

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

Año VIII

Junio de 1932

Núm. 90

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

(Historia y Derecho comparado)

CAPITULO II

EL DEPÓSITO IRREGULAR EN LAS INSTITUCIONES MERCANTILES

29. Desarrollo del depósito irregular en los depósitos bancarios (1).

29. En los primeros tiempos de la Edad Media, toda la actividad bancaria se reduce a operaciones de «cambio», pues la invasión de los bárbaros destruyó el floreciente comercio bancario romano. Las operaciones de cambio eran objeto de la actividad de los «cambsores», cuya existencia había hecho necesaria el gran número de pequeñas circunscripciones monetarias, la profunda variedad e inseguridad en los cuños, etc. Ellos se encargaban de establecer la legitimidad y el peso de la moneda y de cambiarlas por otras. Pero con las Cruzadas que originan tan honda transformación en las relaciones comerciales, el comercio bancario no tarda en florecer de nuevo. Las continuas exigencias de dinero para las expediciones militares obligan a los príncipes a contratar mutuos, especialmente con los judíos, que hacen de tales operaciones

(*) Véanse los números 86 a 80 de esta Revista

(1) V. La Lumia: *I depositi bancari*, pág. 49 y sig.

su profesión habitual. Mas pronto sufrieron éstos una fuerte concurrencia, particularmente en Italia, donde los «campsores» empezaron a admitir depósitos de dinero ampliando la esfera de su actividad y surgiendo al propio tiempo los banqueros, que hacen de los depósitos de dinero su operación característica y que recogen, de esta forma, capitales de consideración que reintegran a la circulación en diversas formas.

Se trataba, por tanto, de depósitos en los cuales era concedida al banquero la facultad de servirse de la cantidad recibida, según resulta de documentos genoveses del siglo xii, y según resulta también de la circunstancia de que en las fuentes los depósitos van aparejados a la «commenda», lo cual constituía una forma de empleo del capital. Lo que explica de un lado cómo los banqueros podían hacer préstamos de tanta consideración a los reyes, y de otro, cómo era regla el que pagaran un interés. Los depósitos eran reembolsables a la vista, aun por explícita disposición de la Ley, lo que resultaba muy gravoso a los banqueros, expuestos siempre a peticiones de restitución imprevistas y por cantidades a las veces de importancia.

Las operaciones se anotaban en los libros de la Banca, las cuales son, por ello, llamadas en los documentos *banchi de scripta*, o más brevemente *scriptae*. A los depositantes se les facilitaba resguardos o recibos con fuerza ejecutiva que tomaban distintos nombres, según las regiones, y que circulaban como dinero contante. Los banqueros realizaban también, a nombre de sus clientes, el servicio de caja, pero esto no importa a nuestro punto de vista.

Más tarde, y a compás del creciente desenvolvimiento del comercio de Banca, los Estados europeos comienzan a comprender el peligro de dejar tan importante actividad exclusivamente a la iniciativa individual, e inician los Gobiernos su intervención creando Bancos del Estado, ya directamente o merced a la transformación de los Bancos privados existentes. Así surgen el Banco de Rialto, en Venecia; el Banco Siciliano, el de Nápoles y la Casa de San Jorge, en Génova; el Banco de Amsterdam, el de Hamburgo, etc.; y en España el que se fundó en Barcelona con el nombre de «Taula de Cambi» y otros que se establecieron a imitación suya en algunas ciudades de la Corona de Aragón.

Estas nuevas instituciones recibían depósitos de dinero siempre

a la vista, pero con alcancé distinto al de los Bancos antes estudiados, ya que, en efecto, estos depósitos no se constituían con facultad de uso, facultad que llegaba a ser excluida explícitamente en los Estatutos de alguno de estos Bancos, como el de Amsterdam. Se trataba de depósitos puros que tenían, como única y excluyente finalidad, la de la custodia de las cantidades recibidas. Este sistema, aparte de otras de menos relieve, tenía la ventaja de estar los clientes salvaguardados contra todo riesgo en las operaciones mercantiles; pero se comprende que era incompatible y no bastaba a cubrir las exigencias de una vida económica intensa. La experiencia mostraba a la Banca que no se exigía tener en caja, en todo momento, la totalidad de los capitales depositados, sino que una parte podía emplearse sin dificultad ninguna en mutuos a breve plazo. El peso de esta consideración bastó bien pronto a transformar dichos Bancos en verdaderos Institutos de crédito, sujetos de relaciones activas, convirtiéndose de tal modo los depósitos puros en depósitos irregulares.

Pero el ejercicio del comercio bancario, en el sentido moderno de la palabra, está en especial conexión con la práctica bancaria inglesa. En Inglaterra, durante el período de las guerras civiles, la falta absoluta de seguridad impulsó a los comerciantes y a los nobles de las provincias a depositar sus capitales en manos de los orífices de Londres, que de tal modo vinieron a recoger grandes cantidades que daban después en mutuo a los particulares y los Gobiernos. Merced al gran rendimiento que proporcionaban estos negocios, los orífices se comprometían a restituir *ad nutum* de los depositantes y a pagar un interés. Se trataba, por tanto, de depósitos a vista y fructíferos, esto es, de auténticos depósitos irregulares. Como documentos del negocio se expedían los llamados *Goldsmith's notes*, que circulaban regularmente como sustitutivos de la moneda, en razón, principalmente, a la confusión monetaria reinante. Estos billetes alcanzaron una consagración oficial por haberlos aceptado el *Long Parliament* para el pago de *Bishop Lands*, y durante la crisis del 1696 suplieron la falta de numerario metálico en las transacciones comerciales. Se trataba, por tanto, de verdaderas operaciones bancarias, y así los orífices pronto recibieron el nombre de banqueros, gozando de una confianza ilimitada y concentrando en sus manos todo el movimiento del crédito na-

cional, hasta 1672, en que la famosa clausura de la Caja del Estado, en un momento en que la corona era deudora de los orífices por valor de casi dos millones de libras esterlinas, ocasionó pánico grandísimo en la clientela y la quiebra de gran parte de las más importantes Casas de Banca. Como consecuencia de esta catástrofe se origina un fuerte movimiento para la creación de una Banca pública análoga a las existentes en el Continente, lo que, tras de vencer la viva oposición de los «Jories», tiene lugar en el año 1694, en que se crea el Banco de Inglaterra. Esta nueva Institución ofrecía un carácter esencialmente diferente del de los Bancos de giro continentales, en cuanto que no aceptaba depósitos de dinero para su sola custodia (depósitos puros), sino con el fin exclusivo y expreso de emplearlos en sus operaciones, lo que llevaba aparejado el pago de un interés (del 4 por 100) y sin que quedara excluida la obligación de reembolso a la reclamación del cliente.

Y aproximadamente sobre estas bases, con variaciones multiformes, pero poco profundas, aparecían organizados los depósitos pecuniarios «ad uso» (depósitos irregulares) en la Banca moderna.

IV

DERECHO MODERNO

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHO EXTRANJERO

30. El depósito irregular en el Derecho moderno.—31. Derecho suizo.—32. Derecho común alemán.—33. Derecho común italiano.—34. Derecho común francés.—35. Aplicación del depósito irregular a los depósitos bancarios modernos.—36. Doctrina que niega que los depósitos bancarios sean depósitos irregulares.—37. Su examen. El elemento de la custodia.—38. Criterio adoptado.—39. Los depósitos simples y los depósitos en cuenta corriente.—40. Los depósitos irregulares en el Derecho mercantil italiano.—41. Los depósitos irregulares en el Derecho mercantil alemán.

30. En el Derecho moderno se advierte una bifurcación de la figura contractual, que estudiamos en las dos ramas que componen

el Derecho privado. Y así mientras en el Derecho civil se concede escasa atención al depósito irregular, reincidiendo a veces los autores y legislaciones en la confusión con el mutuo, en el Derecho mercantil, por el contrario, se acoge la institución en toda su pureza, desenvolviéndose fundamentalmente en la materia de depósito bancario.

La antigua discusión sobre si a esta figura especial es aplicable el concepto de depósito se reproduce frente a los textos de los Códigos vigentes, la mayoría de los cuales no ha tomado partido en la controversia, acogiéndose a disposiciones ambiguas, que suscitan las mismas vacilaciones que ante los textos del Derecho antiguo. En cambio, en los Códigos que precedieron a los vigentes en Europa, y de acuerdo con la tendencia negativa antes apuntada, se encuentran disposiciones expresas sobre la conversión del depósito irregular en mutuo; así los artículos 1.274 a 1.277 del Código sajón expresamente dicen que el contrato en tal caso vale como préstamo, o que por el uso pasa a ser préstamo, deduciendo ciertas consecuencias de su naturaleza como tal préstamo. Según el artículo 83 del Código prusiano el contrato de depósito se transforma en contrato de préstamo tan pronto como el depositario comienza a servirse de la autorización de uso que le ha sido concedida bajo especiales circunstancias.

De los Códigos vigentes extranjeros sólo el Código austriaco, de una manera expresa, en su artículo 759, determina la conversión en mutuo del depósito irregular. Las restantes legislaciones extranjeras pueden agruparse del modo siguiente:

A) Legislaciones que admiten la figura del depósito irregular, reglamentándola como tal depósito.

B) Legislaciones que no rechazan la figura del depósito irregular, pero lo remiten a las reglas del mutuo.

C) Legislaciones de cuyos preceptos puede deducirse la existencia del depósito irregular.

D) Legislaciones que no mencionan el depósito irregular ni de sus preceptos puede deducirse su existencia.

31. A) Legislación que admita la figura del depósito irregular no existe más que la suiza. El artículo 481 del Código Federal de las obligaciones dispone que «si se ha convenido expresa

o tácitamente que el depositario de una suma de dinero estará obligado a restituir, no las mismas especies, sino solamente la misma suma, tendrá a su cargo los provechos y los riesgos. Se presume que existe una convención tácita, en el sentido indicado, cuando la suma ha sido entregada sin sellar ni cerrar. Cuando el depósito consiste en otras cosas fungibles o en títulos valores, el depositario no tiene derecho a disponer de ellas, salvo si ha sido expresamente autorizado por el depositante».

La naturaleza de este contrato, como tal depósito, resulta claramente del texto mismo de la Ley y de su nota marginal en la edición alemana que intitula este artículo: depósito de cosas fungibles. Dicen Schneider y Fick (1) que el depósito irregular se parece mucho al préstamo de consumo. En ambos se entrega una cierta cantidad de cosas a uno de los contratantes; el cual se obliga a devolver la misma cantidad y calidad. Pero—añaden—el Código de las obligaciones, a diferencia del Código civil alemán, no establece envío alguno al préstamo de consumo y, por tanto, se deberá aplicar al depósito de cosas fungibles el artículo 472 y siguientes, que tratan del depósito.

El préstamo y el depósito irregular, sobre todo cuando este último prevé el pago de un interés, ofrecen exteriormente grandes semejanzas, mientras que la regulación jurídica respectiva es muy distinta; por tanto, admitir la existencia, en un caso particular, de uno de ellos, eliminando el otro, puede tener importantes consecuencias. Porque, en efecto, en las relaciones jurídicas ordinarias el depositante no tiene derecho a cobrar intereses, salvo convención expresa y contrariamente a lo que ocurre en materia de préstamos (artículo 313, párrafo 2). Además, el depositario debe restituir la cosa en el lugar del depósito (artículo 477) y no en el domicilio del depositante (artículo 74, párrafo 1). Tampoco puede el depositario oponer la compensación con otras deudas del depositante (artículo 125, párrafo 1) y la restitución es exigible en todo tiempo (artículo 475), ya que el título XIX no prevé un plazo, como hace el artículo 318 para el préstamo.

Una de las diferencias esenciales existentes entre estos dos contratos reside en los fines económicos que respectivamente persiguen. En efecto, cuando la entrega ha tenido lugar en virtud de

(1) *Commentaire du Code fédéral des Obligations*. Neufchatel, 1915.

demanda o petición y en el interés del que recibe la cosa o cantidad, hay préstamo y se aplicarán los artículos 312 y siguientes. Si, por el contrario, ha tenido lugar en el interés y provecho del que entrega, hay contrato de depósito. Y esto aun cuando se estipule un interés que, especialmente si es poco elevado, indica generalmente que se trata de un depósito, ya que es práctica corriente en este contrato la fijación de un interés módico. Pudiéndose llegar a presumir la existencia del mismo cuando tal práctica esté reconocida en el lugar donde se contrató.

Ahora bien: ¿en qué se transforman, en el depósito irregular, las obligaciones de custodiar y conservar la cosa? Probablemente consisten ahora en el hecho de que el depositario debe poder en todo tiempo restituir la cosa recibida; en otros términos, no puede hacer uso de su derecho de disponer de la cosa sino en tanto pueda, inmediatamente al requerimiento de devolución, entregar el equivalente. Conforme a este principio se han redactado en algunos cantones las leyes especiales sobre Cajas de Ahorro.

En cuanto a los perjuicios, el depositario será responsable de los que causa por no observar la prudencia necesaria en el empleo y colocación de los depósitos.

También corresponde al depositario, en el depósito irregular, un derecho de retención (Código civil suizo, artículos 895-898). Y, asimismo, el depósito irregular puede combinarse con la obligación para el depositario de recibir los pagos efectuados por terceros, a cuenta del depositante, y con la obligación de efectuar pagos por delegación, giros o cheques, por medio de la suma depositada. En este caso, y a este propósito, queda abierta una cuenta, en ocasiones una cuenta corriente, en el sentido propio de esta expresión.

Los beneficios y los riesgos pasan al depositario desde el momento mismo de la entrega de la cosa, y no tan sólo desde que la usa o la mezcla con otras. Por el contrario, la propiedad no le es transferida a consecuencia de la entrega, sino únicamente en cuanto se apropia el depósito. Entendiéndose por apropiación, en este caso, todo acto por el que exprese su voluntad de devenir propietario de la cosa; acto que podrá ser una indicación hecha en tal sentido al depositante o consistir solamente en el hecho de que se sirva de la cosa.

Se discute la cuestión de saber cuáles sean las consecuencias de la mezcla de cosas fungibles. Sin duda se podrá, a falta de otra disposición legal, aplicar las reglas de la adjunción y de la mezcla (Código civil suizo, artículo 727 (1). Hafner cree, conforme al antiguo Derecho, en la originación de una copropiedad, y éste es el criterio más aceptable, incluso cuando el depositario mezcle el dinero del depositante con el suyo propio, a menos que no pueda probarse que el depositante entendía serle acreedor de aquella suma.

32. B) En la doctrina alemana se descubre un especial interés por la figura del depósito irregular. Aparte de las Monografías fundamentales de Niemeyer (2) y del Mulkhäuser (3); existen multitud de trabajos, especialmente tesis doctorales, en los que, siguiendo las huellas de los pandectistas, como Vangerow y Brinz, se estudia nuestra institución, volviendo sobre los textos del Derecho romano. Tal ocurre con las siguientes Monografías que hemos podido consultar: Brandau: *Der unregelmässige Verwahrungsvertrag.—Die Berechtigung dieses Rechtsbegriffes, insbesondere seine Unterschiede vom Darlehen*. Schleswig: Buchdruckerei von Julius Bergas, 1899.—Fränkel: *Das Darlehen und die irreguläre Hinterlegung.—Eine Streitfrage des gemeinen Rechts und ihre endgültige Lösung im Bürgerlichen Gesetzbuch und Neuen Handelsgesetzbuch*. Berlín. Druck von Fraenkel & Stroh, 1899. Donner: *Das Depositum irregulare. Nach gemeinen Rechte und dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*. Greifswald. Druck von Julius Abel 1902.—Contantin: *L. 959 und l. 10 D. XII, 1 im Streite über Depositum irregulare und Darlehen*. Berlín, 1908.

Según Brandau (ob. cit., pág. 21), el depósito irregular se recibió en Alemania con el derecho justiniano, convirtiéndose en una figura del derecho común. Las huellas pueden seguirse a través de la evolución jurídica desde los tiempos de Justiniano hasta nuestros días. Ciertamente hay que reconocer que, en realidad,

(1) Véase Wieland, *Konum.*, nota 17, art. 727, y Lehman, *Komm.*, nota 17, ídem.

(2) *Depositum irregulare*. Halle, 1889.

(3) *Über Umfang und Geltung des depositum irregulare*. Erlangen, 1879.

el *depositum irregulare* no ha gozado nunca en la ciencia jurídica de una existencia incontrovertida; pero, por otra parte—y a esto hay que conceder la máxima importancia—, la práctica no se ha atrevido jamás a negar con decisión la existencia del *depositum irregulare* con referencia a las disposiciones positivas del Código justiniano. «En lo que concierne especialmente a nuestra vida jurídica moderna—dice Brandau—en la ciencia y en la práctica, se reconoce, casi en absoluto, el *depositum irregulare*.»

En el mismo sentido escribe Donner (ob. cit., pág. 19) que el derecho común ha mantenido casi sin modificación la concepción básica del derecho justiniano respecto del llamado *depositum irregulare*, tratando este depósito conforme a las normas del *depositum* y como una especial configuración del mismo. Finalmente, Constantin reproduce el mismo punto de vista (ob. cit., pág. 68).

Apuntan también estos autores el hecho moderno de la emigración del depósito irregular desde el campo del derecho civil al terreno del derecho mercantil, señalando este acontecimiento como el motivo principal para nuevas incitaciones sobre los antiguos problemas de concepto y técnica. Se reconocían, desde luego, las dificultades que para el tráfico moderno implicaba el concepto del *depositum irregulare*, desenvuelto conforme a las normas del depósito, y en su consecuencia se intentó concebir el *depositum irregulare* como una especie de mutuo; pero ninguna de estas tentativas llegó a ser convincente, por lo cual el Código civil alemán no se atrevió a decretar la identificación de ambos contratos.

El artículo 618 del proyecto del Código civil identificaba el depósito irregular con el mutuo al decir que, en caso de que en el depósito de cosas fungibles se estipule la restitución, no de las mismas cosas, sino de otras de la misma especie, calidad y cantidad, se considerará este pacto como contrato de préstamo mutuo. Si el depositante permite al depositario usar de las cosas fungibles cuando el depositario quiera, el contrato se transforma en un mutuo en el instante en que el depositario hace uso de este permiso. En ambos supuestos, y en caso de duda, se reputa pactado respecto del mutuo que en lo que respecta al tiempo y lugar de la restitución deban ser aplicadas las disposiciones para el contrato de depósito.

La Exposición de motivos indica la razón de esta conversión

del contrato: la intención de las partes está enderezada hacia un contrato de mutuo. Anotemos, en primer lugar, que esta afirmación no es exacta, ya que la voluntad de los contratantes, especialmente la del depositante, tanto en el tráfico bancario como en el civil, se determina casi siempre por la custodia de las cosas fungibles, aunque de hecho y a virtud de la entrega de esas cosas se da crédito al depositario para que disponga de ellas. Por otra parte, no queda claro por qué razón deban ser decisivas, en semejante contrato de mutuo, las disposiciones del contrato de depósito sobre tiempo y lugar de la restitución. La única explicación tiene que ser, precisamente, la de que la intención de las partes está dirigida a un contrato de depósito. Resulta, en definitiva, como apunta Donner (ob. cit., pág. 21), que se confunden entre sí—sin un sistema reconocible—los conceptos del mutuo y del depósito. Por ello dice Koch (1) que, a consecuencia de este artículo 618, se crea una relación híbrida y peculiar: un mutuo que, sin embargo, no es mutuo en los puntos esenciales.

Las críticas que suscitó este artículo del Proyecto determinaron una redacción distinta del artículo 700 del vigente Código civil alemán. Este precepto dice así: «En caso de que se depositen cosas fungibles, de tal suerte que la propiedad deba pasar al depositario, y éste se obligue a devolver otras cosas de la misma especie, calidad y cantidad, se aplicarán las disposiciones sobre el mutuo. Si el depositante permite al depositario usar de las cosas fungibles depositadas, recibirán aplicación las disposiciones sobre el mutuo desde el instante en que el depositario se apropie las cosas. Esto no obstante, y en caso de duda, se determinarán en ambos supuestos el tiempo y lugar de la restitución conforme a las prescripciones sobre el contrato de depósito.»

Algunos autores, como Stammler y Cosack, estiman que el Código civil considera el depósito irregular como un género especial del mutuo. Pero la mayoría de los autores se inclinan a reconocer la subsistencia del depósito irregular dentro del Código civil alemán. Donner (ob. cit., pág. 22) dice que, conforme al artículo 700, ya no puede haber cuestión respecto de un contrato de mutuo: lo que ocurre es que por analogía reciben aplicación a este con-

(1) *Geld und Wertpapiere* (1889), pág. 33.

trato de depósito, especialmente configurado, las disposiciones sobre el mutuo, y aun esto sólo de un modo parcial. El Código civil alemán reputa decisivo para la caracterización de la naturaleza del contrato el «fin económico», que consiste en la custodia; pero, por consideraciones prácticas, tiene presente la circunstancia de que frecuentemente a la entrega de cosas fungibles en custodia está ligado un negocio de crédito, aunque no es éste el fin del contrato, sino el de cargar sobre el depositario la obligación de custodia. De la misma opinión participan Fränkel (ob. cit., pág. 49); Constantin: «El Código civil ha creado un *depositum irregulare* moderno y con ello ha resuelto definitivamente una controversia, que ha ocupado a los juristas desde hace aproximadamente dos mil años» (ob. cit., pág. 72); Brandau (ob. cit., pág. 25), y, finalmente, el insigne Gierke (1) escribe que el artículo 700 del Código civil en modo alguno dice que el contrato «es» o «se convierte» en un mutuo. «En armonía con las concepciones de la práctica y en atención al propósito de las partes correspondientes a la finalidad económica del negocio debe ser admitido un contrato de depósito especialmente configurado. Mas como el depositario soporta el riesgo en concepto de propietario y se aprovecha de los frutos, respecto de la relación obligatoria duradera se aplican las mismas reglas que al mutuo. En ese sentido prescribe el Código civil la aplicación de las disposiciones sobre el préstamo.»

33. C) El Código civil italiano no habla explícitamente del depósito irregular; pero su existencia en el Derecho italiano, como institución jurídica afín al depósito, y, por tanto, independiente del mutuo, está reconocida desde mucho tiempo atrás, no sólo por la doctrina, sino también por la jurisprudencia.

Siguiendo a Coppa-Zuccari, que dedica gran extensión al estudio de la compatibilidad del depósito irregular con la legislación italiana, encontramos que, argumentando a tenor del artículo 1.846 del Código civil de dicha legislación, puede admitirse que la transmisión de la cosa al depositario queda compatible con la naturaleza del depósito. En efecto: dispone el artículo mencionado que «el depositario no puede servirse de la cosa depositada sin la ex-

(1) *Deutsches Privatrech.* Tomo III, pág. 737.

presa o presunta autorización del depositante». Por tanto, conforme a este artículo, el depositante puede conceder al depositario un uso *cualquiera* de la cosa depositada, y ya se trate de cosa fungible o no fungible, consumible o no consumible. Mas si tratándose de cosa fungible o consumible se concede por el depositante al depositario y se acepta por éste un uso que implique la consumación de la cosa, la propiedad de la misma se transfiere, pasa necesariamente al depositario. La permanencia en el depositante de la propiedad de la cosa no es, por consiguiente, en el derecho italiano, esencial al contrato de depósito, al cual no basta a desnaturalizar el que dicha transmisión se opere.

Pero aun más clara y específicamente se reconoce por el legislador italiano la figura jurídica del depósito irregular en el artículo 1.848 del mismo Código citado; artículo que confirma la posibilidad de la subsistencia del contrato de depósito con el tránsito de la propiedad de la cosa al depositario. El legislador formula y regula la hipótesis de que *el depositario haya hecho uso* del dinero recibido; y el uso del dinero, conforme a su natural destinación, consiste en gastarlo, en *consumirlo*. La legítima consumación de una cosa supone e implica necesariamente el derecho de propiedad en quien la realiza, porque sólo la propiedad concede tal derecho y sólo lo concede al propietario. Por tanto, el legislador que prevé la legítima consumación de la cosa objeto del depósito, por parte del depositario, admite la posibilidad de que éste sea el propietario; lo que equivale a decir que la permanencia de la propiedad de la cosa en el depositante no es esencial al contrato de depósito y que la transmisión de la misma al depositario es compatible con la naturaleza de este contrato.

Mas la existencia del depósito irregular en el Derecho italiano no cabe sólo constreñirla al caso de uso o consumación de dinero, ya que del mismo artículo 1.848 citado puede deducirse con mayor extensión, es decir, comprendiendo el uso o consumación de toda cosa fungible: «un depósito de dinero, cuando en conformidad con el artículo 1.846, el depositario no lo haya consumido, debe restituirse en la misma especie en que fué hecho, en el caso tanto de aumento como de disminución de su valor». La lectura superficial de este artículo puede inducir a creer que el Código italiano reconoce tan sólo el depósito irregular de dinero porque solamen-

te tal depósito se considera expresamente. Pero, en realidad, en dicho artículo, el legislador, no obstante establecer una disposición específicamente alusiva al dinero, *supone* el depósito irregular de cosa fungible en general. Esto se funda en primer lugar en la referencia o remisión al artículo 1.846, que no considera solamente el dinero, sino toda cosa objeto de depósito; y, además, en que no hay razón para distinguir el dinero de las demás cosas fungibles; y finalmente el argumento más convincente deriva de que, en efecto, el artículo citado se refiere al depósito en dinero, pero con el fin de determinar que el mismo debe ser restituído *en igual especie en que fué hecho* y que no podrá serlo en especie diversa; pero no con objeto de determinar que el dinero recibido en depósito puede ser restituído *no in individuo*; porque si, en efecto, el legislador hubiese pretendido disponer solamente que el depositario, *el cual ha hecho ya uso del dinero* recibido, no está obligado a restituirlo *in individuo*, habría formulado una disposición ociosa. Aun con su silencio resultaría evidente que ni el depositario habría podido restituir las *eadem nummorum corpora* recibidas y legítimamente consumidas o gastadas, ni el depositante hubiese podido exigirselo tras de haberle permitido su consumación y autorizado, por tanto, para apropiárselas. La posibilidad de la restitución de *corpora nummorum* diversas de las recibidas, y *en general* de *tantundem* en lugar de la idéntica cosa recibida, queda presupuesta en el artículo 1.848; mas tal regla no se aplica solamente al dinero, sino que es expresión concreta de otra regla más general, la de que la restitución *in individuo* no es esencial al depósito. Luego como la restitución *in individuo* no es esencial al depósito de cosa fungible en general, la restitución de los *eadem nummorum corpora* no es en concreto esencial al depósito de dinero. De tal suerte, del artículo 1.848 se deduce la existencia del depósito irregular en el Derecho italiano, sin distinción si su objeto es el dinero u otra cualquier cosa fungible.

El objeto específico del artículo 1.848 es la determinación más restringida y precisa de *tantundem*, que en el depósito de dinero el depositario debe restituir: *tantundem de la misma especie recibida*. Y esto a diferencia del mutuo. Si faltase esta disposición, el depositario podría restituir el depósito de dinero en una especie legal cualquiera, con tal de devolver igual suma numérica recibida.

La existencia en el Derecho italiano del depósito irregular como figura jurídica distinta al depósito regular, puede también deducirse, además, de los artículos 1.846 y 1.848, ya examinados, del artículo 1.289, relativo a la compensación: «La compensación no tiene lugar—dice—cuando se trate de demanda para la restitución del depósito.» Esta disposición no puede referirse al depósito regular, porque objeto de este contrato son siempre cosas no fungibles o consideradas como tales. Si esa norma se refiriese al depósito regular, constituiría una aplicación superflua del principio: «la compensación no tiene lugar sino entre las deudas que tienen igualmente por objeto una suma de dinero, o una determinada cantidad de cosas de la misma especie, las cuales pueden en el pago ser causa las unas de las otras y que son igualmente líquidas y exigibles». Por tanto, el artículo 1.289, 2, no puede referirse más que al depósito irregular, porque objeto de este contrato son siempre y deben ser cosas fungibles. Y si el legislador no hubiese expresamente declarado que la compensación no tiene lugar cuando se trate de la demanda por restitución de un depósito, la deuda del depositario frente al depositante por la restitución del objeto fungible del depósito irregular podría ser compensada en su caso con la deuda del depositante con respecto al depositario.

Se ha pretendido identificar en el Derecho italiano el depósito y el mutuo acudiendo a la autoridad de la doctrina y de la jurisprudencia francesa para sostener que la obligación de restitución *in individuo* es esencial al depósito y que por ello el depósito de dinero o de otra cosa fungible considerada como tal, o depositada con la expresa o tácita autorización de uso, se convierte *ipso facto* en mutuo. Sin embargo, la radical modificación introducida por el Código italiano en el sistema del Código francés demuestra claramente que el legislador italiano quiere, modificando la norma de aquel Código, conservar la tradición del derecho común, que ha reconocido siempre en Italia el depósito irregular. Se trata tan sólo de una pequeña divergencia en la redacción de dos artículos, en lo demás similares; pero una pequeña divergencia que permite suponer una distinta intención en el legislador. Es ese «Ainsi» que figura en el artículo 1.932 del Código francés (que examinaremos al estudiar el Derecho francés), y que falta en el artículo equivalente del Código italiano (artículo que hemos examinado). De

la diversidad de los dos sistemas legislativos francés e italiano y de la supresión de la palabra «ainsi» es necesario concluir que el legislador italiano no quiso acoger la doctrina que se desprende en Francia de dicho artículo.

Pero hay todavía más. La existencia en el Derecho italiano del depósito irregular como figura jurídica diversa del mutuo se afirma positivamente por disposición de la ley. Dos normas relativas a la restitución y característicamente diversas impiden sostener la unificación de ambas instituciones. «Un depósito de dinero—dice el artículo 1.848—cuando en conformidad con el artículo 1.846, el depositario hubiese hecho uso de él, debe restituirse en la misma especie en que fué hecho, en el caso tanto de aumento como de disminución de su valor.» Por tanto, la obligación resultante de un depósito de dinero no es la de restituir la misma suma numérica expresada en el contrato, sino la misma suma en la misma especie recibida.

Y, al contrario, la obligación resultante de un préstamo en dinero—artículo 1.821 del Código civil—es siempre restituir la misma suma numérica expresada en el contrato. Por consiguiente, si el depósito irregular de dinero no fuese sino un mutuo, debería ser siempre aplicado el artículo 1.821, relativo a la restitución en el mutuo, esto es, que podría el deudor en todo caso librarse restituyendo la misma suma numérica recibida.

34. D) El Derecho civil francés es contrario a la admisión del depósito irregular. El artículo 1.932 del Código civil lo patentiza claramente. Este artículo ya ha sido, en parte, examinado al estudiar el derecho italiano, puesto que el artículo 1.848 del Código civil italiano fué tomado en parte del 1.932 francés. Esto, unido a la escasa atención otorgada por la doctrina francesa a nuestro problema, impone obligada brevedad a nuestro comentario.

Dice el citado artículo: «El depositario debe restituir idénticamente la misma cosa recibida.» Añadiendo: «Así, el depósito de sumas en moneda debe ser devuelto en las mismas especies en que ha sido hecho, bien aumente o bien disminuya su valor.» La palabra «así», que liga tan estrechamente el caso del depósito de dinero a la regla general del depósito regular de la necesidad de

restituir idéntica cosa, parece excluir de plano la hipótesis del depósito irregular. Este criterio es también el sustentado por la mayor y más autorizada parte de la doctrina y la jurisprudencia francesas, para las que el contrato se transforma en verdadero mutuo, desde el momento mismo en que el pretendido depositante conceda al pretendido depositario la facultad de usar de la cosa fungible depositada.

JOAQUÍN GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE,

Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Central.

(Continuad.)