

CONTRATOS REALES¹

Del artículo 1443 del Código Civil se desprende que los contratos, desde el punto de vista de su perfeccionamiento, pueden clasificarse en *contratos consensuales, solemnes o reales*. Dice el artículo 1443 "El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne, cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual, cuando se perfecciona por el solo consentimiento".

Son contratos reales aquellos para cuya formación se exige la entrega de la cosa sobre la que versa el acto jurídico. *Sin entrega no hay contrato*. No hay que confundir esta entrega, que integra la fase del *nacimiento* del contrato con la entrega que integra la fase del *cumplimiento del contrato*.

Lo que caracteriza esencialmente al contrato real es la imprescindible entrega con la cual nace el contrato y, quien entrega la cosa, se constituye en acreedor de la típica obligación restitutoria que nace en estos casos. Quien recibe la cosa es el deudor de esta obligación.

¹ Apuntes preparados por Alejandra Aguad D., Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. 2001

Tratándose del depósito, del comodato, de la prenda civil y de la anticresis, la entrega efectuada constituye al que la recibe en *mero tenedor*, por la cual queda obligado a restituir *la misma* especie. Por el contrario, en el caso del mutuo, quien recibe la cosa se transforma en poseedor y/o dueño puesto que el mutuo constituye un título traslativo de dominio, y el mutuario queda obligado a restituir *otro tanto del mismo género y calidad*.

De lo anterior se puede deducir que la redacción utilizada por el artículo 1443 del Código Civil no es del todo precisa (al decir que "*El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere*"), pues la entrega de la cosa no siempre constituirá tradición sino tan sólo tratándose del mutuo.

El contrato real es de origen romano y actualmente se ha discutido la mantención de la categoría como tal. Se ha propuesto transformar los contratos reales, que son unilaterales, en contratos consensuales bilaterales. Así, la entrega dejaría de estar integrada a la fase del *nacimiento* del contrato para pasar a integrar la fase del *cumplimiento* del contrato. De este modo, el dueño o comodante o mutuante quedaría obligado a *entregar la cosa* tan pronto haya accedido a su entrega con el comodatario o mutuario, esto es, una vez que se ha formado el consentimiento. Nuestra legislación ha hecho eco de esta corriente a

propósito del mutuo cuando constituye una operación de crédito de dinero (artículo 1° de la Ley 18.010), reglándolo como contrato consensual bilateral.

Por otra parte y desde otro punto de vista, puede discutirse la posición anterior pues, siendo los contratos reales *esencialmente gratuitos*, no reportan en principio beneficio alguno para el que entrega la cosa sino tan sólo para el usuario. Si el contrato es consensual, el dueño no podría abstenerse a entregar la cosa puesto que ha quedado obligado por el mero hecho de otorgar su consentimiento y se verá privado del uso de la cosa que es de su dominio aún cuando ya no desee beneficiar a su contraparte con el préstamo. Por otra parte, si el contrato es real, el dueño siempre podrá retractarse y no entregar la cosa, naciendo el contrato pues, cuando la cosa haya sido *entregada*.

Puede facilitarse la comprensión de lo anterior si el contrato en sí mismo es examinado desde dos puntos de vista:

- a) Como acuerdo de voluntades.
- b) Como una relación jurídica constituida, en que el consentimiento, si bien fundamental y esencial, pierde el rol primordial.

Para los romanos los contratos reales nacieron como una relación jurídica constituida, en que al observar que

necesariamente se derivaban derechos y obligaciones, básicamente la obligación fundamental que es restituir la cosa, le dieron el carácter de contrato. Una persona presta algo a otra: lógicamente se deriva la obligación de restituir la cosa prestada. La corriente del consensualismo y de la primacía de la autonomía de la voluntad es más moderna y nace sobre todo a partir de la Revolución Francesa.

Finalmente, es del caso hacer presente que no debe confundirse la noción de contratos reales con el concepto de contratos *con efectos reales*: esta categoría no existe en nuestro país y en ellos es posible que la adquisición (hacerse dueño) se produzca con el sólo mérito del contrato si necesidad de que intervenga un modo de adquirir. En Chile, al existir la dualidad de título y modo, los contratos sólo tienen *efectos personales* (transforman al "futuro dueño" en acreedor del derecho de "hacerse dueño", a que intervenga la tradición u otro modo).

EL PRÉSTAMO

El préstamo en general es un contrato en que una de las partes entrega una cosa a otra confiriéndole el derecho a servirse de ella con cargo a restitución.

Dependiendo si el uso de la cosa implica su destrucción o no estaremos en presencia de un préstamo de consumo o MUTUO o un préstamo de uso o COMODATO.

En el primer caso, el contrato constituye un título traslativo de dominio (pues por el uso de la cosa se destruye y deben restituirse otras tantas de igual género y calidad) y en el segundo caso será un título de mera tenencia y el que recibe la cosa debe restituirla en especie.

COMODATO O PRÉSTAMO DE USO

Se encuentra definido en el artículo 2174: "El comodato o préstamo de uso es un contrato en que la una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso".

Las partes que intervienen se denominan comodante (dueño, quien confiere el uso) y comodatario (usuario, quien se beneficia con el uso de la cosa).

• Características:

1. Es un contrato real: pues se perfecciona por la entrega de la cosa por el comodante al comodatario.

A este respecto, cabe decir que el inciso 2° del artículo 2174 incurre en un error. En efecto, la referida norma expresa que "este contrato no se perfecciona sino por la *tradición* de la cosa". Es un error de lenguaje, pues con "tradición" el legislador quiso referirse a "entrega".

2. Es un contrato gratuito: Sólo el comodante se grava en beneficio del comodatario. Es una característica de la ESENCIA del comodato.

Si llegara a existir cualquier contraprestación, dejaría de ser un contrato de comodato para convertirse en un contrato de arriendo.

3. Es un contrato unilateral: mientras que el comodante no adquiere obligación alguna (ni siquiera a entregar la cosa pues antes de la entrega no existe contrato), el comodatario se obliga al menos a restituir la cosa dada en comodato.

Eventualmente el comodante podría asumir la obligación de pagar al comodatario las expensas de conservación de la cosa (artículo 2191) y a indemnizarle de los perjuicios que le hubiere podido ocasionar la cosa (artículo 2192).

Por ello se dice que el comodato es un contrato sinalagmático imperfecto, en cuanto a que si bien nace como un contrato unilateral, puede devenir en un contrato bilateral (pero por naturaleza no lo es).

4. Constituye un título de mera tenencia: el comodatario es un mero tenedor. El comodante es quien conserva el dominio y la posesión (artículo 2176).

- ***Cosas susceptibles de darse en comodato:***

Pueden darse en comodato todas las cosas, muebles o inmuebles, siempre que no sean fungibles ni consumibles (recordar que la fungibilidad puede enfrentarse desde un punto de vista subjetivo).

En teoría, cabe el comodato respecto de cosas consumibles en la medida en que se restituya la misma especie, como si se presta dinero y se devuelve el mismo dinero.

Finalmente, pueden darse en comodato tanto las cosas propias como las ajenas: el comodato sobre cosa ajena vale sin perjuicio de los derechos del dueño según las reglas generales. PERO el comodatario no tendrá en contra del comodante acción de evicción pues ésta es una acción propia de los contratos onerosos y el comodato es un contrato gratuito (artículo 2188).

- ***Prueba del comodato:***

Según el artículo 2175, el comodato puede probarse mediante testigos, cualquiera sea el valor de la cosa prestada. De este modo, no rigen a este respecto las limitaciones a la prueba testimonial contenidas en los artículos 1708 y 1709.

- ***Efectos del contrato de comodato:***

- A) OBLIGACIONES DEL COMODATARIO

El comodato, al ser un contrato unilateral, sólo genera

obligaciones para el comodatario, que son básicamente tres:

1. Obligación de conservar la cosa:

Como el comodatario ha de restituir la misma cosa, ha de conservarla y emplear en su conservación el cuidado debido.

Puesto que el contrato de comodato cede en el beneficio exclusivo del comodatario, éste responde de culpa levísima (artículos 1547 y 2178).

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 2179 dispone que podría el comodatario responder de otro tipo de culpa según si el contrato cede en beneficio de ambas partes o en beneficio del comodante exclusivamente. Ello no le quita al comodato su carácter de gratuito, pues no existe contraprestación alguna pero, de alguna manera, el contrato resulta útil a ambas partes o incluso al comodante exclusivamente. Beneficia a ambas partes el comodato en que el comodante presta al comodatario un perro de caza con la obligación de amaestrarlo. Beneficia el comodato exclusivamente al comodante cuando éste presta al comodatario su automóvil para que el comodatario efectúe alguna gestión del comodante.

El comodatario responde de los deterioros de la cosa que provengan de su culpa. El artículo 2178 inciso 2º establece que "si este deterioro es tal que la cosa ya no sea

susceptible de emplearse en su uso ordinario, podrá el comodante exigir el precio anterior de la cosa, abandonando su propiedad al comodatario".

El comodatario no responderá de los deterioros de la cosa que provengan de la naturaleza de la cosa, de su uso legítimo o del caso fortuito, con ciertas excepciones (artículo 2178).

Según lo dispuesto en el artículo 2189, "si la cosa ha sido prestada a muchos, todos serán solidariamente responsables", lo que se entiende se refiere a las indemnizaciones que puedan deberse al comodante.

2. Obligación de usar la cosa en los términos convenidos o según su uso ordinario:

El comodatario debe dar a la cosa solamente el uso determinado por el acuerdo expreso o tácito de las partes.

A falta estipulación expresa, el comodatario debe dar a la cosa el uso que ordinariamente le corresponda, de acuerdo a su naturaleza (artículo 2177).

3. Obligación de restituir la cosa:

El artículo 2180 dispone que "el comodatario es obligado a restituir la cosa prestada en el tiempo convenido; o a falta de convención, después del uso para que ha sido prestada".

Excepcionalmente el comodante podrá reclamar anticipadamente la restitución de la cosa, en los casos previsto en los artículos 2180 Nos. 1, 2 y 3 y 2177 inciso 2°.

El comodatario no puede negarse a restituir la cosa por pretexto alguno, "para seguridad de lo que le deba el comodante" (artículo 2182) ni de que la cosa prestada "no pertenece al comodante (artículo 2183 inciso 1°).

Sin perjuicio de lo anterior, el comodatario podrá negarse a restituir la cosa en los siguientes casos:

- Para la seguridad de las indemnizaciones que pueda deberle el comodante (artículos 2182 y 2193): derecho legal de retención.
- El comodatario debe suspender la restitución cuando se embargue la cosa en su poder por orden judicial (artículo 2183 inciso 1°; c.f. artículo 1578 No. 2).
- Cuando la cosa ha sido perdida, hurtada o robada, el comodatario debe dar aviso al propietario y suspender mientras tanto la restitución (artículo 2183 inciso 2°).
- El comodatario debe suspender la restitución de toda especie de armas ofensivas y de toda otra cosa de que se sepa se trata de hacer un uso criminal; pero deberá ponerlas a disposición del juez (artículo 2184).
- El comodatario debe suspender la restitución cuando el comodante ha perdido el juicio y carece de curador (artículo 2184 inciso 2°).

- Cesa la obligación del comodatario de restituir la cosa si descubre que él es el verdadero dueño de la cosa prestada (artículo 2185 inciso 1°). Si el comodante le disputa el dominio, deberá el comodatario efectuar la restitución, a menos que pruebe, breve y sumariamente, que la cosa prestada le pertenece.

La restitución debe hacerse a quien corresponda. El artículo 2181 dispone que la restitución debe hacerse al comodante o a la persona que tenga derecho para recibirla a su nombre.

El mismo artículo 2181 (inciso 2°) establece una importante excepción al artículo 1578 No. 1 pues dispone que "si la cosa ha sido prestada por un incapaz que usaba de ella permiso de su representante legal, será válida su restitución al incapaz".

El comodante goza de dos acciones para exigir la restitución:

- La acción de restitución propia del comodato, que es un acción personal y, por lo mismo, sólo puede entablarse e contra del comodatario.
- La acción reivindicatoria (siempre que el comodante sea el dueño de la cosa prestada), que es una acción real y, por lo mismo, puede ejercerla en contra de cualquier persona. Cuando la cosa haya salido del poder del comodatario y haya pasado a terceras

personas, la acción reivindicatoria será la única acción que podrá ejercer el comodante.

Finalmente, cabe señalar que si los comodatarios son muchos y al ser la obligación de restituir una obligación indivisible (artículo 1526 No. 2), la cosa podrá reclamarse en manos de aquel de los comodatarios que la detente.

B) OBLIGACIONES DEL COMODANTE

Según lo expresado más arriba, en principio, el comodante no contrae obligación alguna por el contrato de comodato pues, el comodato es un contrato unilateral.

Pero en algunos casos, el comodante puede verse sujeto a ciertas obligaciones, las que consisten en las siguientes:

1. Obligación de pagar al comodatario las expensas de conservación de la cosa:

Aún cuando hayan sido efectuadas sin su previa noticia, cuando:

- Las expensas sean extraordinarias (artículo 2191 No. 1)
- Las expensas sean necesarias y urgentes (artículo 2191 No. 2).

2. Obligación de indemnizar al comodatario los perjuicios que le haya ocasionado la mala calidad o condición de la

cosa prestada: de la forma y en los casos previstos en el artículo 2192:

- Que la condición o mala calidad de la cosa haya sido conocida y no declarada por el comodante.
- Que la condición o mala calidad de la cosa sea de tal naturaleza que fuere probable que hubiese de ocasionar perjuicios.
- Que el comodatario no haya podido con mediano cuidado conocer la condición o mala calidad de la cosa o precaver los perjuicios.

La Ley concede al comodatario el derecho legal de retención con el objeto de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que para con él contraiga el comodante (artículo 2193).

• ***Tansmisibilidad de los derechos y obligaciones de las partes:***

Los derechos y obligaciones que emanan del contrato de comodato son transmisibles a los herederos de las partes (artículo 2186).

El comodato NO se extingue por el fallecimiento del comodante (artículo 2190). Pero SÍ se extingue por el fallecimiento del comodatario puesto que se trata de un contrato *intuitu personae*, salvo que la cosa haya sido prestada para un servicio en particular que no puede suspenderse ni diferirse (artículo 2180 No. 1) y los

herederos del comodatario quedarán sujetos a las mismas obligaciones y tendrán todos los demás derechos que deriven del comodato.

- **COMODATO PRECARIO:**

El comodato recibe el nombre de *precario* si el comodante se reserva el derecho de pedir la restitución de la cosa en cualquier momento (en caso contrario, el comodante debe respetar el término convenido).

El artículo 2194 dispone que "El comodato toma el título de *precario* si el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa en cualquier tiempo".

También toma el título de *precario* el comodato en el cual la cosa no se ha prestado para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución (artículo 2195 inciso 1°).

- **TENENCIA DE UNA COSA AJENA SIN TÍTULO:**

La ley asimila al comodato precario una situación de hecho que consiste en el goce gratuito de una cosa ajena sin ningún título que lo legitime, sea que sea tolerado por el dueño o se verifica por ignorancia suya: esta situación se denomina simplemente "precario".

El artículo 2195 inciso 2° establece que "Constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño".

El dueño podrá recobrar la tenencia de la cosa en

cualquier tiempo, debiendo acreditar que:

- Es dueño
- Que el demandado tiene o detenta la cosa de que se trata.

El demandado deberá defenderse diciendo que si tiene un título que justifique su tenencia y que, por lo tanto, no ocupa la cosa por mera tolerancia o por ignorancia del dueño. Cualquiera sea la calidad del título que logre acreditar, no habrá precario.

El juicio en cuestión se tramitará según las reglas del juicio sumario (artículo 680 No. 6 del Código de Procedimiento Civil).

MUTUO O PRÉSTAMO DE CONSUMO

El artículo 2196 lo define como "el mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad".

Las partes que intervienen se denominan mutuante y mutuario.

• Características:

1. Es un contrato real: pues se perfecciona por la entrega de la cosa por el mutante al mutuario.

En el caso del mutuo, la entrega constituye tradición.

El artículo 2197 establece que "no se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere dominio". La tradición puede verificarse por cualquiera de los modos señalados en el artículo 684.

A este respecto, cabe señalar que cuando el mutuo constituye una operación de crédito de dinero, el contrato podría ser consensual (artículo 1° de la Ley 18.010).

2. Es un contrato unilateral: pues impone tan sólo obligaciones al mutuario. El mutuario se obliga a restituir tantas cosas del mismo género y calidad de las que recibió en préstamo. El mutuante no contrae obligación alguna.

3. Es un contrato naturalmente gratuito según las normas del Código Civil, pero es un contrato naturalmente oneroso cuando constituye una operación de crédito de dinero: la obligación de pagar intereses en el mutuo, para el Código Civil, puede pactarse pero requiere de estipulación expresa. Si nada se dice, el mutuo no devengará intereses.

Cuando el mutuo constituye una operación de crédito de dinero, entran a regir las normas de la Ley 18.010, y del artículo 12 de la misma se desprende que el mutuo es un contrato naturalmente oneroso: si nada se dice se deberán los intereses corrientes.

4. El mutuo constituye un título traslativo de dominio: el mutante se desprende del dominio de la cosa prestada y el

mutuario se hace dueño de la misma.

Por lo mismo, la entrega necesaria para que el contrato se perfeccione importa en el caso del mutuo una verdadera tradición que transfiere el dominio (artículo 2197).

- ***Cosas susceptibles de darse en mutuo:***

Debe tratarse de cosas FUNGIBLES, que son aquellas que presentan una relación de equivalencia con otras de su mismo género por lo que poseen el mismo valor liberatorio.

Dado que el mutuario debe restituir otras tantas cosas de igual género y calidad, es lógico que una cosa, para ser susceptible de ser dada en mutuo, deba poder reemplazarse libremente con otra cosa.

- ***Calidades de las partes en el mutuo:***

El **mutuante** debe ser capaz de enajenar y dueño de las cosas dadas en mutuo.

Si el mutuante es incapaz de enajenar, el contrato adolecerá de un vicio de nulidad. Y si no es dueño, el mutuo no transferirá el dominio de las cosas, conservando el dominio el verdadero dueño.

El artículo 2202 dispone que "si hubiere prestado el que no tenía derecho de enajenar, se podrán reivindicar las especies, mientras conste su identidad". Desaparecida la identidad, se hace imposible el ejercicio de la acción reivindicatoria y se aplicará la norma prevista en el artículo 2202 inciso 2°.

El **mutuario** debe ser capaz de obligarse, so pena de nulidad del contrato de mutuo.

- **Efectos del contrato de mutuo:**

A) OBLIGACIONES DEL MUTUARIO

El mutuario asume la única obligación de restituir otras tantas cosas de igual género y calidad. Para determinar la forma en que debe efectuarse la restitución, es preciso distinguir si las cosas dadas en mutuo consisten en dinero o en otras cosas fungibles:

1. **Mutuo de dinero:**

Se aplican las normas de la Ley 18.010 y no las del Código Civil.

Antiguamente, se aplicaba el artículo 2199 del Código Civil que disponía que debía restituirse la misma suma prestada (criterio nominalista del Código). Dicha regla fue derogada en 1974 por el D.L. 455 que reguló hasta 1981 las operaciones de crédito de dinero.

Actualmente rige la Ley 18.010 de 27 de Junio de 1981, y la restitución de la cantidad prestada se rige por las siguientes reglas:

- **Artículo 1°:** son operaciones de crédito de dinero aquellas por las cuales una de las partes *entrega o se obliga a entregar* una cantidad de dinero y la otra a

pagarla en un momento distinto a aquel en que se celebra la convención. Como dice el artículo, una de las partes *entrega o se obliga a entregar* una cantidad de dinero, con lo cual se desprende que el contrato podría ser real o consensual.

- **Artículo 12:** la gratuidad no se presume. Si no se pactan intereses expresamente, se deberán los intereses corrientes, los que se definen del modo indicado en el artículo 6° de la Ley: "interés corriente es el interés promedio cobrado por los Bancos y las sociedades financieras establecidos en Chile en las operaciones que realicen en el país".
- **Artículo 2°:** en las operaciones de crédito de dinero no reajustables, constituye interés toda suma que recibe o tiene derecho a recibir el acreedor, a cualquier título, por sobre el capital.

En las operaciones de crédito de dinero reajustables, constituye interés toda suma que recibe o tiene derecho a recibir el acreedor, a cualquier título, por sobre el capital reajustado.
- **Artículo 3°:** puede pactarse cualquier forma de reajuste (desde 1989 pues antes sólo podía pactarse en UF).
- **Artículo 6° inciso final:** define el máximo interés

convencional. Dice la norma que "no puede estipularse un interés que exceda en más de un 50% al corriente que rija al momento de la convención, ya sea que se pacte tasa fija o variable. Este límite de interés se denomina interés máximo convencional".

El exceso sufre la sanción del artículo 8°: se tiene por no escrito y el interés se entenderá reducido al interés corriente que rija al momento de la convención.

- **Artículo 11:** sólo pueden pactarse intereses en dinero.

2. **Mutuo de cosas fungibles distintas de dinero:**

Rigen las normas del Código Civil.

Según el artículo 2198, deben restituirse igual cantidad de cosas de igual género y calidad. Si no es posible, deberá pagarse lo que valgan las cosas al tiempo en que deba hacerse el pago (se paga su equivalente en dinero).

• ***Época en que debe hacerse la restitución:***

La obligación del mutuario es siempre una obligación a plazo. Siempre ha de mediar un tiempo entre la entrega y la restitución.

El tiempo de restitución puede ser fijado por la convención de las partes o por la ley:

- Si se trata de cosas fungibles que no sean dinero (aplicándose en consecuencia las reglas del Código Civil): la restitución debe hacerse en la época

estipulada. Si no se hubiere fijado un término, en ningún caso podrá exigirse la restitución dentro de los diez días subsiguientes a la entrega (artículo 2200). Finalmente, si se hubiere pactado que el mutuario pague cuando le sea posible, podrá el juez, atendidas las circunstancias, fijar un término (artículo 2201).

- Si se trata de dinero (aplicándose en consecuencia las reglas de la Ley 18.010): la restitución debe hacerse en la época estipulada. Si no se hubiere fijado un término, sólo podrá exigirse el pago después de diez días contados desde la entrega, salvo que se trate de documentos u obligaciones a la vista o pagaderos a su presentación (artículo 13).

El retardo en el cumplimiento da lugar a la sanción prevista en el artículo 16.

¿Puede anticiparse el pago? Según el artículo 2204 es posible siempre que no se hayan pactado intereses. Ello, por cuanto si se ha pactado interés, el plazo en el mutuo es un beneficio establecido en favor de ambas partes.

El interés se define como "el provecho o remuneración que obtiene el mutuante como precio del capital entregado al mutuario". Son, jurídicamente, frutos civiles de la cosa prestada (artículo 647) y se devengan según el tiempo que se haya pactado el préstamo. De este modo, si se anticipa el

pago, la cantidad de intereses será menor y, por lo mismo, la anticipación perjudicaría los intereses del mutuante.

Ahora bien, la anticipación en el pago para la Ley 18.010 es un derecho irrenunciable del mutuario, pero debe efectuarse en los términos señalados en el artículo 10 Ley 18.010.

Hay que distinguir:

- En las operaciones de crédito de dinero no reajustables debe pagar el capital nominal más todos los intereses del capital estipulado hasta el final del plazo, es decir como si hubiera corrido todo el plazo.
- En las operaciones de crédito de dinero reajustables debe pagarse todo el capital reajustado hasta el día del pago efectivo más los intereses estipulados que corren hasta el final del plazo o por todo el termino pactado.

El anatocismo es el interés de los intereses. En otras palabras, los intereses se capitalizan o agregan al capital para producir, a su turno, nuevos intereses. Antiguamente, el artículo 2210 del Código Civil lo prohibía. Hoy, dicha norma fue derogada por el la Ley 18.010: el artículo 9° lo permite expresamente y señala la forma en que debe hacerse. (Tiene la limitante que la capitalización de estos intereses debe producirse en términos que no sean inferiores a 30 días (solo se puede capitalizar cada 30 días).

B) OBLIGACIONES DEL MUTUANTE

En principio, el mutuante no queda sujeto a obligación alguna. Eventualmente, podría verse obligado a indemnizar al mutuario si se producen daños por la mala calidad de las cosas dadas en mutuo (artículo 2203, el cual se remite al artículo 2192 dentro de las reglas del comodato).

DEPÓSITO

Se encuentra definido en el artículo 2211 del Código Civil: "Llámesse 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 expresión *depósito* designa tanto el acto o contrato como la cosa misma depositada (artículo 2211 inciso 2°).

La persona que efectúa el depósito se llama generalmente *depositante* y quien la recibe se llama normalmente *depositario*.

• **Características:**

1. Es un contrato real: pues se perfecciona por la entrega de la cosa por el mutante al mutuario.

La entrega puede hacerse de cualquier modo que transfiera la tenencia de la cosa de lo que se deposite. Podrán también convenir las partes en que una de ellas retenga como depósito lo que esta en su poder por otra

causa (artículo 2213).

2. Es un contrato unilateral: pues impone tan sólo obligaciones al depositario, sin perjuicio que el depositante resulte obligado con posterioridad (al igual que en el mutuo y en el comodato).

• **Clasificación:**

Según el artículo 2214, el depósito puede clasificarse en:

A. Depósito propiamente dicho: ya sea voluntario o necesario.

a) Será **voluntario** cuando la elección del depositario depende la libre voluntad del depositante.

b) Será **necesario** cuando la elección del depositario es impuesta por las circunstancias.

B. Secuestro: 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. El secuestro es, por consiguiente, una medida conservativa o de precaución. Puede ser convencional o judicial, según se constituya por acuerdo de las partes o por decreto del juez.

A. DEPÓSITO PROPIAMENTE DICHO

a) DEPÓSITO VOLUNTARIO

Lo define el artículo 2215 como aquel contrato "en que una de las partes entrega a la otra una cosa corporal y muebles para que la guarde y la restituya en especie a voluntad del depositante".

La cosa depositada ha de reunir, pues, dos requisitos: ha de ser cosa *corporal* y ha de ser cosa *mueble*. De este modo, el depósito propiamente tal no puede recaer sobre bienes inmuebles, a diferencia de lo que ocurre con el secuestro.

El depósito de bienes raíces sería, por lo tanto, un contrato innominado. No es que se encuentre prohibido, pero no encuadra dentro del concepto previsto por el Código. Como contrato innominado, se regiría primero por la reglas del propio contrato y, a pesar de lo dicho, por analogía por las normas del depósito.

• Prueba del depósito voluntario

Debe constar por escrito cuando la cosa depositada sea de un valor superior a dos unidades tributarias. La omisión de este requisito hace inadmisibles la prueba testimonial, *pero*, a falta de acto escrito, será creído el depositario sobre su palabra, sea en orden al hecho mismo del depósito, sea en cuanto a la cosa depositada, o al hecho de la restitución (artículo 2217).

• OBLIGACIONES DEL DEPOSITARIO

1. Guardar la cosa con la debida fidelidad: el contrato cede en principio en provecho exclusivo del depositante, por lo que el depositario responde generalmente de culpa grave o culpa lata (artículo 2222).

EL depositario al guardar la cosa, normalmente no podrá hacer uso de ella sin el consentimiento del depositante (artículo 2220), deberá respetar los sellos y cerraduras del bulto que contiene la cosa (artículo 2223) y, en caso de tratarse de un depósito de confianza, el depositario no debe violar el secreto ni podrá ser obligado a revelarlo (artículo 2225).

2. Obligación de restituir el depósito: el artículo 2215 dice que la restitución debe verificarse en especie (c.f. artículos 2228, 2229, 2230, 2231 y 2232), y a voluntad del depositante, o sea, cuando el depositante la reclame (artículos 2215 y 2216 inciso 1°).

- **Depósito irregular**

Se llama depósito irregular aquel en que el depositario, en lugar de restituir la misma cosa que ha recibido, se obliga a restituir otras del mismo género y calidad. El depositario ya no es deudor de una especie o cuerpo cierto, sino de una cosa genérica y, al igual que en el mutuo, se hace dueño de la cosa dada en depósito. Por lo tanto, el depósito irregular constituye un título traslativo de dominio (c.f. artículo 2221).

La diferencia entre el depósito irregular y el mutuo es meramente accidental: el mutuo supone un plazo pendiente en el cual no puede demandarse la restitución en tanto que el depósito debe restituirse tan pronto como el depositante lo requiera.

- ***OBLIGACIONES DEL DEPOSITANTE***

El depositante no contrae, en principio, obligación alguna. Eventualmente podría verse obligado a (artículo 2235):

1. Pagar al depositario los gastos de conservación de la cosa en que haya incurrido,
2. Indemnizar al depositario los perjuicios que le haya ocasionado la tenencia de la cosa.

Para garantía de las recién mencionadas indemnizaciones, el depositario goza del derecho legal de retención (artículo 2234).

b) DEPÓSITO NECESARIO

El depósito propiamente tal 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 (artículo 2236).

Se rige por las mismas reglas del depósito voluntario (artículo 2240), salvo las siguientes excepciones:

1. La premura con que se hace el depósito imposibilita al depositante para procurarse una prueba

escrita: por lo mismo, no se aplican las limitaciones de la prueba testimonial para acreditar el hecho del depósito, la naturaleza, calidad y cantidad de las cosas depositadas (artículo 2237).

2. La responsabilidad del depositario sólo puede alcanzar hasta la culpa leve (artículo 2239).

B. SECUESTRO

Según se dijo más arriba, el secuestro 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. El secuestro es, por consiguiente, una medida conservativa o de precaución (artículo 2249).

El depositario recibe la denominación especial de secuestre.

• Clasificación

Puede ser:

1. Convencional: se constituye por acuerdo de las partes.
2. Judicial: se constituye por decreto del juez.

• Regulación

Se rige por las mismas reglas del depósito con algunas reglas especiales, y por las reglas especiales del Código de Procedimiento Civil si es judicial (artículo 2250):

1. Puede recaer sobre bienes raíces (artículo 2251).
2. El depósito no debe restituirse "a voluntad del depositante" sino hasta que haya sentencia de adjudicación pasada en autoridad de cosa juzgada (artículo 2256).
3. El secuestre, en caso de perder la tenencia de la cosa, puede reclamarla contra toda persona, incluso cualquiera de los depositantes que la haya tomado sin el consentimiento del otro o sin decreto del juez (artículo 2254).
4. El secuestre de un inmueble tiene las facultades y deberes de mandatario respecto de su administración y deberá dar cuenta de sus actos al futuro adjudicatario.