

DEL DEPOSITO Y DEL SECUESTRO¹

1.-) Definición.

El art. 2211 contiene la definición legal:

“Llamase en general depósito el contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie.

La cosa depositada se llama también depósito.”

Las partes que intervienen en el contrato son dos: la persona que hace el depósito, denominado *depositante*, y la persona que lo recibe, llamada *depositario*.

La expresión “*depósito*”, como previene la ley en el inciso 2º del art. 2211, sirve también para designar la cosa misma depositada. En tal sentido, se utiliza en el art. 63 de la Ley General de Bancos.

2.-) Características del depósito.

Cuando su origen es contractual, presenta cuatro características fundamentales:

a) *Es un contrato real:* arts. 2212 y 2213.

La entrega puede hacerse de cualquier modo que confiera la tenencia de la cosa, incluso en forma simbólica, como deja en claro el inciso 2º del art. 2213, al aludir a la forma simbólica de tradición denominada *constituto posesorio* (art. 684 Nº 5, segunda parte).

b) *Es un contrato unilateral.*

El depósito, al igual que ocurre con el comodato y el mutuo, origina obligaciones sólo para una de las partes. En efecto, al momento de perfeccionarse el contrato – oportunidad a la que debemos atender para calificar de unilateral o bilateral un contrato –, sólo se obliga el depositario, a restituir el depósito.

Lo anterior, sin perjuicio que a posteriori, también pueda resultar obligado el depositante, a pagar las expensas de conservación de la cosa y a indemnizar los perjuicios ocasionados al depositario. En tales hipótesis, estaríamos ante un contrato sinalagmático imperfecto.

c) *Es un contrato a título gratuito, por regla general.*

Ninguna contraprestación realiza el depositante a favor del depositario, cediendo el contrato sólo en utilidad del primero. Si hubiere tal contraprestación, el contrato podría degenerar en uno de arrendamiento o en un contrato innominado o atípico.

Con todo, el contrato será oneroso en un caso: cuando el depositante autoriza al depositario para usar la cosa dada en depósito. Si ello ocurre, veremos que aumenta el grado de diligencia exigible al depositario. Cabe agregar además que éste es un caso de contrato unilateral pero oneroso.

¹ Fecha de última modificación: 13 de febrero de 2012.

d) *Es un contrato intuitu personae.*

Igual que acontece con el art. 2116, que define al mandato, en el art. 2211 se deja en claro que el depósito es un contrato de confianza, y por ende, resulta determinante la persona del otro contratante. En efecto, el depositante, por regla general, tomará en consideración las aptitudes personales, la rectitud y la honestidad del depositario, para confiarle la custodia de algunos bienes. Excepcionalmente, no será posible calificar al depositario, tratándose del depósito necesario. Desde otro punto de vista, el contrato de depósito también supone que el depositario acepte custodiar gratuitamente las cosas, en consideración a la persona del depositante.

En relación con lo anterior, si bien es cierto que el art. 2216 impide al depositante pedir que se declare la nulidad del contrato, cuando yerra acerca de la identidad del depositario, el art. 2226 le permite pedir la restitución de las cosas depositadas en cualquier tiempo, subsanando por esta vía la equivocación en que incurrió al ponderar los atributos personales del depositario. El mismo artículo, en todo caso, si admite el error en que pueda incurrir el depositario, en la persona del depositante.

3.- Clasificación del depósito.

Del art. 2214, se desprende que el depósito puede ser:

a) Depósito propiamente tal.

Este, a su vez, puede asumir dos formas:

a.1) Voluntario: la elección del depositario depende de la libre voluntad del depositante;

a.2) Necesario: la elección del depositario es impuesta por las circunstancias.

b) El secuestro.

También puede asumir dos formas:

b.1) Convencional: se constituye por acuerdo de las partes;

b.2) Judicial: se constituye por decreto del juez.

4.- El depósito propiamente tal.

a) *El depósito voluntario.*

a.1) Concepto: art. 2215: *“El depósito propiamente dicho es un contrato en que una de las partes entrega a la otra una cosa corporal y mueble para que la guarde y la restituya a voluntad del depositante.”*

Si comparamos la definición de depósito en general (artículo 2211) con la del depósito propiamente dicho (artículo 2215), observamos desde ya dos diferencias:

1° En el depósito en general, la cosa que se confía es una cosa *“corporal”*, y por ende, podría ser mueble o inmueble; en el depósito propiamente dicho, la cosa ha de ser *“corporal y mueble”*;

2° En el depósito propiamente dicho, la restitución debe efectuarla el depositario *“a voluntad del depositante”*, o sea, cuando éste la requiera; en el depósito en general, la restitución podría no depender de la voluntad del depositante.

a.2) Objeto del depósito.

Debe tratarse de un bien *corporal y mueble*. El secuestro puede recaer en cambio sobre cosa mueble o inmueble. Nada impide sin embargo que las partes acuerden un depósito de inmueble, pero en tal caso estaremos ante un contrato innominado o atípico, al que en todo caso habría que aplicarle, supletoriamente de la voluntad de las partes, las normas del depósito.

a.3) Capacidad en el depósito voluntario.

El art. 2218 no requiere capacidad especial, sino la capacidad general para celebrar cualquier contrato.

La disposición se pone en el caso de que el depositante o el depositario sean incapaces:

1º si es incapaz el depositante, el contrato es nulo, pero la nulidad no aprovecha al depositario: art. 2218, inciso 2º. En otras palabras, la nulidad sólo aprovecha al incapaz, debiendo el otro contratante cumplir con sus obligaciones.

2º si es incapaz el depositario, distinguimos:

- el depositante puede reclamar la cosa depositada, sólo mientras esté en poder del depositario;
- si el depositario hubiere enajenado la cosa, sólo tendrá acción el depositante contra el depositario, hasta el monto en que por el depósito se hubiere hecho más rico el depositario (norma similar a la del artículo 1688);
- el depositante puede interponer las acciones correspondientes contra los terceros que hubieren adquirido del depositario o que tuvieren la cosa en su poder.

a.4) Error en el depósito.

Establece el art. 2216 que el error en que incurra el depositante acerca de la identidad personal del depositario es inocuo, no le permite pedir que se declare la nulidad del contrato. Como dijimos, el art. 2226 le franquea una vía más expedita, cual es la de pedir derechamente la restitución de la cosa.

Tampoco invalida el contrato el error acerca de la substancia, calidad o cantidad de la cosa depositada. Dicho error, afectará ciertamente al depositario.

En dos casos, sin embargo, la ley autoriza al depositario para restituir de inmediato la cosa depositada:

- cuando padece error acerca de la persona del depositante;
- cuando descubre que la guarda de la cosa depositada le acarrea peligro.

a.5) Prueba en el depósito voluntario.

El art. 2217 establece las siguientes reglas:

- el contrato deberá constar por escrito, cuando la cosa depositada sea de un valor superior a 2 Unidades Tributarias Mensuales, de acuerdo a la regla general de los arts. 1708 y 1709;

- a falta de pacto escrito, será creído el depositario respecto a los aspectos esenciales del contrato, esto es: en cuanto al hecho mismo de haberlo celebrado, a la cosa depositada y a su restitución. Como puede observarse, la ley indirectamente obliga al depositante a celebrar el contrato mediante un instrumento.

a.6) Obligaciones del depositario.

Son las siguientes:

a.6.1) Obligación de guardar la cosa.

Se desprenden de esta obligación importantes consecuencias:

- La guarda de la cosa obliga al depositario a emplear la debida diligencia o cuidado. Como el contrato sólo cede en beneficio del depositante, el depositario –salvo pacto en contrario-, no responde sino de la culpa lata o grave: art. 2222. Sin embargo, el depositario responderá incluso de culpa leve, en los siguientes casos:
 - 1º Si se ofreció espontáneamente o pretendió que se le prefiriera por sobre otras personas, como depositario;
 - 2º Si tiene interés personal en el depósito, sea porque se le permita usar de las cosas depositadas en ciertos casos, sea que estemos ante un depósito remunerado;
 - 3º Si se estipula por las partes que el depositario responderá de culpa leve o aún levisima.

Las partes, en todo caso, no podrán estipular que el depositario queda exonerado de toda culpa, pues la culpa grave equivale al dolo en materia civil (art. 44), y por ende estaríamos ante una condonación del dolo futuro y por tanto ante objeto ilícito (art. 1465).
- El depositario no tiene derecho a usar la cosa dada en depósito, sin el consentimiento del depositante: art. 2220, inciso 1º. El permiso del depositante puede ser expreso o presunto, calificando el juez las circunstancias que justifican la presunción (atendiendo por ejemplo a las relaciones de confianza y amistad entre las partes, o a la circunstancia de tratarse de cosas que no se deterioran sensiblemente con el uso).
- Debe respetar el depositario los sellos y cerraduras: art. 2223. El art. 2224 alude a la fractura o rotura de sellos o cerraduras, distinguiéndose si hubo o no culpa del depositario:
 - 1º Hubo culpa del depositario: se estará a lo que declare el depositante, en cuanto al número y calidad de las especies depositadas;
 - 2º No hubo culpa del depositario: habrá que probar, de acuerdo a las reglas generales, en caso de controversia.

En todo caso, la ley presume culpa del depositario, si ha mediado fractura o forzamiento (se trata de una presunción simplemente legal).
- Deber del depositario, de guardar el secreto de un depósito de confianza: art. 2225. Será tal, aquél en el cual el depositante instruye al depositario para no revelar a terceros el contenido del depósito o incluso la circunstancia de haberse celebrado el contrato.

a.6.2) Obligación de restituir el depósito.

Se trata de la obligación fundamental del depositario. El art. 2215 señala que la restitución debe efectuarse “*en especie a voluntad del depositante*”.

- Cómo debe hacerse la restitución:
 - 1º La cosa debe restituirse en especie, en su idéntica individualidad, aunque el depósito recaiga en cosas genéricas o fungibles: art. 2228. La excepción la constituye el *depósito de dinero* (art. 2221), siempre y cuando no se haga en arca cerrada cuya llave conserve el depositante o con otras precauciones que imposibiliten tomarlo sin fractura.
 - 2º La cosa debe restituirse con sus accesorios, incluyendo los frutos que hubiere producido (art. 2229).
 - 3º El depositario no responde, si la cosa se pierde por caso fortuito (regla general). Con todo, debe restituirse al depositante:
 - el precio de la cosa depositada, si lo recibe;
 - u otra cosa recibida en lugar de la cosa depositada (art. 2230).Si el depositario estaba en mora de restituir, será responsable del caso fortuito o fuerza mayor (aplicación del art. 1672: la obligación del depositario subsiste, pero varía de objeto, pues deberá restituir, en lugar de la cosa depositada, su precio más indemnización de perjuicios, o sólo la última).
 - 4º La obligación de restituir pasa a los herederos: art. 2231. Si los herederos del depositario venden la cosa depositada, de buena fe (o sea, ignorando la existencia del depósito y creyendo que el depositario era dueño de la cosa), el depositante tiene un derecho alternativo:
 - si no puede o no quiere interponer la acción reivindicatoria o ésta es ineficaz, puede exigir a los herederos que le restituyan lo que recibieron por la cosa;²
 - que los herederos le cedan las acciones que les competan en virtud de la enajenación.
 - 5º Serán de cargo del depositante los gastos de transporte necesarios para la restitución: art. 2232 (el art. 1571 establece que por regla general, los gastos del pago corresponden al deudor).
- Cuándo debe efectuarse la restitución: arts. 2215 y 2216, 2º. La restitución debe efectuarse ante el requerimiento del depositante (“*a voluntad del depositante*”). Si se estipuló plazo para la restitución, ello no impide al depositante para exigir la restitución antes de la expiración del plazo en cuestión. El plazo sólo obliga al depositario. Éste no puede renunciar al plazo. Sin embargo, en dos casos el depositario puede exigir al depositante que retire la cosa:
 - 1º Cuando peligre el depósito en poder del depositario;
 - 2º Cuando el depósito cause perjuicio al depositario (art. 2227).
- El depositario no puede alegar compensación: al igual que ocurre con el contrato de comodato, el depositario no puede negarse a restituir la cosa, alegando que el depositante le adeuda una obligación (artículo 1662), a menos que el crédito del depositario se hubiere originado por la tenencia de la cosa, según veremos.

² Se trata de un caso en el que se responde (por los herederos) a consecuencia de “*un hecho del deudor*”, y no de la culpa o del dolo.

- El depósito irregular.
Se encuentra establecido en el art. 2221. Es aquél en el cual el depositario, en lugar de la misma cosa que ha recibido, se obliga a restituir otras del mismo género y calidad. En este caso, el depositario no es deudor de una especie o cuerpo cierto, sino de una cosa genérica. Y al igual que acontece en el mutuo, el depositario irregular se hace dueño de la cosa dada en depósito: estamos ante un título traslativo de dominio y ante un contrato real en el cual hay tradición.
Este es el caso de los depósitos de dinero hechos en Bancos, forma mucho más usual que el depósito ordinario.
Pero no cualquiera depósito en dinero constituye un depósito irregular. No lo es cuando se hace en caja cerrada cuya llave conserva el depositante o con otras precauciones que imposibiliten tomar el dinero sin fractura.
El depósito irregular y el mutuo se identifican prácticamente. El Banco que recibe depósitos de dinero se encuentra en la práctica en igual situación que si los hubiere recibido en préstamo, con mayor razón si debe restituir capital más intereses.
En teoría, existe una diferencia: en el mutuo, se estipula un plazo pendiente el cual no puede demandarse la restitución; en el depósito, el depositante puede exigir la restitución “*a su voluntad*”. Sin embargo, esta diferencia es meramente accidental y en la práctica no existe en los depósitos de ahorro a días determinados (por ejemplo, un depósito a 35 días).
- Aplicación al depósito de las reglas de los arts. 2181 a 2185, del comodato (artículo 2233).
1º La restitución debe hacerse al depositante o a quien tenga derecho a recibir en su nombre. Cabe consignar que puede restituirse la cosa a un incapaz, si éste, al hacer el depósito, actuaba con autorización de su representante legal.
2º Cesa la obligación de restituir, si el depositario descubre que la cosa le pertenece. Pero puede haber litigio con el depositante acerca del dominio, caso en el cual el depositario deberá restituir, salvo si probare breve y sumariamente su derecho de propiedad.
3º Por regla general, el depositario no puede retener la cosa para seguridad de su crédito que tenga contra el depositante; excepcionalmente, podrá retener cuando se trate de las expensas hechas por el depositario para la conservación de la cosa y de los perjuicios que sin culpa del depositario le haya ocasionado el depósito (arts. 2234 y 2235). Observamos que el depositario, al igual que el comodatario, goza del derecho legal de retención en los casos recién indicados.
4º No puede el depositario suspender la restitución pretextando que la cosa no pertenece al depositante. Excepcionalmente, lo puede hacer, cuando:
 - la cosa se embargue judicialmente en sus manos;
 - la cosa haya sido perdida, hurtada o robada;
 - cuando se trate de armas ofensivas o de otra cosa de que se sepa que se trata de hacer un uso criminal;
 - si el depositante ha perdido el juicio y carece de curador.

a.7) Obligaciones del depositante.

Inicialmente, al igual que acontece con el comodante, el depositante no contrae obligación alguna. Puede resultar obligado sin embargo, de acuerdo al art. 2235. Estamos también ante un contrato sinalagmático imperfecto.

b) *El depósito necesario.*

b.1) Concepto.

El depósito propiamente dicho se denomina *necesario*, cuando la elección del depositario no depende de la libre voluntad del depositante, sino que es dictada o impuesta por las circunstancias: art. 2236.

b.2) Particularidades del depósito necesario.

En general, está sujeto a las mismas normas que el voluntario: art. 2240. Sin embargo, respecto de la prueba y a la responsabilidad, la ley establece normas especiales:

- No se aplican al depósito necesario las limitaciones de la prueba testimonial: arts. 2237 y 1711, último inciso.
- El depositario, que usualmente sólo responde de culpa grave, responde en el depósito necesario de culpa leve: art. 2239.

b.3) Depósito necesario de que se hace cargo un incapaz.

Puesto que el depositante no puede cerciorarse de la capacidad del depositario, sería injusto aplicarle el art. 2218. Por ello, el art. 2238 establece que estaremos ante un cuasicontrato, si el depositario es un menor adulto (no se trata de cualquier incapaz por lo tanto). Por imposición de la ley, el incapaz, sin autorización de su representante legal, contrae las obligaciones propias del depositario.

b.4) Depósito de efectos en hoteles y posadas.

El art. 2241 lo asimila al depósito necesario. El art. 2248 extiende la norma a otros establecimientos. Los efectos de esta clase de depósitos están consignados en los arts. 2242 a 2247.

Recordemos que sobre estos bienes, puede alegarse una preferencia de segunda clase, para el pago del crédito del hotelero o posadero (artículo 2474, número 1).

5.- El secuestro.

a) Concepto.

Es una especie de depósito en poder de un tercero de una cosa que dos o más personas disputan, mientras se resuelve definitivamente acerca de sus respectivos derechos. Se trata, por consiguiente, de una medida conservativa o de precaución: art. 2249.

b) Clases de secuestro.

Puede ser “*convencional*” o judicial (art. 2252).

b.1) Secuestro convencional.

Es aquél que se constituye por un acuerdo de voluntades, por el solo consentimiento de las personas que se disputan el objeto litigioso. En realidad, también supone un juicio.

b.2) Secuestro judicial.

Es el que se constituye por decreto del juez. Está regulado en el CPC (art. 290 y siguientes, medidas precautorias).

b.3) Reglas a que está sometido el secuestro: arts. 2250 y 2253.

b.4) Diferencias entre el secuestro y el depósito propiamente dicho.

No obstante lo señalado en el art. 2250, podemos señalar las siguientes diferencias:

- Mientras que el depósito propiamente dicho sólo puede tener por objeto bienes muebles, el art. 2251 dispone que pueden ponerse en secuestro bienes muebles o raíces. Con todo, este último caso sólo podrá operar en el secuestro convencional, no en el judicial, atendido lo expuesto en el art. 291 del CPC).
- En cuanto a su duración, el depósito propiamente dicho concluye y debe el depositario restituir la cosa, cuando así lo requiera el depositante (arts. 2226 y 2227). Tratándose del secuestro, distinguimos:
 - 1º Si es judicial: el secuestre no puede restituir la cosa mientras no se haya pronunciado sentencia ejecutoriada, que adjudique la cosa secuestrada a uno de los litigantes: art. 2256. En todo caso, el juez, en cualquier momento, podrá dejarlo sin efecto.
 - 2º Si es convencional: podrá cesar el secuestro por voluntad unánime de las partes, aunque no se haya dictado sentencia.Asimismo, tanto el depósito judicial como el convencional, podrán terminar cuando el secuestre de cuenta de una necesidad imperiosa de restituir, a los depositantes o al juez, quienes dispondrán su relevo.
- En cuanto a la persona a quien se restituye: en el depósito propiamente dicho, el depositario debe restituir al depositante o a quien tenga derecho a recibir en su nombre (arts. 2181 y 2233). El secuestre, por su parte, debe restituir al adjudicatario favorecido por la sentencia ejecutoriada: art. 2257.

b.5) Derechos del secuestre: arts. 2254 y 2255.

El art. 2254 consagra la acción del secuestre para recuperar la cosa de manos de cualquiera persona, incluso el depositante.

El art. 2255 se refiere a las facultades del secuestre de un inmueble: tiene las facultades y obligaciones del mandatario.
