

# TRATADO DE DERECHO MERCANTIL

MANUEL OLIVENCIA  
CARLOS FERNÁNDEZ-NÓVOA  
RAFAEL JIMÉNEZ DE PARGA

(Directores)

GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ

(Coordinador)

## LAS OPERACIONES BANCARIAS DE PASIVO

RAQUEL LÓPEZ ORTEGA

Profesora Titular de Derecho Mercantil  
de la Universidad de Sevilla

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2008

# ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS .....	13
INTRODUCCIÓN.....	17
<b>CAPÍTULO I. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.....</b>	<b>21</b>
I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.....	21
II. CONTRATO MERCANTIL.....	23
III. NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL DEPÓSITO BANCARIO DE DINERO .....	25
A) Planteamiento .....	25
B) Frente al depósito común.....	26
C) Frente al depósito irregular común.....	28
a) El elemento de la custodia.....	31
D) Frente al depósito de dinero no bancario.....	34
IV. EL DEPÓSITO BANCARIO DE DINERO EN LA CLASIFICACIÓN DE LOS DEPÓSITOS BANCARIOS.....	37
A) Clasificación general de los depósitos bancarios .....	37
B) Modalidades de depósitos bancarios de efectivo.....	41
V. NATURALEZA JURÍDICA DEL DEPÓSITO BANCARIO DE DINERO .	43
A) Planteamiento .....	43
B) Naturaleza jurídica de los depósitos a la vista .....	46
a) Teoría del depósito irregular.....	46
b) Teoría del mutuo.....	50
c) Teoría del contrato <i>sui generis</i> .....	52
C) Naturaleza jurídica de los depósitos a plazo.....	54
VI. DEPÓSITO BANCARIO DE DINERO Y CUENTA CORRIENTE BANCARIA.....	57
<b>CAPÍTULO II. PERFECCIÓN Y FORMA DEL CONTRATO .....</b>	<b>61</b>
I. CONTRATO REAL .....	61
II. CONTRATO NO FORMAL.....	64
III. LA LIBRETA DE AHORRO .....	67
A) Concepto .....	67
B) Funciones.....	68
a) Función legitimadora.....	68
b) Función contable .....	72
C) Naturaleza jurídica .....	72
IV. LA LIBRETA QUE DOCUMENTA IMPOSICIONES A PLAZO .....	77

	Pág.
A) Concepto y caracteres .....	77
B) Naturaleza jurídica .....	80
V. LOS CERTIFICADOS DE DEPÓSITO.....	81
A) Concepto y función económica.....	81
B) Naturaleza jurídica y régimen de funcionamiento .....	84
a) Naturaleza jurídica.....	84
b) Régimen de emisión de los certificados de depósito .....	85
c) Régimen de transmisión de los certificados de depósito.....	88
VI. RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS DE DEPÓSITO CELEBRADOS VÍA ELECTRÓNICA .....	91
A) Planteamiento. Régimen legal aplicable .....	91
B) Fase precontractual .....	93
a) Publicidad .....	93
b) Información.....	96
c) Consecuencias del incumplimiento de los requisitos de información previa .....	100
C) Fase contractual.....	101
D) El derecho de desistimiento .....	102
<b>CAPÍTULO III. ELEMENTOS PERSONALES DEL CONTRATO.....</b>	<b>105</b>
I. PLANTEAMIENTO .....	105
II. LA ENTIDAD DEPOSITARIA.....	106
III. EL DEPOSITANTE.....	108
IV. DEPÓSITOS UNIPERSONALES .....	109
A) La capacidad del depositante persona física .....	109
B) La capacidad del depositante persona jurídica.....	113
C) La identificación del depositante .....	114
V. DEPÓSITOS PLURIPERSONALES .....	117
A) Planteamiento.....	117
B) Delimitación de la figura.....	118
C) Supuestos y función económica para los depositantes.....	120
D) Titularidad, poder de disposición y propiedad del dinero depositado...	122
E) Modalidades .....	126
a) Planteamiento. Determinación de la forma dispositiva .....	126
b) Modificación de la forma dispositiva prevista en el contrato .....	127
c) Depósito conjunto o mancomunado.....	129
d) Depósito indistinto o solidario .....	131
1. Planteamiento.....	131
2. Naturaleza jurídica .....	133
3. Poder de disposición y relaciones internas de los titulares .....	138
4. Vicisitudes que afectan al poder de disposición de los titu- lares.....	143
4.1. Constitución de prenda sobre el crédito a la restitución nacido del depósito.....	143
4.2. Fallecimiento de un titular .....	146
4.3. Embargo del dinero depositado (o de parte de él).....	156
4.4. Concurso de un titular .....	161
4.5. El juego de la compensación (remisión) .....	163
<b>CAPÍTULO IV. CONTENIDO DEL CONTRATO .....</b>	<b>165</b>
I. PLANTEAMIENTO. CARÁCTER UNILATERAL DEL CONTRATO.....	165

	Pág.
II. OBLIGACIONES DE LA ENTIDAD DE CRÉDITO DEPOSITARIA .....	166
A) Planteamiento .....	166
B) La pretendida obligación de disponibilidad.....	167
a) La obligación de empleo prudente de las sumas depositadas .....	169
b) La obligación de contabilización a través del empleo de la cuenta corriente bancaria .....	173
C) La obligación de restitución .....	175
a) Planteamiento.....	175
b) Objeto de la obligación de restitución .....	176
1. Planteamiento. La obligación de restitución constituye una deuda de suma de dinero.....	176
2. Características.....	178
2.1. Carácter fungible. Aplicación del principio nominalista..	178
2.2. Carácter indestructible.....	182
2.3. Producción automática de intereses moratorios.....	186
3. Cuantía de la obligación. Los descubiertos .....	187
c) Circunstancias de tiempo .....	189
d) Sujeto pasivo de la obligación de restitución.....	192
e) Sujeto activo de la obligación de restitución .....	193
f) Cumplimiento de la obligación de restitución en caso de disposiciones no autorizadas.....	196
g) Incumplimiento de la obligación de restitución.....	201
D) La obligación de abono de intereses .....	203
a) Planteamiento.....	203
b) Carácter oneroso del contrato .....	204
c) Tipo de interés.....	207
d) Devengo de intereses .....	209
e) Liquidación de intereses .....	211
f) Modificación unilateral del tipo de interés .....	212
III. LAS CARGAS ASUMIDAS POR EL DEPOSITANTE .....	214
<b>CAPÍTULO V. EL CRÉDITO RESTITUTORIO NACIDO DE LOS DEPÓSITOS BANCARIOS COMO OBJETO EN EL TRÁFICO ECONÓMICO.....</b>	<b>217</b>
I. CONSTITUCIÓN DE PRENDA SOBRE EL CRÉDITO A LA RESTITUCIÓN NACIDO DEL DEPÓSITO .....	217
A) Planteamiento .....	217
B) La pignoración de saldos de depósitos bancarios en sus distintas modalidades.....	218
C) La pignoración de imposiciones a plazo fijo. Los distintos supuestos de hecho comprendidos en la figura.....	220
D) Naturaleza jurídica y eficacia de la prenda de imposiciones a plazo.....	222
a) Naturaleza jurídica de la prenda de imposiciones a plazo .....	222
b) Eficacia de la prenda de imposiciones a plazo.....	224
1. Planteamiento .....	224
2. La prenda de imposiciones a plazo constituye un derecho real de garantía.....	226
c) Oponibilidad de la prenda de imposiciones a plazo.....	233
1. Situaciones concursales .....	233
2. Situaciones extraconcursoales .....	235
E) Constitución de la prenda de imposiciones a plazo .....	236

	Pág.
II. EL JUEGO DE LA COMPENSACIÓN.....	238
A) Planteamiento.....	238
B) La prohibición legal de compensar establecida en el art. 1.200.1 CC...	239
C) La compensación en caso de prenda de imposiciones a plazo .....	242
a) Distintos supuestos dentro de los cuales puede desenvolverse el régimen de la compensación .....	242
b) La compensación en caso de prenda constituida en favor de la propia entidad depositaria.....	243
1. Supuesto de hecho planteado.....	243
2. La compensación como medio de ejecución de la garantía.....	244
3. Requisitos legales de compensación.....	245
3.1. Carácter principal de las deudas .....	246
3.2. Homogeneidad de las deudas .....	248
3.3. Deudas vencidas y exigibles.....	248
3.4. Deudas líquidas .....	250
3.5. Créditos no sujetos a retención o contienda .....	250
c) La compensación en caso de prenda constituida en favor de una persona distinta de la entidad depositaria .....	251
1. Supuesto de hecho planteado.....	251
2. El juego de la compensación entre la entidad depositaria y el cliente pignorante .....	252
2.1. Conflicto de intereses que genera la admisibilidad de la figura .....	252
2.2. Presupuesto previo y requisitos de la compensación.....	254
2.3. El estado de la cuestión en nuestra jurisprudencia .....	258
2.4. Conclusión: La aplicación del art. 1.198 CC.....	262
D) La compensación en los depósitos indistintos.....	270
a) Régimen general.....	270
b) La compensación en los depósitos indistintos cuando se ha pignorado el crédito restitutorio .....	275
<b>CAPÍTULO VI. EXTINCIÓN DEL CONTRATO .....</b>	<b>279</b>
I. PLANTEAMIENTO .....	279
II. LA RESTITUCIÓN DE LAS SUMAS DEPOSITADAS .....	280
III. LA RESOLUCIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO.....	282
IV. EL TRANSCURSO DEL TIEMPO.....	286
A) En los depósitos a plazo .....	286
B) En los depósitos a la vista. La prescripción extintiva.....	287
C) Los depósitos en abandono.....	288
<b>CAPÍTULO VII. LOS NUEVOS PRODUCTOS RECONDUCCIBLES A LA FIGURA DEL DEPÓSITO BANCARIO DE DINERO.....</b>	<b>291</b>
I. PLANTEAMIENTO .....	291
II. LAS CUENTAS FINANCIERAS, DE TESORERÍA O SUPERCUENTAS .....	292
III. LOS DEPÓSITOS ESTRUCTURADOS.....	293
IV. LAS CUENTAS DE AHORRO VINCULADAS, SECTORIZADAS O ESPECIALIZADAS .....	296
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>297</b>

## INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente la actividad bancaria típica se circunscribía a la intermediación indirecta en el crédito a través de la realización de las operaciones y los contratos bancarios. Así, los contratos bancarios son los instrumentos a través de los cuales se manifiesta la actividad típicamente bancaria y permiten a las entidades de crédito desarrollar su función típica de intermediación en el mercado de crédito, esto es, captar fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros y otras análogas que comparten la obligación de restitución, empleando tales fondos en la concesión de créditos por cuenta propia u operaciones de análoga naturaleza. En definitiva, se trata de contratos caracterizados por la circunstancia de tener por objeto el dinero y por pertenecer a la categoría de los contratos de crédito [TAPIA HERMIDA, «Los contratos bancarios...», p. 1010; GARCÍA-PITA, *Operaciones...*, p. 63].

Si bien la actividad bancaria en la actualidad no se reduce a este tipo de operaciones, sino que, atendiendo a la naturaleza y objeto de sus operaciones, se puede distinguir entre las tradicionalmente bancarias o de ámbito crediticio (típicas del mercado del crédito) y las actividades bancarias no crediticias, también llamadas parabancarias o accesorias en tanto que no comportan la concesión de crédito alguno y permiten a la clientela obtener la prestación de una serie de diversos servicios de diversa naturaleza, que en la práctica están alcanzando una enorme importancia (especialmente en el mercado de valores y en el mercado de los seguros privados).

Atendiendo a las operaciones en las que se manifiesta la actividad típicamente bancaria, esto es, la mencionada en los arts. 1 RDLeg./86 y 28 LDIEC, es habitual clasificar los contratos bancarios tomando como dato la posición que ocupa la entidad de crédito que los celebra con relación a los movimientos de fondos que tienen lugar en el mercado de crédito. Se distingue así entre operaciones pasivas, en virtud de las cuales la entidad de crédito recibe o capta fondos del público con el compromiso de restituirlos; operaciones activas, con las que la entidad de crédito concede crédito a sus clientes; y operaciones neutras o de gestión, extrañas a la actividad de estricta intermediación crediticia, en las que no se concede ni se recibe crédito, sino que se prestan diversos

servicios (transferencias, domiciliaciones, tarjetas de crédito...) que han adquirido un volumen e importancia considerable.

De este conjunto de operaciones vamos a centrar nuestra atención en el estudio del primer grupo, las que hemos calificado como operaciones bancarias pasivas, que van a constituir el objeto de este volumen.

Las operaciones pasivas, en un sentido muy lato, son todas aquellas que permiten a las entidades de crédito la captación de recursos propios o ajenos [CORTÉS, «Contratos...», p. 537]. Centrándonos en la financiación ajena o de terceros (operaciones pasivas en sentido estricto), cabría distinguir la obtenida en el mercado de valores de la proveniente de otras fuentes típicas de las entidades de crédito, son las operaciones pasivas crediticias, de las que sin duda las más relevantes consisten en la captación del ahorro o fondos de la clientela mediante contratos que lleven aparejada la obligación de restitución.

Las operaciones bancarias pasivas (también denominadas de captación de pasivo) son aquellas a través de las cuales los bancos «captan del público fondos en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de restitución» (art. 1.1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre Adaptación del Derecho vigente en materia de Entidades de Crédito al de las Comunidades Europeas); a través de este tipo de operaciones las entidades de crédito asumen una obligación de restitución por la que resultan deudoras dinerarias de sus clientes, quienes pueden exigir la restitución de los fondos depositados en cualquier momento o al vencimiento del plazo estipulado al efecto.

El ámbito objetivo-material de esta modalidad de operaciones ya no se reduce a «captar fondos del público, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros y otras análogas que comporten la obligación de restitución, empleando tales fondos en la concesión de créditos por cuenta propia», sino que, tras las reformas introducidas por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, incluye también el aplicar tales fondos a «otras operaciones de análoga naturaleza» a la de concesión de créditos, con independencia de que se haga o no por cuenta propia. Por tanto las operaciones bancarias pasivas tendrán tal consideración con independencia de si el destino de los fondos obtenidos es la concesión de créditos por cuenta propia, por cuenta ajena o la realización de operaciones financieras, e incluso la realización de operaciones neutras [GARCÍA-PITA, *Operaciones...*, p. 66].

El estudio de las operaciones bancarias de pasivo, a través de las cuales las entidades de crédito captan fondos reembolsables del público con el compromiso de devolverlos cuando los clientes lo requieran o al vencimiento del plazo estipulado, exige centrarnos en la figura de los depósitos bancarios de dinero, operación bancaria pasiva por excelencia que permite a las entidades de crédito, a través de sus distintas modalidades, articular la captación de fondos de sus clientes para el desarrollo de su actividad profesional.

El criterio más extendido para la clasificación de los contratos bancarios de depósito es el que atiende a la atribución o no al depositario del uso o disponibilidad de la cosa depositada. Atendiendo al objeto del depósito y a la modalidad de actividad del banco, los depósitos bancarios pueden ser de uso (irregulares) o de custodia (regulares). En los primeros la entidad de crédito depositaria puede disponer libremente de lo depositado, obligándose a restituir otro tanto de la misma especie y calidad que lo depositado; se trata de depósitos de bienes fungibles cuyo cambio de posesión va acompañado de un traspaso en la titularidad de la cosa depositada. En los segundos, en cambio, la entidad de crédito depositaria debe devolver concretamente la propia cosa objeto de depósito.

Analizadas las distintas categorías de depósitos bancarios, podemos concluir que ninguna de las modalidades que hemos encuadrado dentro de la categoría general de los depósitos regulares, esto es, ni los depósitos simples o cerrados, ni aquéllos que hemos calificado como abiertos o administrados, son objeto de estudio en este volumen (su análisis corresponde al t. XXXIX, vol. 4 de este Tratado). Ambas modalidades contractuales constituyen lo que se ha calificado como operaciones neutras o de gestión desarrolladas por las entidades de crédito; se trata de operaciones que no se enmarcan en la actividad de estricta intermediación crediticia, aquí la entidad actúa como mandataria o comisionista de su cliente prestándole un servicio remunerado aunque compartiendo, en estos casos, obligaciones propias del contrato de depósito.

De entre las distintas modalidades de depósitos bancarios, vamos a centrar nuestra atención en el estudio del depósito bancario que tiene por objeto una suma de dinero. Los depósitos bancarios de dinero constituyen una modalidad de contratos bancarios a través de los cuales las entidades de crédito captan del público fondos asumiendo la obligación de su restitución. Se trata de una figura contractual que presenta unas características especiales, nos encontramos ante un depósito irregular en el que la propiedad de las sumas depositadas ha pasado a la entidad de crédito depositaria que, en cuanto tal, goza de un derecho de disposición sobre tales sumas, y asume, asimismo, la obligación de restitución del *tantundem*, junto con el abono de los intereses pactados, a requerimiento del cliente o una vez transcurrido el plazo estipulado al efecto, según se trate de depósitos a la vista o de depósitos a plazo.

Fundamentalmente dos notas inciden sobre la calificación y el régimen jurídico del depósito bancario de dinero: la primera, el ser realizado en una entidad de crédito; la segunda, el objeto del depósito, que consiste en la entrega de una suma de dinero. Estos dos elementos atribuyen al depósito bancario de efectivo una fisonomía que lo aparta del esquema clásico del depósito, de tal manera que las obligaciones clásicas del depositario, consistentes en la guarda y custodia del objeto depositado y en la restitución del objeto mismo del depósito, aparecen desvirtuadas configurando una modalidad contractual que presenta perfiles y elementos que lo separan del régimen del depósito tradicional y que requieren un estudio detenido.



## CAPÍTULO I

# DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.—II. CONTRATO MERCANTIL.—III. NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL DEPÓSITO BANCARIO DE DINERO.—A) Planteamiento.—B) Frente al depósito común.—C) Frente al depósito irregular común.—a) El elemento de la custodia.—D) Frente al depósito de dinero no bancario.—IV. EL DEPÓSITO BANCARIO DE DINERO EN LA CLASIFICACIÓN DE LOS DEPÓSITOS BANCARIOS.—A) Clasificación general de los depósitos bancarios.—B) Modalidades de depósitos bancarios de efectivo.—V. NATURALEZA JURÍDICA DEL DEPÓSITO BANCARIO DE DINERO.—A) Planteamiento.—B) Naturaleza jurídica de los depósitos a la vista.—a) Teoría del depósito irregular.—b) Teoría del mutuo.—c) Teoría del contrato *sui generis*.—C) Naturaleza jurídica de los depósitos a plazo.—VI. DEPÓSITO BANCARIO DE DINERO Y CUENTA CORRIENTE BANCARIA.

### I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Según el art. 1.758 CC el depósito se constituye desde que uno recibe una cosa ajena con la obligación de guardarla y restituirla. En el contrato de depósito una persona, denominada depositante o deponente, hace entrega a otra persona, depositario, de una cosa mueble (art. 1.761 CC) para que la guarde y custodie, con la obligación de devolverla cuando se la reclame. Por tanto, del contrato de depósito nacen básicamente dos obligaciones para el depositario: la primera, la obligación de guarda y custodia del objeto del depósito, que consiste en desplegar el cuidado necesario para que la cosa conserve las cualidades que tenía cuando le fue entregada; la segunda, la obligación de restituir el objeto del depósito cuando le sea requerido, con sus productos y accesiones o sus intereses.

El CCo no contiene, como es lógico, el concepto del contrato de depósito, sino que presupone el civil recogido en el art. 1.758 CC, si bien parece creer en la existencia de un «depósito mercantil» genérico y, por ello, contiene unas normas generales del depósito mercantil en los arts. 303 y ss. CCo de dudosa especialidad [GARCÍA VILLAVARDE, «Depósito...», p. 2141]. En la práctica se

han consagrado como depósitos mercantiles sobre todo el depósito en almacenes generales y el depósito bancario. Dentro de esta última categoría de los depósitos bancarios se encuadra la figura contractual que es objeto de nuestro estudio.

Los contratos bancarios de depósito pueden clasificarse atendiendo a distintos criterios, pero el más extendido es el que atiende a la atribución o no al depositario del uso o disponibilidad de la cosa depositada, conforme al cual, los depósitos bancarios pueden ser de uso (irregulares) o de custodia (regulares). En los primeros, la entidad de crédito depositaria puede disponer libremente de lo depositado, obligándose a restituir otro tanto de la misma especie y calidad que lo depositado; en los segundos, en cambio, la entidad depositaria debe devolver concretamente la propia cosa objeto de depósito. Los depósitos bancarios regulares pueden clasificarse, a su vez, atendiendo al contenido de las obligaciones del depositario, que puede consistir pura y simplemente en la custodia de lo depositado (depósitos simples o cerrados) o también en la administración o gestión del objeto del depósito (depósitos abiertos o administrados).

De entre las distintas modalidades de depósitos bancarios, vamos a centrar nuestra atención en el estudio del depósito bancario que tiene por objeto una suma de dinero. Los depósitos bancarios de dinero constituyen una modalidad de contratos bancarios a través de los cuales las entidades de crédito captan del público fondos asumiendo la obligación de restitución a requerimiento del cliente o al vencimiento del plazo previamente estipulado al efecto. Se trata de una figura contractual que presenta unas características especiales, nos encontramos ante un depósito irregular en el que la propiedad de las sumas depositadas ha pasado a la entidad de crédito depositaria que, en cuanto tal, goza de un derecho de disposición sobre tales sumas, y asume, asimismo, la obligación de restitución del *tantundem*, junto con el abono de los intereses pactados, a requerimiento del cliente o una vez transcurrido el plazo estipulado al efecto, según se trate de depósitos a la vista o de depósitos a plazo.

Aunque esta modalidad contractual se califique como depósito, resulta evidente que en ella concurren una serie de circunstancias que le confiere unas características especiales frente a los depósitos tradicionales regulados en nuestro Código Civil y en el Código de Comercio, que inciden directamente sobre el régimen jurídico de este contrato y que incluso hacen poner en duda la naturaleza jurídica de esta modalidad contractual.

Fundamentalmente dos notas inciden sobre la calificación y el régimen jurídico del depósito bancario de dinero: la primera, el ser realizado en una entidad de crédito; la segunda, el objeto del depósito, que consiste en la entrega de una suma de dinero. Estos dos elementos atribuyen al depósito bancario de efectivo una fisonomía que lo aparta del esquema clásico del depósito, de tal manera que las obligaciones clásicas del depositario, consistentes en la guarda y custodia del objeto depositado y en la restitución del objeto mismo

del depósito, aparecen desvirtuadas configurando una modalidad contractual que presenta perfiles y elementos que lo separan del régimen del depósito tradicional y que requieren un estudio detenido.

## II. CONTRATO MERCANTIL

Conforme al art. 1.758 CC el depósito se constituye desde que uno recibe una cosa ajena con la obligación de guardarla y restituirla. En el contrato de depósito una persona, depositante o deponente, hace entrega a otra persona, depositario, de una cosa mueble para que la guarde y custodie con la obligación de devolverla cuando se le reclame.

Junto a la regulación que del contrato de depósito establece nuestro CC, existe también una regulación mercantil que toma el concepto del contrato de depósito civil, estableciendo unas normas generales de los depósitos mercantiles, consagrados en la práctica como el depósito en almacenes generales y los depósitos bancarios. A estos últimos se alude en los arts. 175, 177 y 180 CCo, mientras que los primeros aparecen regulados parcamente en los arts. 193 a 198 CCo. Nuestro Código de Comercio dedica unas normas generales a la figura del depósito mercantil en los arts. 303 y ss. de dudosa especialidad debido quizás a la inexistencia del Código Civil en el momento de su promulgación [GARCÍA VILLAVERDE, «Depósito...», p. 2141].

El art. 303 CCo establece los tres requisitos que deben concurrir para que el contrato de depósito adquiera carácter mercantil: 1.º Que el depositario, al menos, sea comerciante. 2.º Que las cosas depositadas sean objeto de comercio. 3.º Que el depósito constituya por sí una operación mercantil, o se haga como causa o a consecuencia de operaciones mercantiles. Este precepto ha sido objeto de crítica dados los términos en los que se expresa y la incongruencia entre los requisitos exigidos, que responden a concepciones más históricas que actuales [GARRIGUES, *Curso*, t. II, p. 127; GARCÍA VILLAVERDE, «Depósito...», p. 2142; TOMILLO URBINA, *Los depósitos...*, p. 196; APARICIO RAMOS, «Depósito...», p. 886].

Los depósitos bancarios, en cuanto categoría subsumida en la más amplia de los contratos bancarios, podría decirse que poseen naturaleza mercantil que viene dada, no por la aplicación en cada caso de los requisitos establecidos en el art. 303 CCo, sino por el recurso a la analogía consagrado en el art. 2.2 CCo, que exige ir, caso por caso, a analizar si la analogía se da en cada opción.

Esta es la opinión prácticamente unánime en la doctrina que mantiene el carácter mercantil de los contratos bancarios y, en particular del contrato bancario de depósito, con base tanto en un criterio objetivo como en la identificación contrato mercantil contrato de empresa. Únicamente de forma minoritaria [VICENT CHULIÁ, *Compendio...*, II, p. 406] se sostiene la dificultad de calificar en nuestro Derecho, de forma genérica, a los contratos bancarios como mercantiles.