueble o inmueble, superando así la discusión que ha llevado varias páginas de nuestra doctrina pese a la claridad de la nota al art. 2182 CCiv. (25)

Una diferencia sustancial en el tratamiento de este tema es la distinción entre depósito regular y depósito irregular. Si bien luego desarrollaremos estas figuras en orden a su configuración y efectos, en punto a su objeto merece destacarse que el CCiv. sienta la diferencia entre una y otra categoría según la cosa depositada sea consumible o no. El criterio de la consumibilidad ha tenido críticas (26) en el sentido de que debió decir con mayor corrección: cosas fungibles y no fungibles, ya que en definitiva lo que determina que el depósito sea regular es que la cosa es —o se entregó— como no fungible (no equivalente a otro individuo de la misma especie, art. 232 CCyC. en sentido contrario) y para ello su consumibilidad es irrelevante.

El CCyC. ha recogido estas críticas y sienta la distinción en la fungibilidad (art. 1367), criterio acertado ya que en definitiva será la voluntad de las partes más que la naturaleza de las cosas lo que tipifique al depósito como de una u otra clase. (27) Así, hay cosas fungibles que se entregan de tal manera identificadas e identificables que no admiten más que la devolución de la misma e idéntica cosa. (28)

c) Causa fin

A diferencia del CCiv., el nuevo código se ha ocupado de dar una definición de causa de los actos jurídicos en su art. 281, expresando que es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad, integrando también aquella, los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa o tácita, si son esenciales para ambas partes.

Luego al referirse a los contratos en general, el CCyC. realiza una remisión a esta definición en su art. 1012, que consideramos una noción amplia de causa comprensiva de aspectos subjetivos y objetivos.

Esa finalidad inmediata que constituye la causa fin, es decir la causa como elemento estructural del contrato, consiste en el contrato de depósito esencialmente en la guarda de una cosa. Es la finalidad primordial y supone las acciones de custodiar, conservar y defender la o las cosa/s dadas por el depositante, constituyéndose dicha custodia a la vez en elemento esencial propio, es decir, tipificante del contrato. (29)

II. Elemento esencial particular: entrega de una cosa con finalidad de guarda

Como referimos anteriormente, la guarda es una finalidad esencial y tipificante del contrato. Esta afirmación se advierte cuando nos enfrentamos a otros negocios donde existe también obligación de guarda: no cabe duda de que el locatario tiene obligación de conservar la cosa locada, lo propio ocurre con el comodatario respecto de la cosa prestada y así podríamos enumerar otros contratos (transporte, contrato de obra, mandato). La diferencia entre el depósito y las figuras jurídicas mencionadas es que en estas últimas la guarda es un deber colateral de aquel que detenta la tenencia de una cosa ajena y en cambio en el contrato en estudio, es la finalidad primordial perseguida por la parte que la da.

Tanto es así que —en principio— aún tratándose de cosas fungibles o consumibles, lo que busca quien las entregó no es prestarlas sino ponerlas a recaudo. (30) Sin perjuicio de lo expuesto el depósito irregular tiene connotaciones especiales que trataremos al abordar las clases de depósito.

La guarda como elemento tipificante proyecta necesariamente su impronta a los efectos entre partes y así —por ejemplo— nos posibilitará determinar la extensión de la obligación del depositario que en algunos casos no se limitará al mero hecho de poner la cosa a buen recaudo, sino que deberá además conservarla, evitar daños, dependiendo siempre de la naturaleza de la cosa depositada y del contenido del acuerdo. También la cabal comprensión de la finalidad que persigue el instituto, como lo anticipamos al referirnos a su clasificación en función del rol que cumple en la realidad social, nos va a permitir descalificar aquellas condiciones del contrato que tiendan a limitar —más allá de lo razonable— la responsabilidad del depositario, ya que habría en esos supuestos una desnaturalización del contrato.

IV. Prueba

Tratándose la prueba del depósito de la demostración o acreditación en juicio de la existencia del contrato, es preciso aclarar que el CCyC. no contiene en la regulación del instituto ninguna regla especial, por lo que debemos acudir a las disposiciones que se establecen para la prueba de los actos jurídicos y de los contratos en general.

Respecto de los primeros, si bien la Sección 3º del Capítulo 5 (actos jurídicos) se nomina "Forma y prueba de los actos jurídicos" no hay allí en rigor reglas para la materia probatoria con la única excepción del art. 288, que alude a la firma como prueba de la autoría de la declaración de voluntad.

Luego, en el mismo capítulo, el CCyC. regula los instrumentos privados y particulares en la Sección 6º, y allí sienta una primer regla para la cuestión de la prueba en el art. 319, cuando al referirse a los instrumentos particulares dice: "El valor probatorio de los instrumentos particulares debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen".

Se trata sin dudas de una disposición dirigida a los juzgadores, estableciendo una serie de pautas cuya eficacia probatoria deberán atender a los fines de dictar una resolución razonable y fundada.

Al abordar la teoría general del contrato, el CCyC. contiene dos disposiciones que merecen un somero análisis.

El art. 1019 a diferencia del CCiv. que presenta una enumeración de medios probatorios cuya pertinencia en un código de fondo ha sido largamente cuestionada, expresa simplemente: "Medios de prueba. Los contratos pueden ser probados por todos los medios aptos para llegar a una razonable convicción según las reglas de la sana crítica, y con arreglo a lo que disponen las leyes procesales, excepto disposición legal que establezca un medio especial.

Los contratos que sea de uso instrumentar no pueden ser probados exclusivamente por testigos".

Evidentemente, en consonancia con el art. 319 transcripto, se consagra una gran amplitud en esta materia. Adviértase que ha desaparecido la prohibición de la prueba testimonial para los contratos de cierta cuantía económica (art. 1193 CCiv.) En su lugar, la limitación (no imposibilidad) a la prueba testimonial, resulta del último párrafo del art. 1019 CCyC. Por lo tanto, si se ha celebrado un contrato de depósito y en el caso concreto se verifica que en el lugar de celebración o por la naturaleza del mismo, el contrato pertenece a aquellos que es costumbre y práctica instrumentar, en tal supuesto entonces la prueba testimonial no será suficiente para tener por acreditada la existencia de ese contrato y deberá arrimarse al juzgador algún otro elemento de convicción.

Por su parte el art. 1020 CCyC. refiere estrictamente a los contratos que tienen forma para la prueba, rango al que no pertenece el depósito.

Coincidimos con prestigiosa doctrina [\(31\)](#) en que esta disposición cuando alude a la formalidad requerida a los fines probatorios, no está refiriendo a la instrumentación de costumbre del art. 1019 CCyC. [\(32\)](#) Lo que se instrumenta a los fines de la prueba es el consentimiento dado, ya que aún en la concepción de este negocio como contrato real, la entrega de la cosa cualquiera sea su valor puede probarse por cualquier medio. [\(33\)](#)

V. Clases de depósito

I. Depósito Voluntario y Necesario

El CCyC. no contiene una definición de las diferentes clases de depósito, las que resultan implícitas en la regulación dispuesta.

Así, encontramos que puede ser voluntario o necesario. La distinción entre estas categorías descansa en el art. 1368 CCyC. del que resulta que será necesario cuando el depositante no puede elegir la persona del depositario por un acontecimiento que lo somete a una necesidad imperiosa, y el de los efectos introducidos en los hoteles por los viajeros. Los depósitos en los hoteles los trataremos de manera específica. Fuera de ello, la libertad o no del depositante para elegir al depositario, determina la diferencia entre las clases. Es destacable en esta definición, la amplitud de la expresión "sometido a una necesidad imperiosa" que supera a la casuística de los arts. 2187 y 2227 del código velezano.

En materia de depósito necesario, es menester también aclarar que la amplitud probatoria que le asignó Vélez Sarsfield (art. 2238), no requiere replicarse por lo expuesto en este trabajo al analizar la Prueba del depósito.

II. Depósito Regular e Irregular

A su vez, y a diferencia del CCiv. (art. 2188), tanto el depósito voluntario como el necesario puede ser regular o irregular, caracterizándose sólo el segundo de ellos como aquel depósito en el que se entrega una cantidad de cosas fungibles, que no se encuentra en saco cerrado, (art. 1367 CCyC.), en cuyo caso el depositario adquiere el dominio de las cosas. En sentido contrario, la entrega para guarda de cosa no fungible o de cosas fungibles en saco cerrado constituye un depósito regular y el depositario detenta la mera tenencia de la cosa.

Esta última distinción es fundamental a la hora de establecer los efectos del Depósito entre partes, lo que haremos seguidamente.

VI. Efectos entre las partes

I. Obligaciones del depositario en el Depósito regular

a) Guarda, conservación y custodia

La obligación nuclear del depositario, según la definición legal, es la custodia. Las palabras custodia, guarda, y conservación tienen semánticamente la misma o parecida significación. A modo de ejemplo, el nuevo código utiliza la palabra custodia cuando define al contrato en el art. 1356, la palabra guarda en el art. 1358 para indicar la obligación del depositario, y la palabra conservación en el 1360 cuando trata de los gastos extraordinarios a cargo del depositante. Así, la lectura de las normas lleva a concluir que los tres términos implicados —custodia, guarda, conservación— son usados como sinónimos. Sin embargo, desde la perspectiva jurídica a veces esas mismas palabras difieren en el uso o se presentan de manera anfibológica, y reflejan, a la par, la extensión de la prestación de hacer a cargo del depositario.

En efecto, el depositario debe ejecutar una prestación de servicio con el alcance del art. 774 CCyC. La actividad dependerá en parte de la naturaleza de las cosas confiadas y en parte de lo establecido por los contratantes. El hacer puede consistir simplemente en guardar la cosa en un lugar que cuente con medidas de seguridad adecuadas, tal el caso del art. 1373 CCyC. cuando habla de guardar las cosas de valor en las cajas de seguridad del hotel. Pero, el poner la cosa donde esté segura no será lo mismo para un mueble inanimado que para un animal. En otros términos, son dos guardas distintas. La primera es colocar el bien en un sitio en el que se controla la seguridad; la segunda son quehaceres que se proyectan o se reiteran en el tiempo e, incluso, englobados implícitamente en el contrato, porque hacen a la conducta razonable para la conservación del objeto del depósito. Solo así el depositario se comporta de acuerdo con los deberes impuestos por la buena fe en el art. 961 CCyC.

Algo similar ocurre con la tarea de conservación según las cosas dadas por el depositante sean ciertas o fungibles. El depósito regular implica mantener el objeto en su permanencia y tal cual fue entregado al depositario, lo que no sucede con el irregular en que lo que se resguarda es el valor de la cosa, pero no la cosa en su singularidad.

Además, las características del servicio a prestar por el depositario, puede surgir del convenio, ya que los mismos contratantes pueden acordar la modalidad de la custodia, sin perjuicio de las circunstancias sobrevenidas, tal como establece el art. 1362 CCyC. Incluso, aunque se aplique la regla res perit domino en el art. 1364 CCyC., el depositario puede asumir convencionalmente el casus.

La guarda de la cosa es debida con la diligencia que el depositario usa para sus cosas o la que corresponda a su profesión, salvo pacto en contrario. El análisis sistemático de las normas muestra que el depositario, como deudor de cosa cierta, está obligado a conservarla en el mismo estado en que se encontraba cuando contrajo la obligación y a restituirla con accesorios. El art. 1358 CCyC. in fine establece la obligación de devolución de la cosa con sus frutos, y coincide con lo dispuesto en el art. 746 CCyC.

La pauta del art. 1358 CCyC. es sumamente importante, porque permite recurrir al criterio subjetivo en concreto o al criterio objetivo por la profesionalidad del depositario. Vale tener presente, a su vez, que la profesión supone la retribución por la actividad de custodia.

Así, cuando el depositario no recibe ninguna prestación o beneficio del contrato y actúa para favorecer al depositante por razones de amistad, altruismo, misericordia, etc., debe poner la diligencia que usa para sus propias cosas. En cambio el depositario profesional que recibe remuneración o que no recibe retribución por el depósito, pero si ventajas derivadas de la conexidad contractual o de la mercadotecnia, responde por la imprudencia, negligencia o impericia en su profesión.

La obligación colateral que tiene es evitar el deterioro de la cosa con los gastos necesarios, a cargo del depositante, para prevenir los daños derivados del paso del tiempo, o los extraordinarios para reparar deterioros sorpresivos o que no admiten demora, dando aviso en inmediato e invirtiendo lo razonable, tal como surge del art. 1360 CCyC. La prestación del servicio para que la cosa permanezca tal como el día de la entrega, según el art. 746 CCyC., exige hacer las mejoras que se requieran. En cambio, el depositario que hace un favor, no tiene esa obligación, si no tiene celo en la conservación de lo suyo.

La riqueza del art. 1358 CCyC. está justamente en la elasticidad de abarcar todas las situaciones de depósito, a diferencia del derecho derogado donde las soluciones están bifurcadas. [\(34\)](#)

b) Confidencialidad y secreto

A diferencia del CCiv. (arts. 2205, 2207), la nueva legislación no refiere a los deberes de confidencialidad y secreto debidos por el depositario.

Nos parece que el depositario pudo conocer el contenido de la caja, saco o bulto cerrado objeto del contrato por haberle sido revelado por el depositante, por la autorización expresa o tácita dada al depositario para la apertura o por el accidente que pone al descubierto lo depositado. Tal revelación, sea por confidencia del depositante o por acontecimientos externos, obliga a mantener el secreto. Resulta que si el depositante tomó recaudos para que no se sepa lo que entrega, la obligación consecuente del depositario es la no divulgación.

En nuestra opinión, la reserva del depositario es la contracara de la confianza del depositante. La buena fe es el norte para determinar la existencia de la obligación de secreto cuando no estuviese formalmente expresado en

el contrato, tal como señala el art. 961 CCyC., ni surgiese de la ley. El dar a conocer lo depositado sin necesidad, si causa un daño por transgresión de un deber, se resarce.

c) Abstención de uso

El art. 1358 CCyC. prohíbe el uso de la cosa, lo que consagra una obligación de no hacer (art. 773 CCyC.). La norma es supletoria de la voluntad de las partes, tal como se afirma en el art. 962 CCyC.

Ya antes se dijo que el depositario por el servicio de la guarda recibe una retribución, que representa para él la ventaja patrimonial del contrato. El uso de la cosa depositada influye en el equilibrio económico porque el depositario se beneficiaría además con la utilización de la cosa. La ecuación patrimonial, en caso de transgresión de la prohibición normativa, se reestablece con el pago de los daños y perjuicios ya que el incumplimiento de la obligación de no hacer genera un daño indemnizable (art. 778 CCyC.).

La libertad para la configuración del contrato permite desplazar lo prescripto en el art. 1358 CCyC. in fine e incluir una cláusula autorizando el uso. No obstante, el cuidado de la cosa es lo central, y el uso de lo depositado es secundario. Esto es lo que hace que el contrato no se desnaturalice. Ahora, puede haber uso necesario porque lo requiera la misma conservación de la cosa y en este caso —aún habiendo cláusula prohibitiva— el uso a dichos fines no estaría proscripto. (35)

d) Restitución

EL depositario es un obligado a dar para restituir. El art. 1358 CCyC. impone la restitución con los frutos. La norma no distingue entre frutos naturales y civiles, con lo cual quedan ambos comprendidos, en la inteligencia que los últimos serán debidos cuando se trate de un depósito con prohibición legal o convencional de uso.

Excepcionalmente, los frutos naturales pueden ser dispuestos por el depositario cuando ejerce el derecho de retención, conforme art. 2587 CCyC.

Momento de la restitución

En cuanto al tiempo de la devolución, podría ocurrir que hubiera plazo o no lo hubiera. En caso de haberlo pactado, se presume que el plazo es a favor del depositante si el contrato es oneroso, tal como surge del art. 1359 CCyC.

Sin embargo, el artículo siguiente dispone que se debe pagar la remuneración establecida para todo el tiempo del contrato, excepto pacto en contrario. La armonización de las dos reglas conduce a que el depositante puede exigir la restitución de la cosa ante tempus, porque el obligado a restituir no es el beneficiario del plazo fijado para la guarda. No obstante, la duración pactada influye en la remuneración convenida, y el plazo beneficia ahora al acreedor de la misma. En resumen: el plazo fijado para la devolución de la cosa depositada es a favor del depositante, pero el plazo con base al cual se estima la remuneración beneficia al depositario ante la ineficacia del negocio. El plazo tutela a ambos contratantes pero por razones diferentes.

Ahora, cuando el contrato es gratuito, se vuelve a la regla general del art. 351 CCyC.

La liberalidad justifica la solución de la norma especial del art. 1359 in fine. El depositario puede exigir la recepción de la cosa depositada en todo tiempo, pero no de manera intempestiva, sino en un todo de acuerdo al principio de la buena fe.

Legitimación para la restitución

Del análisis del art. 1363 CCyC., la restitución se hará: a. al que otorgó el contrato en nombre e interés propio; b. al que contrató en nombre propio y en interés ajeno con reserva inicial del nombre del titular del interés, pero señalado después como legitimado para la recepción; c. al que depositó en nombre propio y en interés de una persona incierta, pero determinada con posterioridad por hechos objetivos; d. al que depositó en nombre propio y en interés de una persona cierta; e. al que contrató en interés propio y de un tercero. En este caso queda comprendida la estipulación a favor de tercero (36), donde los intereses del promisorio y tercero no son homogéneos, y el depósito de la cosa hecha por uno de los condóminos.

La norma especial es congruente con el art. 883 inc. 3° CCyC. que dispone que tiene legitimación para recibir el pago el tercero indicado para recibirlo en todo o en parte, pero suma la exigencia del consentimiento del tercero señalado.

Ese consentimiento no es otra cosa que la ratificación o aceptación de la transmisión de uno los efectos activos del contrato de depósito, tal lo establecido en los arts. 1026 y 1027 CCyC.

El depositante que obra en nombre e interés propio, puede —como anticipamos— no ser el titular de la cosa, y el depositante deberá restituir a él por los efectos relativos del contrato (art. 1021 CCyC.). (37) Por estos mismos efectos, fallecido el depositante, la restitución deberá efectuarse a sus herederos.

Finalmente, conforme al art. 1366 CCyC., podría ocurrir que los herederos del depositario, de buena fe hayan enajenado la cosa depositada. En ese supuesto sólo están obligados a restituir al depositante el precio percibido. Si aún no hubieran sido pagados, le deberán ceder el correspondiente crédito.

Evidentemente el CCyC. ha simplificado en gran medida la cuestión relativa a la legitimación en materia de restitución de la cosa depositada, sin recurrir a pormenorizar en exceso, ya que no es necesario en virtud de las disposiciones que regulan en general los efectos relativos de los contratos y la posibilidad de la incorporación de terceros al mismo.

Lugar de la restitución

Según reza el art. 1361 CCyC. la restitución de la cosa depositada debe hacerse en el lugar donde ella "debía" ser custodiada. Adviértase que la disposición usa un verbo en pretérito, que parece remontarnos al momento de celebración del contrato cuando nace la obligación de guardar.

En el CCiv., la cosa debe restituirse en el lugar en que se hizo el depósito (art. 2016) o en el lugar pactado, en cuyo caso deberá trasladarse.

La regulación del código velezano, ha generado en doctrina alguna opinión interpretativa en este sentido: la cosa se restituye en el lugar en que se hizo el depósito, si allí es donde se está guardando. (38) Efectivamente, podría ocurrir que el depositario mude su domicilio y ello es absolutamente legítimo (por supuesto notificando, tomando los recaudos pertinentes a los fines del traslado, etc.). En consecuencia, nos parece que la disposición del art. 1361 CCyC. tiene que ver con esta solución razonable de restituir la cosa en el lugar donde está siendo custodiada, salvo —obviamente— pacto en contrario.

II. Obligaciones del depositario en el depósito irregular

a) Guarda

El art. 1367 CCyC. expresa en su primera parte, que sobre la cantidad de cosas fungibles depositadas se transmite el dominio aunque no se haya autorizado su uso o se lo haya prohibido.

El dominio, de acuerdo con el art. 1941 CCyC., otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de la cosa. Por eso, si el depositario es dueño, la no autorización del uso es irrelevante. En el reverso, la cláusula prohibitiva, ineficaz.

La transferencia del dominio plantea otro problema, vinculado al elemento tipificante, cual es que la custodia del depositario será sobre una cosa propia. En otras palabras, se le exigiría el cumplimiento de la obligación de cuidar y conservar lo suyo, lo que resulta contradictorio. El quid, creemos, es el distinto manejo del concepto de custodia. La guarda espiritualizada se refiere al valor de la cosa mientras que la material se refiere a la cosa misma. (39)

A su vez, el cuidado del valor de la cosa, o de la cosa en sí, se refleja de manera bivalente en las consecuencias de la norma. Esto nos conduce a analizar el fenómeno de la conexidad en sentido amplio. Los efectos son, sin dudas, entre partes, pero los terceros, en particular los acreedores del depositario, serán influidos e influirán en el contrato. Acreedores del depositario y el depositante se enfrentarán cuando el objeto del depósito sea una cosa fungible, que obliga a devolver el tantumdem (igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad). El conflicto, pensamos, debe resolverse con un criterio objetivo de la realidad de los patrimonios y sus mutaciones.

En efecto, y como ya explicáramos, el patrimonio del depositario solo aumenta por la remuneración debida por el depositante —salvo el pacto de gratuidad—, pero no por la propiedad de las cosas fungibles, en tanto el incremento es anulado por la deuda de su equivalente.

En consecuencia, si las cosas fungibles depositadas no fueron enajenadas por el depositario, serán restituidas al depositante, según lo dispuesto en el art. 759 CCyC., quien se antepondrá al acreedor singular o colectivo en la medida que pueda acreditar la entrega con instrumento de fecha cierta, y sin perjuicio de la concurrencia a prorrata con otros depositarios de las mismas cosas inciertas. Remarcamos que el supuesto es el de la cosa que no se enajenó, porque la cosa fungible entregada a un tercero no es reivindicable de acuerdo con el art. 2253 CCyC.

La solución se ajusta a la justicia contractual. Los acreedores del depositario se beneficiarían a expensas del depositante, en una suerte de expansión del enriquecimiento que aprovecha a terceros a resultados de la socialidad del contrato. Creemos por eso que en el supuesto de insolvencia, se deben recurrir a las pautas de los arts. 138 y 188 de la ley 24522 para los contratos con prestaciones pendientes, con intervención del síndico para proteger a los acreedores en la *pars conditio creditorum* pero sin hacer pagar a uno de los acreedores la deuda de su deudor.

Claro está que cada caso presentará su singularidad a ser atendida. La cuestión no puede ser resuelta solo con la idea del traspaso del dominio de las cosas depositadas que integra el patrimonio del deudor como prenda común de los acreedores, porque la tutela del crédito se realizará a costa de la justicia distributiva, a más de la consideración particular que merece como contrato de depósito en cuanto a que la finalidad sigue siendo la guarda, aunque sea del valor.

La última parte del art. 1367 CCyC. dice que cuando se entreguen cosas fungibles y el depositario tiene la facultad de servirse de ellas, se aplican las reglas del mutuo.

Este párrafo nos obliga a efectuar un esfuerzo interpretativo. En el párrafo anterior, se dijo que la entrega de

cosas fungibles que no se hace en saco cerrado, transmite el dominio de esas cosas al depositario, lo que hace ineficaz la prohibición de uso, porque si tiene dominio, tiene el poder de usar, gozar y disponer de la cosa.

Luego, esta parte final o bien es un pleonismo o debe interpretarse que la facultad de servirse de la cosa es una autorización expresa del depositante plasmada en una cláusula del contrato. Nos inclinamos por esta última interpretación ya que el CCyC. evita en todo tiempo las reiteraciones dentro de su sistema, por lo tanto es impensable que las haga a renglón seguido. En este caso, se aplican las reglas del mutuo.

Ahora, el problema a dilucidar es si se aplican las normas del mutuo por recalificación del negocio, porque las partes llamaron depósito a un préstamo de cosas fungibles (40), o sigue siendo un depósito al que le son aplicables las reglas del mutuo que fueran compatibles (por ejemplo los intereses del art. 1527, 2º párr. CCyC.) A continuación ampliaremos este razonamiento.

b) Restitución

El depositario, tal como ya señalamos, debe restituir la cosa depositada porque se obligó contractualmente a ello. La particularidad es que en el subtipo de depósito irregular, la obligación de dar es de género y las cosas deben ser individualizadas. La elección le corresponde al depositario, excepto que lo contrario surja de la convención de las partes, de acuerdo con el art. 762 CCyC.

A su vez, antes de la individualización de la cosa debida, el caso fortuito no libera al deudor. Recién después de hecha la elección, la pérdida de lo depositado será soportada por el depositante. La solución se encuentra en la armonización de los arts. 763 y 1364 CCyC.

La restitución de la cosa se hace con los frutos naturales y civiles. Los últimos son debidos cuando se trata de un depósito de cosas fungibles con facultad del depositario de servirse de ellas. En realidad, en este último caso no restituye frutos, que hizo suyos por la transferencia del dominio, sino que debe accesorios por aplicación de las reglas del mutuo oneroso. La diferencia no es una cuestión menor desde una perspectiva economicista porque los frutos pueden ser mayores que los accesorios debidos.

En el contrato de depósito existe onerosidad en el intercambio de remuneración y guarda, pero también es oneroso el contrato cuando hay ventajas corresponsivas en el cambio de remuneración por la custodia y la compensación por el uso de las cosas fungibles depositadas.

El punto de contacto con el mutuo definido en el art. 1525 CCyC. es notable, y plantea la necesidad de desentrañar, como adelantamos, la verdadera naturaleza jurídica del contrato.

Sabido es que en orden a la distinción entre depósito irregular y mutuo, la doctrina ha fincado el distingo de manera primordial en el interés en juego en el contrato que se relaciona íntimamente con la finalidad perseguida. Así, si el interés tutelado es de quien da las cosas, se trata de un depósito y el fin es la guarda de ellas. Si en cambio el interés que se tutela es de quien las recibe, estaremos frente a un mutuo y la finalidad es el crédito o financiamiento.

De esta distinción se siguen consecuencias: el depositante puede exigir la restitución antes del vencimiento del plazo, el mutuante no.

Dado que puede resultar difícil descubrir el interés en juego, pensamos que —a modo de reflexión— podría llegarse a él por el camino inverso, haciendo un análisis objetivo de la situación contractual.

Si el depositante en el depósito irregular oneroso con autorización de uso pagara más de retribución que los accesorios que restituye el depositario, entonces la función económica social en ese caso es la guarda y el contrato se encuentra bien calificado.

En cambio, si dichos accesorios resultan ser superiores que el pretendido precio de un depósito, se trata de un mutuo oneroso porque su finalidad económica es diferente.

Resumiendo, el análisis objetivo del cambio, permite determinar la función económica social del contrato y definir luego si el móvil de las partes es la custodia de la cosa o el préstamo de la misma.

Estas reflexiones son necesarias para evitar la aplicación sin más de una disposición determinada a una relación contractual sin indagar más allá de su calificación. (41)

Para terminar, digamos que si el depósito irregular con facultamiento de uso es gratuito se diferenciará del mutuo gratuito sin dudas por el predominio del interés.

III. Obligaciones del depositante

a) Pago de la remuneración y de gastos

El depositante debe pagar la remuneración, excepto que la presunción de onerosidad se desplace por pacto de gratuidad, conforme con el art. 1360 CCyC.

La onerosidad produce naturalmente determinados efectos. A pesar del intercambio de custodia por retribución, la interdependencia de ambas prestaciones no faculta al depositario a plantear la suspensión de cumplimiento del contrato por contrario a la buena fe, pero sí puede exigir la ejecución específica con daños

moratorios o resolver el contrato conforme con el art. 1087 CCyC.

Los gastos de conservación y de restitución son a cargo del depositante. La falta de pago legitima al depositario a ejercer el derecho de retención. El depositante deberá el canon por el depósito, desde que se lo intima a pagar y a recibir la cosa con resultado negativo, según lo establecido en el art. 2590 inc. b) CCyC. Esta obligación deja de ser contractual porque el contrato se extinguió, se trata de una obligación legal.

b) Recepción

La contracara de la obligación de restituir es la obligación de recepcionar la cosa depositada en los términos pactados. Si el depositario efectúa la oferta de pago con la reunión de los requisitos de identidad, integridad, localización y puntualidad y el depositante se rehúsa sin justificación a recibirlo incurre en mora del acreedor, conforme con el art. 886 CCyC. Lo mismo ocurre si, tratándose de un depósito irregular, la determinación de la cosa para proceder a la devolución debía ser hecha por el depositante y se niega a hacerlo.

El incumplimiento del depositante lo obliga al resarcimiento de los daños ocasionados. A su vez, el depositario puede proceder al pago por consignación judicial de acuerdo con el art. 904 CCyC., o extrajudicial si el objeto es una suma de dinero, tal lo reglado en el art. 910 CCyC. El depósito convencional se transforma en depósito judicial o notarial.

VII. Depósito necesario o forzoso

El depósito necesario supone, tautológicamente, tomar una decisión necesaria y urgente que no permite elegir a la persona del depositario. La necesidad, que adjetiva al contrato, se impone por circunstancias existenciales que afectan solo al depositante, o por hechos que, afectándolo, tienen alcance de generalidad. El depósito en los hoteles es un depósito necesario según la ley. Aquí, el viajero puede elegir el hotel, salvo monopolio, pero no puede evitar introducir sus cosas para la estadía.

La libertad para la configuración del contenido del contrato se mantiene dogmáticamente, aunque, en los hechos, si no hay tiempo para elegir al depositario, menos aún para negociar. También el depósito en hoteles y establecimientos similares puede significar la limitación a la autonomía del depositante para fijar el contenido, pero no ya por circunstancias asimilables al caso fortuito o fuerza mayor que fuerzan a celebrar depósito y no dan lugar a la elaboración del contrato, sino por la vulnerabilidad del consumidor frente al empresario que predispone el contrato.

En consecuencia, al depósito necesario se le aplican las normas del depósito voluntario, con protección de la parte debilitada por hechos externos de gravedad (incendio, explosión, derrumbe, etc.) o por la debilidad estructural dentro del mercado. Las normas convencionales se interpretarán de modo favorable al débil.

VIII. Depósito en los hoteles

El Depósito en los hoteles, es tratado en el CCyC., al igual que en el CCiv., como un supuesto de depósito necesario (art. 1368 in fine CCyC.), adhiriendo en consecuencia a la posición doctrinaria conforme la cual estamos en presencia de un contrato de depósito (necesario), accesorio a otro de hotelería. (42)

Esta circunstancia hace que persista la crítica en cuanto a que el contrato de hotelería merecía una regulación especial y autónoma dado el lugar que ocupa en la actualidad como servicio de esparcimiento.

I. Perfeccionamiento

El depósito en los hoteles se configura en la nueva legislación de manera idéntica a lo dispuesto por el CCiv.: cuando los viajeros introducen sus efectos en el hotel, aunque no los entreguen expresamente al hotelero o sus dependientes y aunque aquéllos tengan las llaves de las habitaciones donde se hallen tales efectos (art. 1369 CCyC.).

Se ha llamado la atención sobre este particular, porque el CCyC. ha modificado el perfeccionamiento del depósito en general al regularlo como contrato consensual, más ha mantenido este supuesto como originalmente lo concibió Vélez Sarsfield. Sin dudas el antiguo codificador lo hizo así para mayor protección del viajero, ya que aún sin "entrega de la cosa", nace la responsabilidad del hotelero como depositario en el CCiv. Esta consideración pierde virtualidad con la regulación nueva. (43)

Ante el silencio del CCyC. con respecto a lo que debe entenderse por viajero, nos parece prudente observar el criterio sustentado hasta ahora, en el sentido de que viajero será aquel que se hospede o aloje en el hotel o bien ingrese a alguna de sus dependencias con miras a la celebración del contrato de hospedaje aunque finalmente éste no se formalice —por ejemplo— por falta de plazas disponibles. (44) Es un criterio superador del art. 2233 in fine del CCiv. Viajero en consecuencia no es el visitante ocasional, ni quien vive en un hotel. Estos supuestos podrán quedar amparados en otras disposiciones legales (Ley de defensa del consumidor, etc.) pero están excluidos de la regulación del depósito en los hoteles como especie del depósito necesario.

II. Responsabilidad del hotelero

a) Extensión

La responsabilidad del hotelero ha sido abordada por el CCyC. de manera más ordenada y sistemática,

incorporando algunas modificaciones.

En primer lugar, corresponde puntualizar la extensión de esta responsabilidad, lo que surge con claridad del art. 1370 CCyC., según el cual, el hotelero responderá por los efectos introducidos por los viajeros al hotel y los vehículos guardados en el hotel o en otros lugares o garajes que el hotelero ponga a disposición de los huéspedes a tal fin.

Es decir que si el hotelero pone a disposición del viajero la posibilidad de guarda en un garaje fuera del hotel, responderá por el vehículo como si el mismo se encontrara dentro del propio hotel. Esta es una solución más que razonable si se piensa que ha sido el hotelero quien —a través de un contrato conexo— presta ese servicio por terceros elegidos por él y de cuya prestación tiene la obligación de responder. Efectivamente, los riesgos que supone su actividad son hasta acá fácilmente asegurables y ello le es exigible como prestador profesional que es.

b) Eximentes de responsabilidad

b.1) El caso fortuito o fuerza mayor ajena a la actividad hotelera (art. 1371 CCyC.)

Esta eximente tiene un alcance general ya que abarca ambos supuestos del art. 1370 CCyC. El CCyC. sienta esta regla sin recurrir al casuismo del código velezano, lo que permitirá en cada caso concreto analizar si la pretensión de excluir la responsabilidad del hotelero, obedece en rigor a un caso fortuito o fuerza mayor. Para ello, deberá atenderse como hemos referido, a la diligencia que le es exigible como profesional de la hotelería, haciendo de ella un análisis riguroso, ya que en general las contingencias y riesgos de tal actividad son asegurables. En consecuencia, el hotelero que pretenda eximirse de responsabilidad, deberá acreditar que el caso fortuito era notoriamente ajeno, externo a su actividad económica.

Esta es una solución coherente dentro del sistema del CCyC. Se aplica acá una solución contenida también en el art. 1733 inc. e (otras fuentes de las Obligaciones) cuando refiere que aún ocurrido el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad. (45)

La premisa analizada, como regla general en la responsabilidad civil objetiva, hace innecesario aludir a la responsabilidad por los dependientes y a la exclusión de ella por los hechos de un tercero por quien no se responde, como sería una visita que el pasajero permitiera en su habitación, siempre que se configure el caso fortuito (art. 1731 CCyC.).

b.2) Cosas dejadas en los vehículos por los viajeros (art. 1371 CCyC.)

La responsabilidad del hotelero no alcanza a las cosas que el viajero deje dentro del vehículo. Esta es una limitación que no contenía el CCiv. y que algunos autores consideran razonable por entender que no puede gravar al hotelero la negligencia u olvido en que haya incurrido el viajero dejando en su vehículo alguna cosa. (46) Sin embargo, otra opinión doctrinaria, entiende que no hay razón para hacer responsable al hotelero por el vehículo y sus partes constitutivas y excluir en cambio las cosas dejadas en el interior por el viajero. (47) Nos parece atendible esta segunda opinión. Si un pasajero deja su vehículo en la dársena de entrada de un hotel e ingresa al mismo a solicitar una habitación sin tener reserva previa, resulta que si baja su maleta con él, el hotelero responderá por su pérdida; si por el contrario la deja en el baúl mientras averigua, el hotelero no respondería. No siempre que se dejan efectos dentro de un vehículo es por olvido o negligencia, podría ser que el viajero lo dejara pensando que si está cuidado el vehículo también estará cuidado lo que está dentro de él. En definitiva habrá que resolver cada situación concreta según sus particularidades.

b.3) Cosas de valor superior a las que ordinariamente llevan los pasajeros (art. 1372 CCyC.)

El CCiv. tiene una disposición de contenido similar conforme a la cual la doctrina de manera general ha ejemplificado, diciendo que puede tratarse de joyas, títulos, una cantidad importante de dinero. Aquí también hay una regla general y flexible ya que permite en cada caso concreto analizar si el efecto integra o no la categoría "de los que ordinariamente llevan los pasajeros".

Hay una diferencia en la redacción que parece inocente: el CCiv. habla de efectos que "trajese" consigo el viajero y el CCyC refiere a los que "llevese" el viajero. Decimos parece inocente porque hay interpretaciones del código velezano que distinguen según el objeto de valor sea traído por el viajero o comprado por él durante su estancia en el hotel. Si lo trae consigo, habrá responsabilidad del posadero si lo denuncia (art. 2235 CCiv.) y si lo compra durante su estancia en el hotel la situación escapa a este régimen de responsabilidad. (48)

La nueva legislación supera este conflicto, ya no importa si lo tenía cuando ingresó al hotel o lo compró mientras estaba alojado en el hotel, lo importante es que lo "lleve" consigo y en esa circunstancia pesa sobre el viajero la obligación de: hacer saber al hotelero que tiene consigo un efecto de esta naturaleza, denunciar su valor y guardarlo en la caja de seguridad que se le brinde a tal efecto, ya sea ubicada en su propia habitación o en otro lugar del establecimiento. No le es exigible al pasajero la exhibición del objeto de valor, posibilidad que sí existe en el CCiv. En su lugar, estimamos que deberá realizar una declaración jurada.

Frente a un supuesto en que el hotelero deba responder, lo hará con la limitación del valor denunciado por el viajero. Esto surge del art. 1372 in fine y supone —como toda limitación a la responsabilidad en el CCyC.— un

régimen de excepción.

Si el hotelero no tuviera cajas de seguridad puestas a disposición del viajero, no podrá —en sentido contrario— excluir su responsabilidad, pero sí podrá hacerlo si el viajero omite el aviso o incumple la obligación de guardar el objeto valioso en la caja de seguridad.

Evidentemente este régimen exige obrar con absoluta buena fe. Pensamos que si algún viajero inescrupuloso comunicara (sin exhibir) que lleva un efecto valioso y denunciara su valor en una suma considerable, en todo caso le quedaría al hotelero, el recurso del artículo que analizaremos en el punto siguiente.

b.4) Efectos excesivamente valiosos en relación a la importancia del establecimiento o cuya guarda cause molestias extraordinarias (art. 1373 CCyC.)

El supuesto contemplado en este párrafo es novedoso en nuestra legislación. El CCyC. incorpora aquí una suerte de tercer género de objetos: hay objetos del valor que ordinariamente llevan los viajeros, objetos de valor superior al que ordinariamente llevan los pasajeros y finalmente objetos excesivamente valiosos en relación a la importancia del establecimiento o cuya guarda cause molestias extraordinarias.

Esta última mención hace que incluso alguna doctrina intente ampliar esta enumeración de categorías distinguiendo además, efectos cuya guarda cause molestias ordinarias en cuyo caso el hotelero responderá conforme las reglas hasta aquí enunciadas. (49)

Ahora bien en definitiva, en los supuestos del art. 1373 CCyC., el hotelero puede negarse a recibir tales efectos. Supone el ejercicio de la libertad de no contratar, el hotelero elige no contratar fundado en una suerte de "autodiscriminación". No se niega por causa del pasajero —acá habría una discriminación fugigada por el Derecho, sino porque su establecimiento no está en condiciones de asumir esa responsabilidad.

No podemos terminar el análisis sin hacer una mención a la situación particular de los vehículos, ya que si bien tienen una regla especial en el art. 1370 CCyC., no escapa que podría tratarse de un automóvil muy lujoso y de gran valor que permitieran la aplicación de los arts. 1372 y 1373 CCyC. (50)

c) Cláusulas de exoneración de responsabilidad

El art. 1374 del CCyC. prohíbe toda cláusula que excluya o limite la responsabilidad del hotelero, teniéndola por "no escrita". La exclusión o limitación de la responsabilidad asume el carácter de condición general de contratación, y como tal puede no estar escrita. (51) Si bien lo usual es que el hotelero la incorpore en documentos, carteles, folletos, etc., lo cierto es que se la debe tener por no convenida, es decir, absolutamente ineficaz.

El CCiv. contiene una disposición similar en el art. 2232 que evidencia la genialidad de Vélez Sarsfield al anticiparse en un siglo al fenómeno de la predisposición contractual.

Esta regla del art. 1374 CCyC. tiene dos excepciones que son los regímenes especiales para los objetos que tengan un valor superior a los que de ordinario llevan los pasajeros (art. 1372 CCyC.) y para los objetos excesivamente valiosos con relación a la importancia del establecimiento o cuya guarda represente molestias extraordinarias (art. 1373 CCyC.). Como toda excepción, su interpretación deberá ser restrictiva.

Finalmente debemos recordar que tal como se presentan en la realidad social el contrato de hotelería, y su accesorio el depósito necesario en los hoteles, son normalmente encuadrables en relaciones de consumo, siéndoles además aplicables las disposiciones de la ley 24.240 y la normativa pertinente del CCyC. a partir de su art. 1090.

IX. Supuestos asimilables

En este punto abordaremos una regulación absolutamente novedosa con respecto al código velezano.

El CCyC. conforme su art. 1375, hace aplicable lo dispuesto y analizado hasta acá respecto del depósito necesario, bajo el título de "establecimientos y locales asimilables", a otras relaciones contractuales como son las que se dan en los hospitales, sanatorios, casas de salud y deporte, restaurantes, garajes, lugares y playas de estacionamiento y otros establecimientos similares que prestan sus servicios a título oneroso.

Si bien el tema tenía orfandad de regulación legal, no la tenía desde el punto de vista de la doctrina, que con criterios muy uniformes, venía refiriéndose a estas "formas atípicas" (52) o "prestaciones subordinadas de depósito" (53) reclamando para ellas la inclusión como supuestos de depósito a "...los establecimientos públicos de todo género en que habitan personas. No solo las posadas sino también los hospitales, sanatorios, albergues universitarios, casas de retiro, hospicios, etc.", por la insuficiencia a su respecto del art. 1118 CCiv. (54)

La denominación asimilables que contiene el nuevo código se justifica por cuanto en todos los casos nombrados, existe obligación de guarda; en algunos es una obligación principal (garajes, lugares y playas de estacionamiento en ciertas circunstancias) y en otros asume el carácter de prestación accesoria (hospitales, sanatorios, casas de salud y deportes, restaurantes). Cabe aclarar que los supuestos mencionados no son los únicos comprendidos en la disposición, ya que la alusión "establecimientos y locales asimilables" es lo suficientemente amplia como para que se incluyan en ella establecimientos no nombrados que cumplan

finalidad de guarda; en definitiva, es una enumeración simplemente ejemplificativa.

I. El requisito de la onerosidad

Para que sea aplicable esta disposición, es menester que el establecimiento preste su servicio a título oneroso. El requisito de la onerosidad es para la actividad principal del "guardador". A modo de ejemplo, si un sanatorio tiene una playa de estacionamiento, la disposición lo alcanza aunque no cobre por ese servicio; lo propio ocurre con un supermercado. La solución es razonable ya que en estos casos, la gratuidad de la guarda no es desinteresada sino que procura la atracción de clientela y así aumentar las ventas de bienes y servicios.

Podría ocurrir por el contrario que el servicio de playa de estacionamiento sea el principal (no anexo a otra prestación) y aquí ese será el servicio prestado onerosamente.

En los primeros ejemplos la guarda es una prestación accesoria y en el último tiene la jerarquía de obligación nuclear.

II. Eximente de responsabilidad

A propósito del ejemplo brindado en último término, sirve para analizar el art. 1375 in fine CCyC. En efecto, dicho párrafo sienta que para los garajes, lugares y playas de estacionamiento que prestan sus servicios a título oneroso, no rige la última parte del art. 1371 CCyC., esto es la eximente que analizamos supra consistente en "las cosas dejadas en los vehículos por los viajeros".

Se colige entonces que cuando estemos en presencia de relaciones contractuales donde la guarda del vehículo sea la obligación nuclear (sea garaje, lugar o playa de estacionamiento) y el servicio se preste onerosamente, quien lo presta responde por las contingencias del vehículo, sus partes constitutivas y los efectos dejados en su interior.

Esta solución también es acertada, se trata de un ámbito de la responsabilidad civil donde el factor de atribución es objetivo y para alguna doctrina, la obligación es de resultado. (55) Fuera de esos supuestos, será de aplicación la regla general.

X. Casas de depósito

La última sección del Capítulo 11, refiere a las Casas de Depósito a las que le dedica dos disposiciones, los arts. 1376 y 1377 CCyC.

Liminarmente debemos aclarar a qué se ha querido referir el CCyC. con la expresión "casas de depósito". Esta alocución aparece en el derogado CCom. a partir de su art. 123, que habla de barraqueros y casas de depósito. Es una muestra más de la "comercialización" del derecho civil, ya que los depósitos en casas de comercio han sido catalogados de negocios típicamente comerciales. (56)

El CCom. no conceptualiza a las casas de depósito, más la doctrina (57) ha considerado que es una idea amplia comprensiva de las barracas y los depósitos aduaneros individuales, por lo que la legislación debió nominarlas más correctamente como "empresas de depósito".

Se trata de establecimientos que tienen por objeto principal contratar el recibo, guarda, custodia y conservación de bienes muebles (cosas, materias primas, frutos y productos agrícolas, ganaderos, forestales, mineros o de manufacturas) de terceros (del fisco o particulares). En este concepto lato quedan comprendidas las tres especies: casas de depósito en sentido estricto, barracas de almacenaje y empresas de almacenes generales, autorizados a emitir certificados de depósitos y warrants; destacándose su importancia en la economía del país, pues aseguran la buena conservación de los productos y mercaderías y facilitan la inspección por los compradores, hasta el momento de la venta o traslado a otro lugar, donde pueden negociarse más fácil y convenientemente. (58)

Lo cierto es que los barraqueros y dueños de casas de depósito son calificados por el CCom. como "comerciantes", término que no existe en todo el articulado del CCyC.

El tema es a su vez abordado por leyes complementarias al CCom.: la ley 928 y la 9643 completan el régimen legal para administradores de casas de depósito.

Con la sanción de la ley 26.994 se deroga el CCom. (y el CCiv.) en su art. 4º. Por su parte, el art. 3º hace lo propio con una serie de leyes dentro de las cuales no se encuentran las mencionadas anteriormente, por lo que de acuerdo al art. 5º de la 26.994, conservan su vigencia como leyes complementarias ahora del nuevo código.

En definitiva, el régimen de las casas de depósito, queda hoy integrado por estas dos viejas leyes complementarias del nuevo código, y dentro de la regulación del CCyC., los arts. 1376 y 1377 de manera específica más las reglas generales que los abarquen como realizadores de una actividad económica organizada (por ejemplo, la obligación de llevar estados contables, conforme arts. 320 y ss.).

Las dos disposiciones específicas

El art. 1376 alude a la responsabilidad del depositario, agravándola en la comprensión de una actividad empresarial, donde la responsabilidad es claramente objetiva y sólo admite que no se responda por las cosas allí depositadas cuando la pérdida, disminución o avería provengan de la misma cosa: ya sea por su naturaleza, su

vicio propio o el vicio de embalaje; o resulten del caso fortuito externo a la actividad. Acá debemos insistir en que tal exclusión de responsabilidad debe obedecer a una causa extraña, ajena absolutamente a la actividad y de interpretación restrictiva. Finaliza el artículo brindando una regla a los fines de la valuación del daño, que consiste en la tasación por peritos arbitradores. La actuación de los árbitros es una nota común en las casas o empresas de depósito, conforme el derogado CCom. y las leyes complementarias que mencionamos anteriormente.

Por su parte, el art. 1377 CCyC. pone en cabeza de los propietarios de las casas de depósito, dos obligaciones. La primera de ellas (inc. a) es la de dar recibo por las cosas que les son entregadas para su custodia, en el que se describa su naturaleza, calidad, peso, cantidad o medida. De alguna manera, se replica en esta disposición, el texto del art. 123 inc. 3° del CCom., del que resulta un instrumento probatorio de la celebración del contrato.

La segunda obligación, nace del inc. b) del art. 1377 CCyC. que obliga a permitir la "inspección" de las cosas depositadas al depositante o a quien éste indique, lo que resulta claramente razonable en el marco del depósito estrictamente pero más aún en la actuación del empresario de una casa de depósito, ya que muy probablemente las mercaderías depositadas sean puestas a la venta ínterin dura su guarda.

El derogado art. 123 inc. 5° del CCom. contiene una disposición similar pero acotada, ya que obliga a los barraqueros a "mostrar" a los compradores, por orden de los dueños, los artículos o efectos depositados.

Evidentemente, el CCyC. regula con mejor técnica ya que lo interesante tanto para el depositante como para el tercero —eventual comprador— es la inspección porque supone supervisión y fiscalización de lo depositado y no simplemente que le sea expuesto a su vista.

(*) ALOU, Stella Maris, Prof. Asociada de Derecho Civil III, Facultad de Derecho UNR y RAMONDA, Margarita, Prof. Adjunta de Derecho Civil III, Facultad de Derecho UNR

(1) ÁLVAREZ WASHINGTON, Tomás y AMIEVA Victoria, "La prueba en el contrato de caja de seguridad", La Ley 2013-B, pág. 85.

(2) El contrato de Garaje ha generado en doctrina y jurisprudencia muchos pronunciamientos y opiniones diversas según su configuración, desde su tipificación como depósito, hasta calificarlo como un contrato sui generis, atípico, etc.

(3) Cam. Nac. Apel. Civ. y Com.Federal, sala I, Rodríguez Bravo E. c. Poder Ejecutivo Nacional s/ Amparo, RC J 7054/10 - Cám. Apel.Civ. y Com., sala II, Morón, Lenzi, Edgar c. Bco. de la Prov. Buenos Aires s/ Daños y perjuicios, RC J 834/12. Estos fallos lo consideraron lisa y llanamente contratos de depósito aplicándole la normativa del CCiv. de manera principal. Otros pronunciamientos reconocen que los depósitos bancarios se rigen en principio por las disposiciones especiales de la actividad y en subsidio por las reglas del depósito del CCiv. como en Cám. Nac. Apel.Com., sala D, Giacomello de Rossiter, Marta y ot. c. Banco Itau Buen Ayre S.A. s/ Sumario, RC J 6751/12.

(4) En contra PITA, Enrique Máximo, "El contrato de depósito en el código vigente y en el proyecto de 2012". Revista de Derecho Privado y Comunitario 2014-2 Problemática Contractual, Contratos en particular, Rubinzal-Culzoni, Bs. As. 2014, pág. 286.

(5) BIANCA, C. Massimo, Diritto Civile 3, Il Contratto, Dott. Giuffré Editore, Milano, 1987, págs. 517 y ss.

(6) Según los Diccionarios de significados y sinónimos de la Real Academia Española - www.rae.es.

(7) ALTERINI, Atilio, Contratos Civiles, Comerciales y de Consumo. Teoría General, Abeledo Perrot, Bs. As. 1998, pág. 182.

(8) NICOLAU, Noemí L., Fundamentos de Derecho Contractual. Teoría General del Contrato, NICOLAU Noemí L., Directora; ARIZA Ariel y HERNÁNDEZ Carlos, Coordinadores, Ed. La Ley, Bs. As. 2009, pág. 179.

(9) LORENZETTI, Ricardo, Tratado de los contratos. Parte general, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, pág. 101.

(10) Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, el contrato es un acto jurídico que para distinguirse de otros requiere ser al menos bilateral, entre vivos de contenido patrimonial y no personalísimo, conf. NICOLAU, Noemí L., Fundamentos de Derecho Contractual. Teoría General del Contrato, cit., pág. 33.

(11) APARICIO, Juan Manuel, Contratos 1. Parte General, Ed. Hammurabi, Bs. As. 1997, pág. 44; en igual sentido NICOLAU, Noemí L., Fundamentos. Teoría General, cit.

(12) MESSINEO, Francesco, Manual de derecho civil y comercial, trad. Santiago SENTÍS MELENDO, Ed. E.J.E.A., 1971, t. IV, pág. 436, califica a las partes y al consentimiento como elementos constitutivos o esenciales, pues mediante ellos el contrato se perfecciona y viene a existir. Agrega este autor que las expresiones "constitutivos o esenciales" equivalen a "necesarios" en el sentido de que la presencia de ellos está ligada al perfeccionamiento del contrato y sin ellos, el contrato es nulo. En igual sentido: STIGLITZ, Rubén, Formación del consentimiento, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Contratos 2015, cita laleyonline: AR/DOC/4737/2014.

(13) La expresión "capacidad de ejercicios" refiere a la denominada hasta ahora "capacidad de hecho" que supone la aptitud para el ejercicio por sí mismo de los derechos y obligaciones.

(14) ORGAZ, Alfredo, Hechos y actos o negocios jurídicos, Víctor de Zavalía editor, Bs. As. 1963. Nos advierte este autor, que las categorías que deben contraponerse son las de: actos de administración y actos de disposición, siendo el primero aquel que tiende al normal aprovechamiento del patrimonio o de las cosas que lo integran, de acuerdo con su naturaleza y particular destino y el segundo nombrado, el que altera sustancialmente la naturaleza de las cosas que integran el patrimonio o la cosa (gravámenes, cambio de destino y, en algunos casos, enajenaciones, cuando afectan el capital y no a la renta).

(15) SPOTA, Alberto, Instituciones de Derecho Civil. Contratos, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. VII, pág. 285.

(16) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. D. Dogmática del contrato de depósito. Comentario exegético de las normas que lo regulan en los códigos civil y de comercio. Trabajo con publicación informal, ya que su publicación se frustró por la sanción del CCyC. (<https://www.facebook.com/groups/Der.Civ.Arg/>).

(17) GÓMEZ LEO, Osvaldo R. y FERNÁNDEZ, Raymundo L., Tratado teórico-práctico de derecho comercial, laleyonline: <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentoVM?src=externalLink&crumb-action=append&context=27&docguid=>.

(18) Prestigiosa doctrina considera que la vicisitud es en realidad una facultad rescisoria: BORDA, Guillermo, Tratado de Derecho Civil, Contratos, 6ª ed. t. II, Ed. Perrot, Bs. As., 2008, pág. 617. En igual sentido LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., Teoría de los contratos, t. 5, Parte Especial 4, Ed. Zavalía, Bs. As. 1991, pág. 429.

(19) MÜLLER, Enrique, Vicios del consentimiento y de los actos jurídicos. Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2012-III, Editorial Rubinzal, pág. 47.

(20) DE LORENZO, Miguel Federico, Conferencia sobre el Título Preliminar del CCyC, Colegio Público de Abogados de la Caba, <http://www.cpacf.org.ar/noticia.php?id=2613&sec=118>.

(21) NICOLAU, Noemí L., cit., pág. 55.

(22) La doctrina y la jurisprudencia han considerado unánimemente desde siempre que la obligación indemnizatoria existe también y con mayor razón ante el dolo principal.

(23) BUERES, Alberto, El objeto de los actos jurídicos. Ed. Hammurabi, Bs. As. 1986.

(24) Seguimos en este punto a LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., Teoría de los contratos, parte general 3. Editorial Zavalía, Bs. As. 1991, pág. 156.

(25) La controversia ha girado sobre la naturaleza jurídica del contrato por el que se guarda o custodia un inmueble, ya que frente a su consideración como un verdadero depósito, hay quienes calificaron ese vínculo jurídico como una locación de servicios o una figura atípica de locación de actividad por el carácter esencialmente gratuito del depósito en el CCiv.

(26) GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., Depósito irregular y sus efectos, La Ley 2000-E, pág. 600.

(27) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., Contratos... parte general 3), cit.

(28) PITA, Enrique M., cit.

(29) FACCO, Javier H., Depósito en Fundamentos de Derecho Contractual, Teoría General del Contrato, cit. pág. 789.

(30) Nota de VÉLEZ SARSFIELD al art. 2182 del CCiv.

(31) VALLESPINOS, Carlos G. y MARTINI, Luciano J., Forma y prueba de los contratos en el nuevo

Código Civil y Comercial de la Nación, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015, laleyonline: AR/DOC/389/2015.

(32) En contra PITA, Enrique, cit.

(33) MOEREMANS, Daniel E., Responsabilidad del hotelero, La Ley 2010-E, pág. 1136, cita laleyonline: AR/DOC/4996/2010, MOEREMANS, Daniel E. Responsabilidad del hotelero en el contrato de hospedaje u hotelería, en Responsabilidad civil. Homenaje al profesor doctor René A. Padilla, La Ley, Buenos Aires, 2010 Leiva FERNÁNDEZ, Luis F. P. (dir.), en igual sentido BORDA, Guillermo, cit.

(34) Resulta de gran riqueza el concepto de "guarda activa", que supone según la naturaleza de la cosa depositada o el contenido del acuerdo, a más de poner a resguardo, evitar la pérdida de su valor. PITA, Enrique, cit., en igual sentido GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, cit., ARGERI, Saúl A., Contrato de garaje. La Ley 1980-D, pág. 1420.

(35) PITA, Enrique M., cit., pág. 292.

(36) ZUNINO, Jorge Osvaldo, cit., pág. 147

(37) Cám. Nac. Apel. Com., sala B, Trans Cereal S. R. L. c. Sogemet S. A. y otro, cita laleyonline: AR/DOC/20556/2001.

(38) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., Contratos, parte especial 4) cit., pág. 458.

(39) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., Contratos parte especial 4) cit., pág. 547.

(40) VÉLEZ SARSFIELD en la nota al art. 2208, menciona el art. 959 del Código de Austria, en el cual el permiso dado al depositario para usar o servirse de la cosa, muta la naturaleza del contrato y los derechos y obligaciones relacionados.

(41) Alguna doctrina entiende que el depósito irregular se asemeja al mutuo y no puede haber restitución anticipada: SALVAT, Raymundo M. Fuentes de las obligaciones. Contratos, t. III, actualizado por ACUÑA ANZORENA, Arturo, Ed. TEA, Bs. As. 1954, pág. 505. En igual sentido BORDA, Guillermo, cit. pág. 750. Otros autores insisten en la función social típica: HERSALIS, Marcelo, Depósito irregular. Algunas precisiones al respecto, DJ 11/07/2012, pág. 13, donde afirma que: "la causa que mueve al depositante lejos esta de corresponderse con toda intención de dar crédito al depositario, por el contrario, tiende a obtener de éste un servicio que le garantice la restitución cuando el primero lo exija y el traspaso de la carga de custodia mientras dure la ejecución del contrato".

(42) SPOTA, Alberto, cit., pág. 801.

(43) ARIAS CÁU, Esteban J., El contrato de hospedaje en el proyecto de código civil y comercial 2012, Microjuris, mayo de 2013, cita online: MJ-DOC-6265-AR | MJD6265.

(44) ZUNINO, Jorge Osvaldo, Depósito y otras relaciones de guarda, Ed. Astrea, Bs. As., 2006, pág. 244.

(45) PITA, Enrique M., cit.

(46) PITA, Enrique M., cit.

(47) GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., Depósito, mutuo, comodato y donación, en RIVERA, Julio C. (dir.) y MEDINA, Graciela (coord.), Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2012, pág. 733. En igual sentido, ARIAS CÁU, cit.

(48) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., Contratos, parte especial 4) cit., pág. 481.

(49) ARIAS CÁU, Esteban, cit.

(50) En la doctrina ya hay discrepancia en este tema: el Dr. Pita en el artículo citado postula la aplicación de la regla específica mientras que el Dr. Arias Cáu en la obra referida admite la posibilidad de aplicar las eximentes.

(51) REZZÓNICO, Juan Carlos, Contratos con cláusulas predispuestas, Ed. Astrea, Bs. As. 1987, pág. 103.

(52) FACCO, Javier, cit., pág. 790.

(53) SPOTA, Alberto, cit., pág. 515.

(54) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., Contratos... parte especial 4) cit., pág. 485.

(55) ARIAS CÁU, Esteban, cit.

(56) Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, Caja de Valores, S.A. c. Lanzillotta, Gustavo; La Ley 1990-B, pág. 554, cita laleyonline: AR/JUR/1190/1989 - Cám.Nac. Apel. Com., sala C, Tecnocom San Luis S.A. y otro c. Megatom S.A. y otros s/ ordinario, cita laleyonline: AR/JUR/38572/2013.

(57) GÓMEZ LEO, Osvaldo R. y FERNÁNDEZ, Raymundo L. Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial, laleyonline: <http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?src=externalLinl&crumb-action=append&context=27&docguid=>.

(58) FERNÁNDEZ, Raymundo L. y GÓMEZ LEO, Osvaldo R., Barraqueros y dueños de casas de depósito, La Ley 1985-C, pág. 810, cita laleyonline: AR/DOC/3084/2001 En idéntico sentido ARGIERI, Saúl A., Contrato de depósito comercial, La Ley 1979-A, pág. 872, cita laleyonline: AR/DOC/22249/2001.