

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO
DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ES
PECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año VIII

Agosto de 1932

Núm. 92

El depósito irregular y su aplicación en Derecho mercantil ⁽¹⁾

(Historia y Derecho comparado)

El depósito de cosa fungible se presume siempre irregular, a no ser que haya pacto o prueba en contrario; la presunción recae a favor del depositario, debiendo probar el depositante. Consecuencia importante de tal presunción es que el dinero, títulos, etc., se transmiten, con los riesgos, ventajas y pérdidas correspondientes, al depositario, el cual puede libremente servirse de ellos como de cosa propia, transferirlos a su vez en propiedad de un tercero, constituir sobre ellos derechos reales, etc. El asume solo la obligación personal de la restitución de *tantundem*. En caso de quiebra, el depositante no tiene derecho a ejercitar reivindicación ninguna, sino sólo a ser compensado con el dinero de la quiebra (2).

Pipia dice que, generalmente, se identifican los depósitos ban-

(1) Véanse los números 86 a 91 de esta Revista.

(2) En contra de esta opinión, Sentencia del Tribunal de Casación de Torino de 28 de Mayo de 1912, en el contrato de depósito no se puede presumir a favor del depositario la facultad de disponer de la cosa depositada. Conforme con ella, el Tribunal de Casación de Roma, en 19 de Diciembre de 1914, en el depósito irregular el depositante no tiene derecho ninguno de privilegio o de reivindicación, sino sólo una acción personal de crédito.

carios con el depósito irregular, y hace la distinción, ya apuntada, de depósitos disponibles y no disponibles. A los primeros se les acuerda un interés menor, por la obligación en que está el depositario de tener siempre capitales disponibles para los reembolsos, los cuales se verifican o por medio de letras de cambio, o emitiendo cheques contra el banquero, o con la presentación de los pertinentes libretos de cuenta corriente o de ahorro y las correspondientes anotaciones. Por el contrario, a los depósitos no disponibles les corresponde un interés mayor, expidiendo el Banco a su constitución los llamados *buoni fruttiferi* nominativos, que pueden ser transferidos mediante cesión, aunque en la forma abreviada del giro. Pero a continuación se pronuncia contra la pretendida identificación de los depósitos bancarios con el depósito irregular, afirmando que tales formas económicas (las examinadas), por las cuales los grandes y pequeños capitalistas consignan su dinero en los Bancos, aun cuando presentan algunos puntos de contacto con la figura jurídica del depósito irregular, se diferencia, sin embargo, en cuanto que contrariamente a lo dispuesto en el artículo 1.848, la Banca depositaria se libera, restituyendo las sumas depositadas no sólo en la misma especie, sino también en papel o en especie amonedada diversa; y en cuanto que la Banca tiene siempre el derecho a rehusar los reembolsos que no se pidan en el debido preaviso o anteriormente al vencimiento del plazo fijado, en el caso de depósitos no disponibles, y esto en oposición a lo dispuesto en el artículo 1.860. Por tanto, deben reputarse como formas impropias del depósito, que constituyen nuevas manifestaciones economicojurídicas, en las cuales predominan conjuntamente elementos del depósito y del mutuo, pero que dan vida a una relación de nuevo cuño y fisonomía autónoma e independiente, esto es, el depósito bancario.

El Novísimo Proyecto de Código de comercio italiano, publicado en 1925 por la Comisión Real para la reforma de los Códigos (Subcomisión B), contiene la novedad de consagrar un título del libro II a los depósitos bancarios. Dentro de ellos contempla dos supuestos de depósito irregular.

El primero es en el caso de que la Banca tenga en depósito una suma de dinero (artículo 366). La Banca adquiere la propiedad de esa suma, y tiene obligación de restituirla en una cantidad equivalente de la misma especie, en una o más veces, a petición del de-

positante o en la fecha fijada por el contrato. Esta última posibilidad está en contradicción con el criterio de La Lumia, seguido por nosotros, para determinar qué depósitos bancarios constituyen propiamente depósito irregular. El Proyecto italiano considera que subsiste el depósito de suma de dinero, sin transformarse en mutuo aun cuando se haya estipulado una fecha cierta para la restitución. Por otra parte, se advierte que no exige el Proyecto, a los efectos del paso de propiedad de la suma depositada, un especial acuerdo de los contratantes o autorización de uso concedida por el depositante. De todo ello resulta evidente el propósito del Proyecto de mantener decididamente la figura del depósito irregular, aun violentando alguno de los rasgos específicos de la institución.

El segundo supuesto dice relación al depósito bancario de títulos (artículo 368). En este caso, el Proyecto toma mayores precauciones, inspirándose en el mismo deseo de evitar abusos que ha determinado en el Proyecto de reforma del libro II del Código español la existencia de una disposición absolutamente prohibitiva del depósito irregular de títulos. Según el Proyecto italiano, en esta clase de depósitos la propiedad persiste en el depositante, si éste no ha demostrado la intención de transmitírsela a la Banca. Esta intención se presume si el depositante la concede el derecho de disponer sin limitación o le da la facultad de restituir otros tantos títulos de la misma especie. Esta disposición está inspirada en la ley sobre depósitos alemana.

41. En la legislación alemana, los depósitos peculiares del derecho mercantil pueden dividirse en dos grandes grupos según se incluyan o no en el concepto del depósito irregular. Al primero pertenecen, tanto los depósitos de dinero (*Depositengeschäft*), como los depósitos de títulos fungibles (*Summendepot bei Wertpapiere*). Al segundo pertenecen los depósitos colectivos o conjuntos (*Mengerverwahrungsvertrag, Sammeldepot*).

a) Los autores alemanes consideran, en efecto, como depósito regular el *Sammeldepot* o *Vermengungsdepot* (depósito colectivo o conjunto) en el cual el depositario puede mezclar entre sí las cosas fungibles pertenecientes a varios depositantes. El depositario no se hace propietario, sino que constituye una copropiedad por fracciones para los depositantes.

Sustentan esta opinión O. v. Gierke (1), J. Gierke (2), Co-sack (3), Riezze (4). Este último autor considera el depósito colectivo como un tipo intermedio entre el depósito regular y el irregular.

Una aplicación práctica especial encuentra el depósito colectivo de títulos-valores, a partir del año 1882 en el Banco de la *Berliner Kassenverein*. Los Bancos y los bolsistas entregan allí, en esta clase especial de custodia, sus títulos mercantiles, y el Banco depositario los agrupa en especies separadas en calidad de *Sammeldepot*. El Banco se convierte en administrador.. Cada depositante tiene una fracción de copropiedad y puede reclamar la restitución de piezas del mismo género, así como disponer sobre su parte mediante enajenación y constitución en prenda. El tráfico se opera por medio de cheques de diferentes colores. El cheque blanco del depositante se utiliza para la restitución *in natura*; el cheque rojo, para la transmisión mediante la transferencia de su cuenta a la cuenta de otro depositante (tráfico de efectos mediante giro, etcétera) y el cheque verde sirve, finalmente, para fines de prenda (5).

Heilfron (6) considera que el depósito en los almacenes generales, a que se refieren los artículos 416 y siguientes del Código de comercio alemán, puede ser depósito irregular o depósito regular, según los casos. Cuando se depositan cosas no fungibles no hay duda respecto de la naturaleza del depósito. Y cuando se trata de cosas fungibles puede llevarse a efecto la entrega de modo que la propiedad pase al almacenista y éste se obligue a devolver cosas del mismo género, cantidad y calidad (*Summenlagergut*). En tal supuesto, y según el párrafo 3.º del artículo 419, no se aplican las prescripciones del Código de Comercio sobre depósito en los almacenes generales, sino las del artículo 700 del Código civil, sobre

(1) Ob. cit., pág. 739.

(2) *Handelsrecht und Schiffahrtsrecht*. Walter de Gruyter. Berlín y Leipzig, 1926, pág. 461.

(3) *Traité de Droit commercial*, trad. de Leon Mis. T. II, pág. 457. París, V. Giard y E. Briere, 1905.

(4) *Das Bankdepotgesetz*. Verlag von Otto Liebmann, Berlín, 1924, página 72.

(5) J. Gierke, ob. cit., pág. 461.

(6) *Lehrbuch des Handelsrechts*. J. Bensheimer. Berlín, 1913. T. II, página 286.

el llamado depósito irregular. Por el contrario, se aplican las disposiciones del Código de Comercio sobre almacenes generales cuando en el depósito de cosas fungibles (especialmente cereales, espíritus, petróleos) se autoriza al depositario para mezclarlas con otras cosas de la misma especie y calidad (*Sammellagergut*), transformándose la propiedad del depositante en una copropiedad determinada conforme el valor de las cosas que deposita.

b) El *Depositengeschäft* consiste en un depósito de dinero hecho en un Banco en calidad de depósito de suma, en el sentido de que lo que se ha de restituir es simplemente una suma igual a la depositada. El depositante puede exigir la restitución en todo tiempo sin necesidad de aviso (cf. artículos 695 y 700 del Código civil alemán). Los alemanes hablan en este caso de *Tägliche gelder*. El depositante obtiene intereses conforme a especial estipulación, interés que es muy bajo en el caso de *Tägliche gelder*.

c) El *Summendepot* de títulos-valores consiste en un depósito de títulos fungibles. En oposición al depósito regular, este depósito es especialmente peligroso para el depositante, porque pierde su propiedad, según repetidamente se ha dicho. Por esta razón, ya el Código civil alemán prescribe, para que tenga validez, un acuerdo expreso. La ley sobre depósitos bancarios de 5 de Julio de 1896, modificada en 21 de Noviembre de 1923, refuerza la protección concedida al depositante por el Código civil, exigiendo en su artículo segundo un acuerdo especial y escrito para que el depositante pueda devolver títulos distintos a los recibidos en depósito.

El artículo 2.º de esta ley dispone que: «La declaración del depositante o pignorante por cuya virtud se autoriza al depositario o acreedor prendario para restituir, en lugar de los títulos, valores depositados o empeñados de la clase designada en el artículo primero, otros títulos de la misma clase, o para disponer en su provecho de los títulos, solamente será válida cuando la declaración se haya emitido expresamente y por escrito para cada negocio particular, y siempre en caso de que el depositante o el pignorante no explote profesionalmente un negocio bancario o de cambio de dinero.

Cuando el depositario o el acreedor prendario esté autorizado para devolver otros títulos de la misma clase en lugar de los títu-

los depositados o empeñados pertenecientes a la clase designada en el artículo 7.º, no reciben aplicación las disposiciones de este artículo 1.º.

Riesser (1) comenta con relativa extensión las consecuencias jurídicas de las autorizaciones concedidas conforme al artículo 2.º, recién transcrito. Procuraremos resumirlas desde el punto de vista propio de nuestra investigación.

Según este autor, la disposición legal que comenta no produce un tránsito inmediato de la propiedad de los títulos-valores depositados al depositario a quien se autoriza para la restitución de otros títulos. Antes bien, el depósito subsiste como *depositum regulare*, y solamente a partir del momento en que el depositante ha hecho uso de la autorización, mezclando con otros los títulos-valores o realizando otro acto de apropiación, el derecho del depositante queda limitado a una acción personal dirigida a la restitución de una cantidad igual de títulos-valores de la misma clase. Por consecuencia, no puede, a partir de entonces, ejercitar el derecho de separación sobre objetos determinados como pertenecientes a su propiedad en la quiebra del banquero, sino que queda reducido a un acreedor de la quiebra ordinario, y como tal con un derecho sólo sobre el dividendo correspondiente, careciendo de protección penal alguna contra el delito de sustracción o alzamiento.

En el momento indicado, es decir, en el momento en que hace uso de la autorización, se opera el tránsito de la propiedad al depositario y surge un *depositum irregulare*. Por otra parte, y en cuanto, por consecuencia del acto de apropiación, el *depositum regulare* se transforma en un *depositum irregulare*, el depositario responde de la restitución de títulos de la misma clase, incluso en el caso en que podría eludir la responsabilidad, y, por tanto, la restitución, si se tratase de un depósito ordinario, como, por ejemplo, si los títulos, por causa de fuerza mayor, se han quemado o destruído.

Para Riesser se trata, en suma, de un depósito irregular modificado que se opone al depósito irregular típico del artículo 700 del

(1) Ob. cit., pág. 65 y sigs.

Código civil alemán, en el cual el tránsito de la propiedad se opera inmediatamente.

Contra la opinión de Riesser, Lusensky admite un *depositum irregulare*, desde luego en caso de autorización al depositario para disponer ilimitadamente del depósito en provecho propio (1).

Rechaza después Riesser (2) la opinión según la cual en caso de que en el depósito o prenda de títulos-valores fungibles se haya conferido al depositario o acreedor prendario una de las dos autorizaciones a que se refiere el artículo 2.º de la ley sobre depósitos, el depósito se convierte en préstamo por aplicación del artículo 700 del Código civil alemán. Según Riesser, semejante opinión es inadmisibile, tanto desde el punto de vista del Código civil como respecto de la ley especial sobre depósitos. En el primer aspecto reproduce Riesser las opiniones que ya conocemos sobre interpretación del artículo 700 del Código civil alemán; en el depósito de títulos fungibles únicamente dispone el Código que se aplicarán las disposiciones sobre el préstamo, con excepción de las relativas al tiempo y lugar de la restitución, las cuales precisamente son esenciales al depósito. En el caso del artículo 2.º de la ley sobre depósitos, y por consecuencia de la inequívoca voluntad de las partes, tampoco puede ser admitida la existencia de un contrato de préstamo. En efecto, en estos casos, los depositantes no quieren, ciertamente, entregar un capital cuyo valor deba ser restituido; no desean realizar un negocio de crédito, concediendo a crédito un valor al depositario, confiando en que subsista su solvencia hasta el instante del vencimiento, sino que lo que desean es cerrar un contrato de depósito, bien irregular o bien regular modificado. La concesión de crédito no es el fin de la entrega, sino únicamente la forma accidental del hecho de confiar cosas fungibles para fines de custodia. Desean, por tanto, de un modo especial que quien recibe los títulos-valores esté en situación de devolver el mismo número de títulos de la misma clase, no sólo en el término de la restitución, sino en todo momento.

Resumiendo la interpretación del artículo 2.º, tantas veces repetido, dice Riesser que:

(1) Citada por Riesser, not. 1, pág. 67.

(2) Ob. cit., pág. 60.

1.º Existe un depósito regular en los casos del artículo 1.º de la ley sobre depósitos y en los casos del artículo 2.º, mientras el depositario no haya hecho uso, por medio de un acto de apropiación, de la autorización que le fué concedida.

2.º Existe un depósito irregular cuando se trata de títulos-valores en el caso del párrafo 1.º, apartado 1.º del artículo 700 del Código civil, es decir, cuando se estipula que la propiedad pase al depositario y que éste sólo esté obligado a restituir títulos de la misma clase, calidad y cantidad.

Ahora bien, esta estipulación, que, conforme al párrafo 2.º del artículo 700 del Código civil, basta con que sea hecha *expresamente* por un banquero, debe, en cambio, conforme al artículo 2.º de la ley sobre depósitos, y con referencia a los títulos designados en el artículo 1.º, ser pactada además expresamente por escrito y de un modo especial para cada caso, cuando se trata de un no banquero.

CAPITULO II

EL DEPÓSITO IRREGULAR EN EL DERECHO MODERNO ESPAÑOL

42. El depósito irregular en el Código civil.—43. El depósito irregular en el Código de Comercio.—44. El depósito irregular en la jurisprudencia.—45. El depósito irregular en los Reglamentos bancarios.—46. El depósito irregular en el Proyecto de reforma del libro II del Código de Comercio.

42. Los redactores del Código civil español, sin duda influidos directamente por el Código de Napoleón, participan de la repugnancia de este Código hacia el depósito irregular, y superándole en esta tendencia negativa, en lugar de limitarse a una declaración por vía de ejemplo, que confirme la obligación del depositario de sumas en moneda de devolver idénticamente la cosa recibida, incluyeron en el Código la declaración terminante del artículo 1.768, que elude toda posibilidad sobre la existencia del depósito irregular en nuestro derecho común positivo.

El artículo 1.768 es categórico: Cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada, el contrato pierde el concepto de depósito. El fundamento de esta disposición desde el punto de vista de los redactores del Código, debe consistir

en que el principio de la libertad de pactos que permite a los contratantes derogar o modificar a su voluntad los preceptos de la ley, tiene como límite el de que sustancialmente ha de quedar intacta la esencia de la relación jurídica que da nombre al contrato. Pero precisamente en el depósito irregular queda intacta la esencia del contrato de depósito, en cuanto que subsiste el elemento de la custodia de la cosa depositada, que puede reputarse como el elemento *sine qua non* de dicho contrato. Claro que en este punto no vamos a insistir, porque ha sido tratado reiteradamente en el desarrollo de este estudio. Se trataba sólo de hacer resaltar que, debido a la subsistencia de ese elemento de la custodia en el depósito irregular, aun cuando este contrato no estuviera típicamente regulado en la ley, genéricamente está reconocido, en cuanto que en la misma se consagra la libertad de pactos, que sólo tiene como límite, según decíamos, el de que sustancialmente ha de quedar intacta la esencia de la relación jurídica que dé nombre al contrato, límite que en ningún caso traspasa, según ha quedado demostrado, el depósito irregular, ya que no altera la esencia del depósito. Por tanto, el artículo 1.768 de nuestro Código civil tiene un alcance excesivo al afirmar, en el supuesto que establece que el contrato pierde el concepto de depósito. Y es que el Código considera de esencia en el contrato de depósito el hecho de que al depositario sólo pase la tenencia de la cosa y no el uso de la misma, como ocurre en el comodato, o el uso y con él la propiedad, como pasa en el préstamo mutuo. Y sobre estos supuestos, la figura legal del contrato se impone a los contratantes en tales términos de necesidad, que todo pacto tendente a desviarse de ese tipo legal produce, *ope legis*, la conversión del negocio.

Claro que la hipótesis del artículo que comentamos es más amplia que la del depósito irregular, puesto que el permiso de uso tanto puede referirse a cosas no fungibles como a cosas fungibles; en el primer caso tendremos un comodato, y la hipótesis del depósito irregular, que el Código civil rechaza, sólo podría presentarse en el caso de haberse entregado cosas fungibles. A este supuesto se refiere la conversión en préstamo que el Código civil señala.

Pero a pesar de la declaración terminante contra el depósito irregular contenida en el artículo 1.768, no faltan apoyos en el

mismo Código civil para poder afirmar la posibilidad legal del depósito irregular. Así, el artículo 1.200 dice que: la compensación no procederá cuando alguna de las deudas proviniera de depósito o de las obligaciones del depositario o comodatario. Tampoco podrá oponerse el acreedor por alimentos debidos por título gratuito. Ahora bien, este artículo supone que lo depositado no es una cosa específica, sino una cantidad de dinero o una cosa fungible, porque si fuera lo primero, no habría necesidad de consignar la prohibición, ya que la imposibilidad de la compensación se deducía claramente del número 2.º del artículo 1.196. Es el mismo punto de vista, ya examinado, de Coppa-Zuccari al plantearse idéntico problema en la legislación civil italiana.

La razón probable de esta antinomia consiste en que nuestro Código civil, en el artículo 1.200, se limita a copiar el 1.293 francés y el 1.289 italiano, sin reparar en la contradicción en que incurría con el 1.768. Pero claro que a nosotros no nos es dable formular las mismas conclusiones que a Coppa-Zuccari, en el sentido de admitir también en nuestro Código civil la existencia del depósito irregular, porque en la legislación italiana no existe, como en la nuestra, un artículo que, como el 1.768, excluya taxativa y expresamente dicho contrato.

43. La interpretación del Código de Comercio vigente en materia de depósito irregular conduce a resultados distintos de los impuestos por la declaración del artículo 1.768 del Código civil. Mientras éste rechaza terminantemente la figura del depósito irregular, los preceptos del Código de Comercio no la rechazan; bien que excluyan la aplicación de las normas propias del depósito. Por otra parte—esto es fundamental—, el Código de Comercio concede 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 vía jurídicomercantil española al amparo de las disposiciones estatutarias que el Código de Comercio invoca como regla primordial en los depósitos mercantiles.

El depósito de cosa fungible por excelencia, el depósito de

numerario, viene previsto en el artículo 307. Distingue este artículo el caso de que los depósitos de numerario se constituyan con especificación de las monedas o se entreguen cerrados o sellados (párrafo 1.º), de aquel otro en que los depósitos de numerario se constituyeran sin especificación de monedas o sin cerrar o sellar (párrafo 3.º). En el primer caso, claro es que no puede haber cuestión respecto de la existencia de un depósito regular. En el segundo supuesto, el Código dispone que el depositario responderá de la conservación y riesgos del depósito en los términos establecidos por el párrafo 2.º del artículo 306, el cual pone a cargo del depositario los menoscabos, daños y perjuicios que las cosas depositadas sufrieren por su malicia o negligencia, y también los que provengan de la naturaleza o vicio de las cosas, si en estos casos no hizo por su parte lo necesario para evitarlos o remediarlos, dando aviso de ellos, además, al depositante inmediatamente que se manifestaren.

Vemos, pues, que el Código trata al depositario de numerario sin especificación de monedas, o sin cerrar o sellar, como a un deudor de cosa específica, informándose, por consecuencia, en el criterio subjetivo de la culpa para medir la responsabilidad del depositario en punto a su obligación de restituir. Esto nos demuestra claramente que en la hipótesis contemplada se impone implícitamente al depositario la obligación de mantener aparte las monedas depositadas para devolver luego las mismas. De otra suerte, es decir, si el depositario pudiera disponer del numerario depositado y devolver otra cantidad igual, es indudable que soportaría íntegramente el riesgo sin atender al daño de la imputabilidad, como cualquier deudor de cosa genérica (*genus nunquam perit*).

Que el depositario no puede disponer de la suma depositada, salvo pacto expreso, lo confirma, además, el artículo 309, que después vamos a comentar.

Pero conviene recoger, como deducción importante del artículo 307, la de que el mero hecho de depositar dinero sin cerrar ni sellar y sin especificar las monedas, no lleva implícita la concesión al depositario de la facultad de restituir, no las mismas piezas, sino *tantundem*. Como advierte Coppa (1), ya la ley 24 D., *Depo-*

(1) Ob. cit., pág. 11.

siti, XVI, 3, declara que no es suficiente el simple hecho del depósito de dinero no individualizado para hacer surgir la figura del depósito irregular. En esa ley Papiniano examina el caso de *pecunia numerata* dada en depósito y formula la doble hipótesis del depósito regular (*ut corpora nummorum eadem redderentur*) y del contrato *qui egreditur depositi notissimos terminos*, esto es, del depósito irregular. Y como observa Mantica (1), *si ex numeratione dominium pecuniae depositae esset translatum* (como resulta de la ley 31, *Locati*, XIX, 2), *responsio et distinctio Papiniani esset inepta. Quae tamen supponendo duod dominium non sit translatum, videtur esse rationabilis*.

A esta interpretación del artículo 307, que considera como depósito regular el depósito de dinero simplemente contado, habría que someter el supuesto del número 9 del artículo 175 del Código, que incluye entre las operaciones que corresponden principalmente a la índole de las compañías de crédito la de recibir en depósito toda clase de valores en papel y metálico. Claro está que, como un depósito regular consistente en dinero sería una figura en contradicción con la finalidad económica de tal depósito, al quedar la compañía de crédito imposibilitada para disponer de las sumas depositadas, las consecuencias jurídicas impuestas por el artículo 307, párrafo 3.º, habrían de ser en todo caso modificadas por los estatutos de la compañía depositaria, al amparo de lo dispuesto en el artículo 310 del Código de Comercio. De este modo los depósitos bancarios de dinero constituyen, conforme a los reglamentos de los Bancos, verdaderos depósitos irregulares, según hemos de ver después.

El artículo 309 del Código de Comercio prevé especialmente el caso de que el depositante disponga de las cosas objeto del depósito. Siempre que con asentimiento del depositante dispusiera el depositario de las cosas que fueran objeto de depósito, ya para sí o sus negocios, ya para operaciones que aquél le encomendara, 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 hubieren celebrado.

(1) *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus*, 1662, libro X, título III, núm. 28. Apud Coppa, ob. cit., pág. 12.

Confrontando este precepto con el artículo 1.768 del Código civil, se advierte que las interpretaciones tienen que ser distintas. Nótese que no dice que en tal caso el contrato *sea o se convierta* en un préstamo por ministerio de la Ley, como hace el Código civil. El Código de Comercio supone que los interesados celebraron un nuevo contrato, como consecuencia del cual el depositario, con asentimiento del depositante, dispone de las cosas objeto del depósito. En tal caso no hay duda de que el depósito es sustituido por el nuevo contrato: «Siempre que con asentimiento del depositante dispusiere el depositario de las cosas que fueren objeto del depósito..., cesarán los derechos y deberes propios del depositante y depositario.» Esto es categórico. ¿Qué reglas se observarán entonces? Cuando se dió nombre al contrato novatorio serán las del préstamo, comisión o del contrato celebrado en sustitución del depósito. Pero ¿y si no se celebró ninguno, sino simplemente se autorizó al depositario para disponer de las cosas depositadas?

Vamos a ceñirnos al caso que aquí nos interesa: depósito de cosa fungible. Supongamos que el depositante accede a que el depositario disponga «para sí o sus negocios» de la cosa depositada. Indudablemente, aquí hay una novación de contrato, porque se varía el objeto de una de las obligaciones del depositario (artículo 1.203, número 1.º, Código civil); en vez de devolver la cosa recibida (artículo 306, Código de Comercio), devuelve otra de la misma especie y calidad. Pero ¿implica esta novación de la obligación del depositario la extinción del contrato de depósito y su reemplazamiento por una de préstamo mutuo? No puede dudarse que sí, cuando los interesados manifiestan su voluntad dirigida a la conversión del negocio. Mas si esta voluntad no se expresa, esto es, si los interesados no celebran un contrato de préstamo en sustitución del de depósito, parece que el artículo 309 habrá de aplicarse, esto no obstante, en su parte propiamente imperativa, a saber: la declaración terminante de que «cesarán los derechos y obligaciones propios del depositante y depositario», porque esto ocurre *siempre* que el depositante disponga de las cosas que fueron objeto del depósito. Y, sin duda, cesan en este caso las obligaciones propias del depósito regular, porque la obligación propia del depósito consiste en devolver la misma cosa recibida, y en nuestro caso esta obligación ya no puede cumplirse.

¿Qué derechos y obligaciones nacen entonces en sustitución de los que «cesan»? A mi juicio, aunque los interesados no lo hayan expresamente querido, se aplicarán también las reglas y disposiciones propias del préstamo mercantil, si no porque los contratantes hayan sustituido este contrato de depósito (en cuyo caso no puede haber duda, según se ha dicho), sí, al menos, porque el mutuo es el contrato más semejante a este otro del depósito cuya cesantía decreta nuestro Código.

Ahora bien, es menester dejar bien afirmado que en tal caso el depósito no se convierte en un préstamo mutuo. Lo que ocurre, sencillamente, es que como el depositario de cosa fungible que dispuso de ella con asentimiento del depositante, soporta el riesgo en concepto de propietario y se aprovecha de los frutos, rigen las mismas normas que para el préstamo, principalmente en lo que concierne a la situación jurídica de carácter real (1).

Y no se diga que es inconcebible la existencia de un contrato desprovisto de las reglas correspondientes a su denominación y sometido en todo a las de un contrato afín, porque a más de que el mismo legislador, utilizando el procedimiento de la mal llamada «analogía invocada por el legislador» o analogía legal (2), somete íntegramente, a veces, ciertas instituciones, a la reglamentación dictada para sus afines (v. gr., artículo 346 Código de comercio español; artículo 401 del Proyecto de Código de comercio italiano de 1925), no es tampoco cierto que en nuestro caso se borre por completo la fisonomía del depósito, pues ésta subsiste en la finalidad del contrato (*initium et causa* consistente en la custodia y

(1) Gierke, ob. cit., t. III, pág. 737.

(2) Es muy dudoso que la llamada analogía, invocada por el legislador, constituya propiamente analogía, toda vez que mediante este recurso que el legislador emplea, no se intenta, como en la analogía, crear una norma para el caso no previsto. Aquí existe la norma y no hay, propiamente hablando, casos imprevistos—supuesto normal de la analogía—, sino casos cuya reglamentación, para evitar la repetición innecesaria de preceptos legales, se envía a otra parte del Código, teniendo presente, claro está, la analogía entre las dos instituciones. Pero esta analogía será la razón que haya impulsado al legislador a identificar la regulación de ambas instituciones (realizando un verdadero *rinvio* dentro del Código) cuando no encuentra previsto en la Ley el caso en cuestión, pero nunca la analogía en su propio sentido de procedimiento técnico de integración de textos.

deseo de favorecer preferentemente al depositante), sin contar otras diferencias entre mutuo y depósito irregular, referentes a la cuantía del interés, iniciativa del contrato, etc.

Hemos de reconocer, sin embargo, que la precedente interpretación del artículo 309 del Código de comercio, aunque no deja de estar objetivamente fundada en el texto legal, responde también en gran parte al deseo de salvar la figura del depósito irregular de su identificación legal con el mutuo. Sería, por tanto, altamente recomendable que, con independencia de las posibilidades que permite la fórmula del artículo 310 del Código de comercio, se diera cabida en el articulado del Código al tipo de contrato que estudiamos.

44. La jurisprudencia española referente al depósito irregular se desenvuelve en las dos direcciones que corresponden a las respectivas posiciones del derecho representado por las Partidas, y del derecho representado por el Código civil. Las Sentencias pertenecientes a la primera dirección, siguiendo la doctrina sentada por aquel Cuerpo legal, reconocen y admiten el depósito irregular en toda su extensión, aplicando en su caso rectamente el artículo 309 del Código de comercio en el sentido de que subsiste el depósito irregular, bien que sometido a reglas distintas de las del depósito típico. Por el contrario, las dictadas ya dentro de la vigencia del Código civil, equiparando el citado artículo 309 al 1.768 del Código civil, decretan la conversión del depósito irregular en un mutuo, sin percibir la diferencia entre ambos preceptos, por nosotros apuntada.

Se pueden, pues, constituir tres grupos, según que sólo recojan los preceptos de las Partidas, o que apliquen rectamente el artículo 309 del Código de comercio, o, por el contrario, que equiparen este artículo al 1.768 del Código civil y le den un alcance que no tiene.

a) La primera cronológicamente de las Sentencias anteriores al Código civil, que es la única que aplica rectamente el artículo 309 del Código de comercio, es de fecha 9 de Julio de 1889. Es una casación de un asunto de Ultramar relativo a la devolución de un depósito constituido en el Banco Español de la Habana. El hecho es el siguiente: En 1872, dicho Banco recibió, en calidad

de depósito sin intereses, 20.000 pesos, obligándose dicho Establecimiento a devolver la misma suma al depositante a la presentación de un certificado en el que se especificaba la forma y clase de moneda en que se había hecho el depósito. Al reclamar más tarde el depositante la devolución del depósito, pretendiendo que el reembolso había de tener lugar en monedas de oro o plata, el Banco se negó a ello, contestando que la devolución de aquel depósito debía realizarse en billetes por su valor nominal.

El Tribunal Supremo dictó los siguientes considerandos: Que la Sentencia recurrida descansa en el fundamento de hecho de que el depósito cuya devolución se pide se constituyó en billetes del Banco Español de la Habana y no en efectivo metálico. Que la obligación del depositario que recibe cosas que se pueden contar, como son los billetes del Banco Español de la Habana, es devolver las mismas u otras tantas y tales, y si esto no fuese posible, su precio, según valiesen al tiempo en que debió devolverlas, a tenor de las leyes 2.^a, título III, y 2.^a y 8.^a, título I, Partida 5.^a, a las que como a lo convenido por las partes se ajusta la Sentencia al absolver de la demanda y declarar que el Banco sólo está obligado a devolver los billetes que recibió por su valor nominal. Que la sentencia no infringe tampoco los artículos 408 y 392 del Código de comercio de 1829, y 309 y 312 del vigente hoy día, en cuanto tienen aplicación al caso, puesto que de conformidad con ellos reconoce en el depositario las obligaciones del mutuatario, o sea de devolver otros tantos billetes como los recibidos y por el valor que tengan en el momento de la devolución.

JOAQUÍN GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE,

Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Central.

(Continuará.)