

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

(Historia y Derecho comparado)

Accurzio discrepa de este último particular. Si el *jus utendi* viene concedido expresamente al depositario, el contrato se transforma en mutuo; en principio, sólo la concesión tácita es compatible con la naturaleza del depósito. Para que el depósito de cosa fungible con pacto expreso de *jus utendi* no se convierta en mutuo, es preciso que las partes contraten *ut depositum sit, ut ex deposito prima obligatio duret*. Este criterio de dar a la voluntad de las partes fuerza generadora del tipo de contrato es acogido con bastante amplitud en la doctrina medieval sobre el depósito, y produce el efecto de extender los principios y los *privilegia depositi* a contratos que, no siendo de depósito, se regulan como tales por haberles impuesto tal nombre las partes. Accurzio acepta la consecuencia lógica del *jus utendi*, es decir, la traslación de la propiedad de la cosa fungible al depositario por razones que omitimos por ser derivación natural de su expresado concepto del depósito irregular.

20. La doctrina italiana sobre depósito irregular de los primeros postglosadores reproduce en su integridad, incluso con la misma terminología, la construcción de Accurzio. En *Odofredo*

(1) Véanse los números 86, 87 y 88 de esta Revista.

como en *Baldo*, el *propositum contrahentium* tiene el mismo carácter decisivo que le atribuye Accurzio; y, junto a ellos, con variaciones sólo formales, pueden agruparse Salycetus, Alexander Tartagaus, Franciscus de Accoltis, Angelus de Ubaldis, todos los cuales aceptan la posibilidad de traslación de la propiedad del dinero depositado al depositario, sin que el depósito se transforme en mutuo.

Paolo de Castro formula con precisión una tendencia ya apuntada en Accurzio, aunque más tenuemente: la de hacer prevalecer, en caso de silencio de las partes, el contrato de mutuo sobre el de depósito. Se necesita la declaración expresa de las partes para que el depósito de cosa fungible no se transforme en mutuo. Y esto aun tratándose de dinero. Tal es la discrepancia de Paolo de Castro con la glosa y los postglosadores que conviene retener. Porque para éstos el hecho del depósito de dinero, no individualizado, autoriza al depositario a utilizarlo, permaneciendo, no obstante, el contrato de depósito. Para Paolo de Castro, contrariamente, el contrato, en tal caso, se transforma en mutuo, si las partes no declaran expresamente contratar un depósito. El expediente del *depositum confessatum*, que la doctrina utiliza para salvar estas dificultades, y, según el cual pueden aplicarse a un contrato que se estima de mutuo los efectos del depósito, no obstante utilizarse corrientemente en la práctica diaria, especialmente en los depósitos bancarios, no es tampoco admitida por Paolo de Castro.

Bártolo y Ludovico Pontano niegan al depósito irregular su carácter de depósito, identificándole con el mutuo. Bártolo resume en estas palabras su criterio: «Quandocumque ab initio agitur ut aliud reddatur, tunc si quidem agitur, ut reddatur aliud in specie sed idem in genere, est mutuuum.»

A Jason de Maino se debe, con una exposición bastante profunda del depósito irregular, el haber empleado por vez primera esta expresión de *depositum irregulare* para designar la institución que nos ocupa. Para él el depósito irregular existe no sólo en el caso de *depositum confessatum*, sino también si *pecunia est deposita ad numerum*.

Contrario al depósito irregular es Philippus Decius, para el cual la transmisión de la propiedad, en el caso que nos ocupa, origina,

Inevitablemente, un mutuo, sin que la declaración de las partes tenga eficacia para mudar la índole del contrato.

Sigue la controversia doctrinal en este período, puntualizando las diferencias y afirmando la divisoria entre el depósito irregular y el mutuo. Conviene no olvidar que la cuestión no encerraba sólo interés doctrinal. La práctica jurídica, con su exacto sentido de lo real, había comprendido que los fines económicos, realizables por medio del contrato de mutuo, podían conseguirse más ventajosamente por medio de aquel contrato recientemente intitulado depósito irregular. Debiendo optar entre dar el dinero a mutuo o en depósito, prefería esta última forma, fuera para salvar las disposiciones de la Iglesia sobre la usura o porque al depósito eran concedidos privilegios no reconocidos al mutuo. De aquí el interés en determinar si los *privilegia depositi* deben o no extenderse al depósito irregular o si es o no compatible con la naturaleza del depósito el pacto de intereses (1).

A este respecto, el jurisconsulto Alciato afirma que es indiferente que se trate de un depósito o de un contrato diverso, *confesado* como depósito. En ambos casos, el contrato tendrá los mismos privilegios correspondientes al verdadero depósito. Conviene resaltar el criterio de Alciato, porque más tarde lo hemos de ver recogido y mantenido por la doctrina italiana de los siglos xvi y xvii.

Los jurisconsultos Irasius y Budaens, de la misma época que venimos estudiando, no añaden nada nuevo a los términos en que hemos visto queda planteada la cuestión.

La doctrina italiana posterior trata del depósito irregular como de una institución que había adquirido una general y práctica importancia: mas se siguen observando en la doctrina las mismas discrepancias. El principio de que el dinero, y en general todas las cosas fungibles, depositadas en forma no individualizada, pasan a la propiedad del depositario, es resueltamente negado por Butigella: «*Depositio sola ad numerum non facit dominium transferri.*» Del mismo parecer es el jurisconsulto Scaccia, el cual, desde luego, reconoce que el que recibe dinero o cosa fungible se hace propietario de ello; pero lo que no admite es que en tal caso haya depósito, sino mutuo.

(1) Coppa-Zuccari, monografía citada, pág. 43.

En parecidos términos se producen Straccha y Menochius.

Partidarios decididos del depósito irregular son Butigella, Rolandus a Valle y Mantica, los cuales afirman ser *communis opinio doctorum* que al depósito irregular deben extenderse los *privilegia depositi*.

Como opuesto, es digno de citarse, entre otros, Pacius de Beriga.

21. En el siglo xvi encontramos, aunque muy escasas, algunas referencias a nuestra institución, en la doctrina francesa.

En Molinaeus, Donellus, Cujacius y Duarenus no encontramos del depósito irregular sino referencias muy poco consistentes y definidas; especialmente Cujacius hace del mismo una exposición confusa y con frecuentes contradicciones.

Balduinus, que afirma que en el depósito de dinero no entran en consideración los *nummorum corpora*, sino que sólo debe tenerse en cuenta la cantidad; niega la compatibilidad del pacto de intereses con el depósito, incluso el irregular, hasta el punto de que en caso de que se estipulen intereses, a su modo de ver, el contrato no será de depósito ni podrán extenderse a él los *privilegia depositi*.

Hotomannus, tanto por la importancia de la tesis que propone como por el valor que otorga a la intención de los contratantes para determinar la naturaleza del contrato, se coloca, sin duda, por cima de los escritores de la misma nacionalidad antes citados. Según este autor, si la entrega de dinero a otro tiene por exclusivo fin su custodia, el contrato es de depósito; mas si el objeto de la entrega es la especulación, hay mutuo. Encuentra, como se ve, en la custodia el criterio distintivo de uno u otro contrato. Por consiguiente, la *confessio* de las partes no es decisiva, como en tantos otros escritores, para determinar la naturaleza jurídica del contrato; para ello hay que acudir a su *intención*. Constituye su tesis un esfuerzo bien orientado para volver al tipo puro del depósito del Derecho romano.

Brevemente se puede resumir el criterio de los escritores franceses examinados, con respecto al depósito irregular, en estas palabras: Molinaeus es partidario decidido; Cujacio y Duarenus no fijan con claridad su parecer; Balduino considera incompatible con

del depósito el pacto de intereses, y para Hotomannus, el depósito irregular no es sino una forma del mutuo.

22. Como lógicamente puede suponerse, entre los escritores alemanes y de los Países Bajos se dan las mismas discrepancias señaladas en los precedentes.

Nettelbladt se opone al concepto, comúnmente aceptado, según el cual la característica del depósito irregular estriba en la facultad de uso concedida al depositario, extendido éste luego a las cosas fungibles e infungibles, consumibles o no consumibles. El admite también que pueda darse depósito irregular de cosa no fungible o no consumible; pero su razonamiento es distinto y original. Admite dos especies de depósito irregular: el *depositum quoad rem depositum irregulare* y el *depositum quoad usum rei irregulare*. Parte del principio de que la transmisión de la propiedad de la cosa fungible o la concesión del uso incondicionado de la cosa no consumible son incompatibles con la naturaleza del depósito. Mas en el depósito de cosa fungible con condición de restituir *tantundem*, aun cuando hay igualmente transmisión de propiedad, no se destruye la esencia del depósito, porque el verdadero objeto de tal contrato no es propiamente una cosa corporal, sino una *quantitas*, que se estima como cosa incorporal. Tal es el contrato que Nettelbladt denomina *depositum quoad rem irregulare*.

Puede también ocurrir que se entregue en depósito una cosa, consumible o no, con autorización condicionada de uso. En tal caso, si la condición se afirma, y el depositario ejercita su derecho de uso, el contrato se transforma en mutuo o en comodato, según se trate de cosa fungible o no fungible. Mas en tanto que la condición se cumple, nos hallamos en el caso de un depósito irregular, en cuanto que el incumplimiento de la condición de uso implica el fin del contrato. Esta segunda forma de depósito irregular es la que Nettelbladt intitula «*depositum quoad usum irregulare*».

Buena prueba de la incertidumbre jurídica acerca de nuestra institución, especialmente sobre si debían admitirse o no como posibles dentro de ella la compensación y la retención, es el dictamen del *Allgemeine juristische Oraculum* de la Facultad de Leipzig, recomendando al depositante que fijara por pacto, expresa y claramente, su deseo «de conceder al depositario el uso

del dinero depositado, y que, esto no obstante, se reservaba los «privilegia depositi», de forma «que ninguna retención o compensación pudiera serle aducida»; pacto que estima en todo caso útil, en razón a la discrepancia sobre el particular de los maestros del derecho, aconsejándolo especialmente «cuando el depositario debe intereses al depositante, ya que cuando sean pagados los intereses, cesan los privilegios del depósito».

Finalmente, Cocceio niega que ese pacto a que nos referíamos hace un instante transforme el depósito en mutuo; se trata, a su modo de ver, de un depósito con pacto de mutuo.

23. Como dijimos en las palabras preliminares a esta parte del Derecho intermedio, el Derecho español, que vamos a tratar con toda la extensión que consiente su poco contenido sobre esta materia del depósito irregular, se ofrece, a diferencia especial y *sui generis* de todos los demás derechos de igual período, bipartito, en las dos ramas ya apuntadas de doctrina y legislación, aun cuando no siempre sea posible establecer netamente la separación entre ambas formas de producirse el derecho, ya que cuerpos legales como Las Partidas ofrecen a la vez un rico y fundamental contenido de doctrina para el conocimiento de nuestro Derecho.

Expondremos, primero, para no romper la continuidad con lo que antecede, la doctrina sobre depósito irregular formulada por los antiguos jurisconsultos españoles.

24. En su Tratado de *Justitia et iure*, L. II., *De contractibus*, estudia Molina la figura del depósito irregular, llegando, como veremos, a una conclusión ecléctica respecto de las teorías afirmativa y negativa recibidas en esta cuestión.

Prevé este autor la hipótesis de que la cosa depositada consista en dinero, trigo u otra cosa, «in pondere, numero, aut mensura consistens» y que el depositario use la cosa depositada y la censura. Pronunciándose en el aspecto canónico del caso, estima que «regulariter non peccare, saltem lethaliter neque esse cur adversus illum time furti actio admittatur», y añade la razón: «Etenim nō eo nullam iniuriam facit deponenti, quin potius id quodammodo cedit in illius commodum et in nullum detrimentum».

En la *Disputatio* 523, al hablar de las clases de depósito pro-

piamente dicho, estudia el supuesto de que el depósito pase a ser otro contrato, o que con él esté mezclado. «Cosa que acontece de dos modos: Uno, porque por el depósito o la custodia de la cosa se reciba algún precio o emolumento; se convierte entonces en contrato de arrendamiento o con él de algún modo se confunde...»

«De otro modo ocurre esto cuando se entrega algo en custodia, de tal suerte que no sea necesario devolver el mismo número, sino la misma especie, cantidad y calidad. De esta manera el depósito *pasa a ser mutuo y el dominio de la cosa depositada no permanece en el deponente*, como en las restantes especies recordadas del depósito, sino que se transfiere al depositario, y en su consecuencia, si perece antes de ser devuelta, perece para el depositario y no para el deponente.»

De estas palabras de Molina se deduce: 1.º, que el paso de la propiedad de la cosa depositada al depositario es inconciliable con la figura del depósito; 2.º, que para que se efectúe este paso de propiedad, no basta con el simple hecho del depósito de cosa fungible. Esto último se desprende de las palabras «...cuando se entrega algo en custodia de tal suerte que no sea necesario devolver el mismo número...» Esta idea se confirma después categóricamente: «De aquí—añade Molina—que, si alguien depositara en otro dinero, trigo u otra cosa que se determine por el número, peso o medida, para que, cuando lo pida, se le restituya otro tanto (tantundem) de la misma calidad, *esto no tanto es depósito como mutuo*. No es suficiente, sin embargo, la conjetura para que consideremos que el contrato es un mutuo y no depósito, y que, por tanto, pasa el dominio al que lo recibe, de suerte que, si perece, perece para el *accipiens*, y no para el *dans*; lo que en dinero, trigo o cosa semejante, se entregue contado, medido o pesado, a pesar (*quod tamen*) de lo que la Ley II, título tercero, part. 5 parece demostrar, muchas veces, en efecto, se entrega una cosa contada, medida o pesada, para que el depositario sepa cuánto recibe en custodia y debe restituir, y, *sin embargo, sólo se entrega en custodia* sin ser concedida ninguna facultad de uso o de consumación, y, por tanto, el dominio permanece en el depositante y perece para él la cosa depositada, y no para el depositario, a no ser que perezca por culpa de éste, como suficientemente demuestran las dos leyes citadas; el motivo hay que juzgarlo por las circunstan-

cias concurrentes, persona a quien se entrega y por el modo como se entrega.»

El criterio para saber cuándo el depositario se hace dueño de las cosas depositadas, parece ser, según las últimas palabras transcritas, que no requiere el acuerdo expreso de los contratantes, sino que bastan las circunstancias concurrentes. Ahora bien, no puede haber cuestión respecto de la naturaleza del contrato cuando la cosa fungible se entrega cerrada o sellada, precisamente porque esta forma de entrega evidencia la intención del depositante de prohibir al depositario el uso de la cosa depositada. Molina, sin embargo, se cree en la necesidad de hacer esta aclaración: «Por tanto—dice—, cuando se entrega a alguien para su custodia una cosa cerrada o sellada, o determinada por su número, peso o medida, se trata entonces de un mero depósito, como por sí es evidente, y se colige de la L. I, *Si pecuniam*, y 1, *si saculum*, ff. de pos. de otros derechos (*juribus*).»

La idea fundamental, para Molina, consiste en que, para que haya depósito, el dominio necesariamente ha de permanecer en el depositante. Contradice, pues, Molina las conclusiones del Derecho romano, entre otros el paso de Alfenó, en el que equipara el depósito al arrendamiento, cuando al hablar de éste menciona el caso de que no permanezca en el arrendador el dominio de la cosa arrendada, sino que se transforme su derecho dominical en un derecho de crédito.

Si el depósito de cosa fungible se hizo con intención de que el dominio permaneciera en el depositante, pero concediéndose al propio tiempo, al depositario, facultad de concurrir o enajenar, es visto que, siendo ambas cosas inconciliables, el depositante pierde la propiedad y el contrato se transforma en mutuo, en el mismo instante en que el depositario comience a poner en práctica la facultad concedida. Tal es la opinión de Molina, expresada en las palabras siguientes: «Así, pues, cuando alguien depositare una cosa para que su dominio permaneciere en él, pero con la facultad del depositario de consumir o enajenar lo que quiera de aquello, de tal suerte que restituya después otro tanto, sólo comienza a transformarse en mutuo este contrato cuando el depositario consuma o enajene algo, y precisamente se convertirá en mutuo en cuanto a

aquello que consumiere o enajenare, no respecto a lo restante, cuyo dominio subsistirá en el deponente.»

De atenernos exclusivamente a lo que de este autor acabamos de transcribir y comentar, deberíamos deducir que Molina rechaza en absoluto la figura contractual del depósito irregular al calificar siempre de mutuo lo que en las fuentes romanas seguía siendo depósito. Mas he aquí que, al plantear Molina el problema relativo a la *exceptio non numerata pecuniae*, en vez de ponerse del lado de los que la admiten para el depósito irregular, por ser siempre este contrato un verdadero mutuo, toma partido junto a Baldo y los jurisconsultos que rechazan la posibilidad de semejante excepción cuando del depósito irregular se trata. «La razón es—dice Molina—que, si bien de esta manera el depósito se transforma por tal causa en mutuo, puesto que el dominio de la cosa depositada corresponde al depositario, y puede libremente usar de esa cosa, y consumirla, y si por cualquier razón en tales circunstancias perece, perece para él y no para el deponente, *esto no obstante, conserva (el contrato) alguna razón de depósito, por cuya causa el contrato debe llamarse mixto de depósito y mutuo*, mejor que simple mutuo o mero depósito. Para llegar a esta conclusión ecléctica, se fija especialmente Molina en que, mientras el mutuo se estipula en interés del mutuuario, el depósito en cuestión se pacta para utilidad del deponente.

El doctor José Berni, en su *Instituta civil y real*, editada en Valencia en 1775, se muestra más concluyente que Molina. Así, en el número cuarto del párrafo referente al depósito, y que lleva el título general «De las cosas que se dan en depósito y derechos del depositario», dice textualmente, con referencia a nuestra institución, que «Las cosas muebles más propiamente se dan en depósito (L. 2, tít. 3, part. 5), y el dominio de estas cosas no pasa al depositario, a excepción de ser aquellas cosas que consisten en peso, número o medida, pues en éstas pasa el dominio (o señoría) al depositario.» (L. 2, tít. 3, part. 5.)

De estas líneas parece deducirse que Berni ha comprendido cómo la traslación del dominio de la cosa al depositario no implica sin más la extinción del depósito y su transformación en contrato de mutuo, sino que siendo la cosa que se deposita fungible («que consisten en peso, número o medida»), al pasar el dominio al de-

positario, se altera la regularidad del depósito y se convierte, sin perder en modo alguno su carácter de depósito, en un contrato irregular, en un depósito irregular, aunque el mismo Berni no emplee esta expresión.

Berni, con los tratadistas que indica Beleña, y que a continuación exponemos, son, de los españoles de esta época que hemos consultado, los únicos que conocen y estudian, con más o menos amplitud, el depósito irregular.

25. Beleña, en sus *Elucidationes de Magro* (1), trata con alguna extensión el depósito irregular. Y tiene importancia e interés su estudio, no sólo en cuanto a expresión de la opinión de este autor, sino también por la serie de datos referentes a nuestra institución que proporciona y por la exposición que hace de las doctrinas de otros tratadistas. Esta última consideración nos fuerza a hacer un breve resumen de la extensa exposición de Beleña, en el que nos limitaremos a entresacar tan solo lo más atinente. Sirva esta aclaración para justificar las soluciones de continuidad que han de advertirse.

«No solamente los emperadores romanos—dice—, sino los Sumos Pontífices, han conocido y aprobado este contrato, pues el señor Inocencio III mandó que, cuando el marido empobreciera, se pusiera la dote de la mujer en poder de algún comerciante, para que de las ganancias honestas contribuyera a su manutención, para aliviar de este modo las cargas del matrimonio. Cap. 7. «De Depositi» en las Decretales: «Vel saltem alicui mercatori committi, ut de parti honesti, lucri, dictus vir onera possit, matrimonii sustentare.» He aquí designado con sus caracteres propios, el depósito irregular, pues se concede al depositario la facultad de usar de la cosa depositada, y al deponente el derecho de percibir algún lucro, el cual debe siempre arreglarse a la equidad.»

«En Méjico.—Por el derecho eclesiástico nacional se ve también que está confirmado el contrato de que hablamos, porque en el canon 4, título de la institución y derecho de patronato, del Concilio Mejicano III, celebrado en el año 1585, se manda que el dinero y bienes de las Iglesias se entreguen a alguna persona, la cual queda obligada a pagar réditos anualmente. No puede darse

(1) Notas tomadas del Diccionario de Escriche.

cosa más expresada ; siendo digno de observarse que todo el contenido en el mencionado Concilio, conducente al gobierno de estas provincias, tiene fuerza de ley eclesiástica y secular, porque el Supremo Consejo de Indias lo confirmó y mandó ejecutar. En el IV Concilio Mejicano, celebrado en 1771, se volvió a tratar el punto, y habiéndose dado tiempo suficiente a los teólogos y juristas para que lo examinaran detenidamente, después de oído su dictamen, todos los padres, a una voz, aprobaron el depósito irregular en la sesión destinada a este objeto tenida el día 27 de abril del mismo año.»

«Habiéndose suscitado en la Corte de Madrid duda acerca de la legitimidad de cierto contrato que acostumbraban celebrar los diputados de los cinco gremios mayores, que desde mucho tiempo atrás recibían dinero de cualesquiera personas, con el pacto de que lo devolverían dentro de cierto tiempo señalado, obligándose a pagar, entre tanto, anualmente, ciertas usuras ; turbó mucho los ánimos de los teólogos y juristas este contrato, dividiéndose las opiniones en pro y en contra. Pero habiendo llegado la cuestión a los oídos del Rey, después de haber examinado y aprobado el contrato personas eminentes en virtud, ciencia y autoridad, y lo que es más, destinadas al efecto expresamente por nombramiento real, con objeto de desvanecer en adelante toda duda y quitar cualquier escrúpulo, se dictó la Real cédula de 4 de Julio de 1764, dada por el Supremo Consejo de Castilla, por la que se declaró legítimo y obligatorio el mencionado contrato, y de consiguiente, cualquiera conocerá que se consolidó el depósito irregular.»

Francisco Puente, en el libro 1.º, consejo 56, dice : «De lo dicho se infiere que los banqueros de nuestro tiempo no son verdaderos depositarios según los términos conocidos del depósito, sino más bien irregulares.»

«Castillo, en sus *Cuestiones cotidianas*, enseña, fundado en la antigüedad de Gregorio López y otros, que por convenio de las partes puede transferirse al depositario el dominio de la cosa, permaneciendo el contrato y aun la acción de depósito, aunque algo más débil si se compara con la acción que produce el depósito verdadero, y añade que esta opinión es la que se ha de observar en la práctica. Y según el Cardenal de Luca, en su *Tratado de compra y venta*, discurso 25, aun los Montes de Piedad, erigidos:

con autoridad pontificia, celebran el contrato de depósito irregular.»

«Muchas veces he examinado los fundamentos en que algunos autores no despreciables se apoyan para impugnar el contrato de que tratamos, y sólo encontré que confunden el depósito irregular con el mutuo y que no saben distinguir el lucro compensatorio del usuario. Este, que es el que propiamente debe llamarse usura, consiste en el lucro que únicamente proviene del mutuo, de manera que el mutuante o prestamista no tiene para exigirle otro motivo que el beneficio que hace al mutuuario. Tal acción es intrínsecamente mala, como prohibida por los Derechos natural, divino, canónico y civil; empero, el lucro compensatorio debe mirarse desde un aspecto muy diferente, como que en él sólo se atiende a la justa compensación y a la indemnización del acreedor.»

De la lectura de Beleña queda, como impresión preponderante, esa su preocupación fundamental de justificar *canónicamente* el depósito irregular. Era la preocupación general en una época en que, condenada la usura, todo contrato que devengue interés queda sospecho y tildado de usuario. Por eso, Beleña, para salvar el depósito irregular de tan peligroso carácter, acude a las más puras fuentes en cuanto a la definición del dogma: los Papas y los Concilios. ¿Cómo va a ser condenable el depósito irregular por usuario, si lo reconocen y admiten y hasta se pudiera decir, con bastante propiedad, consagran las Decretales de Inocencio III y varios Concilios mejicanos? Canónicamente queda, pues, salvada su viabilidad. Pero aun encontramos en Beleña testimonio de un reconocimiento que llamaríamos civil del depósito irregular: nos referimos a la Real cédula que cita este autor, de 4 de Julio de 1764, dada por el Supremo Consejo de Castilla, y por la que se declaró legítimo y obligatorio el contrato a que en líneas anteriores hace referencia, y añade: «De consiguiente, cualquiera conocerá que se consolidó el depósito irregular.» Lo que no puede determinarse con certeza es si el contrato a que alude es propiamente un depósito irregular. En cambio, en los dos autores españoles que cita, Francisco Puente y Castillo, así como en el Cardenal de Luca, y especialmente en el segundo, que fundamenta su opinión en Gregorio López, se encuentra una formulación muy completa y exacta de los caracteres y rasgos típicos de dicho contrato.

En suma, Beleña es subrayable, aunque sólo sea por el rastro

que nos descubre de la existencia del depósito irregular en la época a que hace referencia.

26. Es dudoso y discutible si este cuerpo legal del *Liber judiciorum* conoció la figura jurídica del depósito irregular. Nosotros, para no deformar a favor de nuestra tesis los datos que ofrece la investigación, vamos a limitarnos simplemente a exponer lo que hay. Y lo que en el *Liber judiciorum* encontramos es esto:

El título V del libro V lleva este enunciado: «*Titul de las cosas encomendadas hy enprestadas*»; no obstante, las leyes comprendidas en dicho título tratan, casi exclusivamente, de las cosas emprestadas. Esta discrepancia entre el título y el contenido de la prescripción a que aquél se refiere se da también, más concretamente, en la ley III (ley antigua) del expresado título V, que refiriéndose, según dice literalmente su enunciado, «a las cosas enprestadas que se pierden por fuego o por furto», en su desarrollo, sin embargo, habla en todo momento exclusivamente de las cosas que se dieron en guarda o encomienda. Pues bien, es esta ley la única que proporciona, respecto al depósito irregular, elementos aprovechables. Dice así la parte que nos interesa: «Si algún onme diere en guarda a otro oro o plata, o ornamientos, o otras cosas e ge lo diera que lo diera que lo vendiesse...», etc. Como se advierte, el *Liber judiciorum* hace aquí referencia a un depósito cuyo objeto es oro o plata, es decir, una cosa fungible. Claro que nada autoriza a suponer que tal oro o plata se entiende entregado en especie y no en piezas individualizadas, pero parejamente gratuita se ofrece la interpretación contraria, y con la contra de que lo probable es que tratándose de una institución que, como el depósito irregular, se hallaba reconocida en la práctica y doctrina jurídicas romanas, el *Liber judiciorum*, inspirado en buena parte en estas fuentes, no podía desconocerla.

En suma, por la falta absoluta de rigor terminológico en su redacción el *Liber judiciorum* no presenta datos de la suficiente garantía que autoricen a pensar conoció y reguló el depósito irregular. Las hipótesis que pueden establecerse a este respecto carecen, en último término, de fundamento serio.

27. En el Fuero Real, el depósito irregular se nos ofrece más.

identificable. Sin recurrir a esfuerzo alguno de interpretación, lo reconocemos en la ley V del título XV del libro III de dicho Código, que dice así: «Quien alguna cosa de otri rescibiere en encomienda, esa mesma cosa sea tenuto de entregar a aquel de quien la recibió, e no sea osado de la usar en ninguna manera, sino como fuere encomendado; *pero si algunos dineros por cuenta, o oro, o plata, en masuca rescibiere de otri en encomienda a peso, bien puede usar dello, a dar otro tanto e tal como aquello, a aquel de quien los rescibió*; e si los dineros, o el oro, o la plata, rescibió so cerradura, e no por cuenta, ni por peso, no sea osado de lo usar: e si lo ficiere, pechelo doblado a aquel de quien lo tenía.»

En el texto transcrito se nos ofrece el depósito irregular en su forma más pura y general. En él, no obstante su concisión, van implícitas las consecuencias—tantas veces apuntadas en el curso de este trabajo—anejas al depósito irregular. La diferencia según que el depósito de dinero y metales se haga, o no, teniendo en cuenta la individualidad de las piezas, queda claramente patentizada. Y aunque la forzosa sobriedad de un texto legal—pues no hay que olvidar que tiene este carácter el que comentamos—lo omite, bien se advierte que el segundo caso planteado, es decir, el depósito hecho *in genere*, lleva inevitablemente consigo el tránsito de la propiedad de la cosa depositada a la persona del depositario. Por lo menos jurídicamente—sin que sea oportuno insistir aquí en puntos de vista ya abordados—no puede darse otro sentido a la frase transcrita: «bien puede usar de ello», refiriéndose al dinero y metales recibidos. Como es sabido, esta cuestión tiene la importancia práctica de determinar, según se resuelva en uno u otro sentido, quién corre el riesgo en caso de que la cosa perezca por accidente fortuito.

Claro que, como no podía menos de ocurrir, la parquedad con que el Fuero Real regula el depósito irregular es causa de que muchas cuestiones queden incontestadas. Una de ellas, muy importante, la de los intereses. Ateniéndonos rigurosamente a su redacción, más bien parece que el depositario de esta suerte especial de depósito no tendrá que pagarlos, limitándose su obligación «a dar otro tanto y tal como aquello, a aquel de quien los recibió». Tampoco se dice nada acerca de los intereses en caso de mora, y más lógicamente quedan silenciadas todas aquellas cues-

ciones que implican una conciencia y práctica jurídicas más desarrolladas, tales, entre otras, la compatibilidad del depósito irregular con la retención y compensación.

28. Como corresponde a la superior estructura jurídica del Código Las Partidas, en él encontramos ya recogidas las características más salientes del depósito irregular. Nos limitaremos a reproducir los párrafos de la Ley II del título III de la Partida V, que se refieren, directa y exclusivamente, a esta forma de depósito: «E aun dezimos que el Señorío e la tenencia de la cosa que es dada en guarda non passa a aquel que la recibe, fueras ende si fuesse de aquellas, que se pueden contar, o pesar, o medir si quando la recibiesse: le fuesse dada por cuenta o por peso, o por medida. *Ca entonces pasaría el señorío a él.* Pero sería tenudo de dar aquella cosa, o otro tanto: e atal como aquello que recibió al que ge lo dió en guarda.»

Nos parece ocioso indicar, puesto que éste es el espíritu que informa toda la obra de «Las Partidas», la vinculación directa que guarda el texto transcrito con el concepto jurídico romano del depósito irregular, a partir del texto de Alfeno.

Según se advierte, desde luego, en «Las Partidas», la figura jurídica del depósito irregular se ofrece con caracteres más acusados. Por lo pronto, queda reconocida expresamente, en el supuesto que se establece, el tránsito de la propiedad de la cosa depositada al depositario: «Ca entonces pasaría el señorío a él.» Pero, en general, el texto de «Las Partidas» mantiene incólumes las mismas incógnitas ya apuntadas en el examen del Fuero Real: el pago de intereses, la retención, etc. Sin embargo, la ley V del mismo título ofrece, aunque con referencia al depósito regular, la prohibición de compensar. No parece improbable que esta prohibición se aplicase también al depósito irregular.

El comentario de Gregorio López al texto que trata de depósito irregular, es muy breve, a lo menos en su parte propiamente jurídica. Sin duda, el comentarista de «Las Partidas» admitía como doctrina pacífica e incontrovertible la existencia propia del depósito irregular como contrato distinto del mutuo, y por esta razón no estimó necesaria una especial argumentación sobre los puntos concretos que desde el Derecho romano venían siendo objeto de

controversia en nuestra institución. Dando por resueltos todos esos problemas, Gregorio López se limita a decir que el dominio se transfiere al depositario, y con él, naturalmente, el riesgo. A no ser, añade, que el depósito se constituya cerrado o sellado, porque entonces parece que tácitamente prohíbe el depositante que se use de la cosa depositada (1). A continuación se extiende Gregorio López en consideraciones acerca de la usura, las cuales, por su carácter predominantemente canónico, no creemos indispensable recoger aquí.

JOAQUÍN GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE,

Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Central.

(Continuará.)

(1) «In his enim transfetur dominium in depositarium, ut in lege quintus v. in leg. die sponsalium in leg. Lulius Titius, tunc periculum transiret in depositarium, ut in leg. incendium, limita istam leg. nisi sint deposita ista signata, vel clausa: nam tunc tacite videtur prohibere, ne eis utatur.»