

REVISTA CRÍTICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ESPECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año VIII

Septiembre de 1932

Núm. 93

## El depósito irregular y su aplicación en Derecho mercantil <sup>(1)</sup>

### (Historia y Derecho comparado)

b) Como sentencia que recoge la doctrina de las Partidas, hemos encontrado la de 30 de Abril de 1891, en que con motivo de una tercería de dominio y de mejor derecho, el Tribunal Supremo declaró: Que quien recibe mercaderías por cuenta de otro admite un depósito irregular, que le transmite el señorío de ellas, a tenor de lo dispuesto en la ley 2.<sup>a</sup>, título III, Partida 5.<sup>a</sup>, quedando, en cambio, obligado, según lo pactado en la correspondiente escritura, a devolver el depositante las mercaderías recibidas, o el valor señalado en el contrato a cada una de las que hubieran desaparecido del depósito, ya por haberse vendido mediante autorización del primitivo dueño, ya por otras causas imprevistas, sin exceptuar ninguna de tales causas, y a indemnizarle del menor valor que tuvieran las que devolviese con roturas o quebrantos, previa regulación de esta diferencia por peritos en defecto de acuerdo de los interesados.

c) Son sentencias del tercer grupo, esto es, de las que hacen decir al artículo 309 del Código de comercio lo que no dice, y equiparando ese artículo con el 1.768 del Código civil, decretan la conversión del depósito irregular en un mutuo, sin percibir la diferencia, ya apuntada, entre ambos preceptos, las dos siguientes:

(1) Véanse los números 86 a 92 de esta Revista.

El 27 de Marzo de 1901 y en la casación de una Sentencia sobre calificación de un juicio de quiebra declaró el Tribunal Supremo: Que no existe ley ni disposición alguna que autorice al mandatario para aplicar a usos propios los valores que en comisión, depósito o administración hubiere recibido del mandante, ni tal facultad se infiere, ni puede en modo alguno inferirse, del artículo 1.724 del Código civil, que establece la obligación de pagar intereses de las cantidades que haya aplicado a usos propios y de la que deba después de fenecido el mandato. Que según los artículos 1.767 y 1.768 del Código civil, y el 309 del Código de comercio, cesan los derechos y obligaciones del depositante y depositario solamente cuando éste hubiera sido autorizado para servirse de la cosa depositada, en cuyo caso se convierte el depósito en préstamo o comodato.

Y la del mismo Tribunal, de 20 de Enero de 1915, en que en casación de una Sentencia sobre reivindicación de acciones del Banco Nacional de San Carlos se declara: Que es condición tan esencial del contrato de depósito, tanto civil como comercial, la de que sea ajena la cosa depositada, que el depositario no puede servirse de la misma, a no ser con permiso o asentimiento del deponente, en cuyo caso se convierte el depósito en préstamo o comodato, o en el contrato que en su sustitución se hubiera celebrado, con arreglo al Código de comercio.

Merecen mención aparte, por su extraordinaria importancia, dada la novedad de sus puntos de vista, con respecto a la jurisprudencia anterior, ya examinada, las Sentencias que en la quiebra del Banco de Barcelona dictaron el Juzgado del Norte y la Audiencia de dicha ciudad sobre si los llamados cuentacorrentistas eran o no acreedores de dominio. Son dos Sentencias que representan criterios opuestos (1).

Las declaraciones fundamentales de la sentencia de primera instancia son dos: 1.<sup>a</sup> Que el depósito irregular existe como figura independiente del mutuo; 2.<sup>a</sup> Que en el depósito irregular el depositante no pierde la propiedad de las cosas depositadas, por

(1) Las dos Sentencias a que nos referimos aparecen transcritas en la obra del profesor G. Echávarri, *Comentarios al Código de comercio*, tomo III, páginas 44 y siguientes.

lo cual debe ser considerado de modo preferente a los simples acreedores personales:

a) La representación del Banco de Barcelona calificó de depósito irregular el depósito hecho por sus cuentacorrentistas, equiparándolo en sus efectos al contrato de préstamo, en cuanto permite al Banco depositario utilizar en sus propias operaciones el dinero depositado, con obligación de devolver al depositante una cantidad igual en especie y calidad. Sostenía, de conformidad con el concepto de depósito, el depositario, la tesis de la transmisión de propiedad a favor del Banco y la conversión del cuentacorrentista de acreedor de dominio en acreedor de cantidad.

En cambio, la representación del actor, o sea del depositante, estimaba inaceptable, en nuestro derecho vigente, la clasificación de los depósitos en regulares e irregulares, porque ni el Código de comercio, aplicable al caso de autos, ni el civil, que rige como supletorio, establecen aquella distinción. El Juzgado se declara a favor de la primera opinión: «Considerando que el depósito irregular, cualesquiera que sean sus analogías con el préstamo, no puede jurídicamente confundirse con éste, no sólo porque su simple denominación distingue lo suficientemente el uno del otro, sino porque, conocidos los efectos del depósito bancario, que exigen su restitución sin previo aviso del depositante, es materialmente imposible comprenderle en los efectos del préstamo mercantil, que, según el artículo 313 del Código de comercio, exige indispensablemente para su devolución, cuando no existe plazo estipulado, el previo requerimiento notarial al deudor con treinta días de anticipación.»

b) Ahora bien: el Juzgado admite la figura del depósito irregular, pero no admite los efectos jurídicos de esta clase de depósito, con objeto de garantizar mejor el derecho de los depositantes. De aquí que niegue la transmisión de propiedad al depositario. Conforme a la doctrina del Juzgado, el depositario en esta clase de depósito puede, desde luego, sustituir por otros, en el momento de la restitución, los signos de dinero depositados, pero sin que esto signifique que se extingue la responsabilidad del depositario como tal. Según el Juzgado, esta opinión es la que está de acuerdo con la «teoría jurídica del depósito irregular», conforme a la cual se llama así el depósito de cosa fungible, especial-

mente dinero, que por su naturaleza permite su uso al depositario, en razón a que no se causa en tal caso perjuicio alguno al depositante, si en vez de los objetos depositados se le restituyen otros iguales en especie y calidad, ya que su derecho queda amparado por subsistir en todo lo demás las mismas disposiciones que en el depósito regular; teoría que quedaría destruída en sus fundamentos, si por el solo hecho de que los signos de dinero depositados puedan ser sustituidos por otros, en el momento de la restitución, se entendiera extinguida la responsabilidad del depositario y convertido éste en un simple deudor personal de cantidad.

Las razones que aduce el Juzgado en apoyo de esta interpretación pueden reducirse a las siguientes:

1.<sup>a</sup> La facultad de librar talones, que compete al depositante, implica para el depositario la obligación de tener siempre fondos a disposición del cuentacorrentista, única forma posible de que los talones que éste libere contra el Banco sean, como establece el Código, «órdenes para retirar los fondos que tiene disponibles en poder del librado». Esta limitación legal, en la disponibilidad del dinero por el Banco, impide admitir—según el Juzgado—que los fondos depositados en una cuenta corriente a metálico pueda considerarlos el Banco como de su exclusiva pertenencia, en cuanto debe reducir el uso de dicho dinero a reglas de prudencia, que en ningún caso puedan lastimar el derecho del cuentacorrentista depositante, a retirar por su orden aquellos fondos que, según la ley, tiene a su disposición en poder del Banco depositario.

2.<sup>a</sup> En segundo término alega el Juzgado, para negar el paso de propiedad con el depósito irregular, una razón de índole social y moral, al decir que, aparte las razones expuestas de orden legal, no responde a la función social y jurídica de los Bancos el hecho de que éstos puedan creerse autorizados para invertir indistintamente en sus operaciones sus capitales propios y los que reciben por motivo de confianza, pues aunque el objeto principal de aquella función consiste en la circulación del dinero inactivo, no puede estimarse cumplida cuando no obedece a fines lícitos y morales, y es evidente que si no se distinguiere los bienes propios de los ajenos para los efectos de su empleo, no sólo se produciría el abuso intolerable de establecerse casas de crédito con capitales reducidos, buscando el lucro de especulaciones pe-

ligrosas, con la previa captación del ahorro público, sino que se reconocería a los Bancos un privilegio extralegal, que dañaría en definitiva a su propio crédito, en cuanto se admitiese que sin otra norma que su exclusivo arbitrio, ni otra responsabilidad que la de un deudor ordinario, puedan comprometer en toda clase de empresas capitales que les fueron entregados con renuncia de todo lucro, precisamente para excluirlos de riesgos que puedan impedir a su dueño su constante disponibilidad.

Deduciendo las consecuencias de su interpretación del depósito irregular, el Juzgado considera comprendidos en el número 3.º del artículo 909 del Código de comercio, referente a los bienes y efectos que el quebrado tuviese en depósito, los fondos recibidos por razón de un depósito bancario, aunque se aceptase para éste el concepto de depósito irregular, por no venir, en tal carácter, exceptuado por la citada disposición legal. Esto aparte de que dichos fondos deberían comprenderse, de todos modos, en el artículo 908 del Código de comercio, «en razón a no haberse transmitido en ningún momento».

La Audiencia Territorial revocó esta Sentencia, y dice entre otros extremos compendiados por «El Economista» (1), que los puntos a resolver en aquel litigio, de extraordinaria importancia social y jurídica, pero de términos claros y concretos, son: si la cuenta corriente sobre que versa es un contrato de depósito o de préstamo; si la propiedad de los fondos ingresados en cuenta corriente se transfiere al Banco, o si sigue conservándola el cuentacorrentista o imponente, y si, como consecuencia, el cuentacorrentista es un acreedor de dominio o un acreedor de cantidad.

Por lo pronto, según la Audiencia de Barcelona, hay que prescindir, por su carencia de fuerza obligatoria, del Derecho antiguo y de las opiniones de los tratadistas nacionales y extranjeros, debiendo limitarse la resolución a inspirarse en las disposiciones legales vigentes, si no ciertamente abundantes, de inexcusable observancia, y en las escasas resoluciones del Tribunal Supremo consagradas como fuentes de derecho.

En esquema, la Sentencia de la Audiencia de Barcelona viene a decir que el contrato de cuenta corriente en modo alguno puede

(1) G. de Echávarri, ob. cit., pág. 48.

ser un depósito ni regular ni menos aun irregular, estando esta figura excluida de nuestra legislación positiva; que realmente tampoco se trata de un auténtico préstamo, aunque tiene con él más analogía que con el depósito; y que, en consecuencia, se trata de un contrato «sui generis», es decir, del contrato pactado—en virtud del principio de la libertad de pactos formulado por el Código civil—por las partes, Banco y cuentacorrentistas, en la forma y en las condiciones con que lo encontramos formulado. Y esta forma y estas condiciones son las que hay que tomar en cuenta, sin que sea necesario buscarle denominación para que surta sus efectos jurídicos, ni menos encajarle a este mismo fin en cualquiera de los tipos ya definidos y regulados en nuestras leyes.

Fundamenta este criterio en los artículos 1.254 y 1.261 del Código civil, de los cuales el primero establece que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio, y el segundo, que no hay contrato sino cuando ocurren los requisitos del consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato, y causa de la obligación que se establezca, y dice que, dados esos requisitos, exigidos para la existencia y validez de los contratos, no es preciso *que los contratos hayan de tener necesariamente un nombre* de los que figuren para denominarlos en nuestras leyes, ni que sus formas hayan de encajar exactamente en los que se definen en los Códigos civil y mercantil.

A esto añade que en los contratos, según el artículo 1.255 del Código civil, pueden establecerse los pactos, cláusulas y condiciones que los contratantes tengan por convenientes, sin más limitación de la de que no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público, y que en el caso del pleito existía un contrato conocido con el nombre de cuenta corriente bancaria, moderna institución ya vulgarizada en el comercio, cuyo principal objeto no era otro que el de concentrar en los Bancos los capitales inactivos para destinarlos a operaciones de descuento y de préstamo y de empréstitos públicos y privados, beneficiando con ello los intereses generales del comercio y de la industria.

Después de esta definición descriptiva del contrato de cuenta corriente, fija sus caracteres en estos términos: uno de los contra-

tantes, denominado cuentacorrentista, entrega su dinero a un Banco para ir disponiendo de él según tenga necesidad, por medio de órdenes firmadas llamadas «talones» o «cheques»; *el Banco dispone de su dinero para sus operaciones, cuidando de tener siempre fondos disponibles para atender al pago de talones que se le presenten.* De estos claros términos del contrato nacen los derechos y obligaciones de los contratantes; la parte que impone su dinero en el Banco no contrae ninguna otra obligación, y sí el derecho de que sean atendidos los talones, entregando a él o a un tercero que designe, la cantidad que se diga hasta el importe del saldo que a su favor resulte, y la otra parte, o sea el Banco, contrae la obligación de atender inmediatamente los talones que se le presenten y *la de cuidar de tener siempre fondos disponibles*, y el derecho de disponer de los fondos que le impongan para sus préstamos y descuentos con la debida prudencia para la efectividad de las operaciones antes dichas.

Los expresados elementos son los que caracterizan, en opinión de la Sala sentenciadora, el contrato de cuenta corriente. Pero como por las partes se había planteado la cuestión de si el estipulado era un contrato de depósito o de préstamo, se cree en la necesidad de resolver en vista de las disposiciones legales reguladoras de tales contratos. Indudablemente no encaja en el contrato de depósito—dice la Sala—, porque con arreglo al artículo 1.758 del Código civil, éste se constituye desde que se recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla, y con arreglo al 1.767, el depositario no puede servirse de la cosa depositada, y en el presente caso la cosa no fué entregada para guardarla, sino para servirse de ella, y, por tanto, ni los términos del contrato pueden ser más distintos, ni más opuesta la intención de los contratantes; ello aparte de que el citado artículo 1.767 expresa que el depositario no puede servirse de la cosa depositada sin permiso expreso del depositante, y el artículo 1.768, que cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo. El artículo 309 del Código mercantil dispone que, siempre que con asentimiento del depositante dispusiere el depositario de las cosas que fueren objeto del depósito, ya para sí o sus negocios, ya para operaciones que aquél le encomendase, cesarán los derechos y

obligaciones propios del depositante y depositario y se observarán las reglas y disposiciones aplicables al préstamo mercantil, a la comisión o al contrato que en sustitución del depósito hubiesen celebrado. De todo lo cual deduce que el contrato de que se trata, ni por los términos que lo integran, ni por la intención de los contratantes, ha podido ser un depósito, y que de haberlo sido hubiera perdido su carácter para convertirse en préstamo.

En cuanto al préstamo, la Sala sentenciadora estimó que el contrato pactado ofrecía con él más analogía que con el de depósito, puesto que, según el artículo 1.740 del Código civil, por él, una de las partes entrega a otra dinero u otra cosa fungible, con la condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad; pero por las razones apuntadas, porque la esencia de los pactos difiere en uno y otro contrato, y porque la intención de los contratantes no fué el otorgar un contrato de préstamo, no puede considerarse como tal el que es objeto del litigio.

Pero el punto de derecho que constituía la cuestión más importante a resolver en el litigio era el de si la propiedad de los fondos ingresados en cuenta corriente se transfiere al Banco o sigue conservándola el cuentacorrentista. Con respecto a ella declaró la Sala que, proclamada la facultad del banquero de disponer de los fondos de la cuenta corriente bancaria, tanto por constituir ello la esencia de estos contratos, cuanto porque los artículos 180 y 182 del Código de comercio, al ordenar a los Bancos que conserven en metálico en sus cajas la cuarta parte del importe de las cuentas corrientes, los autorizan para que dispongan del resto, cuando y principalmente porque las partes litigantes están conformes con aquella facultad del banquero, aun con las limitaciones impuestas por los artículos citados, es de todo punto indispensable admitir *que se transfiere a su favor la propiedad de los fondos*, sin cuya transferencia carecería en absoluto de base legal la mencionada facultad, toda vez que para disponer de una cosa precisa antes ser propietario de ella; doctrina amparada por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 2 de Marzo de 1873, de 19 de Enero de 1873, de 26 de Noviembre de 1895 y de 21 de Diciembre de 1908, en una de las cuales se consigna que sólo en los depósitos de custodia pueden considerarse los depositantes acreedores de dominio respecto de la cosa objeto del depósito. Además, la manera de dis-

poner del dinero de la cuenta corriente el cuentacorrentista, es por medio de órdenes firmadas por él, llamadas talones o cheques, y éstos, según disponen los artículos 542 y 543 del Código de comercio, están equiparados a las letras de cambio en cuanto al ejercicio de las acciones que producen, que no son ciertamente las de un acreedor de dominio, y, finalmente, los artículos 908 y 909 del Código de comercio relacionan los bienes que estando en poder del quebrado no se le hubiese transferido la propiedad y se consideran de dominio ajeno, y en esa relación no sólo no incluyen los fondos de que se trata, sino que bajo el número 6, expresa el 900 los caudales remitidos fuera de cuenta corriente al quebrado: luego los remitidos dentro de la cuenta corriente son propiedad del quebrado (en este caso suspenso), y no del dominio ajeno.

Finalmente, declara la Sala que el último punto a resolver, es decir, el de si el cuentacorrentista es acreedor de dominio o de cantidad, es la consecuencia de las cuestiones precedentes ya tratadas, y, como tal, después de lo expuesto no puede estimarse en el acto el carácter de acreedor de dominio, por ninguno de los conceptos establecidos en los citados artículos 908 y 909 del Código de comercio, y sí sólo el de acreedor de cantidad, sujeto a las consecuencias legales de la situación del Banco demandado.

Como se advierte, son completamente opuestas las conclusiones a que llegan el Juzgado del Norte, de Barcelona, y la Audiencia Territorial de la misma ciudad. Para el primero, el depositario de cosa fungible no pierde en ningún momento su propiedad sobre la cosa depositada; admitir lo contrario equivaldría a desvirtuar la facultad que tiene el depositante de retirar los fondos que tiene disponibles en poder del librado (según precepto terminante del Código de comercio); el hecho de que el depositario pueda restituir especies distintas de las recibidas, no dice nada en contra de la subsistencia de la propiedad en el deponente, el cual puede exigir al depositario la responsabilidad del obligado a custodiar. Por el contrario, la segunda Sentencia, negando la existencia del depósito irregular, afirma que la propiedad de las cosas depositadas pasa al depositario, quedando reducido el derecho del deponente a un simple derecho de crédito sobre cantidad determinada.

¿Cuál es de estas dos Sentencias la que mejor se acomoda a la doctrina sobre el depósito irregular?

A la primera debe ante todo objetarse que, una vez admitido que el depositario pueda disponer o usar de la cosa depositada devolviendo otras iguales, no puede decirse que subsiste la propiedad de esas cosas del lado del depositante. Por hábiles que sean los argumentos aducidos en apoyo de esta tesis, siempre resultará un contrasentido jurídico el que una persona tenga la propiedad de la cosa, y no está en situación de reivindicar esa misma cosa por la imposibilidad material de cumplir el primer requisito de la acción reivindicatoria, es, a saber, la perfecta identificación de la cosa que se reivindica. Sobre este punto de la insuperable dificultad de una *vindicatio nummorum* hemos de volver al comentar las disposiciones del Proyecto de reforma del Código español.

Más acertada es en este respecto de la transferencia de la propiedad la Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, bien que no sean aceptables en su totalidad los argumentos aducidos. Prescindiendo de la equiparación entre los talones o cheques del cuentacorrentista y la letra de cambio para deducir que las sanciones deducidas de ambas clases de documentos no son las de un acreedor de dominio, es menester apuntar la inoportunidad de la mención de los artículos 908 y 909 del Código de comercio, hecha con el propósito de demostrar que si los caudales remitidos fuera de cuenta corriente al quebrado se consideran como de dominio ajeno, se deduce a *sensu contrario* que los remitidos dentro de cuenta corriente son propiedad del quebrado (en nuestro caso depositario). Olvida la Sentencia que el Código de comercio, al hablar de cuenta corriente en el artículo 909, no se refiere en absoluto al depósito en cuenta corriente, sino a la cuenta corriente mercantil, como situación contractual que media entre comerciantes, cuyo contenido ordinario se concrete en la compensación mutua y en la entrega del saldo a plazo fijo.

Admitimos desde luego el razonamiento de la Audiencia dirigido a negar la equiparación del depósito en cuenta corriente con un contrato de préstamo, atendiendo principalmente a la intención de los contratantes y a la esencia misma de los pactos. No tan afortunados son, en cambio, los argumentos aducidos contra la configuración del depósito en cuenta corriente como un depósi-

to irregular. A este efecto, resulta desde luego inadecuada la invocación del artículo 1.768 del Código civil, condenatoria del depósito irregular, cuando existen preceptos específicos en el Código de comercio de imperiosa y primordial aplicación. Ciertamente que se cita el artículo 309 del Código mercantil, pero es para limitarse a transcribirlo, sin señalar la diferencia que implica su dicción comparada con la del 1.768: antes bien, parece como si se quisieran equiparar completamente ambos preceptos, al citarlos conjuntamente en apoyo de la misma tesis negativa del depósito irregular como contrato de depósito.

45. Ya hicimos resaltar, al estudiar el depósito irregular en nuestro vigente Código de comercio, que este Código concedía amplia libertad en la regulación de los depósitos verificados en Bancos, almacenes generales, Sociedades de crédito o cualesquiera Compañías, de suerte que, aun admitiendo una interpretación de los preceptos del Código desfavorable para la sustantividad del depósito irregular, esta figura podría siempre, como en efecto ocurre, manifestarse en la vida jurídicomercantil española al amparo de las disposiciones estatutarias que el Código de comercio invoca como regla primordial en los depósitos mercantiles. Son precisamente estas disposiciones estatutarias, circunscribiéndonos a las de los Bancos, las que vamos a examinar ahora para constatar esa vida práctica del depósito irregular.

Haremos sólo mención de los Estatutos y Reglamento del Banco de España, por ser este Banco el más importante y el único que tiene un carácter oficial en muchos aspectos.

En los citados Estatutos y Reglamento se reconoce y regula el depósito irregular en su forma de depósito de numerario, como específicamente distinto del depósito regular. Así, el artículo 6.º de los Estatutos dice: Que las cajas del Banco autorizadas para ello podrán recibir en depósito: monedas de curso legal en la Nación o billetes del mismo Banco. Pero la naturaleza de depósito irregular que el Banco concede a esta clase de depósitos se reconoce mejor en el artículo siguiente, que regula las obligaciones del Banco en tales depósitos. La responsabilidad del Banco como depositario—dice el artículo 7.º—consistirá en devolver la misma

cantidad en numerario nacional en equivalencia de los depósitos en metálico.

Tal redacción excluye toda otra hipótesis que no sea la del depósito irregular. Porque obsérvese que no se habla de la misma especie, en cuyo caso podría argumentarse la existencia de un depósito simplemente regular, como veremos al estudiar el Proyecto de reforma al libro II del vigente Código de comercio, sino de «la misma cantidad». Ahora bien, si la obligación del Banco queda circunscrita exclusivamente a devolver la misma cantidad, no hay duda que adquiere la propiedad de la suma depositada y que el depositante se convierte de acreedor de dominio en acreedor de cantidad, acreedor de *tantundem*.

Viene también a probar que todos los depósitos de la clase indicada que admite este Banco son auténticos depósitos irregulares y no mutuos, el hecho de que el reembolso se opera siempre a la presentación del resguardo acreditativo del depósito, y sin que se requiera aviso previo más o menos largo. Véase, en confirmación, lo que dispone el artículo 8.º de los citados Estatutos acerca de la devolución: la devolución de los depósitos se hará previa la presentación de los resguardos que el Banco hubiere expedido, y el recibo en ellos, suscrito por la persona con derecho a retirar el depósito. Por tanto, la clasificación que nosotros hicimos, según se tratara de depósitos a vista o a corto preaviso, o depósitos a plazo fijo o a largo preaviso, como criterio distintivo para reputarlos depósitos irregulares o mutuos, es inaplicable a la regulación que el Banco de España hace de los depósitos.

Finalmente, son depósitos gratuitos y no producen interés.

En cambio, según los Estatutos del Banco de España, no tienen el carácter de depósito irregular los valores mobiliarios, sean nacionales o extranjeros, que las cajas del Banco pueden recibir también en depósito según el artículo 16. La responsabilidad del Banco en esta clase de depósitos consiste en devolver los mismos valores mobiliarios que hubiesen recibido (artículo 7.º). Se trata, pues, de un depósito regular en el que la obligación de devolver *idem corrui* sólo se transforma en el caso de que las piezas depositadas hayan sido sustituidas por amortización, conversión o canje realizado por la entidad emisora (artículo 7.º, § 3.º). En esta reglamentación de los depósitos de títulos se diferencia el Banco de

España de la Banca catalana, en la cual, precisamente la posibilidad de devolver títulos distintos a los depositados (depósito irregular), ha producido desastres financieros de gran magnitud, que el Proyecto de reforma del Libro II del Código de comercio ha tenido presentes al establecer la prohibición terminante de la cuenta corriente de valores, siguiendo de esta suerte el modelo de los Estatutos del Banco de España.

46. Las disposiciones del nuevo Proyecto de reforma del libro II del Código de comercio ahorran el esfuerzo de interpretación que requieren los preceptos del Código de comercio vigente. En el Proyecto se reconoce por primera vez, explícitamente, la figura del depósito irregular, encauzándola con una reglamentación de carácter necesario (*jus cogens*), tendente a evitar los abusos denunciados en la práctica, y de los cuales fué expresión culminante el asunto en que se dictaron las dos Sentencias que hemos recogido en la última parte del número 44 de este trabajo.

«Se ha juzgado imprescindible—dice la exposición del Proyecto de reforma—ante el hecho ofrecido por la realidad de existir, ya con formas confusas, ya con tendencias malsanas, siempre de consecuencias perniciosas, el depósito irregular, desenvolverlo en formas claras, que, permitiendo a la libertad del pacto, constituirlo con la mayor ventaja y reciprocidad de intereses de las partes, impiden simulaciones peligrosas e inmorales, fuente de fraudes importantes y motivo de que se debilite el crédito, que es el alma del comercio. Al logro de tales propósitos se establece que el depósito irregular ha de ser precisamente de numerario, y nunca de valores y por tiempo indeterminado, con lo que se le diferencia del préstamo mutuo; exigese en el depositario la condición de banquero y que el deponente conozca de antemano las garantías que el depositario afecte al cumplimiento de las obligaciones que le incumben en esta clase de depósitos y las haga constar en el resguardo. Merced a estas cortapisas el depositante queda a salvo de insolvencias culposas y fraudulentas, hallando la máxima seguridad en el reconocimiento a su favor de acreedor de dominio por el importe de la cantidad depositada, con relación a las garantías afectas por el depositario al cumplimiento de las obligaciones en esta especie de depósito.»

Veamos cómo se recogen estos principios en el articulado. Según el Proyecto, no es depósito irregular todo depósito de cosa fungible. Para que exista depósito irregular se requiere, conforme a su artículo 293, además de las circunstancias exigidas a todo depósito para que se repunte mercantil: 1.º Una doble circunstancia objetiva: el depósito ha de ser precisamente de numerario y por tiempo indeterminado; 2.º Dos circunstancias subjetivas, referente la primera al hecho de que el depositario tenga la condición de banquero, y la segunda, al hecho de que el depositante conozca previamente las garantías especiales que el depositario afecta al cumplimiento de sus obligaciones. Estas garantías se harán constar en el resguardo; pero no resulta claro del número 3.º del artículo 293 quién es, si depositario o depositante, el que debe hacerlas constar. Parece que debe ser el primero.

En el párrafo final del propio artículo se insiste en la prohibición de que puedan ser los valores objeto de depósito irregular, con el fin de evitar los abusos a que estos depósitos de valores habían conducido.

El contenido obligacional, característico del depósito irregular, viene expresado en el artículo 302, § 2.º: «En el depósito irregular la devolución será de igual cantidad de numerario que la recibida con los intereses estipulados. El depositante será considerado como acreedor de dominio por el importe de la cantidad depositada, respecto de las garantías afectas por el depositario al cumplimiento de las obligaciones de esta especie en depósito».

Ahora bien: los requisitos que el artículo 293 impone al concepto del depósito irregular mercantil suscitan la siguiente cuestión: ¿basta con que el depósito sea de numerario para que se convierta en irregular, o es preciso un pacto expreso en cuya virtud se autorice al depositario para disponer de la cosa depositada? De la interpretación literal del artículo 293 parece deducirse que, en cuanto se cumplen las condiciones en él contenidas, el depósito se convierte en irregular, y que, por tanto, la devolución, sin necesidad de que las partes lo digan, «será de igual cantidad de numerario que la recibida» (artículo 302, § 2.º).

Esta conclusión es vivamente combatida por Coppa-Zuccari en su Monografía sobre el depósito irregular (1). Según él, esta

(1) Ob. cit., pág. 183.

doctrina arranca del paso de Alfeno, por nosotros examinado, y la cuestión se reduce a saber si la consignación o entrega por parte del depositante y la aceptación por parte del depositario de dinero no individualizado implica necesariamente en aquél la voluntad de transmitir y en éste la voluntad de adquirir la propiedad.

Para resolverla negativamente, aunque en relación sólo al depositante, basta observar que la numeración o recuento tiene, generalmente, sólo la finalidad de determinar, en el interés de ambas partes, la suma a que asciende la cantidad depositada, sin que pueda hablarse de intención de transmitir la propiedad. Así, si se entrega a una persona una cierta suma, determinando sólo numéricamente para que la guarde en su caja fuerte durante veinticuatro horas, o si a una persona notoriamente insolvente y agobiada de deudas, pero digna personalmente de toda confianza, se le entrega una cantidad de importancia para que la custodie, no se podrá, evidentemente, hablar de voluntad de transferir la propiedad en el deponente por el solo hecho de que fué entregada *neque clausa, neque obsignata, sed tantum adnumerata*. Si el depositario la pierde en el juego, el depositante podrá demandarle por violación de depósito; si un acreedor del depositario la embarga, el propietario puede reivindicarle. Estas y otras consecuencias análogas que podrían sacarse ponen de manifiesto la importancia práctica de la cuestión.

Téngase en cuenta, además, que la numeración del dinero se hace aun cuando la moneda depositada se haya individualizado convenientemente y considerado, por tanto, como infungible; porque si la individualización impide que monedas distintas sustituyan fraudulentamente a las entregadas, no es, en cambio, bastante a impedir que, por ejemplo, una parte de las individualizadas sea sustraída o robada. Todo ello demuestra que la numeración del dinero no es necesariamente, ni siempre, consecuencia de la voluntad del depositante de transferir la propiedad al depositario, y así tiene también lugar cuando la voluntad se manifiesta claramente en sentido contrario, lo que en definitiva excluye que el simple hecho de la numeración esté enderezado a tal transmisión.

Se necesita, pues, a más de la numeración del dinero, toda una serie de circunstancias coincidentes para que del hecho de la

misma pueda concluirse la existencia en el depositante de la voluntad de transferir la propiedad del dinero al depositario. Si a un Banco, el cual notoriamente no recibe más que depósitos abiertos, se hace entrega en depósito de una cierta suma, la argumentación que refutamos estará justificada; pero estará justificada por las circunstancias que acompañan a tal depósito y no por el simple hecho de la consignación de dinero no individualizado.

Pero aun cuando se quisiera ver en tal hecho una expresión tácita de la voluntad del depositante, enderezada a transmitir al depositario la voluntad del dinero, tal voluntad y tal declaración no bastan por sí solas. Es necesario que concurra también el consentimiento del depositario, dirigido a la adquisición de la propiedad, que por hipótesis le viene ofrecida; consentimiento que no puede presuponerse sino cuando resulte claramente de los hechos. Los escritores que hablan exclusivamente del depositante olvidan que el depositario puede tener mucho interés en rechazar la propiedad de la cosa depositada que le viene ofrecida, y que la propiedad no puede transferirse al depositario si éste no quiere adquirirla.

Claro que esta cuestión es más compleja de lo que parece a primera vista, porque, por otra parte, existe la imposibilidad material, en el caso de que no se hayan individualizado las monedas, de reclamar precisamente las mismas monedas depositadas. Es el argumento que más se hace valer por los contradictores de nuestra tesis.

JOAQUÍN GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE,

Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Central.

(Continuará.)