

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año VIII

Julio de 1932

Núm. 91

El depósito irregular y su aplicación en Derecho mercantil ^(*)

(Historia y Derecho comparado)

Laurent (1) se plantea el problema de que el depositante permita al depositario servirse de la cosa, y pregunta: ¿habrá entonces préstamo o depósito? o ¿habrá un contrato innominado? Para resolver estas cuestiones Laurent invoca la regla de interpretación propuesta por Pothier: es preciso ver el fin principal que las partes han tenido presente al contratar. Como se advierte, Pothier, excelente romanista, reproduce exactamente la regla de Ulpiano por nosotros recogida en la caracterización del contrato de depósito: *uniuscuiusque contractus initium spectandum et causa*. Cuando el fin principal—dice Pothier—por cuya virtud la tradición de la cosa se ha realizado, no era en absoluto la de confiar la custodia al deudor, bien que, accesoriamente, haya sido encargado de esta guarda, el contrato no es un depósito. Por contra, cuando el fin principal de la tradición era el de confiar la custodia de la cosa al deudor, el contrato no deja de ser un verdadero depósito, aunque se haya añadido otra estipulación. Pothier pone como ejemplo de esta última hipótesis la cláusula de que el depositario podrá servirse de la cosa depositada en caso de que tuviera necesidad de ella. Es preciso distinguir, dice, si la cosa es o no consumible. En el

(*) Véanse los números 86 a 90 de esta Revista.

(1) *Principes de Droit civil*, t. XXVII, pág. 90.

segundo caso, el uso que el depositario ha hecho de la cosa depositada era sólo accidental, y un accidente no puede cambiar la naturaleza de un contrato. Tal ocurriría en el supuesto de que una persona hubiera confiado a otra sus cubiertos de plata autorizándola para servirse de ellos en caso de necesidad.

Pero ¿ocurrirá lo mismo tratándose de una cosa consumible? Ciertamente que el contrato es un depósito mientras el depositario no haya consumido la cosa; pero en cuanto la haya consumido, el depósito se transformará en préstamo. No se puede decir que habiendo sido accidental el consumo subsista el primer contrato, pues es imposible que el depósito subsista, toda vez que ya no hay cosa que el depositario pueda y deba guardar y restituir. Tal es la conclusión a que llega Laurent (ob. cit., pág. 91). ¿En qué sentido se habrá transformado el contrato? ¿Habrá sido siempre en préstamo? ¿O habrá dos contratos: el primero, de depósito, y el segundo, de préstamo, que no se formará más que en el instante en que la cosa se consuma? Pothier parece decidirse en este último sentido; pero más tarde, arrastrado, sin duda, por la tradición romana, califica el contrato todo de depósito irregular, diciendo que este contrato se parece mucho al préstamo, y que, sin embargo, no es un préstamo, como tampoco es un verdadero depósito, sino más bien un contrato innominado que participa de ambas figuras.

Estas ideas de Pothier, que admiten, aunque tímidamente, el depósito irregular, no han encontrado eco en la doctrina ni en la jurisprudencia francesa. Laurent pretende fundarse en la intención de las partes contratantes para afirmar la conversión del depósito en mutuo a partir del instante en que el depositario se sirvió de la cosa.

Pero, a renglón seguido de haber afirmado esto, se plantea Laurent la primera dificultad. Si el depósito se transformó en mutuo, habrá que concluir que la facultad de restitución se regulará no por el artículo 1.944, relativo al depósito, sino por el artículo 1.900, referente al préstamo. La diferencia es grave, porque mientras el depositario debe restituir la cosa de momento en cuanto se le reclame, el prestatario goza siempre de plazo. Para resolver la cuestión vuelve a invocar Laurent la intención de las partes contratantes y afirma que se trata de una cuestión de voluntad, es decir, de he-

cho, que los Tribunales han de juzgar según las circunstancias del pleito.

La misma opinión negativa de Laurent respecto del depósito irregular es sustentada por la mayoría de los autores franceses. Citaremos, entre otros, a Duvergier, *Du dépôt*, pág. 404; Duranton, XVIII, pág. 43 y siguientes; Delvincourt, *Inst.*, III, art. 1.932; Mourlon, III, pág. 1.059; Guillaouard, *Du dépôt*, pág. 21; Huc, XIII, págs. 229 y 240. No obstante, el criterio no es unánime, pronunciándose algunos autores por la existencia en el derecho francés del depósito irregular. Son de citar a este respecto: Pont, *Petits contrats: dépôt*, pág. 445; Troplong, *dépôt*, pág. 115, leyéndose en Massé—*Le droit commercial*, IV, pág. 2.671—estas palabras: «Un dépôt d'espèces monnayées est un dépôt irrégulier, à moins qu'elles ne soient marquées de manière, qu'on puisse en reconnaître l'identité.»

35. Los alemanes distinguen en los depósitos bancarios entre *Depotgeschäfte* y *Depositengeschäfte*. A los primeros pertenecen todos los depósitos relativos a títulos, tanto los depósitos abiertos como los cerrados. Los segundos son únicamente depósitos de dinero.

En calidad de depósito abierto el Banco admite títulos-valores, cédulas hipotecarias y otros documentos que se le entregan sin cerrar. El Banco, salvo el caso de una estipulación contraria o el de que ejerza un derecho de prenda, no tiene, en modo alguno, permiso para disponer del depósito; antes bien, el depositante tiene el derecho a que se le devuelvan las mismas piezas que él entrega.

El Banco responde de la custodia de buena fe, pero no de la fuerza mayor (1). En esta clase de depósitos hay que distinguir el caso en que el depositario tenga únicamente obligaciones de custodia, de aquel otro en que tenga el deber de administrar el depósito que se le ha confiado (*Depots zur Verwaltung*). La administración que el Banco asume comprende la separación y cobranza de los cupones de intereses vencidos, y el estar al cuidado de los sorteos, amortizaciones y conversiones, el canje de títulos interinos por los de-

(1) Loehr, *Das Deutsche Bankwesen*. J. Schweitzer Verlag (Arthur Selier). München, 1921, pág. 11.

finitivos, la presentación de acciones en las Juntas generales, el aseguramiento contra las amortizaciones, etc., etc.

Ciertamente que, respecto de semejantes depósitos, no hay para qué hablar del depósito irregular. Este sólo puede ofrecerse en el caso de depósito en numerario (*Depositengeschäfte*) o en el de títulos cuando se permita al depositario disponer de ellos devolviendo otros de la misma especie.

36. Algunos autores, sin embargo, niegan que el depósito bancario sea un depósito irregular, fundándose en las razones siguientes :

a) Elemento esencial del depósito es la custodia ; el depositario está obligado a custodiar la cosa que recibe en depósito ; obligación que lleva a efecto, en relación con las cosas no fungibles, impidiendo que se pierdan o deterioren, y con respecto a las fungibles, con tener siempre a disposición *tantundem* de la misma especie. En el depósito bancario, por el contrario, no es preciso que tenga la Banca a disposición del depositante la suma recibida ; se limita a tener dispuesta en su caja la cantidad de dinero que la experiencia ha demostrado ser suficiente para atender a los reembolsos que se soliciten, y emplea el resto. No existe, por tanto, la obligación de custodia en el sentido y alcance con que se exige en el depósito irregular.

b) La obligatoriedad para el depositante del término de restitución convenido es inconciliable con el depósito irregular ; y es, por el contrario, esencial al depósito bancario a plazo fijo o con la obligación de previo aviso.

c) El depósito, sea regular o irregular, se estipula siempre en interés del depositante ; por ello a éste corresponde también siempre la iniciativa, no pudiendo nunca el depositario conceder intereses. El depósito bancario, a la inversa, se lleva a cabo en provecho más especialmente de la Banca, que es, por regla general, la que toma la iniciativa y acuerda, en todo caso, un determinado interés.

d) Cuando se trata de depósitos irregulares se excluye la compensación ; en cambio, se admite cuando se trata de depósitos bancarios.

En suma : concluyen los impugnadores de la estructuración del depósito bancario como un depósito irregular, se trate en el de-

pósito bancario de un contrato *sui generis*, distinto de esa otra figura contractual y que, por tanto, requiere un nombre y una regulación propias y adaptadas a su peculiar naturaleza (1).

37. Conviene examinar con algún detenimiento estas objeciones para ver lo que pueden tener de ciertas.

Lo que se dice respecto de la compensación ofrece no sólo un interés teórico, sino también una gran importancia práctica. Gianturco (*I contratti speciali*, pág. 279) (2), dice que no se encontrará Banca que consienta el pago de un cheque al cuentacorrentista deudor suyo, y si los Tribunales pueden constreñirla se debe sólo a la incertidumbre con que la doctrina presenta el depósito bancario. El cajero, en tal caso, procede a extinguir el cheque por compensación, y en lugar de dinero presenta al cuentacorrentista la cuenta de resaca, por ejemplo, de una letra de cambio protestada, con el recibo puesto a su favor. Pero, evidentemente, esta objeción no es decisiva. La circunstancia de que la Banca, en atención a cálculos utilitarios, más o menos conformes con la Ley, rechace el pago de un cheque extendido a favor del titular de un depósito, es cosa que no puede influir sobre la naturaleza jurídica del depósito mismo, y mucho menos que sirva a atribuirle un *nomen juris* distinto. No se puede negar que la Banca tiene el poder de hecho de negarse al pago, pero los Tribunales podrán obligarla, al menos, en tanto no demuestre que el depósito bancario no es un depósito irregular (3).

Tampoco puede admitirse la afirmación absoluta de que el depósito, ya sea regular o irregular, se estipula siempre en interés del depositante, mientras que el depósito bancario se pacta en interés del depositario. En contra de esta opinión es preciso afirmar que el depósito bancario de cosas fungibles se pacta también preferentemente en interés del depositante. Este lo que desea es tener siempre dinero contante a su disposición, ahorrándose, sin embargo, las molestias y el riesgo de la custodia y con objeto, además, de no tener su dinero completamente improductivo. El depositario asume las molestias y el riesgo de la custodia y por ello recibe la remune-

(1) La Lumia, ob. cit., pág. 104.

(2) Apud. La Lumia, pág. 107.

(3) La Lumia, ob. cit., pág. 108.

ración, deduciéndola de los frutos obtenidos del dinero en el entretanto. Por esta razón, el interés se mide siempre más bajo que en el préstamo, y significa no la total remuneración del uso, sino un equivalente por el exceso del producto del dinero sobre la retribución debida por razón de la custodia.

Mejor fundamento presenta la objeción de que un término obligatorio de restitución es incompatible con el depósito irregular y esencial al depósito bancario a vencimiento fijo o con la obligación de previo aviso. Pero es el caso que en la distinción de las diferentes clases de depósitos bancarios se basa nuestro criterio para reputarlas o no depósitos irregulares. Sería, por consiguiente, adelantarse a proceder ahora a contestar esta objeción, ya que, en primer lugar, en parte la aceptamos, y porque, además, va a ser recogida debidamente al exponer nuestro punto de vista.

Ciertamente que la objeción relativa a la desnaturalización del concepto de custodia en el depósito bancario es la de menos fácil respuesta, precisamente porque el concepto de la custodia es de muy difícil determinación dentro del depósito irregular mismo. A primera vista, en efecto, parece imponerse como inexcusable la conclusión de que si la cosa depositada pasa a ser propiedad del depositario, la obligación de custodia se esfuma y desaparece, quedando convertida en la obligación única de devolver otro tanto. Tal es la opinión sustentada por Vidari (1). Observa este autor que la sentencia por él comentada pecó de inexactitud al reputar que en el depósito irregular el depositario asume la obligación de custodia. «Esto—dice Vidari—es sólo verdad en el depósito regular... En el depósito irregular, por el contrario, máxime en el depósito de dinero, el depositario no asume obligación alguna de custodia, porque la propiedad de la cosa recibida en depósito se hace suya y él no se obliga a restituir aquella misma, sino únicamente otro tanto de ella; ahora bien, el depositario no puede ser el custodio de sí mismo.»

La mayoría de los autores, sin embargo, sostienen que, siendo la custodia parte esencial del concepto del depósito, subsiste también en el depósito irregular y, por tanto, asimismo en el depósito bancario como verdadero depósito irregular. Pero no puede negar-

(1) *Diritto commerciale*, 1896, pág. 347 y sig. Nota a una Sentencia de la Audiencia de Venecia de 7 de Febrero de 1896.

se que en las diversas construcciones a este fin propuestas, el concepto de custodia queda casi por completo desvanecido, sobre todo si se concibe la custodia como una actividad encaminada a la conservación y protección de la cosa que, juntamente con la obligación de restituirla, constituye el contenido propio de la actuación del depositario en el contrato de depósito. Y véase cómo volvemos con esto al punto de vista de Windscheid y del Derecho romano, donde la obligación fundamental del depositario se agotaba en la restitución (*actio depositi directa*).

El problema de la custodia en el depósito de cosa fungible tiene que resolverse en una de estas dos direcciones: o se considerará que el concepto de custodia exige la permanencia de la misma cosa en poder del depositario, en cuyo caso desde el instante en que éste se hace dueño queda extinguida toda obligación de custodiar, tanto porque nadie es custodio de sus propias cosas, como por el hecho de que al poder disponer de ella su obligación de custodia se transforma en una simple obligación de dar suma de dinero. (La obligación de custodia se confunde, en una palabra, con la obligación de restitución.) O bien se estima que el concepto de custodia no es tan estricto como cree Vidari, y entonces se acude a salvar el concepto afirmando que en el depósito irregular la custodia consiste, ora en la obligación de tener siempre a disposición del depositante una cantidad igual a la recibida (Coppa-Zuccari, Caraffa), bien el deber de emplear las cantidades recibidas de manera prudente y líquida para estar siempre en situación de restituirlas al ser reclamadas (La Lumia).

a) Coppa-Zuccari (1) entiende de esta forma la custodia: La diligencia enderezada a la conservación de la cosa se realiza por parte del depositario, en relación con las cosas infungibles, impidiendo que se pierdan o se deterioren; en relación con las cosas fungibles, con el cuidado de tener siempre a disposición la misma cantidad y calidad. Este tener a disposición una cantidad y calidad igual de cosas determinadas, no obstante se renueven de continuo o se sustituyan, equivale, para las cosas fungibles, a lo que para las infungibles es la existencia de la cosa *in individuo*. Tal equivalencia concuerda con la naturaleza de las cosas fungibles.

(1) Ob. cit., pág. 95.

las cuales *in genere suo functionem in solutione recipiunt magis quam specie* (L. 2, § 1, D. de rebus creditis, XII, 1). Por tanto, el depositario cumple la obligación de la custodia, impuesta por la ley, siempre que, tratándose de un depósito irregular, tenga a disposición del depositante *tantundem eiusdem generis et qualitatis*. La ley que prescribe al depositario en la custodia de la cosa recibida, aquella diligencia que dedica a custodiar las propias, no le impone otra ni distinta obligación. Tampoco requiere más el interés del depositante.

Con este criterio coincide sustancialmente Caraffa (1). Según él, en el depósito de cosa fungible el depositario cumple con la obligación de la custodia con tener cerca de sí, a disposición del depositante, una cantidad igual a aquella recibida; porque el hecho de tener otras tantas cosas equivalentes a las que han sido depositadas corresponde, cuando se trata de cosas fungibles, a la existencia de la cosa misma, requerida en el depósito de cosas no fungibles. Por ello, en el depósito de dinero, simplemente numerado, el depositario realiza la obligación de la custodia conservando en su disponibilidad una suma numérica de la misma especie que aquella en que se verificó el contrato, suma que deberá restituir al depositante, cuando por el mismo le sea reclamada. *Si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, sic ut neque clausam, neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere apud quem deposita, esset, nisi tantundem pecuniae solveret* (Leg. 31. Dig. Loc. cond., 19, 2).

b) Para La Lumia (2) decir que en el depósito irregular la obligación de custodia se resuelve en la de tener materialmente a disposición del depositante *tantundem*, implica más que una sutileza científica, como ha parecido a algunos (Schatz, Borchers, Jaffé, etc.) materialmente un error. El depositario no está obligado a tener en su poder *tantundem* de la suma depositada, sino exclusivamente a emplearla de manera prudente y líquida, para estar siempre en situación de restituirla cuando le sea reclamada. Por tanto, el hecho de que la Banca conserve en sus cajas la cantidad de dinero bastante a satisfacer las probables demandas de los clientes, no sirve a constituir una derogación de la disciplina

(1) *Digesto italiano*, v. IX, parte segunda, pág. 125.

(2) Ob. cit., pág. 106.

del depósito irregular, y por ello no impide que a este último venga identificado el depósito bancario.

Enfocado así el concepto de la custodia, queda la dificultad de subsumir el depósito bancario al género de los depósitos irregulares. Después veremos que este concepto de la custodia en el depósito irregular ha sido recogido por la Judicatura española en Sentencia reciente.

38. Ahora bien : el hecho de que el depósito bancario sea conciliable con la figura del depósito irregular no quiere decir que todos los depósitos bancarios sean depósitos irregulares. En este punto reputamos exacta la distinción establecida por La Lumia (1), ampliándola al supuesto de que las cosas depositadas sean títulos fungibles, hipótesis prevista, como veremos, en la legislación alemana.

Ya al examinar el valor de la crítica a la doctrina que hace del depósito bancario un depósito irregular se ha observado que no faltaba base al argumento que un término o plazo obligatorio de restitución es incompatible con el depósito irregular y esencial al depósito bancario a plazo fijo o con la obligación de previo aviso. Mas se hace preciso distinguir el alcance de esta afirmación, en el sentido de que la estipulación de un aviso previo no equivale al pacto de un verdadero plazo sino cuando exija una gran antelación, pues si se reduce a muy pocos días, sustancialmente el negocio se reputa siempre pactado a vista, y en tal caso, por tanto, la objeción no conserva fundamento.

A esta previa aclaración hay que añadir que, de todas formas, nada autoriza a afirmar que ninguna de las especies de depósito bancario sea depósito irregular. Es obvio que la investigación sobre la naturaleza jurídica de una relación o concepto debe ir precedida de la limitación y definición de su concepto fundamental ; criterio éste que, en nuestro caso concreto, o no se ha seguido, o ha sido mal aplicado. La mayoría de los escritores, sin preocuparse de una depuración del concepto de depósitos bancarios, que pudiéramos llamar vulgar, y que atribuye al mismo un contenido amplísimo, lo aceptan, y abordan sin más la solución del proble-

(1) Ob. cit., pág. 109.

ma, llegando, naturalmente, a resultados empíricos. Otros, los menos, han seguido un método distinto, no desinteresándose de un previo análisis, del cual han intuido la capital importancia; pero no desligándose totalmente de los viejos prejuicios, han querido constreñir, en una noción única, negocios jurídicos que por su estructura intrínseca son antitéticos, como los depósitos a vista y a corto preaviso y los depósitos a largo preaviso y a plazo fijo, y han obtenido así un concepto de depósito bancario que, aun cuando presentaba, sin duda, un contenido más restringido, no se ofrecía, sin embargo, con caracteres de homogeneidad, y, por tanto, no se prestaba a formar la base de una sólida construcción científica y menos aún a entrar en un tipo legal.

Según La Lumia (1) precisa hacer un desdoblamiento, considerando, de un lado, los depósitos a vista y a breve preaviso o depósitos bancarios *strictu sensu*, y de otro, los depósitos a largo preaviso y a plazo fijo. Esta separación entre las dos categorías de depósitos descansa sobre su diversa función económica y es muy fecunda en resultados, desde el punto de vista jurídico.

Los primeros (depósitos a vista y a breve preaviso) son, indudablemente, depósitos irregulares. En efecto, el fin o motivo principal por que son pactados es el de la seguridad, y si se les acuerda, en ocasiones, algún interés es con carácter accidental, y siempre insignificante; causa de negocio es la custodia, en el sentido de empleo prudente y líquido de las sumas depositadas, y de tal forma que quede garantizada la disponibilidad del depositante, para lo que se obliga a la Banca a la restitución en cuanto se la requiere.

Naturaleza diversa presentan los segundos (depósitos a largo preaviso y a plazo fijo). Esta clase de negocios está integrada por capitales que buscan una colocación; no es el industrial o el comerciante que quieren librarse de la carga y los riesgos de la custodia, declinándolos en una Banca, y que, sin embargo de conceder una amplia facultad de uso, se reservan la permanente disponibilidad de su dinero; se trata, por el contrario, de capitalistas que, poseyendo cantidades improductivas, buscan para las mismas una colocación duradera. Para ello aceptan un término fijo de restitución, más o menos largo, y el otro contratante, la Banca, en corres-

(1) Ob. cit., pág. 110.

pondencia a las más amplias ventajas obtenidas, acuerda una tasa de interés, relativamente elevada y variable en relación a la amplitud del término pactado. Se trata, por tanto, en este segundo caso, de auténticos *mutui fructiferi*.

39. El criterio adoptado se ofrece perfectamente claro para la distinción de las clases de depósito apuntadas. Alguna mayor dificultad ofrecen para ser clasificadas, en uno u otro grupo, estas otras dos formas de depósito, que vamos a examinar seguidamente: el depósito simple y el depósito en cuenta corriente.

a) La aplicación o no aplicación del criterio expuesto al depósito simple se reduce a una mera *quaestio facti*, es decir, a la forma en que se haya pactado su devolución. Según que sean reembolsables a vista o tras de corto preaviso, o con largo preaviso o a plazo fijo, se entenderá, respectivamente, estar en presencia de un depósito irregular o de un mutuo. Así, por ejemplo, son depósitos irregulares los depósitos admitidos por la Banca escocesa y los *comptes de dépôt* de la Banca francesa; mutuos, los que llaman los italianos depósitos *documentati da buoni fruttiferi*.

No constituye una dificultad la circunstancia de que el negocio no se realice en un solo tracto, es decir, una sola entrega y un solo reembolso correspondiente, sino en diversos pagos y reembolsos consecutivos; entonces se tendrá, según los casos, depósitos irregulares o mutuos, en sucesiva y continua formación y resolución. Esto es, no se perfeccionan y se extinguen *uno ictu*, sino que se prolongan necesariamente por un tiempo más o menos largo y en relación con el fin perseguido por las partes; pero los varios ingresos y reembolsos no constituyen relaciones singulares y distintas, sino estadios diversos de una relación única, en la que se agrupan con nexo inescindible.

b) Por lo que respecta al depósito en cuenta corriente, surgen, por el contrario, dudas de entidad, en consecuencia principalmente de su aspecto complejo, que plantea la duda si existe realmente un negocio único o una pluralidad de negocios; de aquí la necesidad de determinar previamente un criterio distintivo que sirva para calificar eficazmente la situación jurídica que nace entre las partes.

En realidad el problema de la naturaleza jurídica del contrato de cuenta corriente no es más que un aspecto parcial de este otro más

amplio: ¿cómo determinar, frente a situaciones jurídicas complejas, si existe un negocio único o una pluralidad de negocios? Los criterios, a este respecto, son muy variados. Para von Schey (1), «se debe, en concreto, ver si es posible escindir las diversas causas contractuales, de tal forma que hasta un determinado punto aparezca una de ellas como la única decisiva, y, a partir del mismo, aparezca la otra. Si esta separación de tiempo es posible, es también posible escindir unas de otras las varias relaciones; de otra forma, no, porque una causa sólo puede dominar la total relación.»

Según Arcangeli (2), precisa atenderse a la obligación contraída por las partes, esto es, al contenido de la relación jurídica constituida entre las partes. Cuando las prestaciones singulares aparezcan relacionadas entre sí, para responder a un fin único que las partes se hayan propuesto, se deberá estimar que hay un solo contrato. Cuando, por el contrario, aparezcan independientes la una de la otra, y ordenadas a fines diversos, habrá que reputar que concurren diferentes negocios jurídicos, caracterizados por causas diversas.

Para Regelsberger (3) hay que tomar en consideración un elemento material: el objeto del negocio o prestación. Finalmente, según La Lumia (4), la investigación sobre si en una situación jurídica hay un negocio único, o una pluralidad de negocios, se resuelve en esta otra: si en una situación jurídica hay una sola causa o un conjunto de causas; utiliza, pues, de guía el concepto de causa, como intento empírico, típico, principal y autónomo del negocio.

Pero sería improcedente, en cuanto ajeno al tema específico que nos ocupa, plantear y estudiar este problema en más amplios términos. Limitándonos a las indicaciones hechas, nos restringiremos al problema de si el depósito en cuenta corriente es o no un depósito regular.

El contrato de cuenta corriente, a primera vista, se nos presenta como un conjunto de negocios. En efecto, al pactar la relación con

(1) Citado por La Lumia, ob. cit., pág. 113.

(2) Citado por La Lumia, ob. cit., pág. 114.

(3) En *Jhering's Jahrb.*, XLVIII, 1904, pág. 453 y sigs., cit. por La Lumia, ob. cit., pág. 115.

(4) Ob. cit., pág. 118.

la Banca el cliente no persigue una finalidad única, sino finalidades múltiples y autónomas, esto es, de un lado, la seguridad del capital propio, y de otro, la realización del servicio de caja y la regulación de operaciones con saldos periódicamente realizados.

Algunos autores, como von Schey y Magri, entienden que se trata de una serie de mutuos hechos por el cliente al banquero, y además de un doble mandato, por el cual el banquero se obliga a realizar por cuenta del cliente operaciones tales como cobranzas y pagos. Ahora bien : la figura del mutuo está excluida desde el momento en que el depositante no entiende encontrar para las cantidades que deposita una colocación duradera, sino exclusivamente proveer a su seguridad, conservando íntegra la disponibilidad ; por tanto, hay que admitir con preferencia la figura del depósito irregular, y no ya en el sentido de una serie de negocios realizados en diversos momentos, sino como relación única, aunque a sucesiva y continua formación y resolución.

Tampoco es exacto que la obligación de desempeñar el servicio de caja sea una relación de mandato, porque la Banca no realiza en el interés del cliente cualesquiera negocios, sino negocios ya determinados (cobranzas y pagos), desempeñando una actividad puramente material, y, por tanto, sería más propio hablar de locación de servicios, dado que la Banca obtiene siempre una compensación directa o indirecta.

En cuanto a la regulación de los respectivos créditos y deudas a virtud de saldos periódicamente realizados, se ofrece como el objeto de un contrato preliminar.

40. En el Derecho mercantil italiano, la *communis opinio* admite la existencia del depósito irregular y lo aplica especialmente al caso de los depósitos bancarios. Sin embargo, algún autor, como Pipia, discrepa. Para él, los depósitos bancarios no pueden subsumirse en la figura jurídica del depósito irregular. Ofrecen, sí, con ella muchos puntos de contacto, como también poseen elementos del mutuo ; pero, en definitiva, hay que atribuirles propia sustantividad y considerarlos como figura jurídica independiente, adscrita a una función económica peculiar. Finalmente, el novísimo proyecto de reforma del Código de comercio italiano es de obligado examen, en cuanto que acoge la figura del depósito irregular, para

aplicarla a los depósitos bancarios con una amplitud quizá excesiva.

Vidari (1), como hemos dicho, admite la figura del depósito irregular, definiéndolo como el contrato por el cual el depositario puede restituir al depositante, o a quien le represente, no ya la idéntica cosa recibida, sino sólo otro tanto de la misma especie.

En este contrato, el dinero y los títulos son estimados en su valor de cambio; y poco importa que la restitución, cuando no haya pacto en contrario, se realice con moneda o con títulos que tengan, singularmente considerados, un valor distinto de la moneda o de los títulos dados en depósito, siempre que el valor restituído sea perfectamente igual al recibido. De aquí se sigue una consecuencia importante, que es común a todas las cosas fungibles constituidas en depósito, cual es la de que, a diferencia del depósito regular, en el irregular la cosa depositada pasa sin más a la propiedad del depositante, el cual, como se ha dicho, no está obligado a restituir sino otro tanto. Y es que, además, no sólo el depositario puede usar como mejor le plazca de la cosa entregada, sino que puede asimismo transmitirla a otro, ya sea a título oneroso o a título gratuito, sea por actos *intervivos* o *morbis causa*. Es el caso del banquero que recibe dinero a interés o sin interés; como puede serlo el del factor que recibe dinero por cuenta de su principal; como puede serlo el del comisionista que lo recibe por cuenta del comitente, y como, en general, lo es el de cualquiera que recibe dinero u otra cosa fungible en depósito.

Así, Scaccia (2) dice que irregular *est depositum pecuniae cum traslatione dominii in depositarium*, y más tarde repite que *dominium enim pecuniae numeratae depositae semper transit in depositarium*; no obstante, *depositarius tenetur tantundem restituere, et per interitum depositae non liberatur, quia genus perire non potest, et sic in eum transit periculum*.

Pero siendo éstos los caracteres del depósito irregular, ¿no se confundirá con el mutuo, es decir, con el préstamo de consumo? Es indudable que, considerados en sí mismos y en su valor doctrinal, estos dos contratos son sustancialmente la misma cosa. En efecto, mutuo o préstamo de consumo se dice de aquel contrato por el cual una de las partes consigna a la otra una determinada

(1) *Diritto commerciale*, vol IV, pág. 500 y siguientes.

(2) Citado por Vidari, ob. cit., pág. 502.

cantidad de cosas, y ésta se obliga a restituir al primero otro tanto de la misma especie y calidad. De aquí la consecuencia de que el mutuo hace pasar la propiedad de la cosa del mutuante al mutuatario, el cual, por ello, debe soportar todos los riesgos y peligros; y así, aunque la cosa recibida perezca más tarde, no por ello se releva el mutuatario de la obligación de devolver otro tanto. Si confrontamos estos caracteres del mutuo con los más arriba examinados como propios del depósito irregular, es forzoso reconocer que sustancialmente ambos contratos son la misma cosa. Por tanto, se puede decir correctamente que el depósito irregular no es sino un mutuo.

El mismo Scaccia, hablando del depósito irregular decía: *Hujusmodi depositum habet naturam mutui*. Doctrina que resulta incontestable, ya que el ser hecho el mutuo principalmente en interés del mutuatario, y el depósito irregular, por el contrario, principalmente en interés del depositante, no altera fundamentalmente (aunque la distinción fuera cierta y exacta en todas sus partes) la naturaleza jurídica del contrato.

Pero al examinar el Código civil vigente, Vidari discrepa de esta opinión de Scaccia. Vidari dice que, con arreglo a la ley civil italiana, no se puede negar que entre depósito irregular y mutuo existen algunas diferencias, y emplea una argumentación que no reproducimos por haber sido ya expuesta y examinada al estudiar el depósito irregular en el Derecho civil italiano (núm. 33).

«Una de las formas más importantes de depósito irregular—prosigue Vidari—es el depósito bancario; esto es, aquel que se hace frente a una institución o persona que expide a nombre del depositante, como representativo de la suma depositada, un título por la presentación del cual el depositario está obligado a restituir una suma idéntica a la recibida (en la misma especie, metálica o en papel, en que el depósito fué hecho, e incluso en especie diversa, cuando el contrato silencia este punto, pero siempre que tenga curso legal en el lugar del pago), aumentada de los intereses pactados de vez en vez, o, como ocurre más generalmente, previamente establecidos por la institución o persona que recibe el depósito: tasa de interés y demás condiciones que de antemano se han hecho públicas. Y como este oficio de recibir en depósito sumas de dinero es casi exclusivamente realizado por Bancos o banqueros,

esta forma de depósito es conocida con el nombre de depósitos bancarios, los cuales, según que la finalidad que se persiga al constituirlos sea la de encontrar una colocación duradera a capitales improductivos o la de disponer en todo momento de las sumas depositadas, eliminando los cuidados y peligros de la guarda propia (doble modalidad que ya ha sido examinada), reciben el nombre de depósitos no disponibles o disponibles, respectivamente.»

Pipia (1) discrepa de Vidari al examinar el depósito irregular. Entiende como tal todo depósito que, recayendo sobre cosas fungibles o *genus*—así, títulos de crédito, dinero no acuñado—, tras pasa la propiedad al depositario, con todos los riesgos y ventajas inherentes, no teniendo el depositario la obligación de restituir las mismas cosas recibidas, sino liberándose con la restitución de cosas de la misma especie y género.

A continuación se plantea el tradicional problema de la diferenciación con el mutuo, diciendo que, así concebido el depósito irregular, viene a constituir una forma del mutuo, pero del que puede doctrinalmente diferenciarse, porque el depósito irregular normalmente se constituye en interés del depositante, mientras que el mutuo se pacta en el del mutuuario, y por poder el depositante exigir en todo momento la restitución de la cosa, aun antes del vencimiento del término convenido. Y se diferencia netamente de la prenda irregular, en cuanto que en éste existe siempre la voluntad de las partes, expresa o tácita, de constituir el dinero, títulos o valores, en garantía o caución de una deuda o de una obligación asumida por el que consigna y a favor de aquel al que viene consignada la prenda y a fin de que pueda ejercitar éste un derecho de prelación, elemento o finalidad que en el depósito no existe.

JOAQUÍN GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE,

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Central.

(Continuará.)

(1) *Diritto commerciale*, vol. IV, pág. 1.062. Torino, 1917.