

## El depósito irregular y su aplicación en Derecho mercantil <sup>(1)</sup>

### (Historia y Derecho comparado)

a) Como primer requisito señala el artículo 303 el de que el depositario, al menos, sea comerciante. Olvida aquí nuestro Código que el sistema por él acogido y defendido y en el que hace descansar el peso de la reforma del de 1829, es el sistema objetivo, o sea aquel que para la calificación de un acto como acto mercantil se desentiende por completo de la naturaleza subjetiva del agente, de su condición personal de comerciante o no, para atender exclusivamente a la naturaleza objetiva de la operación misma. «El proyecto—dice la Exposición de motivos del Código vigente—, de acuerdo con los principios de la ciencia jurídica, propende a regir todos los actos y operaciones mercantiles, cualquiera que sea el estado o profesión de las personas que las celebren. Por eso, el primero (el Código de 1829) atiende, ante todo, a calificar las personas que están obligadas a observar sus preceptos, de cuya calificación hace depender muchas veces la que debe darse a los actos y contratos que celebran... Y, en cambio, el segundo se fija principalmente en la naturaleza de los actos o contratos, para atribuirlos o no la calificación de mercantiles, *con independencia de las personas que en ellos intervienen...*»

Sin entrar ahora a discutir las excelencias del sistema objetivo, que el legislador de 1885 reputaba como el más perfecto, sin sos-

(1) Véase el número 86 de esta Revista.

pechar que varios años más tarde la legislación alemana había de fundarse en el sistema opuesto, lo que sí nos interesa señalar aquí es la contradicción que la definición del contrato de depósito mercantil, expresada en el artículo 303, representa no sólo respecto del sistema objetivo, preconizado en los Motivos del Código, sino frente a preceptos incorporados al articulado, como expresión culminante y categórica de aquel sistema. Porque si para que el depósito sea mercantil y, por tanto, quede sometido a las disposiciones del Código de comercio, se requiere, en primer término, que el depositario, al menos, sea comerciante, es menester decidir que la declaración del artículo 2.º, según la cual «los actos de comercio, *sean o no comerciantes* los que los ejecuten...» se regirán por las disposiciones contenidas en el Código, es una afirmación inexacta y desprovista, en consecuencia, de toda significación práctica.

b) La segunda exigencia del artículo 303 consiste en que las cosas depositadas sean objetos de comercio. Así como en el requisito anterior se tenía presente el elemento personal del contrato, ahora se toma como criterio distintivo el elemento real, representado por la cosa depositada.

La dificultad consiste aquí en delimitar el concepto legal del objeto de comercio, tarea que nos llevaría a desembocar en el concepto de cosa mercantil y en la distinción entre cosa mercantil y mercadería. Como no podemos detenernos en el desarrollo amplio de esta cuestión, hemos de ceñirnos a las indicaciones imprescindibles para la explicación total de la definición positiva del depósito mercantil.

¿Cuáles son los «objetos de comercio» a que el Código se refiere en el artículo 303?

Seguindo a Martín Wolff (1), podemos distinguir los objetos mercantiles en sentido estricto de los demás que también pueden ser objeto del tráfico mercantil. A la primera categoría pertenecen sólo las mercaderías y los títulos-valores. En la segunda pueden entrar las cosas inmuebles; los derechos de toda clase (créditos, derechos sociales, derechos reales), aunque no estén incorporados a ningún documento, o lo estén en documentos que no sean

(1) Ehrenberg, *Handbuch des Handelsrechts*, t. IV, primera parte, página 1 y siguientes.

títulos mercantiles; los bienes inmateriales, como las obras literarias o artísticas, inventos, firmas o nombres mercantiles, empresas comerciales, signos distintivos de las mercancías, etc. Además, y como término opuesto, tanto a las mercaderías y títulos como a los demás objetos traficables, se encuentra el dinero. Finalmente, y así como, en un sentido amplio, el tráfico jurídico, a más del tráfico o circulación a base de compras, abarca otros hechos que sirven a la circulación o la aseguran (contratos de transporte, contratos de obra o de servicios, préstamos, seguros, etc.), así también se amplía el concepto correspondiente del objeto del tráfico mercantil. A él pertenece todo aquello que puede ser objeto de cualquier negocio auxiliar del comercio.

Si queremos ahora puntualizar la relación que existe entre objeto de comercio, cosa mercantil y mercadería, diremos que el primer concepto es más amplio que el segundo, y éste incluye a su vez al tercero. Expresada esta relación en forma matemática, tendríamos que

objeto mercantil > cosa mercantil > mercadería.

Ateniéndonos a la terminología del Código civil alemán (artículo 90), llamaremos «cosas» sólo a los objetos corporales, y entonces la relación de género a especie será rectamente aplicada a la posición del objeto frente a la cosa mercantil. Pero en nuestro Derecho, donde se admiten también las llamadas cosas incorporales, semejante limitación del concepto es injustificada.

Quizá la nota específica del concepto de *cosa* resida en su independencia y sustantividad. En este sentido, el antiguo Código prusiano daba el nombre de *cosa* a todo aquello que por la naturaleza o por el común consenso tiene una individualidad objetiva y sustantiva. Este concepto de *cosa* puede servirnos de norma para distinguir el objeto de la cosa mercantil.

El *objeto de comercio* es término más amplio que *cosa mercantil* porque aparece tanto en las relaciones jurídicas de carácter personal como en las de carácter real, identificándose con la *cosa* misma en este último caso. En cambio, la *cosa* mercantil, en sentido estricto, es únicamente el objeto de los derechos reales de naturaleza mercantil, y no de los derechos personales, porque en éstos el objeto es la prestación del deudor. Y véase cómo reaparece aquí

el criterio de distinción basado en la sustantividad e independencia, porque la cosa, como objeto de la relación en el derecho real, puede concebirse independientemente de todo acto positivo de un tercero, mientras que la prestación del deudor, en una relación obligatoria, no puede destacarse de la persona del obligado. Toda *cosa mercantil*, jurídicamente considerada, es, al propio tiempo, objeto de un derecho real de naturaleza mercantil; hay, en cambio, *objetos de comercio*, como, por ejemplo, los servicios de un auxiliar del comerciante, que no son *cosas*, en sentido técnico. La relación entre objeto y cosa es, pues, la de género a especie: mientras el objeto denota todo aquello sobre lo cual se asienta o inside toda clase de derecho, cosa es sólo el objeto del derecho real (1).

Más clara es la relación que existe entre cosa mercantil y mercadería como conceptos distintos. El concepto de cosa mercantil es mucho más amplio que el de mercadería, por lo cual no puede decirse, como corrientemente se dice, que mercadería es al Derecho mercantil lo que la cosa al Derecho civil. Vidari estableció esta confusión, que perdura aún entre muchos mercantilistas.

Siguiendo a Vidari, suele afirmarse, en efecto, que la distinción entre cosa y mercadería es más de forma que de sustancia, puesto que la palabra *mercancía* sirve sólo para poner de manifiesto un especial destino de la cosa al comercio, es decir, el valor en cambio de la cosa, en contraposición al valor en uso. «Un mismo objeto—dice Vidari—es cosa en manos de una persona, y mercancía en manos de otra, con sólo que el uno la haya adquirido o por obra de su industria o con ánimo de consumirla, y el otro la haya adquirido para especular con su reventa o locación.»

Conforme a este criterio, las cosas toman el carácter de mercancía en un determinado momento de la trayectoria que siguen en su función de satisfacer las necesidades humanas. Así, una cosa que se encuentra todavía en manos del productor es un producto o simple cosa; se convierte en mercancía sólo cuando viene a ser objeto de su comercio, y deja de ser tal cuando sale del comercio y entra a formar parte del patrimonio del consumidor.

Sin embargo, un análisis más profundo de la objetividad mer-

(1) V. Ferrara, *Diritto civile italiano*, I, p. 729.

mercantil demuestra que esta conclusión sólo es cierta tratándose de las llamadas mercaderías, y que no son equiparables los términos *mercadería* y *cosa mercantil*, sino que más bien las mercaderías son una especie de las cosas mercantiles, y, por tanto, así como todas las mercaderías son cosas mercantiles, no todas las cosas mercantiles son mercaderías.

Este último nombre debe reservarse para designar toda cosa mueble que, teniendo un valor en cambio, es considerada como objeto de la actividad comercial (1). Y aun es posible una limitación mayor del concepto de mercadería, en el sentido de no ser mercadería toda cosa mueble susceptible de tráfico. La doctrina jurídica excluye del concepto de mercadería varias cosas que reúnen esas características. Así, los buques, el dinero, los documentos y los títulos-valores. La palabra *mercadería* se emplea sólo para las cosas que, a más de reunir las circunstancias expresadas, ofrezcan una inmediata posibilidad de uso. «Son cosas que tienen insito en la cosa misma un valor patrimonial (2).

Admitida esta separación, encontramos muchas cosas que, siendo cosas mercantiles, no son al mismo tiempo mercaderías. Así, los inmuebles, las energías inmateriales, los productos del ingenio, el dinero, los títulos-valores, en general, y los representativos de cosas, etc., etc.

El Código, en el artículo 303, habla simplemente de «objetos de comercio». Pero en ninguna de sus disposiciones dice cuáles son éstos, ni cuál es el concepto de las cosas mercantiles, ni cómo se definen las mercaderías (3). ¿Puede constituir el objeto del depósito mercantil todo lo que pueda ser objeto de comercio, o se limita la posibilidad a las cosas mercantiles, o quizá a las mercaderías solamente?

Esta última suposición hay que desecharla, desde luego. El Código, en el artículo relativo al depósito, evita cuidadosamente el empleo de la palabra «mercadería» para designar la cosa depositada; habla sólo de *cosa* («cosa que constituya su objeto»,

(1) Este es el concepto de mercadería según Pipia, *Trattato di diritto commerciale*, III, p. 143.

(2) Düringer-Hachenburg, *Komment*, I, p. 111.

(3) El sitio adecuado para la definición de mercadería era el artículo 85, donde se atiende solamente a la definición de uno de los elementos del precepto.

«cosa objeto del depósito», «cosas depositadas»: artículos 305 y 306). No sigue, en suma, el mismo sistema que al tratar de la compraventa mercantil, donde el Código usa constantemente el término «mercadería», para expresar el objeto del contrato (artículos 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337 y 339) (1). La razón de haber evitado la identificación entre objeto del depósito mercantil y mercadería estriba, sin duda, en que el Código no ha querido incluir en el concepto de mercadería ni el dinero, que es también objeto frecuente de los depósitos mercantiles (artículo 307 del Código de Comercio), ni los títulos, valores, efectos o documentos (artículo 308) (2).

El Código exige únicamente que las cosas depositadas sean objetos de comercio. Lo más acertado es afirmar que la ley no emplea aquí la expresión *objeto de comercio* en el sentido amplísimo que hemos explicado (interpretación que conduciría al absurdo de admitir como materia de depósito los servicios de los auxiliares, o los mismos contratos auxiliares, o la empresa mercantil, etcétera), sino que la emplea más bien como equivalente al concepto de *cosas mercantiles*, las cuales constituyen, como sabemos, sólo una parte de los posibles *objetos de comercio*.

En resumen: podemos afirmar que el objeto del contrato del depósito mercantil (3) son, no sólo las mercaderías, sino las cosas mercantiles muebles, en general.

(1) De aquí puede deducirse el concepto legal de *mercadería* o, al menos, su cualidad de cosa mueble. En efecto, si el Código equipara los términos *objeto de la compraventa mercantil* y *mercadería*, quiere decirse que a la mercadería se aplicarán los mismos caracteres que a la cosa objeto de la compraventa mercantil. El artículo 325 dice que esta cosa ha de ser mueble; luego las mercaderías han de ser precisamente cosas muebles.

(2) De aquí la posibilidad de añadir una nueva delimitación legal al concepto de mercadería en el derecho positivo: mercaderías son las cosas muebles (v. nota anterior) que no sean dinero, ni títulos, valores, efectos o documentos. La contraposición de mercadería y efectos (efectos de comercio, es decir, títulos-valores) se advierte también en otros artículos del Código de Comercio (266, 349, 350).

(3) Para evitar confusiones, conviene advertir que cuando, al hablar de objeto del contrato de depósito, se emplea esta expresión en un sentido no técnico, y, por tanto, se alude no al verdadero objeto del contrato, que es siempre la prestación del obligado (un *dar* en el caso del depósito), sino al objeto de la prestación misma (cosa que el depositario ha de restituir).

c) El último requisito para la calificación como mercantil de un contrato de depósito consiste, según el número 3 del artículo 303, en «que el depósito constituya por sí una operación mercantil o se haga como causa o a consecuencia de operaciones mercantiles».

Sólo esta última parte del requisito legal es admisible, siempre que por operación mercantil se entienda, a los efectos de la definición del artículo 303, toda operación de comercio que no consista en un depósito mercantil, porque de otro modo sería tanto como incluir el definido en la definición.

Por incurrir precisamente en una petición de principio es inadmisibles la primera parte del número 3 del artículo 303. Decir que para que el depósito sea mercantil se requiere que constituya por sí una operación mercantil, equivale a decir que el depósito es mercantil cuando es mercantil. En efecto: para saber si un depósito dado constituye operación mercantil habría que acudir al concepto de acto de comercio, en el artículo 2.º. Pero este artículo nos vuelve a enviar al articulado del Código para ver si el acto que buscamos, es decir, el depósito, está incluido en el Código. De este modo venimos a parar nuevamente al artículo 303, sin haber resuelto la cuestión.

El proyecto de reforma del libro II del Código de Comercio (*Gaceta* del día 4 de Septiembre de 1926), haciéndose cargo de este círculo vicioso, ha suprimido, con buen acuerdo, el primer inciso del requisito tercero de la definición legal del depósito mercantil, dejándola intacta en lo restante (1).

Añade, finalmente, el Código, como nota característica del depósito mercantil, que no se incluye en la definición del artículo 303 la nota de la retribución, salvo pacto expreso en contrario (artículo 304). La onerosidad del contrato, elemento típico de la contratación mercantil, se eleva así a la categoría de requisito natural

(1) De este modo el requisito tercero de la definición viene a ser casi lo mismo que el correspondiente del artículo 404 del Código de 1829. Otra innovación del proyecto respecto del Código consiste en la exigencia de que el depósito, como la promesa de constituirlo, se acrediten por cualquier forma escrituraria, aparte de conservar siempre su carácter de contrato real (artículo 292).

del convenio que se sobreentiende ante el silencio de las partes en este extremo.

6. El contenido obligacional del depósito consiste fundamentalmente en el deber de custodia que se impone al depositario. Al lado de esta obligación, y como subordinada a ella, está la de devolver la cosa cuando sea reclamada por el depositante. De este modo la ejecución de la obligación de un solo tracto—devolución de la cosa—pone fin al cumplimiento de otra de tracto sucesivo continuo—custodia.

Pero puede ocurrir que, en vez de depositarse cosas individualmente determinadas, se depositen cosas fungibles, de tal modo que el depositario adquiera su propiedad y pueda consumirlas, devolviendo al final del depósito otro tanto de la misma especie y calidad. En este caso, las líneas tradicionales que componen la figura del depósito se desdibujan y surge en su lugar la figura especial que es objeto de nuestro estudio: *el depósito irregular*.

En el depósito normal o regular el depositante sigue siendo dueño de la cosa depositada. Pues bien: la alteración de esta circunstancia, característica del contrato, determina la irregularidad del tipo que vamos a estudiar, porque en el llamado depósito irregular el depositario se hace dueño de la cosa depositada y como tal dueño puede consumirla, ejercitando una facultad que sólo al propietario corresponde.

Si queremos inducir de la figura del depósito irregular el concepto de los contratos irregulares en general, diremos con Coppazuccari (1) que en ellos la irregularidad está constituida por la exclusión o la modificación de un elemento no esencial ni determinante, pero característico del contrato.

No se trata de la modificación o exclusión de un elemento esencial, porque ello implicaría o la inexistencia de todo contrato, si fuere de los requisitos esenciales a los contratos en general (2), o la del contrato en cuestión, cuando reuniendo los requisitos necesarios a todo contrato le faltase alguno de los especiales exigidos por aquella determinada figura contractual (v. gr., la ausencia

(1) *Il deposito irregolare*, Módena, 1901, página 71.—Coppa-Zuccari reproduce en este punto la teoría iniciada por Mülhäuser: *Umfang und Geltung des depositum irregulare*.

(2) En nuestra legislación, los del artículo 1.261 del Código civil.



del precio en la compraventa produce la inexistencia del contrato como tal contrato de compraventa).

Tampoco se trata de un elemento cualquiera del contrato (1), ya que éstos pueden ser anulados o modificados por las partes en virtud del principio de la libertad de pactos, sin mengua de la fisonomía corriente del contrato. Ha de ser precisamente un elemento ni indiferente ni esencial, pero sí característico del contrato, es decir, de aquéllos que deben ser sobreentendidos en la figura normal de aquel contrato. Cuando uno de estos elementos es eliminado o modificado por la voluntad de los contratantes, el contrato en cuestión, sin perder su *nomen juris*, se convierte en irregular.

Así, en efecto, vemos que el arrendamiento, la prenda y el depósito se caracterizan porque la cosa que se transmite no pasa a la propiedad del *accipiens*, sino que éste se limita a ejercer un simple derecho de disfrute, o de uso, o una posesión con fines de garantía o de custodia. Pues bien: cuando este elemento, característico de tales figuras jurídicas, viene excluido por la voluntad de los interesados o por la misma naturaleza de las cosas (*quarum usum in abusum consistit*), y el *accipiens*, en vez de poseedor, se convierte en propietario de la cosa transmitida, y, en consecuencia, tiene la obligación de restituirla no *in individuo*, sino *in genere*, la relación jurídica fundamental no se destruye, pero surgen esos tipos intermedios, de rasgos no bien definidos, que se llaman arrendamiento, prenda o depósito *irregulares* (2). Tenemos, pues, que

(1) Como opina Glück, *Comentario a las Pandectas*, XVI, § 940. Así dice (página 299) que «las formas del *depositum irregulare* pueden ser tantas cuantas son las diversas modificaciones que mediante un pacto pueden llevarse al *naturalia depositi*».

(2) La denominación de arrendamiento irregular no es muy corriente entre los autores; mas todos ellos admiten esta forma especial que rebasa el contenido normal del arriendo. Ya Alfeno, en el texto comentado al principio del siguiente capítulo, nos muestra la posibilidad de una doble figura de *locatio operis*. Una, la normal, cuando se devuelve *idem*, como si se entregan vestidos a un batán para que los apreste, y otra, la anormal o irregular, cuando se ha de devolver el mismo género, y no precisamente la misma cosa, como si se confía plata pura a un artífice para que haga vasos u oro para que haga anillos. En un caso de esta naturaleza pasa la propiedad de la cosa al arrendador, o, como dice Alfeno: *In creditum iri*.

Ahora bien: este tránsito de la propiedad—que tiene lugar tanto en el caso

la diferencia fundamental entre depósito regular y depósito irregular consiste en la distinta atribución de propiedad de la cosa depositada. En el depósito normal, el depositante conserva la propiedad de las cosas depositadas, las cuales deben ser devueltas *in individuo*. Así aparece claramente en el artículo 1.758 de nuestro Código civil, que caracteriza el depósito—se entiende, claro es, el depósito regular—, diciendo que se constituye desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla. Por parte del depositario no hay, pues, más que una tenencia de esa cosa, que sigue siendo ajena, con fines de custodia hasta que llegue el momento de restituirla. En el depósito irregular, por el

presentado por Alfeno de *locatio operis* como en la *locatio rerum* cuando se trata de cosas que no pueden ser usadas sin ser consumidas—es propio de la venta y no del arriendo, cuyo fin es la entrega de la cosa para usarla y sacar provecho de ella, o para realizar con ella la obra convenida sin que tenga lugar la transmisión de la propiedad, por larga que sea la duración pactada en el contrato. Por ello las cosas consumibles—fuera del caso en que sean tratadas como no consumibles—no pueden ser objeto de un arrendamiento propio. Mas como en la práctica se dan en arrendamiento cosas consumibles, y la intención de las partes es la de constituir un arrendamiento y no otro contrato, preciso es admitir una figura especial de arrendamiento en la cual falte el requisito característico de este contrato, es a saber: la permanencia de la propiedad del objeto en la persona del arrendador si del arrendamiento de cosas se trata, o en la del arrendatario si se trata de arrendamiento de obra cuando se suministra el material. La nota distintiva del arrendamiento irregular está, pues, en la transferencia de la propiedad. V. Scialoja, artículo publicado en el *Foro Italiano*, 1883, coll. 705 y sig., y Abello, *Trattato della locazione*, vol. I, pág. 158.

b) Otro tanto ocurre con la prenda irregular, cuya característica también se encuentra en el paso de la propiedad de la cosa al acreedor pignoraticio.

En efecto, en la prenda sobre moneda—que es el tipo más corriente de prenda irregular—la cosa dada en prenda por su extrema fungibilidad se confunde inmediatamente en el patrimonio del acreedor pignoraticio, y, por tanto, no es posible que coexistan separadamente la propiedad del pignorante y la prenda sobre la misma moneda pignorada. De aquí la irregularidad de esta prenda, comparada con la figura normal, en que el deudor principal entrega con intención de mantener la propiedad sobre la cosa pignorada, y con igual ánimo la recibe el acreedor. En la prenda irregular se sustituye, pues, el derecho de propiedad del pignorante por un derecho de crédito contra el acreedor pignoraticio (*in creditum iuri*) por cuanto, llegado el momento de restituir la prenda, no se devuelven las mismas monedas, sino su equivalente.

contrario, la naturaleza fungible de la cosa depositada—cuando se entrega como tal cosa fungible—no admite la coexistencia en esa cosa de un derecho de propiedad del depositante y un derecho de consumo del depositario, como consecuencia de la facultad que se le concede de devolver otras cosas de la misma especie y calidad. El depositario, desde el momento en que puede usar la cosa consumiéndola (*usum in abusum consistit*), se hace propietario de ella y soporta el riesgo y el peligro como tal propietario deudor de *tantundem*.

Tal es, en síntesis, la fisonomía del depósito irregular. Más adelante insistiremos en este punto, analizando detenidamente su naturaleza jurídica. Ahora, una vez alcanzado el fin de esta Introducción, hemos de seguir el plan propuesto, mostrando cómo ha aparecido esta figura especial del depósito en la historia del Derecho y cómo se ha desenvuelto hasta llegar a las legislaciones modernas.

Este estudio histórico nos servirá para que podamos advertir, a través del tiempo, la existencia propia e independiente del depósito irregular, como institución que responde a una necesidad real, y la satisface, sin identificarse con ningún otro contrato por muy similar que éste sea, y a la vez nos suministrará el mejor argumento contra quienes no ven más que un mutuo en el depósito de cosas fungibles.

## II

# DERECHO ROMANO

## CAPITULO PRIMERO

### DOCTRINA GENERAL SOBRE DEPÓSITO IRREGULAR

7. Falta de una especial denominación. Analogías con el mutuo.—8. Diferencias entre ambos contratos.—9. El depósito irregular en las fuentes: texto de Alfeno.—10. Posibilidad de exigir intereses moratorios: texto de Papiniano. Interpretación de Dedekind y Schaffrath.—11. Texto de Paulo sobre el pago de intereses convencionales.—12. Los intereses como compensación del uso.—13. Interpretación de la opinión de Papiniano expresada en la ley 24.

Dig.—14. Transformación del depósito irregular en un mutuo: eficacia del *animus*. Textos de Ulpiano.—15. Conclusión.

7. Empecemos por advertir que la denominación *'depositum irregulare* fué totalmente desconocida en el Derecho romano. Tal expresión se encuentra por vez primera en un postglosador del siglo xv, llamado *Jason de Maino*. Mas esto no quiere decir que en Derecho romano se desconociese la figura jurídica del depósito irregular, la cual aparece perfectamente delineada en las fuentes, como hemos de ver en seguida.

En efecto: ocurrió que, a medida que el sistema fué perdiendo el rigorismo primitivo, se iban admitiendo en las figuras contractuales típicas ciertas modificaciones, demandadas por las necesidades de la vida diaria, que hacían más flexible y adaptable a las circunstancias la ordenación jurídica peculiar a cada contrato. Esto fué lo que sucedió con el depósito al admitirse la posibilidad de confiar a la custodia ajena sumas de dinero, consideradas en su unidad total, y no en la individualidad de cada una de las monedas. Si analizamos un acto de esta naturaleza, veremos que por su carácter fundamental es manifiestamente un depósito, ya que lo que en esencia se quiere no es sino poner nuestro dinero bajo la custodia ajena para su mayor seguridad (1). Mas es lo cierto que, al adoptar el depósito esta nueva modalidad, los contornos de la figura se aproximan a los del mutuo. Tan es así que desde el Derecho romano se ha venido discutiendo si en realidad se trata de un depósito o de un mutuo, y, a fines del pasado siglo, Niemayer hace un último esfuerzo para encajar la figura especial, objeto de nuestro estudio, en los moldes clásicos del contrato de mutuo (2).

Circunscribiéndonos ahora al Derecho romano, examinaremos en primer lugar las diferencias que separan al depósito irregular del mutuo, lo cual nos mostrará la dificultad de esa pretendida identificación entre ambas instituciones, y en segundo término citaremos los textos del Digesto, denotadores de la existencia del

(1) Vangerow, *Pandekten*, III, p. 416.

(2) Niemayer, *Depositum irregulare*.—Halle, 1889, p. 78: «Das regelwidrige *depositum* des römischen Rechts hat keinen juristischen Körper. Es hat den Namen des *depositum*. Es ist Darlehen.» Cit. por Coppa-Zuccari, op. cit.

*depositum irregulare* en la vida jurídica de los romanos, y que la generalidad de los autores aduce y comenta. Esto nos permitirá presentar las cuestiones planteadas por los romanistas acerca de tan discutida institución.

Externamente, el depósito irregular es análogo al mutuo. Como en éste, el *accipiens* se convierte en propietario del dinero confiado y asume, por tanto, el riesgo (1). Pero fuera de estas fundamentales coincidencias, en los restantes aspectos el depósito irregular aparece como un verdadero depósito, que debe ser sometido a las normas de esta institución.

8. Las diferencias entre mutuo y depósito irregular que señalan la generalidad de los autores son los siguientes (2): a) En primer lugar, la intención de los contratantes es fundamentalmente distinta: el mutuo se pacta en interés del mutuuario (*accipiens*), y el depósito, y, por tanto el depósito irregular, en interés del depositante (*tradens*) que desea ahorrarse las molestias que ocasiona la guarda de una suma de dinero, la cual, sin embargo, queda siempre a su disposición en casa del depositario. b) La función económica es también diversa, puesto que aquí se trata de un depósito de fondos hecho por un particular en casa de un capitalista, en vez de ser un préstamo recibido por un particular de manos de un capitalista. c) El mutuo es, por excepción entre los contratos reales, un *negotium stricti juris*; por el contrario, el depósito es un *negotium bonae fidei* (3).

Las consecuencias de esta distinta naturaleza son las siguientes:

a) A diferencia del mutuo, en el depósito podían ser exigidos intereses en el caso de demora. b) Los intereses, en general, pueden ser convenidos por medio de un simple *pactum adjectum* (4), mien-

(1) V. Vangerow, ob. cit., pág. cit.—Dernburg, *Pand.*, pág. 93.—Windscheid, ob. cit., pág. 379.

(2) V., por ejemplo, Vangerow, ob. cit., pág. cit.—Dernburg, ob. cit., página 378, nota 3.—Windscheid, pág. 63, nota 5.—Girard, *Manuel élémentaire de Droit romain*, París, 1918, pág. 541.

(3) Sobre diferencia entre una y otra clase de contratos, v. Girard, ob. citada, págs. 442 y 447.

(4) Claro es que un pacto referente a los intereses normales, es decir, a la siempre *usura*, en el sentido romano de precio del uso, no se concibe más

tras que, como es sabido, en el mutuo era siempre necesaria una *stipulatio*, y aun se discute si pueden ser exigidos intereses, aun sin convención especial, cuando el depositario obtiene el mismo interés o saca cualquier otra ventaja por el uso del dinero recibido, teniendo en cuenta que se trata de un contrato de buena fe (1). Esta ventaja, tan importante desde el punto de vista de la vida del comercio, que el depósito tiene sobre el mutuo, de la facilidad de obtener intereses de la suma entregada, explica perfectamente el que los jurisconsultos romanos favorecieran en muchos casos esta forma de contrato con preferencia al de mutuo, y es, sin duda, también la causa de que perdurase el depósito irregular como tal depósito, y no como préstamo, a través de la Edad Media, cuando se trataba de eludir, mediante todas las combinaciones posibles, las disposiciones de la Iglesia encaminadas a suprimir la usura.

d) La acción para pedir la devolución de la cosa no es la *conditio certi ex mutuo*, sino la *actio depositi directa*, que, por tratarse de acción infamante, protege mejor al *tradens* en el depósito que en el mutuo. Por otra parte, esta acción no podía ser detenida: a), ni por la *exceptio compensationis*; b), ni por la *exceptio non numerata pecuniae*; c), ni por la *exceptio S. C. Macedoniani*; d), ni por el *ius retentionis*, y, por último, e), gozaba, cuando se había estipulado intereses, de un *privilegium exigendi* en el concurso del depositario.

e) El depositario podía a su arbitrio elegir el momento de la devolución de la suma depositada (*quoe quando voles et ubi voles confestim tibi numerabo*, dice la ley 24 D. de depts.).

9. La posibilidad de una figura irregular de depósito, del mismo modo que al lado del arrendamiento regular hay un arrendamiento irregular, aparece claramente evidenciada en el texto de *Alfeno* que vamos a copiar. El caso es éste: varias personas habían cargado, confundiéndolo entre sí, trigo de su propiedad en

que en el depósito irregular, porque en el regular no se permite el uso de las cosas depositadas, y falta, por tanto, el supuesto de uso lucrativo.

(1) Vangerow, ob. cit., pág. cit., admite esta posibilidad.—Windscheid, ob. cit., nota 2, se opone a esta conclusión, que, según él, no está justificada por la esencia del acto, porque aquí precisamente el *accipiens* asume el riesgo.

la nave de *Sanfeius*. *Sanfeius* había devuelto trigo a uno de los cargadores, tomándolo del montón común (1) y luego pereció el navío. Se pregunta si los otros podían intentar contra el patrón de la nave la acción de cargamento sustraído (*nauta agere possunt oneris aversi actione*) por su parte de trigo. «Respondit, rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur sicuti quum vestimenta fulloni curanda locarentur, aut ejusdem generis redderetur, veluti quum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut annuli; ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. *Idem juris esse in deposito; nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solvere.* (L. 31, D. loc. cond., 19, 2).

Claramente se deduce de este texto que cuando se deposita dinero contado y no cerrado ni sellado, se transfiere la propiedad al depositario, y éste queda solamente obligado a la devolución de una igual cantidad, a pesar de lo cual se trata de un verdadero depósito. Así como existe *duo genera locatarum rerum* y uno de ellos sigue siendo en lo esencial *locatio conductio*, a pesar de la transferencia de propiedad, así también existen *duo genera depositarum rerum*, y el acto no deja de ser depósito aun cuando la propiedad se transfiera al despositario.

Una doble enseñanza brota de este texto. En primer lugar, encontramos confirmado el rasgo distintivo que en la Introducción asignábamos al depósito irregular, que es, a saber: la transmisión de la propiedad de la cosa al depositario, desde el momento en que éste puede restituir, no las mismas cosas depositadas, sino otras de la misma especie y cantidad. No otra cosa significa la frase *in creditum iri* que *Alfeno* aplica al caso del arrendamiento irregular, pero que refiere también al depósito irregular cuando añade «*Idem juris esse in depositum...*» En estos dos casos, con efecto, al convertirse el *accipiens* en propietario de la cosa que recibe, el *tradens* transforma su derecho de propiedad sobre las mismas cosas entregadas en un derecho de crédito sobre *tantundem*. De modo

(1) Después veremos cómo en el Derecho alemán moderno este supuesto no se incluye en la figura del depósito irregular.

que así como en el caso normal de locación o de depósito *rem domini manere*, en el supuesto de la locación o del depósito irregulares *in creditum iri*, es decir, el propietario deviene acreedor.

En segundo término, este texto de Alfeno nos enseña que existe depósito irregular por el solo hecho de depositar en casa de alguien dinero contado (*numerata pecunia*) y sin cerrar ni sellar (*neque clausa neque obsignata*). Sin embargo, esta doctrina, acogida por gran número de autores (1), aparece contradicha en un famoso texto de Papiniano, que luego examinaremos, en el cual este jurisconsulto, con ocasión de un caso de *pecunia numerata* dada en depósito, presenta la doble hipótesis del depósito regular y del irregular, o sea aquel que *egreditur depositi notissimos terminos*.

JOAQUÍN GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE,

Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Central.

(Continuará.)

(1) Así, Valett, Seuffert, Vangerow, Dernburg, Sintonis, Wächter, Arndts, Swebpe, Neustetel, Wening, Ingenheim, Mülhauser.