

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

Año VIII

Abril de 1932

Núm. 88

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

(Historia y Derecho comparado)

10. La posibilidad de exigir intereses moratorios mediante la *actio depositi* se deduce claramente del siguiente texto de Papiniano: «Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantumdem redderet, depositam ad usus propios convertit, post moram in usuras quoque iudicio depositi condemnandus est» (L. 25, § 1, h. t.).

Claramente se desprende también de este texto que cuando se entrega dinero no individualizado o sellado (*pecuniam... non obsignatam*) conviniendo que se devuelva no las mismas piezas, sino *tantumdem*, el acto sigue siendo un depósito y debe ser regulado conforme a las normas fundamentales de esta institución. En este punto, como afirma Vangerow (2), las interpretaciones de los contrarios no precisan una seria refutación. Así opina, por ejemplo, Dedekind (3), que en esta respuesta de Papiniano únicamente se ha conservado la expresión «depositum», porque el actor se ha servido de la misma; pero que, en realidad, Papiniano ha pensado en la *condictio mutui* y su decisión es materialmente conforme a lo justo, puesto que también en el mutuo, como un *bonae fidei iudicium*, podían ser exigidos intereses moratorios. Basta recordar lo dicho antes sobre la fundamental diferencia, reconocida

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

(2) Ob. cit., p. 417.

(3) *Comm. jurid. de contracta*, p. 64, citado por Vangerow.

unánimemente, entre mutuo y depósito, por ser el primero un contrato *stricti juris*, y el segundo, un contrato *bonae fidei*, para comprender la razón que asiste a Vangerow al no tomar en serio objeciones de esta naturaleza.

Schaffrath (1), por su parte, quiere entender esta ley como un depósito normal en el cual el depositario debe ser condenado al pago de intereses por haber empleado en su provecho el dinero depositado sin estar autorizado para ello. Olvida, sin duda, Schaffrath, al dar esta interpretación, que el uso de la cosa depositada es inconciliable con el concepto de la figura normal del depósito.

11. De no tan llana interpretación es el texto de Paulo siguiente: «El caso en cuestión era que Lucio Ticio había recibido, a título de depósito, diez mil dineros de plata (*denarium argenti*) y se había convenido que pagaría en concepto de intereses, cada mes, cuatro óbolos por libra, hasta la completa devolución del dinero. Pregunta si pueden ser reclamados los intereses. «Paulus respondit, eum contractum de quo quoritur, depositae pecuniae modum excedere, et ideo secundum conventionem usurae quoque actione peti possunt.» (L. 6, § 1.)

En primer lugar, nótese que aquí—como ya advierte Glück (2)—no se dice expresamente que se trate del caso en el cual se ha convenido que deberá restituirse sólo *tantumdem pecuniae*, aunque esto se deduzca del pacto hecho de pagar intereses. Pero la mayor dificultad se encuentra en las palabras finales de la respuesta de Paulo, que Vangerow califica de sorprendentes a primera vista (*bei ersten Anblick etwas auffallenden Schlusswörter*): «como este contrato sobrepasa los límites del depósito de dinero, por eso pueden ser exigidos intereses por medio de la *actio depositi*.»

La incoherencia de este párrafo produjo la sospecha de una corrupción en el texto que fué aprovechada por los adversarios del depósito irregular para poder poner de acuerdo este pasaje con su punto de vista. Así, por ejemplo, Dedekind (3) leía: «usurae quoque actione depositi peti *non* possunt» y Schaffrath propone que se lea: «usurae *neque* act. dep. possunt». Otros, por el con-

(1) *Prakt. Abh.*, p. 101. Citado por Vangerow.

(2) *Comm. alle Pandekte*, t. XVI, p. 309.

(3) *Comment. cit.*, pág. 65.

trario, creen que se puede salvar la interna contradicción enmendando el texto en otro lugar. Así la Glosa cree superar la dificultad si a las palabras *modum excedere* se añade *est tamen depositum*; Hotoman (1) modifica la frase leyendo: «*depositae pecuniae modum non excedere*», etc.; Overbeck (2), en lugar de *et ideo* escribe *at vero*, corrección ésta la más preferible en concepto de Glück.

Vangerow, aduciendo textos de las Basílicas, que son concluyentes (3), demuestra que la redacción del pasaje en cuestión es completamente auténtica y que, por tanto, están de más las correcciones. La aparente contradicción se resuelve por sí sola teniendo en cuenta que el buen sentido del texto es, sin duda, éste: El contrato en cuestión, si bien se aparta de las reglas comunes (*depositae pecuniae modum excedere*) no deja de ser un depósito en su esencia, y por eso (*et ideo*) pueden exigirse los intereses pactados según el contrato. Como observa atinadamente Vangerow, si se tratase aquí de un depósito puro está claro que no podía plantearse ninguna cuestión acerca de la obligación de pagar intereses, precisamente porque, en tal caso, el dinero no podía ser usado por el depositario. Sólo puede surgir esta cuestión acerca de los intereses cuando el contrato sobrepasa el tipo normal del depósito, es decir, cuando es un verdadero depósito irregular.

Por otra parte, el texto que comentamos confirma la idea de que, a pesar de no estar obligado el depositario más que a la restitución de *tantundem* con facultad, por consecuencia, para el uso de las monedas depositadas, el acto sigue siendo depósito y por eso se concede la *actio depositi* y pueden ser estipulados intereses por medio de un simple *pactum adjectum*.

12. La cuestión de la exigibilidad de los intereses en un depósito irregular viene resuelta en sentido afirmativo por Scaevola (L. 28, h. t.), para el caso en que el depositario haya él mismo obtenido intereses o haya utilizado el dinero en provecho propio en consideración a que se trata de un *bonae fidei iudicio* (*respondi*,

(1) *Observation*, lib. IV, cap. 1, p. 10, citado por Glück y Vangerow.

(2) *Dissert. de collocatione depositi tam regular, quam irregularis in conc. creditur*, § 23, pág. 44. Citado por Glück y Vangerow.

(3) V., por ejemplo, éste: «*Et usurae ex conventione depositi actione petuntur.*»

deberi ex bonas fidei iudicio usuras, sive percepit, sive pecunia in re sua usus est) (1).

Paulo, por su parte, también contesta afirmativamente a esta debatida cuestión de la posibilidad de pedir intereses, refiriéndose al caso en que, con permiso del depositante, se utiliza por el depositario el dinero depositado (L. 29, § 1. *Si ex permissu meo deposita pecunia is, penes quem deposita est, utatur ut in coeteris bonae fidei iudiciis, usuras ejus nomine proestare mihi cogitur*).

Es, pues, incuestionable que, cuando la intención de las partes es la de llevar a cabo un contrato de depósito, como tal debe reputarse el que realicen, aún cuando se aparte tanto de los peculiares rasgos de este contrato, que el depositario deba restituir «tantundem», en vez de «idem», y, en su consecuencia, esté autorizado para el uso de las monedas depositadas.

13. De los textos que se refieren al depósito irregular, el que ha producido mayor controversia es la ley 24 del Digesto, que contiene una respuesta de Papiniano. La consulta era la siguiente: Por medio de una carta Lucio Ticio hace saber a Sempronio que ha recibido cien escudos (*nummos*), por conducto del esclavo Stichio, y que se obliga a restituir esta suma inmediatamente, cuando quiera y donde quiera Sempronio. Se pregunta si Sempronio podrá exigir intereses (2). «Respondi, depositi actionem locum habere, quid est enim aliud commendare, quam deponere? Quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur. Nam si, ut tantundem solveretur, convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. In qua quaestione, si depositi actio non teneat, quum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est. Et est quidem constitutum, in bonae fidei iudiciis quod ad usuras adinet, ut

(1) Dedekind (ob. cit., pág. 60) opina de modo opuesto, y parece interpretar este pasaje como un mutuo, cosa que sólo es posible bajo el supuesto de que, como él hace, se considere el mutuo como un *contractus bonae fidei*, y aun bajo este erróneo supuesto apenas si sería admisible esta interpretación (Vangerow, ob. cit., página 418).

(2) Lucius Titius Sempronio, salutem. Centum nummos, quos hac die commendasti mihi annuerante servo Stichio actore esse apud me, ut notum haberes hac epistola manu mea scripta tibi notum facio, quod quando voles et ubi voles, confestim tibi numerabo quod erit propter usuram incrementum.

tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est, usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit; si tamen ab initio de usuris proestandis convenit lex contractus servabitur.»

Esta ley, a causa del estilo cortado y conciso de Papiniano, resulta bastante confusa, y por ello ha sido mal entendida por varios comentaristas (1), y también por los griegos, y, sin embargo, como Gluck afirma (2), contiene la prueba más convincente del principio ya expuesto, es, a saber, que el depósito de cosas fungibles, consideradas como tales desde el principio del contrato, debe ser restituído sólo *tantundem* y no se convierte en un mutuo, sino que es un verdadero depósito, bien que irregular, en el cual con la *actio depositi* se pueden exigir también los intereses, y no sólo los moratorios, mas también los pactados desde el principio.

Y, en efecto, sería realmente extraño si Papiniano que, en otro texto ya citado (L. 25, D.), de un modo categórico estima que es contrato de depósito un acto de la naturaleza arriba indicada (*quoque iudicio depositi condemnandus est*), viniera a contradecirse a sí mismo en este otro texto, llegando a conclusiones diversas en dos casos esencialmente análogos.

Si admite o no Papiniano en este texto la subsistencia del depósito cuando deba restituirse sólo *tantundem*, es para nuestro intento la cuestión primordial, así como para Sempronio era la de saber si podía o no exigir intereses por el dinero entregado.

Es preciso partir de la base de que, conforme al tenor de la consulta, la obligación de Lucio Ticio consistía en devolver no las mismas monedas, sino una cantidad igual, pues siendo al contrario carecería de sentido la pregunta sobre la posibilidad de pedir intereses que no fueran los moratorios o los exigibles por el uso no autorizado de la cosa depositada.

Papiniano comienza por afirmar que en el caso consultado tiene lugar la *actio depositi*, puesto que *commendare*—que es la palabra empleada en la misiva—no es otra cosa que *deponere* (*¿quid*

(1) V., por ej., Hotoman: *Observation*, 1. IV, c. 1. (Basílicas. 1775), y Dedekind, *Comment. cit.*, c. 3, § 37, p. 60 y sig.

(2) Ob. cit., pág. 304.

est enim aliud commendare, quam deponere?). Pero inmediatamente añade que esta solución es la verdadera, cuando se ha pactado que se devolverán las mismas monedas (*ut corpora nummorum eadem redderentur*), es decir, cuando se trata de un depósito regular.

Parece indudable que Papiniano, al contestar así, no se refería a los intereses, sino que afirmaba simplemente la procedencia de la *actio depositi*, pues sería absurdo suponer que podían exigirse los intereses a que la pregunta se refiere, que no son ni los moratorios ni los penales, por el uso furtivo de la cosa depositada, como denota la expresión *propter usurarum incrementum*, cuando no es posible tal incremento, porque el depositario no puede usar las monedas depositadas, ya que ha de restituir precisamente aquéllas y no otras (1).

Mas si, por el contrario—continúa diciendo Papiniano—, se convino en que habría de restituir *tantundem*, el contrato sobrepasa los conocidos límites del depósito ordinario (*egreditur ea res depositi notissimos terminos*). En tal caso se plantea la cuestión de si procederá o no la *actio depositi* (2). Papiniano examina ambas hipótesis, al respecto de los intereses, para decidirse por la

(1) Por tal razón no se comprende que Coppa-Zuccari (ob. cit., p. 14) diga que, acerca de la cuestión de los intereses, el jurisconsulto responde que, sin duda, pueden reclamarse cuando hayan de restituirse las mismas monedas, y que añade: «Siendo, en efecto, el *depositum* un *negotium bonae fidei*, y la *actio depositi* una *actio bonae fidei*, los intereses pueden válidamente pactarse con simple convención.» Dejando a un lado la impertinencia de esta consideración, ya que en el caso del texto no hubo tal pacto de intereses, como el mismo Coppa-Zuccari se encarga de demostrar después, lo más sorprendente es que este autor cite como coincidentes con la suya las opiniones de Vangerow y de Glück, siendo así que el primero (ob. cit., p. 415) afirma rotundamente que en el depósito regular es inconcebible la prestación contractual de intereses, precisamente porque no puede tocarse al capital depositado, y que Glück, con idéntico criterio, se refiere sólo a los intereses moratorios o a los que pueden exigirse por haberse aprovechado del dinero el depositario (obra citada, pág. 305). V. nota 4, pág. 173 del número 87 de esta Revista.

(2) Las *Basilicas*, equivocadamente, como ahora veremos, resolvían la duda en sentido negativo: «Si vero convenerit, tantundem, non idem reddi, depositi actione non teneor.» (Tomo II, lib. XIII, tit. 2, const. 24, pág. 99.) Ya Escoliasta no dejaba pasar este error, por lo cual añadía: «Verum postea disces, quemadmodum hoc quoque cesu competat actio depositi.» (Tomo II, *Basilicorum*, pág. 124, nota f.)

afirmativa, y así dice: si la *actio depositi* no es admisible cuando se conviene que se devuelva no en las mismas monedas, sino otro tanto, entonces difícilmente se podría encontrar fundamento a una demanda de intereses (*rationem usurarum haberi non facile dicendum est*), es decir, que entonces no se plantearía cuestión alguna acerca de los intereses en la presente pregunta, porque el contrato degeneraría en mutuo, y es sabido que, tratándose de este contrato, no se puede hablar de intereses no moratorios ni convencionales, a no ser que hubieran sido pactados mediante una *stipulatio*, ausente en este caso. Mas admitiéndose como procedente la *actio depositi*, ¿se reputará justificada la demanda de intereses? Esta es la segunda hipótesis que Papiniano desenvuelve en las palabras que siguen, después de haber eliminado, como hemos visto, la posibilidad de que en el caso comentado no sea pertinente la *actio depositi*.

Es cierto—dice Papiniano decidiendo ya la cuestión principal—que en los *bonae fidei iudiciis*, en lo que concierne a los intereses, el *officium iudicis* vale tanto como la *stipulatio*. Pero —añade, teniendo presente este caso concreto—es contrario a la buena fe y a la naturaleza del depósito exigir intereses antes de la mora a aquel que ha rendido un servicio al hacerse cargo del dinero. Sin embargo, si desde el principio se pactaron intereses, se observará la ley del contrato (*si tamen ab initio de usuris proestandis convenit, lex contractus servabitur*) (1), puesto que habiéndose comprometido expresamente al depositario a pagarlos no sería ya contrario a la buena fe exigir que se cumpliera lo ofrecido.

Las conclusiones que se deducen del examen de este texto son importantísimas: a) En primer lugar, Papiniano reconoce en sus palabras finales, de un modo inequívoco, que la *actio depositi* también tiene lugar cuando sólo debe ser restituída al depositario una cantidad igual a la depositada, a pesar de que en este caso el contrato *egreditur depositi, notissimos terminos*. Luego el acto no se transforma en mutuo, sino que subsiste como depósito, bien que irregular. b) En segundo término, la teoría expuesta por Al-

(1) Esta frase del texto viene a corroborar nuestra anterior afirmación de que se trataba aquí de un caso de devolución de *tantundem*, porque no podemos imputar a un jurisconsulto de la talla de Papiniano el dislate de hablar de un pacto de intereses, cuando debía ser restituído *idem*.

feno de que existe depósito irregular, por el simple hecho de entregar dinero no cerrado ni sellado, aparece rechazada por Papiniano, el cual, en este caso de depósito de *pecunia numerata*, admite la posibilidad del depósito regular *si id actum est ut corpora nummorum eadem redderentur*. Y aun puede sostenerse (1) que Papiniano reputa necesario un pacto expreso para que pueda tener lugar la devolución de *tantundem*, en vez de las mismas monedas, teniendo en cuenta la expresión *si convenit (nam si ut tantundem solvetur convenit...)* que emplea, refiriéndose al segundo supuesto, o sea el depósito irregular, como contrapuesta a la anterior *si id actum est* con que alude al depósito regular. c) Por último, y en cuanto a los intereses, que eran el nervio de la consulta, serán exigibles si fuese pactado en el contrato sin necesidad de *stipulatio (si ab initio convenit lex contractus servabitur)*; pero no lo serán si no fueron pactados, habida cuenta del carácter de beneficencia que tiene el contrato de depósito (2).

14. Otra cuestión es la de saber qué será preciso cuando, por el contrario, las partes intentan convertir un depósito regular de cosas fungibles (3) en un mutuo. Como el concepto de este último

(1) Como sostiene, v. gr., Coppa-Zuccari, ob. cit., pág. 18.

(2) No faltan autores que excepcionalmente interpreten este texto de Papiniano en un sentido totalmente opuesto al que, de acuerdo con la opinión dominante, aparece en el texto. Así, por ejemplo, Niemeyer (*Depositum irregulare*, Halle, 1889) supone que Papiniano, partiendo de las palabras *commendare* y *deponere*, no usadas técnicamente por los contratantes, había considerado la acción como *actio depositi*, para evitar el *rigor juris* de la *condictio ex mutuo* y porque, conforme a la intención de las partes y a la equidad, se debían admitir los intereses convenidos de modo no formal y los intereses moratorios. Con intención, por tanto, de favorecer al mutuante, Papiniano había mantenido la acción de depósito, aun tratándose de un mutuo; mas como agudamente observa Dernburg (Pand., ed. it., II, § 93, nota 2), en tiempo de Papiniano la acción del mutuo era bastante más ventajosa al acreedor del mutuo, por lo cual antes se hubiera supuesto artificialmente un negocio de mutuo en la figura del depósito. En opinión de Niemeyer, todo mutuo sería reclamado con la *actio depositi*, según Papiniano, lo cual habría dado lugar a una extraña confusión. «Con tales argumentos—concluye Dernburg—no se puede eliminar el hecho de que los romanos conocían la figura especial del *depositum irregulare*».

(3) Que, como hemos visto, es perfectamente admisible, según las fuentes (Cf. Vangerow, ob. cit., pág. 421, a quien seguimos fundamentalmente en

contrato supone que el mutuario se hace dueño de las cosas recibidas (*nu, qui mei erant, tui factimi sunt*), se duda si bastará el simple acuerdo para que se opere el paso de la propiedad, o será menester una nueva toma de posesión por parte del depositario.

A esta cuestión responde Ulpiano en la ley 9, § 9, D. De rebus creditis: *Deposui apud te decem, postea permisi tibi uli: Nerva, Proculus, etiam antequam noveantur, condice e cuasi mutua tibi haec posse, ajunt: et est verum, ut at Marcello videtur, animo enim coepit possidere, ergo transit periculum ad eum, qui mutuum rogavit, et potest et condici.*

Por tanto, basta el puro contrato para convertir el depósito en mutuo, porque, por consecuencia del cambio de *animus*, la simple detentación del depositario se transforma en una *possessio* (*animo enim coepit possidere*), y con ello se efectúa la traslación de la propiedad. Que para esto no es necesario un acto especial de aprehensión de las monedas depositadas lo demuestran las palabras *etiam antequam moveantur* (1).

Los adversarios del depósito irregular han pretendido utilizar en su provecho este texto, demostrativo, según ellos, de que cuando le está permitido al depositario el uso del dinero depositado, el acto siempre es un mutuo y no un depósito. Vangerow responde a este argumento diciendo que «Ulpiano no quería, como equivocadamente suele estimarse, contestar a la pregunta de si cuando al depositario le es permitido el uso del dinero depositado, puede todavía admitirse el depósito, o si, por el contrario, debe considerarse más bien como un mutuo, sino que respondía a esta otra, esencialmente diversa de la anterior: si cuando las partes intentan transformar en mutuo el depósito existente, basta para ello el

este punto de la transformación de un depósito en mutuo.—V. también Pellat, *Textes choisis des Pandectes*, 71 y sigs.; Brins, *Lehrbuch der Pandekten*, II, § 317, nota 13; Windscheid, ob. cit. II, § 379.

(1) Este texto de Ulpiano parece confirmar la teoría del *corpus* y el *animus* como elementos integrantes de la posesión, pues hasta el momento en que el depositario manifiesta su intención de transformar el contrato no hay, por su parte, más que una *detentatio* de la cosa depositada (*possessio naturalis*), integrada por el simple *corpus*—acto material de tenencia de la cosa—, y que llega a la categoría de verdadera *possessio* mediante la agregación a este elemento preexistente del ánimo, o sea la intención de tener la cosa como propia, usándola y consumiéndola, para luego devolver su equivalente.

simple contrato, ¿o es, además, necesaria una especial toma de posesión de las monedas depositadas? Y se evidencia por sí solo que, conforme a esta concepción, indudablemente, correcta, el pasaje copiado pierde toda significación para la teoría del depósito irregular.»

Los otros textos, también de Ulpiano, que se refieren a esta cuestión, son los siguientes :

Quod si ab initio, quem deponerem, uti tibi, si voles, permiseris, creditam non esse, antequam mota sit, quoniam debitum iri non est certum. (l. 10, «De rebus creditis», 12, 1.)

Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut, si voluisses, uteris, priusquam uteris, depositi teneberis. (L. 1 y § 34, h. t.)

En opinión de Vangerow (1) y de Pellat (2), estas decisiones de Ulpiano tratan del caso en que los contratantes hayan ligado al contrato de depósito un contrato eventual de mutuo, conviniendo que quede a voluntad del depositario el transformar el depósito en un mutuo (*si voles, si voluisses*). Plántese aquí también la pregunta de en qué momento podrá tener lugar esta transformación, y Ulpiano decide que no tendrá lugar hasta que el depositario no realice un acto especial de aprehensión, abriendo, v. gr., el saco de dinero, juntándolo con el propio dinero, consumiéndolo, gastándolo, etc. En este caso se supone como indudable la intención eventual de contraer un mutuo, y únicamente se cuestiona acerca del momento preciso en que este mutuo tiene su comienzo.

Parece que la razón de la diferente respuesta dada en estos textos es que en el primer caso (l. 9, § 9, de R. C.) el depositario ha pedido permiso desde el principio para usar la cosa depositada, y el deponente se lo ha concedido de un modo expreso, mientras que en el segundo y tercer caso supuestos, no es el depositario el que ha solicitado usar el dinero depositado, sino que es el deponente quien se lo ha permitido para el caso y desde el momento en que el otro así lo desee. De aquí que en la primera hipótesis no se necesite acto especial de aprehensión por parte del depositario, puesto que es él mismo quien ha manifestado ya su intención de convertir el contrato, y sí será preciso en los otros dos casos, puesto que, concedido el permiso desde el principio, menester es saber, por

(1) Ob. cit., pág. 422.

(2) Ob. cit., pág. 72.

esos signos exteriores de apoderamiento dominical, cuándo hacer uso de la autorización. Mas obsérvese que esta explicación nada resuelve para nuestro punto de vista, porque lo cierto es que, tanto en uno como en otro supuesto, el uso de las monedas depositadas transforma el contrato de depósito preexistente en un contrato de mutuo. Por eso, aun rechazando que estos tres pasajes tengan fuerza bastante para destruir el concepto del depósito irregular, tan sólidamente afirmado en los anteriores, no podemos negar que oscurecen bastante la doctrina expuesta, aunque pese a la opinión optimista de Vangerow (1).

* * *

15. Podemos, pues, en resumen, decir que la institución del depósito irregular, como figura propia e independiente de otros contratos afines, fué regulado por las fuentes en Derecho romano, y presentaba los caracteres siguientes:

a) Su objeto era una suma de dinero no cerrada ni sellada (*pecunia neque clausam neque obsignatam*).

Por esta razón es preciso rechazar como inexacta, desde el punto de vista de las fuentes, la opinión de que también hay depósito irregular de cosas no fungibles cuando se autoriza al depositario para usarlas (2). No existe ningún texto en que poder apoyar semejante afirmación. Es más: las fuentes no hablan, en general, de cosas fungibles, sino que hablan siempre de dinero (*numerata pecunia*), que es la cosa fungible por excelencia (3).

Ahora bien: las cosas fungibles, para ser objeto del depósito

(1) Y también de Schweppe (*Rom. Privatrecht*, 2.^a ed., § 457), para quien «Die Meinung, das der Gebrauch von Konsumptibilien das Depositum ganz in ein Mutuum umwalde, nach», L. 9, § 9, L. 10, D. *De reb. cred.*, hat Keinen Grund.

(2) Así lo estiman Schmidt, Thibaut y Wening-Ingeheim, citados por Coppa-Zuccari. Por el contrario, Neustetel (*Römischenrechtliche Untersuchungen- Das Unregelmässige Depositum*, pág. 23) afirma que «Der Begriff von dep. irr. an nicht fungiblen Dingen muss als in sich widersprechend aus der Wissenschaft verbannen werden.» (Cit. por Coppa-Zuccari.)

(3) La razón de esto debe buscarse en lo que decíamos al principio de este capítulo, es a saber: en la mayor protección jurídica que encontraba el prestamista del dinero, sometiendo el contrato a las normas del depósito irregular en vez de pactar un simple mutuo. Y como el depósito de sumas de di-

irregular, habían de ser depositadas como tales cosas fungibles, es decir, con automización para que fueran devueltas no las mismas cosas, s.no otro tanto de la misma especie y calidad. No es ociosa esta advertencia, porque también las cosas fungibles pueden ser objeto del depósito regular cuando se pacta la restitución *in individuo*, o se entrega una suma de dinero en paquete cerrado, que ha de devolverse intacto (1).

Los textos que se refieren al depósito irregular hablan, como hemos visto, de la restitución de *tantundem*, lo cual indica precisamente eso: que las cosas fungibles son tomadas como tales, es decir, como *quod in genere suo functionem in solutione recipiunt*.

b) La propiedad de la cosa depositada pasaba al depositario. Ello es consecuencia de la facultad de restituir *tantundem eiusdem generis, qualitatis et bonitatis*, porque es inconciliable el hecho de que una persona tenga la facultad de usar una cosa hasta consumirla con la hipótesis de que el dominio radique en otra persona distinta. Por eso quien transfiere a otro el derecho de usar una cosa consumible, es indudable que quiere transferirle la propiedad de esa cosa. Tal ocurre en el depósito irregular, como vimos ya en la Introducción, al señalar este transferimiento de propiedad como el rasgo específico de depósito irregular.

CAPITULO II

EL DEPÓSITO IRREGULAR EN LAS INSTITUCIONES MERCANTILES

16. Los depósitos bancarios en su origen.—17. Los depósitos bancarios en Roma.

16. El depósito irregular mercantil, en su forma de depósitos bancarios, fué conocido y practicado antes de Roma. Son estos antecedentes de nuestra institución los que vamos a resumir ahora brevemente.

nera era el caso más frecuente, es natural que los jurisconsultos romanos, en los textos citados, dictaminaran acerca de casos de esta índole, aun cuando se realizaran también depósitos irregulares de otras cosas fungibles, a más del dinero, pues para ello no había dificultad técnica de ninguna especie.

(1) Del mismo modo que, a la inversa, pueden ser objeto del comodato, como cosas fungibles, cuando se entregan *ad pompam vel ostentationem*.

Los orígenes son confusos. Los primeros rastros del depósito irregular parecen encontrarse en Babilonia, que es donde surge el primer Banco de que se tiene noticia: el Banco de los Igibios, que data del siglo VI, antes de J. C. Pero bien pronto el depósito irregular se nos ofrece con caracteres inconfundibles tanto en Babilonia, como en Egipto, como en Grecia. Caracteres que, unificados *grosso modo*, pues dada la intención meramente preparatoria o de introducción de este apartado, no importa mucho salvar las peculiaridades, pueden concretarse en estos términos:

En general, son los templos los primeros que admiten depósitos irregulares, debido, de una parte, a la garantía de seguridad que ofrecía la santidad de tales lugares y la confianza que inspiraban los sacerdotes custodios, y de otra, a que si en aquella época era en todo caso difícil y poco eficaz la guarda directa y personal del capital propio, con ocasión de las peregrinaciones, dicha guarda se hacía materialmente irrealizable. En Grecia, templos como los de Delo, Efeso, Delfo y Samo realizaban operaciones bancarias de bastante importancia (préstamos con interés, en su mayoría), y las sumas necesarias para tales negocios no procedían solamente del patrimonio reunido o de la liberalidad de los fieles, recursos que por sí solos hubiesen resultado insuficientes, sino de los depósitos de dinero *ad uso*, que en gran número constituían los peregrinos. Se trataba, por consiguiente, de verdaderos depósitos irregulares, pactados en condiciones variables, según la época, lugar y circunstancias, siendo ya a la vista, ya a largo plazo, pero sin devengar nunca interés o devengándole escasísimo.

Con el transcurso del tiempo, esta actividad bancaria se trasladó de los templos a manos de auténticos banqueros, los cuales, especialmente en Grecia, que es de donde subsisten más datos, admitían también depósitos de dinero *ad uso*; pero depósitos cuya finalidad principal no es exclusivamente la de custodia material que ofrecían los templos: originan una relación más compleja, que ofrece menos seguridad al deponente, pero que implica el pago de un interés por la facultad de uso concedida al depositario mediante el empleo prudente y fructífero del capital depositado. Los depósitos eran a la vista, y cualquier retardo comprometía seriamente el crédito del banquero, crédito que debía estar bien cimentado en aquella época, si se tiene en cuenta el hecho de que, para la for-

malización de los depósitos irregulares, no intervenían testigos, y la eficacia probatoria, atribuída a los libros o registros en que anotaban todas las operaciones realizadas.

En Egipto parece ser que, si bien los depósitos irregulares no devengaban interés, su falta era compensada por la función que realizaban los banqueros cerca de sus clientes y simultáneamente a su función propia, como intermediarios o técnicos de la contratación, por ser el nivel jurídico medio muy bajo.

17. Está fuera de duda que en Roma los templos no tuvieron ninguna intervención en el comercio bancario; pero tampoco se discute que los *argentarii* admitían depósitos de dinero con facultad de uso, con el que negociaban y obtenían grandes beneficios. Se constituían tales depósitos a vista y se devolvían contra entrega del resguardo que el banquero extendía al cliente. En tal resguardo se encuentra incluída, en algunas ocasiones, la promesa de pagar intereses, y esto induce a creer que, en general, los *argentarii* asignaban a los depósitos irregulares un pequeño interés.

Entre los romanos raramente se cobraban los créditos o se hacían los pagos en la propia casa *ex arca sua*; era, generalmente, el *argentarii* quien se entendía con los deudores o acreedores, por haberse obligado precedentemente con el cliente a recibir y desembolsar dinero por cuenta del mismo, figurando, en este último caso, como deudor personal y dando lugar al llamado *receptum argentarii*, que ofrece rasgos manifiestos de los cheques y giros bancarios. Si el banquero procedía en juicio contra el cliente, no podía demandarle una suma superior a aquella resultante del saldo de su cuenta, empleando una «fórmula» ordinaria; estaba obligado, por el contrario, a proceder *cum compensatione*, utilizando una «fórmula» especial, impuesta por el pretor, y bajo pena de perder el crédito por *plus petitio*. Esta obligación tenía su fundamento en la costumbre, y estaba justificada por la naturaleza de las relaciones establecidas entre las partes: se convenía tácitamente que las diversas operaciones se liquidaran en épocas determinadas, instaurándose, en otros términos, un verdadero depósito en cuenta corriente. Las cuentas eran llevadas con un sistema de registro muy complicado. El banquero llevaba un memorandum, llamado *adversarium* o *ephemeris*, en el cual sentaba provisionalmente las ope-

raciones hasta pasarlas al libro principal: el *codex rationum mensuræ*. En este último cada cliente tenía su cuenta especial (*ratio*) con su «Debe» y su «Haber» (*expensum ferre, accertum ferre*), y así realizaban, según los casos, los pagos (*transcriptiones*) o los ingresos (*inscriptiones*).

Los libros de los *argentarii*, regularmente llevados, hacían fe en juicio, y, según un edicto de la época republicana, debían exhibirse cada vez que el depositante lo exigiere. Este edicto fué muy útil en una época en la que todos utilizaban los servicios de los *argentarii*, y omitían tener un *codex* propio, remitiéndose al de su *argentarii*.

Vemos, pues, que la institución del depósito irregular se desenvuelve en Roma con finalidades primordialmente mercantiles. Al estudiar las fuentes hemos podido comprobar que en los casos resueltos por los jurisconsultos se trataba no de depósitos de cosas fungibles, en general, sino concretamente de depósitos en metálico. Es de presumir que todos, o casi todos, estos depósitos se realizaban en manos de los *argentarii*, es decir, de personas cuya profesión era la mercantil. Así como el depósito, en general, se ofrecía para satisfacer las necesidades de la vida civil ordinaria (depósito de muebles, o de alhajas, o de instrumentos de labor, etc.), el depósito de dinero, no contado ni sellado, con autorización para usar de él y devolver otro tanto, era una institución preferentemente mercantil, por cuanto un ramo entero de la actividad de los banqueros se ceñía a esta clase de operaciones.

III

DESENVOLVIMIENTO POSTERIOR AL DERECHO ROMANO

CAPÍTULO PRIMERO: EL DEPÓSITO IRREGULAR EN LA DOCTRINA ITALIANA, FRANCESA, ALEMANA Y EN LA DOCTRINA Y LEGISLACIÓN ESPAÑOLAS

18. Doctrina italiana del Derecho intermedio.—19. Glosadores.—20. Doctrina italiana a partir del siglo XIII.—21. Doctrina francesa.—22. Doctrina

alemana y de los Países Bajos.—23. Doctrina española.—24. Molina y Berni.
 25. Indicaciones de Beleña.—26. Textos legales españoles: *Liber iudiciorum*.
 27. Fuero Real.—28. Partidas. Comentario de Gregorio López.

18. Según Coppa-Zuccari, al que principalmente seguimos en este punto del derecho intermedio, salvo el español, sobre depósito irregular, la doctrina medieval ha seguido, en cuanto a la institución indicada, un criterio oscilante y nunca unánime. Simultáneamente a los denegadores de la sustantividad de la figura jurídica que estudiamos, se dan, en el período a que nos referimos, ardientes defensores, los cuales, sin embargo, no se preocupan siempre de conservarla en su pureza, sino que con frecuencia se abandonan en disquisiciones que la particularizan y deforman. El núcleo principal de doctrina recae sobre cuestiones de naturaleza práctica, especialmente sobre si es o no contrario a la naturaleza del depósito irregular el pacto de intereses.

Omitiendo el Derecho Canónico, que silencia todo lo relativo a nuestra institución, se pueden reducir los autores medievales italianos que se ocupan de ella a los siguientes:

19. De los glosadores que, en general, según hemos dicho, se ocuparon de esta cuestión, merecen ser destacados dos: Azo y Accurzio. Ambos admiten sin reservas el depósito irregular, aun cuando no empleen esta terminología para designarlo, pero lo entienden y dan alcance distinto.

Azo extiende la posibilidad de esta forma peculiar del depósito, que estima «contra notissimos terminos depositi» a todas las cosas fungibles, dando valor para transferir la propiedad de la cosa sin desnaturalizar el depósito, no sólo a la convención tácita, sino también a la expresamente establecida.

JOAQUÍN GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE,

Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Central.

(Continuará.)