

Universitat Autònoma de Barcelona

**MARCO JURÍDICO DE
PROTECCIÓN DE LOS
DEPÓSITOS BANCARIOS
DE DINERO**

Tesis Doctoral

María Emma García Zambrano

INDICE

PAG.

INTRODUCCION

ABREVIATURAS

CAPITULO I EN TORNO A LOS DEPOSITOS BANCARIOS DE DINERO

1.1 Aspectos generales de la banca	12
1.1.1 Notas preliminares	12
1.1.2 Cuestiones de regulación bancaria.....	16
1.1.3 Inestabilidad financiera	25
1.1.4 Panorama de las crisis bancarias	27
1.1.4.1 Crisis en el sistema bancario español .	34
1.2 Operaciones bancarias	45
1.2.1 Los depósitos como operaciones de intermediación del crédito.....	52
1.2.2 Importancia y significación económica del depósito de dinero en la actividad bancaria	59
1.2.3 Características de los depósitos bancarios de dinero	66
1.2.3.1 Concepto	66
1.2.3.2 El elemento de custodia y administración	72
1.2.3.3 Naturaleza jurídica	77
1.2.3.4 Instrumentos empleados para su protección	84

CAPITULO II CONTROL Y SUPERVISION BANCARIA, SU INCIDENCIA EN LA SEGURIDAD DE LOS DEPOSITOS

2.1 Preámbulo	95
2.2 La participación del Estado en el control de las entidades bancarias	98
2.3 Supervisión bancaria	105
2.3.1 Definición	105
2.3.2 Objetivo	107

2.3.3 Planteamientos generales de supervisión	108
2.3.4 Autoridad supervisora	115
2.4 Organos supervisores, en el marco jurídico español	119
2.4.1 Autoridad supervisora en el Sistema Europeo de Bancos Centrales	131
2.5 Supervisión preventiva	137
2.5.1 Vigilancia del comportamiento normativo	137
2.5.1.1 Autorización administrativa	137
2.5.1.1.1 Normativa comunitaria europea sobre autorización bancaria	139
2.5.1.1.2 Ordenamiento español en el establecimiento de bancos	145
2.5.1.2 Participaciones significativas en el capital	154
2.5.1.3 Capacidad y competencia de los administradores bancarios	159
2.5.1.4 Principios contables	161
2.5.2 Supervisión del capital bancario	163
2.5.2.1 La liquidez	163
2.5.2.2 Recursos propios y solvencia	166
2.5.3 Administración de riesgos	178
2.5.3.1 Definición de riesgo	179
2.5.3.2 Riesgos financieros	181
2.5.3.3 Otros riesgos	187
2.5.4 Supervisión de grupos consolidables	190
2.6 Instrumentos de supervisión bancaria	197
2.6.1 Inspección bancaria	197
2.6.2 Auditoria Externa	201
2.6.3 Transparencia informativa	205
2.7 El Defensor del cliente	213
2.7.1 El Ombudman en otros países	213
2.7.2 Regulación de la figura en España	215
2.8 Conclusiones del capítulo	223

CAPITULO III

SISTEMA DE PROTECCION DE LOS DEPOSITOS EN ESPAÑA

I.- CUESTIONES GENERALES

3.1 Objeto de estudio	232
3.2 Objetivos del sistema de garantía	236

3.3 En torno a los pros y contras del establecimiento de un sistema de garantía	239
3.4 Clasificación de los sistemas de garantía	246
3.5 El riesgo moral en el esquema protector	264
3.6 El prestador de última instancia frente al esquema de salvaguarda	267
3.7 Evolución de los sistemas de protección	271
3.7.1 Experiencia del seguro de depósitos en Estados Unidos	271
3.7.2 El esquema Checoslovaco	275
3.8 Desarrollo del sistema de protección en España	275
3.9 Régimen comunitario europeo sobre tutela de los depósitos bancarios	288

II.- ESQUEMA ACTUAL

3.10 El Fondo de garantía de los depósitos en establecimientos bancarios	306
3.10.1 Personalidad jurídica	306
3.10.2 Naturaleza jurídica	307
3.10.3 Estructura, administración y gestión del Fondo	309
3.10.4 Fuentes de financiación	311
3.10.5 Requisitos para pertenecer al mecanismo de protección	321
3.10.6 Causas de exclusión del Fondo	322
3.10.7 El Fondo de garantía y sus funciones	323
3.10.7.1 El aseguramiento de los depósitos.....	324
3.10.7.1.1 Depósitos garantizados	325
3.10.7.1.2 Cobertura de la garantía	326
3.10.7.1.3 Presupuestos de efectividad de la garantía.....	332
3.10.7.2 El saneamiento de los bancos en dificultades	338
3.10.7.2.1. El Fondo de garantía y los procedimientos concursales.....	352
3.10.8 El Fondo de garantía de depósitos en el mercado de valores y el Fondo de garantía de inversiones	353
3.10.8.1 El Fondo de garantía de inversiones en el régimen jurídico comunitario europeo.....	354
3.10.8.2 Regulación del Fondo de garantía de inversiones	

en España	358
3.11 Consideraciones finales del capítulo	367

CAPITULO IV

SALVAGUARDA DE LOS DEPOSITOS BANCARIOS EN EL SISTEMA JURIDICO MEXICANO

4.1 Motivaciones básicas de su estudio	375
4.2 Crisis e inestabilidad del sistema financiero mexicano	379
4.2.1 Causas	379
4.2.2 Medidas frente a la crisis	385
4.2.3 Lecciones de la crisis	390
4.3 Supervisión de la banca en México	394
4.3.1 Estructura del sistema bancario	394
4.3.2 Autoridad supervisora	400
4.3.2.1 Antecedentes normativos	400
4.3.2.2 El actual órgano supervisor	405
4.4 Instrumento de protección de los depósitos bancarios	410
4.4.1 Antecedentes	411
4.4.2 El Fondo bancario de protección al ahorro y los aspectos legales de su intervención en la crisis bancaria más reciente	417
4.4.3 El nuevo Instituto para la protección al ahorro bancario	430
4.4.3.1 Constitución	431
4.4.3.2 Financiación	432
4.4.3.3 Funcionamiento	435
4.4.3.3.1 Depósitos garantizados y cobertura de la garantía	435
4.4.3.3.2 Función de saneamiento del Instituto	441

4.5 Otra figura derivada del nuevo marco jurídico de protección	447
4.6 Retos del sistema bancario mexicano	451
4.7 Líneas maestras de los sistemas de protección de los depósitos en España y México	457
CONCLUSIONES	465
BIBLIOGRAFIA	469
DISPOSICIONES LEGALES	488
INDICE DE AUTORES	497

INTRODUCCION

La participación de los establecimientos bancarios en la estructura económica de los países, se destaca hoy en día, quizá más que en otras épocas, por los efectos que su desempeño puede generar en el seno de otras empresas, por su labor de proveer de recursos al proceso productivo y porque su estabilidad determina en gran medida, también la del conjunto del sistema financiero.

Un desequilibrio en la capacidad de la banca para responder de sus obligaciones frente a sus depositantes, puede traer como consecuencia, costos sociales y económicos considerables, debido a la trascendencia que revisten los recursos que estos le confían y que constituyen la fuente primera de la inversión sin la cual un país no puede lograr los bienes de capital requeridos para alcanzar un adecuado desarrollo.

La existencia de crisis en los bancos, no es una cuestión nueva, pero la expansión y diversificación cada vez mayor de sus operaciones, la globalización, los procesos de desregulación, los nuevos instrumentos financieros e innovadores sistemas técnicos y de comunicación hacen cada vez más íntima la interconexión entre los intermediarios de crédito. Esto provoca que los efectos de las actuales crisis bancarias se expandan a una velocidad y generen consecuencias que en otras épocas serían inimaginables.

Al reflexionar sobre las consecuencias adversas que una crisis en la banca, puede generar sobre los recursos de los ahorradores, surge el interés por estudiar la experiencia particular de España en la salvaguarda de los depósitos bancarios de dinero, no sólo por la oportunidad que para ello brinda mi estancia en este país, sino porque su ordenamiento legal ofrece disposiciones que han experimentado cambios muy significativos en los últimas décadas, que resultan interesantes de analizar por la rapidez con que

se han producido y la eficacia con que se han implementado.

Se sabe que los sistemas de regulación bancaria varían de país a país, debido a las diferencias propias de cada uno, lo cual no significa que dichas modalidades sean inflexibles. El mundo actual acorta cada vez más las distancias entre naciones y la necesidad de interrelacionarse, obliga, a la vez que permite, una profundización y expansión en el conocimiento de las cosas. De ahí que el estudio de estructuras regulatorias de países ajenos al propio, resulte una cuestión de interés desde el punto de vista práctico y académico.

Partiendo del hecho de que toda estructura regulatoria de la actividad bancaria, debe contar con disposiciones adecuadas que tiendan a procurar la seguridad de los depósitos bancarios de dinero, el presente estudio, tiene como objetivo presentar el marco regulatorio de la protección de los depósitos bancarios de dinero en España.

Para ello, ha parecido oportuno dedicar el primer capítulo, al análisis de cuestiones generales de regulación de la empresa bancaria, su vulnerabilidad y crisis, para pasar al estudio de las características de los depósitos de dinero y los instrumentos empleados para su tutela. El segundo capítulo se concentra en el control y supervisión bancaria, considerando que la protección de los depósitos, depende en gran medida de la buena marcha del banco en que se constituyen. El tercer capítulo está dedicado a identificar las principales tendencias de estructuración de los sistemas de garantía de depósitos, revisándose en particular, la conformación propia del esquema español. En el cuarto capítulo, se hace referencia a la experiencia de México en la salvaguarda de los depósitos bancarios de dinero, por ser la crisis mexicana de 1994, uno de los ejemplos más representativos de la velocidad con que en la actualidad pueden extenderse las dificultades de un banco hacia el conjunto del sistema financiero, y del grave riesgo que pueden correr los capitales de los depositantes y sus patrimonios, ante la presencia de una deficiente regulación

Introducción

bancaria. De esta forma, se abarcan algunos aspectos de la crisis, la participación en ella, del entonces existente esquema de protección de los depósitos y las cuestiones más relevantes de la institución recientemente creada para ejercer la tutela del ahorro, que junto con algunas reformas importantes al sistema bancario, ha sido introducido, con la intención de restablecer la confianza de los inversores y depositantes sobre el sistema bancario y las autoridades gubernamentales. Por último, en el apartado de conclusiones, se alude, a la complementación que debe existir entre los diversos elementos que conforman la red de seguridad de los depósitos bancarios de dinero.

ABREVIATURAS

AFM	Autoridad Financiera Mundial
Art.	Artículo
BBV	Banco Bilbao Viscaya
BE	Revista Banca Española
BCC	Bank of Credit and Commerce International
BCE	Banco Central Europeo
BEE	Boletín de Estudios Económicos
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
BM	Banco de México
BOE	Boletín Oficial del Estado
CBE	Circular del Banco de España
C.c	Código Civil
C.C	Código de Comercio
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CEE	Comunidad Económica Europea
CEMLA	Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos
CETES	Certificados de Tesorería
CIE	Cuadernos de Información Económica
CNB	Comisión Nacional Bancaria
CNBV	Comisión Nacional Bancaria y de Valores
CNPDUSF	Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros
CSB	Consejo Superior Bancario
Disp. Ad.	Disposición Adicional
DLNBE	Decreto Ley de Nacionalización del Banco de España
DO	Diario Oficial
Edic.	Edición
Edit.	Editorial
EBE	Estatutos del Banco de España
EC	European Community
EE.UU.	Estados Unidos de Norte América
EMU	European Monetary Union
ESFRC	European Shadow Financial Regulatory Committee
FCCA	Federación Catalána de Cajas de Ahorro
FCE	Fondo de Cultura Económica
FDIC	Federal Deposit Insurance Corporation
FGD	Fondo de Garantía de Depósitos
FMI	Fondo Monetario Internacional
FOBAPROA	Fondo Bancario de Protección al Ahorro

IPAB	Instituto de Protección al Ahorro Bancario
HPE	Hacienda Pública Española
ICE	Información Comercial Española
IMF	International Monetary Fund
LBM	Ley del Banco de México
LCGC	Ley de Condiciones Generales de Contratación
LCNBV	Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores
LCO	Ley de Crédito Oficial
LDIEC	Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito
LGDCU	Ley General de Consumidores y Usuarios
LGICOA	Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares
LGP	Ley General Presupuestaria
LGTOC	Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito
LIC	Ley de Instituciones de Crédito
LMV	Ley del Mercado de Valores
LOB	Ley de Ordenación Bancaria
LOCB	Ley de Ordenación del Crédito y la Banca
LPAB	Ley de Protección al Ahorro Bancario
LPDUSF	Ley de Protección y Defensa del Usuario de Servicios Financieros
LRAF	Ley para Regular las Agrupaciones Financieras
LRSPBC	Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito
LSE	London School of Economics
MEFF	Mercados de Futuros Financieros
NAFINSA	Nacional Financiera
Nº.	Número
OCDE	Organization for Economic Cooperation and Development
OPA	Oferta Pública de Adquisición de Valores
P.	Página
PIB	Producto Interno Bruto
PEE	Papeles de Economía Española
PSF	Perspectivas del Sistema Financiero
PROCAPTE	Programa de Capitalización Temporal
RB	Revista Bancaria
RBE	Reglamento Interno del Banco de España
RD	Real Decreto

Abreviaturas

RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDL	Real Decreto Ley
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Privado
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
REFC	Revista Española de Financiación y Contabilidad
RGD	Revista General de Derecho
S.A.	Sociedad Anónima
SEBC	Sistema Europeo de Bancos Centrales
SHCP	Secretaría de Hacienda y Crédito Público
STSJCE	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea
TCCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TLC	Tratado de Libre Comercio
UB	Universidad de Barcelona
UE	Unión Europea
UDI	Unidad de inversión
UIMP	Universidad Internacional Menéndez y Pelayo
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
US	United States
Vol.	Volumen
WP	Working Papers

CAPITULO I

EN TORNO A LOS DEPOSITOS BANCARIOS DE DINERO

1.1 Aspectos generales de la banca

- 1.1.1 Notas preliminares
- 1.1.2 Cuestiones de regulación bancaria
- 1.1.3 Inestabilidad financiera
- 1.1.4 Panorama de las crisis bancarias
 - 1.1.4.1 Crisis en el sistema bancario español

1.2 Operaciones bancarias

- 1.2.1 Los depósitos como operaciones de intermediación del crédito
- 1.2.2 Importancia y significación económica del depósito de dinero en la actividad bancaria
- 1.2.3 Características de los depósitos bancarios de dinero
 - 1.2.3.1 Concepto
 - 1.2.3.2 El elemento de custodia y administración
 - 1.2.3.3 Naturaleza jurídica
 - 1.2.3.4 Instrumentos empleados para su protección

1.1 Aspectos generales de la banca

1.1.1 Notas preliminares

La importancia de las instituciones bancarias en el entorno económico de los países es innegable y la preocupación generalizada por su buen funcionamiento es casi contemporánea a su nacimiento.

Sin duda alguna, todo sistema bancario tiene relación directa con las características de la economía a la que sirve, de hecho se ha llegado a afirmar que es justamente éste el que condiciona su desarrollo. La intención no consiste en entrar en el marco de discusiones ya anteriormente sostenidas que nos lleven a comprobaciones o conclusiones lógicas sobre el papel que desempeña la banca desde el punto de vista de la economía, sino hacer referencia a la importancia de su regulación jurídica y relevancia en la protección de los depósitos del público.

No obstante hay que señalar para concluir la idea anterior, que indudablemente la forma en que se configura el sistema bancario en el ordenamiento jurídico de los países, viene a ser consecuencia de la evolución de la economía en los tiempos recientes no sólo a nivel interno sino también internacional. En las últimas décadas las sacudidas y transformaciones en el aspecto económico han sido muy notorias y no pueden haber dejado de influir fuertemente sobre el conjunto de los sistemas financieros¹.

Los acontecimientos que en los últimos años se han presentado en la mayoría de los sistemas bancarios del mundo, en ocasiones han puesto en peligro la credibilidad cuando no la solvencia de sus entidades. Ello ha obligado a los legisladores a poner la mira en la necesidad de una eficaz regulación con fórmulas que permitan la subsistencia de las instituciones y provean de la mayor seguridad posible contra eventuales desarreglos en el seno de los establecimientos bancarios.

La regulación de la banca abarca diversos aspectos, entre ellos, la denominada regulación estructural que se refiere al conjunto de normas que determinan las condiciones estructurales en las que se desarrolla dicha actividad; la prudencial que tiene por objeto evitar comportamientos imprudentes que puedan comprometer la solvencia y buen desenvolvimiento de los establecimientos² y finalmente la protectora que se refiere a la que tiene a su cargo la tutela de los clientes y del resto de la comunidad bancaria frente a las consecuencias de la quiebra de un instituto³.

La mayoría de las disposiciones legales en materia bancaria encuentran su motivación en múltiples razones: para procurar la seguridad y

¹ TERMES CARRERO, Rafael, "Banca Universal- Banca Comercial" en *RDBB*, No. 28, 1997, p. 811.

² GARRIDO TORRES, Antonio, *Crisis Bancarias y regulació Financiera: l'assegurança de depòsits*, Documento de Trabajo núm. 22/91, La Caixa, Barcelona, 1991, p. 11.

³ La actuación del Banco Central como prestamista de última instancia y el establecimiento de un esquema de seguro de depósitos constituyen los dos ejes centrales de la misma. Véase DALE *cit. post.* GARRIDO TORRES, Antonio, *Tesis Crisis Bancaria y Regulación Financiera. El Seguro de depósitos. Apariencia y Realidad*, U.B, Barcelona, Marzo 1990. p. 20.

estabilidad del sistema, importante para la protección y la seguridad del cliente por un lado y por otro evitar pánicos que provoquen su desequilibrio; para ejercer el control monetario especialmente en cuanto a suministro de dinero y control de precios, argumentándose también la importancia de la regulación en el área de las concentraciones y competencia bancaria vista ésta como una medida de protección del sector frente a una competencia inadecuada⁴.

En éste último aspecto, el problema de la regulación es doble, pues no sólo se trata de regular a nivel nacional, considerar el ámbito internacional es de vital importancia porque la competencia entre legislaciones juega un papel crucial, existiendo países que intentan regular más relajadamente que los demás en un esfuerzo por atraer clientes y negocios.

La aceptación de los depósitos del público es una de las operaciones que mayormente compromete a las entidades bancarias ya que no sólo se convierten en depositarias de los recursos económicos sino también de la confianza de los clientes. La fuerza creadora de estos establecimientos de crédito, radica especialmente en esa confianza que les permite constituirse en auténticos intermediarios, imprescindibles en la marcha de la actividad económica.

Dada la trascendencia de los servicios que prestan estas entidades y su dimensión, su operación no puede dejarse a la espontánea iniciativa de los individuos o grupos que las dirigen. De ahí que parezca lógica la intervención gubernamental en la materia, porque entre otras cosas el Estado es el encargado de velar por la seguridad y el bienestar colectivo. “La misión del Estado no es tanto hacerlo todo, cuanto hacer que se haga mediante

⁴ BALTENSPERGER, Ernst, “The Economic Theory of Banking Regulation” en *The Economics and Law of Banking Regulations, Occasional papers* Vol. 2, Winter 1989/90, edited by Eirik G. Furubotn and Rudolf Richter, Center for the Study of the New Institutional Economics, Universitát des Saarlandes, s.l., p. 2.

controles adecuados”⁵; lo que justifica la existencia de una vigorosa legislación que contemple los controles y limitaciones sobre las operaciones realizadas por los bancos, con el objeto de determinar el fiel cumplimiento de las normas jurídicas y el grado de solidez financiera de cada instituto.

Los defensores de la economía de mercado consideran que una regulación sobre el sector bancario “significa la desaparición de las señales impersonales del mercado por normas y controles que obstaculizan la asignación eficiente de recursos”⁶, argumentando que un sistema desregulado puede eliminar la aparición de episodios de crisis.

Pero, las dificultades que afectan a las entidades bancarias tienen su origen en problemas muy diversos; desde cuestiones locales asociadas a las peculiaridades específicas de una o diversas instituciones, hasta situaciones globales a nivel nacional e internacional comunes al conjunto de los sistemas financieros y no precisamente debido a la existencia de una regulación sobre la materia. Cosa distinta es la consideración del grado de eficacia y adaptación de las disposiciones legales a los requerimientos de cada sistema.

Este hecho si bien puede constituir un elemento de seguridad para el público, tampoco llega a eliminar del todo la posibilidad de que un banco se encuentre en dificultades, debido en ocasiones a razones ajenas a su práctica operativa, como pueden serlo un retiro inesperado de depósitos, un desfalco de grandes proporciones u otro motivo de índole parecida.

Aún así, vale el esfuerzo que se haga por adaptar el ordenamiento legal a las necesidades de cada sistema bancario, que se tienda a tratar de evitar la situación de crisis de un establecimiento, con la creación normas que determinen los requisitos suficientes para el otorgamiento de una

⁵ GALAN GALINDO, Angel, *Así es la Banca y sus Operaciones*, Ediciones Anaya, Salamanca, 1973. p. 21.

⁶ GARRIDO TORRES, Antonio, *Crisis Bancarias... op. cit.*, p. 12.

autorización administrativa, con disposiciones para una supervisión constante de la actividad por parte de la Administración pública, con la definición de coeficientes de liquidez y normas sobre regulación del riesgo, así como la creación de mecanismos oportunos para garantizar que perdure la empresa bancaria. Sólo en la medida en que esto se haga se estará en posibilidad de ofrecer una mayor protección a los depósitos bancarios de dinero.

1.1.2 Cuestiones de regulación bancaria

A) Entidades de crédito

Dentro del amplio campo de regulación del sistema financiero encontramos una ramificación importante que es la de las entidades de crédito, derivando de ella otra más específica que es la de los establecimientos bancarios⁷. Si bien es cierto que estos son en la actualidad los que han predominado en la amplitud de actividades desarrolladas en el mercado financiero, lo cierto es que hoy en día los bancos no son ya los únicos establecimientos autorizados por las leyes para realizar actividades de intermediación en el crédito⁸. De ahí que con frecuencia se hable de “entidades de depósito”, término que pretende englobar a todas las entidades que tengan una actividad bancaria sin ser necesariamente bancos⁹.

El marco jurídico de las entidades de crédito en España, está contemplado en numerosas leyes y decretos, partiendo de la propia Constitución que “reconoce la libertad de empresa en el marco de la

⁷ Vid. VALENZUELA GARACH, Fernando, “La Contratación de las Entidades Bancarias Nociones Preliminares”, en *Derecho Mercantil*, Dir. Jiménez Sánchez, Guillermo J., Editorial Ariel, Barcelona, 1995. Quien afirma que “El Derecho bancario es seguramente todavía la parte más importante y conocida del Derecho de las entidades de crédito”, p. 408.

⁸ Cfr. R.D. 2290/1977 de 27 de agosto que autoriza a las cajas de ahorros para realizar las mismas operaciones que la banca privada; Art. 20 superviniente a la disposición derogatoria de la Ley 31/1985 de 2 de agosto de Regulación de Normas Básicas sobre órganos Rectores de Cajas de Ahorros; Ley 13/1989 de 26 de mayo respecto de las tareas bancarias cumplidas por las Cooperativas de Crédito; Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito de 26/1988 de 29 de julio.

⁹ VALENZUELA GARACH, Fernando, “La Contratación” *op. cit.*, p. 409.

economía de mercado”¹⁰ y que le otorga al Estado competencia exclusiva sobre “sistema monetario: divisas, cambio y convertibilidad; bases de la ordenación del crédito, banca y seguros”¹¹.

El Código de Comercio establece en las reglas especiales de las compañías de crédito¹² la facultad de “recibir en depósito toda clase de valores en papel y metálico y llevar cuentas corrientes con cualesquiera corporaciones, sociedades o personas”¹³. Este ordenamiento intenta dar una definición del comercio de banca mediante la descripción de las operaciones propias de las distintas compañías de crédito.

La estructura del sistema financiero español, se ha visto influenciada por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea, que ha ido determinando el marco regulatorio de las instituciones bancarias y financieras.

La Ley 26/1988 de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC) que constituye la respuesta del legislador español a una profunda crisis de los establecimientos de crédito, en concreto, la del período comprendido entre los años 1977 y 1985 y en cierta medida a la necesidad de adaptar la normativa española al ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea, especifica claramente las entidades españolas que responderán al concepto de la Primera Directiva de Coordinación de la Comunidad Europea, 77/780 del 12 de Diciembre, definiendo en su artículo 1º. Nº. 2 a la entidad de crédito, en la forma que lo hace el artículo 1º. del Real Decreto Legislativo 1.298/1986 de 28 de junio sobre adaptación del Derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas,

¹⁰ *Cfr.* Art. 38

¹¹ *Cfr.* Art. 149. 1, 11a.

¹² *Sec.* 7a. del Libro II Título Primero. C. C. de 22 de agosto de 1885. Este ordenamiento dedica a la banca cuatro secciones del título primero del libro segundo correspondiente a las compañías mercantiles; la sección séptima que en sus Arts. 175-176 trata de las reglas especiales de las compañías de crédito; en la sección octava Arts. 177-183 trata de los bancos de emisión y descuento; en la sección décima sobre compañías o bancos de crédito territorial Arts. 199 a 211 y en la sección duodécima Arts. 212 a 217 de las reglas especiales para bancos y sociedades agrícolas.

¹³ *Cfr.* Art. 175, 9a. C. C.

que siguió la especificación contenida en la Directiva comunitaria, como *“Toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público, en forma de depósitos, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza”*¹⁴. Concepto que se asimila al de banca *cuya actividad se caracteriza por la intermediación del crédito por cuenta propia*, que recoge la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946¹⁵.

La Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de marzo que deroga la Directiva 77/780, ha dado nueva definición de entidad de crédito como *“una empresa cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia”*.

El Real Decreto Legislativo 1.298/1986 en su artículo 2º., amplía el número de las entidades legalmente consideradas como de crédito, conceptuándose como tales: “a) El Instituto de Crédito Oficial y las entidades oficiales de crédito; b) Los bancos privados; c) Las cajas de ahorro, la Confederación española de cajas de ahorro y la Caja postal de ahorros; d) Las cooperativas de crédito; e) las sociedades de crédito hipotecario; f) las entidades de financiación; g) Las sociedades de arrendamiento financiero; h) Las sociedades mediadoras del mercado de dinero”¹⁶.

En diciembre 31 de 1996, perdieron su condición de entidades de crédito las sociedades de crédito hipotecario, las entidades de financiación y

¹⁴ Art. 1o. Directiva 77/780/CEE. Vide AA.VV, *Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*, 2a. Edición, Dir. Fernández, Tomás-Ramón, Fondo para la Investigación Económica y Social, Madrid, 1991, pp. 32-33.

¹⁵ Cfr. Art. 37 LOB.

¹⁶ Cfr. Art. 39 , 3. LDIEC.

las sociedades mediadoras del mercado de dinero. Todas las demás quedaron sometidas al mismo régimen general de ordenación y disciplina¹⁷.

Por Real Decreto-Ley 12/1995 de 28 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera, disposición adicional séptima¹⁸, se otorga a los establecimientos financieros de crédito la categoría de entidades de crédito, aunque no les será aplicable la legislación sobre garantía de depósitos.

Se da así, una diversidad de categorías institucionales que no tienen la misma naturaleza jurídica, los bancos son sociedades anónimas mientras que las cajas de ahorro son fundaciones y las cooperativas de crédito, sociedades de base mutualista. Pero de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito se desprende que las llamadas entidades de crédito son las únicas que no tienen limitación para la toma de fondos del público¹⁹.

La Ley 3/1994 de 14 de abril surge para continuar con el proceso de adecuación de la legislación española al ordenamiento de la Comunidad Europea en materia de entidades de crédito, al adaptarse a la Segunda Directiva 89/646/CEE de coordinación de las disposiciones legales,

¹⁷ VALENZUELA GARACH, Fernando, *op. cit.*, p. 411. Aclara el autor que el concepto de “entidad de crédito” continúa basado en la clásica idea de la intermediación en el crédito. “La LDIEC reconoce el pluralismo institucional de las “entidades de crédito”, por cuanto dentro de esta categoría genérica se admite la concurrencia de diversos tipos de entidades que incluso gozan de una diferente naturaleza jurídica, sin que por tanto tal dato subjetivo tenga trascendencia a los estrictos efectos de la actividad de intermediación crediticia”.

¹⁸ Esta norma tiene como antecedente la Ley 3/1994 de 14 de abril, disposición adicional primera que introduce el concepto de establecimiento financiero de crédito, aplicable a aquellas entidades que, no siendo de crédito tengan como actividad principal una o varias de un catálogo de actividades que vienen a coincidir con las que en su conjunto correspondían a las llamadas entidades de crédito de ámbito operativo limitado. Se establece por otra parte que las sociedades de crédito hipotecario, las de financiación y las de arrendamiento financiero debían transformarse antes del 1 de enero de 1997 en esta figura de entidad financiera salvo que solicitaran la conversión en otro tipo de entidad de crédito.

¹⁹ Art. 28 LIDEC. “1. Ninguna persona física o jurídica nacional o extranjera podrá sin haber obtenido la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros ejercer en territorio español las actividades legalmente reservadas a las entidades de crédito o utilizar las denominaciones genéricas propias de estas u otras que puedan inducir a confusión con ellas. 2. Se entenderán en particular reservadas a las entidades de crédito a) La actividad definida en el apartado 4 del artículo 1o. del Real Decreto Legislativo 1.298/1986 de 28 de junio; b) 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 que no estén sujetas a las normas de ordenación y disciplina del mercado de valores”.

reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio²⁰, que no sólo modifica la Directiva 77/780, sino que introduce una serie de transformaciones en el sistema financiero que la convierte en pieza clave para la creación de entidades de crédito en el seno del Mercado Financiero Unico de la Unión Europea.

Esta Ley 3/1994 regula entre otras cosas, la libertad de apertura de sucursales de entidades de crédito de otros países en España y el procedimiento para que las españolas puedan operar a través de sucursales en los restantes países de la Unión Europea.

Los ordenamientos a que nos hemos referido, constituyen en parte la base legal de las entidades de crédito en España. A partir de ellos, la normativa reglamentaria que ha desarrollado los procesos de creación de cada tipo de entidad recoge sus principios básicos y los adapta a las modalidades de cada una²¹.

B) Establecimientos bancarios

Del conjunto de instituciones a las que la ley denomina entidades de crédito, son los bancos los que desempeñan una función preponderante en la economía moderna²² y los que captan el mayor volumen de los recursos del público, de ahí nuestro interés por su estudio.

Dentro del Derecho bancario se incluye, a todas las normas jurídicas relativas a la función de los establecimientos bancarios es decir, aquellas que

²⁰ Que ha sido modificada por la Directiva 2000/12/CE del 20 de marzo.

²¹ LATORRE DIEZ, Joaquín, *op. cit.*, p. 32.

²² *Vide.* URÍA, Rodrigo, *Derecho Mercantil*, 21ª Edición, Marcial Pons Editores, Madrid, 1994. Que describe de una manera clara el importante papel de los bancos en el entorno económico cuando señala “Es un hecho evidente que la actividad bancaria, a través de su poder de concesión de crédito y de inversión, ha hecho acto de presencia en todos los sectores de la economía: en la modesta economía del particular, socializando el ahorro y logrando su acceso a la inversión rentable; en las empresas, financiando su constitución y su fase de desarrollo y mediando en la operaciones que afectan a su capital circulante; y en la propia economía nacional, al aumentar los grados de rentabilidad que se derivan del proceso industrial y de la constante y rápida circulación de los créditos. p. 785.

se refieren a estas entidades como sujetos de aquella actividad, en cuanto a la labor misma que estas desarrollan²³. “Se trata de una legislación especial o sectorial, exigida desde siempre por el negocio de banca. Legislación dispersa y cambiante, que en ocasiones ha planteado serias dudas sobre su respeto al principio de jerarquía de normas”²⁴.

Eventualmente se llegan a confundir los conceptos de banco y banca por lo que conviene hacer una breve consideración al respecto. El “banco” es un concepto genérico que hace referencia a una *sociedad mercantil que cuenta con autorización para llevar a cabo en forma permanente, profesional y masiva cierto tipo de operaciones de crédito permitidas por la ley*²⁵. Es aquella entidad que lleva a cabo operaciones de banca, debiendo cumplir diversas funciones que reflejan la intermediación del crédito, la intermediación de los pagos y la administración de los capitales.

Los bancos tienen la condición de empresas que se dedican a un concreto tipo de comercio, en sus diversas operaciones persiguen un fin de lucro que obtienen de los negocios derivados de sus actividades, distinguiéndose de las demás entidades de crédito por la obligación que les impone la ley de revestir la forma de sociedades anónimas.

Cuando se emplea el concepto “banco” parece venir a la mente una idea de aquello identificable con el manejo de dinero. Estos establecimientos solamente pueden ser comprendidos en relación con su función esencial de mediadores o de intermediadores que constituye su esencia. Realizan la

²³ Vide VALENZUELA GARACH, Fernando, *op. cit.* “ En el Contenido del Derecho Bancario concurren (dice el autor), normas de Derecho público y de Derecho privado: en concreto, normas de Derecho constitucional, administrativo, fiscal, civil y mercantil. Tanto el Derecho bancario, como más en general del Derecho de las entidades de crédito, en cuanto partes del Derecho del mercado financiero, aparecen como nuevas categorías sistemáticas o dicho en otros términos como una nueva manera de estructurar la regulación jurídica del sector crediticio”, p. 415.

²⁴ VICENT CHULIA, Francisco, *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, Tomo II, Tercera Edición, Bosch Editor, Barcelona 1990. p. 407.

²⁵ ACOSTA ROMERO, Miguel, *Derecho Bancario*, Editorial Porrúa, México 1991, p. 247. Véase a RIBO DURAN L. y FERNANDEZ FERNANDEZ, J., *Diccionario de Derecho Empresarial*, Edit. Bosch, Barcelona, Mayo 1998. Donde se define a los bancos como “empresas mercantiles dedicadas a la banca es decir a la actividad consistente en comprar y vender el uso del dinero.” p. 105.

distribución del crédito tomando dinero a crédito a quienes les confían sus capitales, para entregar después a crédito ese mismo dinero a quienes lo necesitan para sus negocios. “Los bancos son creadores de crédito, porque merced al perfeccionamiento de la técnica bancaria pueden conceder crédito sin necesidad de facilitar inmediatamente a los clientes todo el numerario correspondiente a los créditos abiertos, lo que les permite consentir crédito por encima del montante de los depósitos recibidos”²⁶.

Así pues, “el banco es un mediador o intermediario en el crédito, porque lo recibe de sus clientes fundamentalmente en forma de depósito de numerario y lo concede a quienes lo necesitan por diversos procedimientos, lucrándose con la diferencia entre la retribución que paga a los primeros y la que percibe de los segundos”²⁷. Sin embargo, estos establecimientos no se limitan a ser simples mediadores sino que su propia responsabilidad está implícita en cada uno de los aspectos de su muy diversificada operativa, esto los obliga a convertirse en entes serios y confiables en los diversos ordenes de su actuación. En la complementación del elemento de seriedad y confiabilidad es donde se fortalece la base de la confianza que hace de estas instituciones especiales canalizadoras de la economía²⁸.

El concepto de “banca” por su parte se refiere principalmente a *una actividad económica referida a operaciones con dinero e instrumentos de crédito*; conjuga en sí dos tipos de operaciones cuya ligazón caracteriza su actividad: *la captación de fondos reembolsables del público y el otorgamiento de créditos por cuenta propia*²⁹.

²⁶ URÍA, Rodrigo, *op. cit.* p. 797; Véase ZUNZUNEGUI, Fernando, *Derecho del Mercado Financiero*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1997. Que explica que la actividad bancaria es creadora de crédito porque los fondos recibidos del público constituyen la base económica de las inversiones crediticias de la empresa bancaria. Su empleo dice, en operaciones activas genera la entrega de fondos destinados al consumo, el comercio o la producción. Sumas que una vez utilizadas regresan a la banca como nuevos fondos del pasivo. De esta forma se ensancha la base económica disponible para realizar operaciones de inversión que a su vez darán lugar a nuevas recepciones de fondos y así sucesivamente. p.155.

²⁷ BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, Novena Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, p. 500.

²⁸ GALAN GALINDO, Angel, *op. cit.*, p. 21.

²⁹ ACOSTA ROMERO, Miguel, *op. cit.*, p. 247. *Vid.* AURIOLES MARTIN, Adolfo, “Contratos Bancarios” en JIMENEZ SANCHEZ, Guillermo J., *Lecciones de Derecho Mercantil*, 4a. Edición,

En la noción de entidad de crédito que se deriva de la Ley de Ordenación Bancaria de 1946, seguida por la definición del Real Decreto Legislativo 1298/1986 de 28 de junio, se distinguen tres elementos esenciales: la recepción de fondos reembolsables del público es decir operaciones pasivas, la concesión de crédito, es decir operaciones activas y la vinculación entre ambas.

El concepto de banca abarca también genéricamente al conjunto de bancos o instituciones que en un país llevan a cabo la importante función de intermediar en el crédito³⁰. Es ante todo un servicio de los más comunes, por alcanzar a tantos millones de personas.

La esencia de la actividad bancaria es pues, la intermediación en el crédito y en consecuencia la captación de recursos del público para su colocación productiva siendo el banco la institución constituida de conformidad con el ordenamiento legal que determina su estructura y constitución cuyo objeto es el de llevar a cabo operaciones de banca³¹.

En España, la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de Diciembre de 1946 constituye el precedente más próximo y todavía válido de una definición de banca³², al señalar que *“Ejercen el comercio de banca las personas naturales o jurídicas que, con habitualidad y ánimo de lucro, reciben del público, en forma de depósito irregular o en otras análogas, fondos que aplican por cuenta propia a operaciones activas de crédito y a otras inversiones, con arreglo a las leyes y a los usos mercantiles, prestando además por regla*

Editorial Tecnos, Madrid, 1998. Quien señala “las tareas de intermediación realizadas por el comerciante resultan retribuidas en primer lugar por la plusvalía entre el precio pagado al proveedor y el que obtiene de su cliente, mientras que en el segundo el beneficio proviene de la diferencia “interés” entre lo que el banquero satisface a quien le confía los fondos dinerarios y los que recibe del demandante de tales fondos ajenos. A esta actividad de intermediación en el crédito se le denomina actividad bancaria.” p. 414.

³⁰ ACOSTA ROMERO, Miguel, *op. cit.*, p. 247.

³¹ Ya apuntamos que la legislación española, la actividad bancaria se desarrolla no sólo por los propios bancos sino también por otras instituciones asimiladas a ellos como Cajas de Ahorros y Cooperativas de Crédito y para referirse a ellas se ha utilizado la expresión Entidad de Crédito. *Cfr.* Art. 1, 1o RDL 1298/1986 de 28 de junio según redacción dada por el art. 39 3 de la LIDEC.

³² LATORRE DIEZ, Joaquín, *Regulación de las Entidades de Crédito en España*, Edit. Fundación de las Cajas de Ahorros Confederadas para la Investigación Económica y Social, Madrid, 1997. p. 58.

*general a su clientela servicios de giro, transferencia, custodia, mediación y otros en relación con los anteriores, propios de la comisión mercantil*³³. De ésta disposición más que una definición de banca se infiere la de la persona que realiza esta actividad y que viene a constituirse en un comerciante, al que entre otras cosas la ley le impone la obligación de adoptar la forma de sociedad anónima para poder ejercer su profesión³⁴.

Es importante mencionar que en España actualmente todos los bancos tienen la condición de entidades privadas. Con la Ley 3/1994 de 14 de abril se modifica el Real Decreto Legislativo 1298/1986 de 28 de junio y pierden carácter oficial el Banco de Crédito Local sociedad anónima, el Banco Hipotecario de España sociedad anónima y Banco de Crédito Agrícola sociedad anónima pasan a quedar englobadas en el concepto de “bancos” suprimiéndose la adjetivación de “privados”.

El Derecho bancario adquiere cada vez, caracteres peculiares de acuerdo a los requerimientos nacionales y de globalización de los mercados, la internacionalización de las entidades de banca, la liberalización de los movimientos de capitales y la introducción de nuevas y avanzadas tecnologías hacen que los sistemas jurídicos en la materia, experimenten cambios y modificaciones constantes. Hoy en día las naciones observan la entrada a sus territorios de instituciones provenientes de diversas y desconocidas culturas jurídicas, con ordenamientos legales propios que propician ambientes de competencia entre entidades³⁵. Se sabe que las empresas más eficientes y mejor organizadas son las que se imponen; los países con la regulación más eficiente son los que se convierten en los mejores y más atractivos centros financieros; de ahí la importancia de atinar el esquema regulatorio a poner en marcha.

³³ Art. 37 LOB.

³⁴ El Real Decreto 1144/1988, de 30 de septiembre y el R.D. 1245/1995 de 14 de julio, establecen como requisito necesario para ejercer la actividad bancaria la forma de sociedad anónima constituida por el procedimiento de fundación simultánea. *Vid.* Art. 2º. y 1a. de ambos Decretos.

³⁵ *Vide.* PADROS REIG, Carlos, “La Globalización del Derecho Bancario”, en *RDBB*, año XVII, Abril-Junio 1998, p. 432 y ss.

En ese proceso de cambios y transformaciones, se debe considerar que cuando se piensa en los bancos como los grandes depósitos monetarios, verdaderos “manantiales de dinero”³⁶; como depósitos populares y más que eso, como una corriente de dinero, se debe pensar también que esa gran masa de recursos que fluye es de los ahorradores, de los inversores que depositan su confianza en ellos y que constituye una fuente muy importante de la inversión sin la cual no se pueden lograr los bienes de capital requeridos para alcanzar un adecuado desarrollo económico .

Todo ello hace que la buena marcha de la banca sea de interés público y que se justifiquen los trabajos en torno a una legislación que se adapte efectivamente y con rapidez a la naturaleza cambiante de ésta actividad y se evite la dispersión normativa que provoca confusiones e imprecisiones en su estudio, haciéndose necesaria una labor que integre el conjunto de disposiciones sobre la materia en un sólo ordenamiento que sea lo suficientemente accesible y que permita prescindir de excesivas referencias a otros textos dificultando su manejo.

1.1.3 Inestabilidad financiera

Es bien sabido que las entidades bancarias se caracterizan por prestar servicios con gran contenido técnico: jurídico, económico, matemático, etc. donde los capitales se sitúan en el tiempo sometidos al principio de utilidad aunque sean afectados por ciertos riesgos. Es la necesidad de realizar operaciones en forma masiva, la razón de la existencia de estas empresas en las que a menudo se presentan problemas de estabilidad y solvencia, tanto como entes jurídicos en el sentido de que se trata de actividades que exigen formas societarias y contractuales determinadas; como en su carácter de

³⁶ GALAN GALINDO, Angel, *op. cit.* , p. 15.

sujetos económicos donde hay que considerar que actúan en un mercado y persiguen un beneficio³⁷.

Resulta muy notoria en los sistemas bancarios la facilidad con que las instituciones que los integran pueden verse afectadas por la existencia de bancos con problemas, esto se debe a que, en el caso de estas entidades existe una clara definición de la industria, determinada por la homogeneidad de la regulación, de la tecnología, productos y servicios que se ofrecen, como difícilmente sucede en otro tipo de empresas³⁸.

En los últimos años ha aumentado la vulnerabilidad³⁹ de los sistemas bancarios a nivel mundial, que ha estado directamente relacionada con diversos aspectos. Por un lado “la mayor fragilidad financiera de los agentes económicos”⁴⁰, debido tanto al incremento notable en el endeudamiento de las empresas y de las economías domésticas como al riesgo de tipos de interés, en la medida en que se invierte en activos difíciles de realizar de forma inmediata que han de financiarse con recursos más líquidos. Si esos activos no se han prestado a tipo fijo, las entidades serán sensibles frente a las variaciones en los tipos de interés.

La fragilidad financiera que se refiere “*al deterioro en el balance de los bancos como resultado de la mala calidad de los activos y de una rentabilidad*”

³⁷ NIETO DE ALBA, Ubaldo, “Solvencia, control y crisis de la empresa financiera”, *CDC*, No. 13, 1994, Madrid, p. 275.

³⁸ FANJUL, Oscar y MARAVALL Fernando, *La Eficiencia del Sistema Bancario Español*, Alianza Editorial, Madrid, 1985. “Todo ello contribuye a que resulte difícil para el público distinguir claramente entre estos intermediarios y, en concreto entre lo que constituye un problema para un banco y un problema para la industria bancaria en su conjunto”. pp. 232, 233.

³⁹ El *Diccionario Porrúa de la Lengua Española*, México, 1991. define el vocablo “Vulnerable” como “adj. que puede ser herido o recibir lesión física o moral”; GAVIN, Michael Y HAUSMANN, Ricardo, “Las raíces de las crisis bancarias: el contexto macroeconómico”, en HAUSMANN, Ricardo y ROJAS SUAREZ, Liliana, *Las crisis bancarias en América Latina*, Edit. BID y Fondo de Cultura Económica, Chile, 1997, “Un banco es vulnerable si un shock relativamente leve afecta el ingreso, la calidad de los activos o la liquidez, lo vuelve insolvente o socava suficientemente su liquidez como para cuestionar su capacidad” p. 56.

⁴⁰ ONTIVEROS, E.; TORRERO, A., *et. al.*, *El sistema financiero español ante el Mercado Unico*, Editorial, Civitas, Madrid, 1993. “Cuando se emplea el concepto de fragilidad, estamos haciendo referencia a una situación en la que los sectores no financieros de una economía se encuentran con dificultades para hacer frente a los compromisos de pago derivados de su deuda financiera y, en consecuencia, los prestamistas sufren de un número creciente de incumplimientos en las obligaciones asumidas por los prestatarios”. p. 83.

*en declive*⁴¹, puede ser de carácter coyuntural que tiene que ver con el fenómeno del ciclo económico. Cuando existe un periodo de auge económico, el crédito crece en forma fácil y cuando la situación se revierte y la demanda baja, las utilidades se comprimen y varias empresas entran en cartera vencida. Tiene carácter estructural cuando se refiere a diversos factores que han venido afectando en forma negativa a la banca por varios años⁴².

El aumento de la volatilidad de los mercados financieros, las mercancías e inmuebles, puede alterar de forma súbita el patrimonio y los resultados de empresas no financieras así como de las propias entidades financieras⁴³. “Cabe mencionar también el incremento de la competencia entre instituciones bancarias y no bancarias, que ha introducido una dinámica de estrechamiento de márgenes financieros, el aumento de los riesgos cambiarios, tasas de interés y un crecimiento de los costes operativos para las entidades bancarias en su negocio tradicional”⁴⁴. Por su parte la innovación financiera resulta ser un arma de dos filos porque le da opciones atractivas al inversionista y al ahorrador pero genera riesgos y complejidades.

1.1.4 Panorama de las crisis bancarias

Cuando se habla de “crisis” se alude a una situación que entra en el campo de la empresa, este término puede emplearse en varios sentidos. “Desde el punto de vista jurídico cuando se habla de crisis de la empresa bancaria se hace en el sentido amplio, haciendo referencia a una situación de amenaza en el cumplimiento del conjunto de actividades y compromisos de la empresa. En un sentido técnico el término es utilizado para designar la situación de hecho en que se encuentra una empresa respecto del cumplimiento del conjunto de sus obligaciones, que justifica la apertura de

⁴¹ Vide. OCDE, *cit. post.*, SUAREZ DAVILA, Francisco, “Liberación, regulación y supervisión del sistema bancario mexicano”, *Comercio exterior*, Vol. 44, Núm. 12, México, 1994. pp. 1050.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Vide. ONTIVEROS, E.; TORRERO, A., *et. al.* y *op. cit.*, pp. 86, 87.

⁴⁴ *Ibidem*.

una situación jurídica de carácter concursal”⁴⁵. El fenómeno de las crisis bancarias se presenta en ocasiones como una situación de entidades individuales concretas mientras que en otras se hace presente con caracteres casi generalizados como consecuencia de crisis económicas globales.

En las crisis de las instituciones bancarias, el interés público se ve seriamente amenazado. Se piensa en el interés de los depositantes que se constituyen en acreedores del banco y que en su mayoría son pequeños ahorradores, acreedores no profesionales que no cuentan con fácil acceso a los medios de información financiera; por lo que el nivel de riesgos que llega a asumir un establecimiento bancario puede hacer que este experimente cambios sustanciales sin que los depositantes se percaten del hecho, que puede suponer un grave perjuicio para sus depósitos⁴⁶.

Son múltiples y variadas las razones que pueden dar lugar a una crisis bancaria algunas de las cuales señalamos a continuación⁴⁷:

- a) Problemas económicos a nivel nacional e internacional que llegan a incidir incluso en entidades dotadas de una administración crediticia diligente.
- b) Causas políticas que condicionan su deuda exterior.
- c) Dificultades en los sectores industriales en los que participan.
- d) Reducción del crecimiento económico en regiones donde los bancos están instalados.
- e) Cuando en el mercado financiero, el gobierno de un país permite que las fuerzas del mercado operen libremente, se hace más fácil que la

⁴⁵ DE LA CUESTA RUTE, José Ma., “Repercusión de la Crisis de las Empresas Bancarias en sus Operaciones. En particular, los fondos de garantía de depósitos” en AA.VV., *Contratos Bancarios*, Civitas, Madrid, 1992. p. 970. Para el autor “la expresión crisis económica designa un estado o situación de hecho que se corresponde con el estado jurídico del concurso y en concreto, con algunos de los institutos en que éste pueda traducirse”. p. 970.

⁴⁶ DIAZ MORENO, Alberto, “Las perspectivas de la protección de los depositantes en Italia. El futuro Fondo di tutela de deposita bancari”, *RDBB*, Núm. 26, Junio, 1987, p. 342.

⁴⁷ *Vide.* TALLMAN, Ellis, “Algunas preguntas sin respuesta sobre los pánicos bancarios”, *RB*, Vol. XXXVIII, No. 2, Asoc. Mexicana de Bancos, México, 1990, p. 33.

quiebra de una institución de crédito produzca efectos negativos en el resto del sistema bancario.

f) Cuando un país no está totalmente preparado para afrontar la apertura de su sistema financiero. Dicha situación es ocasionada, principalmente por la ausencia de una legislación y una supervisión adecuada.

g) Pánicos bancarios generados por la pérdida de la confianza de los depositantes y que implica el retiro masivo de fondos de todo el sistema financiero.

Estas situaciones que son ajenas a los establecimientos bancarios, pueden golpear su estabilidad aún actuando de forma correcta, desde el punto de vista estrictamente legal e incluso de acuerdo con la más “pura ortodoxia de las buenas prácticas bancarias”⁴⁸. Por otra parte, deben tomarse en cuenta también aspectos de carácter interno como:

- a) Una falta de acierto en la gestión llevada a cabo por el banco.
- b) Reiterada inobservancia de las normas que regulan la disciplina jurídica del crédito.
- c) Falta de realismo en las aportaciones de los socios al capital social.
- d) Contabilización falseada de las operaciones bancarias.

⁴⁸ MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Sebastian, “Panorama General de las Crisis Bancarias”, en AA.VV., *Aspectos jurídicos de las Crisis Bancarias*, Ciclo de conferencias organizado por el Centro de estudios judiciales con la colaboración del Banco de España, Madrid, 1988, p. 23. Sobre el tema V. también BORDO, Michel *cit. post.* E. ONTIVEROS, A. TORRERO, F.J. VALERO, *et. al.*, *El sistema financiero español ante el Mercado Unico*, Editorial Civitas, Madrid, 1993. Quien resume en tres las razones que provocan las crisis financieras: “la monetarista identifica las crisis financieras con los pánicos bancarios que producen o agravan los efectos de una contracción financiera... tiene como base la confianza absoluta en el papel de los mercados y la sospecha de que bajo la excusa de que pueden producirse convulsiones financieras no controladas, se ayuden a solventar fracasos públicos o privados inyectando liquidez, relajando la disciplina monetaria y promoviendo la inflación y la ineficiencia. Lo esencial es que las autoridades compensen la contracción monetaria que se derive de una pérdida de confianza. Por lo demás la disciplina del mercado expulsará a los ineficientes y restablecerá la confianza....La segunda posición analítica relaciona las crisis financieras con el final de la expansión del ciclo económico y las considera consecuencia de los excesos cometidos en la fase expansiva del ciclo.Una tercera perspectiva es la adoptada por los seguidores del enfoque de las expectativas racionales, que consideran las reacciones de los agentes que pueden provocar una crisis como una decisión lógica ante la sospecha de que los bancos no tengan liquidez suficiente; o a la actitud defensiva de los depositantes, que provocan un pánico bancario generalizado porque intuyen que algunas entidades pueden tener problemas, aunque no dispongan de información suficiente para discernir cuáles son los bancos en situación problemática, pues la información es asimétrica”. p. 82.

e) Obstrucción de la actividad supervisora e inspectora de las autoridades crediticias.

f) Fusiones mal planeadas en la medida en que la fusión con un banco que atraviesa por dificultades graves puede llegar a contaminar a la institución fusionante.

g) Administración deficiente que deriva de actos contrarios a la prudencia de un buen comerciante incluso no siendo ilegales y conductas fraudulentas de la gerencia de una entidad.

Conviene detenernos para señalar que el comportamiento de los banqueros y administradores de los bancos juega un papel de suma importancia. Con frecuencia se les vincula directamente con las causas de la crisis en el sector. En ocasiones la creación y posterior manejo de nuevos bancos se lleva a cabo por equipos humanos no profesionales ni experimentados tratándose muchas veces de operaciones especulativas más que de proyectos de creación de nuevas entidades de depósito⁴⁹.

Por otra parte, los administradores de los bancos en crisis pierden la confianza respecto a los acreedores de la institución, de tal forma que si la recuperación es difícil, más difícil aún resulta que ésta se lleve a cabo por los mismos administradores con los que se produjo tal situación. De ahí la importancia de contar con una regulación jurídica que sirva para impedir la aparición de estas anomalías.

⁴⁹ *Vide*. CUERVO GARCIA, Alvaro, “La Crisis Bancaria Española de los años setenta” en TEDDE DE LORCA, Pedro; TORRERO MAÑAS A., *et. al.*, *El sistema financiero de la economía española*; Editorial Economistas, Madrid, 1990. “Unida a la creación de nuevas entidades, está la política de compra de bancos existentes a precios ajenos a una valoración económica; comprados en muchos casos con dinero del propio banco. En su funcionamiento estos bancos desarrollan una política en inversiones inmobiliarias, que se supone generan fuertes plusvalías en empresas del grupo, lo que implica fuertes inmovilizaciones de fondos. Ante la incapacidad de hacer frente a los intereses, dichas inversiones motivan nuevos créditos, se acelera el proceso de concentración, se plantean créditos cruzados, la utilización de sociedades instrumentales, para no infringir la norma de concentración de riesgo. Ante las necesidades de liquidez, se desarrolla una rápida expansión de oficinas, se pagan altos precios por captar pasivo. Ante la crisis de solvencia del banco se fuerzan actividades de venta de empresas y activos, revalorizaciones..., simulando beneficios inexistentes. Ante la imposibilidad de superar la crisis, se acentúan las operaciones ilegales, fraudulentas entre las sociedades de los banqueros y el banco. Todo lleva a la insolvencia e iliquidez de la entidad”. p. 45.

Así pues en la génesis de la crisis se detecta entre otros factores, la mala práctica bancaria que al perpetuarse agrava aquella. Siendo distinta la relevancia de las malas prácticas en las operaciones de activo que la que tiene en las de pasivo. Es claro que en las operaciones de activo los clientes no son acreedores sino deudores del banco. “Ninguna crisis empresarial se mide jurídicamente en razón del número y calidad de los deudores de la empresa en crisis, otra cosa distinta es que ese número y calidad sea indicativa de la propia crisis y que efectivamente ello no deje de repercutir en la calificación de la misma y en la determinación de su alcance. Esto es así precisamente porque lo que ha de tenerse en consideración es el número y condición de los acreedores, quienes surgen por virtud de las operaciones de pasivo”⁵⁰, es decir, de quienes depositan su dinero en las entidades bancarias.

En toda crisis se presentan diversos momentos de gestación y posteriormente su gradual desenvolvimiento. En un banco, la proporción entre inversión crediticia y recursos propios, así como la capacidad para conseguir dinero de los acreedores hace que en una crisis bancaria, la iliquidez derive con frecuencia en una insolvencia absoluta⁵¹.

En efecto, si en cualquier empresa de un determinado sector se puede dar el caso de que la insolvencia sea provisional, en cuanto que su activo sea superior al pasivo en virtud de que sus problemas se reducen a una falta de liquidez, en el sector bancario esta iliquidez por la necesidad de hacer frente a

⁵⁰ V. DE LA CUESTA RUTE, José Ma., *op. cit.*, p. 974.

⁵¹ *Vide. o.c.*, Señala el autor que “La alta remuneración es síntoma apreciable de un determinado grado de debilidad del propio banco. La alta remuneración del pasivo, alejada de tipos asimilables por el sistema financiero es muestra de búsqueda, desesperada acaso, de liquidez....combinada con una colocación de los caudales a tipos igualmente exagerados e indicativos de alto riesgo de la operación cuando no de que van a emplearse en mantener créditos fallidos u otras operaciones ya rigurosamente fraudulentas”. pp. 974, 975. Al respecto URÍA, Rodrigo, *Derecho Mercantil*, 21ª edic., Marcial Pons ediciones, Madrid, 1994. señala que “el empresario puede verse afectado en el ejercicio de su empresa por crisis económicas que no le permitan satisfacer sus obligaciones al vencimiento de las mismas, bien porque no disponga de patrimonio suficiente para cubrir las deudas, bien porque, teniéndolo, carezca éste de la necesaria liquidez para atender los pagos. La primera situación (insolvencia absoluta) es sumamente grave, porque supone el desequilibrio entre los valores patrimoniales activos y los pasivos, implica la existencia de un pasivo superior al activo y en definitiva refleja la impotencia del patrimonio para solventar íntegramente las deudas contraídas. La otra situación (insolvencia relativa) es menos grave al ser el activo superior al pasivo, la mera iliquidez patrimonialno impedirá cumplir las obligaciones de pago”. p. 962.

los requerimientos de los depositantes puede hacer que llegue el momento en que el endeudamiento del banco sea tal que se genere una situación de insolvencia definitiva en que el pasivo sea superior al activo⁵².

Es entonces cuando el pánico creado por la insolvencia del banco puede generar en la opinión pública una desconfianza en el sistema de muy graves consecuencias para la economía. Situación que se entiende si se considera que la liquidez viene a ser un factor elemental en la gestión bancaria. Llegando a ser en algunos aspectos el elemento más crucial de todos ya que la entidad estará en posibilidad de continuar su actividad únicamente en la medida en que los clientes y otras entidades bancarias confíen en que está en condiciones de cumplir todos sus compromisos.

Por ello en ocasiones se ha llegado a afirmar que el hecho de que un instituto bancario se encuentre en una situación de falta de liquidez ello no es síntoma de dificultad económica superable sino de crisis o ruina total. Esto es así porque el propósito de la liquidez es precisamente asegurar que un banco pueda hacer frente a todas sus obligaciones financieras y si éste atraviesa por problemas y no puede satisfacer el pago de deudas a su vencimiento, el público perderá la confianza en él. Situación que ocurre de esta forma porque la clientela piensa que la incapacidad de satisfacer una deuda a tiempo significa que el banco es insolvente aunque, también puede ocurrir lo contrario es decir, que mantenga la confianza en un banco que fundamentalmente sea insolvente mientras éste continúe cumpliendo sus obligaciones financieras a corto plazo.

⁵² CEMLA, *Boletín de Supervisión y fiscalización bancaria*, Sep. – Dic, 1996. “Si un banco es solvente pero carece de liquidez, los clientes podrán reaccionar ante el incumplimiento de deudas a su vencimiento tratando de retirar sus depósitos. Esto agravará el problema de iliquidez y puede que el banco tenga que vender sus activos para hacer frente al menos a algunos de sus compromisos. Las consecuencias se dejarán sentir en los beneficios y por último podrían forzar la insolvencia de la entidad”. p. 19. Sobre el tema *V.* también a SANCHEZ CALERO, Fernando, “Las Crisis Bancarias y...”, *op. cit.*, p. 538; DE LA CUESTA RUTE, José María, *op. cit.*, El autor hace referencia a la situación de las operaciones de activo y pasivo y al respecto señala que se debe “fijar la atención en el terreno de la repercusión de la crisis en las operaciones de pasivo del banco. Porque la crisis repercute ciertamente en las operaciones activas pero ellas no quedan de ninguna manera afectadas en si ni en su naturaleza ni en su contenido por la manifestación de la crisis.” “Dos líneas de referencia se han de tener aquí en consideración, por una parte que el banco se encuentra en una manifiesta situación de crisis económica; de otra que se trata de operaciones en que el deudor es el banco y lo es de una deuda pecuniaria en sentido estricto, esto es de una deuda de dinero como suma”. p. 977.

Comprobándose de este modo la trascendencia de la mercancía con la que llevan a cabo sus actividades las entidades bancarias: el dinero y el crédito⁵³.

Al cerrar una entidad bancaria sus puertas, inutiliza aunque sea temporalmente la capacidad de pago de sus clientes, quienes a su vez se ven imposibilitados para cancelar sus respectivas deudas e incluso pueden optar por no adquirir nuevos compromisos que impliquen pagos futuros, esa situación dará origen a una cadena de deudas diferidas destruyéndose parte de la capacidad de pago de la colectividad constituyendo un impacto de gravísimas consecuencias. Esto justifica el cuidado que debe tener el Estado para que tal actividad se desenvuelva bajo una regulación y una vigilancia estrictas que garanticen un sano funcionamiento.

Así pues, en las crisis del sector entran en conflicto los intereses tanto de accionistas, dirigentes, trabajadores, acreedores y depositantes; junto a estos aparecen otros calificados como intereses públicos como lo pueden ser la defensa del crédito en general, la pervivencia de la empresa productiva que genera puestos de trabajo y un elemento siempre importante que es la confianza del público en el sistema bancario⁵⁴, esencial en el funcionamiento de esa actividad si se considera que la clientela depositante coloca su dinero en el banco confiando en que éste tendrá la capacidad de devolverlo.

Por lo que en cuanto se perciba la situación de crisis, la solución inmediata requiere conjugar armónicamente y de primera instancia distintos factores: En su caso, la inyección de recursos económicos y aportación de una específica capacidad de gestión a fin de que el banco salga a flote⁵⁵; cuando

⁵³ Vide. PIÑEL LOPEZ, Enrique, "Derecho Concursal y Crisis Bancarias", *Economistas*, N^o. 58, Año XI, Colegio de Economistas, Madrid, p. 56.

⁵⁴ Vide. SANCHEZ CALERO, Fernando, "Las crisis bancarias y la crisis del derecho concursal. Orientaciones de política legislativa en el momento presente", *RDBB*, N^o. 11, 1983. p. 542.

⁵⁵ IGLESIAS PRADA, Juan Luis y SANCHEZ ANDRES, Aníbal, "Perfiles Generales de la crisis en la banca española contemporánea", *RDM*, N^o. 171, Enero - Marzo 1984, Madrid. La segunda es probablemente la más importante en la medida en que resulta más difícil de llevar a cabo puesto que requiere rectitud y experiencia y porque no es fácil distraer administradores competentes de las entidades bien administradas. p. 66.

las circunstancias así lo exijan el cierre inmediato de la entidad bancaria y la puesta en acción de el o los mecanismos de garantía depósitos existentes, entre otras. De ahí que las medidas que se articulan en general en casi todos los países sean sensibles a situaciones previas a la insolvencia, en las que el banco se encuentra en dificultades⁵⁶.

1.1.4.1 Crisis en el sistema bancario español

El estudio de una crisis bancaria exige forzosamente hablar de la evolución del entorno económico existente en el momento en que ésta tuvo lugar. Considerando que una referencia pormenorizada de las circunstancias y factores que generaron la situación de crisis económica en España entre 1977 y 1985, implicaría un análisis que excedería los límites de este trabajo, se alude a los acontecimientos más relevantes que fueron determinantes en su aparición y su consiguiente repercusión en el sector bancario.

En los años 70's se produce una crisis económica que en mayor o menor grado afectó a los países industrializados de Europa, Estados Unidos y Japón, como consecuencia de un deterioro de la relación real de intercambio con los países suministradores de materias primas y productos alimenticios.

No sólo aunque si principalmente, se debió esta crisis al alza del precio del petróleo que agudizó el proceso inflacionista que se inició en 1971 y 1972 como consecuencia de los déficit de la balanza de pagos norteamericana que había creado un exceso de liquidez internacional. Esta situación supuso la desintegración del sistema monetario internacional basado en los acuerdos de Bretton Woods⁵⁷.

⁵⁶ *Vide.* DE LA CUESTA RUTE, José María, *op. cit.*, p. 977.

⁵⁷ FRAGA IRIBARNE, Manuel, "Diez años de crisis económica en España: 1973-1983", *BEE*, Agosto 1983, N°. 19, p. 83.

España intentó retardar los efectos de la crisis y se produjo una larga recesión al no dejar en su momento que el funcionamiento del mercado produjera los ajustes necesarios. En 1973 se presentó una fuerte recesión económica en los países occidentales, siendo España un país que dependía de importaciones de materias primas y bienes de inversión no podía dejar de resentir los efectos de tal situación. En 1979 se produjo una nueva elevación del precio del petróleo, que afectó a España quizá más que a otros países por el retraso y falta de ajuste de su estructura productiva a la situación de los años anteriores; se enfrentaba a un segundo choque sin haber dado respuesta satisfactoria al primero. La producción apenas crece y la tasa de inflación hace que la competitividad hacia el exterior resulte difícil, el saldo negativo de la balanza en cuenta corriente aumenta espectacularmente en el periodo 1979-1982 y las cifras de endeudamiento externo alcanzan niveles difícilmente soportables⁵⁸.

La elevación de los precios, fue el factor más determinante ya que modificó las expectativas de los agentes económicos en particular de los intermediarios financieros. Parte del ahorro existente se desvía hacia colocaciones rentables por canales paralelos a los establecimientos de crédito y el ahorrador modifica sus expectativas al alza en un intento de defensa por mantener la retribución real de su dinero. Se generan dificultades en numerosas empresas no financieras y en ocasiones su quiebra, esto repercute en instituciones financieras que se ven obligadas a renovar los créditos si quieren mantener la esperanza de recuperarlos.

A esos problemas se añaden los relativos a los mercados monetarios internacionales, los movimientos en los tipos de cambio perjudicaban las políticas de adaptación de los establecimientos bancarios. La inflación al afectar a la cantidad y precio de ahorro altera las funciones intermediadoras,

⁵⁸ *Ibidem* p. 84-86.

aparecen retribuciones atípicas y se modifica fuertemente la estructura de los depósitos en cuanto al plazo⁵⁹.

Se ha afirmado que “el ordenamiento jurídico bancario español ha venido progresando siempre a golpe de crisis. Cuando éstas se han producido han cogido siempre a contrapié al ordenamiento preexistente, en el que nunca han podido encontrarse las respuestas y soluciones precisas. Esto ha obligado cada vez a “inventar” apresuradamente fórmulas de emergencia, que no obstante su origen a la salida de la crisis que les dio vida, han sido objeto de un proceso de asimilación e incorporación a una nueva normativa general, que se ha mantenido como tal hasta que otra conmoción ha terminado por desplazarla, generando un nuevo ciclo de corte semejante”⁶⁰.

Al darse las primeras manifestaciones significativas de crisis en 1977 se empieza a generar un movimiento de desconfianza hacia algunas entidades bancarias que se encontraban en situaciones delicadas. “El cambio de clima económico, la evolución propia del sistema financiero y la conducta muchas veces condenable de los propietarios y administradores de las entidades afectadas, además de la falta de flexibilidad de las facultades legales de que disponían las autoridades, que no protegían los depósitos en el aspecto de reembolso, dificultaban la implementación de las soluciones que pudieron plantearse en aquellos momentos”⁶¹. Todo ello puso en evidencia las debilidades de las entidades que reaccionaron con una mala

⁵⁹ Vide. LOPEZ ROA, Angel Luis, “Crisis y transformación del sistema bancario español”, *BEE*, Agosto, 1985, N.º. 119., pp. 109, 110, 111. Para un estudio de la crisis bancaria en España. V. también CUERVO GARCIA, Alvaro, “El Coste de la Crisis Bancaria”, *HPE*, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, No. 110/111, 1998.; V. del mismo autor, “La Crisis Bancaria.....”, *op. cit.*

⁶⁰ AA.VV, *Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*, Dir. Fernández, Tomás - Ramón, 2ª. Edición, Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social, Obra social de la Confederación Española de Cajas de Ahorros, Madrid, 1991. p 14.; V. CUERVO GARCIA, Alvaro, “La Crisis....” *op. cit.* El autor señala que “el estudio histórico del sector bancario muestra, en efecto, repetidas crisis bancarias, de tal forma que su periodicidad sugiere a algunos que son algo consustancial con la economía de mercado en cuanto que la misma tiende a su autoregulación expulsando del mercado a los ineficientes....en la mayoría de las crisis bancarias parece existir un conjunto de causas reiterativas, lo que podría posibilitar el desarrollo de una teoría explicativa de sus causas y desarrollo, haciendo factible, al mismo tiempo el diseño de políticas que permitan evitarlas o cuando menos atenuar sus efectos negativos sobre el sistema económico”. p. 40.

⁶¹ GARCIA MIER, MODET, Rafael, “Mecanismos de protección de los depósitos bancarios”, *Supervisión y fiscalización Bancaria II.*, Centro de estudios monetarios latinoamericanos, México, 1983.

política, centrada en la excesiva competencia para obtener la liquidez necesaria con el objeto de esconder la falta de solvencia.

De esta forma, los comienzos de la crisis económica mundial a mediados del decenio de los setenta, toman por sorpresa al sistema jurídico bancario español. Grupos financieros sin experiencia se lanzan a adquirir el control de los bancos ya existentes o a crear nuevos. Muchos de esos bancos concentran sus inversiones en la financiación de los propios grupos que los controlan sin ningún tipo de análisis de riesgos. Esta financiación es destinada a actividades especulativas llevándose a cabo además captación de pasivos a tasas de interés muy elevadas que llegan a comprometer sus cuentas de resultados distorsionando el mercado y afectando a los otros bancos⁶².

Cuando se produce la crisis el Banco de España no contaba con los instrumentos legales adecuados, desde un régimen de autorizaciones para la creación de entidades cuya selección no se hizo con criterios técnicos, donde la adquisición de bancos no exigió a personas o empresas no bancarias autorización. Al no preverse la realidad de los grupos de empresas se produce la infracción de la norma sobre concentración de riesgos, llegando a ser muchas las limitaciones en la capacidad de inspección y control haciéndose difícil una adecuada supervisión y vigilancia de la institución que ayudara a prevenir y anticiparse a la crisis y encontrar los mecanismos adecuados para hacerle frente cuando se presentara, no existía el marco legal que hiciera posible una acción rápida ante situaciones de insolvencia⁶³.

El sistema bancario español se caracterizaba por una regulación y estructura institucional que limitaba la competencia y aseguraba amplios márgenes y resultados bancarios creando una situación de bonanza en la que no se le daba mucha importancia a las buenas prácticas bancarias. La

⁶² JIMENEZ DE LA IGLESIA, José María, “Fundamentos de supervisión bancaria”, CEMLA, Ponencia presentada en la *Tercera Asamblea de la Comisión de Organismos de Supervisión y Fiscalización Bancaria de América Latina y el Caribe*, México, 1984. p. 85.

⁶³ *Vide.* CUERVO GARCIA, Alvaro, “La Crisis Bancaria.....”, *op. cit.*, p. 46.

ausencia de un mecanismo que limitase la compra de bancos existentes y la incapacidad para evaluar adecuadamente a los nuevos banqueros permitió la entrada de nuevas entidades cuyos gestores desconocían las buenas prácticas de una gestión prudente⁶⁴.

La crisis de los bancos se produce en un momento en que los mecanismos de supervisión y control de las entidades no eran suficientes ni efectivos para hacer frente a todo el tipo de problemas que se presentaron. No había instrumentos para la intervención y saneamiento de las entidades ni régimen sancionador efectivo, el control de las transmisiones de acciones bancarias era deficiente y escasos los límites a la concentración de riesgos, pudiendo agregar a la lista las deficiencias importantes que presentan los requerimientos mínimos de recursos propios, sin un régimen contable adecuado de calificación y provisión de los activos de dudosa recuperación⁶⁵.

La última de las grandes crisis bancarias en España, tuvo como antecedentes, el proceso de desaceleración del ritmo de la actividad económica iniciado en 1990. Para 1992 se mostraban pocas mejoras en la reconducción de los principales desequilibrios que aquejaban a la economía como la inflación, el desbordamiento del déficit público y exterior y el aumento de la tasa de desempleo que parecía incontenible⁶⁶.

⁶⁴ Asesores Jurídicos de la Comisión de Organismos de Supervisión y Fiscalización Bancaria de América Latina y el Caribe, “Sistemas de Garantía de Depósitos”, *Décima Asamblea de la Asociación de Organismos Supervisores Bancarios de América Latina y el Caribe*, CEMLA, México, 1994. p. 106.

⁶⁵ Asesores Jurídicos de la Comisión de Organismos de Supervisión y Fiscalización Bancaria de América Latina y el Caribe., *l.c.*, p. 107; V. JIMENEZ DE LA IGLESIA, José María, *op. cit.*, “Todo ello dio lugar a que en cinco años se tuviera que afrontar la crisis de 52 de los 110 bancos que operaban en España al 31 de diciembre de 1977 y que en esa fecha tenían captado el 18% de los depósitos del sistema bancario. p. 88.; V. también CUERVO GARCIA, Alvaro, “El Coste.....”, *l. c.*; Para el autor, el número de bancos en crisis no era un buen indicador de la magnitud de la crisis pudiendo otros índices ofrecer una visión más clara de la profundidad y extensión de esta que sacudió a España entre 1977 y 1985. Entre ellos se puede señalar que “se vieron afectados el 27,19 por 100 de los recursos propios de la banca; el 27,14 por 100 de los ajenos(acreedores, bonos de caja y obligaciones y acreedores en moneda extranjera), y el 27,67 por 100 del total de trabajadores bancarios. Los peores años para el sistema bancario fueron 1982, cuando doce bancos entraron en crisis y 1983 en que lo hicieron 21 (básicamente el grupo bancario Rumasa, 20 bancos). El pasivo afectado por la crisis fue 3.771.737 millones de pesetas; de ellos 2.245.236 millones, acreedores “depósitos en pesetas; 295,200 bonos y obligaciones; 124.909 acreedores en moneda extranjera; 61,516 efectos y demás obligaciones a pagar y 1,044,866 millones a entidades de crédito – financiación del resto del sistema bancario -. El número de bancos 56, con 3.322 oficinas bancarias y 48.381 empleados. Esta crisis afecta, de forma directa a los bancos de nueva creación.” p. 113.

⁶⁶ *Vide*. CUERVO ARANGO, Carlos y SANZ FERRER, Ricardo, “La banca española después de 1992”, *Economistas*, N.º. 55, 1993, p. 158. Para una cronología de la caída de Banesto, véase “Especial Banesto” en *BE*, Año XXIV, N.º. 262, 1994, p. 6 y ss.

En 1994 la evolución de los mercados de deuda provocó una situación de deterioro en las cuentas de resultados de los establecimientos bancarios, su beneficio se reduce significativamente, se produce una demanda de crédito poco dinámica y la morosidad se convierte en reflejo del poco crecimiento en la calidad crediticia de los bancos⁶⁷. Estas circunstancias, aunadas a la decisión del Banco de España en diciembre de 1993, de sustituir los órganos directivos de Banesto, desencadenó una clara inestabilidad en el conjunto del sistema financiero. Se destaca particularmente como causa de la crisis de la entidad, el comportamiento particular del equipo de administración y una incorrecta gestión del riesgo.

En el desarrollo de las crisis bancarias, se ha hecho sentir en muchos casos la ausencia de un adecuado marco legal de supervisión y control y de un eficiente sistema de información que permita a las autoridades financieras entre ellos a los Bancos Centrales la eficaz vigilancia de la solvencia y control de las entidades bancarias y haga posible una política preventiva de saneamiento que pueda atenuar los efectos de la crisis⁶⁸.

Hasta aquí nos hemos referido al conjunto de circunstancias que pueden dar lugar a la aparición de una crisis bancaria, en concreto a las que han sido causa de ella en España, no sólo en lo que toca al inadecuado sistema jurídico existente para prevenir, evitar o disminuir los efectos negativos contra la economía en su conjunto, sino a las causas externas que son determinantes en la buena marcha del establecimiento bancario. Siendo importante referirnos ahora a las disposiciones legales y medidas aplicables que han servido para hacer frente a ese fenómeno⁶⁹.

⁶⁷ Vide. MARTIN BARRAGAN, Enrique, "Dos crisis en el año bancario", *Economistas*, N°. 55 1993, p. 252.

⁶⁸ CUERVO GARCIA, Alvaro, "El Coste.....", *op. cit.*, p. 114.

⁶⁹ Para una referencia de las diversas medidas aplicables para reducir la incidencia de quiebras bancarias, v. GRUBEL, Herberg G., "A Proposal For The Establishment Of An International Deposit Insurance Corporation", *Essay in International Finance*, N°. 133, International Finance Section, Princeton University, Princeton, New Jersey, July 1979. El autor hace referencia a los instrumentos utilizados en el sistema estadounidense para reducir la incidencia de crisis bancarias dentro de las cuales señala la regulación y supervisión bancarias, la ayuda informal a los grandes depositantes y las presiones informales que ejerce el gobierno sobre los bancos. Después explica cada uno señalando que la regulación

Actualmente el ordenamiento jurídico español contempla en diversa normativa las medidas preventivas de estas crisis pudiendo incluir en ellas las contenidas en el régimen de constitución de nuevos bancos con un elevado nivel de exigencia; rigurosas obligaciones de contabilidad con sujeción a una estricta legislación de supervisión; deber profesional de actuar prudentemente en el ejercicio de la función que desempeñan de intermediación indirecta en el crédito ateniéndose a los coeficientes fijados al efecto; reglas relativas a la tutela del capital social, velando por la realidad de las aportaciones; un régimen de responsabilidad de los administradores; registro de las cuentas con arreglo a estrictos criterios fijados previamente; consolidación de las cuentas de los grupos de sociedades en el área; creación de una legislación sobre solvencia de los institutos bancarios más completa⁷⁰, tratamiento especial de las participaciones significativas; una mayor transparencia informativa; regulación de las técnicas jurídicas para llevar a cabo una reestructuración societaria, así como la creación frente a posibles infracciones de una Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito⁷¹, entre otras disposiciones que tendremos ocasión de revisar a lo largo de esta investigación.

Desde la Ley de Ordenación Bancaria de 1946 se esboza una estrategia para la solución de las crisis bancarias, deduciéndose de sus preceptos una visión sobre dos tipos de crisis en el sector: la producida en

de los bancos en E.U. que se ejerce en parte por una legislación Federal y otra Estatal, consiste entre otras cosas en el requerimiento de que los bancos mantengan el mínimo de reservas para sus depósitos, con el banco central si quieren ser miembros del Sistema de Reserva Federal, con reglas que limitan la competencia con otros intermediarios financieros y mantienen la competencia entre bancos, junto con otro conjunto de disposiciones. Señala también que los bancos deben estar supervisados para asegurar que actúan conforme a la legislación y no se utilizan tácticas criminales para defraudar a los depositantes. El gobierno ha tratado de reducir el riesgo moral siendo cuidadoso en no establecer ningún precedente formal o establecer ninguna regla para facilitar el acceso a la ayuda gubernamental. pp. 5 – 9.

⁷⁰ En España, el año de 1985 supuso un notable avance técnico en cuanto a la forma de evaluar la solvencia de las entidades de crédito con la Ley 13/1985 de 25 de mayo y su desarrollo posterior. Actualmente, la solvencia de estas entidades tiene su base legal en la Ley 13/1992 del 1 de junio de recursos propios y supervisión en base consolidada de las entidades financieras. El desarrollo reglamentario y administrativo se efectúa por medio del RD 1343/1992 de 6 de noviembre con las modificaciones introducidas por el RD 538/1994 de 25 de marzo y una Orden de 30 de diciembre de 1992. Modificada parcialmente por una Orden de 23 de julio de 1996 y las Circular del Banco de España 5/1993 de 26 de marzo y 10/1999 de 17 de diciembre que la modifica, que venen a culminar el desarrollo de esta regulación.; *Vide.* LATORRE DIEZ, Joaquín , *Regulación de las Entidades de Crédito en España*, Fundación de las Cajas de Ahorros Confederadas, Madrid, 1997, p. 225.

⁷¹ Cfr. Ley 26/1988 de 29 de Julio.

bancos adecuadamente administrados, cuando señala “la capacidad del Banco de España para ofrecer a las instituciones de crédito que, habiendo acomodado su actuación a las buenas prácticas bancarias se encuentren en caso de crisis general o en dificultades de tesorería, el concurso posible dentro de su órbita de acción y compatible con la seguridad de sus operaciones”⁷² y la creada por infracciones de las disposiciones legales, estableciendo la sanción de excluir del Registro de bancos a la entidad infractora, con liquidación y disolución de la misma⁷³.

Considerando que cualesquiera que sean las razones que produzcan el deterioro patrimonial de la entidad bancaria al punto de su crisis, pueden hacer que se conduzca a la liquidación de la entidad, el ordenamiento jurídico español dispone también de las medidas que se sitúan en el ámbito del Derecho de sociedades como la disolución y liquidación voluntaria de la sociedad⁷⁴.

Subsisten la quiebra y la suspensión de pagos, como instituciones que llevan la intención de remediar los casos en que la empresa no está en posibilidades de responder al conjunto de las obligaciones que tiene contraídas⁷⁵. “A la quiebra y la suspensión de pagos se corresponde tradicionalmente otra terminología que no es la de crisis económica, sino la

⁷² Art. 18 *Ley de Ordenación Bancaria* (LOB), derogado tácitamente por el RL 18/1962 de 7 de junio.

⁷³ Cfr. Art. 57 LOB, modificado por el RDL 1298/86 de 28 de junio y derogado por la LDIEC. *Vide.* PIÑ EL LOPEZ, Enrique, “La crisis bancaria desde la óptica del Derecho”, *RDBB*, N.º. 11, 1983. p. 555.

⁷⁴ Cfr. Art. 260 de la *Ley de Sociedades Anónimas*. El Art. 263 de la misma disposición legal se establece que “no obstante lo dispuesto en el Art. 260, cuando el Gobierno, a instancia de accionistas que representan al menos la quinta parte del capital social o del personal de la empresa, juzgase conveniente para la economía nacional o para el interés social la continuación de la sociedad, podrá acordarlo así por Decreto, en que se concretará la forma en que ésta habrá de subsistir y las compensaciones que, al ser expropiados de su derecho han de recibir los accionistas”.

⁷⁵ Sobre el tema y coincidiendo con una importante parte de la doctrina, CANDELAS SANCHEZ MIGUEL, María, “Marco Jurídico de las crisis económicas de las empresas en España”, en *Economistas*, Colegio de Economistas, N.º. 58, Año XI, Madrid. Señala citando a Sánchez Calero, que tanto la quiebra como la suspensión de pagos son conceptuales unívocamente como “declaración judicial de ejecución universal de un empresario insolvente”. Como se infiere del análisis de las normas que las regulan, el final del procedimiento *ab initio* no es el mismo. La quiebra tiene un efecto inmediato que es la paralización de la actividad económica de la empresa y consecuentemente termina con la ejecución y liquidación del patrimonio del quebrado - empresario, mientras que la suspensión mantiene la actividad de manera intervenida y busca, mediante convenio, dar una continuidad a la empresa, cuestión que no significa que la finalidad buscada se consiga, pues no en vano se ha criticado que éstas, las suspensiones, son la antesala de la quiebra ya que los presupuestos económicos sobre los que se basa la declaración tanto de la quiebra como de la suspensión, es decir, la insolvencia, no revisten diferencias, al haberse incorporado la insolvencia definitiva en uno de los supuestos de declaración de la Ley de Suspensión de Pagos.” pp. 12.

de insolvencia”⁷⁶. En la actualidad y como numerosos autores lo han señalado, el derecho concursal se muestra insuficiente para hacer frente a las crisis bancarias. Tanto el procedimiento de quiebra como el de suspensión de pagos resultan hoy inadecuados para la solución justa estas situaciones, por su lentitud e ineficacia⁷⁷.

La quiebra es un procedimiento lento y costoso que no ayuda a la solución rápida del problema, mientras que el procedimiento de suspensión de pagos con la paralización de las acciones individuales de los acreedores durante largo tiempo con el fin de alcanzar un convenio que resuelva la crisis si bien ha sido útil para empresas de distintos sectores no lo ha sido para el bancario pues la confianza y el crédito son esenciales. Constituyéndose en una situación grave que difícilmente puede ser superada⁷⁸. “Si la insolvencia es un presupuesto para la iniciación del procedimiento de quiebra, la suspensión de pagos en bancos en dificultades puede plantearse en un momento anterior en la medida en que la solvencia es un presupuesto esencial para el ejercicio de su actividad de intermediación en el crédito”⁷⁹.

El interés público ha sido entre otros factores, un componente importante que ha llevado a las autoridades de la actividad bancaria ha adoptar medidas legislativas tendentes a tratar de superar las insuficiencias o

⁷⁶ Vide DE LA CUESTA RUTE, José Ma., *op. cit.*, p. 972. En relación a la insolvencia, SANCHEZ CALERO, Fernando, en “Fondos de Garantía...”, *op. cit.*, señala que “si la situación de insolvencia es un presupuesto para la iniciación del procedimiento de quiebra y con ciertas matizaciones, el de suspensión de pagos, en el caso de los bancos la situación difícil puede plantearse en un momento anterior, en cuanto que la solvencia es un presupuesto esencial para el ejercicio de su actividad de intermediación en el crédito”. p. 19.; V. también CANDELAS SANCHEZ MIGUEL, María, “Marco Jurídico.....”, *L. c.*, p. 13.; El artículo 874 Cod. de Com. señala: “se considera en estado de quiebra el comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones” más concretamente “el estado de insolvencia, es el cese de pagos de sus obligaciones por el empresario”. En la Ley de Suspensión de Pagos, se utilizan los términos de insolvencia provisional o iliquidez y de insolvencia definitiva, que supone la inexistencia de bienes que garanticen el pasivo empresarial.

⁷⁷ V. “Simposio sobre la disciplina de la insolvencia bancaria en Italia y en España”, *RDBB*, N° 13, 1984, p. 121.; V. SANCHEZ CALERO, Fernando, “Las crisis bancarias y la crisis del Derecho Concursal, orientaciones de política legislativa en el momento presente”, *RDBB*, N° 11, 1983. Que se refiere al ordenamiento concursal. p. 536.

⁷⁸ SANCHEZ CALERO, Fernando, *l. c.*, p. 536 y ss.; V. CANDELAS SANCHEZ MIGUEL, María, *op. cit.*, que señala, “En todo caso desde la perspectiva económica parece más apropiado mantener una disposición legal que teleológicamente no sea liquidatoria, sino que los expertos que intervienen en el procedimiento judicial dictaminen la viabilidad o no de la continuación de la empresa de ahí que judicialmente se considere preferente la solicitud del empresario para declarar la suspensión, que la solicitud de los acreedores de la quiebra”. p. 13.

⁷⁹ SANCHEZ CALERO, Fernando, “El Fondo de Garantía.....”, *L.c.*, No. 1, 1981, p. 19.

inadaptaciones legales y prácticas. Así pues al surgir la necesidad de regular en España la crisis bancaria generada en los años setenta, se confirma la imposibilidad de tratarla a través de los procedimientos concursales ordinarios⁸⁰. Nace el Fondo de Garantía de Depósitos en establecimientos bancarios⁸¹, creado precisamente por la necesidad de eliminar algunos inconvenientes que plantea la legislación concursal en relación con las crisis bancarias y muy especialmente a fin de preservar la estabilidad del sistema financiero y los intereses públicos en juego.

Conviene señalar que en los últimos años, reiteradas valoraciones de carácter social, político, económico, laboral e inclusive razones de utilidad han llevado al legislador a considerar la liquidación de la empresa insuficiente y a arbitrar soluciones que no desemboquen en esta situación. Aparece actualmente con gran fuerza la llamada acción de salvamento de las empresas en crisis pasando a ser la liquidación un procedimiento extremo. Tal situación se incrementa en el caso de la banca, por el evidente papel del sector no sólo en cuanto prestadora de servicios sino por las consecuencias que puede suponer la quiebra de un banco en cuanto a la pérdida de la confianza en el conjunto del sistema financiero. Que va a incidir de forma directa en las distintas fórmulas planteadas para el reflotamiento de los bancos en crisis y en la consecuente protección de los depósitos bancarios de dinero⁸².

Esta fue la situación de la última crisis bancaria en España, cuatro meses bastaron para resolver la crisis de Banesto. La dimensión de la entidad, su papel en los mercados financieros, el elevado volumen de depósitos con que contaba y la financiación captada de otras entidades de crédito hacían prever que la quiebra de la entidad podría tener efectos desastrosos sobre el conjunto del sistema financiero.

⁸⁰ Vide. PIÑEL LOPEZ, Enrique, "Derecho Concursal y Crisis Bancarias", *Economistas*, Colegio de Economistas, Nº. 58, Año XI, Madrid. p. 57.

⁸¹ RD 3.048/1977.

⁸² Vide. MARTIN- RETORTILLO BAQUER, Sebastian, "Panorama General de las Crisis Bancarias", *REDA*, Nº. 59; jul. - sep. 1988.

El Banco de España actuó de inmediato, se consiguió el respaldo del resto de las entidades de crédito para garantizar la liquidez necesaria del banco y el Fondo de garantía de depósitos estructuró el plan de saneamiento de la institución, fue así como se consiguió que no se generara ningún desequilibrio en el seno del sistema financiero.

Si bien es cierto que se produjo indudablemente un coste importante para los antiguos accionistas de la entidad, para el Banco de España y para los establecimientos de crédito a través de su participación en el Fondo de garantía de depósitos, la positiva solución de la crisis evitó las consecuencias adversas que se hubiesen producido en la confianza de los depositantes y del sistema financiero nacional e internacional.

En resumen, el origen y desarrollo de las crisis bancarias encuentran su causa en numerosos aspectos tales como cambios en la estructura empresarial, originadas por impactos bruscos que impiden que las empresas hagan frente a sus compromisos de pago o bien a la propia dinámica del sistema económico.

En el propio ámbito de gestión interna, el origen de las crisis llega a estar no sólo en la carencia de equipos humanos profesionalizados, que no han sabido adaptarse a los cambios en el entorno. También se apunta la conducta de los banqueros y administradores que con su comportamiento irresponsable, falta de capacidad, temeridad y prácticas ilegales así como por seguir pautas de conducta imitativas, llegan a ser los causantes directos de los problemas de solvencia de sus propias instituciones. En muchos casos se puede hablar de conductas ilegales y fraudulentas, aunque estas últimas más que causas, en ocasiones aparecen como manifestaciones de la crisis en un último intento por salvar la supervivencia del banco y el patrimonio de sus administradores y propietarios.

Por último hay que señalar, que así como en toda crisis bancaria encontramos elementos comunes, también es cierto que cada periodo de

crisis tiene características irrepetibles. En consecuencia, las soluciones jurídicas y económicas no pueden ser las mismas en especial en un momento como el actual en que la tendencia de organización empresarial no se basa en el empresario individual sino en los grupos de sociedades con una dirección única que permite mantener la empresa aunque se haga desaparecer a su titular jurídico y en donde el núcleo central de la problemática que plantean las crisis bancarias se deriva de la liquidación de la entidad en dificultades, frente a su mantenimiento y refluación, cuestión que está incidiendo en forma determinante en el papel que las autoridades crediticias desempeñan⁸³.

1.2 Operaciones bancarias

Dadas las diversas actividades que se llevan a cabo en la institución bancaria, resulta conveniente contar con el marco general en el que estas se desarrollan, a fin de poseer los elementos básicos que nos faciliten el acercamiento al estudio de los depósitos bancarios de dinero cuya protección forma parte del objeto de este análisis.

Los bancos realizan operaciones de la más variada y compleja naturaleza, efectúan generalmente todas las operaciones que sea posible llevarse a cabo dentro del marco de la licitud, como actividades de organización y de constitución en cualquier empresa mercantil que van desde el alquiler de locales, compra de materiales de oficinas, contratación de personal, etc. Para los efectos de nuestro estudio, debemos eliminar todas las operaciones que no pertenezcan a la actividad profesional de estos establecimientos, para hallar las notas esenciales del núcleo de las típicamente bancarias de intermediación en el crédito.

⁸³ *Idem*. “Aspectos Jurídicos de las Crisis Bancarias”, *Ciclo de conferencias organizado por el Centro de Estudios Judiciales con la colaboración del Banco de España*, Madrid, 1988. p. 26.

Comenzaremos por señalar que con frecuencia se utilizan conceptos como contrato bancario y operación bancaria de forma indistinta⁸⁴. Pero no obstante la aproximación entre estas expresiones, ambas presentan ciertas diferencias conceptuales .

Por un lado se dice del contrato bancario que es *el esquema jurídico de la operación bancaria y como tal constituye, regula o extingue una relación que tiene por objeto una operación de este tipo*⁸⁵.

La actividad bancaria tiene por objeto el establecimiento de relaciones patrimoniales entre la entidad y otros sujetos. Mediante la celebración de contratos hace que estas cobren especial importancia en el ámbito mercantil⁸⁶.

Estas relaciones constituyen un conjunto de figuras que nacen en el tráfico general como el depósito, préstamo, fianza, comisión. Otras surgen en el propio desarrollo de la actividad bancaria como el contrato de cuenta corriente bancaria, de descuento, créditos documentarios, entre otros. “La característica común entre ambas categorías de contratos consiste en que

⁸⁴ Vide. URÍA, Rodrigo, *op. cit.*, El autor utiliza indistintamente estos conceptos cuando se refiere a la clasificación de los contratos bancarios “Son muchos los criterios que se han seguido en la clasificación de los diferentes contratos en que se despliega una actividad bancaria, más ninguno ofrece un fundamento jurídico verdaderamente sólido. La clasificación tradicional y más extendida, que distingue entre operaciones bancarias activas y pasivas según sea el banco o el cliente quien conceda el crédito...” p. 814. Véase AURIOLES MARTÍN, Adolfo, “Aspectos Generales de la contratación bancaria” en JIMENEZ SANCHEZ, Guillermo J. , *Derecho Mercantil*, Editorial Ariel, Barcelona, 1995. Utiliza el concepto de contratos bancarios y operación bancaria de forma indistinta cuando señala que “Los contratos bancarios se han clasificado, tradicionalmente, atendiendo a la función desarrollada en el marco de la típica actividad bancaria de intermediación crediticia. Conforme a este criterio y reparando en la parte contratante que concede crédito a la otra, distínguese entre operaciones o contratos bancarios pasivos y activos.” p. 436.

⁸⁵ LATORRE DIEZ, Joaquín, *op. cit.* , p. 147. Vid. SANCHEZ CALERO, Fernando, *cit. post.* AA.VV, *Curso de Derecho Privado*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p. 520. Quien señala que “contrato bancario viene a ser el esquema jurídico de la operación bancaria pudiéndose definir como aquel acuerdo de voluntades tendente a crear, modificar, o extinguir una relación que tenga por objeto una operación bancaria entendiendo por tal la que se incardina en la intermediación crediticia indirecta”; AURIOLES MARTÍN, Adolfo, “Contratos ...” *op. cit.* , señala el autor “llamamos contratos bancarios a una categoría singular de contratos mercantiles practicados por determinadas Entidades de Crédito, Bancos y Cajas en el desarrollo de su actividad profesional. De acuerdo con esta definición el criterio delimitado de su especialidad no proviene de la mera participación de una entidad de crédito bancaria en la relación jurídica, sino más exactamente de su articulación dentro del proceso de interposición en el crédito característico del negocio bancario. Es decir dentro de lo que constituye la actividad intermediadora típica de la banca.” p. 417.

⁸⁶ BROSETA PONT, Manuel, *op. cit.* , p. 501 Considera el autor que el banco tiene la función primordial de obtener y conceder crédito además de prestar servicios complementarios y todo ello lo realiza por medio de contratos .

pertencen a la serie profesional de un banco, de donde derivan aspectos técnicos muy característicos: *contrato bancario es aquel que teóricamente no es concebible más que inserto en una serie de contratos del mismo género funcionalmente coligados, que se realiza sólo en la empresa bancaria*⁸⁷.

De la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946, se deduce la caracterización propia de los contratos bancarios como la profesionalidad de quien lo realiza, con habitualidad y ánimo de lucro, por un lado y por otro, como actos de comercio⁸⁸.

La naturaleza mercantil⁸⁹ es un rasgo común de los contratos bancarios, habiéndose escrito diversas teorías al respecto⁹⁰. Nos limitaremos a señalar que los contratos bancarios pueden ser conceptuados como mercantiles si se atiende a la definición de acto de comercio dada por el Código de Comercio en cuanto a que “serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga”⁹¹ y a la interpretación conjunta de los artículos que regulan el depósito, préstamo, fianza mercantiles el descuento, entre otros⁹².

⁸⁷ FERRI, *cit. post.*, VICENT CHULIA, Francisco, *op. cit.*, p. 416. *Vid.* BONET SANCHEZ, José Ignacio, *Contratos Bancarios*, Edit. Dykinson, S.L., Madrid, 1996. señala que “Tan contrato bancario es el perfeccionado por una sociedad anónima bancaria (Banco) como el que celebra una Caja de Ahorros o una sociedad anónima de arrendamiento financiero (ahora bien, los establecimientos financieros de crédito tienen prohibida la captación de fondos reembolsables del público. Por tanto, no pueden ser parte en el contrato de depósito bancario de dinero). Sería más preciso utilizar la expresión “contrato celebrado entre una entidad de crédito (o establecimiento financiero de crédito) y su cliente. Pero la rúbrica contrato bancario es útil por su sencillez.” p. 18. Lo anterior con base en que tanto Bancos, Cajas de Ahorro y Cooperativas de Crédito gozan de la categoría de entidad de crédito. *Cfr.* LDIEC.

⁸⁸ *Cfr.* Art. 37 LOB y Art. 175 del C. C

⁸⁹ CANO RICO, José Ramón, *Manual Práctico de Contratación Mercantil*, Tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 1985, pp. 19, 20. Todo contrato bancario que sea operación típica de la Banca adquiere la naturaleza jurídica mercantil. El Tribunal Supremo, afirma en la Sentencia de 9 de mayo de 1944 que “siempre que los contratos estipulados revistan el carácter de operaciones bancarias pueden ser conceptuados de mercantiles al amparo del artículo 2 en relación con el 175 y algunos otros como el 177 el 199 y el 212 del propio Código y en el caso del préstamo, aún cuando el préstamo se haga a favor de personas ajenas al comercio que no se propongan emplear el objeto recibido en operaciones mercantiles”.

⁹⁰ BONET SANCHEZ, José Ignacio, *op. cit.*, En cuanto a la naturaleza mercantil de los contratos bancarios, el autor señala que la mayoría de las opiniones en la doctrina (Garrigues, Uría, Sánchez Calero, entre otros) se refieren a la tesis de la mercantilidad genérica de dichos contratos, frente a contadas excepciones como (Vicent Chuliá) que advierten la dificultad de calificar genéricamente como mercantiles a todos los contratos debido a que en la legislación bancaria vigente no existe calificación de mercantiles o civiles respecto de los mismos. p. 27. Se coincide con la opinión de los primeros en cuanto a la naturaleza mercantil de los contratos bancarios.

⁹¹ *Vide.* Art. 2. C. C.

⁹² *Vide.* Arts. 2o. 303, 311, 175, 177, 199 y 212 del C. C. así como la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1944 que se cita anteriormente.

En cuanto a la operación bancaria se refiere, esta implica “*la relación real de la vida social entablada entre cualquier persona y una entidad de crédito*”⁹³, que nace para alcanzar por un lado, la obtención de un beneficio que persigue la entidad mediante la prestación de un servicio y por otro, cubrir la necesidad de financiación, de inversión, de custodia del cliente que queda satisfecha con el mismo⁹⁴. Con éste concepto, se pretende aludir a todo el conjunto de actividades que los bancos desarrollan en su actuación en el tráfico de bienes y servicios de crédito. De tal modo, si se trata de las funciones efectivamente desarrolladas por tales sujetos, la expresión de operación bancaria puede estimarse preferible a la de contrato bancario.

El concepto de operación bancaria viene a ser más extenso que el de contrato bancario ya que no todas las operaciones que realizan los bancos se estipulan contractualmente. Las prestaciones propias del contrato bancario consisten precisamente en dar, así en las operaciones activas el banco es dador del crédito y en las pasivas receptor del mismo. El contrato bancario tiene sobre operación bancaria la ventaja de su mayor precisión. “ Si se habla de contrato bancario es claro que se está refiriendo a una categoría del negocio jurídico, bien delimitada”⁹⁵.

Si tomamos en consideración que las operaciones bancarias requieren para su realización, que se lleven a cabo por una entidad a la que la Ley le conceda facultades para realizar operaciones de banca y al ser esta una empresa de carácter mercantil, puede decirse entonces que las operaciones bancarias merecen, la calificación de mercantiles por la condición de

⁹³ LATORRE DIEZ, Joaquín, *op. cit.*, p. 147. La construcción de un concepto como este de la operación bancaria, ha permitido su extensión a las operaciones realizadas por otros intermediarios financieros en quienes no concurre la calificación de banco en un sentido estricto, pudiendo equipararse el término “operaciones bancarias” con el de aquellas propias de las entidades de crédito. p 147.

⁹⁴ NIETO CAROL, Ubaldo, “El Contrato Bancario” en VV.AA, *Contratos Bancarios & Parabancarios*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1998. p. 885. “El servicio bancario es útil si y sólo si satisface la necesidad. Consecuentemente la medida de la remuneración coincidirá con el grado de utilidad alcanzado por el cliente bancario”. p. 885.

⁹⁵ SANTOS, Vicente, *op. cit.* p. 36, Cualquiera que sean las obligaciones que surja de los contratos bancarios, sean de dar, hacer o no hacer, tendrán fuerza de ley entre las partes contratantes y deberán cumplirse al tenor de los correspondientes contratos. Cfr. Art. 1091 del C. c.

mercantil de una de las partes y porque su articulación se efectúa dentro de la intermediación del crédito característico del negocio de banca. Además, la inserción de tales operaciones dentro de una actividad en el tráfico económico, la forma masiva en que se practican, la afectación a los intereses del público, las exigencias de rapidez y seguridad de éste, reclaman para aquéllas el tratamiento del Derecho mercantil⁹⁶.

En ordenamientos como la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946, la Ley de Bases de Ordenación del Crédito y la banca del 14 de abril 1962 y disposiciones que la han ido desarrollando así como toda la normativa posterior, se utiliza preferentemente el término de operaciones bancarias para referirse a la actividad propia de las entidades de crédito⁹⁷.

La clasificación clásica seguida por la doctrina que considera el lugar que la entidad bancaria ocupa en la relación jurídica establecida con su cliente, distingue tres grandes categorías: activas, pasivas y neutras⁹⁸. De modo que por las primeras se entienden, aquéllas por las que el banco concede crédito a sus clientes, teniendo a su cargo la obligación de devolver

⁹⁶ *Vide.* SANTOS, Vicente, *El Contrato Bancario*, Bilbao, 1972, p. 78. *Vid.* MARTINEZ VAL, *Derecho Mercantil*, Bosch Editor; Barcelona, 1979, p. 512. Véase ZUNZUNEGUI, Fernando, *op. cit.*, Cuando se refiere al contrato que denomina financiero sostiene que éste no es concebible sin relación con la empresa financiera. “La participación de una entidad financiera, es un presupuesto jurídico subjetivo del negocio. La disciplina del contrato se condiciona a la presencia de la entidad financiera como contratante”. p 33. Este es un argumento que nos sirve para determinar la mercantilidad de las operaciones bancarias. La doctrina dominante en la sentencia del Tribunal Supremo del 9 de mayo de 1944.

⁹⁷ LATORRE DIEZ, Joaquín, *op. cit.* p. 147.

⁹⁸ *Vid.* BONET SANCHEZ, José Ignacio, *op. cit.* Señala el autor que “En todas ellas tiene vigencia la autonomía de la voluntad y, consecuentemente, la tema que Díez-Picazo describe como libertad de contratación: “la libre opción del individuo entre contratar o no contratar... la libertad de elección del tipo contractual ... y la posibilidad de modificar, también libremente...el contenido legal de los contratos”. p. 12 . Vale la pena tener en cuenta el contenido del Art. 1255 C. c. que dispone la facultad de los contratante para establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre y cuando no contravengan las leyes, a moral, ni al orden público. Por otra parte, cabe recordar que la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946 ofrece una definición de la actividad de la banca en la que se distinguen unas operaciones de financiación o pasivas de otras de inversión o activas y ambas de las de mediación o neutras(Art. 37). Sobre el tema véase también LATORRE DIEZ, Joaquín, *op. cit.* p. 147 - 150. Donde se hace referencia a la clasificación de las operaciones bancarias contemplando por un lado, “aquellas mediante las cuales el banco obtiene fondos de los ahorradores o inversores en forma de depósito irregular o por la emisión de activos financieros(operaciones de financiación), y por otro las que tienden a canalizar la colocación de dichos fondos en los sectores de la economía que los demandan, mediante la concesión de préstamos o créditos (operaciones de inversión). Por la consideración contable de unas y otras, a las primeras se les llama también operaciones pasivas, y a las segundas operaciones activas.”

las cantidades entregadas⁹⁹. Estas operaciones significan la salida de capitales hacia las personas físicas o jurídicas que los necesitan con cargo a capitales que normalmente han recibido de otros clientes¹⁰⁰, dando lugar a operaciones de crédito o activas de donde se producirá el beneficio para la entidad bancaria.

Las segundas, las operaciones pasivas son aquéllas en las que los clientes conceden crédito al banco; representan la corriente de capitales que fluyen hacia las instituciones bancarias¹⁰¹. El sujeto o entidad que con el banco se relaciona, ostenta frente a éste un derecho de crédito para exigirle la restitución de los fondos depositados, en las condiciones que se hayan pactado previamente en el contrato¹⁰². Los capitales obtenidos a través de estas operaciones, constituyen el volumen principal de financiación de las entidades bancarias que permite a su vez canalizar los recursos ociosos para orientarlos a las distintas operaciones activas o de inversión¹⁰³. Constituyen la base de la economía de todas las instituciones de crédito modernas, que no podrían concebirse sin un amplio capital ajeno¹⁰⁴.

Junto a estas operaciones de intermediación están las denominadas neutras, aquéllas que no llevan consigo ninguna concesión de crédito. Tienen de común todas ellas, la no incorporación al patrimonio de las entidades

⁹⁹ AURIOLES MARTIN, Adolfo, "Aspectos....", *op. cit.* p. 436.

¹⁰⁰ En estas operaciones se puede considerar a los Créditos y préstamos en póliza. Apertura de créditos en cuenta corriente, créditos a tipo de interés variable, el descuento, inversiones en valores, etc.

¹⁰¹ Cuentas corrientes a la vista, cuentas de ahorro, imposiciones a plazo fijo, certificados de depósito, pagarés bancarios, redescuento etc.

¹⁰² *Vide* AURIOLES MARTIN Adolfo, *op. cit.*, p. 436.

¹⁰³ SANCHEZ CALERO, Fernando, "El Fondo de Garantía de Depósitos Bancarios", en RDBB, No. 1, 1981. Al respecto, el autor señala que "la captación de pasivo es una de las preocupaciones fundamentales de los bancos, ya que ese pasivo es la materia prima para poder conceder, a su vez créditos a sus clientes. Más todo negocio se sustenta en la esperanza de que los créditos que el banco recibe y cuyo importe puede disponer con frecuencia el cliente cuando quiera no sean reclamados por todos los depositantes en un momento determinado. Pues ello entrañaría la ruina del banco, que ha concedido créditos a un interés elevado, pero de los que no puede disponer en forma inmediata.", p. 16.

¹⁰⁴ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, *op. cit.*, p. 37. El autor distingue entre operaciones pasivas regulares e irregulares. Siendo las primeras las que representan el modo ordinario de obtención de capitales ajenos por las instituciones de crédito entre las que se encuentran los depósitos bancarios y la emisión de títulos mientras, que las irregulares consisten en procedimientos extraordinarios y anormales a los que acuden los bancos para obtener dinero en la bolsa o en el mercado libre como redescuentos y aceptaciones, préstamos a corto plazo con garantía y reportos.

bancarias derecho u obligación alguna, se concretan en operaciones de mediación en la medida en que la entidad no adopta una posición deudora o acreedora, por lo que no suponen inversión de fondos ni asunción de riesgo y no alteran la situación patrimonial de la entidad¹⁰⁵.

Hay un elemento que ha caracterizado los tipos de operaciones mencionados y es que son actos masivos jurídica y económicamente no individualizados. “Los bancos es cierto que practican diversas operaciones de crédito pero en definitiva, todas ellas se condensan en el siguiente esquema: recoger dinero, realizando operaciones pasivas y proporcionar dinero, mediante diversas operaciones activas, pero tanto para recoger dinero como para entregarlo realizan contratos en serie, actos en masa”¹⁰⁶. Operar en masa permite la aplicación de la ley, la eliminación del riesgo inherente a un acto individualmente considerado y la simplificación de su estructura jurídica a esquemas sencillos o esenciales.

La transparencia de las operaciones bancarias es un elemento a considerar para asegurar el correcto funcionamiento de la entidad, de tal manera que las operaciones realizadas puedan ser conocidas por los sujetos que de una u otra forma acuden a ella. Este elemento que puede hacer referencia a reglas sobre información y publicidad de las condiciones en que se efectúan las operaciones constituye uno de los pilares fundamentales para la mejor protección de los intereses de la clientela, así como de la libre competencia entre entidades¹⁰⁷.

En la normativa española, la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito que se ve complementada con algunas otras disposiciones, contiene habilitación expresa a favor del Ministerio de Economía y Hacienda para que con la finalidad de proteger los legítimos intereses de la

¹⁰⁵ LATORRE DIEZ Joaquín, *op. cit.*, p. 151.

¹⁰⁶ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, *op. cit.* p. 12.

¹⁰⁷ *Vide.* AURIOLES MARTIN, Adolfo, “Aspectos Generales.....”, *op. cit.* , p. 440.

clientela, establezca las obligaciones contractuales mínimas a las que habrán de ajustarse las partes contratantes, exija la comunicación a las autoridades monetarias de las condiciones básicas de las operaciones practicadas y regule determinados aspectos de la publicidad de las entidades de crédito¹⁰⁸.

1.2.1 Los depósitos como operaciones de intermediación en el crédito

No se pretende remover aún más la polémica a propósito de los orígenes y naturaleza de los depósitos bancarios, pues el tema ha sido analizado con gran profundidad e insistencia por la doctrina. Se intenta sin más, subrayar algunas cuestiones que nos ayuden para el estudio de la protección jurídica de los depósitos bancarios de dinero. Con esa base, entraremos primero a señalar algunas características del depósito típico y bancario en general, para después dedicar atención particular a los depósitos bancarios de dinero en particular.

Los contratos de depósito son objeto de una triple regulación en el Derecho español pues junto a la figura del depósito civil y mercantil se encuentra el depósito bancario, contemplado en el Código de Comercio dentro del régimen especial de las compañías de crédito, es decir mencionado como una operación profesionalmente realizada por sujetos comerciantes¹⁰⁹.

El depósito como contrato por el cual una persona que recibe una cosa mueble se obliga a custodiarla y a devolverla cuando le sea reclamada¹¹⁰,

¹⁰⁸ Cfr. Art. 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Esta disposición se complementa con el Servicio de Reclamaciones del Banco de España cuya tarea primordial es atender las reclamaciones que presenten los clientes de las entidades de crédito sobre actuaciones de éstas que contraríen los usos o buenas prácticas bancarias o contravengan las normas sobre disciplina, Orden del 12 de diciembre de 1989. Que junto a la Circular 8/1990, forman parte del catálogo normativo sobre la transparencia de las operaciones bancarias.

¹⁰⁹ Cfr. Art. 175 C.C., *Vide.* GARCIA PITA Y LASTRES, José Luis, "El depósito bancario de efectivo" en AA.VV, Contratos Bancarios & Parabancarios, Dir. Ubaldo Nieto Carol, Edit. Lex Nova, Valladolid, p. 929.

¹¹⁰ Cfr. Art. 1.758 y 1.766 C. c.; *Vide.* SERRERA CONTRERAS, Pedro Luis; "El contrato de Depósito Mercantil"; en JIMENEZ SANCHEZ, Guillermo J., *Derecho Mercantil*, Editorial Ariel ; Barcelona, 1995. Quien alude a la Sentencia de 10 de junio de 1987 del Tribunal Supremo que señala "la doctrina científica enseña que debe distinguirse el contrato de depósito propiamente dicho, que no tiene otra finalidad sino la guarda y custodia de bienes a disposición del depositante, de otros contratos en los que, entre otras prestaciones, se encuentra la del deber de custodia, pero cuya finalidad y naturaleza jurídica son diferentes (por

puede tener la calificación de mercantil cuando: “el depositario al menos sea comerciante; que los objetos que constituyan el depósito estén destinados al comercio o bien cuando el depósito constituya por si una operación mercantil o se haga como causa o a consecuencia de operaciones mercantiles”¹¹¹.

Entre las obligaciones del depositario se encuentra la de conservar la cosa según la reciba. Por lo que su labor consiste en custodiar la cosa de forma que no se deteriore, siendo responsable de los daños que la cosa depositada sufra por su culpa. Esta responsabilidad comprende tanto los daños que se generen por malicia o dolo y negligencia del depositario así como en caso de que deriven los daños del vicio o de la naturaleza, éste último no haya hecho lo necesario para evitarlos o remediarlos dando aviso de ellos además al depositante una vez que se hayan manifestado. Asimismo, el depositario se obliga a devolver la cosa cuando el depositante se la pida y con sus aumentos si la cosa los tuviere¹¹², poniéndose fin a la relación contractual cuando el depositario cumple con su obligación de devolver la cosa.

El depositante por su parte, salvo pacto expreso en contrario, está obligado a retribuir al depositario. La cuota de retribución se regulará por los usos de la plaza cuando no ha sido fijada por las partes¹¹³. El Código Civil

ejemplo, comisión, hospedaje, transporte) y cuyas circunstancias, en orden al incumplimiento, admiten matizaciones respecto del deber que corresponde al mero depositario. “, p. 351.

¹¹¹ Cfr. Art. 303 C. C.; Vide. SANCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho Mercantil*,; Tomo II, Decimonovena Edición, Edit. RDP, Madrid, 1996. para el auctor “no parece que sea necesario que concurren los tres requisitos apuntados por el artículo 303, en primer lugar, porque si el depósito constituye por sí una operación mercantil como dice el número 3 del artículo transcrito(que el depósito constituya por si una operación mercantil o se haga como causa o a consecuencia de operaciones mercantiles)-ha de entenderse que nos hallamos ante un depósito mercantil y, en segundo término, porque el artículo 310 del C.C., alterando el alcance de su precedente en el Código de 1829, indica que cuando el depositario sea un empresario (banco, almacenes generales de depósito, sociedades de crédito o en otras cualesquiera compañías) se aplicará, en primer lugar, los estatutos de las mismas, en segundo término, las prescripciones del Código de comercio y por último las reglas de Derecho común”. p. 287; Se coincide con el autor pues si bien el contrato de depósito tiene carácter mercantil. En el caso del tercer requisito queda en cierta medida alterado con el art. 310 del C.C. ya que si se atiende a su contenido y se recurre a las disposiciones bancarias se notara que estas le dan al contrato de depósito la calificación de “depósito bancario” y no de depósito mercantil. Sin embargo considero que siendo la actividad bancaria llevada a cabo entre sujetos comerciantes y celebrando actos de comercio como el propio C. C. establece, que los contratos que se celebran en el desarrollo de las actividades profesionales de estas instituciones, tendrán carácter mercantil aunque sean calificados como depósitos bancarios por ser una especialidad de aquellos.

¹¹² Cfr. Art. 306 del C. C.

¹¹³ Cfr. Art. 304 del C. C.; Vide. SANCHEZ CALERO, Fernando, *op. cit.* “El hecho de considerarse que la actividad del depositario es de carácter profesional hace presumir al Código de comercio frente a la norma

establece que “el depositario puede retener en prenda la cosa depositada hasta el completo pago de lo que se le deba por razón del depósito”¹¹⁴. Por su parte, el Código de Comercio no menciona el derecho de retención del depositario como garantía del pago a cargo del depositante de la remuneración del depósito y de las cantidades que deba pagar por gastos y perjuicios de custodia de la cosa, pero si se considera el carácter supletorio del Derecho civil en los contratos mercantiles, entre las obligaciones del depositante se encontrará la de abonar al depositario los gastos que se hubieran generado por la conservación de la cosa y la del pago de los perjuicios que su custodia hubiere ocasionado. Obligación que será válida aún cuando el depósito se haya pactado con carácter gratuito¹¹⁵.

“El contrato de depósito bancario es aquel por el cual la banca recibe dinero que integra en su patrimonio y aplica por cuenta propia a la concesión de crédito, con obligación de reembolso en el término pactado”¹¹⁶.

Los elementos de este contrato se pueden extraer de la noción legal de entidad de crédito que establece el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de donde se deduce que esta figura es una forma de recepción de fondos reembolsables del público que la banca aplica a la concesión de créditos, teniendo la obligación de restituirlos cuando el cliente se lo pida.

contraria contenida en el Código civil (art. 1760), que el depósito es oneroso y que el depositante ha de pagar la cantidad que se haya establecido. Los depositarios suelen tener establecidas tarifas que fijan las cantidades a percibir por el depósito que dependen, tanto de la naturaleza de la prestación que el depositario ha de realizar como del peso o del volumen de la cosa depositada y del tiempo que ha de durar el depósito.” p. 290.

¹¹⁴ Art. 1. 780 C. c. ; *Vide. o.c.*, “Aún cuando este precepto hable de prenda, buena parte de la doctrina entiende que no estamos ante un verdadero derecho de prenda y, por consiguiente, ante un derecho real, sino ante un derecho de carácter personal que se concreta en la facultad que goza el depositario frente al depositante de retener la posesión de la cosa dada en depósito que es oponible frente al depositante, aun cuando sea propietario de la cosa, pero no ante terceros”. p. 291.

¹¹⁵ *Vide. Art. 1.779 C. c.; Vide. op. cit.*, “Si el contrato como es normal es oneroso ha de entenderse que los gastos de conservación que ha tenido el depositario con motivo del depósito están incluidos dentro de la remuneración que el depositante se ha obligado a pagar, salvo que se trate de gastos imprevistos que puedan calificarse como extraordinarios. Con relación a los perjuicios que el depósito haya podido ocasionar al depositario, ha de entenderse que el depositante estará obligado a abonarlos al depositario cuando tales perjuicios deriven de su culpa o cuando se trate de perjuicios cuya cobertura pueda presumirse que no está incluida dentro de la remuneración pagada por el depositante.” p. 291.

¹¹⁶ ZUNZUNEGUI, Fernando; *Derecho delop. cit.*, p. 394.

El contrato de depósito bancario viene a ser una especialidad del contrato de depósito mercantil “se caracteriza por formar parte de una serie de operaciones realizadas en masa y profesionalmente, por determinadas entidades que de esta figura han sacado el nombre de entidades de depósito”¹¹⁷. Se ha sostenido que el hecho de que se celebre por la entidad bancaria no le da al contrato de depósito una especial naturaleza, siendo aplicables para este tipo de contrato las características generales del depósito mercantil¹¹⁸. Dicho en otros términos, el calificar un contrato de depósito como bancario no entraña alteración de su régimen o naturaleza jurídica¹¹⁹.

En cuanto al carácter oneroso de los contratos de depósito mercantil, es posible identificarlo en los contratos de depósito bancarios. En efecto, entre las obligaciones que adquiere el banco con estas operaciones, se encuentra la de contar con los recursos suficientes para poder cumplir los compromisos de reembolso que le impone el depósito¹²⁰. Dicha obligación de liquidez queda garantizada por el cumplimiento del coeficiente de caja que fija la Administración financiera para las entidades de depósito. Así también, el banco tiene el deber de devolver total o parcialmente los fondos que le han sido depositados a petición del cliente y de acuerdo con la modalidad de depósito que se haya constituido. Debiendo asimismo, abonar los intereses

¹¹⁷ NUÑEZ LAGOS, Francisco, *Contratos Bancarios*, Centro de Formación del Banco de España, Madrid, 1996, p. 126; *Vide.* BONET SANCHEZ, *op. cit.*, p. 256 El autor, basándose en artículo 303 y ss del C. C señala que será depósito bancario aquel en que la parte tenga naturaleza de Entidad de Crédito. p. 256 . Son sujetos de contratación bancaria no solo los bancos sino una Caja de Ahorros o cualquier otra entidad de crédito si nos ceñimos a la definición de Entidad de Crédito dada por la LIDEC.

¹¹⁸ URÍA Rodrigo, *Derecho Mercantil*, Vigésimo Primera Edición, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 816; *Vide.* BONET SANCHEZ, *op. cit.*, este autor señala que “el objeto posible de los contratos de depósito bancario es el mismo que el de cualquiera de los posibles objetos de todo depósito mercantil, esto es conforme a los Arts. 307 y 308 del C.C.” p. 256.

¹¹⁹ AA.VV., *Curso de Derecho Privado*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p. 520; *V.* también VALENZUELA GARACH, Fernando, “Los Depósitos...”, *op. cit.* El autor considera que “cuando el depósito es bancario no se separa en su concepto general del concepto del contrato de depósito mercantil. Pues una cosa es la capacidad de autonormación reconocida a las entidades bancarias por el art. 310 del C de c. español y otra bien diferente sería el que la simple presencia de un banco como sujeto de una relación contractual en realidad le atribuya una especial naturaleza o carácter”, p. 445; *V.* GARCIA PITA Y LASTRES, José Luis, *op. cit.*, “La inserción del depósito bancario en la empresa bancaria, no sólo lo convierte en contrato bancario sino que permite atribuirle la calificación de mercantil, al tiempo que le depara ciertas transformaciones en su régimen jurídico que lo convierten en un contrato especial, incluso por referencia a los depósitos irregulares mercantiles.” p. 930.

¹²⁰ *Vide.* Art. 180 C. C.

pactados¹²¹. Por su parte, el depositante tiene la obligación de abonar al banco los derechos de custodia establecidos en la correspondiente tarifa¹²².

El depósito bancario adquiere diversas formas de acuerdo a los distintos fines de la operación que se realice, los cuales como ya señalamos no siempre se limitan al simple propósito de custodia del depósito en sentido estricto.

Desde el punto de vista jurídico quizá la clasificación más recurrida sea la que distingue los depósitos bancarios regulares de los irregulares. Entendiendo los regulares como aquellos en los que el banco se obliga a la custodia y restitución de la misma cosa de que se hace entrega por el depositante en tanto que los irregulares, son aquellos en los que el banco depositario sólo restituye otro tanto igual de las cosas o valores recibidos del depositante¹²³. Ambos tipos de depósitos pueden ser de dinero o de títulos valor. Es posible afirmar que son los depósitos irregulares los que han ido adquiriendo mayor significación para los bancos aunque no están reconocidos en el ordenamiento español.

La clasificación que se basa en la atribución o no al depositario de la disponibilidad o uso de la cosa depositada distingue al depósito de custodia y de uso. En el primero el banco se compromete a devolver específicamente la misma cosa objeto del depósito, sin haber hecho uso alguno de ella; son depósitos bancarios regulares donde el banco no puede usar ni disponer de las cosas depositadas.

En esta clasificación, encontramos al depósito que tiene por objeto valores representados en forma de títulos en los que el banco actúa como depositario por cuenta de sus titulares. Se suele denominar “depósito

¹²¹ CANO RICO, José Ramón, *Manual Práctico de Contratación Mercantil*, Tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 1985, p. 27.

¹²² V. Esta obligación fue aprobada desde el Art. 35 del RBE. del 28 de marzo de 1948.

¹²³ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, *op. cit.* p. 40.

transmisible de valores o depósito de efectos de custodia”¹²⁴, donde la administración de los títulos es una obligación accesoria a la custodia y no deriva de una relación distinta del depósito. Estos depósitos se formalizan en documentos o resguardos talonarios, en los que el banco declara haber recibido en depósito constituido a favor del depositante nominalmente designado, los títulos que se especifican y detallan en su correspondiente numeración. Los bancos suelen reservarse el derecho de poner término al depósito en cualquier momento entregando los títulos al tenedor legítimo del resguardo o consignándolos judicialmente por cuenta de los beneficiarios¹²⁵.

En el depósito de valores o de efectos, el banco adquiere además de la custodia, la obligación de administrarlos. En este caso se habla de un traslado de dominio por el depositante a la persona que éste autoriza para retirar los bienes depositados¹²⁶.

Los depósitos de custodia que se constituyen en paquetes o cajas cerrados o lacrados, son cada vez más infrecuentes en la práctica bancaria debido al servicio de cajas de seguridad que también prestan los bancos. Con estos depósitos el depositante persigue principalmente una finalidad de custodia, prestación esencial del contrato de depósito común¹²⁷.

En relación a los depósitos de uso, una característica común de los distintos depósitos de éste tipo además del desdibujamiento de la obligación de custodia, consiste en que a través de estas operaciones el depositante otorga crédito al banco depositario mediante la entrega que le hace de una cantidad de dinero adquiriendo la propiedad y disposición de la misma contra

¹²⁴ URÍA, Rodrigo, *op. cit.* p. 818. “Donde el banco se obliga entre otras cosas a custodiar y administrar los valores depositados. Comprometiéndose a cobrar los intereses devengados por los títulos así como a practicar los actos que sean necesarios para que los efectos depositados conserven el valor y derechos que les correspondan conforme a las disposiciones legales”; V. también, VALENZUELA GARACH, Fernando, *op. cit.*, p. 445. “Este depósito supone en consecuencia un contrato de depósito de títulos- valores que aparece cualificado por la administración de los mismos, sin que esta administración implique que el banco depositario pueda usar o disponer de lo depositado para sus propios fines.”

¹²⁵ *Vide.* URÍA, Rodrigo, *op. cit.*, p. 819.

¹²⁶ MARTINEZ VAL, José Ma., *Derecho Mercantil*, Editorial Bosch, Barcelona, 1979, p. 512.

¹²⁷ Por lo que le podrían ser aplicables los artículos 303 y siguientes del C.C.

el pago de intereses¹²⁸. El banco hace uso libremente de la cosa depositada con la condición de devolver en su momento un *tantumdem*¹²⁹; siendo el ejemplo típico el depósito irregular de dinero¹³⁰.

Otra clasificación distingue los depósitos bancarios cerrados y abiertos¹³¹. El depósito bancario cerrado consiste en la entrega que hace un cliente a su banco de una cosa de valor subjetivo u objetivo que estará contenida en caja o saco precintado o en sobre o pliego cerrado y sellado para su custodia comprometiéndose el banco a devolverla en la misma forma, cantidad, especie y condiciones en que la recibió¹³². El banco debe responder por la pérdida o deterioro de lo depositado¹³³. La restitución del depósito requiere la devolución indispensable por parte del depositante, del resguardo que en la formalización del contrato le fue entregada por el banco, con la leyenda “recibí del cliente”¹³⁴. En este tipo de depósitos “podemos comprobar la evolución del concepto del depósito desde el Derecho romano, en el que la obligación fundamental era la de restituir la cosa depositada, hasta el Derecho moderno, donde se destaca la obligación de custodia como obligación activa de un contrato que se califica precisamente a través de esta obligación”¹³⁵.

¹²⁸ AA.VV., *Curso de Derecho Privado*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p. 529.

¹²⁹ URÍA, Rodrigo *op. cit.*, según el autor, “quizá en el depósito bancario de uso esté más presente que en los demás depósitos la finalidad de custodia, pues, por amplias que sean las facultades de disposición del Banco, el deber de custodia se trasluce vivo y presente a través de la inexcusable necesidad de administrar su propio patrimonio, en forma que los depositantes puedan en todo momento disponer del *tantumdem*.” Agrega el autor que “La necesidad de asegurar esa disponibilidad (liquidez) en función del deber de custodia, para responder así a la confianza depositada por el cliente en la solvencia del Banco, unida a las medidas legales de defensa del ahorro, atribuyen al depósito de uso bancario una fisonomía peculiar que las distancia del préstamo de mutuo”. p. 816

¹³⁰ Vide. VALENZUELA GARACH, Fernando, *op. cit.*, p. 445.

¹³¹ Para una referencia histórica sobre esta clasificación de depósitos, v. GARRIGUES, Joaquín, *op. cit.*, pp. 394 y ss.

¹³² Este tipo de depósitos pueden consistir en alhajas, metales preciosos, recuerdos personales que estarán contenidas en cajas o sacos precintados o en sobres y o pliegos cerrados y sellados. *Cfr.* Art. 7 Estatutos del Banco de España aprobados por Decreto de 24 de julio de 1947 (EBE).

¹³³ Los Artículos 306 y 307 del C. C. y 8 EBE, *cit.*, Hacen referencia a que el banco sólo estará en posibilidad de liberarse de la responsabilidad por pérdida o deterioro en aquellos supuestos en los que pruebe que la pérdida o deterioro se produjo por causa de fuerza mayor o caso fortuito insuperable. Para el pago de una eventual indemnización, se establecerá en la factura de entrega con la que se formaliza el contrato, el valor fijado al contenido del depósito, debiendo ser firmada por el depositante y previo aseguramiento de su licitud por parte del banco depositario.

¹³⁴ Vide. Art. 9 del EBE, *cit.*, y nos referimos también a los Arts. 33- 35 y 38- 40 del Reglamento del Banco de España aprobados por Orden del 23 de marzo de 1948 (RBE). Cabe señalar que por resolución de 14 de Noviembre de 1996 se establece el nuevo Reglamento Interno del Banco de España.

¹³⁵ GARRIGUES, Joaquín, *op. cit.*, p. 399.

En el depósito cerrado se respeta en su totalidad la obligación de custodia que asume el banco mientras que en el depósito abierto, la obligación de custodia se ve interferida por su concurrencia con la obligación adicional de una concreta administración o gestión de lo depositado.

Hemos comentado ya que el depósito bancario tiene una importancia trascendental en el desarrollo de la actividad profesional de las instituciones bancarias. También se ha señalado que estas operaciones no tienen por objeto sólo dinero. En este trabajo se pretende enfocar el estudio de la protección de aquellos depósitos bancarios que tienen por objeto dinero y forman parte de los depósitos denominados de uso o abiertos.

1.2.2 Importancia y significación económica del depósito de dinero en la actividad bancaria

Hasta aquí hemos tratado de establecer el marco general sobre el cual se desarrolla la actividad profesional bancaria, lo que nos sirve para sentar las bases para el estudio de los depósitos de dinero en los bancos, cuya protección es el interés de éste trabajo.

Adentrarse en el estudio de los depósitos en la banca y su significación económica, nos conduce ineludiblemente a hacer referencia al dinero, al ser éste elemento el motivo del tráfico bancario. En efecto, en la práctica bancaria las operaciones suelen tener por objeto prestaciones conectadas directa o indirectamente con el dinero salvo contadas excepciones¹³⁶. Así pues, cuando nos referimos a la protección de los depósitos de efectivo hacemos alusión a la que recae sobre las sumas dinerarias depositadas en esas instituciones.

¹³⁶ Como es el caso de los contratos de alquiler de cajas de seguridad.

El dinero puede ser descrito tomando como base sus funciones. “Por un lado, es una medida de la riqueza patrimonial de los operadores económico - jurídicos; por otro lado es un instrumento de cambio, en cuanto permite la viabilidad de las transmisiones de elementos patrimoniales mediante su facultad solutoria de deudas¹³⁷ .

En la mayoría de los casos el dinero no pasa de ser una anotación en una cuenta de un banco, algo ideal y simbólico, una conversión: unidad de medida y valor de los demás bienes y cosas “*un bien jurídicamente concebido como una unidad ideal, cuya capacidad de sustitución no viene determinada por un criterio cualitativo, como sucede en las demás cosas o bienes fungibles, sino que dicha potencia de sustitución es la más absoluta al serlo de todas las demás cosas, bienes y servicios*”¹³⁸ .

Históricamente la propiedad fue el centro de la economía y en buena medida el punto de referencia del Derecho patrimonial¹³⁹ . Tradicionalmente el dinero se colocaba junto a los demás bienes y cosas como objeto de la propiedad, con implícita consideración de un bien material tangible, corporal de una mercancía. Sobre el dinero se ostentaba una propiedad, eje de referencia básico y central en la dogmática clásica de los derechos reales¹⁴⁰ .

“Cuando una persona posee una cantidad de dinero ostenta un derecho de propiedad cuyo objeto está formado por cosas muebles corporales; un derecho real, más fuerte que un simple derecho de crédito y sobre todo más directo e inmediato, pues no requiere de la colaboración de otro sujeto para procurar el goce económico de su titular. Pero el riesgo económico y jurídico de la pérdida o destrucción de esas cosas muebles corporales lo soporta íntegramente el propietario”¹⁴¹ .

¹³⁷ Vide BONET SANCHEZ, José Ignacio, *op. cit.*, p. 20.

¹³⁸ CORREA *cit. post.*, *ibidem*.

¹³⁹ *Ibid.* p. 20.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 18.

¹⁴¹ GARCIA PITA Y LASTRES, José Luis, “El Depósito Bancario de Efectivo”, en AA.VV, *Contratos Bancarios y Parabancarios*, Dir. por Ubaldo Nieto Carol, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1998, p. 896 y ss.

Actualmente ya no es posible interpretar el dinero junto a los demás bienes económicos partiendo de la propiedad, sólo puede interpretarse la propiedad partiendo del dinero.¹⁴² Porque hoy en día este es el lenguaje de la economía, es el símbolo que representa dado su carácter homogéneo y abstracto el valor patrimonial¹⁴³.

En relación a sus características propias, el ser medio de cambio¹⁴⁴ constituye la nota esencial del dinero en sentido económico; estrechamente ligada a esta función está la de ser medida general del valor de las cosas que no son dinero y es un medio de pago y por tanto desde el punto de vista jurídico medio de extinción de las obligaciones¹⁴⁵.

Desde el punto de vista jurídico también se ha señalado que el dinero es una cosa corporal mueble¹⁴⁶, fungible¹⁴⁷, esencialmente consumible, aunque su consumibilidad no se traduce en la destrucción física o material del objeto, sino en gasto, su uso natural consiste en gastarlo. El consumo del dinero lleva consigo su enajenación, su traslado a un patrimonio diferente¹⁴⁸. Se diferencia de las otras cosas fungibles porque no se determina por unidades corpóreas o masas materiales sino que se da y se recibe atendiendo solamente a su relación con una determinada unidad¹⁴⁹.

El principio nominalista del dinero, significa que el acreedor ha de aceptar el pago en dinero no por su valor real, sino por su valor nominal lo que

¹⁴² LUHMANN, *cit. post.*, FINEZ, *op. cit.* p. 18.

¹⁴³ *Ibidem.*, p. 20.

¹⁴⁴ SNAPP, *cit. post.*, GARRIGUES, Joaquín, *Contratos Bancarios*; 2a Edición; Madrid, 1975. Quien dice que el dinero no es un bien de cambio que tenga valor por si mismo, sino un medio de cambio, por cuanto es medio estatal de pago. p. 65.

¹⁴⁵ *Vide. o.c.*, “ Para ser mas exactos tendríamos que decir que el dinero es medio de pago de las obligaciones que originariamente o por transformación de su contenido originario tienden a la atribución de un poder patrimonial de adquisición. Gierke decía que el dinero se ha convertido en un medio general de sustitución de los demás bienes. Pero esto es cosa distinta de la pretendida caracterización del dinero como medio general de pago,” p. 63.

¹⁴⁶ Por lo tanto está sometida a las reglas sobre la posesión de esta clase de cosas y le es aplicable el Art. 464 del C. c. cuando no es aplicable el 86 del C. C., *o.c.*, p. 68.

¹⁴⁷ *Cfr.* Art. 1.740 del C. c. que dice “dinero u otra cosa fungible”.

¹⁴⁸ FINEZ RATON, José Manuel, *Garantías sobre cuentas y depósitos bancarios. La prenda de créditos*, Bosch Editor, Barcelona, 1994, p. 18.

¹⁴⁹ GARRIGUES, Joaquín, *op. cit.*, pp. 69, 70.

permite al deudor liberarse de su deuda pagando una suma numéricamente igual a la que le fue entregada, aunque económicamente su valor sea inferior¹⁵⁰. No es sino una solución por la cual el deudor del dinero no soporta el riesgo de depreciación del mismo, cumple su obligación pagando la suma que debe aunque dicha suma valga menos al vencimiento del contrato.

Dadas las características económicas y jurídicas del dinero, no sorprende que constituya el principal instrumento de acumulación de riqueza. Salvo algunas excepciones, el dinero es el objeto de los contratos bancarios. Este “se da y se recibe por los bancos no en atención a sus cualidades físicas, ni a sus notas específicas, ni tampoco en atención a sus notas genéricas, sino exclusivamente en consideración a la suma de unidades dinerarias que son objeto de la entrega y de la recepción”¹⁵¹.

La figura del depósito de dinero aparece ligada a la actividad bancaria desde sus orígenes, pero en la época contemporánea ésta ha adquirido un volumen y una dimensión tales que la trascendencia de esta operación ha acabado por desbordar la mera relación entre el banco y su cliente, pasando a afectar a los diversos sectores de la economía y sociedad¹⁵².

¹⁵⁰ *Vide. o.c.*, p. 76. El autor destaca la clasificación del dinero y su trascendencia en el Derecho bancario. “Desde el punto de vista de la materia del dinero, puede ser dinero metálico y dinero fiduciario. En el primero el valor intrínseco corresponde al valor legal de la materia que lo integra en el segundo la materia que lo integra no tiene valor intrínseco. Como el billete de Banco cuando es dinero estatal y no sólo un título al portador. También puede ser dinero fiduciario la moneda metálica cuando su valor intrínseco es inferior al nominal como ocurre generalmente con la moneda de plata..... Desde el punto de vista de la convertibilidad, el dinero puede ser convertible o definitivo, según que el tenedor pueda o no exigir el pago en otro dinero del establecimiento emisor. Cuando se realiza un pago en dinero definitivo el negocio queda totalmente concluido. Cuando se paga en dinero provisional, el que lo recibe no puede reclamar nada del pagador, pero tiene un derecho contra el establecimiento emisor para convertir el dinero recibido en dinero definitivo. Otra clasificación aquella que distingue entre dinero corriente y dinero bancario. Parte esta clasificación de la consideración del dinero como medio de pago y recoge la práctica de que los particulares tienen por costumbre depositar su dinero en los bancos y utilizar luego como dinero los mandatos de pago que expiden contra el Banco depositario.....” p. 85.

¹⁵¹ *Vide. o. c.*, “El principio nominalista que consagra el artículo 312 del Código de comercio se extiende a todos los casos en los que el dinero es objeto de un contrato bancario, salvo el caso de que se trate de un depósito cerrado de dinero.” p. 83; *V.* Art. 7 y 8 de los Estatutos del Banco de España.

¹⁵² VALENZUELA GARACH, Fernando, “Los Depósitos”, *op. cit.* “No es tan sólo la banca quien obtiene beneficios de los depósitos, pues también los depositantes logran con ellos una rentabilidad y una seguridad, así como una ordenada gestión de su tesorería. Incluso el propio Estado puede ver favorecida su política económica por la concentración de depósitos, facilitándose de esta manera el logro de objetivos como el de fortalecer la moneda, corregir el índice de inflación o ampliar los coeficientes de inversión a que está obligada la banca privada”. p. 444 y ss.

El depósito de efectivo que forma parte de las operaciones pasivas de los bancos, adquiere gran relevancia en la actividad de estas instituciones crediticias al realizar la canalización del ahorro hacia una inversión productiva. Se trata de la más importante de todas las operaciones, la que constituye el fundamento de la actividad de los establecimientos bancarios, la que justifica la existencia de una notable intervención pública y la existencia de una regulación especial sobre ellos.

Con frecuencia se plantea entre los estudiosos del Derecho y Economía los motivos que llevan a los clientes bancarios a depositar su dinero en esas entidades. Para algunos, la razón se basa en la intención de obtener un rápido y seguro servicio de caja para evitarse gastos y las molestias y dificultades que implican las operaciones de pago y cobro que les permita tener dinero disponible en todo momento, de tal manera que estén en posibilidad de hacer pagos a favor de terceros. Para otros la razón se basa en el ánimo de obtener la tranquilidad y seguridad que les da otorgar la guarda y custodia de su dinero a un tercero que tiene los recursos y capacidad para hacerlo¹⁵³.

Se aducen algunas otras razones como el interés del depositante de cubrir el intervalo que media entre la fecha en que recibe sus ingresos personales y aquella en que los gasta, o la que consiste en efectuar el depósito de dinero con objeto de invertir los ahorros, es decir como inversión de capital¹⁵⁴. La intención de separar del patrimonio normalmente manejado una parte del mismo, que se considera innecesaria de momento, con el deseo de construir un fondo de previsión para futuras y eventuales necesidades o previas y aplazadas por una u otra circunstancia; igualmente se trata de evitar las dificultades o inconvenientes de un manejo de fondos, en metálico o en billetes y para ello se quieren utilizar las ventajas que ciertos servicios bancarios ofrecen. Todos estos motivos permiten afirmar que

¹⁵³ GARRIGUES, Joaquín, *op. cit.*, p. 355.

¹⁵⁴ KEYNES, *cit. post., o.c.*, p. 357 Llama a los primeros *incom-deposits*; a los segundos *Businessdeposits* y a los terceros *Savings-deposits*. Esta misma clasificación alude GARCIA PITA Y LASTRES, José Luis, "El depósito Bancario....", *op. cit.*, p. 914.

actualmente, la intención de las partes no tiene como única finalidad la custodia de las sumas depositadas, como lo pudo haber sido en los inicios de la actividad bancaria.

Siendo el depósito de efectivo una operación que provee a los bancos de los fondos que le son indispensables para el desarrollo de su actividad, es grande el interés su interés por recibir dinero de sus clientes, pues ningún banco podría cumplir su misión de mediar en el crédito, si no cuenta con los recursos dinerarios provenientes de los depósitos en sus distintas modalidades y que son los que le permitirán obtener su beneficio.

El ahorro privado o el generado por las instituciones o empresas del Estado, desde el punto de vista jurídico, para efectos de las relaciones legales, se encuentra dentro del campo del Derecho privado. Desde el punto de vista económico, tiene características de bien público o sea perteneciente a la sociedad en su conjunto¹⁵⁵. En el aspecto social, el hecho de dar protección a los depositantes ahorradores tiene gran significación. Pues la persona que ha acumulado previsiblemente cierta cantidad de dinero, fruto a menudo de abstinencia y sacrificios merece gozar de cierta tutela. Por otra parte, en relación a la salvaguarda de la capacidad de pago de la comunidad, la utilización extensiva del depósito como medio de pago, ha ido convirtiendo a los bancos en organismos de gran trascendencia en el desenvolvimiento económico ya que la mayor parte de las transacciones son dadas en estas operaciones¹⁵⁶.

¹⁵⁵ DEL RIO CHAVEZ, Luis, "Estructura y autonomía de los organismos de supervisión", Ponencia de la Superintendencia de Bancos de Bolivia, *Novena Asamblea de la Comisión de Organismos de Supervisión y Fiscalización Bancaria de América Latina y el Caribe*, CEMLA, México, 1993. p. 74; V. MONEDERO GIL, Francisco J., "Una lección del Derecho Europeo: La protección del ahorro", *REFC*, Vol. IX. N°. 33, 1980. Donde señala el autor que "es evidente que en el sistema jurídico económico de los países occidentales, el ahorro es el producto del trabajo, el resultado del sacrificio personal de ahorrador, constituyendo dicho ahorro un instrumento de creación de riqueza. El ahorro es fundamental para comprender el proceso de la formación del capital. En un país de libre economía de mercado no es concebible el ahorro forzoso pero si es posible el estímulo al mismo." p. 624.

¹⁵⁶ LASI, Juan, *El Seguro sobre los depósitos bancarios posibilidades de su aplicación en Venezuela*; Publicación auspiciada por el Banco Central de Venezuela, Caracas, 1961. p. 20.

Es obligación del Estado proteger los bienes tanto públicos y privados como base fundamental para el mantenimiento de una sociedad armónica; el depósito que hace una persona de su ahorro en una entidad bancaria, si bien es cierto que es un acto individual regulado por el Derecho privado en su vínculo bilateral privado, desde el punto de vista económico, constituye un acto basado en la confianza puesta en el Estado, porque la entidad elegida está garantizada en su solvencia por la vigilancia que sobre ella ejerce éste último.

Desde el punto de vista económico y con amplia trascendencia jurídica, el problema más importante para las instituciones de crédito, consiste en garantizar la posibilidad de restituir a sus depositantes, el importe de los capitales recibidos mediante operaciones pasivas, que representan gran parte, del ahorro nacional en cualquier país.

La protección de esos depósitos no resulta ser una simple medida aconsejada por la tutela de los intereses privados para la defensa del capital de los depositantes, sino una exigencia de la economía nacional. De ahí que hable de una tutela preventiva encaminada a conseguir una gestión tal de los fondos del banco que evite la aparición de crisis y pánicos bancarios y de una tutela posterior encaminada a garantizar el reembolso de los depósitos cuando tales fenómenos se presenten¹⁵⁷.

1.2.3 Características de los depósitos bancarios de dinero

1.2.3.1 Concepto

Han sido numerosas las definiciones expresadas en torno a esta figura. *“Por el depósito, el banco recibe del cliente una suma de dinero, de la*

¹⁵⁷ GARRIGUES, Joaquín, *op. cit.*, p. 385. Se refiere a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1966 que recoge de manera clara la función de los depósitos en la actividad bancaria al establecer que “la existencia en poder de los Bancos de sumas líquidas depositadas... permite que la actividad bancaria se desenvuelva y desarrolle en una serie de operaciones regidas por normas jurídicas contractuales susceptibles de llenar las más diversas y variadas necesidades, especialmente en lo que se refiere al crédito...”.

*que puede disponer, pero que ha de custodiar y restituir en la forma pactada*¹⁵⁸. “En virtud de esta clase de depósito, el cliente depositante entrega al banco una determinada suma de dinero cuya propiedad adquiere y de la que por tanto puede disponer, pero que en todo caso ha de custodiar, con el compromiso de devolver una suma igual a la recibida en la moneda, tiempo y forma convenida. En ausencia de pacto que fije el plazo para la devolución, ésta se hará cuando el depositante lo pida”¹⁵⁹.

En la definición anterior se distinguen algunos elementos importantes: el dinero que entrega el cliente a la entidad bancaria; dinero del que puede disponer ésta y su obligación de restituir la cantidad en la forma pactada.

Con el contrato de depósito bancario de efectivo “*las entidades de crédito reciben del público fondos reembolsables cuya disponibilidad a la vista o a plazo fijo adquieren, con objeto de insertar tales fondos en la actividad de intermediación crediticia indirecta, para financiar la realización de operaciones activas y otras inversiones, obligándose a desarrollar las medidas pertinentes para mantener unos niveles de liquidez y rentabilidad análogos a los de la suma dineraria depositada, o a los pactados en el contrato, debiendo garantizar su reembolso merced a la adopción de medidas de gestión financiera prudente*”¹⁶⁰.

Cabe decir que la entidad bancaria no se compromete a mantener niveles mínimos de recursos, ésta es una obligación que no deriva del contrato bancario sino de la que le impone la autoridad financiera como medida para garantizar la estabilidad de los establecimientos bancarios.

¹⁵⁸ Vide. SANCHEZ CALERO, Fernando, *op. cit.* “El dinero entregado por el cliente al banco pasa a ser propiedad de éste, que se obliga a devolver otro tanto cuando el depositante lo pida, salvo que se haya pactado un plazo para la devolución. El cliente tiene un derecho de crédito frente al banco, el cual le faculta a exigir la restitución de los fondos dinerarios que entregó en las condiciones que se pactaron”. p. 351.

¹⁵⁹ VALENZUELA GARACH, Fernando, *op. cit.*, p. 446.

¹⁶⁰ GARCIA PITA Y LASTRES, José Luis, *op. cit.*, p. 912. Sobre el mismo tema v. *idem* “Los Depósitos Bancarios de Dinero y su Documentación”, RDBB, Nº. 52, Oct.- Dic., 1993.

El depósito bancario de dinero es un contrato real lo que quiere decir que se perfecciona mediante la entrega del dinero al banco¹⁶¹. “Todo pacto relativo a un depósito que no se proponga la previa entrega de los recursos será un pacto preparatorio de depósito, pero no un depósito”¹⁶². Entregada la cantidad nacen obligaciones para el banco como la de restituir el dinero que le ha sido entregado y la de abonar los intereses.

Mientras que sobre el depositante no pesa obligación alguna ni siquiera la de reembolsar al banco los gastos derivados de la conservación de la cosa depositada, esto hace que se diferencie del depósito común.

Lo singular de los depósitos bancarios, llega a ser el hecho de que se transmita la propiedad de las sumas depositadas al banco que le permite la disposición de las mismas, la cual no es enteramente libre ya que si bien tiene un amplio margen de actuación para disponer de los recursos que le son depositados, tiene la obligación impuesta por la autoridad financiera de efectuar esa utilización con prudencia. De ahí que se vea sometida a numerosos controles por parte de la autoridad Estatal, percibiéndose así la existencia de un límite al derecho de propiedad¹⁶³.

El banco a través de la operación pasiva de recibir depósitos de dinero consigue disponer de los recursos que le permiten realizar sus operaciones y llevar a cabo su actividad profesional, lo que justifica el pago de intereses a los depositantes; mientras que estos se aseguran de la custodia de sus fondos obteniendo una rentabilidad que va en aumento de acuerdo con el grado de inmovilización del dinero depositado.

¹⁶¹ El Art. 305 del C.C. , concibe los depósitos mercantiles como contratos reales es decir quedan constituidos mediante la entrega al depositario de la cosa que constituya su objeto.

¹⁶² GARRIGUES, Joaquín, *op. cit.*, p. 374.

¹⁶³ *Cfr.* Art. 348, párr. 1o. C. c.: la propiedad “es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”. En el caso que nos ocupa, las diversas leyes que definen la estructura de las entidades bancarias, la regulación sobre coeficientes de liquidez, supervisión bancaria, riesgo bancario entre otras marcan los límites de las facultades dispositivas que tienen las entidades de crédito sobre las sumas en ellas depositadas.

La obtención de intereses como remuneración por el depósito es contrario al depósito común regular y de estricta custodia en que el depositario presta un servicio eventualmente remunerado, de modo que mientras en esta figura es el depositante quien paga al depositario una remuneración por el depósito, en el depósito bancario de efectivo parece que es el depositante quien recibe una remuneración.

Así pues, en los depósitos bancarios de dinero encontramos un elemento característico que consiste en la entrega que el cliente hace al banco de una suma determinada de dinero comprometiéndose éste último a la restitución de la misma.

La celebración del contrato de depósito bancario de dinero tiene un doble efecto. Por una parte el dinero depositado pasa a ser propiedad del banco y por otra, surge un derecho de crédito a favor del cliente por una suma igual a la depositada¹⁶⁴. De esta forma, “mientras en el depósito común, el depositante conserva la propiedad o cualquier derecho que tuviera sobre la cosa, en el depósito bancario de dinero comporta la adquisición del *dominium* sobre las monedas depositadas por parte de la entidad de crédito depositaria, perdiéndolo el depositante”¹⁶⁵.

El depósito bancario de dinero se presenta en diferentes modalidades. Considerando el momento en que la entidad de crédito está obligada a la restitución de la cantidad de los depósitos, pueden distinguirse en depósito a la vista, con preaviso y a plazo¹⁶⁶. En el depósito a la vista, cuya naturaleza jurídica es muy discutida, el cliente puede exigir en cualquier momento la

¹⁶⁴ FINEZ RATON, José Manuel, *op. cit.*, p. 14.

¹⁶⁵ GARCIA PITA Y LASTRES, José Luis, *op. cit.*, p. 901.

¹⁶⁶ GARRIGUES, Joaquín, *op. cit.*, p. 358. Haciendo referencia al criterio de Keynes sobre la forma en como llega a clasificar los depósitos se señala que los llamados Income-deposits y Business-deposits son siempre depósitos a la vista o lo que llama también Cash-deposits; mientras que los depósitos a plazo son Saving-deposits. “Los criterios económicos” que anteriormente citamos “propuestos por Keynes se traducen en criterios jurídicos cuando no se atiende al motivo o razón que impulsa al depositante, sino que se atiende al momento en que puede ejercitar su derecho a restitución del dinero o dicho en otros términos, a la duración del depósito”. p. 358.

devolución total o parcial de su dinero estando el banco obligado a pagar el interés pactado a restituir al depositante la suma depositada, a su voluntad y en el instante en que éste lo exija. Los depósitos a la vista pueden estar vinculados a una cuenta corriente bancaria¹⁶⁷ con disfrute completo de un servicio de caja o a libretas o cuentas de ahorros¹⁶⁸.

Cuando el depósito va unido a un pacto de cuenta corriente, se entiende que el depositante está en posibilidad de efectuar diversas entregas de dinero y también extracciones, abonándose las primeras en su haber y cargándose las segundas en su deber. Además el banco se obliga a prestar al cliente un servicio de caja. Cuando la cuenta corriente se lleva en el documento llamado libreta de ahorro, esta se lleva por duplicado en los libros del banco y en la libreta que queda en poder del cliente.¹⁶⁹ Siendo tradicional que el tipo de

¹⁶⁷ Vide. NUÑEZ LAGOS, Francisco, *op. cit.*, Señala el autor que el antecedente del contrato de cuenta corriente bancaria es el contrato de cuenta corriente mercantil. “La doctrina ha elaborado la naturaleza y contenido del contrato de cuenta corriente mercantil como el que nace de una estipulación recíproca, por la que ambas partes contratantes transforman sus créditos y débitos en simples partidas contables, las cuales mediante el mecanismo de compensación y del crédito recíproco producen un saldo al final del término de la liquidación de la cuenta, única obligación o prestación exigible.” p. 142.

¹⁶⁸ VALENZUELA GARACH, Fernando, *op. cit.* “Si bien las diferencias existentes entre ambos tipos de depósitos a la vista son claras y numerosas, es innegable que tienen en común su instrumentación en una cuenta corriente bancaria abierta por Haber y Debe, en la que se anotan los ingresos y reintegros realizados a cargo del cliente.....Mientras en los depósitos en cuenta corriente las anotaciones contables con efectivo valor probatorio se realizan en la contabilidad interna del banco depositario, en la cuenta o libreta de ahorro a la vista implica una doble anotación contable de cada ingreso o reintegro realizados por su titular. En la cuenta corriente el banco va a facilitar a su cliente la disposición de las sumas depositadas mediante el mecanismo de talonario de cheques; de ello resulta que el banco asume, junto a la obligación de restitución del dinero depositado en una o varias veces, también el deber de prestar un completo servicio de caja a favor de este: el banco se obliga pues, a prestar al depositante un continuo servicio que le permita a través de la cuenta tanto recibir ingresos propios y ajenos, cuanto realizar reintegros propios incluso pago a terceros.” p. 448.

¹⁶⁹ GARRIGUES, Joaquín, *op. cit.* p. 371, Es importante hacer la diferencia entre cuenta corriente y el depósito unido a una cuenta corriente bancaria. La primera puede ser “una forma de mecanización del contenido propio del depósito, una forma especial de actuación del derecho del depositante o bien un pacto que se superpone al depósito y que injerta en él elementos extraños a su contenido típico, que se agota en la obligación de restitución. Cuando a esta obligación se suma por parte del banco el servicio de caja que un depositario corriente no está obligado a realizar, entonces nos hallamos en presencia de un negocio complejo de depósito y de cuenta corriente bancaria. p. 359 Vide. GARCIA PITA Y LASTRES, José Luis, “El depósito bancario de efectivo”, *op. cit.* El depósito y la cuenta corriente bancaria se refieren a dos contratos distintos. El depósito es un contrato real y la cuenta corriente consensual, esta última es un contrato cuya causa (impropia) es facilitar el movimiento de cobros y pagos, evitando los desembolsos efectivos de dinero; un contrato cuyo contenido esencial consiste en la extinción voluntaria de créditos y deudas dinerarios recíprocos por su parte. El depósito bancario de dinero queda constituido mediante la entrega al depositario de la cosa que compone su objeto, lo cual revela que se trata de un contrato real, que no genera sus efectos sin la previa entrega de la suma. pp. 939, 940. V. sobre el tema a SANCHEZ CALERO, Fernando, *op. cit.* que respecto a la cuenta corriente señala que “ésta implica un doble contrato: el de depósito de dinero y la cuenta corriente bancaria, que consiste al cliente realizar cobros y pagos a través del banco es decir, utilizar su servicio de caja. El cliente puede disponer de los fondos de la cuenta por distintos procedimientos, destacando la posibilidad de expedir cheques. Al ser frecuente que la provisión de fondos de la cuenta corriente ordinaria se haga por medio de un depósito, tanto la terminología vulgar como algunas disposiciones han llegado a confundir

interés con el que los bancos depositarios retribuyen a los titulares de libretas de ahorro sea por lo general superior al abonado por razón de depósitos en cuenta corriente.

Los Estatutos del Banco de España de 1947 ya reconocían la diferencia entre depósito de dinero y cuenta corriente de efectivo¹⁷⁰. Sin embargo, como lo veremos más adelante, en la práctica bancaria hay cierta resistencia a la calificación de depósito por las consecuencias jurídicas que se derivan de la misma así, se le denomina cuenta corriente a los depósitos a la vista¹⁷¹.

Por último, se distingue también al depósito con preaviso en cuyo caso el depositante obtiene la devolución total o parcial de su dinero comunicándolo al banco con antelación prevista¹⁷².

En relación al depósito a plazo, las obligaciones fundamentales a cargo del banco es decir, restitución y abono de intereses son las mismas que en el depósito a la vista. La diferencia estriba en que la restitución de los fondos depositados no se hace a requerimiento del depositante sino precisamente al término del vencimiento fijado en el contrato. El depositante está en posibilidad de solicitar la devolución de sus fondos depositados después de que transcurra el plazo que se haya determinado en la imposición.

Es posible formalizar los depósitos a plazo en certificados de depósito que *“son títulos valores a la orden emitidos en serie con arreglo al modelo oficial y por cuantía determinada que incorporan los derechos correspondientes a un depósito bancario a plazo fijo, son transmisibles mediante endoso o cualesquiera de los medios admitidos en Derecho común”*¹⁷³. Los fondos depositados serán devueltos por el banco al titular o al último endosatario

equivocadamente ambos contratos” p. 352. Para un estudio de la cuenta corriente bancaria, v. también NUÑEZ LAGOS, Francisco, p. 142 y ss.

¹⁷⁰ V. Arts. 7 y 10 Estatutos del Banco de España del 24 de julio de 1947.

¹⁷¹ GARRIGUES, Joaquín, *op. cit.*, p. 369.

¹⁷² Vide. VALENZUELA GARACH, Fernando, *op. cit.*, p. 450.

¹⁷³ CANO RICO, José Ramón, *op. cit.*, p. 25.

legitimado por la cadena de endosos, a su vencimiento y la entrega del título será presupuesto de restitución del depósito. A estos depósitos la doctrina los denomina imposición o consignación a vencimiento fijo.

Una de las características más relevantes que ha señalado la doctrina y que estudiaremos en el siguiente apartado se refiere por un lado, a la disponibilidad que le permite a la entidad bancaria colocar el dinero en operaciones de crédito a corto plazo, singularmente en operaciones de descuento y por otro la que le otorga al cliente la posibilidad de hacer uso del dinero en la medida de sus necesidades, sin los riesgos propios de su conservación en casa. Esto dificulta la configuración jurídica del contrato, pues la disponibilidad a favor del depositante característica de este depósito, no es demasiado compatible con la disponibilidad a favor del banco en virtud de que el dinero que le ha sido depositado ha pasado a ser de su propiedad¹⁷⁴.

Los depósitos bancarios de dinero se extinguen por restitución es decir por la retirada total de los fondos por parte del depositante; por compensación, siendo la compensabilidad una de las características de estos depósitos y por prescripción extintiva una vez transcurrido el plazo que establece la ley para disponer de ellos¹⁷⁵.

1.2.3.2 El elemento de custodia y administración

La custodia es un elemento común entre el contrato de depósito común y algunas operaciones bancarias como el alquiler de cajas de seguridad y consiste en la conservación jurídica y física de la cosa, entendiendo la primera como la defensa de la cosa contra usurpaciones de los extraños y la segunda como el mantenimiento de la integridad cuantitativa y cualitativa de esta¹⁷⁶.

¹⁷⁴ GARRIGUES, Joaquín, *op. cit.*, p. 368.

¹⁷⁵ *Vide.* Art. 1964 C. c. y Art. 943 del C. C.

¹⁷⁶ GRECO. *cit. post.*, RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín *op. cit.*, p. 41.

En el depósito bancario de dinero que no es un depósito cerrado de monedas singulares y determinadas, no es obligación de la institución bancaria el proteger la integridad física de cada específica moneda o billete en ella depositados pues se funden en su patrimonio haciéndose indistinguibles del resto. Si en el depósito común el depositante tiene derecho a que le sea devuelta la misma cosa que entregó, en el depósito bancario de efectivo tiene sólo derecho a que se le devuelva el *tantumdem*¹⁷⁷.

Mientras en el depósito común el depositario se compromete a custodiar el objeto y a restituirlo a petición del depositante, en el depósito bancario de dinero desaparece la obligación de custodia, entendida en su sentido estricto, precisamente porque el depositario obtiene la propiedad de las sumas de dinero recibidas.

Los estudiosos del tema han manifestado sus opiniones respecto a la transmisión de la propiedad de las sumas depositadas al banco, que permite la libre disposición de las mismas¹⁷⁸.

Para algunos autores, el hecho de que el elemento de custodia se difumine en los depósitos bancarios de efectivo puede identificarse con los deberes de diligencia propios de quien pone a disposición del cliente una serie de servicios. La obligación del banco no comporta el deber de custodia se convierte en una obligación de administración prudente de sus recursos propios y ajenos¹⁷⁹. Asimismo, se ha sostenido que es posible que la

¹⁷⁷ *Vide. o.c.*, “Al respecto habría que plantear si en efecto existe o no una obligación de custodiar el *tantumdem*; una obligación de mantener, en todo momento una suma igual al importe de la cantidad depositada. El problema resulta ser mas complejo si se considera lo característico del depósito bancario en que la ley presupone la utilización e inversión de los fondos por el banco depositario. De este modo cobraría pleno sentido una referencia al art. 1724 del C.c de manera que los intereses devengados a favor del depositante no serían sino los frutos derivados de la *res despista* más que la remuneración del plazo de utilización de los fondos prestados, aunque incluso con este criterio subsisten graves inconvenientes porque las entidades de crédito depositarias ni siquiera conservan en sus cajas el equivalente a la totalidad de los fondos depositados, lo que podría exigir un esfuerzo interpretativo mayor, par eludir las consecuencias derivadas del art. 1.768. del C. c.”, p. 928.

¹⁷⁸ Para GARCIA PITA Y LASTRES, José Luis, *op. cit.*, “si hubiese que buscar un fundamento jurídico para justificar el poder de disposición del banco sobre las sumas depositadas, debería hallarse no en la voluntad, sino en la Ley”, p. 931.

¹⁷⁹ *Ibidem*; En el mismo sentido se expresa ZUNZUNEGUI, *op. cit.*, p. 405 cuando señala que el deber de empleo prudente de los fondos no surge de la obligación de custodia, es un deber administrativo no contractual como ocurre con la primera.

custodia quede estructuralmente sustituida por el deber de restitución y finalmente que no desaparezca sino que quede sustituida por la noción de disponibilidad¹⁸⁰.

Se impone al banco la obligación de mantener en sus cajas un determinado porcentaje de los depósitos recibidos, con el fin de poder hacer frente en cualquier momento a los reembolsos ordenados por sus depositantes. El banco no puede estar obligado a mantener una suma igual al conjunto de los depósitos en su caja lo cual no significa que pueda gozar de una libertad de consumición del dinero, debe emplear las cosas depositadas con la diligencia que su naturaleza reclama en interés del depositante, este debe rebasar los límites de las obligaciones propias de un prestatario hallándonos en este sentido dentro del marco de un contrato de depósito o de un contrato similar a él, pero de carácter *sui generis*¹⁸¹.

Interesa determinar si el cliente que deposita su dinero en la entidad de crédito muestra como interés al efecto simplemente el deseo de seguridad procedente de la custodia profesionalizada, la voluntad de financiar a la entidad de crédito obteniendo remuneración o ambas cosas a la vez. En este sentido, no podríamos decir que la intención del cliente sea conceder un préstamo al banco; tratándose de un depósito a la vista el cliente normalmente busca seguridad, sin renunciar a la inmediata disponibilidad del dinero depositado. Por lo que toca al banco este no adquiere una típica obligación de custodia, sino una obligación de liquidez; pudiendo definir esta como “*el inmediato reintegro de las sumas depositadas a petición del cliente. Se trata de una doble disponibilidad, a favor del banco y del cliente*”¹⁸².

¹⁸⁰ Ibidem.

¹⁸¹ Vide, *Ibid.*, p. 968.

¹⁸² EIZAGUIRRE. *cit. post.*, FINEZ RATON, José Manuel, *op. cit.*, p. 15.; V. también GARCIA PITA Y LASTRES, José Luis, *op. cit.* pp. 904, 905. “La seguridad de los activos financieros viene determinada por el grado de solvencia del deudor, pero la seguridad, solvencia y la liquidez no tienen porqué coincidir ni en un mismo sujeto, ni en un mismo periodo temporal, ni en un mismo activo; puede haber solvencia sin liquidez y puede haber liquidez, sin que exista un suficiente grado de solvencia. Pues bien la disponibilidad de los depósitos de efectivo puede considerarse desde cada una de estas dos perspectivas; es decir que puede consistir en una potenciación de los deberes de liquidez del depósito o en una potenciación de los deberes de solvencia, merced a la adopción de una política empresarial de inversión prudente. pp. 949.

En el caso de los depósitos a plazo esta circunstancia desaparece; el plazo siempre juega a favor del banco y no del cliente que asume una pérdida de la disponibilidad. El cliente no pretende otorgar la disponibilidad del dinero al banco durante un tiempo determinado, sino que ve en la imposición una forma de inversión; es decir, esa pérdida de disponibilidad que sufre el cliente se ve compensada de alguna forma con la rentabilidad de su dinero. La disponibilidad viene a suponer la solvencia que se obtendrá mediante la administración prudente de los fondos depositados¹⁸³.

La obligación del banco depositario consiste pues en mantener liquidez suficiente para poder restituir total o parcialmente a petición del cliente los recursos recibidos. Aunque la exigibilidad de esta obligación variará, según se trate de una operación a la vista o a plazo. Junto a esta obligación del banco se encuentra la de abonar los intereses fijados por las disposiciones vigentes¹⁸⁴.

El propio Código civil establece la obligación del depositario de guardar la cosa y restituirla al depositante cuando esta se la pida¹⁸⁵, obligación de custodia que se esfuma en el depósito bancario de dinero transformándose en una obligación de prudente¹⁸⁶ y cuidadoso empleo de las cantidades que le son entregadas para estar siempre en disposición de restituirlas al cliente cuando las solicite¹⁸⁷. Esta obligación de restitución se viene a referir no a unidades específicas de dinero sino a una suma igual a la recibida. En el caso del depósito a la vista esta obligación de restitución nace en el momento

¹⁸³ FINEZ RATON, José Manuel, *op. cit.*, p. 15.

¹⁸⁴ BROSETA PONT, Manuel, *op. cit.*, p. 506.

¹⁸⁵ Art. 1.766. del C. c.

¹⁸⁶ GARRIGUES, Joaquín, *Contratos...op. cit.*, pp. 375 “En relación a esta prudencia véanse algunas disposiciones legales que han tenido como fin el que la institución bancaria esté en posibilidad de restituir a sus clientes las sumas que le fueron depositadas : Art. 180 del Código de comercio español que obliga a los bancos a conservar en metálico en sus cajas la cuarta parte, cuando menos del importe de los depósitos y cuentas corrientes a metálico y de los billetes en circulación. Asimismo el Decreto-Ley de 6 de diciembre de 1962 donde se observa que el señalamiento de determinados coeficientes de caja, liquidez y garantía que han de mantener los bancos respecto de sus depósitos es obligado por razones de seguridad. Autorizándose al Ministro de Hacienda para imponer a todos los bancos españoles el mantenimiento de los coeficientes porcentuales correspondientes (Arts. 7 y 8 *cit.*). Véase también Orden Ministerial de 9 de agosto de 1974.”

¹⁸⁷ *Ibidem*.

en que el depositante la exija. Así pues, “Las facultades dispositivas de la banca no son contradictorias con el deber de custodia que asume el banco si se tiene en cuenta la especial diligencia que se exige a las entidades bancarias en su actuación profesional para que en todo momento tengan asegurada los clientes, la disponibilidad de los fondos depositados o en su defecto sea llamado el Fondo de garantía de depósitos en establecimientos bancarios el que cubra hasta un límite máximo por cliente y depósito los riesgos de insolvencia de la entidad depositaria”¹⁸⁸.

Es generalizado el interés de los depositantes por la solvencia de la entidad a la que le confían su dinero, que se ve asegurada a través de deberes de prudencia en la administración y gestión de los depósitos la obligación del banco de administrar sus recursos propios en interés de todos y cada uno de los depositantes, significa para la institución bancaria como comerciante un deber de prudencia y diligencia en el manejo de la empresa pero se trataría de un deber frente a todos y cada uno de sus clientes, de forma que todos ellos estarían legitimados para exigir del banco la forma en que debe explotar su propia empresa. Esto sería contrario al derecho de “libertad de empresa” que implica capacidad de autodeterminación y gestión. Por otra parte se pondría en peligro la estabilidad del sistema bancario ya que la posibilidad de que cualquier depositante pueda exigir medidas de intervención sobre la entidad hacen que el temor y la inseguridad puedan derivar en crisis económica¹⁸⁹.

Cabe determinar por ello, el cauce de protección de los intereses del depositante en el sentido de estar en posibilidad en todo momento o en plazos pactados de obtener el reembolso de sus fondos sin comprometer la estabilidad de las instituciones bancarias y del sistema financiero.

¹⁸⁸ AURIOLES MARTIN, Adolfo, *op. cit.*, p. 424.

¹⁸⁹ GARCIA PITA Y LASTRES, José Luis, *op. cit.*, p. 969.

Para ello los ordenamientos hacen uso de diversos instrumentos que se inspiran entre otras cosas en la finalidad de tutela de los depositantes y seguridad de la empresa bancaria, mediante la configuración de ordenamientos sectoriales que determinan vínculos horizontales de solidaridad entre las entidades insertas en los mismos y que se materializan en sistemas creados para la protección de los depósitos, en la existencia de disposiciones que establecen los requisitos y deberes contractuales para la captación de depósitos y otorgamiento de créditos, normas de control y vigilancia de los establecimientos bancarios y sus actividades, entre otros.

En España “la autoprotección del cliente bancario como contratante debe reducirse a la exigibilidad de las indemnizaciones resarcitorias que puedan otorgar los sistemas creados para ello como el Fondo de garantía de depósitos en establecimientos de bancarios, quedando la posibilidad de tutela en manos de la Administración Estatal”¹⁹⁰.

1.2.3.3 Naturaleza jurídica

El hecho de que el depósito bancario de dinero pueda abarcar cierta variedad de negocios jurídicos hace difícil el estudio de su naturaleza jurídica. El tratamiento de esta figura ha dado pie a que la doctrina sostenga serios debates en torno a que efectivamente se trate de verdaderos depósitos, por sus diferencias con el depósito típico de Derecho común.

El Código de Comercio por su parte, contempla como posibilidad la modificación del contrato de depósito que se convierte en préstamo al autorizar al depositante que el depositario utilice la cosa depositada.¹⁹¹ Sin embargo gran parte de la doctrina considera que el depósito bancario de

¹⁹⁰ *Ibidem.*

¹⁹¹ Art. 309 C. C.

dinero no es un préstamo sino un depósito irregular donde el banco adquiere la propiedad de los fondos recibidos comprometiéndose a devolverlos en la forma pactada¹⁹².

Los que consideran que estos depósitos son de igual naturaleza que los préstamos¹⁹³; basan su argumentación en la propiedad que adquiere el banco sobre los depósitos de sus clientes y con ella el derecho a afectarlos o a destinarlos a sus fines propios. “Como quiera que el Derecho español desconoce el depósito irregular, se comprende que en la concepción del legislador el depósito de dinero se convierta automáticamente en un préstamo que el cliente concede al banco y que obligaría a éste a restituir el capital recibido y a pagar los intereses convenidos o establecidos por la ley”¹⁹⁴.

Otro argumento en favor de esta postura es el que señala que mientras el depósito normalmente es retribuido en favor del depositario, en el depósito bancario de dinero es el banco el que retribuye al cliente por habérselo entregado.

En el Derecho español, el préstamo es un contrato unilateral donde surgen obligaciones para una de las partes es decir el prestatario, quien esta obligado a devolver la cosa prestada y a abonar los intereses que se hubiesen estipulado. “Consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida con arreglo al valor legal que

¹⁹² Vide. VALENZUELA GARACH, Fernando, *op. cit.*, “...parece claro que se inclinan por el concepto de depósito los artículos 7 y 8 EBE, que de acuerdo con el art. 310 C. C. habrán de estimarse de aplicación preferente a los Arts. 1.768 C.c. y 309 C. C. p. 450.

¹⁹³ Vide. VICENT CHULIA, Francisco, *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, Tomo 11, Tercera Edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1990. señala el autor que “nuestros Códigos establecen que si el depositante autoriza al depositario a disponer de la cosa depositada, como necesariamente ocurre en el depósito de dinero, deja de ser depósito. En el depósito bancario de dinero, aún en el reembolsable a la vista, es el banco, como presunto depositante, quien retribuye y no a la inversa. Por último, el crédito del depositante contra el banco depositario es compensable con deudas del mismo, no siendo de aplicación el artículo 1200 del C. c. que establece que la compensación no procederá cuando alguna de las deudas proviniera del depósito o de las obligaciones del depositario o del comodatario. (Así también señala que) el hecho de que se le de la calificación de depósito irregular al depósito bancario de dinero y se obligue a devolver no las mismas cosas depositadas sino otro tanto del mismo genero conservando la calificación de depósito, intenta poner a salvo la obligación de custodia que soporta todo depositario.” p. 433.

¹⁹⁴ V. BROSETA PONT, Manuel, *op. cit.* , pp. 505 y 506.

tuviere la moneda al tiempo de la devolución “¹⁹⁵ la segunda obligación es el pago de intereses¹⁹⁶”.

Interesa decir que los préstamos no devengan interés si no se hubiere pactado por escrito y la cantidad prestada ha de devolverse en el momento estipulado como vencimiento del contrato.¹⁹⁷ Con base en esto, si se atiende a la definición que señala al contrato de depósito bancario de dinero como *aquel por el que el cliente entrega a la entidad de crédito determinada suma de dinero, quedando ésta obligada a devolver la misma cantidad recibida y a abonar intereses conforme al tipo pactado*¹⁹⁸; estas circunstancias hacen que el préstamo se asemeje al depósito bancario de dinero a plazo¹⁹⁹.

Otra parte de la doctrina se inclina a pensar que el paso de la propiedad del bien depositado al depositario y la facultad de uso que tiene este último derivada de la propia transmisión y, por otra parte el derecho real que posee el depositante sobre el bien, que se transforma en un derecho de crédito a la devolución del *tantumdem*²⁰⁰, hacen que el depósito bancario de dinero se encuadre dentro del depósito irregular figura muy discutida en el Derecho español²⁰¹.

Argumentándose que no es un préstamo ya que hay características de éste que no concurren en los depósitos bancarios de dinero. El capital recibido se suele rembolsar por el prestatario en una sola vez o en varias por

¹⁹⁵ Cfr. Art. 312 párra. 1º. C. C.

¹⁹⁶ Cfr. Art. 315 párra. 2º. C. C. “Se reputa interés toda prestación pactada a favor del acreedor”.

¹⁹⁷ Para los préstamos por tiempo indeterminado o sin plazo de vencimiento el Art. 313 C. C. establece que “no podrá exigirse al deudor el pago sino pasados treinta días a contar de la fecha del requerimiento notarial que se hubiere hecho”.

¹⁹⁸ BONET SANCHEZ, José Ignacio, *op. cit.*, p. 257.

¹⁹⁹ Vide GARCIA PITA Y LASTRES, José Luis, “El Depósito Bancario de Efectivo”, *op. cit.*, que al respecto, señala que el banco depositario también paga al depositante los intereses pactados los cuales deben ser considerados más como fruto de la cosa depositada que como intereses retributivos propios del mutuo feneraticio. p. 965.

²⁰⁰ VALPUESTA GASTUMINZA, Eduardo Ma., “Depósitos Bancarios de Dinero. Libretas de ahorro” en AA.VV, *Contratos Bancarios*, Civitas, Madrid, 1992. p. 122.

²⁰¹ De los Arts. 1.768 del C. c. y 309 del C. C. se deduce que no cabe en el Derecho español el depósito irregular. Circunstancia que podría salvarse si se considera lo dispuesto en el Art. 310 del C. C. que parece dar puerta abierta a la celebración de un depósito de este tipo. Cabe agregar por otro lado, que los Art. 7 y 8 de los EBE de 1947. *cit.*, se refieren al depósito irregular como verdadero depósito.

partes o cantidades determinadas en los términos pactados, siendo que en el depósito a la vista no existe plazo para la restitución de lo depositado²⁰². Además aunque la deuda del banco sea a la vista, vencida, líquida y exigible, la institución no tiene derecho a pagarla a voluntad, sino que se requiere de la solicitud de retirada de fondos, del depositante rasgo característico del depósito e incomparable con el préstamo.

Asimismo, se ha afirmado que la diferencia entre el contrato de préstamo y el depósito irregular hay que encontrarla en la facultad de reclamar la devolución de la cosa, ya sea que esta no esté sometida a plazo alguno, caso en el que se estaría frente a un depósito irregular; en tanto que si el requerimiento de la cosa sólo puede ser hecho en el tiempo prefijado o después de un largo plazo de preaviso entonces se estará hablando de un contrato de préstamo²⁰³.

El Código Civil señala la obligación del depositario para restituir los bienes al depositante cuando este los reclame aunque las partes hayan fijado un plazo o tiempo determinado para ello. En los depósitos bancarios a plazo, la devolución no puede ser exigida en un periodo determinado contraponiéndose esto a lo establecido en el Código Civil²⁰⁴.

²⁰² CANO RICO, José Ramón, *op. cit.*, p. 24. Argumenta el autor que “no es préstamo pues algunos de sus caracteres no concurren en el depósito bancario de dinero cuales son: el capital recibido en préstamo se suele rembolsar por el prestatario en una sola vez o en varias por cantidades determinadas en el plazo o plazos establecidos”; V. VALENZUELA GARACH, Fernando, *op. cit.*, “Se deberá precisar que en un depósito de dinero a la vista no concurren ciertas notas que en cambio son características de los préstamos: en estos el reintegro del capital recibido en préstamo, así como el abono de los correspondientes intereses, se habrán de realizar en el término o términos pactados al suscribir el contrato, quedando a salvo las eventuales renovaciones o aplazamientos pactados expresamente con posterioridad por las partes; por su parte, el contrato de depósito de dinero a la vista es por lo general indefinido (y, en su caso, tácitamente reconducible), lo cual ha provocado en la práctica bancaria española la realización de liquidaciones semestrales de intereses”. p. 450.

²⁰³ V. BORJABAD GONZALO, Primitivo, *Derecho Mercantil*, Vol. II, Leida, 1995, p. 168.

²⁰⁴ Art. 1.775 C. c.; V. VALPUESTA GASTUMINZA, Eduardo Ma., *op. cit.* p. 124. V. también VALENZUELA GARACH, Fernando, *op. cit.*, “.....en el caso de los depósitos bancarios a plazo en donde la obligación de restitución en el momento determinado por parte del banco, va a recaer sobre el principal o suma depositada, junto con el abono de los intereses no apreciándose desde esta perspectiva concreta una diferencia esencial con la restitución en caso de los depósitos bancarios a la vista e incluso tampoco se distancia demasiado de la restitución en el caso de un préstamo”. p. 451.

Es indispensable acudir a la intención de las partes, para poder darle una calificación jurídica a la operación que se pretende llevar a cabo. La entidad de crédito depositaria tiene una obligación de restitución cuyo objeto es una prestación dineraria²⁰⁵. Si bien es cierto que el objeto del contrato es el dinero, característica que llega a asimilarlo con el préstamo mercantil la intención de las partes es crear una relación de depositante - depositario no de prestador - prestatario²⁰⁶. Por ello se ha afirmado que el depósito bancario de dinero no es un préstamo sino un depósito *sui generis*²⁰⁷.

Así pues, en el caso del depósito común, el fin o motivo principal de las partes es la seguridad y la causa jurídica del negocio es la custodia de la cosa, como lo puede ser en el caso de los depósitos bancarios a la vista. En el depósito a plazo el cliente busca esa seguridad transfiriendo al banco los riesgos de la custodia pero además y principalmente busca para su dinero una colocación productiva y la obtención de una rentabilidad²⁰⁸, de ahí que se tienda a asimilar a los depósitos a la vista más al contrato de depósito que a los depósitos a plazo cuya semejanza se busca más bien con el contrato de préstamo.

Por otra parte, también se ha señalado que el deber de custodia queda desdibujado, si se considera que en el caso de los depósitos a la vista, el interés del depositante radica fundamentalmente en la obtención de una serie

²⁰⁵ GARCIA PITA Y LASTRES, José Luis, *op. cit.*, p. 944.

²⁰⁶ RUIZ DE VELAZCO, Adolfo, *Manual de Derecho Mercantil*, Edit. Deusto, Barcelona, 1996. Señala el autor que esta tesis puede verse reforzada favorablemente hacia el depósito, por “la existencia de una garantía legal para la devolución de las cantidades depositadas, creada a través del Fondo de Garantía de Depósitos”. pp. 745 y ss.

²⁰⁷ BROSETA PONT, Manuel, *op. cit.*, p. 505 “.....conclusión que reafirman los artículos 7 y 8 de los Estatutos del Banco de España”; VALENZUELA GARACH, Fernando, *op. cit.* En opinión del autor la naturaleza del depósito a plazo podría quedar asimilada con mayor facilidad con la propia de un préstamo realizado por el cliente al banco. A su juicio se esta frente a un contrato mercantil *sui generis* que no es puramente préstamo ni deposito sino que contiene aspectos característicos de uno y de otro agregando que “esta afirmación se hace consciente de que se trata de una cuestión abierta doctrinal y jurisprudencialmente que como tal ya ha propiciado y seguirá propiciando la concurrencia y alternancia de muy diversas opiniones”. p. 450; V. también. AA.VV, *Curso de Derecho Privado*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1995. p. 529.

²⁰⁸ GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, 7a Edición; Madrid, 1980. “Las finalidades de la operación pueden reducirse esquemáticamente a dos, según que el cliente se proponga tener la libre disponibilidad de su dinero con la posibilidad de un servicio de caja seguro y cuidadoso o se proponga excluir del consumo inmediato una cierta suma para retirarla con sus intereses al cabo de cierto tiempo. De aquí se deduce que la naturaleza jurídica no puede ser en ambos casos exactamente la misma. pp. 183 y ss.

de servicios la domiciliación de nominas, uso de cheques y en general servicio de caja por parte del banco no siendo la principal finalidad del depósito, la custodia del dinero²⁰⁹. Con respecto al contrato de depósito a plazo se ha optado por el recurso a la figura del contrato atípico *sui generis*²¹⁰ con naturaleza propia e independiente²¹¹, pues tiene características del depósito y del préstamo.

La entidad bancaria obtiene una alta rentabilidad al prestar lo que en ella se deposita a un interés mucho mayor del que paga a los depositantes, lo que manifiesta el interés del depositario en serlo de la misma forma que el depositante en que le guarden su dinero²¹². Lo que nos lleva nuevamente a considerar la intencionalidad de las partes. El depositante que entrega su dinero al banco no lo hace con el ánimo de otorgar un préstamo sino para obtener una rentabilidad, una seguridad, etc. en tanto que el banco depositario no lo recibe con la intención de quien recibe un préstamo, pudiendo hacer uso de él por el carácter propio de la actividad bancaria y por la ley.

En España la posibilidad de que los bancos puedan disponer de los fondos que le son depositados sin que por ello el contrato de depósito pierda este carácter, encuentra su fundamento en las normas positivas que

²⁰⁹ VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo Ma., *op. cit.*, p. 123.

²¹⁰ GARRIGUES, Joaquín, *Contratos... op. cit.*, “como hemos visto al tratar de los depósitos a la vista, en el depósito de dinero la obligación de custodia se ha desnaturalizado y a pesar de ello se sigue hablando de depósito si a eso se une la ausencia de la libre disponibilidad del dinero por parte del depositante.... en esto cabe preguntarse...que queda del contrato de depósito. Esta es la razón que ha llevado a un sector de la doctrina a calificar como préstamos los depósitos a plazo.Probablemente seguimos llamando depósito a un contrato que ofrece las notas características del préstamo: paso de propiedad al prestatario y devolución a término de la suma igual a la recibida. Por otra parte, la intención de los contratantes no es la de conceder ni la de recibir un préstamo, tendremos que llegar a la conclusión, tan frecuente en Derecho mercantil, de que estamos en presencia de un contrato *sui generis* que no es ni préstamo ni depósito, aunque se siga llamando depósito”. p. 377.

²¹¹ VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo Ma., *op. cit.*, p. 124.

²¹² *Ibidem* pp. 119 y 123; V. También VALENZUELA GARACH, Fernando, *op. cit.* p. 446. Desde el punto de vista del autor, se trata de un depósito irregular. Argumentando que la concurrencia del interés del cliente en que el banco custodie su dinero y del interés de los bancos en obtener el depósito, se traduce en que el depositante no sólo no paga retribución alguna por la custodia, que sería lo propio de un depósito mercantil, sino que además el banco es quien abona un interés al cliente. Pese a ello, considera el autor que el depósito de dinero es un verdadero depósito irregular en el que los intereses pagados por el banco son una consecuencia o efecto de la disponibilidad que él mismo disfruta sobre los fondos depositados. p.446; Opinión que comparte SANCHEZ CALERO, Fernando, *op. cit.* cuando afirma que “ puede incluirse esta figura dentro del depósito irregular y que los intereses pagados por el banco son debidos precisamente a la disponibilidad que tiene de la cosa entregada.”, p. 351.

reconocen esta facultad²¹³. Siendo la propia legislación la que califica expresamente al depósito bancario como irregular y no como préstamo lo que demuestra una determinada percepción de la causa de este contrato y en cierta medida, predetermina parcialmente su régimen jurídico²¹⁴.

En el conjunto de las posturas que tratan de determinar la naturaleza jurídica del depósito bancario de dinero, se encuentra una teoría que quizá sea la que venga a dilucidar las dudas al respecto y es la de quien considera que el depósito bancario de dinero no como un depósito ni siquiera irregular, sino más bien como un negocio de crédito que parte de una causa financiera y no de custodia. *Es un contrato financiero en el que el derecho de cliente que entrega sus fondos a la entidad bancaria, se convierte en un derecho de crédito que lo faculta a exigir a aquella los recursos que le ha entregado, en las condiciones pactadas en la relación obligacional*²¹⁵.

Según esta teoría, el depósito bancario de dinero no tiene la naturaleza de depósito irregular ya que el uso del dinero por el banco no es una facultad derivada del contrato, sino de la condición de propietario de los fondos que este asume. No hay ninguna manifestación de voluntad por parte del depositante para conceder al banco la propiedad de su dinero. La disponibilidad no es consecuencia de una autorización sino del contrato cuyo efecto típico es que la entidad bancaria adquiera la propiedad de los recursos depositados. En esto consiste la diferencia con el depósito irregular en el que la adquisición de la propiedad de la cosa depositada y la obligación de restitución de otro tanto de la misma especie y calidad presuponen la expresa atribución del depositario de la facultad de servirse de la cosa²¹⁶.

De lo anterior, se concluye que el depósito bancario de dinero tiene como elemento objetivo los fondos que el cliente entrega a la entidad

²¹³ Como el Art. 37 de la LOB; Art. 1o. RD L 1298/1986; Art. 1.768 del C. c.

²¹⁴ GARCIA PITA Y LASTRES, José Luis, *op. cit.*, p. 933.

²¹⁵ *Vide.* ZUNZUNEGUI Fernando, *Derecho del.....op. cit.*, p. 394.

²¹⁶ *Cfr.* Art. 1768 C.c. y 309 C. C.

bancaria, es decir el dinero entendido este como legal, en forma de billetes o moneda metálica o unitario anotado en cuenta.

Surgen obligaciones a cargo de la institución depositaria como la de restituir las cantidades recibidas y abonar los intereses correspondientes y por parte de los depositantes como la de atenerse a las estipulaciones contractuales para disponer de sus fondos.

Si bien el contrato de depósito bancario de dinero tiene ciertas características que lo asimilan al contrato de préstamo sobre todo en el caso de los depósitos a plazo, también es cierto que no pasa lo mismo con los depósitos a la vista. La realidad es que ante la falta de acuerdo en relación a la figura se opta por recurrir a la poco satisfactoria solución de considerar el depósito bancario de dinero es un contrato *sui generis* por presentar características que lo asemejan tanto al depósito común como al préstamo.

Ante la confusión que se ha generado en torno a esta figura, cabe señalar que la denominación de depósito bancario de dinero responde razones históricas; en sus orígenes esta figura nace con una finalidad de custodia que se les otorgaba a determinados comerciantes. Pero la realidad es que actualmente esta denominación no corresponde con la naturaleza jurídica de esa figura²¹⁷.

Tan es así, que los propios establecimientos de crédito han optado por utilizar la denominación de contrato de cuenta cuando se trata de un depósito a la vista e imposición a plazo cuando se trata de un depósito a plazo²¹⁸. Ante tales consideraciones, conviene señalar que cuando en este trabajo se hace

²¹⁷ La Sentencia del Tribunal supremo de 13 de febrero de 1999 señala que las imposiciones bancarias a plazo fijo no suponen un depósito en sentido jurídico; el dinero queda en propiedad del banco quien obliga a la restitución del *tantundem* llegado el vencimiento.

²¹⁸ *Vide.* Sentencia del Tribunal Supremo del 2 de Julio de 1985. Sobre las imposiciones a plazo véase también a EIZAGUIRRE DE, José María, “Imposiciones a plazo como objeto de garantía pignoratícia” en Comentarios a jurisprudencia de Derecho Bancario y Cambiario, Vol. II, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1993, pp. 183 - 218.

referencia a los depósitos bancarios de dinero, se esta aludiendo a todos aquellos recursos o caudales de efectivo que fluyen hacia la entidad bancaria en forma de imposiciones a plazo o en contratos de cuenta, cualquiera que sea la modalidad y condiciones en las que estos se establezcan.

1.2.3.4 Instrumentos empleados para su protección

En los años recientes se ha producido un fenómeno de internacionalización en los diferentes campos del desarrollo humano. Las naciones tienden a abrir sus fronteras, los mercados se amplían, la información se diversifica, las sociedades se acercan en un intento por lograr un mejor entendimiento. En ese proceso se han visto inmersas las instituciones bancarias; los principales bancos a nivel mundial han establecido un alto número de ramificaciones, agencias, filiales y subsidiarias a lo largo y ancho de sus territorios y del extranjero, habiendo aumentado considerablemente la cantidad total de sus depósitos y préstamos.

La innovación financiera a la que se le ha denominado “ banca multinacional” ha atraído la atención de los analistas financieros, economistas y estudiosos del Derecho. Pues no sólo se trata de abrir fronteras, ampliar ramificaciones u ofrecer más y mejores servicios, sino también, de estar preparado para hacer frente a las eventualidades, a los conflictos y percances que en toda entidad de éste tipo se presentan y de proporcionar marcos de seguridad más amplios a los recursos de los clientes que depositan su confianza en esos establecimientos.

Mucho se ha comentado respecto a que banca y seguridad son conceptos que van de la mano. La institución bancaria es fundamentalmente una empresa como lo puede ser cualquiera otra, con las peculiaridades y rasgos que la caracterizan. Cualquier empresa del tipo que sea puede tener dificultades económicas, tomar decisiones erróneas, verse perjudicada por

factores de índole externo o interno, cometer ilícitos como defraudar o delinquir, puede quebrar y cerrar sus puertas; producir pérdidas para sus accionistas y clientes. Pero el que estas circunstancias se presenten en la banca, puede generar consecuencias gravísimas para el sistema financiero y la estabilidad económica de un país, ya que la mercancía con que estas instituciones trabajan es el dinero y fundamentalmente ajeno²¹⁹.

Por estas peculiaridades todas las naciones tratan de regular y buscar instrumentos que refuercen las actividades de los institutos bancarios, su solvencia y buen funcionamiento. Porque, el que los accionistas de una empresa pierdan sus inversiones en cierta forma está dentro del riesgo que corre cualquier empresa. Sin embargo, cuando esa pérdida afecta a los ahorradores que buscaban seguridad en sus recursos, el efecto en el sistema económico es catastrófico.

En ese contexto, la inestabilidad que acosa permanentemente a los bancos y las dificultades que estos experimentan parecen haber llegado a niveles sin precedentes. El intenso interés en los sistemas y formas de salvaguardar la seguridad de los depósitos que ha surgido en los últimos años en los países en vías de desarrollo, es similar al que hubo en el mundo desarrollado entre mediados del decenio de 1970 y mediados del decenio de 1980 y aún este sigue buscando fórmulas para proteger y asegurar la viabilidad de sus sistemas bancarios²²⁰. Algunas se ponen en funcionamiento antes de producirse la falla de la entidad precisamente para evitar su insolvencia, algunos otros entran en acción cuando la falla no ha podido ser evitada²²¹.

La garantía del Estado a los depósitos bancarios se cumple mediante una regulación adecuada y con el establecimiento de organismos de

²¹⁹ GONZALEZ URBANEJA, Fernando, “La Seguridad de los Depósitos Bancarios”, *Dirección y Progreso*, N°. 53, sep. - oct. 1980, Asoc. para el progreso y la dirección; Madrid, p. 8.

²²⁰ MAS, Ignacio y H, Samuel., “El seguro de Depósitos en los países de Desarrollo”, *Finanzas y Desarrollo*, FMI y BM, Dic. 1990, p. 43.

²²¹ CEMLA, “Mecanismos de Protección de los Depósitos Bancarios”, *Supervisión y fiscalización bancaria II*, México, 1983, p. 78.

supervisión que tienen como objetivo la defensa del interés del público en el sistema financiero. “Ambos elementos son imprescindibles no únicamente para garantizar que los bancos estén en condiciones de cumplir con eficacia la función de captadores del ahorro del público y distribuidores del crédito sino también para que actuando insertados en un sistema financiero ordenado y coherente lleven a cabo con eficiencia el rol de generadores de la expansión de la masa monetaria a través del movimiento de sus cuentas corrientes”²²².

Considerando que en determinadas situaciones de crisis estos elementos, pueden no lograr su cometido encontrándose las entidades en la imposibilidad de responder por sus compromisos por circunstancias especiales de iliquidez e insolvencia patrimonial, aparecen los sistemas de garantía de depósitos para complementar esa garantía proporcionada por el Estado. Por ese motivo se piensa en la existencia de un esquema de protección concebido como una institución llamada a coadyuvar con las autoridades en el mantenimiento equilibrado del sistema bancario, en la corrección de la aparición de cualquier trastorno que llegare a presentarse y que mantenga la confianza en el sistema²²³.

A) Regulación

El interés de contar con una banca sana que garantice estabilidad al sistema de pagos, estimule el crecimiento del ahorro interno, ofrezca un adecuado desarrollo de la intermediación financiera que otorgue una eficiente

²²² Vide L.c. p. 41

²²³ CEMLA, “Regulación bancaria para el fortalecimiento de las instituciones financieras en materia de exigencias para el otorgamiento de licencias de funcionamiento y grado de compromiso del accionista principal”, *Duodécima Asamblea de la Asociación de Organismos Supervisores Bancarios de América Latina y el Caribe*, México, 1996. p 42; ROJO, Luis Angel, “Ante el nacimiento del mercado común bancario”, *RDBB*, No. 51, 1993, p. 12. El autor señala que a menudo “la vigilancia del Estado dirigida al cumplimiento fiel de las leyes y las fiscalizaciones tendientes a mantener la sana situación financiera de los institutos bancarios, pueden llegar a ser insuficientes para evitar la quiebra de tales institutos, sobre todo porque entre los motivos que pueden obligar a un banco a una liquidación forzosa, existen varios que escapan a la previsión y al control. En tal situación los depositantes generalmente corren el riesgo de perder una parte o la totalidad de sus fondos entregados al instituto depositario. Frente a esta situación se han ideado sistemas de seguro mediante los cuales se garantiza al depositante la restitución total o parcial de sus depósitos, aún en el caso de un fracaso financiero del banco.” p. 13.

asignación de crédito a los mejores y rentables proyectos y proteja a los pequeños depositantes, hace que se diseñen leyes. Un papel importante de éstas tiene relación con el riesgo que se les permita tomar a las instituciones bancarias, mediante la determinación del tipo de actividades que pueden realizar y el nivel de capital que deben mantener²²⁴.

De esta forma se crea una red de seguridad que implica *un conjunto de medidas salvaguardas que llevan la intención de evitar las quiebras en las instituciones bancarias e impedir el riesgo de contagio y la retirada intempestiva de los depósitos*. Un factor determinante es la distinción hecha entre medidas regulatorias preventivas que en el contexto que señalamos al inicio de este trabajo, incluirá a la regulación estructural y prudencial²²⁵ y a las protectivas.

Las primeras son las que ayudan a controlar los niveles de riesgo asumidos por los bancos. Una idea básica de estas es la creación de confianza en estos establecimientos con efectos subsecuentes en la probabilidad de pánicos y crisis del sistema y en la seguridad de los recursos en ellos depositados. Entre ellas se encuentra²²⁶:

- a) El conjunto de requisitos adecuados para el otorgamiento de la licencia administrativa para ejercer la actividad de banca.
- b) La existencia de un marco jurídico que de la posibilidad de una supervisión bancaria efectiva.
- c) La adopción de políticas crediticias sanas.

²²⁴ DIAZ DE LEON CARRILLO, Alejandro, *Tesis Seguro sobre depósitos en México, Reformas al Fondo Bancario de Protección al Ahorro*, ITAM, México, 1993. p. 5.

²²⁵ CEMLA, “Sistemas financieros: prevención, manejo y solución de las crisis”, *Décima Asamblea de la Asociación de Organismos supervisores Bancarios de América Latina y el Caribe*, México, 1994. La reglamentación preventiva aplicable en especial a las instituciones bancarias, debe comprender aspectos como concentración de riesgos, calificación de activos, creación de reservas preventivas, exigencias de honorabilidad y capacidad profesional de los directivos; sanciones para administradores de los bancos que pongan en peligro la estabilidad de la institución e inclusive del sistema, etc. p. 134. Sobre el tema v. también a HERNANDEZ TORRES, Ana Lilia, Tesis *El Fondo de Protección al Ahorro como instrumento para prevenir la inestabilidad financiera*, presentada en la Escuela Libre de Derecho, México, 1995. p. 1 y ss.

²²⁶ Vide. PECCHIOLI, Rinaldo, “Bancos sanos y salvos: Tendencias de la supervisión prudencial”, en *Boletín del Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos*, Vol. 33, Nº. 3, México, 1987. p. 126.

- d) Diversificación del tipo de activos que contribuye a asegurar la liquidez de las inversiones ya que con esto se puede prever una colocación rentable de los recursos captados.
- e) Establecimiento de reservas preventivas suficientes para hacer frente a sus riesgos.
- f) Requerimientos adecuados de capital en las instituciones bancarias.
- g) Establecimiento de principios básicos para el otorgamiento de financiamientos por parte de los bancos.
- h) Diversificación de riesgos.
- i) Establecimiento de los parámetros necesarios para mantener una transparencia informativa.
- j) Debida planeación y estudio de fusiones convenientes en la medida de que la solución a las dificultades que presenta una institución en ocasiones se lleva a cabo mediante la absorción que otra entidad en sanas condiciones hace de ella; formándose así una institución nueva y estable.
- k) Determinación de procedimientos liquidatorios eficientes y oportunos.

Las medidas protectivas como su nombre lo dice ofrecen protección a los clientes bancarios y a las instituciones mismas en el caso de una crisis en el sector, indirectamente imparte capacidad al sistema para hacerle frente a las quiebras y pánicos bancarios²²⁷. En ellas encontramos:

- a) Préstamos de última instancia.
- b) Sistemas de garantía de los depósitos.

Tanto las medidas preventivas como las protectivas se relacionan formando paquetes de regulaciones que van unidas y se complementan; lo

²²⁷ Vide. BALTERNSPERGER, Ernst, "The Economic Theory of Banking Regulation", *The Economic and Law of Banking Regulations, Occasional Papers*, Vol. 2 Winter 1989/90, Edited by Eirik G. Furubotn and Rudolf Richter, Center for the Study of the New Institutional Economics, Universität des Saarlandes. *s.l.*, p. 3.

importante es cómo son diseñados estos paquetes, no hay que perder de vista que las regulaciones excesivas o mal diseñadas pueden afectar el desarrollo del sector financiero y de la economía o hacer mayores los problemas generados por factores externos.

B) Supervisión

Los gobiernos hacen uso de instrumentos que en conjunto propician un clima favorable para la estabilidad del sistema bancario, como la adecuada y oportuna supervisión bancaria de vital importancia para el buen funcionamiento del sector. Se ha llegado al establecimiento de procedimientos especiales para hacer frente a los problemas de bancos en dificultades; los cuales difieren significativamente en muchos aspectos de aquellos constituidos en leyes ordinarias. La necesidad de estos diferentes tratamientos se basa por un lado en la naturaleza y por otro en las funciones de los bancos.

En relación al primer aspecto, como custodios de los fondos del público y como elementos centrales del sistema de pagos de un país, los bancos llevan a cabo funciones de naturaleza pública intrínsecamente diferentes de aquellas que se realizan en otras empresas. En el segundo aspecto, el mantenimiento de la confianza del público en la estabilidad del sistema es la tarea difícil del proceso de intermediación financiera. De esta forma, la necesidad de proteger al público contra las consecuencias de un desequilibrio financiero y de limitar el riesgo de contagio e inestabilidad sistémica da razón para el establecimiento de un marco específico de supervisión ²²⁸.

La importancia de una supervisión efectiva surge como un elemento trascendental para apoyar a las autoridades en la prevención de crisis; ayuda

²²⁸ PECCHIOLI, R.M., *Prudential Supervision in Banking*, OCDE (Organization for economic co-operation and development), Paris, 1987, p. 132.

a asegurar que los bancos estén manejados de una manera prudente y sana y que las acciones correctivas propias estén siendo tomadas cuando surgen problemas. Debe asegurar que las autoridades tengan acceso a un adecuado flujo de información acerca de las condiciones del banco, que les permita valorar la amplitud de un problema actual o potencial que pueda afectar a la confianza del público²²⁹. Analiza el buen funcionamiento de las instituciones crediticias en tres rubros principalmente: la liquidez, la solvencia y la eficiencia operativa²³⁰.

El público tiende a considerar a la regulación y supervisión como una certificación gubernamental de seguridad de un banco individual y de estabilidad en el sistema bancario²³¹. Sin embargo, cabe insistir en que aún el más eficiente sistema de supervisión prudencial no siempre está en posibilidad de eliminar el riesgo de pánicos cuando se presentan dificultades en el sistema; en estos casos, las autoridades suelen implementar programas que contribuyan a minimizar la incidencia de problemas en la instituciones. Las modalidades específicas y procedimientos de intervención pública así como las facilidades de soporte emergentes pueden solamente ser determinados en base a la valoración que hagan las autoridades sobre la situación en cuestión.

C) Sistemas de garantía de depósitos.

Los sistemas de garantía de depósitos que están considerados dentro de las medidas protectivas, son un tercer instrumento complementario a los de regulación y supervisión que tiende a lograr la estabilidad del sistema bancario y la consecuente protección de los depósitos bancarios de dinero. Tratar lo relativo a este tema, es particularmente interesante por las

²²⁹ *Ibidem*.

²³⁰ BANCO DE ESPAÑA, "Reflexiones en torno a la regulación y supervisión bancarias", en *Boletín del Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos*, 1990, p. 304.

²³¹ GARCIA, Gillian, "Deposit Insurance: Obtaining the Benefits and Avoiding the Pitfalls", *IMF, Working Papers*, August 1996, N°. 83. p. 8.

dificultades y modalidades que incorpora y porque cada solución obtenida plantea nuevos problemas y preguntas no por falta de estudios técnicos adecuados sino debido a que las soluciones aportadas en la práctica son difícilmente aplicables.

Se entiende por sistema de garantía de depósitos, “*cualquier tipo de protección directa o indirecta ya sea explícita o implícita de administración o propiedad estatal, privada o mixta que se otorga para los fondos que una entidad financiera capta de terceros, a través de depósitos o de algún otro instrumento de características similares ya sea a la vista o a plazo en moneda nacional o extranjera, para responder frente a los depositantes a nombre de la institución ya sea mediante un esquema de seguro total o parcial en caso de suspensión de pagos o quiebra de la entidad o bien mediante apoyos financieros para mantener su capacidad de pago*”²³². Viene a ser un mecanismo que asegura la restitución de los fondos captados del público por la institución financiera en instrumentos de depósitos o que auxilian a las entidades con problemas de solvencia para resolverlos sin que se expandan hacia todo el sector.

El sistema de garantía de depósitos busca salvaguardar los créditos constituidos a cargo de las instituciones bancarias inscritas en él. Como consecuencia de esta garantía el esquema adoptado se compromete a devolver total o parcialmente a los titulares de los créditos, el dinero confiado a las instituciones bancarias, cuando éstas no puedan restituirlo, sin tener que formar parte del proceso liquidatorio, ni menos esperar su conclusión para poder disponer de su dinero²³³.

²³² Vide. CEMLA, “Sistemas financieros: prevención, manejo y solvencia de las crisis”, *Décima Asamblea de la Asociación de Organismos Supervisores Bancarios de América Latina y el Caribe*, México, 1994. p. 123. “Un sistema de protección implica una garantía que se otorga para el reembolso de los fondos que una institución financiera capta de terceros; esta garantía es directa cuando el sistema de protección cubre los depósitos de los cuentahabientes de una institución que enfrenta problemas de insolvencia. Cuando el esquema de protección no respalda a los depositantes sino que provee la ayuda financiera necesaria para mantener la solvencia de las instituciones, la garantía a los depositantes es indirecta. En ambos casos la finalidad última es proteger a los ahorradores y fomentar la estabilidad del sistema financiero”. p. 123.

²³³ CEMLA, “Regulación bancaria para el fortalecimiento.....”, *L. c.*, p. 42.

El Comité de Basilea en Supervisión Bancaria²³⁴ utiliza el título “protección de los depósitos” al referirse a los sistemas de garantía²³⁵. Con frecuencia se hace uso del término “seguro de depósitos”, una modalidad de sistemas de protección cuyo terminología crea en ocasiones cierta confusión, debido a que el depositante no compra un seguro en el sentido en el que el padre compra un seguro para proteger a su familia en el evento de su muerte o el propietario de una casa compra un seguro para proteger su inmueble de incendios o robos.

Si el seguro de depósito puede presentar algunas similitudes con el seguro de vida, de inmuebles, contra accidentes, etc., se diferencia de ellos en algunos aspectos. Primero, las quiebras bancarias no son eventos independientes como otras formas de seguro típicamente cubiertas. Suelen ocurrir en olas, en parte como respuesta a una recesión severa o algún desequilibrio macroeconómico; porque la legislación o estructura regulatoria o supervisora es inadecuada; porque pueden ser provocadas por contagios cuando la quiebra de alguno de los bancos genera la quiebra de las demás o

²³⁴ Este Comité sobre supervisión bancaria fue establecido a finales de 1974 por gobernadores de los bancos centrales de los países del Grupo de los Diez, que son Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, Luxemburgo, Holanda, España, Suecia, Suiza, Reino Unido y Estados Unidos. El Comité no posee ninguna autoridad supranacional formal de supervisión y sus conclusiones no tienen la intención de tener fuerza legal. Lo que hace más bien es formular diseños de regulación constituir una guía y recomendar situaciones para una mejor práctica con la expectativa de que las autoridades podrán considerarlas para implementarlas mediante con arreglos detallados de sus propios estatutos y leyes de la manera que mejor acomode a sus propios sistemas nacionales. Un objetivo importante del trabajo del Comité, ha sido cubrir las lagunas en la cobertura de la supervisión internacional con la persecución de dos principios básicos: que ningún establecimiento bancario escape de supervisión y que la supervisión sea adecuada. Para alcanzar esto, el Comité ha trabajado una serie de documentos desde 1975. En los últimos años el Comité ha iniciado una agresiva promoción de los estándares de supervisión a lo largo del mundo, en estrecha colaboración con muchos países que no son parte del Grupo de los Diez, en 1997 se elaboro el documento “Principios para una supervisión bancaria efectiva” que provee de un esquema comprensivo para un sistema de supervisión bancario efectivo.; V. PRIETO FORTUN, Guillermo, “Relaciones entre diferentes Organismos Supervisores del Sistema Financiero, Experiencia en México”, *Novena Asamblea de la Comisión de Organismos de Supervisión y fiscalización Bancaria de América Latina y el Caribe*. CEMLA - Superintendencia de Bancos de Bolivia, México, 1993, p. 103.

²³⁵ COMITE DE BASILEA PARA LA SUPERVISION BANCARIA, “*Principios Básicos para una Supervisión Bancaria Efectiva*”, Basilea, Septiembre 1997, p. 33. Puede haber confusión, ya que en el desarrollo del apartado “protección de los depósitos” se hace referencia “a los planes de seguro de depósitos para proteger a los pequeños ahorradores” y señala “Los seguros de depósitos proveen de una red de seguridad a muchos acreedores bancarios, incrementando la confianza del público en los bancos y haciendo más estable el sistema financiero. Una red de seguridad también puede limitar el efecto que los problemas de un banco pueden causar en otros bancos sanos en el mismo mercado, reduciendo así la posibilidad de contagio o reacción en cadena dentro del sistema bancario como un todo. Un beneficio clave de los seguros de depósitos es que en conjunto con procedimientos de salida lógicos, otorgan al supervisor mayor libertad para dejar que los bancos quiebren”. p. 33.

por actos fraudulentos o ilícitos de los propietarios o administradores de la entidad²³⁶.

Un seguro típico o regular ayuda a proteger contra “actos de Dios” o contra actos de otros hombres sobre los cuales el asegurado no tiene control en parte. De esta forma se ve como las pólizas de seguro de vida no cubren el suicidio. Hay siempre un peligro de riesgo moral que el asegurado puede reducir en sus esfuerzos por minimizar la incidencia del evento asegurado. Por ejemplo, los depositantes suelen interesarse menos en vigilar la condición de su banco una vez que ellos han obtenido protección para sus depósitos²³⁷. La incidencia del riesgo moral es mucho mayor para el seguro de depósito y extiende más allá la negligencia de los depositantes asegurados²³⁸.

Por otra parte, las quiebras bancarias son con frecuencia producto de una mala administración; las pérdidas producidas por ellas pueden ser sustancialmente reducidas si el supervisor cierra el banco antes de que se vuelva insolvente, mientras una solución dilatada tiende a exacerbar esas pérdidas. De esta forma, el riesgo moral puede influir en las acciones para asegurar a los depositantes y en las decisiones de propietarios, administradores, supervisores y políticos²³⁹.

El sistema de seguro de los depósitos es básicamente equiparable a un acuerdo de garantía entre los bancos y una agencia, mediante el cual esta institución responde de los depósitos ante los depositantes, en caso de que la entidad bancaria llegue a encontrarse en dificultades de insolvencia o crisis a cambio de ciertas contraprestaciones susceptibles de especificarse en

²³⁶ *Vide.* BENSTON y KAUFMAN, *cit. post.*, GARCIA, Gillian, “Deposit Insurance: Obtaining the Benefits and Avoiding the Pitfalls”, *IMF, Working Papers*, August 1996, N°. 83, p. 2.

²³⁷ COMITE DE BASILEA PARA LA SUPERVISION BANCARIA, *op. cit.*, “No obstante los seguros de depósitos pueden incrementar el riesgo de comportamiento imprudente de los bancos individuales. Los pequeños depositantes están menos dispuestos a retirar sus fondos aunque el banco siga una estrategia de alto riesgo, debilitando así un elemento importante de vigilancia del comportamiento general imprudente.”, p. 33.

²³⁸ GARCIA, Gillian, *op. cit.*, p. 3.

²³⁹ *Vide.* BENSTON y KAUFMAN, *cit. post.*, GARCIA, Gillian, *op. cit.*, p. 3.

pagos de primas, controles de capital y restricciones de activos ²⁴⁰. Los depositantes como beneficiarios del acuerdo se sienten seguros evitándose los pánicos bancarios y retiradas intempestuosas del dinero depositado en los bancos.

Mientras un seguro de garantía de depósitos ayuda a proteger principalmente a los depósitos y sus propietarios, puede servir también para asegurar la continuada existencia de bancos individuales proveyéndoles de fondos aún en tiempos de dificultad. Esa protección se da porque a diferencia de la naturaleza bilateral de un contrato de seguro de propiedad o causalidad, el seguro de protección directamente envuelve tres partes: el que garantiza, el depositante y la institución depositaria. Por último, para hacer efectiva la garantía y evitar el peligro de pánico financiero y otras circunstancias negativas, el Estado normalmente se encuentra atrás del esquema asegurador del depósito ²⁴¹

²⁴⁰ CHAMORRO, José Manuel, *et. al.*, *Tres Ensayos sobre la Garantía de los Depósitos. Aplicaciones a la banca Española*, Estudios Bancarios, Septiembre 1993, p. 33.

²⁴¹ GARCIA, Gillian, *op. cit.*, p. 3.