

CAPÍTULO I

NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE DEPÓSITO IRREGULAR DE DINERO

1

UNA ACLARACIÓN TERMINOLÓGICA PREVIA: LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO (MUTUO Y COMODATO) Y LOS CONTRATOS DE DEPÓSITO

De acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia Española*, *préstamo* es la cosa o dinero que se entrega a otra persona para que lo use y después lo devuelva.¹ Tradicionalmente se viene considerando que existen dos tipos de préstamo: el préstamo *de uso*, en el que tan sólo se transfiere el uso de lo prestado, existiendo la obligación de devolver la cosa prestada una vez que la misma ha sido usada; y el préstamo *de consumo*, en el que se transfiere la propiedad de lo prestado, que se entrega para ser consumido, de manera que la obligación de devolución se refiere a entregar una cosa de la misma cantidad y calidad a la inicialmente recibida y consumida.²

El comodato

Se llama *comodato* (del latín *commodatum*) al contrato real y de buena fe por el que una persona —comodante— entrega a otra —comodatario— una cosa específica para que la use gratuitamente durante un cierto tiempo, al cabo del cual deberá restituirla, es decir, deberá devolver esa misma cosa.³ El contrato se califica de «real» porque exige la entrega de la cosa y se da, por ejemplo, cuando yo presto a un amigo mi coche para que haga un viaje. Es claro que, en este caso, el comodante sigue siendo propietario de la cosa prestada, y que la

¹ *Diccionario de la Real Academia Española*, 23.^a ed., Espasa Calpe, Madrid 2014, p.1179, acepción primera del término «prestar».

² Manuel Albaladejo, *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, vol. II, *Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, Librería Bosch, Barcelona 1975, p. 304.

³ Juan Iglesias, *Derecho romano: Instituciones de derecho privado*, 6.^a edición revisada y aumentada, Ediciones Ariel, Barcelona 1972, pp. 408-409.

obligación del que recibe la cosa es usarla adecuadamente y devolverla (el automóvil que le presta) después del plazo prefijado (cuando haya terminado el viaje). Las obligaciones de mi amigo, el comodatario, serán las de conservar la cosa (el coche o vehículo) diligentemente, servirse de ella para un uso debido (cumplir las reglas del tráfico y cuidarlo como si fuera el propietario) y devolverla al acabar el comodato (al terminar el viaje).

El mutuo

Aun teniendo el comodato cierta importancia en la práctica, más transcendencia económica tiene el préstamo de cosas *fungibles*⁴ y consumibles, como pueden ser el aceite, el trigo y, sobre todo, el dinero. Se denomina *mutuo* (del latín *mutuum*) aquél contrato por el cual una persona —el mutuante— entrega a otra —el mutuario o mutuatario— una determinada cantidad de cosas fungibles, con la obligación por parte de ésta de, transcurrido un determinado plazo, restituir una cantidad equivalente en cuanto a su género y calidad (lo que en latín se llama el *tantudem*). Un ejemplo típico de mutuo es el contrato de préstamo de dinero, que es el bien fungible por excelencia. Mediante este contrato, se entrega hoy una cantidad de unidades monetarias a otra persona, trasladándose la propiedad y la disponibilidad del dinero de aquel que concede el préstamo a aquel que lo recibe. El que lo recibe queda facultado para consumir o disponer como propio el dinero que le ha sido prestado, comprometiéndose a que, transcurrido un *plazo* determinado de tiempo, se devuelva el mismo número de unidades monetarias que recibió en préstamo. En el mutuo, como préstamo de bienes fungibles, lo que hay es, por tanto, un *intercambio de bienes* «*presentes*» a *cambio de bienes futuros*. Por eso, y a diferencia de lo que sucedía en el comodato, en el mutuo es normal el establecimiento del *pacto de intereses*, dado que, en virtud de la categoría de la preferencia temporal (según la cual, a igualdad de circunstancias, los bienes presentes siempre se prefieren a los bienes futuros), los seres humanos, por lo general, sólo estarán dispuestos a renunciar hoy a una determinada cantidad de unidades de un bien fungible, a cambio de recibir un número superior de unidades de bien fungible en el futuro (cuando transcurra el plazo). La diferencia, por tanto, entre el número de unidades que se entregan originariamente y las que se reciben del prestatario transcurrido el plazo es, precisamente, el interés. Resumiendo, en el mutuo, el prestamista asume la obligación de entregar las unidades prefijadas al prestatario o mutuatario, a no ser que la entrega forme parte del propio contrato. El prestatario o mutuatario que recibe el préstamo asume la obliga-

⁴ Son *fungibles* las cosas que pueden sustituirse por otras de la misma categoría. Es decir, las que no se toman en consideración individualmente, sino en cantidad, peso o por número de medida. Los romanos decían que eran fungibles las cosas *quae in genere suo functionem in solutione recipiunt*, es decir, las *res quae pondere numero mensurave constant*. Frequentemente las cosas consumibles son también fungibles.

ción de devolver otro tanto de la misma especie y calidad que lo recibido (*tantundem*), en el momento en que finalice el plazo de duración del mutuo. Igualmente viene obligado al pago de intereses, siempre que los mismos, como es lo normal, hayan sido pactados. La obligación esencial en el préstamo de bien fungible o mutuo es la de devolver otro tanto de la misma especie y calidad que lo recibido, aunque sufra alteración su precio, una vez que ha transcurrido el plazo prefijado para el préstamo. Significa esto que el prestatario, al no quedar obligado sino a la devolución del *tantundem* transcurrido un determinado plazo, se beneficia de ser temporalmente el *propietario* de la cosa y de tener, por tanto, la plena disposición de la misma. Además, es un elemento esencial del préstamo o mutuo la existencia de un *plazo determinado*, pues el mismo establece el periodo de tiempo durante el cual la disponibilidad y propiedad de la cosa será del prestatario, así como el momento a partir del cual el prestatario vendrá obligado a devolver el *tantundem*. *Sin el establecimiento explícito o implícito de un plazo determinado no puede concebirse que exista el contrato de mutuo o préstamo.*

El contrato de depósito

Así como los contratos de préstamo (en sus dos versiones de comodato y mutuo) suponen la transmisión de la disponibilidad de la cosa, que pasa del prestamista al prestatario durante un periodo de tiempo, existe otro contrato, el contrato de depósito, cuya esencia es que *la disponibilidad de la cosa no se transmite*. En efecto, el contrato de depósito (en latín *depositum*) es un contrato de buena fe por el que una persona —depositante o deponente— entrega a otra —depositario— una cosa mueble, para que la guarde, custodie y se la restituya en cualquier momento que se la pida. El depósito, por tanto, siempre se celebra en interés del depositante, tiene por fin esencial la *guarda* o *custodia* de la cosa y mantiene, mientras dura, la completa disponibilidad de la cosa a favor del depositante, de manera que éste pueda pedir la restitución de la misma *en cualquier momento*. La obligación del depositante es, aparte de entregar la cosa, retribuir los gastos del depósito al que lo recibe (si es que se ha pactado tal retribución, porque si no, el contrato será gratuito). La obligación del depositario es la de guardar y custodiar la cosa recibida con la máxima diligencia que es propia de un buen padre de familia, y restituirla *de inmediato* al depositante tan pronto como éste se la pida. Es claro que, a diferencia del préstamo, en el depósito *no existe plazo de duración* durante el cual se transfiera la disponibilidad de la cosa, sino que ésta siempre está custodiada y disponible a favor del depositante y el depósito se termina tan pronto como aquél demande la devolución de la cosa al depositario.

EL CONTRATO DE DEPÓSITO DE COSAS FUNGIBLES
O CONTRATO DE DEPÓSITO «IRREGULAR»

En muchas ocasiones de la vida real interesa depositar no cosas específicas (como podrían ser un cuadro, una joya o un cofre cerrado con monedas), sino bienes fungibles (como pueden ser hectolitros de aceite, metros cúbicos de gas, quintales de trigo, o millones de euros). Sin duda alguna, el depósito de bienes fungibles sigue siendo un depósito, en tanto que conserva como elemento esencial el de la plena disponibilidad de lo depositado a favor del que lo depositó, así como la obligación de guarda y custodia con la máxima diligencia por parte del depositario. La única diferencia frente al depósito regular o de cosas específicas es que, cuando el depósito de cosas fungibles se produce, éstas quedan indisolublemente entremezcladas con otras del mismo género y calidad (así, por ejemplo, en el almacén de grano o de trigo, en el depósito de aceite o almazara, o en la caja del banquero). Esta mezcla indistinguible entre diferentes unidades depositadas del mismo género y calidad hace que en el depósito de bienes fungibles pueda considerarse que se traslada la «propiedad» de la cosa depositada. Y es que, cuando el depositante vaya a retirar lo que depositó, éste ha de conformarse, como es lógico, con recibir el equivalente exacto, en cuanto a su cantidad y calidad de aquello que originariamente depositó, pero en ningún caso recibirá las mismas unidades específicas que entregó, pues dado su carácter fungible no es posible individualizarlas al quedar mezcladas de forma indistinguible junto con el resto de las existencias que obraban en poder del depositario. Por eso, al depósito de bienes fungibles, que conserva las características esenciales del contrato de depósito, al variar uno de sus elementos característicos (en el contrato de depósito regular o de cosa específica la propiedad no se transfiere, sino que la sigue teniendo el depositante, mientras que en el depósito de bienes fungibles puede considerarse que la propiedad se transfiere al depositario), se le ha denominado «depósito irregular».⁵ Sin embargo, hay que insistir en que la esencia del depósito sigue inalterada y en que el *depósito irregular* participa plenamente de la misma naturaleza esencial de todo depósito, que consiste en la obligación de *guarda o custodia*. En efecto,

⁵ Mi discípulo César Martínez Meseguer me ha convencido de que otra solución adecuada al problema que nos ocupa es la de considerar que en el depósito irregular no hay traslación verdadera de la propiedad, sino que ésta viene referida en abstracto al *tantundem* o cantidad de la cosa depositada y, como tal, siempre permanece a favor del depositante y no se traslada. Esta solución es, por ejemplo, la recogida en el caso de *commixtión* regulado en el artículo 381 de nuestro Código Civil, y que admite que «... cada propietario adquirirá un derecho proporcional a la parte que le corresponda». Aunque en el depósito irregular tradicionalmente se ha venido considerando otra cosa (el traslado efectivo de la propiedad sobre unas unidades físicas), parece más correcto admitir que la propiedad pueda definirse en los términos más abstractos del artículo 381 del Código Civil, en cuyo caso puede considerarse que no se produce traslación alguna de la misma cuando se efectúa un depósito irregular. Véase además la postura de Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil*, vol. II, tomo 2, Editorial Tecnos, Madrid 2018 (duodécima edición), p. 167.

en el depósito irregular existe siempre una *disponibilidad inmediata* a favor del depositante que, en cualquier momento, puede acudir al almacén de trigo, al depósito de aceite o a la caja del banco y retirar el equivalente de las unidades que originariamente entregó. Éste será el equivalente exacto tanto en cuanto a la cantidad como en cuanto a la calidad del bien entregado en cuestión o, como decían los romanos, el *tantundem eiusdem generis, qualitatis et bonetatis*.

Función económica y social que cumplen los depósitos irregulares

Los depósitos de bienes fungibles, como el dinero, también llamados depósitos irregulares, cumplen una importante función social, que no son capaces de cumplir los depósitos regulares entendidos como depósitos de cosas específicas. Así, sería muy costoso y tendría poco sentido depositar el aceite en vasijas separadas y numeradas (es decir, en forma de depósitos cerrados no traslativos de la propiedad), o colocar los billetes en un sobre cerrado en el que se indica su numeración individual. Aunque en estos casos extremos estaríamos ante un depósito regular no traslativo de la propiedad, se perdería la enorme eficacia y reducción de costes que supone el tratamiento conjunto e indistinguible de los diferentes depósitos,⁶ sin que ello implique ningún coste ni pérdida de disponibilidad para el depositante, que queda igualmente contento si recibe cuando lo solicite un *tantundem* igual en cuanto a su cantidad y calidad, pero no idéntico en cuanto a su contenido específico, a lo que originariamente entregó. Existen, además, otras ventajas a favor del depósito irregular. En el depósito regular o de cosas específicas, el depositario no responde si se produce la pérdida de la cosa entregada por caso fortuito o fuerza mayor, mientras que en el depósito irregular, el depositario responde incluso por caso fortuito, con lo cual a las ventajas tradicionales de disponibilidad inmediata y custodia de todo el depósito, el depósito irregular añade una cierta característica de *seguro* frente a la posibilidad de pérdida por caso fortuito.⁷

El elemento esencial del depósito irregular de dinero

La obligación de guarda y custodia que constituye el elemento esencial de todo depósito se concreta en el depósito irregular en una obligación de mantener siempre una completa disponibilidad del *tantundem* a favor del depositante. Es decir, así como en el depósito regular la cosa específica depositada ha de

⁶ En el caso concreto del depósito irregular de dinero, a estas ventajas hay que añadir la que deriva del eventual servicio de caja que con carácter generalizado se ofrece por parte de los banqueros depositarios.

⁷ Como bien indica Pasquale Coppa-Zuccari, «a differenza del deposito regolare, l'irregolare gli garantisce la restituzione del *tantundem* nella stessa specie e qualità, sempre ed in ogni caso ... Il deponente irregolare è garantito contro il caso fortuito, contro il quale il depositario regolare non lo garantisce; trovasi anzi in una condizione economicamente ben più fortunata che se fosse assicurato.» Véase Pasquale Coppa-Zuccari, *Il deposito irregolare*, Biblioteca dell' Archivio Giuridico Filippo Serafini, vol. VI, Módena 1901, pp. 109-110.

ser continuamente guardada de forma diligente e *in individuo*, en el depósito de bienes fungibles lo que continuamente ha de ser guardado, custodiado y mantenido a disposición del depositante es el *tantundem*, es decir, el equivalente en cantidad y calidad a lo originariamente entregado. Significa esto que *la custodia en los depósitos irregulares consiste en la obligación de tener siempre a disposición del depositante una cantidad y calidad igual a la recibida*. Este «tener siempre a disposición del depositante una cantidad y calidad igual a la recibida de cosas determinadas», aunque se renueven de continuo o se sustituyan, equivale para las cosas fungibles a lo que para las infungibles es la existencia de la cosa *in individuo*. Es decir, el propietario del almacén de trigo o depósito de aceite podrá disponer del aceite o trigo *específico* que se le entregó, bien para su propio uso o bien para devolvérselo a otro depositante, *siempre y cuando mantenga a disposición del depositante originario una cantidad y calidad igual a la depositada*. En el caso del depósito de dinero, es aplicable la misma norma. Si yo te deposito un billete de quinientos euros, puede considerarse que te traslado la propiedad del billete específico, que podrás utilizar para tus propios gastos o para cualquier otro uso, siempre y cuando conserves en tu poder una cantidad equivalente de quinientos euros (en forma, por ejemplo, de otro billete de quinientos euros o de cinco billetes de cien euros o de cincuenta de diez) para que, en el momento en que yo te pida su reembolso, tú me los puedas pagar de inmediato sin poner traba ni excusa alguna.⁸

En suma, de acuerdo con la lógica inmanente a la institución del depósito irregular, basada en principios universales del derecho, el elemento esencial de la guarda o custodia se materializa en la exigencia de tener, continuamente, a disposición del depositante un *tantundem* igual al que originariamente se depositó. Y esto, en el caso concreto del bien fungible por excelencia, que es el dinero, significa que la obligación de custodia exige el mantenimiento en todo momento de un coeficiente de caja del 100 por cien a disposición del depositante.

⁸ Coppa-Zuccari quizá haya expresado mejor que nadie este principio esencial del depósito irregular cuando manifestó que el depositario «risponde della diligenza di un buon padre di famiglia indipendentemente da quella che esplica nel giro ordinario della sua vita economica e giuridica. Il depositario invece, nella custodia delle cose ricevute in deposito, deve spiegare la diligenza, *quam suis rebus adhibere solet*. E questa diligenza diretta alla conservazione delle cose proprie, il depositario esplica: in rapporto alle cose infungibili, con l'impedire che esse si perdano o si deteriorino; il rapporto alle fungibili, col curare di averne sempre a disposizione la medesima quantità e qualità. Questo *tenere a disposizione* una eguale quantità è qualità di cose determinate, si rinnovellino pur di continuo e si sostituiscano, equivale per le fungibili a ciò che per le infungibili è l'esistenza della cosa *in individuo*.» Pasquale Coppa-Zuccari, *Il deposito irregolare*, ob. cit. p. 95. Esta misma tesis es citada por Joaquín Garrigues en sus *Contratos bancarios*, Madrid 1975, p. 365, y es mantenida, igualmente, por Juan Roca Juan en su artículo sobre el depósito de dinero (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo XXII, vol. 1, Editorial Revista del Derecho Privado EDERSA, Madrid 1982, pp. 246-255), y en el que llega a la conclusión de que en el depósito irregular la obligación de custodia consiste, precisamente, en que el depositario «debe tener a disposición del deponente, en cualquier momento, la cantidad depositada, y por lo tanto debe guardar el número de unidades de la especie necesario para restituir la cantidad *cuando le sea pedida*» (p. 251). Es decir, en el caso del depósito irregular de dinero, la obligación de custodia se materializa en la exigencia de mantener, continuamente, un coeficiente de caja del 100 por cien.

Consecuencias del incumplimiento de la obligación esencial en el depósito irregular

El incumplimiento de la obligación de custodia en el depósito da lugar, como es lógico, a la obligación de indemnizar al depositante, y si tal incumplimiento es doloso y consiste en la utilización para uso propio de la cosa depositada, supone la comisión de un delito de *apropiación indebida*. Así, en el depósito regular, si el que recibe, por ejemplo, un cuadro en depósito lo usa o vende en beneficio propio, comete un delito de apropiación indebida. El mismo delito se considera que comete en el depósito irregular de bienes fungibles aquel depositario que utiliza con ánimo de lucro y en beneficio propio las cantidades depositadas, sin mantener el *tantundem* equivalente en todo momento a disposición del depositante. Esto sucedería si el almacenista de aceite no guardara en sus depósitos una cantidad igual a la total que le ha sido depositada, o si el que recibió el dinero en depósito hiciera en beneficio propio uso del mismo de cualquier forma (gastándoselo en su propio provecho o prestándolo), pero no manteniendo, en todo momento, un coeficiente de caja del 100 por cien.⁹ Así, el penalista Antonio Ferrer Sama ha explicado que si el depósito consistió en una cantidad de dinero y en la obligación de devolver otra equivalente (depósito irregular) y el depositario invierte tal cantidad en provecho propio, disponiendo de ella, habrá que «distinguir, a efectos de su responsabilidad penal, dos supuestos, según que al hacerlo cuente con solvencia económica suficiente para que en cualquier momento pueda devolver la cantidad que recibió en depósito, o, por el contrario, que al disponer de la cantidad recibida *no tenga numerario propio con que hacer frente a su obligación de restituir en cualquier momento en que para ello sea requerido por el deponente*. En el primer caso no existe delito de apropiación indebida... Por el contrario, cuando al disponer de la cantidad recibida no tenga en su poder metálico bastante para responder ante el deponente, el delito de apropiación indebida queda consumado» desde el momento mismo en que dispuso en beneficio propio de la cantidad depositada y dejó de poseer un *tantundem* equivalente al que se le entregó.¹⁰

⁹ Otros delitos conexos son los que se cometen en aquellos casos en los que el depositario que recibe el depósito *falsifica* el número de certificados o resguardos de entrega. Tal sería el caso del almacenista de aceite que emitiese resguardos de entrega falsos para ser negociados por terceros y, en general, el de todo depositario de un bien fungible (incluido el dinero) que emitiese certificados o resguardos en un importe superior a la cantidad efectivamente depositada. Es evidente que en este caso nos encontraríamos ante los delitos de *falsificación de documento* (por la emisión del certificado falso) y de *estafa* (si con la emisión de tal certificado se pretendía engañar a terceros obteniendo un lucro determinado). Más adelante constataremos cómo el proceso histórico de evolución de la banca se basa en la comisión de tales figuras delictivas en relación con el «negocio» de emisión de billetes de banco.

¹⁰ Antonio Ferrer Sama, *El delito de apropiación indebida*, Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Murcia, Editorial Sucesores de Nogués, Murcia 1945, pp. 26-27. Como hemos indicado en el texto y también explica Eugenio Cuello Calón (*Derecho penal*, Editorial Bosch, Barcelona 1972, tomo II, parte especial, vol. 2, 13.^a edición, pp. 952-

Reconocimiento por la jurisprudencia de los principios esenciales del derecho que regulan el contrato de depósito irregular de dinero (coeficiente de caja del 100 por cien)

El principio de la exigencia de un coeficiente de caja del 100 por cien, como materialización del elemento esencial de guarda y custodia en el caso del depósito irregular de dinero, ha sido mantenido por la jurisprudencia europea incluso hasta en el siglo pasado. Así, un fallo del Tribunal de París de 12 de junio de 1927 condenó a un banquero por el delito de apropiación indebida por haber utilizado, siguiendo la práctica común bancaria, los fondos que había recibido en depósito de su cliente. Otro fallo del mismo Tribunal, de 4 de enero de 1934, mantuvo la misma posición.¹¹ Igualmente, y al producirse en España la quiebra del Banco de Barcelona, el Juzgado de Primera Instancia del norte de esa capital, ante la reclamación de los cuentacorrentistas del banco que demandaban ser clasificados en la quiebra como titulares de un depósito, dictó una sentencia en la que reconocía a los imponentes como depositantes, y por tanto su carácter preferente de acreedores de dominio. La

953), el delito se consuma en el momento en que se verifica la apropiación o la distracción y surge, realmente, con el ánimo de apropiación que, como hecho íntimo que es, ha de apreciarse por actos externos (como la enajenación, consumo o préstamo de la cosa), y no cuando el mismo es descubierto, generalmente mucho después, por parte del depositante que, yendo a retirar su depósito, vio, con sorpresa, cómo el depositario no le podía entregar de inmediato el correspondiente *tantundem*. Miguel Bajo Fernández, Mercedes Pérez Manzano y Carlos Suárez González, por su parte (*Manual de derecho penal*, parte especial, «Delitos patrimoniales y económicos», Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1993), también concluyen que el delito se consuma en el mismo momento en que se produce el acto de disposición, sin que sean precisos sus ulteriores resultados, subsistiendo el delito aun cuando se recupere el objeto o el autor no se haya lucrado con la apropiación, *incluso aunque se pueda hacer frente a la entrega del tantundem en el momento en que el mismo sea requerido* (p. 421). Estos mismos autores manifiestan que existe una laguna de punición político-criminal inaceptable en el derecho penal español, en relación con otros derechos en los que existen «disposiciones específicas sobre delitos societarios y sobre el abuso de confianza, a las que sería posible reconducir los comportamientos ilícitos cometidos por los bancos en relación con el depósito irregular de cuenta corriente» (p. 429). En el caso concreto del derecho penal español, el artículo que regula la apropiación indebida y que comenta Antonio Ferrer Sama es el 252 del nuevo Código Penal de 1996 (art. 528 del antiguo), que dice: «Serán castigados con las penas señaladas del artículo 249 o 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso del depósito necesario o miserable.» Finalmente, el trabajo más completo sobre los aspectos penales relativos a la apropiación indebida de dinero, que trata *in extenso* la posición de los profesores Ferrer Sama, Bajo Fernández y otros, es el de Norberto J. de la Mata Barranco, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación: el dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida*, Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU, S.A.), Barcelona 1994, especialmente las pp. 407-408 y 512.

¹¹ Estas decisiones jurisprudenciales son recogidas por Jean Escarra en sus *Principes de droit commercial*, p. 256, y a ellas se refiere también Joaquín Garrigues en sus *Contratos bancarios*, ob. cit., pp. 367-368.

sentencia se basó en que el derecho de los bancos a hacer uso del dinero de las cuentas corrientes en metálico está forzosamente limitado por la obligación de tener de una manera constante los fondos de dichas cuentas a disposición del cuentacorrentista, por lo que esta limitación legal en la disponibilidad impedía admitir que los fondos depositados en una cuenta corriente pudieran ser considerados por el Banco como de su exclusiva pertenencia.¹² Aunque el Tribunal Supremo español no tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el caso concreto de la quiebra del Banco de Barcelona, una sentencia de nuestro más alto Tribunal de 21 de junio de 1928 llegó a una conclusión muy semejante concluyendo que «según los usos y costumbres mercantiles reconocidos y admitidos por la jurisprudencia, [el contrato de depósito de dinero] consiste en la imposición de cantidades, que quien las recibe, si bien no contrae la obligación de conservar para el imponente el mismo metálico o valores entregados..., sí debe tener a su disposición el importe de lo entregado, a fin de devolvérselo, total o parcialmente, en el instante en que el interesado lo reclama, no adquiriendo en su virtud el que los posee la libre disposición de las mismas, ya que, obligado a reintegrarlas en el momento que se le pidan, ha de conservar constantemente numerario suficiente para satisfacerla».¹³

3

LAS DIFERENCIAS ESENCIALES EXISTENTES ENTRE LOS CONTRATOS DE DEPÓSITO IRREGULAR Y DE PRÉSTAMO DE DINERO

Gran importancia tiene recapitular e insistir en el presente epígrafe en cuáles son las esenciales diferencias que existen entre el contrato de depósito irregular y el contrato de préstamo, ambos de dinero. Esto es así porque, como tendremos ocasión de ver en diferentes contextos más adelante, gran parte de las confusiones y errores jurídicos y económicos sobre el tema que nos ocupa se derivan de la falta de comprensión de las esenciales diferencias que existen entre ambos contratos.

¹² «Dictamen de Antonio Goicoechea», en *La Cuenta corriente de efectos o valores de un sector de la banca catalana y el mercado libre de valores de Barcelona*, Imprenta Delgado Sáez, Madrid 1936, pp. 233-289, y en especial las pp. 263-264. También Joaquín Garrigues se refiere a esta sentencia en sus *Contratos bancarios*, ob. cit., p. 368.

¹³ Se trata de una sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por el Banco de Cartagena en un pleito promovido por la Sindicatura de la quiebra de la Compañía de navegación «Bengolea». Su ponente fue el magistrado José García Valdecasas. Esta sentencia es citada en el estudio de José Luis García-Pita y Lastres, «Los depósitos bancarios de dinero y su documentación», publicado en la *Revista de derecho bancario y bursátil*, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, octubre-diciembre de 1993, pp. 919-1008, y concretamente la p. 991. Igualmente existe una referencia a esta sentencia en Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios*, ob. cit., p. 387.

El diferente contenido del derecho de propiedad que se traslada en ambos contratos

En primer lugar, es preciso señalar que la incapacidad de distinguir claramente entre el depósito irregular y el préstamo tiene su origen en la exagerada e indebida importancia que se ha concedido al hecho de que, como ya sabemos, en el depósito irregular de dinero o de cualquier otro bien fungible, pueda considerarse que se traslada, al «igual» que en el préstamo o mutuo, la propiedad de la cosa depositada al depositario. Ésta es la única «similitud» que existe entre ambos tipos de contrato, y la que ha llevado al error a muchos tratadistas que han tenido así a confundirlos de forma injustificada.

Ya hemos visto cómo, en el depósito irregular, la transmisión de la «propiedad» era una exigencia secundaria, derivada de ser el objeto del depósito un bien fungible, incapaz de ser individualizado de forma específica, y en relación con el cual se conseguían muchas ventajas efectuando el depósito de manera indistinguible junto con otras múltiples partidas fungibles del mismo bien. En efecto, al no poder exigirse, en términos estrictamente jurídicos y por razones de imposibilidad física, la devolución de las unidades concretas depositadas, puede parecer necesario considerar que se produce una «traslación» de la propiedad *en cuanto a las unidades específicas* e individualizadas que se depositaron por no ser éstas distinguibles. De manera que el depositario o almacenista se convierte en «propietario», pero sólo en el sentido de tener libertad para, siempre que mantenga en todo momento el *tantundem*, distribuir las unidades específicas e indistinguibles que recibió como quiera. Es a esto, y solamente a esto, a lo que alcanza la traslación del derecho de propiedad en el caso del depósito irregular y no, como ocurre en el caso del contrato de préstamo, a la completa disponibilidad de la cosa prestada mientras no haya vencido el plazo de duración del contrato. Por tanto, incluso en relación con el único elemento en que podría considerarse que existe «similitud» entre el depósito irregular y el préstamo de dinero (la supuesta «traslación» de la propiedad), ha de entenderse que tal traslación de la propiedad tiene un sentido económico y jurídico muy distinto en uno y en otro contrato. Y ello hasta el punto de que, como ya hemos explicado en la nota 5, quizás lo más adecuado sea considerar que en el depósito irregular no se produce traslación alguna de propiedad, sino que el depositante conserva en todo momento su propiedad en abstracto sobre el *tantundem*.

Diferencias esenciales de naturaleza económica entre ambos contratos

La razón de ser de este diferente contenido jurídico radica en la esencial diferencia entre ambos tipos de contrato, que a su vez se deriva del distinto *substrato económico* en el que ambos se fundamentan. Así, Ludwig von Mises, con su habitual claridad, ha puesto de manifiesto que el préstamo «in the economic sense means the exchange of a present good or a present service against a future good or a future service. Then it is hardly possible to include the transactions in question under the conception of credit. A depositor of a sum of money who acquires in exchange for it a claim convertible into money at any time which will perform

exactly the same service for him as the sum it refers to, has exchanged no present good for a future good. The claim that he has acquired by his deposit is also a present good for him. The depositing of the money in no way means that he has renounced immediate disposal over the utility that it commands». Y concluye que el depósito «is not a credit transaction, because the essential element, the exchange of present goods for future goods, is absent». ¹⁴ Por tanto, en el depósito irregular de dinero no hay una renuncia a bienes presentes a cambio de una cantidad superior de bienes futuros transcurrido un periodo de tiempo, sino que se produce simplemente un cambio en la forma de disfrutar de la disponibilidad de bienes presentes. Esta modificación se efectúa porque, en múltiples circunstancias, al depositante le parece más interesante desde su punto de vista subjetivo (es decir, que cree que logra de mejor manera sus fines) efectuar un depósito irregular de dinero de manera indistinguible (antes nos hemos referido, entre otras, a las ventajas de asegurar el riesgo de pérdida por caso fortuito así como de aprovecharse del servicio de caja que proporcionan los bancos a través de la operación conjunta de cuenta corriente). Por el contrario, la esencia del contrato de préstamo es radicalmente distinta. En el contrato de préstamo lo que se pretende, precisamente, es *renunciar* hoy a una disponibilidad de bienes presentes, que se transfiere al que recibe el préstamo para que la use y utilice; y todo ello con vistas a obtener a cambio, en el futuro, cuando haya transcurrido el plazo pre establecido en el contrato, una cantidad, generalmente superior, de bienes futuros. Decimos generalmente superior, pues dada la categoría lógica e inherente a toda acción humana de la preferencia temporal, según la cual, en igualdad de circunstancias, los bienes presentes se prefieren siempre a los bienes futuros, es preciso añadir a los bienes

¹⁴ Ludwig von Mises, *The Theory of Money and Credit*, Liberty Classics, Indianápolis 1980, pp. 300-301. Esta es la mejor edición inglesa de la traducción a este idioma de H.E. Batson de la segunda edición alemana publicada en 1924 de *Theorie des Geldes und der Umlaufsmittel*, publicada por Duncker & Humblot en Munich y Leipzig. La primera edición se publicó en 1912, la segunda en 1924. Existían de esta obra dos traducciones al español bastante deficientes: una de Antonio Riaño, publicada con el título de *Teoría del dinero y del crédito* por M. Aguilar, Madrid 1936, y otra de José María Claramunda Bes, publicada por Ediciones Zeus (Barcelona 1961). Unión Editorial, por su parte, publicó una tercera edición española muy mejorada. Nosotros seguiremos esta edición, en la que se traduce el pasaje recogido en el texto principal de la siguiente manera: el depósito de dinero «económicamente no es un caso de transacción crediticia. Si crédito en sentido económico significa cambio de bienes o servicios presentes por bienes o servicios futuros, resulta muy difícil incluir las operaciones de referencia bajo el concepto de crédito. El que deposita una suma de dinero y obtiene por ella títulos convertibles en dinero en cualquier momento que realizan para él exactamente el mismo servicio que la suma a que hacen referencia, no cambia bienes presentes por bienes futuros, pues el título que ha adquirido por su depósito es para él también un bien presente. El hecho de que haya depositado dinero no significa en modo alguno que renuncie a disponer inmediatamente de la utilidad que pueda procurarle.» ... El depósito, por tanto, «no es una transacción crediticia, pues le falta el elemento esencial: el intercambio de bienes presentes por bienes futuros.» Ludwig von Mises, *Teoría del dinero y del crédito*, Unión Editorial, Madrid 1997, pp. 242 y 243. Una buena recapitulación de las diferencias entre depósitos y préstamos es la de Philipp Bagus, David Howden y Walter Block, «Deposits, Loans, and Banking: Clarifying the Debate», *American Journal of Economics and Sociology*, vol. 72, n.º 3, julio 2013, pp. 627-644.

futuros que se van a percibir un importe diferencial en forma de interés. De lo contrario sería difícil encontrar a quien estuviese dispuesto a renunciar a la disponibilidad de bienes presentes que supone todo préstamo.

Por tanto, desde el punto de vista económico, es clarísima la diferencia entre ambos contratos: en uno, el de depósito irregular, no hay transferencia de bienes presentes a cambio de bienes futuros, mientras que en el otro sí; como consecuencia de lo anterior, en el depósito irregular, no hay transferencia de la disponibilidad de la cosa, sino que ésta siempre sigue en «manos» del depositante (a pesar de que, desde el punto de vista jurídico en cierto sentido se pueda considerar que se ha transferido la «propiedad»), mientras que en el contrato de préstamo siempre existe una traslación de la disponibilidad que va desde el que concede el préstamo al que lo recibe; además, en el contrato de préstamo es característico el pacto de intereses, mientras que en el contrato de depósito irregular de dinero, el pacto de intereses es *contra naturam* y carece de sentido. Coppa-Zuccari, con su habitual perspicacia, explica que la imposibilidad absoluta de incluir el pacto de intereses en el contrato de depósito irregular es, desde el punto de vista jurídico, consecuencia inmediata del derecho que se concede al deponente de retirar *en cualquier momento* el depósito, y de la correlativa obligación del depositario de tener continuamente a disposición del depositante el correspondiente *tantundem*.¹⁵ Ludwig von Mises igualmente señala que para el depositante es posible realizar los depósitos sin demandar ningún tipo de interés precisamente porque «the claim obtained in exchange for the sum of money is equally valuable to him whether he converts it sooner or later, or even not at all; and because of this it is possible for him, without damaging his economic interests, to acquire such claims in return for the surrender of money without demanding compensation for any difference in value arising from the difference in time between payment and repayment, such, of course, as does not in fact exist».¹⁶ Y es que, dado el substrato económico del contrato de depósito irregular de dinero, que no supone el intercambio de bienes presentes por

¹⁵ «Conseguenza immediata del diritto concesso al deponente di ritirare in ogni tempo il deposito e del correlativo obbligo del depositario di renderlo alla prima richiesta e di tenere sempre a disposizione del deponente il suo *tantundem* nel deposito irregolare, è l'impossibilità assoluta per il depositario di corrispondere interessi al deponente.» Pasquale Coppa-Zuccari, *Il deposito irregolare*, ob. cit., p. 292. Coppa-Zuccari igualmente matiza que esta incompatibilidad entre el depósito irregular y los intereses no alcanza, como es lógico, al caso completamente distinto de la concesión de intereses cuando el depositario se convierte en moroso al no devolver el dinero cuando se le solicita. Por eso la figura del denominado *depositum confessatum* fue, como luego veremos, utilizada sistemáticamente a lo largo de la Edad Media como triquiñuela jurídica para circunvalar la prohibición canónica del cobro de intereses en los préstamos.

¹⁶ Ludwig von Mises, *The Theory of Money and Credit*, ob. cit., p. 301. En la traducción española: «El título obtenido por la suma de dinero depositado es para el depositante igualmente valioso, ya lo convierta más pronto o más tarde, o no lo haga en absoluto; y por eso puede, sin perjudicar sus intereses económicos, adquirir tales títulos a cambio de la entrega de dinero, sin exigir compensación por cualquier diferencia de valor derivada de la diferencia de tiempo entre el momento del pago y el del reembolso, pues, de hecho, tal diferencia de valor no existe» (p. 242).

bienes futuros, el mantenimiento continuado de la disponibilidad a favor del depositante y la incompatibilidad con el pacto de intereses son consecuencia lógica y directa de la esencia jurídica de un contrato, el de depósito irregular, que es radicalmente distinta de la esencia jurídica del contrato de préstamo.¹⁷

Diferencias esenciales de naturaleza jurídica entre ambos contratos

El elemento jurídico esencial del contrato de depósito irregular es el de la *guarda o custodia* del dinero que se entrega. Ésta es la motivación o *causa del contrato*¹⁸ que prepondera sobre todas las demás en la consideración de las partes que deciden efectuar y recibir un depósito irregular, y es radicalmente distinta de la causa esencial del contrato de préstamo, que consiste en transferir la disponibilidad de lo prestado para que el prestatario lo utilice o lo use durante un periodo de tiempo. De esta diferencia esencial en la causa de ambos tipos de contrato surgen también otras dos diferencias jurídicas importantes: primera, en el contrato de depósito irregular está ausente el *plazo de tiempo*, que es el elemento esencial que determina la existencia o no de un contrato de préstamo. En efecto, así como es imposible concebir el contrato de préstamo de dinero sin que sea precisado un plazo de tiempo (durante el cual no sólo se transmite la propiedad sino que además se pierde la disponibilidad), al finalizar el cual es preciso devolver el *tantundem* de dinero que originariamente se prestó más sus intereses, en el contrato de depósito irregular *no existe plazo alguno*, sino que la disponibilidad a favor del depositante es permanente y éste en cualquier momento puede retirar su *tantundem*.¹⁹ La segunda diferencia jurídica esencial se

¹⁷ El hecho de que sea incompatible el pacto de intereses con el contrato de depósito irregular de dinero no significa que éste haya de ser un contrato gratuito. En efecto, de acuerdo con su propia naturaleza, es normal que en el depósito irregular se pacte el pago por el depositante y a favor del que recibe el depósito o depositario de una determinada cantidad en concepto de gastos por la custodia del depósito o mantenimiento de la cuenta. El hecho de que se pague un interés explícito o implícito es un indicio racional que debe llevar al convencimiento de que se está violando la obligación esencial de custodia en el contrato de depósito irregular, y de que el depositario está utilizando en beneficio propio el dinero de sus depositantes, apropiándose indebidamente de parte del *tantundem* que debía mantener en todo momento a favor de los mismos.

¹⁸ J. Dabin, *La teoría de la causa: estudio histórico y jurisprudencial*, traducido por Francisco de Pelsmaeker y adaptado por Francisco Bonet Ramón, 2.ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1955, pp. 24 y ss. Que la causa del contrato de depósito irregular es la de guarda o custodia y es distinta de la causa del contrato de préstamo es reconocido incluso por autores que, como García-Pita u Ozcariz-Marco, no terminan de aceptar que la consecuencia lógica ineludible de su punto de partida sea la exigencia de un coeficiente de caja del 100 por cien para los depósitos a la vista de la banca. Véanse José Luis García-Pita y Lastres, «Depósitos bancarios y protección del depositante», *Contratos bancarios*, Colegios Notariales de España, Madrid 1996, pp. 119-266, y especialmente las pp. 167 y 191; «El depósito bancario de efectivo», en *Contratos bancarios y parabancarios*, VV.AA., Cap. XXII, Edit. Lex Nova, Valladolid 1998, pp. 888-1001; Florencio Ozcariz Marco, *El contrato de depósito: estudio de la obligación de guarda*, J.M. Bosch Editor, Barcelona 1997, pp. 37 y 47; y, sobre todo, Teresa Hualde de Manso, «Causa, función y perversión del depósito bancario a la vista», *Revista de derecho bancario y bursátil*, n.º 136, oct.-dic. 2014, pp. 127-170.

refiere a las obligaciones de las partes: en el contrato de depósito irregular la obligación jurídica derivada de la esencia del contrato consiste, como ya sabemos, en la *custodia* o *guarda* con la diligencia propia de un buen padre de familia del *tantundem* que continuamente tendrá que estar a disposición de la parte que efectuó el depósito;²⁰ en el contrato de préstamo tal obligación no existe, y el prestatario puede hacer uso de la cantidad que se le prestó con total libertad. Queda ahora aclarada la importante matización que hicimos anteriormente respecto al muy distinto significado que tiene el hecho jurídico de la «transmisión de propiedad» en ambos contratos. Pues así como la «transmisión» de la propiedad en el contrato de depósito irregular, aun pudiéndose considerar una exigencia de la naturaleza fungible de las cosas que se depositan, no supone la transferencia simultánea de la disponibilidad del *tantundem*, en el contrato de préstamo, la transferencia de la propiedad es *plena* y sí que existe una completa libertad de disponibilidad del *tantundem* que se transfiere del prestamista al prestatario.²¹ A continuación incluimos el Cuadro I-1, en el que se resumen de manera sinóptica las diferencias que hemos estudiado en este epígrafe.

¹⁹ Los civilistas son unánimes a la hora de señalar el carácter *esencial* del plazo en el contrato de préstamo, a diferencia de lo que sucede en el contrato de depósito irregular donde *tal plazo no existe*. Así, Manuel Albaladejo insiste en que el mutuo se acaba, y lo prestado debe devolverse, cuando dicho plazo ha terminado (por ejemplo, véase el art. 1125 del Código Civil), indicando incluso que si no se ha señalado de forma explícita tal plazo, *como el mismo forma parte inseparable de la naturaleza esencial del contrato de préstamo*, siempre hay que deducir que se ha querido conceder un plazo al deudor, y habrá que dejar a un tercero (los tribunales) la fijación del plazo correspondiente (ésta es la solución adoptada en el art. 1128 del Código Civil). Véase Manuel Albaladejo, *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, vol. II, *Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, ob. cit., p. 317.

²⁰ Evidentemente, la continua disponibilidad a favor del depositante se refiere al *tantundem*, y no a la disponibilidad concreta de las mismas unidades específicas que se depositaron. Es decir, aunque se traslade la propiedad de las unidades físicas concretas depositadas y se haga uso de su disponibilidad específica, *el depositario no gana disponibilidad real alguna*, pues la disponibilidad que gane del uso de las cosas específicas recibidas se ve exactamente compensada con la exigencia de perder una disponibilidad equivalente de otras unidades específicas que previamente tuviera en su poder, y que se deriva de la obligación de mantener el *tantundem* siempre a disposición del depositante. Esta continua disponibilidad a favor del depositante se suele denominar, en relación con el contrato de depósito de dinero, con la expresión «a la vista», de manera que las llamadas cuentas corrientes o depósitos «a la vista» recogen, muy gráficamente y gracias a la citada expresión, la motivación esencial e inconfundible del contrato, y que no es otra que la del mantenimiento continuo de la disponibilidad a favor del depositante.

²¹ Es preciso aclarar aquí que existe un contrato denominado de «depósito a plazo» cuyas características, tanto económicas como jurídicas, son las de un verdadero préstamo, y no las de un depósito. Es importante resaltar que este uso terminológico induce a error y enmascara la existencia de lo que no es sino un verdadero contrato de préstamo, en el que se transfieren bienes presentes a cambio de bienes futuros, se pierde la disponibilidad del dinero durante un *plazo* determinado y se tiene derecho a cobrar los correspondientes intereses. La utilización de esta confusa terminología enmaraña y ofusca aún más la posibilidad de que los ciudadanos distingan cuándo se encuentran ante un verdadero depósito (a la vista) y cuándo ante un contrato de préstamo (a plazo), y ha sido interesadamente mantenida de forma continua por todos aquellos agentes económicos que se aprovechan de la actual confusión. Ésta se agrava aún más en aquellas numerosas ocasiones de la

CUADRO I-1

DIFERENCIAS ESENCIALES ENTRE DOS CONTRATOS
RADICALMENTE DISTINTOS*Depósito Irregular de Dinero**De Contenido Económico:*

1. No se cambian bienes presentes por bienes futuros
 2. Existe una disponibilidad completa y continua a favor del depositante
 3. No hay intereses, pues no se cambian bienes presentes por bienes futuros
1. Sí se cambian bienes presentes por bienes futuros
 2. La disponibilidad se traslada enteramente al prestatario y la pierde el prestamista
 3. Hay intereses, pues hay intercambio de bienes presentes por bienes futuros

De Contenido Jurídico:

1. El elemento esencial es la *custodia* o guarda del *tantundem* que constituye la motivación básica del depositante
 2. No existe plazo de devolución, sino que el contrato es «a la vista»
 3. La obligación del depositario es mantener en todo momento el *tantundem* a disposición del depositante (100% de coeficiente de caja)
1. El elemento esencial es el traslado de la disponibilidad de los bienes presentes a favor del prestatario
 2. El contrato exige fijar un *plazo* para devolver lo prestado y calcular y pagar los intereses
 3. La obligación del prestatario es devolver el *tantundem* transcurrido el plazo, abonando además los intereses pactados

4

EL DESCUBRIMIENTO POR LA CIENCIA JURÍDICA ROMANA
DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN RELACIÓN
CON EL CONTRATO DE DEPÓSITO IRREGULAR DE DINERO**El surgimiento de los principios tradicionales del derecho según Menger, Hayek y Leoni**

Los principios universales y tradicionales del derecho que hemos explicado en el apartado anterior en relación con el contrato de depósito irregular no han surgido en el vacío, ni son resultado de ningún conocimiento *a priori*. Y es que el derecho, entendido como conjunto de normas e instituciones a las que de

práctica bancaria en que los «depósitos» a plazo (que deberían ser verdaderos préstamos) se convierten *de facto* en depósitos «a la vista», al ofrecer los bancos la posibilidad de obtener su reembolso en cualquier momento y sin penalidad.

manera constante, repetitiva y pautada se adaptan los comportamientos de los seres humanos, se ha ido formando y depurando de una manera evolutiva y consuetudinaria. Quizá sea una de las aportaciones más importantes de Carl Menger el haber desarrollado toda una teoría económica de las instituciones sociales, de acuerdo con la cual éstas surgen como resultado de un proceso evolutivo en el que interactúan innumerables seres humanos, cada uno de ellos provisto de su pequeño acervo exclusivo y privativo de conocimientos subjetivos, experiencias prácticas, anhelos, preocupaciones, objetivos, dudas, sensaciones, etc. Surge así de manera evolutiva y espontánea una serie de comportamientos pautados o *instituciones* que, no sólo en el campo jurídico, sino también en el económico y lingüístico, hacen posible la vida en sociedad. Menger descubrió que el surgimiento de las instituciones es el resultado de un proceso social constituido por una multiplicidad de acciones humanas y que siempre se encuentra liderado por un pequeño, en términos relativos, grupo de seres humanos concretos de carne y hueso que, en sus circunstancias históricas particulares de tiempo y lugar, son capaces de descubrir antes que los demás que logran más fácilmente sus fines adoptando y realizando determinados comportamientos pautados. Se pone de esta forma en funcionamiento un proceso descentralizado de prueba y error en el que tienden a preponderar a lo largo de diversas generaciones los comportamientos que mejor coordinan los desajustes sociales, de manera que, a través de un proceso social inconsciente de aprendizaje e imitación, el liderazgo iniciado por los seres humanos más creativos y exitosos en sus acciones se extiende y es seguido por el resto de los miembros de la sociedad. Además, en ese proceso evolutivo, aquellas sociedades que antes incorporan los principios e instituciones más adecuados tienden a extenderse y preponderar sobre los otros grupos sociales. Aunque Menger desarrolla su teoría aplicándola a una institución económica concreta, la del surgimiento y evolución del *dinero*, también menciona que el mismo esquema teórico esencial puede aplicarse, sin mayores dificultades, para explicar el surgimiento y evolución del *lenguaje*, y también al campo que ahora más nos interesa de las *instituciones jurídicas*. Se da así la paradójica realidad de que las instituciones que son más importantes y esenciales para la vida del hombre en sociedad (morales, jurídicas, económicas y lingüísticas) no son creaciones liberadas del hombre mismo, pues éste carece de la necesaria capacidad intelectual para asimilar el enorme volumen de información dispersa que las mismas conllevan y generan. Por el contrario, estas instituciones forzosamente van surgiendo de manera espontánea y evolutiva del proceso social de interacciones humanas que, para Menger, constituye precisamente el campo que ha de ser objeto de investigación de la ciencia económica.²²

²² Carl Menger, *Untersuchungen über die Methode der Socialwissenschaften und der Politischen Ökonomie insbesondere*, Duncker & Humblot, Leipzig 1883, y en especial la página 182. El propio Menger expresa impecablemente de la siguiente manera la nueva pregunta que pretende contestar el programa de investigación científica que propone para la economía: «¿Cómo es posible que las instituciones que mejor sirven al bien común y que son más extremadamente

Estas intuiciones de Menger fueron desarrolladas, posteriormente, por F.A. Hayek en sus diferentes trabajos sobre los fundamentos de la ley y las instituciones jurídicas²³ y, sobre todo, por el catedrático italiano de ciencia política Bruno Leoni, que ha sido el primero en integrar, dentro de una teoría sintética sobre la filosofía del derecho, la teoría económica de los procesos sociales desarrollada por Menger y la Escuela Austriaca, con la tradición jurídica romana de más rancio abolengo, y la tradición anglosajona de la *rule of law*. En efecto, la gran aportación de Bruno Leoni consiste en haber puesto de manifiesto que la teoría austriaca sobre el surgimiento y la evolución de las instituciones sociales no sólo cuenta con una perfecta ilustración en el fenómeno del derecho consuetudinario, sino que, además, ya había sido previamente conocida y articulada por la escuela jurídica clásica del derecho romano.²⁴ Así, Leoni, citando a Catón por boca de Cicerón, señala expresamente cómo los juristas romanos ya eran conscientes de que el derecho romano no se debía a la creación personal de un solo hombre, sino de muchos, a través de una serie de siglos y generaciones, puesto que «no ha habido nunca en el mundo un hombre tan inteligente como para preverlo todo, e incluso si pudiéramos concentrar todos los cerebros en la cabeza de un mismo hombre, le sería a éste imposible tener en cuenta todo al mismo tiempo, sin haber acumulado la experiencia que se deriva de la práctica en el transcurso de un largo periodo de la historia».²⁵ En

significativas para su desarrollo hayan surgido sin la intervención de una voluntad común y deliberada para crearlas?» (pp. 163-165). La exposición más sintética, y quizás más brillante, de la teoría de Menger sobre el origen evolutivo del dinero se encuentra en su artículo publicado en inglés con el título «On the Origin of Money», *Economic Journal*, junio de 1892, pp. 239-255. Este artículo ha sido reeditado por Israel M. Kirzner en su *Classics in Austrian Economics: A Sampling in the History of a Tradition*, William Pickering, Londres 1994, vol. I, pp. 91-106. En español, puede consultarse además al propio Carl Menger en «Teoría del dinero», cap. VIII de *Principios de economía política*, 3.^a ed., Unión Editorial, Madrid 2020, reproducido en Jesús Huerta de Soto (ed.), *Lecturas de economía política*, vol. I, Unión Editorial, 2.^a edición, Madrid 2019.

²³ F.A. Hayek, *Los fundamentos de la libertad*, 10.^a ed., Unión Editorial, Madrid 2020; *Derecho, legislación y libertad*, 2.^a edición, Unión Editorial, Madrid 2014; y *La fatal arrogancia: los errores del socialismo*, Unión Editorial, Madrid 1990 (4.^a ed., 2020).

²⁴ Véase Jesús Huerta de Soto, *Estudios de economía política*, ob. cit., cap. X, pp. 121-128, así como la tercera edición española del libro de Bruno Leoni *La libertad y la ley*, Unión Editorial, Madrid 2010, cuyo conocimiento es esencial para todo jurista y para todo economista.

²⁵ «Nostra autem res publica non unius esset ingenio, sed multorum, nec una hominis vita, sed aliquod constitutum saeculis et aetatis, nam neque ullum ingenium tantum extitisse dicebat, ut, quem res nulla fugeret, quisquam aliquando fuisse, neque cuncta ingenia conlata in unum tantum posse uno tempore providere, ut omnia completerentur sine rerum usu ac vetustate». Marco Tulio Cicerón, *De re publica*, II, 1-2, The Loeb Classical Library, Cambridge, Massachusetts, 1961, pp. 111-112. Existe una buena traducción al español de Antonio Fontán, *Sobre la república*, Gredos, Madrid 1974, pp. 86-87. No obstante, considero algo más adecuada la traducción del párrafo citado realizada por Bruno Leoni, y que es, básicamente, la que reproducimos en el texto. Véase Bruno Leoni, *La libertad y la ley*, 3.^a ed., Unión Editorial, Madrid 2010, p. 108. Se trata de la traducción al español del libro *Freedom and the Law* (1.^a ed., D. Van Nostrand Co., 1961; 3.^a ed., ampliada, Liberty Fund, Indianápolis 1991). El libro de Leoni es excepcional desde todo punto de vista, no sólo por poner de manifiesto el paralelismo existente, por un lado, entre el mercado y el derecho consuetudinario o *common law*, y por otro, entre la legislación positiva y el

suma, para Leoni, el derecho surge como resultado de una serie continua de tentativas, en la que cada individuo tiene en cuenta sus propias circunstancias y el comportamiento de los demás, perfeccionándose a través de un proceso selectivo y evolutivo.²⁶

La ciencia jurídica romana

La grandeza de la ciencia jurídica romana clásica radica, precisamente, en haberse dado cuenta de este importante hecho y haber dedicado sus esfuerzos a una labor continua de estudio, interpretación de las costumbres jurídicas, exégesis, análisis lógico, cobertura de lagunas y depuración de vicios; labor de interpretación del derecho que se efectuaba con los necesarios criterios de prudencia y parsimonia.²⁷ El oficio del jurista clásico es un verdadero *arte* que va dirigido siempre a buscar y encontrar la esencia de las instituciones jurídicas que se han formado a lo largo del proceso evolutivo de la sociedad. Además, los juristas clásicos nunca abrigan la pretensión de ser «originales» u «ocurrentes», sino que son «los servidores de un cierto número de *principios fundamentales*, y aquí está, tal y como señaló Savigny, el mérito de su grandeza».²⁸ Tienen como empeño fundamental el descubrir los principios universales del derecho, inmanentes a la lógica de las relaciones humanas e inmutables, si bien es cierto que, como consecuencia de la propia evolución social, se

socialismo, sino además porque fue el primer jurista en darse cuenta de que el argumento de Ludwig von Mises sobre la imposibilidad del cálculo económico en el socialismo no es sino un caso particular del «principio más general, según el cual ningún legislador podría establecer por sí mismo, sin algún tipo de colaboración continua por parte de todo el pueblo involucrado, las normas que regulan la conducta de cada uno en esa perpetua cadena de relaciones que todos tenemos con todos» (p. 28). Sobre la obra de Bruno Leoni, fundador de la prestigiosa revista *Il Politico* en 1950, debe consultarse el *Omaggio a Bruno Leoni*, editado por Pasquale Scaramozzino, Ed. A. Giuffrè, Milán 1969, así como el artículo «Bruno Leoni in Retrospect» de Peter H. Aranson, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, verano 1988. Leoni fue un hombre multifacético que desarrolló una intensa actividad en los campos universitario, de la abogacía, la empresa, la arquitectura, la música y la lingüística. Falleció trágicamente asesinado por uno de sus inquilinos al que intentaba cobrar la renta, la noche del 21 de noviembre de 1967, cuando contaba 54 años de edad.

²⁶ En palabras del propio Bruno Leoni, el derecho se configura como «una continua serie de tentativi, che gli individui compiono quando pretendono un comportamento altrui, e si affidano al proprio potere di determinare quel comportamento, qualora esso non si determini in modo spontaneo». Bruno Leoni, «Diritto e politica», en sus *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, A. Giuffrè, Milán 1980, p. 240.

²⁷ De hecho, el intérprete del *ius* es el *prudens*, es decir, el *perito* en materia jurídica o *iuris prudens*. A él le toca la tarea de *revelar el derecho*. El jurista es ayuda y consejero del particular, y le instruye sobre las fórmulas de los negocios o contratos, facilita respuestas a sus consultas y asesora a los pretores y jueces. Véase Juan Iglesias, *Derecho romano: Instituciones de derecho privado*, ob. cit., pp. 54-55.

²⁸ Juan Iglesias, *Derecho romano: Instituciones de derecho privado*, ob. cit., p. 56. Y sobre todo Rudolf von Ihering, *El espíritu del derecho romano*, Clásicos del Pensamiento Jurídico, Marcial Pons, Madrid 1997, especialmente pp. 196-202 y 251-253.

plantea a menudo la necesidad de efectuar la aplicación de tales principios universales, de por sí inmutables, a nuevas situaciones y problemáticas que la propia evolución social continuamente va creando.²⁹ Los juristas romanos además desarrollan su labor de forma privada, no son funcionarios públicos, y a pesar de los múltiples intentos que la jurisprudencia oficial hace en la época romana, nunca consigue acabar con la jurisprudencia libre, ni que pierda ésta su grandísimo prestigio e independencia.

La jurisprudencia o ciencia del derecho comenzó a ser una profesión liberal a partir del siglo III A.C. Los juristas más importantes antes de nuestra Era son Marco Porcio Catón y su hijo Catón Liciano, el cónsul Mucio Scevola y los juristas Quinto Mucio Scevola, Serbio Surpicio Rufo y Alfeno Varo. Posteriormente, ya en el siglo II D.C., se inicia la época clásica cuyos juristas más importantes son Gayo, Pomponio, Africano y Marcelo, cuya estela continúan, ya en el siglo III, juristas entre los que destacan Papiniano, Paulo, Ulpiano y Modestino. A partir de esa fecha el prestigio de las soluciones encontradas por estos juristas privados es tan grande, que se les da fuerza de ley y, a fin de evitar las dificultades que pudieran surgir de las diferencias de opinión contenidas en las obras de jurisprudencia de unos y otros, se da fuerza legal a los escritos de Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gayo y Modestino, así como a las doctrinas de los juristas por ellos citados, siempre que tales citas pudieran comprobarse acudiendo a los originales. En caso de no existir acuerdo entre las opiniones de estos autores, el juez debía seguir la doctrina defendida por la mayoría, y de existir empate, habría de prevalecer siempre la tesis de Papiniano, de manera que si no había opinión de este autor, el juez quedaba en libertad para decidir.³⁰

Corresponde, pues, a los juristas clásicos romanos el mérito de haber descubierto, interpretado y perfeccionado, por primera vez, las más importantes instituciones jurídicas que hacen posible la vida en sociedad y, como vamos a ver a continuación, ya reconocieron la existencia y comprendieron los principios esenciales del contrato de depósito irregular, perfilando su contenido y esencia tal como los hemos expuesto en los epígrafes anteriores de este capítulo. El contrato de depósito irregular no es una creación intelectual sin contacto con la realidad, sino que es una exigencia lógica de la naturaleza humana manifestada en múltiples actos de interacción y cooperación social, que se plasma en una serie de principios que no cabe violar sin que se produzcan gravísimas consecuencias para el entramado de relaciones humanas. La gran importancia del derecho, entendido de esta manera evolutiva, y descubierto y

²⁹ «Íntimamente relacionada con la evacuación de consultas que podían ser hechas, no solamente por los particulares, sino también por los magistrados y jueces, estaba la función de la *interpretatio*, consistente en aplicar principios antiguos a necesidades nuevas, lo que supone una dilatación del *ius civile*, aunque formalmente no surjan nuevas instituciones.» Francisco Hernández-Tejero Jorge, *Lecciones de derecho romano*, Ediciones Darro, Madrid 1972, p. 30.

³⁰ Esta fuerza legal se adquiere por primera vez en una constitución del año 426, conocida con el nombre de Ley de Cita de Teodosio II y Valentiniano III. Véase Francisco Hernández-Tejero Jorge, *Lecciones de derecho romano*, ob. cit., p. 3.

depurado de sus vicios lógicos a través de la ciencia de los expertos jurídicos, radica en que constituye la guía automática que sirve de orientación en el comportamiento de los seres humanos, aunque, por su carácter abstracto, éstos no sean capaces de identificar ni de comprender, en la mayor parte de los casos concretos, cuál es la función completa y específica que cada institución jurídica cumple. Solamente con mucho retraso en la evolución histórica del pensamiento humano y gracias, sobre todo, a las aportaciones de la Ciencia Económica, ha sido posible entender las leyes de los procesos sociales y llegar a comprender siquiera sea una parte pequeña del papel que cumplen en la sociedad las distintas instituciones jurídicas. Y precisamente uno de los objetivos más importantes de este libro es analizar económicamente las consecuencias sociales que viene teniendo la violación de los principios universales del derecho en relación con el contrato de depósito irregular de dinero, análisis de teoría económica sobre una institución jurídica (el contrato de depósito bancario de dinero) que llevaremos a cabo a partir del capítulo IV.

El conocimiento de los principios universales del derecho, tal y como fueron descubiertos por los juristas romanos, se hace hoy posible gracias a la labor compiladora del emperador Justiniano, que en los años 528-533 D.C. realizó un ingente esfuerzo codificador de las principales aportaciones jurisprudenciales del derecho romano clásico y las incluyó en tres libros (las *Instituciones*, el *Digesto* y el *Código* o *Codex*, después completados con un cuarto libro, las *Novelas*) que, desde la edición de Dionisio Godofredo,³¹ se conocen con el nombre de *Corpus iuris civilis*. Las *Instituciones* son una obra fundamental destinada a la formación de los estudiantes y que se redactó sobre la base de las *Instituciones* de Gayo. Por su parte, los *Digesta* o *Pandectae* son una compilación jurisprudencial de textos clásicos que incorpora más de nueve mil fragmentos de diferentes juristas de prestigio. Los fragmentos de Ulpiano, que constituyen la tercera parte del *Digesto*, junto con los de Paulo, Papiniano y Juliano, ganan a todos los de los demás juristas, que en total suman treinta y nueve especialistas del derecho clásico romano. En el *Codex* se recopilan las leyes y constituciones imperiales ordenadas cronológicamente (lo que equivaldría al concepto actual de legislación), terminando el *Corpus* con las *Novelas* o *Novellae*, en las que se incluyen las últimas constituciones imperiales posteriores al *Código*.³²

³¹ *Corpus iuris civilis*, edición de Dionisio Godofredo, Ginebra 1583.

³² Justiniano encargó que en los materiales compilados se hiciesen las alteraciones precisas para que el derecho fuera adecuado a las circunstancias de su tiempo y quedase lo más perfecto posible. A estas alteraciones, correcciones y supresiones se las denomina *interpolaciones*, y también se han llamado *emblemata Triboniani* o tribonianismos, por atribuirse a Triboniano, que fue el encargado de efectuar la compilación. Existe toda una disciplina dedicada al estudio de estas interpolaciones, al descubrimiento de su contenido mediante confrontación, análisis lógico, estudio de anacronismos en el lenguaje, etc., habiéndose descubierto que un número sustancial de ellas son incluso posteriores a la propia época justiniana. Véase Francisco Hernández-Tejero Jorge, *Lecciones de derecho romano*, ob. cit., pp. 50-51.

Hecha esta pequeña introducción, vamos ahora a ver cómo los juristas clásicos romanos entendieron la institución del depósito irregular de dinero, la consideraron como un tipo especial de depósito que incluía las características esenciales de éste y la diferenciaron de otros contratos de naturaleza y esencia radicalmente distintas, como es el caso del mutuo o préstamo.

El contrato de depósito irregular en el derecho romano

El tratamiento general del contrato de depósito se encuentra incluido en el apartado III del libro XVI del *Digesto*, que se titula «De la acción de depósito, directa o contraria» (*Depositum vel contra*). Aquí Ulpiano comienza definiendo que «depósito es lo que se dio a alguno para que lo guardase, llamado así por lo que se *pone*, porque la preposición *de* aumenta la significación a depósito, para demostrar que está encomendado a la fidelidad de aquél todo lo que pertenece a la *custodia* de la cosa.»³³ Este depósito puede ser regular, cuando se refiere a una cosa específica, o depósito irregular, cuando se refiere a una cosa fungible.³⁴ En efecto, en el número 31 del título II del libro XIX del *Digesto*, llegamos a conocer, gracias a Paulo, la diferencia que existe entre el contrato de préstamo o mutuo y el contrato de depósito de bien fungible, llegando Paulo a la conclusión de que,

³³ Ulpiano, oriundo de Tiro (Fenicia), fue asesor de otro gran jurista, Papiniano, y junto con Paulo y bajo Alejandro Severo, fue miembro asesor del *concilium principis* y del *praefectus praetorio*, muriendo asesinado en el año 228 por los pretorianos. Fue un autor muy fecundo que se distinguió más que por su obra creadora por sus conocimientos de la literatura jurídica. Buen compilador y escritor claro, sus escritos son acogidos con especial favor en los *Digesta* de Justiniano, constituyendo el núcleo fundamental de éstos. Véase en este sentido Juan Iglesias, *Derecho romano: Instituciones de derecho privado*, ob. cit., p.58. La cita en latín que hemos recogido en el texto principal es la siguiente: «*Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo, quod ponitur, praepositio enim de auget depositum, ut ostendat totum fidei eius commissum, quod ad custodiā rei pertinet.*» La traducción al español que he citado es la que se encuentra en el *Cuerpo de derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*, que debemos a Ildefonso L. García del Corral, y que ha sido reeditado por Editorial Lex Nova, Valladolid, en el año 1988 en 6 volúmenes. Véase el volumen I, p. 831. Aparte de esta traducción existe la notable traducción al español del *Digesto* de Justiniano, en tres volúmenes, realizada por A. D'Ors, F. Hernández-Tejero, B. Fuentes Aca, M. García-Garrido y J. Murillo, publicada por Editorial Aranzadi en Pamplona en el año 1968, que aunque tiene un lenguaje más claro y actual que la traducción del siglo pasado de Ildefonso L. García del Corral, en muchos aspectos es menos fiel y pierde la frescura y exactitud que le supo dar García del Corral y que, en nuestra opinión, aún no ha sido superada.

³⁴ No obstante y como bien indica Pasquale Coppa-Zuccari, la expresión *depositum irregolare* no surge hasta que la utiliza por primera vez Jason de Maino, un postglosador del siglo XV, cuya obra se publicó en Venecia en el año 1513. Véase Coppa-Zuccari, *Il deposito irregolare*, ob. cit., p. 41. Sobre el tratamiento en el derecho romano del depósito irregular debe consultarse, igualmente, todo el capítulo I de esta importante obra de Coppa-Zuccari, pp. 2-32. En España existe un muy buen y actualizado tratamiento de la bibliografía relativa al depósito irregular romano en el artículo de Mercedes López-Amor y García, titulado «Observaciones sobre el depósito irregular romano», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 74, curso 1988-1989, pp. 341-359. E igualmente, Alicia Valmaña Ochaíta, *El depósito irregular en la Jurisprudencia Romana*, Edisofer, Madrid 1996.

«si alguno hubiese depositado dinero contado, de suerte que no lo entregase ni encerrado ni sellado, sino que lo contase, aquel en cuyo poder hubiese sido depositado no debe ninguna otra cosa sino pagar otra tanta cantidad.»³⁵ Es decir, se expresa claramente que en el caso del depósito irregular de dinero la obligación se extiende única y exclusivamente a la devolución del *tantundem*, es decir, del equivalente en cantidad y calidad a lo inicialmente depositado.

Además, siempre que se efectuaba un depósito irregular de dinero se entregaba al que había realizado el depósito un *certificado* o *resguardo*, hecho por escrito. Esto lo sabemos gracias a Papiniano, que en el párrafo 24 del título III del libro XVI del *Digesto*, refiriéndose a un caso de depósito irregular de dinero, dice que «te hago saber por esta *carta escrita de mi mano*, para que lo tengas entendido, que están en mi poder las cien monedas que en este día me has encomendado por entrega hecha por el esclavo Sticho, administrador; las cuales te entregaré al momento, cuando quieras y donde quieras». Esta cita pone de manifiesto la disponibilidad inmediata a favor del depositante y cómo éste adquiría un documento de resguardo o certificado de depósito irregular de dinero que no sólo era prueba de su titularidad, sino que además debía presentar en el momento que desease retirar su dinero.³⁶

La obligación esencial de los depositarios es mantener siempre a disposición de los depositantes el *tantundem* de lo que éstos les entregaban, de manera que si, por alguna razón, el depositario entra en quiebra, ante todo tienen preferencia absoluta los depositantes, como bien pone de manifiesto Ulpiano (párrafo 2 del número 7 del título III, libro XVI del *Digesto*), para el cual, «siempre que los banqueros se presentan en quiebra, se suele en primer lugar tener cuenta de los depositantes, esto es, de aquellos que tuvieron cantidades depositadas, no las que empleaban a interés en poder de los banqueros, o con los banqueros, o por sí mismos; y así, pues, si se hubieren vendido los bienes, antes que de los privilegios se tiene cuenta de los depositantes, con tal que no se tenga

³⁵ En realidad, se trata de un epítome o resumen que sobre los *Digesta* de Alfeno Varo realizó Paulo. Alfeno Varo fue cónsul en el año 39 D.C. y autor de cuarenta libros del *Digesta*. Paulo, por su parte, fue discípulo de Scevola y asesor de Papiniano, cuando éste era miembro del consejo imperial bajo Severo y Caracalla. Figura de gran ingenio y formación doctrinal, fue autor de numerosos escritos. La cita textual en latín es la siguiente: «Idem iuris 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.» Véase Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano*, ob. cit., vol. I, p. 963.

³⁶ Papiniano, originario de Siria, fue *Praefectus Praetorio* desde el año 203 D.C. y fue condenado a muerte por el emperador Caracalla en el año 212, al negarse a justificar el asesinato de su hermano Geta. Compartió con Juliano la fama de ser el más insigne de los juristas romanos y, de acuerdo con Juan Iglesias, «destaca en sus escritos por su sagacidad y sentido práctico, a los que sirve con un estilo sobrio» (*Derecho romano: Instituciones de derecho privado*, ob. cit., p. 58). La versión en latín de la cita del texto principal es la siguiente: «centum numos, quos hac die commendasti mihi annumerante servo Sticho actore, esse apud me, ut notum haberes, hac epistola manu mea scripta tibi notum facio; quae quando volis, et ubi voles, confessim tibi numerabo.» Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano*, ob. cit., vol. I, p. 840.

cuenta de los que después recibieron intereses, *como si* hubieren renunciado al depósito.³⁷ La enunciación de este principio por Ulpiano pone igualmente de manifiesto que no se consideraba compatible con el depósito irregular de dinero el cobro de intereses, y que cuando los intereses se pagaban por los banqueros, ello se hacía en referencia a un contrato totalmente distinto (en este caso, el de mutuo o préstamo efectuado a un banquero o, como más bien se le conoce popularmente hoy, contrato de «depósito» a plazo).

En cuanto a las obligaciones del depositario, expresamente se menciona en el *Digesto* (libro XLVII, título II, número 78) que el que recibe una cosa en depósito y la utiliza de manera distinta que para lo que la recibió está sujeto a la acción de hurto. E igualmente nos dice Celso en el mismo título (libro XLVII, título II, número 67) que si se toma la posesión del depósito para defraudar, se comete hurto. El hurto es definido por Paulo como «el apoderamiento fraudulento de una cosa, para realizar lucro, ya sea de la misma cosa, ya también de su uso o posesión; lo que por *ley natural* está prohibido hacer».³⁸ Como se ve, en el derecho romano la actual figura del delito de apropiación indebida quedaba englobada dentro de la figura criminal del hurto. Ulpiano, refiriéndose a Juliano, también concluye que «si alguien hubiere recibido de mí dinero, para que pagase a un acreedor mío, y luego, debiéndole él otra cantidad al mismo acreedor, se lo hubiere pagado en su propio nombre, él cometía hurto» (*Digesto*, libro XLVII, título II, número 52, párrafo 16).³⁹

Y más clara aún está la obligación de mantener la total disponibilidad del *tantundem*, y la comisión del delito de hurto en caso de que tal disponibilidad no se mantenga, en el número 3 del título XXXIV (sobre «la acción de depósito») del libro IV del *Código del Corpus iuris civilis*, que recoge la Constitución dada bajo el consulado de Gordiano y Aviola en el año 239, y en la que se establece por el emperador Gordiano a Austero que «si ejercitaras la acción de depósito, no sin razón pedirás que se te paguen también intereses, pues debe agradecerte el depositario que no lo hagas responsable con la acción de hurto, puesto que el que contra la voluntad de su dueño hubiera aplicado, a sabiendas y queriéndolo, a sus propios usos la cosa depositada incurre también en el delito de hurto.»⁴⁰ Y en el

³⁷ «Quoties foro cedunt numularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est eorum, qui depositas pecunias habuerunt, non quas foenore apud numularios, vel cum numulariis, vel per ipsos exercebant; et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur, dummodo eorum, qui vel postea usuras acceperunt, ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito.» Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano*, ob. cit., vol. I, p. 837. Es preciso notar que el término que se utiliza aquí para designar a los banqueros no es el de *argentarii* sino el de *numularii* o numularios, y que ha llegado hasta el español de hoy (numulario: «el que comercia o trata con dinero», *Diccionario de la Real Academia Española*, ob. cit., p. 1083).

³⁸ «Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus eius possessionis; quod lege naturali prohibitum est admittere.» Véase Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano*, ob. cit., tomo III, p. 645.

³⁹ *Ibidem*, p. 663.

⁴⁰ «Si depositi experiaris, non immerito etiam usuras tibi restitui flagitabis, quum tibi debeat gratulari, quod furti eum actione non facias obnoxium, siquidem qui rem depositam invito

mismo lugar, un poco más adelante, en el epígrafe 8, se expresa, concretamente, el caso en que el depositario utiliza en beneficio propio el dinero que le ha sido depositado, prestándolo a otras personas, insistiéndose en que tal circunstancia viola el principio de custodia y le es aplicable tanto la acción de interés como la acción de hurto que acabamos de ver mencionada en la Constitución de Gordiano. Este epígrafe 8 dice así: «Si el que recibió el dinero depositado por ti, lo dio en mutuo en su propio nombre, o en el de otro cualquiera, es muy cierto que tanto él como sus sucesores están obligados a cumplir el encargo de confianza aceptado.»⁴¹ Se reconoce, en suma, la tentación a que a menudo se encuentran sometidos los que reciben el depósito de dinero para utilizarlo por cuenta propia, reconocimiento que se hace expreso en otro lugar del *Corpus iuris civilis* (*Novelas, Constitución LXXXVIII*, al final del capítulo I), y en donde se afirma que es preciso sancionar adecuadamente, no sólo mediante la acción de hurto, sino también mediante el pago de los intereses de mora, «para que por este temor dejen los hombres de conducirse en los depósitos malignamente, con necedades y perversidades». ⁴²

Es preciso señalar que los juristas romanos establecieron que en caso de incumplimiento de la obligación de inmediata devolución por parte del depositario, no sólo se ponía de manifiesto la comisión *anterior* de un delito de hurto, sino que además daba lugar a la obligación del pago de intereses por mora. Así, Papiniano establece que «el que invirtió en sus propios usos el dinero depositado en su poder en paquete no sellado, para que devolviese otra tanta cantidad, ha de ser condenado después de la mora *también* a los intereses por la acción de depósito». ⁴³ Este principio, de plena justicia, es el que explica el fenómeno que estudiaremos con más detalle en el capítulo siguiente del llamado *depositum confessatum*, en virtud del cual, a lo largo de la Edad Media, se utilizó la figura del depósito irregular para obviar la prohibición canónica del cobro de intereses, vistiendo de depósitos contratos que en realidad eran de préstamo o mutuo, y permitiendo, mediante el deliberado acto de incurrir en una supuesta mora, el cobro de intereses que, de haberse reconocido explícitamente desde un principio que el contrato era de un mutuo o préstamo, no se hubieran permitido canónicamente.

domino sciens prudensque in usus suus converterit, etiam furti delicto succedit.» Véase Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano*, ob. cit., tomo IV, p. 490.

⁴¹ «Si is, qui depositam a te pecuniam accepit, eam suo nomine vel cuiuslibet alterius mutuo dedit, tam ipsum de implenda suscepta fide, quam eius successores teneri tibi, certissimum est.» Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano*, ob. cit., tomo IV, p. 491.

⁴² «Ut hoc timore stultorum simul et perversorum maligne versandi cursum in depositionibus homines cessent.» Como se ve, y ampliaremos más adelante en el capítulo siguiente, ya se había puesto de manifiesto el uso perverso que los depositarios hacían del dinero que les daban sus depositantes. Véase Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano*, ob. cit., tomo VI, pp. 310-311.

⁴³ «Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoque iudicio depositi condemnandus est.» Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano*, ob. cit., tomo I, p. 841.

Finalmente, los juristas romanos entendieron la esencial diferencia que existe entre el contrato de préstamo o mutuo y el contrato de depósito irregular de dinero, entre otros lugares en el número 26 del título III del libro XVI (extracto debido a Paulo), y también en los extractos de Ulpiano recogidos en el número 9 del punto 9 del título I del libro XII del *Digesto* y en el número 10 del mismo título y libro. Sin embargo, la afirmación más clara y expresa en este sentido se la debemos también a Ulpiano y se encuentra en el epígrafe 2 del número 24 del título V del libro XLII del *Digesto*, en el que Ulpiano expresamente concluye que «una cosa es dar a crédito y otra es depositar», y establece «que al venderse los bienes de un banquero sea preferente, después de los privilegios, la condición de los que atendiendo a la fe pública depositaron dinero en el banco. Mas no se separan de los demás acreedores los que recibieron de los banqueros intereses por el dinero depositado; y con razón, porque una cosa es dar a crédito y otra depositar».⁴⁴ Se ve por tanto en este epígrafe de Ulpiano que los banqueros hacían dos tipos de operaciones distintas. Por un lado, la recepción de depósitos, en cuyo caso no se tenía derecho a intereses, y había la obligación de mantener la plena y continua disponibilidad del *tantundem* a favor de los depositantes que tenían un derecho privilegiado absoluto en caso de quiebra. Y, por otro lado, una operación distinta, consistente en dar a crédito a los banqueros (contrato de préstamo o mutuo), que sí generaba la obligación de pagar intereses por parte del banquero a los que le habían entregado dinero a préstamo y que carecían de privilegio alguno en caso de quiebra. La claridad conceptual de Ulpiano en la distinción de ambos contratos y la justicia de sus soluciones a los diferentes casos no puede ser mayor.

Los principios jurídicos universales que regulan el contrato de depósito irregular de dinero ya habían sido, por tanto, descubiertos y analizados por parte de los juristas clásicos romanos, en natural correspondencia con el desarrollo de una significativa economía comercial y financiera, en la que el papel de los banqueros había llegado a ser muy importante. Además, estos principios pasan luego a las compilaciones medievales de distintos países de Europa, y en concreto a las de España, y ello a pesar de la importante regresión que en el ámbito económico y financiero supuso la caída del Imperio Romano y el adve-

⁴⁴ «In bonis mensulari vendundis post privilegia potiorem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. Set enim qui depositis numis usuras a mensulariis accepurunt, a ceteris creditoribus non separantur; et merito, aliud est enim credere, aliud deponere.» Ildefonso L. García del Corral, *Cuerpo de derecho civil romano*, ob. cit., tomo III, p. 386. Papiniano, por su lado, manifiesta que en caso de incumplimiento por parte del depositario, se podrá hacer frente para devolver los depósitos no sólo utilizando dinero depositado que se encuentre entre los bienes del banquero, sino todos los bienes del defraudador, «cuyo privilegio se ejercita no solamente respecto a aquella cantidad, que del dinero depositado se encontró en los bienes del banquero, sino respecto a todos los bienes del defraudador; y esto se admite por utilidad pública por causa del uso necesario de banqueros. Pero siempre es preferente la causa del gasto que por necesidad se hizo, porque el cálculo de los bienes suele hacerse habiéndose deducido aquél.» Este principio de la responsabilidad ilimitada de los banqueros se encuentra recogido en el punto 8 del título III del libro XVI del *Digesto*.

nimiento de la Edad Media. Así, en *Las Partidas* (Ley II, Título III, Partida V) se establece que quien recibe mercaderías por cuenta de otro admite un depósito irregular que le transmite el señorío de ellas, quedando en cambio obligado, según lo pactado en la correspondiente escritura, a devolver al depositante las mercaderías recibidas o el valor señalado en el contrato a cada una de las que hubieran desaparecido del depósito, ya por haberse vendido mediante autorización del primitivo dueño, ya por otras causas imprevistas.⁴⁵ Y también, en el *Fuero Real* (Ley V, Título XV, Libro III), se distingue la entrega «de algunos dineros por cuenta, o oro o plata en mascuia», recibidos de «otri en encomienda, a peso», en cuyo caso, «bien puede usar de ello e dar otro tanto y tal como aquello aquél de quién lo recibió», de la entrega «so cerradura y non por cuenta o por peso», en cuyo caso, «no se ha osado de la usar, e si lo que hiciere pechelo doblado aquél de quien lo tenía».⁴⁶ Vemos por tanto que en estos Códigos medievales se distingue claramente entre el depósito regular de cosa específica y el depósito irregular de dinero y se afirma que en este segundo se transfiere la propiedad, si bien, y posiblemente como consecuencia de la creciente influencia de la figura del *depositum confessatum*, no se efectúan las importantes matizaciones incluidas en el *Corpus iuris civilis* relativas a que, aunque se «transfiera» la propiedad, la obligación de custodia se mantiene, y con ella la obligación de tener siempre a disposición del depositante el equivalente (*tantundem*) de la cantidad y calidad depositada.

Podemos concluir, por tanto, que la tradición jurídica romana perfiló correctamente la institución del depósito irregular de dinero con sus principios y diferencias esenciales con otras instituciones o contratos jurídicos como el de préstamo o mutuo. En el próximo capítulo vamos a ver cómo los principios esenciales reguladores de las interacciones humanas relativas al depósito irregular de dinero y, en concreto, los derechos de disponibilidad y propiedad implicados por el mismo, fueron corrompiéndose paulatinamente a lo largo de los siglos, como consecuencia de la acción combinada de banqueros y gobernantes, así como las razones y circunstancias que facilitaron e hicieron posible que esto sucediese. En el capítulo III estudiaremos los diferentes intentos jurídicos de dar cobertura legal a los contratos que, en contra de los principios tradicionales del derecho, fueron admitiéndose, para pasar después en los capítulos IV y siguientes a estudiar las consecuencias económicas a que todo ello dio lugar.

⁴⁵ En *Las Partidas* a los depósitos se les llama *condesijos*, y en su ley II podemos leer que «el señorío de la tenencia de la cosa, que es dada en guarda, no pasa a aquel que la recibe, fuera de aquellas que se pueden contar, o pesar o medir cuando las recibiese si cuando las recibiese le fuese dado por cuenta, o por peso o por medida, pasaría el señorío a él. Pero sería tenido de dar aquella cosa, u otro tanto: y tal como aquello que recibió al que se lo dio en guarda». La gracia y claridad con que se expresan *Las Partidas* en este tema no puede ser mayor. Véase *Las Siete Partidas*, glosadas por el licenciado Gregorio López, publicadas en edición facsímil por el Boletín Oficial del Estado, Madrid 1985, vol. III, 5.^a Partida, título III, ley II, pp. 7-8.

⁴⁶ Véase la referencia que hace al *Fuero Real* Juan Roca Juan en su artículo sobre «El depósito de dinero», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ob. cit., tomo XXII, vol. I, p. 249.