

CONTRATO DE DEPÓSITO DE DINERO EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

FERNANDO ZUNZUNEGUI *

Resumen

Este artículo analiza el depósito de dinero introducido en el Anteproyecto de Código Mercantil como un contrato financiero. Se estudian sus precedentes y las novedades de la propuesta para llegar a la conclusión de que el régimen proyectado cuestiona la reserva legal sobre la recepción de depósitos del público siendo contrario al Derecho comunitario.

Contenido

1. Introducción. – 2. Antecedentes. – 2.1. Código de comercio de 1829. – 2.2. Código de comercio de 1885. – 2.3. Proyecto de Reforma de 1926. – 3. Encuadramiento y ponencia. – 4. Mercantilidad. – 5. Carácter financiero. – 6. Naturaleza. – 7. Contenido. – 7.1. Noción. – 7.2. Constitución. – 7.3. Custodia. – 7.4. Restitución. – 7.5. Prelación concursal. – 8. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil presentado al Consejo de Ministros por los Ministros de Justicia y de Economía y Competitividad el 30 de mayo de 2014, incluye un capítulo sobre el contrato de depósito de dinero en el título dedicado a los contratos financieros. Es una novedad en nuestra codificación que merece ser analizada. Vamos a estudiar sus antecedentes y el encuadramiento del nuevo tipo contractual en el Anteproyecto. A continuación analizaremos el contenido del capítulo dedicado al depósito de dinero desde la perspectiva de su consideración como contrato financiero. La tesis de este artículo es que la propuesta del Anteproyecto es contraria a la reserva legal sobre la recepción de depósitos del público y constituye una amenaza a la estabilidad financiera. El artículo concluye con unas breves conclusiones.

* Profesor Contratado Doctor por la ANECA, profesor de Derecho del Mercado Financiero en la Universidad Carlos III de Madrid.

2. ANTECEDENTES

2.1. Código de comercio de 1829

El Código de comercio de 1829 incluye un título sobre el depósito mercantil, dedicando dos artículos al depósito de dinero y uno al sistema de fuentes de los depósitos que se hacen en los bancos. Según el art. 408: “*El depositario de una cantidad de dinero no puede usar de ella, y si lo hiciere quedan a su cargo todos los perjuicios que ocurran a la cantidad depositada, y satisfará al depositante el rédito legal de su importe*”. Si bien, cuando el depósito se constituyere con expresión de las monedas que se entregan al depositario “*correrán por cuenta del depositante los aumentos o bajas que sobrevengan en su valor nominal*” (art. 409), dado que en este tipo de depósitos, al permanecer el dominio en el deponente “*para él debe ser el peligro y el aumento de lo depositado*”.¹ A su vez el art. 411 que cierra el título recoge la especialidad de los depósitos en Bancos públicos de comercio, a los que se les aplicaban sus propios estatutos, con preferencia a las leyes del Código.

2.2. Código de comercio de 1885

El Código de comercio de 1885 dedica el art. 307 a los depósitos en numerario, con o sin especificación de las monedas en que se constituyan, y el 310 a la preferencia de los estatutos de los bancos para regular sus depósitos. Como novedad, el art. 309, aclara que cuando, con asentimiento del depositante, el depositario dispusiere de las cosas objeto del depósito “*cesarán los derechos y obligaciones propios del depositante y depositario y se observarán las reglas y disposiciones aplicables al préstamo mercantil, a la comisión o al contrato que en sustitución del depósito hubieren celebrado*”. Sobre este aspecto se pronuncia el art. 1.768 del Código civil de 1889, en estos términos: “*Cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo o comodato*”. Como dice Emilio Langle, se sigue aquí la “*doctrina de que el poder usar de la cosa opónese a la naturaleza misma del depósito*”.²

A partir de este régimen la doctrina discute sobre la naturaleza del depósito bancario, entre su consideración como depósito irregular o como contrato *sui generis* que participa de la naturaleza del mutuo.

2.3. Proyecto de Reforma de 1926

El Informe de la Comisión permanente de la general de codificación sobre el Proyecto de Reforma del Libro II del Código de comercio de 12 de julio de 1926, publicado en la Gaceta de Madrid de los días 4 y 5 de septiembre de 1926, juzga imprescindible establecer normas claras sobre el depósito irregular que “*impidan simulaciones*

¹ GÓMEZ DE LA SERNA, P. y REUS Y GARCÍA, J., *Código de Comercio comentado y anotado*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1878, p. 176, nota (3).

² LANGLE, E., *Derecho mercantil*, Reus, Madrid, 1931, p. 215.

peligrosas e inmorales, fuente de fraudes importantes y motivo de que se debilite el crédito, que es el alma del comercio. Al logro de tales propósitos se establece que el depósito irregular ha de ser siempre indeterminado, con lo que se diferencia del préstamo mutuo; exigese en el depositario la condición de banquero y que el deponente conozca previamente las garantías especiales". Según el art. 146 del citado proyecto las imposiciones de dinero en cuenta corriente tendrán *"la consideración de depósitos irregulares y les servirán de especial garantía, con preferencia a todo otro acreedor, los créditos o préstamos a favor del Banco"*. Distingue este Proyecto, en una moderna visión de la materia que concuerda con los más recientes desarrollos del Derecho de la Unión Europea, las cuentas de efectivo de las cuentas de valores, y califica las de efectivo como depósitos irregulares con garantía especial.

3. ENCUADRAMIENTO Y PONENCIA

El Anteproyecto de Código mercantil pretende aumentar la seguridad jurídica mediante una modernización de la legislación mercantil. En el libro dedicado a los contratos mercantiles en particular, dedica un título al contrato de depósito mercantil y otro a los contratos financieros. El título sobre el depósito mercantil contiene un capítulo dedicado a los depósitos especiales entre los que destaca el depósito colectivo de cosas fungibles (art. 552-4). En este tipo de depósitos, el depositario cumple con su obligación de devolución *"mediante la entrega al depositante de otras de la misma clase y en la misma cantidad"*, es decir con entrega de *tantundem*. El depósito de dinero es una cosa fungible y bien podría quedar encuadrado en el régimen de este artículo, cuando se celebra al margen del comercio de banca. Sin embargo, el Anteproyecto opta por regular el depósito de dinero en el título dedicado a los contratos financieros, y contemplarlo como una actividad que puede realizar cualquier empresario, sin perjuicio de contemplar la especialidad de la recepción de depósitos por parte de las entidades de crédito. Además esta opción altera la naturaleza del contrato. Según el Anteproyecto el depósito mercantil es un contrato consensual y no formal, frente al depósito de dinero que es un contrato real y formal.

Al incluir el depósito de dinero en el título dedicado a los contratos financieros, el Anteproyecto quiere resaltar su carácter financiero y como tal actividad reservada a las entidades de crédito. Pero en lugar de ceñirse al depósito bancario trata de construir una figura general en la cual encuadrar el depósito bancario. Es una solución que admite que puedan dedicarse al depósito de dinero empresarios distintos a las entidades de crédito.

El Anteproyecto parte, según dice su exposición de motivos, del siguiente presupuesto: que *"la inmensa mayoría de los contratos que realizan las entidades financieras pueden ser concertados también por empresarios en general; prácticamente la captación de depósitos del público es la única actividad reservada a las entidades de crédito"*. La primera afirmación no es correcta, pues la inmensa mayoría de los contratos que realizan las entidades financieras no pueden ser concertados por otros empresarios, pues es la inserción del contrato en la organización de la empresa

financiera lo que caracteriza a este tipo de contratos. La segunda sí es cierta, pero la figura de depósito de dinero que construye no se muestra respetuosa con dicha reserva.

Esta opción se aparta del criterio seguido con la custodia de valores, que según la exposición de motivos *“se regula en la normativa del mercado de valores y está sometida a normas europeas en trance de revisión”*, aspecto que es tenido bien en cuenta al abordar en el Anteproyecto el “depósito” de valores, cuyas normas se aplican *“cuando una entidad autorizada legalmente para ello, el depositario, asume las funciones de custodia y administración”* (art. 655-1).

Lo cierto es que en materia financiera el Anteproyecto carece de coherencia. No hay un régimen común a los contratos financieros, sin referencia alguna a los contratos marco que legalmente se exigen para contratar servicios financieros.³ Los tres subsectores del mercado financiero, crédito, inversión y seguros, reciben distinto tratamiento. Los contratos bancarios que integran la interposición en el crédito son tratados como si fueran actividades cuyo ejercicio está abierto a cualquier empresa. Respecto de los servicios de inversión se ha optado con buen criterio por eliminar del Anteproyecto su régimen preservando la aplicación armonizada del Derecho comunitario.⁴ Para el seguro, se traslada el régimen de la Ley del contrato de seguro con algunas mejoras técnicas.⁵ Con esta disparidad en el tratamiento de la materia financiera se pone en cuestión la libre competencia y la protección del cliente. Se desconoce la política legislativa de la Unión Europea que exige una protección similar al cliente con independencia del subsector en que se encuadre el producto financiero.⁶ Lo cual pone en cuestión la aplicación del Reglamento 1286/2014, de 26 de noviembre de 2014, sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros.

Frente a esta doctrina consolidada que considera que el banco adquiere la propiedad del dinero depositado, la exposición de motivos del Anteproyecto manifiesta que: *“Lo esencial del depósito de dinero a diferencia del préstamo es que el depositario no adquiere la propiedad. Por el contrario, pesa sobre él una determinada obligación de custodia que se matiza cuando el custodio es una entidad de crédito autorizada para la captación de depósitos y que puede emplearlo para realizar actividades de banca.”* De tal modo que el depositante bancario sigue siendo propietario del dinero depositado, sin perjuicio de que el banco depositario pueda emplearlo en «actividades de banca». Estas consideraciones crean nuevas incertidumbres. ¿Qué ocurre en caso de concurso

³ Véase título III de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago; art. 79 ter de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

⁴ La propuesta de Código mercantil de 17 de junio de 2013 contenía un título dedicado a las operaciones en el mercado de valores, texto defendido por el presidente del grupo encargado de su redacción, Juan Jesús Roldán Fernández, en “Operaciones sobre valores”, AA.VV, *Hacia un nuevo Código Mercantil*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (dir.), Madrid, 2014, pp. 551-560.

⁵ Según Julio Fuentes Gómez, *“es un texto básicamente conservador de la Ley de 1980”*, en el que los principales cambios obedecen a la necesidad de racionalizar el contenido de las pólizas y actualizar algunas figuras (“La regulación de los contratos de seguro en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil”, AA.VV, *Hacia un nuevo Código Mercantil*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (dir.), Madrid, 2014, pp. 562-563).

⁶ Cfr. “ESAs share initial views on consumer-friendly Key Information Documents on investment products across the EU”, nota de prensa de 17 de noviembre de 2014, del Joint Committee of the three European Supervisory Authorities (EBA, EIOPA and ESMA).

del banco depositario? ¿Tiene el cliente depositante derecho de separación (*separatio ex iure domini*)? ¿Qué se entiende por empleo en «actividades de banca»? Si las «actividades de banca» son las enumeradas en el anexo a la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, esta restricción pondría en duda que los bancos pueden destinar el dinero recibido en depósito a la adquisición de empresas. Se estaría imponiendo por esta vía una separación entre la banca comercial y la banca de inversión.

El capítulo sobre el contrato de depósito de dinero del Anteproyecto de Código Mercantil es fruto del trabajo de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, y en particular del grupo encargado de los contratos mercantiles de financiación, presidida por el notario Roberto Blanquer Uberos, hasta su fallecimiento el 3 de agosto de 2009, fecha en la que se integra con el grupo que se ocupaba de la regulación de los contratos bancarios. Desde esa fecha el grupo ha funcionado bajo la presidencia de Enrique Piñel, abogado del Estado, consejero de Banca March y ex-asesor jurídico de la Asociación Española de Banca, con la participación como vocales de Sebastián Sastre Papiol, director de la asesoría jurídica de La Caixa hasta su nombramiento como magistrado del Tribunal Supremo el 29 de noviembre de 2012,⁷ José Antonio Alepuz Sánchez, abogado del Estado, ex-secretario general del Banco de España, secretario del consejo de Criteria Caixaholding, y de los notarios Ignacio Martínez-Gil e Ignacio Paz-Ares. Según Piñel, “*cuando se empezó a trabajar en los contratos bancarios se puso de relieve que la inmensa mayoría de los contratos que realizan los Bancos los pueden realizar también otros operadores del mercado, por lo que se planteó y aceptó la fusión de ambos grupos para regular lo que serían los contratos financieros*”.⁸ Por lo demás, el grupo decide incluir el depósito de numerario por ser un contrato utilizado en la práctica del mercado financiero ya recogido en el Código de comercio. Conviene destacar que, frente a los demás grupos de trabajo del Anteproyecto, en el de contratos de financiación no participa ningún académico. No se han publicado las memorias de la Comisión General de Codificación de 2010 a 2012. De las memorias disponibles podemos conocer que el grupo de contratos de financiación mantuvo 3 reuniones en 2008, y durante 2009 no se reunió. Las actas no son públicas y el autor de este artículo no ha recibido autorización para acceder a las mismas como investigador.⁹

A su vez, la ponencia sobre depósito mercantil presidida por el catedrático de Derecho mercantil Justino Duque, integrada por el también catedrático Ignacio Quintana, y por la profesora titular María Jesús Guerrero Lebrón deja fuera de su ámbito el depósito irregular que según Ignacio Quintana pasa a estar regulado en sede de contratos financieros. La propuesta de este grupo distingue según la exposición de

⁷ Pese a lo cual fue renovando en ese ejercicio como vocal del grupo, cfr. Memoria de la Comisión General de Codificación de 2013, p. 4.

⁸ PIÑEL LÓPEZ, E., “Los contratos financieros en la propuesta de Código mercantil”, en *El notario del siglo XXI*, núm. 55, 30 de mayo de 2014, p. 1, de la versión disponible en <http://www.elnotario.es/index.php/academia-matritense-del-notariado/3746-los-contratos-financieros-en-la-propuesta-de-codigo-mercantil?tmpl=component&print=1&layout=default&page>.

⁹ A tenor del art. 32 del Real Decreto 160/1997, de 7 de febrero, por el que se aprueban los Estatutos de la Comisión General de Codificación.

motivos del Anteproyecto entre las normas generales sobre el depósito mercantil y las dedicadas a depósitos especiales “*excluyendo las referentes a tráficos específicos, como los bancarios*”.¹⁰ Este planteamiento contrasta con el mantenido por el grupo presidido por Piñel cuya propuesta considera el contrato de depósito de dinero como un contrato general del tráfico económico, que puede realizar cualquier empresario, sin bien con normas especiales para los recibidos por las entidades de crédito.

Además, hay cierto conflicto doctrinal entre la propuesta del grupo que se ocupa del depósito de dinero y la del que se ocupa del depósito mercantil, pues este último contempla el depósito irregular en los términos en los que Joaquín Garrigues lo interpretó.¹¹ Lo cual resulta contrario a la propuesta del grupo presidido por Piñel, quien rechaza la doctrina del depósito irregular.¹² Existe una ponencia encargada de la coordinación del Anteproyecto presidida por el catedrático de Derecho mercantil, Alberto Bercovitz que debería haber coordinado las diversas propuestas de los grupos de trabajo. Hay aquí una ruptura del sistema del Código que afecta al mercado financiero.

4. MERCANTILIDAD

El Anteproyecto opta por un criterio mixto para establecer la mercantilidad de un contrato. Como dice su exposición de motivos, la delimitación de la materia se hace tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo, y de esta manera el Derecho mercantil vuelve a ser el Derecho de una clase de personas, los operadores de mercado, y de una clase de actividades, por el mercado en el que se celebran. Un contrato será mercantil cuando interviene un operador de mercado con actuaciones referidas al mercado.¹³ Son operadores de mercado los empresarios y las personas que ejerzan una actividad de producción de bienes o prestación de servicios para el mercado. Conforme a esta delimitación de lo mercantil, el contrato de depósito de dinero será mercantil cuando intervenga en el mismo un operador de mercado o pueda ser considerado operación de mercado.

Lo cierto es que hay contratos mercantiles por la presencia de un operador de mercado en el ejercicio de una actividad propia, como ocurre con el seguro, que por naturaleza exige la presencia de un empresario asegurador en el ejercicio de la

¹⁰ Véase QUINTANA CARLO, I., “El contrato de depósito mercantil”, en AA.VV, *Hacia un nuevo Código Mercantil*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (dir.), Madrid, 2014, p. 511.

¹¹ Así Quintana, (QUINTANA CARLO, I., “El contrato de depósito mercantil”, *op.cit.*, p. 512), considera que para la recta interpretación del depósito irregular sigue siendo básico el temprano trabajo de GARRIGUES, J., “El depósito irregular y su aplicación en el Derecho mercantil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 86 a 94, 1932.

¹² Según el presidente del grupo, Piñel: “*Es en éste contrato donde se encuentra la mayor novedad de la Propuesta de Código Mercantil en materia de contratos financieros porque se abandona el concepto de depósito irregular que asimilaba en cierto modo el depósito de dinero al préstamo*” (“Contratos financieros”, en AA.VV, *Hacia un nuevo Código Mercantil*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (dir.), Madrid, 2014, pp. 543-544).

¹³ Cf. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., “Presentación del Anteproyecto de Código mercantil”, AA.VV, *Hacia un nuevo Código Mercantil*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (dir.), Madrid, 2014, p. 42.

actividad.¹⁴ Lo mismo ocurre con el depósito de dinero del público como contrato financiero que requiere por naturaleza y reserva legal la participación de una entidad de crédito en su ejercicio. Sin embargo, el Anteproyecto no reconoce esta circunstancia que habría condicionado la mercantilidad a la participación como depositario de una entidad de crédito.

En el contrato de depósito de dinero, según queda configurado en el Anteproyecto, la mercantilidad deriva de la prestación del servicio de custodia por parte del depositario. Pero hay que advertir que la actividad de captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, es una actividad reservada a las entidades de crédito. Según dice el art. 3.1 de la Ley 10/2014: *“Queda reservada a las entidades de crédito que hayan obtenido la preceptiva autorización y se hallen inscritas en el correspondiente registro, la captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas”*. El ejercicio de la actividad de captación de fondos reembolsables del público requiere una autorización administrativa. En este sentido, la Ley prohíbe expresamente el ejercicio de esa actividad a personas no autorizadas (art. 3.3 Ley 10/2014). Para hacer efectiva esta prohibición, el Registro Mercantil debe denegar la inscripción de quienes incluyan dicha actividad sin estar autorizados. El ejercicio con carácter profesional de la actividad de recepción de depósitos del público sin haber sido autorizado constituye una infracción muy grave sancionable con multa y requerimiento de cese de actividad.

Según su exposición de motivos, el Anteproyecto contempla *“una regulación muy novedosa que pretende destacar implícitamente la mercantilidad de los depósitos de dinero en las entidades de crédito. No se niega, sin embargo, la posibilidad de admitir esta figura en relaciones esporádicas, pero estableciendo una regulación que imposibilite prácticamente o dificulte, por los peligros que conlleva la intermediación financiera ilegal, la generación de depósitos de dinero fuera del sistema bancario”*. Pero si son relaciones esporádicas faltaría la habitualidad propia de una operación de mercado. En estos casos marginales, ya existe un régimen del depósito en el Código civil y de existir una relación mercantil, atendiendo al objeto del contrato, podría quedar regulado por el régimen del depósito mercantil y en particular por lo dispuesto en el art. 552-4 para el depósito de cosas fungibles. La mejor forma de proteger la reserva legal sobre la recepción de depósitos por parte de las entidades de crédito es reconocerla y establecer, como ocurre con el seguro, y proponía el Proyecto de Reforma de 1926, la exigencia de que el depositario sea siempre una entidad de crédito.

El Anteproyecto recoge esta reserva de actividad en términos no coincidentes con los del art. 3.1 de la Ley 10/2014. Según dice el art. 572-2.3: *“La captación habitual de depósitos de dinero sólo podrá realizarse por las entidades de crédito debidamente autorizadas para captar depósitos de dinero del público”*. La reserva de la Ley 10/2014 es más amplia, se refiere a todo tipo de fondos y a modalidades distintas al depósito. La reserva del Anteproyecto utiliza el término «dinero» sin definirlo. Es una

¹⁴ OLIVENCIA, M., “Delimitación de la materia mercantil”, AA.VV, *Hacia un nuevo Código Mercantil*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (dir.), Madrid, 2014, p. 66.

reserva que se solapa con la recogida en la 10/2014 y que puede crear problemas de interpretación. La reserva de las actividades financieras y, en particular, la reserva de la recepción de depósitos del público, es una pieza esencial de la ordenación financiera. La existencia en Derecho interno de dos normas con distinto contenido es una fuente de inseguridad incompatible con el Derecho de la Unión Europea.

El Anteproyecto separa las normas administrativas de las normas contractuales, *“tratando en esta sede únicamente los aspectos jurídico-privados, distinguiéndolos claramente de las normas de ordenación y supervisión de carácter administrativo”* como dice la exposición de motivos en relación con el seguro, uno de los contratos financieros. Por esta razón resulta incoherente que reproduzca en términos distintos a los de la norma administrativa la reserva de actividad. Este contenido del Anteproyecto debería dar lugar a una actuación de oficio de la Autoridad Bancaria Europea, conocida por sus siglas en inglés EBA, requiriendo al Gobierno a través del Banco de España para que elimine del Anteproyecto una norma que crea inseguridad en el mercado bancario y supone una infracción a la aplicación armonizada del Derecho comunitario.

El Anteproyecto descarta incluir las normas de conducta del mercado financiero por considerar que son normas de Derecho administrativo ajenas a un Código mercantil regulador de los contratos financieros. Este planteamiento resulta contrario a la jurisprudencia, según la cual los llamados códigos de conducta, impuestos por normas jurídicas a las empresas de servicios de inversión *“integran el contenido preceptivo de la llamada «lex privata» o «lex contractus» que nace al celebrar, con sus clientes, los contratos para los que aquellos están previstos. Se trata de estándares o modelos de comportamiento contractual, impuestos, por la buena fe, a las prestadoras de tales servicios y, al fin, de deberes exigibles a la misma por el otro contratante - artículos 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio”* (STS 243/2013, de 18 de abril, ROJ: STS 3016/2013). Criterio aplicable por analogía en el mercado del crédito. De esta forma, ha de considerarse que las normas de conducta aplicables a las entidades financieras constituyen obligaciones de hacer o no hacer, según el caso (cf. art. 1.088 del Cc), nacidas de la ley (cf. art. 1.089 del Cc), siendo exigibles por venir determinadas en una ley especial –art. 5 Ley 10/2014–, y su normativa reglamentaria de desarrollo –Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos– (cf. art. 1.090 del Cc).

Conviene destacar que el art. 411-1 del Anteproyecto establece que las normas sobre los distintos tipos contractuales tienen carácter dispositivo, salvo que excepcionalmente se les atribuya expresamente un carácter imperativo, no existiendo en el capítulo dedicado al depósito de dinero ninguna disposición en este sentido (art. 411-1). Luego las partes pueden disponer de las normas sobre el depósito de dinero. Este carácter dispositivo contrasta con el carácter imperativo, propio del orden público económico, de las normas de conducta sobre servicios financieros. Son normas en interés del cliente no renunciables. Está en juego la protección del cliente y la integridad del mercado financiero.

5. CARÁCTER FINANCIERO

El contrato de depósito de dinero queda encuadrado en el título de los contratos financieros. Conviene aclarar el concepto de «contrato financiero» antes de examinar las razones que han llevado a los ponentes a incluir el depósito de dinero en esta categoría de contratos.

Para el art. 571-1 del Anteproyecto, son contratos financieros aquellos que teniendo por objeto una suma monetaria conceden o facilitan financiación a cambio de un precio. Según esta noción, los contratos financieros quedan caracterizados por su objeto monetario y por su función financiera. Forman parte de una actividad mercantil con ánimo de lucro, de ahí que exista un precio por la prestación del servicio de financiación. No basta con que el contrato tenga por objeto una «suma monetaria», es decir, dinero por su valor nominal,¹⁵ para que sea un contrato financiero, se requiere además que cumpla una función financiera, de facilitar el acceso al crédito.

Pero el depósito de dinero sólo cumple estas características cuando constituye una actividad propia de las entidades de crédito. Mediante las denominadas operaciones pasivas, las entidades de crédito reciben sumas monetarias que aplican a la concesión de crédito. Por lo demás, la recepción de depósitos por parte de las entidades de crédito es siempre una actividad profesional. Son empresas “*cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia*” (art. 1.1 Ley 10/2014).

El propio presidente del grupo encargado de su redacción, Enrique Piñel, reconoce que en la noción de contrato financiero del Anteproyecto: “*No busquemos grandes problemas conceptuales, discusiones doctrinales, se trataba de una Noción con la modesta finalidad de poder abarcar los contratos que se querían regular*”.¹⁶ Como directriz destaca este autor la «modestia doctrinal», pues no se ha pretendido introducir grandes novedades, con la única excepción de la regulación del depósito de dinero “*que sí supone una ruptura con su configuración jurídica vigente hasta ahora*”.¹⁷

Con estos matices, los únicos contratos de depósito de dinero que cabe calificar de “contratos financieros” son los que integran la actividad profesional de las entidades de crédito. Lo cual, de algún modo, es reconocido por Piñel, quien comienza el comentario de esta figura reconociendo que estamos ante un “*contrato que, como actividad empresarial, sí que está reservada a las entidades de crédito, sólo ellas pueden captar dinero en depósito del público*”. Lo que significa que el depósito de dinero como contrato mercantil es una actividad profesional reservada a las entidades de crédito. Luego para ser coherentes con este planteamiento, el capítulo dedicado a este contrato debería haber partido de la reserva legal de la actividad y regular el contrato como actividad profesional de las entidades de crédito. Pero no es este el contenido del Anteproyecto, que configura un contrato de depósito de dinero que puede celebrar cualquier empresario, si bien adquiere con la participación de una entidad de crédito un

¹⁵ Véase GARRIGUES, J., “El dinero como objeto de la actividad bancaria”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1958, pp. 24-27.

¹⁶ PIÑEL LÓPEZ, E., “Los contratos financieros en la propuesta de Código mercantil”, *op. cit.*, p. 2.

¹⁷ *Ibidem*.

carácter especial. Esto es incoherente con lo que dice la exposición de motivos del Anteproyecto y pone en cuestión la reserva legal de la captación de depósitos del público de origen comunitaria.

Según el Anteproyecto el depósito, como contrato financiero, debe estipularse “*a cambio de un precio*”. Luego es siempre un contrato remunerado. Teniendo en cuenta que queda configurado como un contrato financiero, hay que entender que la entidad de crédito remunera al depositante por permitirle la utilización de las sumas depositadas en operaciones activas de concesión de crédito. La noción de contrato financiero no contempla la obligación de custodia, entendida como el servicio de seguridad que la banca ofrece al cliente, conservando el dinero y facilitando el reembolso.

No obstante, hay que reconocer que el pago de un precio en forma de intereses no siempre se produce. Si bien es cierto que lo habitual ha sido que las entidades de crédito remuneraran a sus clientes depositantes, remuneración que cubría el coste de la custodia y hacía partícipe al cliente del negocio que las entidades realizaban concediendo crédito en sus operaciones de activo, con la crisis económica se están dando casos de entidades de crédito que no remuneran los depósitos y que cobran unos “intereses negativos” por mantener saldos en cuenta. Es decir, los bancos en ocasiones cobran por mantener la custodia del dinero en cuenta.

6. NATURALEZA

El Anteproyecto construye la figura del depósito del dinero distanciándose del depósito mercantil, incluso del depósito mercantil de cosas fungibles. Rompe además con la doctrina mayoritaria que sigue considerando al depósito bancario como depósito irregular. Y no se posiciona tampoco entre los que consideran que estamos ante un contrato *sui generis* que participa de la naturaleza del mutuo con elementos monetarios.

Como dice la exposición de motivos del Anteproyecto: “*Se abandona por tanto la tesis del depósito irregular, en cuanto la concepción actual del dinero no necesita de dicho remedio, y se enfatiza la obligación de custodia*”. En este sentido, según comenta Piñel, la “*construcción de la figura del depósito de dinero se ha realizado sobre la base de la moderna construcción de la teoría monetaria*”,¹⁸ sin cita alguna que le sirva de soporte. Según esta teoría, la relación de una persona con su dinero no es una relación «crediticia», el portador de la moneda “*es el titular de un derecho real pleno, con eficacia erga omnes, sobre un stock de valor nominal*”, para concluir que: “*De alguna manera hemos vuelto a la relación jurídica que identificaba al propietario de una moneda de oro (patrón metálico) pero en lugar de utilizar el oro u otro metal de referencia, utilizamos la simple convención del valor nominal, bien se represente este en un billete, una moneda, o un apunte contable.*”¹⁹ Mezcla Piñel la consideración del dinero como valor monetario con la relación que vincula al cliente depositante con el

¹⁸ PIÑEL LÓPEZ, E., “Contratos financieros”, *op. cit.*, p. 544.

¹⁹ *Ibidem*.

banco. El cliente es titular de un valor monetario, de un saldo disponible en cuenta, en una relación crediticia negada por Piñel.

Ante la falta de citas desconocemos a qué «*moderna construcción de la teoría monetaria*» se refiere Piñel. No obstante, podemos encontrar una novedad en la teoría monetaria relevante para la figura del depósito de dinero. Nos estamos refiriendo a la revisión del Plan Chicago por los economistas del Fondo Monetario Internacional Jaromir Benes y Michael Kumhof.²⁰ El Plan Chicago propuso la separación de moneda y crédito tras la Gran Depresión, proponiendo que los bancos mantuvieran en sus cajas el 100% de sus depósitos. Supone separar las dos funciones de la banca, la de recepción de depósitos y la de concesión de créditos. Este hecho supondría reconsiderar la naturaleza del contrato de depósito bancario, que pasaría a ser un contrato de custodia con prohibición de aplicar las cantidades recibidas a la concesión de crédito. Se trata de acabar con la banca de reserva fraccionaria, causante de las crisis financieras a través del sobreendeudamiento tanto público como privado.²¹ La aplicación del Plan Chicago revisado por Benes y Kumhof eliminaría las crisis bancarias y llevaría a una inmediata reducción del endeudamiento público y privado, con el efecto adicional de eliminar la inflación.²² Esta propuesta de un “*narrow banking*” ha sido rechazada en el Reino Unido por el Informe Turner.²³ Es una propuesta ilusoria, retomada por el debate político.²⁴

Por esta razón, vamos a centrarnos en las bases jurídicas para la novedosa propuesta del Anteproyecto. Según dice Piñel: “*La conservación de la propiedad del dinero depositado ya se reconoció en el Código italiano, al establecer en su art. 1834 que en los depósitos de una suma monetaria en un Banco, éste no adquiere su propiedad ...*”. Pero el art. 1834 del Código civil italiano dice justamente lo contrario.

Dada la magnitud del error cometido por el presidente del grupo encargado de redactar el título sobre los contratos financieros en el contrato del depósito de dinero, principal novedad de su propuesta, conviene reproducir el contenido de este artículo. El art. 1834 del Código civil italiano dice lo siguiente: “*Nei depositi di una somma di danaro presso una banca, questa ne acquista la proprietà ed è obbligata a restituirla nella stessa specie monetaria, alla scadenza del termine convenuto ovvero a richiesta del depositante, con l'osservanza del periodo di preavviso stabilito dalle parti o dagli usi.*” Como dice Giuseppe Ferri, el efecto legal típico, expresamente enunciado en el

²⁰ BENES, J. y KUMHOF, M., “The Chicago Plan Revisited”, *IMF Working Paper*, WP/12/202, disponible en <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2012/wp12202.pdf>.

²¹ Véase FISHER, I.: “100% Money and the Public Debt”, *Economic Forum*, núm. abril-junio, 1936, pp. 406-420.

²² BENES, J. y KUMHOF, M., “The Chicago Plan Revisited”, *op. cit.*, pp. 55-56.

²³ FSA, “The Turner Review. A regulatory response to the global banking crisis”, marzo de 2009, p. 95, disponible en http://www.fsa.gov.uk/pubs/other/turner_review.pdf.

²⁴ De la mano de Antonio Quero (*La reforma progresista del sistema financiero. Un banco ciudadano de depósitos y una tasa sobre el casino financiero*, Madrid, 2014), ha pasado al borrador de programa económico de Podemos, según el cual “*debe estudiarse con detenimiento la posibilidad de crear un banco ciudadano de depósitos con el fin de separar la función de captación de ahorro de la de financiación*” (NAVARRO, V. y TORRES LÓPEZ, J., *Un proyecto económico para la gente*, noviembre de 2014, p. 43, disponible en <https://web-podemos.s3.amazonaws.com/wordpress/wp-content/uploads/2014/11/DocumentoEconomicoNavarroTorres.pdf>).

art. 1834 del Código civil, es que la banca adquiere la propiedad de las sumas depositadas.²⁵ No dice «non acquisisce la proprietà». Hay un error de traducción.

La doctrina española de Derecho bancario parte de la obra de Joaquín Garrigues sobre “Contratos bancarios”, en la que sigue muy de cerca a la doctrina italiana que ha comentado los artículos sobre esta materia recogidos en su Código civil.²⁶ En este sentido, la doctrina española con Garrigues a la cabeza considera que la banca adquiere la propiedad de dinero recibido en depósito de su clientela.²⁷ Es además el criterio seguido en Derecho comparado. Como dice Ross Cranston, “*moneys in the hands of a bank are its money, not money held as bile, trustee, or agent*”.²⁸ Con mayor claridad otros autores del Reino Unido consideran que “*the funds become the property of the bank*”.²⁹ A su vez, en Derecho francés, François Grua afirma que: “*Le déposant perd la propriété des espèces dès leur remise et ne dispose plus que d’un droit de créance*”.³⁰

7. CONTENIDO

El capítulo dedicado al contrato de depósito de dinero lo componen cinco artículos, el primero dedicado a la noción del contrato, el segundo a su constitución, el tercero al modo de custodiar, el cuarto a la restitución y el quinto al régimen concursal. En este capítulo se cita ocho veces a las entidades de crédito y una a las entidades de pago con el fin de establecer una norma particular o remitir a la legislación especial que se aplica a estos tipos de entidades financieras.

Vamos a analizar su contenido desde la perspectiva del encuadramiento del contrato como contrato financiero, lo cual conlleva que los únicos sujetos que pueden dedicarse a esta actividad mercantil sean las entidades de crédito. Desde esta perspectiva, llegaremos a la conclusión de que la propuesta debe ser rechazada, pues afecta a la seguridad jurídica de la actividad de recepción de depósitos por parte de las entidades de crédito, lo cual compromete tanto la estabilidad bancaria como la debida protección de la clientela depositante.

Con buen criterio, en el Anteproyecto desaparece la previsión del art. 310 del Código de comercio según la cual los depósitos verificados en los bancos “*se registrarán, en primer lugar, por los estatutos de las mismas; en segundo, por las prescripciones de este Código, y últimamente, por las reglas del Derecho común, que son aplicables a todos los depósitos*”. Este precepto es contrario a nuestro sistema de fuentes, al otorgar a

²⁵ Voz “Deposito bancario”, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XII, Giuffrè Editore, Milán, 1964, p. 278. En el mismo sentido, MOLLE, G., *I contratti bancari*, 2.a ed., Milano, 1981, p. 114, para quien el art. 1834 pone en evidencia “*il passaggio di proprietà del denaro alla banca*”.

²⁶ GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, 2ª ed., Madrid, 1975, pp. 351-388.

²⁷ Véase por todos, con una buena síntesis de las diversas posiciones doctrinales, VALPUESTA GASTAMINZA, E. M., “Operaciones pasivas (Depósitos de dinero)”, en AA.VV., *Contratos mercantiles*, DE LA CUESTA RUTE, J. M. (dir.), tomo II, Barcelona, 2007, pp. 147-161.

²⁸ CRANSTON, R., *Principles of Banking Law*, Oxford, 1997, p. 173.

²⁹ ELLINGER, P., LOMNICKA, E. Y HOOLEY, R., *Modern Banking Law*, Oxford, 2002, p. 173.

³⁰ GRUA, F., *Les contrats de base de la pratique bancaire*, Paris, 2000, p. 127.

las empresas bancarias capacidad de crear normas jurídicas regulando de forma unilateral los contratos de depósito.³¹

7.1. Noción

El art. 572-1 define el depósito de dinero como aquel contrato en el que el depositante entrega al depositario una suma de dinero con obligación de custodiar su valor nominal y de restituirla al depositante. Frente al depósito mercantil en el que el depositario se obliga a custodiar las cosas que le entregue el depositante, “*reconociendo la consensualidad del mismo*” según dice la exposición de motivos del Anteproyecto, el de dinero es un contrato real que nace con la entrega de la «suma de dinero».

La noción del Anteproyecto residencia la obligación de custodia sobre el «valor nominal», cuando lo cierto es que la custodia sólo puede recaer sobre el dinero. El valor nominal tendrá relevancia a la hora de determinar la obligación de reembolso, pues siendo una deuda de una suma monetaria lo que debe restituir el depositario es dicha suma atendiendo a su valor nominal, pues no es una de deuda de valor en la que habría que entregar el valor actualizado de la suma de dinero recibida.

7.2. Constitución

Frente al depósito mercantil que se limita a regular la documentación de la entrega de la cosa objeto del depósito, el contrato de depósito de dinero exige su formalización por escrito a tenor de lo dispuesto en el art. 572-2. La falta de forma escrita convierte al depositante en prestamista, quedando privado de las acciones que le corresponderían como depositante. La mera declaración no produce los efectos de la entrega, salvo que se acredite la realidad del importe entregado y el derecho a la percepción del mismo. Lo anterior no se compadece con el régimen especial bancario según el cual el banco está obligado a “*entregar al cliente el correspondiente ejemplar del documento contractual en que se formalice el servicio recibido*” (art. 7.1 Orden EHA/2899/2011). Dicho documento contractual, cuando se refiera a depósitos, debe tener el contenido mínimo reglamentado y los demás extremos que establezca el Banco de España (véase art. 7.3 Orden EHA/2899/2011)

Se entenderá entregada la suma por entrega física o por abono en cuenta. Este régimen se realiza sin remisión alguna a la legislación especial bancaria. La referencia al abono en cuenta se recoge sin matizar que sólo las entidades de crédito pueden abrir cuentas de depósito.

7.3. Custodia

La cuestión más debatida en el contrato de dinero es la de la custodia. Si consideramos que estamos ante un depósito en sentido estricto el depositario asume la obligación de

³¹ Véase GARCÍA AMIGO, M., “En torno al artículo 310 del Código de comercio”, *Revista de Derecho Privado*, 1964, pp. 836 y ss.

custodiar el dinero y no disponer de él. Dado que la actividad bancaria consiste en aplicar a la concesión de crédito las sumas recibidas en depósito, esta prohibición resulta contraria a la realidad del tráfico bancario. Este tema es abordado en el Anteproyecto en el art. 572-3. Este artículo exime a los bancos de mantener de forma diferenciada en su patrimonio las sumas depositadas y de la prohibición de utilizar las sumas depositadas para financiar actividades propias o de terceros. En este sentido, la obligación de custodia de las entidades de crédito “*no le impedirá su utilización para realizar operaciones bancarias, conforme a las normas contenidas en la legislación bancaria y a los usos bancarios españoles*” (art. 572-3.2) Este inciso pone en duda que las entidades bancarias puedan dedicarse a invertir con los fondos recibidos en depósito. Además la remisión a los usos bancarios en una cuestión de orden público económico no es apropiada. Es una remisión a los usos españoles en un mercado que está globalizado y con una avanzada integración en el Mercado Único de la Unión Europea. Por lo demás, la desconfianza hacia los usos bancarios se pone de manifiesto en Derecho comparado, por ejemplo, en el *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia* italiano que establece, en relación con las obligaciones de información al cliente, que: “*Non può essere fatto rinvio agli usi*”.

7.4. Restitución

Según establece el art. 572-4, el depositante puede exigir la restitución de lo depositado a voluntad en el lugar de constitución, salvo que se hubiera pactado en otros términos. En banca lo habitual es que el ejercicio de derecho al reembolso tenga lugar en la sucursal en la que se abrió la cuenta. La disposición requiere según este artículo del Anteproyecto la “*identificación directa y personal del depositante*”. No obstante, cada vez es más frecuente acceder a distancia mediante los servicios por teléfono o internet. En este sentido, el Anteproyecto que comentamos permite pactar la utilización de estos medios.

7.5. Prelación concursal

Según la Directiva 2014/49/UE, tiene la consideración de “depósito” el saldo acreedor mantenido en cuenta que una entidad de crédito tenga obligación de restituir.³² A su vez según la exposición de motivos de la Directiva 2014/59/UE: “*A fin de proporcionar cierto nivel de protección a las personas físicas y a las microempresas y pequeñas y medianas empresas que sean titulares de depósitos admisibles que rebasen el nivel de los depósitos cubiertos, tales depósitos deben tener un rango de prelación superior al de los derechos de los acreedores ordinarios, no garantizados y no preferentes en*

³² El art. 2.1. (3) de la Directiva 2014/49/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014, relativa a los sistemas de garantía de depósitos, define «depósito» como “*cualquier saldo acreedor que proceda de fondos que se hayan mantenido en cuenta o de situaciones transitorias generadas por operaciones bancarias normales y que una entidad de crédito tenga obligación de restituir en las condiciones legales y contractuales aplicables, inclusive los depósitos a plazo fijo y los depósitos de ahorro*”.

virtud de la legislación nacional que rige los procedimientos de insolvencia ordinarios.” Estas previsiones son desarrolladas en el art. 108 de la Directiva, dedicado a la posición de los depósitos en la jerarquía de insolvencia, conforme al cual los depósitos bancarios de personas físicas y pymes, por encima de los 100.000 euros asegurados por el Fondo de Garantía de Depósitos, tienen preferencia sobre los acreedores ordinarios.

Estas normas no son coincidentes con lo dispuesto en el art. 572-5.2, inicial, del Anteproyecto según el cual: *“En el caso de que el depositario sea una entidad de crédito autorizada para captar depósitos del público no podrá satisfacerse obligación alguna sin antes haberse cancelado todos los saldos depositarios con cargo a los activos que presente el balance de la entidad y en proporción a los saldos que presenten sus respectivos depósitos en concepto de principal e intereses, salvo que la normativa sobre resolución de entidades de crédito establezca una jerarquía en función del importe, la naturaleza o el tamaño del depositante.”* Pues la jerarquía de los depósitos en situaciones concursales de entidades bancarias ya está prevista en el art. 108 de la Directiva 2014/59/UE. Luego carece de sentido prever en un tema de tanta trascendencia financiera una alternativa regulatoria, y condicionar la aplicación de las previsiones de la Directiva a que la jerarquía sea *“en función del importe, la naturaleza o el tamaño del depositante”*. El propio Piñel reconoce la necesidad de adaptar el texto del Anteproyecto a la Directiva 2014/49/UE.³³

Según la exposición de motivos del Anteproyecto: *“En materia concursal, al autorizarse a las entidades de crédito a utilizar sus depósitos en sus actividades ordinarias, el derecho de separación del depositante, se transforma en un súper privilegio en caso de concurso, cuyo alcance se ha adaptado a la normativa europea sobre rescate y resolución de las entidades de crédito.”* En el Anteproyecto, el depositante sigue siendo propietario del dinero depositado y como titular del dominio en caso de concurso tendría derecho de separación *ex iure domini*, pero este derecho, se precisa, «se transforma en un súper privilegio» cuando estamos ante un depósito bancario. Pero no hay tal transformación. El banco adquiere la propiedad del dinero depositado, dispone del mismo como propietario y, en situación concursal, se dota a determinados depositantes con una prelación o preferencia en el cobro frente a los demás acreedores. El Anteproyecto interfiere en este régimen creando inseguridad jurídica.

Piñel considera que la exclusión de la prioridad de los depósitos de las grandes empresas que excedan de la cobertura del seguro de depósito tiene lugar *“sin duda por considerar que en ellos no existe esa función de custodia propia del depósito, sino que se trata de una pura inversión financiera.”* Esta afirmación es sorprendente, pues si son depósitos de dinero les resultará de aplicación el capítulo del Anteproyecto dedicado a este contrato según el cual existe una obligación de custodia y el depositante mantiene la propiedad sin perjuicio del empleo bancario de las sumas recibidas. No hay en el régimen proyectado ningún precepto en el cual sustentar que los depósitos de las

³³ PIÑEL LÓPEZ, E., “Contratos financieros”, *op. cit.*, p. 545.

grandes empresas por encima del garantizado tienen otra naturaleza por la cual deban ser calificados de «pura inversión financiera».

Por lo demás, las normas concursales de las entidades están enumeradas como Derecho paraconcursal en la disposición adicional segunda de la Ley Concursal. El Anteproyecto da nueva redacción a este precepto incluyendo el art. 572-5 sobre régimen concursal de los depósitos de dinero en la lista de la legislación especial (Disposición final sexta). Lo cual parece coherente, salvo el matiz de que ese artículo también regula el régimen concursal de depositarios distintos a las entidades de crédito.

8. CONCLUSIONES

Los contratos financieros son servicios profesionales en interés del cliente que se rigen por el régimen de la comisión. Son mandatos mercantiles sometidos a normas de conducta que operan bajo unos mismos principios. Esta materia está regulada por directivas y reglamentos de la Unión Europea, existiendo unas autoridades encargadas de velar por la aplicación armonizada de este régimen en todos los Estados miembros. El Anteproyecto de Código Mercantil parte de la errónea concepción de que los contratos financieros pueden ser realizados por empresas distintas a las entidades financieras. En particular, al desarrollar la figura del depósito de dinero, lo hace desde una perspectiva general, incluyendo algunas excepciones y reglas especiales para las entidades de crédito. Además, desarrolla la figura del depósito de dinero al margen de las normas que rigen la conducta de las entidades bancarias. Esta opción afecta a la protección del cliente y a la integridad del mercado. No consigue el objetivo de aumentar la seguridad jurídica a través de una modernización de la legislación mercantil. Al igual que sucediera con el título dedicado a las «operaciones en el mercado de valores», el capítulo sobre el depósito de dinero debería ser suprimido en su tramitación parlamentaria. Esto no significa que no sea urgente la necesidad de codificar la materia financiera. La dispersión actual dificulta la aplicación de las normas y su correcta comprensión. En este sentido, la reciente refundición de normas bancarias en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, y la delegación al Gobierno por Ley 20/2014, de 29 de octubre, para elaborar un texto refundido de la legislación del mercado de valores, son un paso hacia delante. Estas refundiciones deberían constituir los materiales de trabajo para elaborar un Código del Mercado Financiero, que refundiera y clarificara la legislación, tanto de derecho público como contractual, sobre banca, inversión y seguros, incluyendo los servicios de pagos.